

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DO RIO DE JANEIRO
FGV DIREITO RIO

RAFAEL BERZOTTI

A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA”?
UM ESTUDO CONCEITUAL DO JUDICIÁRIO COMO BEM ECONÔMICO

RIO DE JANEIRO

2020

RAFAEL BERZOTTI

A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA”?
UM ESTUDO CONCEITUAL DO JUDICIÁRIO COMO BEM ECONÔMICO

Dissertação apresentada à Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getulio Vargas para a obtenção do grau de mestre.

Área de concentração: Direito da Regulação
(linha de pesquisa: Economia, Intervenção e Estratégias Regulatórias)

Orientador: Prof. Dr. Antônio José Maristrello Porto

(O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, bem como com apoio financeiro da Fundação Getulio Vargas.)

RIO DE JANEIRO

2020

Berzotti, Rafael

A “tragédia da justiça”? : um estudo conceitual do judiciário como bem econômico / Rafael Berzotti. - 2020.
190 f.

Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas.

Orientador: Antônio José Maristrello Porto.

Inclui bibliografia.

1. Adjudicação 2. Direito regulatório. 3. Recurso (Direito). 4. Poder Judiciário.
I. Porto, Antônio José Maristrello. II. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. III. Título.

CDD - 341.35275

RAFAEL BERZOTTI

"UMA INTERPRETAÇÃO ECONÔMICA DA JUSTIÇA".

Dissertação apresentado(a) ao Curso de Mestrado Acadêmico em Direito da Regulação do(a) Escola de Direito do Rio de Janeiro para obtenção do grau de Mestre(a) em Direito da Regulação.


Data da defesa: 18/02/2020

ASSINATURA DOS MEMBROS DA BANCA EXAMINADORA


Presidente da Comissão Examinadora: Prof.º ANTÔNIO JOSÉ MARISTRELLO PORTO



ANTÔNIO JOSÉ MARISTRELLO PORTO
Orientador



FERNANDO ANGELO RIBEIRO LEAL
Membro Interno



THIAGO CARDOSO ARAÚJO
Membro Externo

Instrução Normativa nº 01/19, de 09/07/19 - Pró-Reitoria FGV

Em caso de participação de Membro(s) da Banca Examinadora de forma não-presencial*, o Presidente da Comissão Examinadora assinará o documento como representante legal, delegado por esta I.N.

*Skype, Videoconferência, Apps de vídeo etc

AGRADECIMENTOS

Agradeço, de início, ao meu orientador, Prof. Dr. Antônio Maristrello Porto, por ter sido, mais que um orientador, um amigo e um amparo, sem o qual seguramente eu não teria concluído o mestrado. É uma inspiração profissional e, sobretudo, pessoal. Agradeço ao Prof. Dr. Fernando Leal, uma das duas pessoas com mais talento para a docência e para as atividades intelectuais que conheci, pela confiança e oportunidade. Agradeço também pela oportunidade: à FGV Direito Rio, na pessoa do Prof. Dr. Sérgio Guerra, exemplo de acadêmico, liderança e dedicação; e à CAPES. Agradeço ainda aos Profs. Drs. Leandro Molhano e Thiago Araújo pelas sugestões nas bancas de qualificação e defesa. Na mesma linha, agradeço de maneira geral a todos os Profs. com os quais tive contato durante o mestrado. Espero, humildemente, que o texto e as referências deixem claro o quanto os ensinamentos foram válidos. Agradeço, de outra parte, à Prof.^a Dr.^a Rafaela Nogueira pela oportunidade de estar vinculado ao seu núcleo de pesquisa. Trata-se de uma das pessoas mais bacanas que já conheci. Agradeço também à Pesquisadora Dra. Izabel Nuñez Saenger, que, sempre gentil, foi muito compreensiva quando necessário. Agradeço ainda a todas as pessoas da administração e coordenação da pós-graduação da FGV Direito Rio, que muito me ajudaram durante o curso. Não posso deixar de mencionar, nesse sentido, os seguintes nomes: Jaque(line) Nobre, pessoa muito querida e solidária, a principal responsável pelo ótimo funcionamento da pós-graduação da FGV Direito Rio; Thaís Gouveia, que, sempre com um sorriso no rosto, esteve disposta a auxiliar em todos os momentos; Thiago Mesquita; Patrícia Lyra Rezende; Natali Santos; Edna Pereira.

Agradeço, sem exceção, a todos os colegas da turma do Mestrado em Direito da Regulação 2018.1, que, desde a chegada, fizeram com que eu me sentisse em casa no Rio de Janeiro. Deixo de mencionar os vinte nomes completos para não errar, referindo, por todos, o nome da Fernanda Martins, uma das *top 3* pessoas mais queridas que conheci até hoje, a qual muito me ajudou nos momentos difíceis. Seguramente será uma das maiores professoras de Direito Administrativo do Brasil, não só pelo talento natural e pela dedicação aos estudos, mas, sobretudo, pela pessoa que é. Ainda do Rio, agradeço também à Valéria, Gabriel, Márcio, Cindy e Tom, meus familiares cariocas, bem assim à Renata e ao Rafa pelos convites para jantar. Vieram em muito boa hora ☺.

Agradeço aos Professores Drs. Renata Steiner e Rodrigo Kanayama, os quais, apesar de pouco me conhecerem, deram-me um voto de confiança, elaborando as cartas de recomendação necessárias à etapa de qualificação documental do ingresso no mestrado. Conseguir as cartas

foi o maior obstáculo do processo seletivo☺, o que só dá a medida da minha gratidão. Já que o assunto é esse, agradeço também ao meu amigo Raphael David, que, como sempre, muito me auxiliou nesse sentido.

Agradeço ainda: a todos os familiares que me ajudaram no período, deixando de mencionar nomes – sabem quem são –; e a todos os amigos que estiveram presentes nos momentos difíceis. Faço especiais referências a Edson Katsumi, Fernando Procopiak, Guilherme Karam, Leandro Andrade, Leonardo Almeida, Pedro Kossar, Rodrigo Setti, Thiago Procopiak, Thiago Yabonski e Wagner Boaron. Pessoalmente ou por *Zap*, todos sabem a participação que tiveram.

Agradeço de coração à Ana W. Conhece as razões. Além de uma grande profissional, é uma amiga. Também o é o Ronaldo, a quem sou grato pelas mensagens de apoio.

Por fim, quem mais interessa: sou infinitamente grato à Thatinha, meu amor, pela compreensão e pelos momentos em que me ausentei para redigir a dissertação { <3 , s2 }. É a ela que dedico o texto.

Concluo pedindo sinceras desculpas caso tenha-me esquecido de alguém. Só mesmo quem já realizou uma dissertação sabe em que condições se costumam redigir os elementos pré-textuais, normalmente depois de terminado o texto principal (=> muita cafeína, pouca memória). Peço, gentilmente, que todos mais que possam, de alguma maneira, ter estado presentes em minha vida durante o mestrado sintam-se incluídos na presente cláusula geral de agradecimento, sabedores que são de que a minha gratidão se vale sempre da técnica de *numerus apertus*, a qual, se por um lado traz consigo altos custos informacionais, de busca das informações na memória; por outro, dá muitos resultados em termos de bem-estar experimentado.

[...] o ponto a ressaltar é que o direito reage seletivamente às incertezas da economia por meio de adaptações e transformações internas mais ou menos profundas, as quais, por sua vez, poderão desestabilizar antigas expectativas e funcionar como fontes regeneradoras de incerteza. A mutabilidade do direito moderno é, em boa medida, resultado das demandas de um ambiente (não só econômico!) que está em constante movimento. É, portanto, um erro supor que o sistema jurídico possa, por assim dizer, permanecer em um *estado estacionário* diante das instabilidades que caracterizam o sistema econômico, como se fosse uma espécie de reduto de estabilidade em meio ao dinamismo que afeta todas as demais esferas sociais.

Falcão, Schuartz e Arguelhes,
Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito

A arte da convivência externa em sociedade está ligada à arte da convivência interna de cada um a só consigo. As regras impessoais da ética cívica são um mal necessário. Elas existem não para nos salvar, mas para nos proteger uns dos outros e de nós mesmos. ‘Poderia alguma coisa revelar uma falta de formação mais vergonhosa’, indaga Platão na República (405 b), ‘do que possuir uma tão pouca justiça dentro de nós mesmos que se torna necessário obtê-la dos outros, que desse modo se tornam nossos senhores e juízes?’

Eduardo Giannetti, **Auto-engano**

[...] Na constituição política, como em todas as outras artes, é impossível que todos os detalhes tenham sido marcados com uma exata precisão, porque ela é obrigada a servir-se de expressões gerais, ao passo que as ações supõem sempre qualquer coisa de particular e de individual. É, pois, evidente que há certas leis a mudar, em épocas determinadas.

Todavia, se considerarmos esta questão sob outro aspecto, ela parece exigir bastante prudência. Porque quando a melhoria é de pouco vulto, e sendo perigoso habituar os cidadãos a mudar facilmente as leis, é claro que vale mais deixar subsistirem alguns erros dos legisladores e dos magistrados. Haverá menor vantagem em trocar de leis que perigo em fornecer ensejo a que os magistrados sejam desobedecidos.

Além disso, a comparação da Política com as outras artes é falsa. Não é a mesma coisa trocar as artes ou as leis. A lei só tem força para se fazer obedecer no hábito, e o hábito só se forma com o tempo, com os anos. Assim, mudar com facilidade as leis existentes por outras novas é enfraquecer a sua própria força. Demais, admitindo-se a utilidade dessa troca, caberá ela, ou não, em todas as leis, e em todas as formas de governo? Pertencerá a iniciativa ao primeiro que surgir, ou ainda a determinadas pessoas? Tais são sistemas bem diversos. Deixemos esta questão de lado, por ora; ela voltará em outra oportunidade.

Aristóteles, **A Política**

RESUMO

A pergunta de pesquisa que a dissertação se propõe a responder é: é a Justiça no Brasil, como fato institucional, um recurso comum, isto é, um bem econômico não excludente e cujo uso é rival? A justificativa do trabalho é tanto teórica como social. Teórica porque se têm multiplicado, na literatura jurídica brasileira, as menções à “Tragédia dos Comuns”, teoria social que tem como uma de suas variáveis a existência de um recurso comum em sentido econômico. Logo, é importante um trabalho conceitual, como é o presente, que defina o que são recursos comuns para a análise econômica. Social, porque, se a Justiça no Brasil possuir as configurações de um recurso comum, pode-se trazer para o problema do congestionamento da Justiça no Brasil as sugestões da literatura da regulação para a gestão dos recursos comuns. A metodologia de que a dissertação se vale para atacar o problema é a de um trabalho conceitual não causal, isto é, o trabalho destrincha as condições necessárias e suficientes dos recursos comuns (rivalidade e não exclusão) e verifica, a partir do exame das regras que organizam a Justiça no Brasil, se essas condições necessárias e suficientes caracterizam a Justiça no Brasil. A conclusão é a de que a Justiça no Brasil, porque presta os serviços de adjudicação e de regras judiciais, não é um recurso comum, não sendo apropriado se falar na “Tragédia da Justiça” ou na “Tragédia do Judiciário”.

Palavras-chave: Regulação; Justiça; Poder Judiciário; Brasil; Análise econômica do direito; Análise econômica do litígio; Custos de transação; Normas sociais; Fatos institucionais; Tragédia dos comuns; Recurso comum.

ABSTRACT

The primary objective of this thesis is to investigate whether the Brazilian judicial system as an institutional fact is a common-pool resource. The research justification is theoretical and social. As the number of studies applying economic analysis to the Brazilian legal system increases, the reference to the concept of the tragedy of the commons also increases. Thus, it is of theoretical interest to define what is in economic analysis of law a common-pool resource, which is one of the variables for the occurrence of a tragedy of the commons. On the other hand, the research is socially justifiable because the congestion of the Brazilian judicial system is a well-known problem. As for the research method, it is conceptual and non-causal: the thesis examines the constitutional properties (necessary conditions) of common-pool resources (subtractability and non-exclusion) and investigates whether they are conceptually applicable to the constitutive rules of the Brazilian judicial system. The thesis concludes by saying that the Brazilian judicial system is not a common-pool resource since it not only adjudicates conflicts but also creates rules of conduct.

Keywords: Regulation; Judiciary branch; Brazilian judicial system; Law and economics; Economic analysis of law; Economic analysis of litigation; Transaction costs; Social norms; Transaction costs economics; Institutional facts; The tragedy of the commons; Common-pool resources.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. OS BENS NA ECONOMIA: CRITÉRIOS E ESPÉCIES	34
2.1. POR QUE CLASSIFICAR?	42
2.1.1. A lógica do mercado em Ogas	42
2.1.1.1. Razões constitutivas do mercado	43
2.1.1.2. Razões de promoção do mercado	46
2.1.2. Custo de oportunidade (econômico) em Posner	49
2.2. EXCLUSÃO E RIVALIDADE	52
2.3. MERCADOS CONCORRENCIAIS E SEUS LIMITES	59
2.4. OS BENS E, EM ESPECIAL, OS RECURSOS COMUNS	64
2.4.1. Particularidades dos recursos comuns	70
3. UTILIDADES E EXTERNALIDADES DA JUSTIÇA NA VISÃO DA AED....	74
3.1. GICO JR. E O CICLO DA LITIGÂNCIA	75
3.1.1. O ciclo da litigância e a certeza jurídica	75
3.1.2. O ordenamento como bem público e o Judiciário como recurso comum	79
3.1.3. A (in)certeza jurídica e a decisão de litigar	80
3.1.4. O congestionamento da Justiça e o conceito de valor presente	84
3.2. SHAVELL, AS EXTERNALIDADES E AS UTILIDADES DA JUSTIÇA	87
3.2.1. As externalidades dos litígios	87
3.2.2. As utilidades dos litígios	91
3.3. OS PRODUTOS DA JUSTIÇA PARA A AED: ADJUDICAÇÃO E REGRAS...	94
3.4. OS PRODUTOS DA JUSTIÇA NO BRASIL	97
4. A JUSTIÇA É UM RECURSO COMUM?	101
4.1. RIVALIDADE	101
4.1.1. A rivalidade nas adjudicações	101
4.1.1.1. Distinções conceituais: adjudicações e tempo	101
4.1.1.2. A rivalidade como potência	105
4.1.1.3. A rivalidade como ato	106
4.1.1.4. Discussão	108
4.1.1.4.1. A condição fundamental do litígio e o valor presente	108

4.1.1.4.2. Filas reais e filas figurativas	111
4.1.2. A (não) rivalidade das regras judiciais	120
4.1.2.1. A (não) rivalidade como potência	121
4.1.2.2. A (não) rivalidade como ato	123
4.1.2.3. Discussão	124
4.1.2.3.1. A incerteza é imanente ao direito	133
4.2. EXCLUSÃO	140
4.2.1. A (não) exclusão nas adjudicações	141
4.2.1.1. A (não) exclusão como potência	141
4.2.1.2. A (não) exclusão como ato	144
4.2.1.2.1. Jurisprudência	144
4.2.1.2.2. Custeio do sistema público de adjudicação	146
4.2.1.2.3. Defensoria pública	149
4.2.1.3. Discussão	150
4.2.1.3.1. Recurso comum e unidades apropriáveis (consumíveis)	150
4.2.1.3.2. Exclusão conceitual e socioeconômica	152
4.2.1.3.2.1. Exclusão conceitual	152
4.2.1.3.2.2. Exclusão socioeconômica	155
4.2.1.3.3. Configurações do direito de ação e provisão de bens substitutos	157
4.2.2. A (não) exclusão nas regras	165
4.2.2.1. Como potência e como ato	165
4.2.2.2. Discussão	166
5. CONCLUSÃO	170
REFERÊNCIAS	174

1. INTRODUÇÃO

Na palestra “O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem ‘adjudicação’”, Fernando Araújo dá contornos econômicos – de Análise Econômica do Direito (AED)¹ – a um problema tradicionalmente jurídico: o da adjudicação. Araújo conceitua adjudicação como a atividade, praticada por um terceiro externo a um conflito de interesses, de resolver o conflito, de atribuir direitos no caso concreto.² A atividade de adjudicar conflitos, diz Araújo, é identificada pela AED como um bem privado (em sentido econômico), razão pela qual o adjudicador – o terceiro externo ao conflito, que o resolverá – pode-se negar a praticar a adjudicação caso não seja recompensado por ela.³

Araújo compara então a adjudicação pública, praticada pelo Estado (Justiça daqui em diante⁴), com a adjudicação privada (do que o melhor exemplo é a arbitragem). Diz que a principal diferença entre as duas, no que concerne aos benefícios que produzem, está no fato de que a primeira, a adjudicação pública, cria regras de conduta⁵ com o poder de vincular terceiros

¹ Usar-se-ão neste trabalho como termos intercambiáveis as seguintes expressões: “Ciência(s) Econômica(s)”, “Análise Econômica do Direito (AED)”, “análise econômica”, “literatura econômica”, “teoria econômica”, “Economia”.

² Na língua inglesa, o termo “*adjudication*” designa, na maior parte das vezes, a resolução de conflitos por juízes e tribunais estatais. Nesse sentido: “*By examining the functional attributes of different institutions, Harvard Law professor and labor arbitrator Lon Fuller became an eloquent spokesperson for the ‘moral integrity’ of different dispute institutions and helped forge yet another school of thought, the Legal Process approach of the 1950s. Fuller, now known to some as ‘the jurisprudent of ADR’ [Alternative Dispute Resolution], elaborated the defining principles of the uses, for different purposes, of mediation, arbitration, adjudication, legislation, voting, and other principles of ‘institutional dispute settlement.’ [...] Adjudication is necessary only when an authoritative and public decision of legal interpretation is required by the parties or by the larger society [...].*” (MENKEL-MEADOW, Carrie. *Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution*. In: MOFFIT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (eds.) **The handbook of dispute resolution**. 1ª ed. Califórnia: Jossey-Bass, 2005, p.17.) Shavell, contudo, adota um conceito mais fluido de “*adjudication*”. Ao Estado podem faltar informações sobre qual o melhor método de “*adjudication*” para certos grupos de indivíduos. Essa é uma das premissas de que Shavell parte para dizer que o sistema legal – formal e substancial – não deve ser só o estatal. O estatal deve conviver com sistemas privados, escolhidos livremente pelos privados. (SHAVELL, Steven. **Economic analysis of litigation and the legal process**. Cambridge, 2003, cap.19, p.1-2. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w9697>. Acesso em: 26/11/2018.)

³ ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem “adjudicação”. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.

⁴ Usar-se-á o termo Justiça como sinônimo de sistema público de adjudicação de conflitos, adjudicação esta realizada por juízes e tribunais. Não se usará Judiciário ou Poder Judiciário para aproximar o texto da expressão “acesso à Justiça”, mais comum que “acesso ao Judiciário”. Quando alguém elogia a Constituição de 88 por ter proporcionado amplo acesso ao sistema público de adjudicação, é comum que fale em “amplo acesso à Justiça”. De resto, a própria Constituição fala em Justiça como instituição (e.g. arts. 98, §2º; 107, §3º; 125, *caput* e §6º).

⁵ Quando se falar em “regra” no texto – sobremaneira em regras judiciais –, estar-se-á a fazer referência sempre a regras capazes de vincular terceiros (com algum grau de generalidade) e cuja lógica possa reger casos repetidos (com algum grau de abstração). Não se estará a apontar, portanto, para definições que incluam no conceito de regra a “regra do caso concreto”, que é por vezes mencionada como efeito da sentença. (E.g.: DINAMARCO, Cândido R. Reflexões sobre o Direito e o Processo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**,

(jurisprudência, precedentes⁶), ao passo que a segunda, a adjudicação privada, dificilmente o faz. Regras de conduta, segue Araújo, possuem as características de bem público (em sentido econômico), razão pela qual o criador das regras não consegue cobrar pelo seu “uso” e, em

v.14, p.45-71, 1971, p.50. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7193/5148>. Acesso em: 26/03/2019.) Com os olhos voltados para o *common law*, Posner distingue a aplicação por juízes de uma regra da aplicação de um *standard* de conduta desta maneira: “*From the standpoint of assuring the formal correctness of a liability rule, the best ‘rule’ is simply to direct the court to assign liability in each case in such a way that efficiency will be maximized in light of the particular circumstance found in the case. However, this is not a rule at all, at least if the concept of rule is to have a useful meaning. The essence of a rule is that it abstracts one or a few facts from the totality of relevant circumstances and attaches controlling weight to them. Thus efficiency maximization is a standard but affixing liability to the driver of the following car in a rear-end collision is a rule. By abstracting and attaching controlling weight to the single fact that is probably most important to a determination of which driver could have minimized the sum of the accident and accident-avoidance costs, such a rule probably results in correct application of the standard (efficiency) in most cases. But since the rule suppresses facts that in some cases will dictate that liability be placed on the driver of the preceding car, it will not lead to correct results in all cases, and thus error costs will be generated.*” (POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013.) É nesse sentido que se estará a falar em regras.

⁶ Na nota acima, definiu-se o que se quer dizer com regra. Aquela definição é compatível com a ideia de precedente em Posner. Para Posner, toda decisão judicial seria uma razão para decidir outros casos da mesma maneira e, portanto, um precedente. Só se pode tirar uma regra, contudo, de uma coleção de precedentes que apontem para uma mesma direção. Nas palavras do autor: “*Most of the rules of the common law [...] are judge-made rather than statutory language. Judge-made rules are the outcome of the practice of decision according to precedent (stare decisis). When a case is decided, the decision is thereafter a precedent – that is, a reason for deciding a similar case the same way. While a single precedent is a fragile thing – apt to be distinguished away, ignored, or rejected by a coequal or superior court or even by the same court on a later occasion – an accumulation of precedents dealing with the same question may create a rule of law having the same force as an explicit statutory rule.*” (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.743.) Em sentido próximo, Wambier e Talamini: “Até há pouco, o termo ‘precedente judicial’ tinha um sentido que não é necessariamente aquele em que agora ele tem sido empregado. Tratava-se de um sentido intimamente ligado à acepção literal do termo e vinculado à tradição jurídica nacional e estrangeira. Falava-se em precedente para se referir a um pronunciamento judicial proferido no passado e identificado, em um momento posterior, como sendo um subsídio relevante ou decisivo para a resolução de casos novos, em que a mesma ou análoga questão se põe. [...] Mas, sem prejuízo da valia e serventia dessa primeira acepção [...], recentemente, por uma figura de linguagem, passou-se a usar o termo ‘precedente’ para indicar, de modo mais amplo, pronunciamentos judiciais que, já quando são emitidos, nascem com a declarada finalidade de servir de parâmetro, de vincular, em maior ou menor grau, decisões judiciais [...]. A rigor, há bastante tempo que isso existe no ordenamento brasileiro. Apenas não era, de modo usual, chamado de ‘precedente’. Considerem-se os pronunciamentos do STF em controle direto de constitucionalidade. Essa medida surgiu nos anos 1960 desde sua origem com eficácia *erga omnes*. O entendimento de que tais decisões têm eficácia vinculante no sentido estrito do termo [...] sedimentou-se em meados dos anos 1990. Nos últimos anos, multiplicaram-se os mecanismos com tal finalidade. [...] A essa tendência ampliativa correspondeu o alargamento do termo ‘precedente’. [...] Assim, o CPC/2015 não inaugura um novo modelo de fontes do direito. O cenário acima descrito já se punha antes e independentemente dele. O Código, portanto, não é causador de nenhuma alteração de paradigmas. Antes, ele é o reflexo de paradigmas que foram gradativamente se alterando nos últimos cinquenta ou sessenta anos. As regras que atribuem força vinculante a determinados precedentes não alteram as balizas do direito material. São mecanismos eminentemente processuais – ainda que engendrados tendo-se em vista as necessidades e peculiaridades do atual sistema jurídico.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional [processo comum de conhecimento e tutela provisória]**, 17 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, v.2, p.711-713.) Para o presente trabalho, a partir da definição de regra (da nota anterior) e de precedente (acima), quer se pense em jurisprudência quer se pense em precedente(s), o que se quer indicar aqui quando se falar em regra – sobretudo com origem na Justiça, no Judiciário – são juízos com o potencial de vincular casos futuros e que, portanto, entram no cálculo de indivíduos racionais externos ao litígio original quando decidem ou não ingressar em juízo.

razão disso, não possui incentivos para criá-las.⁷ Na literatura da regulação, o provimento de bens públicos (em sentido econômico) é uma das razões que justifica a intervenção regulatória do Estado.⁸ Daí por que, um bem que é “estruturalmente” privado (a adjudicação) é provido não só pelos privados (arbitragem, árbitros) mas também pelo poder público (Justiça, juízes). Voltando a Araújo, a adjudicação pública resolveria conflitos e, de sobra, criaria regras de conduta (proveria um bem público em sentido econômico).⁹

Na segunda metade da palestra, Araújo afirma que, no longo prazo, nem a adjudicação privada tomará o lugar da adjudicação pública nem o contrário, uma vez que a demanda pela adjudicação pública e a demanda pela adjudicação privada influenciam-se reciprocamente. A relação entre a demanda pela adjudicação pública e a demanda pela adjudicação privada, se lançada num plano cartesiano, assumirá, diz Araújo, as características de uma “curva cicloide”, os indivíduos ora demandando mais a adjudicação privada ora demandando mais a adjudicação pública. A concorrência, contudo, será “eternamente desequilibrada”, com os ricos buscando mais a arbitragem, e os pobres, mais a Justiça (adjudicação pública). A explicação para isso é a seguinte: com o “sucesso da Justiça” e o consequente aumento da demanda, a Justiça (adjudicação pública) tende a ficar congestionada, sendo, segundo Araújo, do conhecimento dos economistas o fato de a Justiça estar sujeita à “Tragédia dos Comuns”, ou seja, a problemas de engarrafamento pelo excesso de acesso.¹⁰ Com o congestionamento da Justiça, os indivíduos,

⁷ Essa – a natureza de bem público em sentido econômico das regras de conduta – é a razão principal para as regras não serem criadas na adjudicação privada. Não é, contudo, a única razão. Mesmo que um árbitro queira marcar o seu posicionamento numa questão, a fim de, por exemplo, auferir ganhos reputacionais, não raro as arbitragens são protegidas por regras de sigilo. É sempre possível, é claro, publicar os extratos das decisões sem a menção ao nome das partes. (Nesse sentido: ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem “adjudicação”. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.) Pode-se especular, contudo, que, ao menos em casos com repercussão social, saber quem eram as partes litigantes é importante para se entender os motivos pelos quais um adjudicador tomou uma ou outra posição.

⁸ Sobre bens públicos em sentido econômico como razão regulatória: BALDWIN, Robert; CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice**. 2ª ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012, p.20; OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.21-22; FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst: a toolkit for thinking about the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, p.110.

⁹ ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem “adjudicação”. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.

¹⁰ Ainda que informal, essa definição não diverge muito da definição dicionarizada de Black: “*Commons. Resources which are not owned, either privately or by the state, but are left open for free use by all comers. Examples include the air, fishery resources at sea, and public highways. As there is no price on using them, every user has an incentive to use them until the private marginal return falls to zero. If the resources are in unlimited supply, this is efficient; but if each user in fact reduces the supply available for others, it is not efficient, but leads to over-utilization, and in extreme cases such as over-fishing to the destruction of the resource. ‘The tragedy of the commons’ refers to the dangers of over-exploitation of resources due to lack of property rights over them. Beyond a certain intensity of use, some form of rationing of the use of ‘commons’*”

sobretudo os mais ricos (cujos custos de oportunidade num sistema congestionado são maiores), dirigir-se-ão para os sistemas privados de adjudicação (arbitragem). Isso, contudo, descongestionará a Justiça (pública), que voltará a ser atraente. Agora atraente, porém, a Justiça será mais demandada (sobretudo pelos mais pobres, que perdem menos com a espera) e congestionar-se-á, razão pela qual os indivíduos, sobretudo os mais ricos, buscarão os sistemas privados de adjudicação, o que, por sua vez, descongestionará a Justiça... E assim por diante (“curva cicloide”).¹¹

becomes necessary for efficiency. This may be done by quantitative allocation, or by levying a charge for their use.” (BLACK, John. **A Dictionary of Economics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997, p.68-69.)

¹¹ Esse é um resumo simplificador dos argumentos de Araújo, que relaciona a hipótese da “Tragédia dos Comuns” na Justiça com a flexibilização dos requisitos para o ajuizamento de ações, (essa flexibilização) decorrendo em parte da concorrência entre a Justiça e a arbitragem. Para não desrespeitar o pensamento de Araújo, transcrevem-se as suas palavras ao tratar da “Tragédia dos Comuns” e das “curvas cicloides”: “Depois, é evidente que a provisão competitiva de serviços judiciais [entre o público e o privado] pode tornar-se antissocial. [...] Na jurisdição portuguesa, algumas reações iniciais de repúdio à proliferação da arbitragem foram seguidas num segundo momento por alguma propostas, diríamos assim, de descomplexificação dos processos judiciais, que de certa maneira tiveram o efeito perverso de induzirem excesso de otimismo na litigância, e portanto levaram a uma litigância supérflua, para não dizermos a alguma litigância frívola [...]. Esses efeitos competitivos não deixam a jurisdição completamente imune. [...] A adjudicação pública cai muitas vezes nesse ‘corrida para o fundo’, que é a corrida de [...] manter alguma demanda através de um abaixamento de requisitos [...] para uma adjudicação rigorosa. [...] O estabelecimento de reputação e de precedentes faz com que a adjudicação pública não se queira ver afastada, por exemplo, de grandes casos comerciais [...]. [Mas] haverá um verdadeiro risco de a adjudicação privada expulsar a adjudicação pública e vice-versa? Eu creio que não. Nós aqui estamos num mundo muito parecido com o das raposas e dos coelhos, daquelas curvas cicloides [...] descobertas no século XIX [...] na relação entre raposas e coelhos. As raposas engordam por comerem muitos coelhos. Mas quando comem muitos coelhos, deixa de haver tantos coelhos. E a essa altura, elas [...] começam a se reproduzir: começa a haver cada vez mais raposas e cada vez menos coelhos. [Então] começam a morrer raposas, porque não há alimento para todas. E quando as raposas começam a morrer, os coelhos veem a sua oportunidade de engordarem e aumentarem. E quando [os coelhos] aumentam e engordam, lá começam outra vez as raposas a aumentar: começam a comer cada vez mais coelhos. Quando é que isso acaba? Nunca. [...] São curvas cicloides que se manterão enquanto essas espécies estiverem em interação [...]. Eu diria que a adjudicação privada e a adjudicação pública são um pouco isso. Por quê? [...] O que é o ótimo na Economia? [...] A Economia nunca diz que o ótimo é o máximo [...]. [Isso porque] o máximo é alcançado com os chamados custos marginais crescentes. Então o que é ótimo para a Economia é normalmente um ponto intermédio, é um ponto de equilíbrio. [...] Eu diria que também o ótimo de Justiça não é o máximo de Justiça. [Isso porque] a Justiça consegue ser vítima do seu próprio sucesso. A Justiça está criticamente exposta [...] à ‘Tragédia dos Baldios’ ou ‘Tragédia dos Comuns’. [...] Quando as pessoas dizem assim: ‘a Justiça está em crise’, eu concordo. Mas imediatamente ofereço a explicação contraintuitiva: a Justiça está em crise não porque seja muito má. A Justiça está em crise porque é demasiadamente boa. [Por isso] gera excesso de acesso. E isso faz com que ela se torne má. Mas se ela fosse muito má, ela teria resolvido o seu problema com escassez de acesso. Se as pessoas não gostassem da Justiça [...], elas não acederiam tanto à Justiça e a Justiça funcionaria melhor, seria mais atraente. O que é que nós temos aqui à nossa frente: uma curva cicloide. Quer dizer que a Justiça tem que se manter sempre um bocadinho má, para se manter suficientemente boa, para as pessoas se manterem atraídas pela Justiça sem a destruírem por congestionamento. Ora, é aqui que a adjudicação privada desempenha um papel absolutamente essencial. [Ela] permite expulsar dum sistema subótimo de acesso à Justiça aqueles que têm forma de remediar esse acesso à Justiça pagando, [aqueles que têm] uma disposição de pagar pela Justiça em repúdio ao custo de acesso à Justiça que resultaria da espera pela Justiça. [Esse] é o custo implícito que as pessoas pobres pagam pelo seu acesso à Justiça. Uma pessoa pobre paga pelo seu acesso à Justiça com demora [...]. Isso é injusto? Não. Porque para a pessoa pobre o custo de oportunidade do tempo perdido é menor do que para uma pessoa rica. [...] Um pobre perde menos dinheiro por cada hora que perde do que uma pessoa rica, porque o seu rendimento por hora é superior. E, portanto, uma pessoa rica perde muito dinheiro se tiver que esperar um ano e tiver que perder o seu rendimento de um ano do que se uma pessoa pobre tiver que perder o seu rendimento de um ano. E portanto para os ricos obviamente a adjudicação privada é a primeira via. Mas quando saem para o sistema de adjudicação privada, ao mesmo tempo eles descongestionam a adjudicação pública e tornam a adjudicação pública mais

Dois pontos chamam a atenção nisso tudo. Primeiro: a classificação econômica dos bens tem pouco a ver com a classificação jurídica. No Direito, a classificação mais conhecida dos bens é aquela realizada pelo Direito Civil. O Código Civil brasileiro, nesse sentido, ao considerar os bens em si mesmos, classifica-os a partir dos critérios da mobilidade (artigos 79 a 84), fungibilidade (artigos 85 e 86), divisibilidade (artigos 87 e 88) e singularidade (artigos 89 a 91). Já classificando os bens em conjunto (“reciprocamente considerados”), o Código distingue-os em principais, pertenças e benfeitorias (artigos 92 a 97). Mas não é só. O Código também toma a titularidade dos bens como critério: os bens podem ser públicos ou privados, estes por exclusão àqueles (artigos 98 a 103). A literatura econômica, contudo, não trabalha com quaisquer desses critérios do Direito.¹² Os bens na Economia são classificados com base nos critérios de (possibilidade de) exclusão e de rivalidade (dedutibilidade), sendo i) privados os bens rivais excludentes e rivais; ii) públicos, os não excludentes e não rivais; iii) [bens] de clube, os excludentes e não rivais; e iv) [recursos] comuns, os não excludentes e rivais.

Direito e Economia, sabe-se, adotam caminhos diversos em uma série de questões. Por que, então, num trabalho sobre regulação, como é o presente, interessa saber que a classificação dos bens no Direito e na Economia não é a mesma? Interessa porque cada uma das espécies econômicas de bens, como a palestra de Fernando Araújo deixa entrever, põe em questão problemas jurídicos – e, em especial, jurídico-regulatórios, da regulação de falhas de mercado – distintos. Por exemplo: os bens privados são aqueles tradicionalmente estudados pela teoria neoclássica dos mercados.¹³ Essa teoria, contudo, não tira as suas conclusões a partir do nada. As premissas dela são tanto econômicas quanto jurídicas. Em ambientes de baixos custos de transação (premissa econômica),¹⁴ os mercados são a melhor maneira de alocar bens e serviços

atraente. Isso significa que com a saída das pessoas mais ricas [...] o descongestionamento veio resolver o problema da crise Justiça? Não [...]. Porque no momento em que os ricos saem, a Justiça funciona marginalmente melhor e há mais pobres que se aproximam da Justiça. E a litigância volta a aumentar [...]. Esta concorrência entre as duas formas de adjudicação é uma concorrência perpetuamente desequilibrada. Portanto, podemos pensar nalguma rotina cicloide entre as duas formas de adjudicação.” (ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem “adjudicação”. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.) Não se desconsidere que Fernando Araújo, para fazer essas considerações, toma em conta o caso europeu e, sobretudo, português. Talvez, em um país com renda bastante concentrada, como é o Brasil, a saída dos ricos da Justiça não seja suficiente para o descongestionamento da Justiça.

¹² Calha registrar, contudo, que, a partir da classificação econômica, os economistas sugerem que, em regra, bens públicos em sentido econômico (não rivais e não excludentes) sejam de titularidade pública e bens privados em sentido econômico (rivais e excludentes), de titularidade privada. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, p.102-105.)

¹³ OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.6-7.

¹⁴ A premissa dos baixos custos de transação, note-se bem, pode-se substituir à premissa da ausência de externalidades negativas. Trata-se da aplicação do Teorema de Coase ao problema das externalidades negativas. A interpretação de Stigler do Teorema de Coase é a que mais se adequa ao problema das externalidades: “*This*

(tese) desde que existam regras de propriedade privada e desde que os contratos possam ser garantidos por uma autoridade externa (premissas jurídicas).¹⁵ Cumpriria ao direito¹⁶ proteger a propriedade e executar os contratos para que o mercado (dos bens econômicos privados) funcionasse com eficiência. Outro exemplo: os bens públicos, diz a teoria econômica, são subproduzidos no mercado. (É o que acontece com as regras de conduta, como se disse acima.) Um dos casos mais citados de bem público é o da segurança nacional, bem não excludente e não rival.¹⁷ Uma vez constituído um exército para prover segurança nacional, não é possível excluir da sensação de segurança quem não pagou pelo exército (não exclusão). Ainda: uma vez constituído um exército, o fato de um indivíduo se sentir seguro não reduz a sensação de segurança dos demais indivíduos (não rivalidade, não dedutibilidade¹⁸). Assim sendo, os indivíduos, no mercado, não possuiriam incentivos para criar um exército. Se não é possível excluir (terceiros) nem deduzir (o bem-estar gerado pelo bem ou serviço), não há incentivos para se produzir segurança nacional: terceiros poderão usar o bem de graça e sentir-se-ão tão seguros quanto os que, de boa vontade, contribuirão para a formação do exército. Não havendo incentivos para a produção do bem no mercado, diz a teoria econômica, cabe a intervenção do Estado.¹⁹

A classificação dos bens na Economia serve de suporte para o segundo ponto que chama a atenção na palestra de Fernando Araújo: a afirmação de que a Justiça está sujeita à “Tragédia dos Comuns”. A “Tragédia dos Comuns” é uma alegoria científica conhecida,²⁰ que retrata o problema de sobreconsumo das utilidades de um recurso comum (bem não excludente e rival).

point, like the first one, can be adapted to a larger scale. The problems of waste we have talked about in the past few chapters can be restated as problems of high transaction costs. They would be cleared up immediately if the parties involved could bargain without any cost or friction. Think about the problem in terms of external costs, or externalities': situations where I create costs for other people that I don't feel myself. There wouldn't be any externalities if everyone could make bargains by snapping their fingers. I would then feel all the costs of my behavior after all, because by keeping it up I would be turning away payments offered by all the people I am bothering. (Thus George Stigler's way of stating the Coase theorem: 'under perfect competition private and social costs will be equal.') This point can be turned into an idea about a general purpose of law: it's a set of substitutes for agreements people would reach with each other if making agreements were as easy as thinking about them.' (FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst**: a toolkit for thinking about the law. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, p.78.)

¹⁵ OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.15-22.

¹⁶ Usa-se aqui direito com inicial minúscula como sinônimo de ordenamento jurídico. Quando se usar o termo com inicial maiúscula, estar-se-á a fazer referência à Ciência do Direito.

¹⁷ Por todos: MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.204-205.

¹⁸ Como se verá adiante, é possível dizer que a rivalidade é sinônimo de escassez, o objeto de estudo por excelência da Economia.

¹⁹ Nesse sentido: FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst**: a toolkit for thinking about the law. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, p.110.

²⁰ Em 20/11/2019, o Google informa que o artigo original de Hardin, disponível na página da revista Science (<https://science.sciencemag.org>), foi citado em outros 41.391 trabalhos.

Hardin, a quem se atribui a formulação original da alegoria, pede que o leitor imagine um pasto aberto a todo e qualquer pecuarista que queira nele ingressar. Quais os incentivos que esse pasto, cujo acesso é livre, cria para pecuaristas autointeressados? É de se esperar que cada um dos pecuaristas queira maximizar a sua utilidade, isto é, levar o maior número de cabeças de gado ao pasto comum. O pasto, contudo, é limitado (rival). Ou seja, o pasto pode-se esgotar. No longo prazo, portanto, o autointeresse maximizador de cada pecuarista produzirá um resultado pior para todos (os pecuaristas): o esgotamento (a ruína) do pasto comum.²¹

É comum se afirmar que a lógica desse raciocínio se assemelha à do dilema do prisioneiro,²² ilustrando o desalinhamento entre interesse privado e (custos e) benefícios públicos.²³ Já na formulação de Hardin o desalinhamento fica claro.²⁴ Para Hardin, a utilidade de cada um dos pecuaristas possui 2 (dois) componentes: um positivo e um negativo. O componente positivo consiste na utilidade que o pecuarista obtém ao adicionar uma cabeça de gado no recurso comum (“é uma função do incremento de um animal”²⁵). O pecuarista, note-

²¹ HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v.162, n. 3859, p.1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 12/09/2010.

²² “*Collective action problems that fit the paradigm of the prisoner’s dilemma present a possible case for legal intervention. For example, the government might have the expertise to build a system of levees that would minimize the costs of flooding to all landowners as a group. As one court put it: ‘[T]he only adequate method of preventing this result was the unification of the individualistic and antagonistic efforts of the land owners on the opposite sides of the river into one comprehensive coordinating plan looking toward the flood control of the river in its entirety.’*”

“*This kind of problem is also generally known as a tragedy of the commons, named for the problem that arises when shepherds who share a common pasture overgraze it. Each shepherd does not incur all the costs of adding an additional sheep to the flock. Each additional sheep reduces the amount of grass available for the other sheep. The benefits to a single shepherd from grazing an additional sheep on the common pasture may be greater than the harm to the other sheep that graze there. Each shepherd enjoys all the benefits of grazing an additional sheep, but the harm to all the other sheep is borne by the shepherds as a group. Moreover, there are so many shepherds that the cost of reaching a consensual bargain among all of them is prohibitive. Hence, the shepherds collectively graze too many sheeps on the common pasture.*” (BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p.34.)

²³ O dilema do prisioneiro, contudo, não é o único jogo que apropriadores de um recurso comum jogam.

²⁴ Veja-se, nesse sentido, o que Hardin diz sobre Adam Smith: “*We can make little progress in working toward optimal population size until we explicitly exorcize the spirit of Adam Smith in the field of practical demography. In economic affaris, The Wealth of Nations (1776) popularized the ‘invisible hand’, the idea that an individual who ‘intends only his own gain,’ is, as it were, ‘led by an invisible hand to promote the public interest’. Adam Smith did not assert that this was invariably true, and perhaps neither did any of his followers. But he contributed to a dominant tendency of thought that has ever since interfered with positive action based on rational analysis, namely, the tendency to assume that decisions reached individually will, in fact, be the best decisions for an entire society. If this assumption is correct it justifies continuance of our present policy of laissez-faire in reproduction. If it is correct we can assume that men will control their individual fecundity so as to produce the optimum population. If the assumption is not correct, we need to reexamine our individual freedoms to see which ones are defensible.*” (HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v.162, n. 3859, p.1244, dez. 1968. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 12/09/2010.)

²⁵ Tradução livre. “*As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, ‘What is the utility to me of adding one more animal to my herd?’ This utility has one negative and one positive component. 1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly +1.*” (HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v.162, n. 3859, dez. 1968, p.1244. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 12/09/2010.)

se, não tem de repartir com ninguém esse ganho – o componente positivo é inteiramente “internalizado” pelo pecuarista. O componente negativo, por sua vez, consiste na redução das potencialidades do pasto comum resultante do acréscimo de uma cabeça de gado (“é uma função da [sobre]pastagem adicional criada por mais um animal”²⁶). A redução das potencialidades, no entanto, ao contrário do benefício, é repartida entre todos os pecuaristas. No jargão da análise econômica, o componente negativo (a externalidade) não é internalizado(a) inteiramente pelo pecuarista que adiciona mais uma cabeça de gado no pasto comum.

É importante notar que, para que se tenha uma tragédia, não basta a redução da disponibilidade pelo consumo alheio; do contrário, ter-se-ia apenas um problema de fracionamento de um bem. Para a tragédia, é necessário algo a mais. É necessária uma externalidade negativa.²⁷ No caso das cabeças de gado, é possível se pensar que a adição de uma cabeça de gado a mais do que aquilo que o pasto possa suportar (sobrepastagem, *overgrazing*) reduz mais a utilidade de cada um dos pecuaristas do que o simples fracionamento do pasto entre eles.²⁸ Mas é também possível se pensar em quaisquer outras externalidades, como o pisoteio do pasto pelas cabeças de gado (quanto menos cabeças de gado pisoteiem o pasto simultaneamente, melhor) ou o CO₂ lançado no meio ambiente em virtude da pecuária.

²⁶ Tradução livre. “2) *The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decision-making herdsman is only a fraction of -1.*” (HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. **Science**, v.162, n. 3859, dez. 1968, p.1244. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 12/09/2010.)

²⁷ “**Externality.** A cost or benefit arising from any activity which does not accrue to the person or organization carrying on the activity. External costs or diseconomies are damage to other people or the environment, for example by radiation, river or air pollution, or noise, which does not have to be paid for by those carrying on the activity. External benefits or economies are effects of an activity which are pleasant or profitable for other people who cannot be charged for them, for example fertilization of fruit trees by bees, or the public’s enjoyment of views of private buildings or gardens. Externalities may be technological or pecuniary. Technological externalities affect other people in non-market ways, for example by polluting their water supply; they create a *prima facie* case for intervention in the interests of efficiency. Pecuniary externalities mean that other people are affected through the market: for example, a new industry may raise labour costs for other employers, or reduce the value of their capital by capturing their customers. Pecuniary externalities do not create any *prima facie* case for intervention, except possibly on grounds of income distribution.” (BLACK, John. **A Dictionary of Economics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997, p.168-169)

²⁸ Isso fica claro quando Hardin aponta para a ultrapassagem, pela tragédia, da capacidade de renovação (ou de absorção, “*carrying capacity*”) do pasto: “*The tragedy of the Commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the Commons. Such an arrangement may work reasonably satisfactorily for centuries because tribal wars, poaching, and disease keep the numbers of both man and beast well below the carrying capacity of the land. Finally, however, comes the day of reckoning, that is, the day when the long-desired goal of social stability becomes reality. At this point, the inherent logic of the commons remorselessly generates tragedy.*” (HARDIN, Garrett. *The Tragedy of the Commons*. **Science**, v.162, n. 3859, dez. 1968, p.1244. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 12/09/2010.) Em Hardin, a externalidade negativa não é a pastagem, mas a sobrepastagem (*overgrazing*).

Hardin não o fez, mas não é difícil imaginar a situação como um jogo simultâneo na forma normal. Se se imaginar a existência de apenas 2 (dois) pecuaristas, cada qual cogitando levar a primeira cabeça de gado ao pasto comum, é possível imaginar um jogo com as seguintes características:²⁹

Figura 1 – Jogo da “Tragédia dos Comuns” na forma normal

		Pecuarista 2	
Pecuarista 1	Adiciona	Não adiciona	
	Adiciona	4 , 4	9 , 0
	Não adiciona	0 , 9	5 , 5

(Fonte: o autor.)

O jogo toma como premissas: a) que um pecuarista não sabe que estratégia o outro adotou; b) que os pecuaristas não podem transigir de antemão sobre quais estratégias adotarão;³⁰ c) que a utilidade que os pecuaristas retiram do jogo, no caso da adição de uma ou mais cabeças de gado, equivale a quanto do pasto a sua cabeça de gado come. Quando, porém, uma cabeça de gado ingressa no pasto, ela pisoteia um décimo do pasto, só sobrando nove décimos do pasto para a alimentação.³¹ Quando, portanto, duas cabeças de gado ingressam no pasto, dois décimos

²⁹ Pressupõe-se, para montar essa matriz, que o pasto comum – que não é de propriedade de ninguém – só seja satisfatório para uma cabeça de gado. Se duas cabeças de gado são levadas para pastar no pasto comum ao mesmo tempo, nenhuma delas consegue se alimentar por completo. As duas só comem metade de sua refeição. E, magras, valem apenas a metade do preço de uma cabeça gorda no mercado. (Aí está a externalidade negativa – o componente negativo de Hardin – de um pecuarista sobre o outro.)

³⁰ Isto é, o jogo é simultâneo. A premissa de que o jogo é simultâneo pode ser pensada em termos de custos de transação. A “Tragédia dos Comuns”, de fato, estende o raciocínio do desalinhamento entre incentivos privados e públicos às coletividades de indivíduos – aqueles com acesso aos recursos comuns. Coletividades de indivíduos enfrentam problemas de altos custos de transação (forma de deliberação da coletividade, tempo de deliberação, comportamento estratégico). Nesse sentido: “[...] *The game-theoretic problems involving simultaneous decisionmaking extend to a broader class of cases, however. They include any situation in which the players must act without knowing what the other player has done. Moreover, when enough people are involved so that negotiations between them are costly, the decision of each person may have little effect on the decisions of others. One may know what others do but have little ability to influence them. For such interactions, a simultaneous-move game may again be a useful model.*” (BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p.13.)

³¹ Esse pisoteio, aqui, faz as vezes da ultrapassagem do limite de renovação (ou de absorção) de que fala o artigo de Hardin (*overgrazing*). Ou melhor: o pisoteio é a externalidade negativa necessária para que haja uma “Tragédia dos Comuns”. Faz-se essa adaptação porque, a rigor, o jogo hardiniano propriamente dito seria

do pasto são pisoteados, só sobrando oito décimos do pasto no total, restando quatro décimos do pasto para cada cabeça de gado se alimentar. O jogo toma também como premissa que a utilidade total do pasto é 10 e que, mantendo-se intacto o pasto (“não adiciona”, “não adiciona”), os pecuaristas reparti-lo-ão pela metade e evitarão o pisoteio, dando-lhe melhor destinação.³² De maneira que o equilíbrio em estratégias puras, como se vê, está na combinação de estratégias do primeiro quadrante³³ (“adiciona”, “adiciona”),³⁴ tendo-se, nesse caso, um autêntico dilema do prisioneiro.

Como (toda) teoria social, a “Tragédia dos Comuns”, quando muito, revela uma propensão, uma tendência, dados certos eventos do mundo. Portanto, dizer, como fez Araújo, que a Justiça está sujeita à “Tragédia dos Comuns” levanta por si só uma série de questões conceituais e empíricas não triviais. Por exemplo: o que significa dizer que um fato ou evento está sujeito à “Tragédia dos Comuns”? Mais que isso: qual Justiça está sujeita à “Tragédia dos Comuns”? Todas? Só algum ramo da Justiça? (Todo e qualquer Judiciário, toda e qualquer jurisdição, independentemente do contexto nacional, estão sujeitos à “Tragédia dos Comuns”?)

repetido e, no que concerne aos *payoffs*, conteria uma função a refletir a lei dos rendimentos marginais decrescentes e, ao fim e ao cabo, o esgotamento do recurso comum. (FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.164-165.) Isto é, o modelo teria de ser bem mais complexo.

³² Imagine-se, por exemplo, que, em lugar de lançar uma cabeça de gado diretamente sobre o pasto, os pecuaristas colham o pasto por si mesmos e levem-no cada qual até o seu gado, que foi deixado em outro lugar. Nesse caso, os pecuaristas evitariam o pisoteio e colheriam cada um a metade do pasto não pisoteado (*payoffs* 5, 5, do último quadrante). Poder-se-ia pensar ainda que os pecuaristas optassem por colher o pasto e vendê-lo no mercado, retirando 5 utilidades dessa venda. Enfim, para que haja um dilema do prisioneiro, a combinação de estratégias (“não adiciona”, “não adiciona”) há de ser paretianamente melhor que a combinação (“adiciona”, “adiciona”). Nesse sentido, o jogo de apropriação desenhado por Ostrom, Gardner e Walker toma como premissa a existência de uma oportunidade externa ao recurso comum (variável w , a seguir), sem a qual não se conseguiria cogitar de uma tragédia. Textualmente: “As discussed in chapter 1, one fundamental prediction for CPR [common-pool resources] dilemmas is that players will ignore the impact of their input decisions on that of others’ yield from the CPR. This appropriation externality leads to overappropriation from the CPR. One can model a simplified version of this problem as a game with two players, each with two strategies. Both players act as appropriators from a CPR. Each player has one unit of a productive input, which could represent his or her labor, capital or both, in units called tokens. A player can invest a token in a safe outside opportunity, and receive a payoff w , regardless of what the other player does. For example, this could represent working as a wage earner outside the game. A player can also invest his or her token in the CPR, where things get more complicated. Let x_i be the number of tokens invested in the CPR by player i . Then $x_i = 0$ denotes taking the outside opportunity, while $x_i = 1$ denotes investing in the CPR. Output from the CPR is a function of total investment by the players, $F(\sum x_i)$. A player’s share of CPR is proportional to his or her input into the CPR. Thus, player i ’s share of CPR output is 0 when he or she does not invest in the CPR, and $(x_i / \sum x_i) F(\sum x_i)$ when he or she does.” (OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.57-58.)

³³ Quando se fala em quadrante, faz-se referência à nomenclatura (algo informal) das matrizes, e não da trigonometria. O primeiro quadrante, neste texto, é o do canto superior esquerdo; o segundo, do canto superior direito; o terceiro, do canto inferior esquerdo; e o quarto, do canto inferior direito.

³⁴ Sobre a forma normal, equilíbrio e conceitos de solução: BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p.2-49; FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos**: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006, p.41-116.

E, afinal, o que significa “estar sujeito a [alguma coisa]”? Significa que essa coisa vai ocorrer ou não vai? Com qual probabilidade? Dado que a “Tragédia dos Comuns” é algo indesejável, é possível evitá-la? De que forma?

O que há, contudo, de mais interessante nessa afirmação (“a Justiça está sujeita à ‘Tragédia dos Comuns’”) é o seguinte: a Justiça é um “fato institucional”. E a “Tragédia dos Comuns”, ao menos na sua formulação original, parece pensada para descrever tendências (“trágicas”) em fatos brutos, em espaços do mundo real, factual. A Justiça, é claro, como fato institucional, “ocupa” espaços materiais, espaços do mundo factual (o “fato institucional” tem lugar a partir de “fatos brutos”). Nesse sentido, existem os prédios dos fóruns e tribunais, os cartórios judiciais e extrajudiciais e mesmo os servidores computacionais destinados à provisão dos processos eletrônicos. Ainda que se possa pensar no congestionamento de todos esses espaços, nenhum deles se confunde com a Justiça.³⁵ Como, então, a Justiça como fato institucional pode-se sujeitar à “Tragédia dos Comuns”?

Deve-se, no ponto, referir que a “Tragédia dos Comuns” é um fenômeno complexo, a conter diversas variáveis, o que por si só já dificulta a sua operacionalização. Há mais: muitas dessas variáveis são até certo ponto hipóteses acadêmicas com maior ou menor aceitação, mas cuja verificação no mundo real é debatida. Pense-se aqui nos custos de transação. Quando Hardin escreveu o seu artigo, carregou nas tintas. As únicas soluções que imaginou possíveis para se evitar uma “Tragédia dos Comuns” foram a privatização ou a estatização,³⁶ neste último

³⁵ “Intuitively, it seems there are no institutional facts without brute facts. For example, just about any sort of substance can be money, but money has to exist in some physical form or other. Money can be bits of metal, slips of paper, wampum, or entries in books. In fact, most of our money in the past couple of decades underwent a revolutionary physical transformation that we did not even notice. Most money is now in the form of magnetic traces on computer disks. It does not matter what the form is as long as it can function as money, but money must come in some physical form or other.

What is true of money is true of chess games, elections, and universities. All these can take different forms, but for each there must be some physical realization. This suggests what I think is true, that social facts in general and institutional facts especially, are hierarchically structured. Institutional facts exist, so to speak, on top of brute physical facts. Often, the brute facts will not be manifested as physical objects but as sounds coming out of peoples’ mouths or as marks on paper – or even thoughts in their heads.” (SEARLE, John R. **The construction of social reality**. Nova Iorque: The Free Press, 1995, p.34-35.)

³⁶ Sobre a privatização: “Não tendo ocorrido a Garrett Hardin – naquele momento inicial – que pudesse haver uma solução espontânea de gestão dos ‘Baldios’, feito o diagnóstico, a terapêutica parecia ser só uma: estancar o acesso livre, e fazê-lo erguendo barreiras de exclusão. Ora a única forma segura de estancar o acesso livre era permitir a apropriação privada dos ‘Baldios’, fosse na forma da sua atribuição global a um único titular, fosse na forma da divisão do baldio em parcelas de propriedade privada, a serem distribuídas pelos anteriores compartes no baldio. Independentemente de custos e complicações que pudessem surgir em qualquer destas vias, a solução de privatização tinha uma vantagem evidente: com um único titular deixa de haver externalização cruzada, ou melhor, deixar de haver externalização ‘tout court’, já que todos os custos e sobrecargas impostos sobre o recurso seriam integralmente sentidos e suportados pelo seu titular exclusivo.

“Na aparência, a solução garantia que deixava de haver vítimas de sobre-exploração. Talvez fosse melhor esclarecer, desde logo, que apenas deixaria de haver vítimas involuntárias, já que a privatização não garante por si mesma que os novos titulares sejam gestores ótimos dos recursos privatizados. Cada um pode tornar-se vítima (mas, agora sim, voluntária) das suas incompetências e irracionalidades na gestão dos recursos de

caso com a alocação de direitos de entrada.³⁷ Argumenta-se hoje, contudo, que essas não são as únicas soluções para os recursos comuns – para se regular a “Tragédia dos Comuns”. Sociedades não muito grandes, nas quais prevalece o conhecimento pessoal, desenvolvem com frequência soluções normativas que não vão nem ao extremo da privatização nem ao reverso da estatização.³⁸ Trata-se daquilo que se designa na AED por normas sociais, não legisladas, mas que nem por isso, diz-se, deixam de vincular as condutas dos seus destinatários.³⁹ Essas normas corroborariam o Teorema de Coase,⁴⁰ segundo o qual, se os custos de transação são baixos – se há conhecimento pessoal, se os indivíduos são próximos uns dos outros, se os

que seja titular exclusivo. Dito por outras palavras, a construção de Garrett Hardin talvez tenha ficado inutilmente fragilizada desde o início pela forma como, acriticamente, apresentava a privatização como uma espécie de ‘panaceia universal’, quando lhe teria bastado, porventura, ter-se concentrado nos efeitos graduais da inserção de barreiras de exclusão (admitindo, por exemplo, a solução que analisaremos melhor adiante, a dos ‘Semi-Baldios’, dos recursos comuns de acesso limitado). Por outras palavras, Hardin terá cometido o erro inicial de presumir que todos os ‘Baldios’ emergiam de situações de acesso livre, confundindo assim situações de partilha colectiva que podem não sofrer de problemas de falta de exclusão, com situações nas quais essa falta de exclusão impede qualquer salvaguarda ‘interna’ dos próprios recursos.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.63-64.)

³⁷ “What shall we do? We have several options. We might keep them as public property, but allocate the right to enter them. The allocation might be on the basis of wealth, by the use of an auction system. It might be on the basis of merit, as defined by some agreed-upon standards. It might be by lotter. Or it might be on a first-come, first-served basis, administered to long queues. These, I think, are all the reasonable possibilities. They are all objectionable. But we must choose – or acquiesce in the destruction of the commons that we call our National Parks.” (HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v.162, n. 3859, dez. 1968, p.1245. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 12/09/2010.)

³⁸ Sobre o tema: OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: The evolution of institutions for collective action. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, n.p.

³⁹ “Social norms are customary rules of behavior that coordinate our interactions with others. Once a particular way of doing things becomes established as a rule, it continues in force because we prefer to conform to the rule given the expectation that others are going to conform [...]. This definition covers simple rules that are self-enforcing at a primary level, such as which hand to extend in greeting or which side of the road to drive on, and more complex rules that trigger sanctions against those who deviate from a first-order rule. (We express outrage if someone cuts in front of someone else in a queue.) The former are sometimes called conventions and the latter norms [...], but in fact there are numerous gradations and levels of response to norm violation that make this dichotomy problematic [...].” (YOUNG, Peyton H. Social norms. In: **The New Palgrave Dictionary of Economics**. 3.ed. Palgrave Macmillan, 2018, p.12.592.)

⁴⁰ É possível dizer que as normas sociais corroboram o Teorema de Coase, mas é também possível dizer que servem de alerta em face de afirmações peremptas acerca de sua exatidão. Uma das premissas do Teorema de Coase é a de que os direitos e deveres – as titularidades – devem estar bem definidos – devem haver regras claras – para que as partes os aloquem da maneira mais eficiente. O estudo de Ellickson, contudo, sobre a resolução de problemas sociais por vaqueiros e fazendeiros no condado de Shasta County, na Califórnia, constatou que esses vaqueiros e fazendeiros não conheciam as regras legais (as titularidades, os direitos e deveres). As normas sociais não eram uma continuação ou uma aplicação do direito legislado. Eram algo de diferente. Sobre o tema: “Again these speculations [on the Coase Theorem] led to an empirical study, this time of how real farmers and ranchers resolve such conflicts. The result was that they generally didn’t know the legal rule. They worked out their obligations through informal norms – by which is meant rules enforced socially rather than legally – about what neighbors have a right to expect from each other. The author of the study, Robert Ellickson, suggested that these informal norms were themselves waste minimizing [...]. But the point for our present purposes is that the law wasn’t serving the function envisioned for it by some of the economists following Coase. Ellickson treats these results as a warning against the temptations of ‘legal centralism’ – the view that the rules governing people’s rights all come from the government.” (FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst**: a toolkit for thinking about the law. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, p.83.)

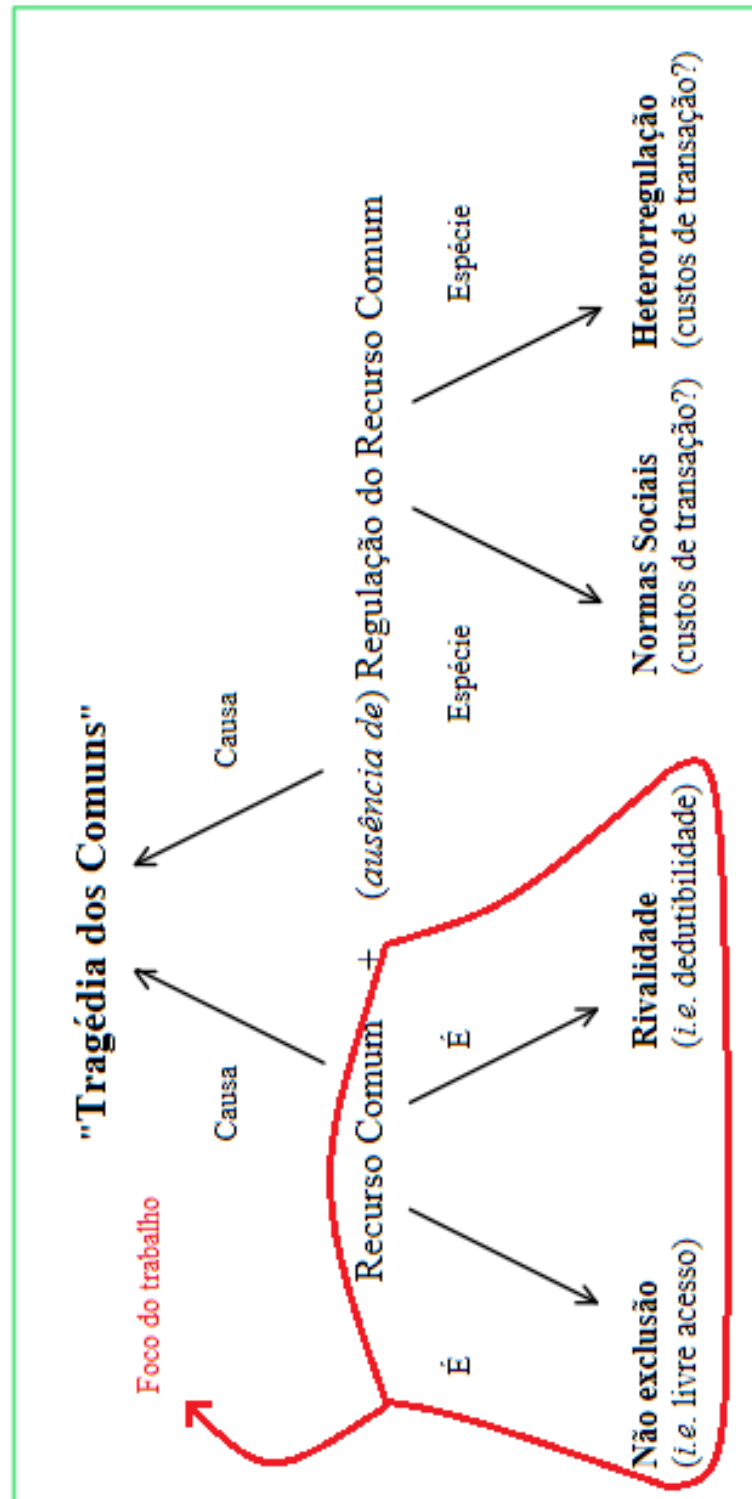
indivíduos não são muitos, se os problemas não são muito complexos, se o tempo não é por demais exíguo –, os indivíduos alocarão, da melhor maneira e por si sós, sem que seja necessária a intervenção de uma autoridade externa, os bens escassos de que necessitam para satisfazer as suas necessidades econômicas.⁴¹ Dizendo de outra maneira, em ambientes de baixos custos de transação, a “Tragédia dos Comuns” não chegará ao seu ponto trágico, *i.e.* os recursos comuns (em sentido econômico) podem ser explorados em comum – de comum acordo, e acordo em sentido jurídico – sem que ocorra a sua ruína.

Dizer que normas sociais corroboram o Teorema de Coase é uma coisa. Dizer que o Teorema é verdadeiro é outra. No mundo real, o Teorema vale até que ponto? Sempre? Quais os casos positivos? Qual o contrafactual da testagem? Como os casos foram selecionados? E, afinal, o que são custos de transação? Qual a extensão do conceito? A inimizade entre litigantes, a impedir transações espontâneas mesmo nos casos de direitos bem definidos, entra no conceito de “custos de transação”?⁴² Como medir a inimizade? Ainda: qual o polo negativo dos custos de transação? É a ausência de custos? São os “benefícios de transação”?

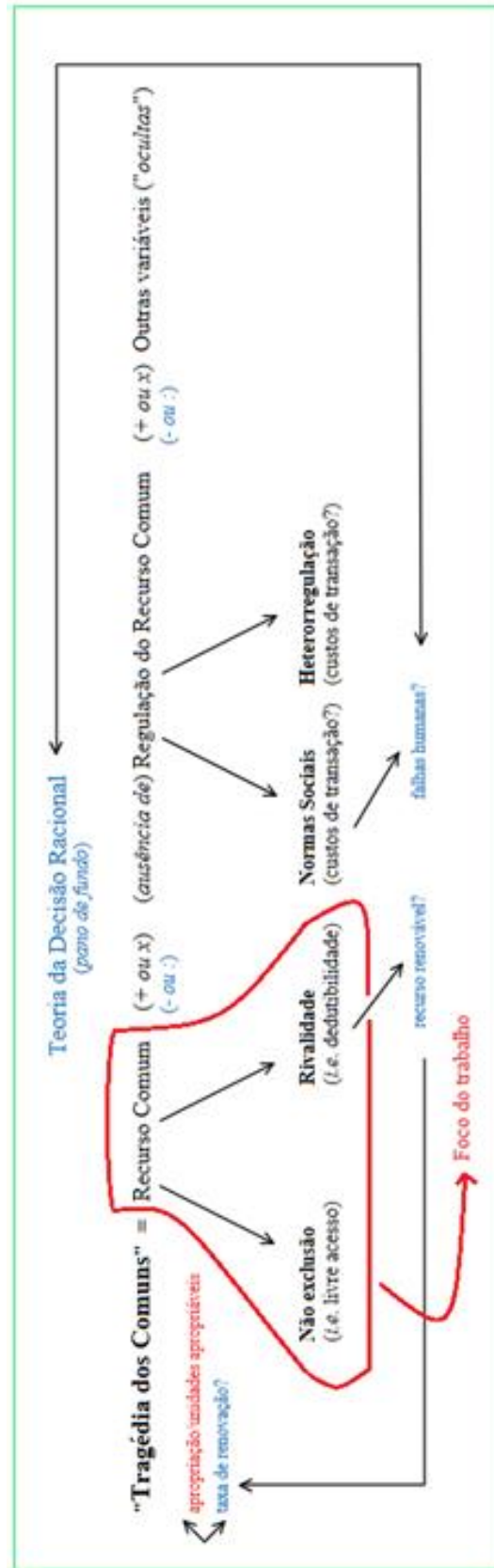
⁴¹ “Dadas as perspectivas abertas com a ‘alternativa coaseana’, é sempre possível esperar, mesmo que com uma certa dose de optimismo, uma medida qualquer de resolução espontânea das tendências ‘trágicas’ no acesso e exploração dos recursos: em grupos relativamente pequenos e suficientemente coesos, é possível que a limitação dos custos de transacção viabilize a formação e sedimentação de normas sociais, informais, que propiciem uma coordenação permanente entre titulares independentes, travando a pressão demográfica ou tecnológica para a externalização negativa sobre ‘Baldios’, ou para a sobre-apropriação (confirmando a hipótese formulada por Demsetz) -- sabendo-se que, no limite, a inexistência de interesses independentes, a sua concentração num único titular, asseguraria, quando fosse possível e desejável, a internalização imediata e total de todas as externalidades, positivas e negativas -- esvaziando todas as tensões e impasses.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.226.)

⁴² “[...] *it’s not as if there are lots of well-documented examples of parties bargaining around the decisions that judges make. Whether this is inconsistent with any of Coase’s claims, though, is another question. All he said was that a court’s decision wouldn’t affect the final resting place of the rights if there were no transaction costs. The question thus becomes whether enmity between the parties, or their distaste for bargaining, ought to be considered a kind of transaction cost – as a bad thing that the legal system should try to override [...].*” (FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst**: a toolkit for thinking about the law. Chicago: The University of Chicago Press, 2007, p.81-82)

Figura 2 – Fluxogramas de investigação da “Tragédia dos Comuns”
(Modelo simples.)



(Modelo complexo.)



(Fonte: o autor.)

O presente trabalho não tem a pretensão de responder a esses questionamentos. O que se quer deixar marcado é que os custos de transação são uma variável de difícil operacionalização para a realização de um trabalho causal que tenha a “Tragédia dos Comuns” por tema. O problema de pesquisa deste trabalho, portanto, é bem mais modesto. O que se quer investigar aqui é o seguinte: a Justiça no Brasil é um recurso comum?

Ter-se um recurso comum, como se pode ver na Figura 2,⁴³ é uma das variáveis, embora não suficiente, para a ocorrência de uma “Tragédia dos comuns”. (Tragédia = Recurso Comum + ausência de Regulação.) Recursos comuns são bens, seguindo os critérios de classificação da Economia, não excludentes porém rivais. Ou seja: o acesso a recursos comuns é livre (não exclusão) mas as unidades apropriáveis, que proporcionam utilidade aos interessados, são dedutíveis (rivalidade).⁴⁴ O que se quer saber então é se a Justiça no Brasil, como fato institucional que é, é (pode ser encarada como) um recurso comum. A Justiça no Brasil é um bem não excludente? É rival (dedutível)?

⁴³ A Figura 2 contém dois fluxogramas de investigação da “Tragédia dos Comuns”. O primeiro, mais simples, indica que recursos comuns são condição necessária para a “Tragédia” e que eles são – propriedades ontológicas – recursos rivais e não excludentes. O segundo, mais complexo, contém as variáveis cuja operacionalização seria necessária para se investigar a ocorrência de uma “Tragédia nos Comuns” em determinado contexto.

⁴⁴ Como se verá, esse é apenas um dos aspectos da ideia de rivalidade. Rivalidade é, sob a perspectiva do consumidor, dedutibilidade e é também, sob a perspectiva do fornecedor, consoante a teoria dos monopólios naturais – que possuem as características de bens de clube (excludentes e não rivais) –, baixo custo de fornecimento a um demandante (consumidor) adicional. Dizendo de outro modo, rivalidade é não só dedutibilidade no uso mas também, sob a perspectiva do fornecedor, baixo custo marginal de produção. Serviços escaláveis, como o são as aplicações de *Internet*, são excludentes (consegue-se cobrar pela assinatura do serviço) e não rivais (ou muito pouco rivais). O custo, por exemplo, de se fornecer uma conta do *Facebook* a um usuário adicional é baixo. Por que isso se dá? Porque aplicações de *Internet* valem-se da tecnologia em lugar do trabalho humano. As duas componentes da equação do custo médio, como se sabe, são os custos fixos e os variáveis. Os primeiros, no geral, podem ser pensados como o espaço utilizado por uma empresa para produzir os seus bens. Os segundos (variáveis), como o trabalho dos empregados. A relação entre custos fixos e variáveis no curto prazo é a seguinte: o custo de se produzir a primeira unidade de um produto, numa fábrica (espaço) vazia(o), utilizando-se o primeiro empregado, é baixo. Já estando instalada a fábrica e já estando disponíveis os insumos necessários à produção dos bens vendidos pela fábrica, basta apenas que o empregado os produza. À medida, contudo, que se queira aumentar a produção, é necessário o aumento do número de empregados. Conforme a fábrica vá-se enchendo de empregados, os custos de se produzir unidades adicionais dos bens aumentam. Chegará o momento em que os empregados terão de se acotovelar no interior da fábrica, quando então não valerá a pena produzir unidades adicionais dos bens. O custo de se produzir será maior que o benefício – será maior que o preço de mercado – que se pode retirar da produção das unidades adicionais. Por que aplicações de *Internet* e outros serviços escaláveis fogem a essa regra? Porque, em lugar de se valer do trabalho humano, valem-se da tecnologia da informação. A equação de custo médio (custos fixos e variáveis) dessas empresas não segue a lógica dos custos crescentes de produção de unidades adicionais. Salvo raras exceções, a atenção humana é limitada, a capacidade de trabalho diário humana é limitada, as capacidades de aprendizado humanas são limitadas. O mesmo não se dá com tecnologias da informação, que podem realizar diversas atividades ao mesmo tempo, não se cansam, admitem diversos *inputs* ao mesmo tempo e, como o tem demonstrado o avanço da inteligência artificial, possuem capacidades de aprendizado cujos limites ainda se está por ver.

A justificativa do trabalho é tanto teórica como social. É teórica porque são poucos os trabalhos a investigar se a Justiça no Brasil pode ser qualificada como um recurso comum.⁴⁵ E investigar se a Justiça é um recurso comum – recurso comum, rememore-se, é uma das espécies de bem com as quais a Economia trabalha – é também investigar a relação conceitual entre Justiça e Direito Administrativo e, mais especificamente, Direito da Regulação. As distintas espécies de bens exigem, diz a literatura da regulação, distintas disciplinas jurídicas e colocam em questão diferentes problemas de regulação. Mesmo os bens privados, ainda que garantidos por regras de propriedade e circulados mediante contratos exequíveis em juízo, podem levantar questionamentos de regulação. Se houver externalidades e se os custos de transação forem altos, diz a literatura da regulação, cabe a ação interventiva do Estado. Assim também os recursos comuns, que são condição necessária, embora não suficiente, para a ocorrência de uma “Tragédia”. Também os recursos comuns demandam, por vezes, a ação regulatória do Estado. Tanto que o próprio artigo de Hardin pode ser encarado como uma defesa – embora com reservas – do Direito Administrativo.⁴⁶ Mesmo não sendo o Direito Administrativo a única nem a solução primordial para a “Tragédia dos Comuns”,⁴⁷ como se disse, é uma das soluções, como restou representado na Figura 2, acima (“Heterorregulação”).

A relação conceitual que existe entre o Direito Administrativo, litígios e Justiça, no entanto, vai além. Para Posner, a AED estaria a trabalhar com o tema da regulação mesmo

⁴⁵ Deve-se dar crédito, aqui, a Ivo Gico Jr., que há muito aplica com sofisticação a alegoria da “Tragédia dos Comuns” ao Poder Judiciário, chegando mesmo a indicar, conceitualmente, de que maneira a ampliação do acesso à Justiça conduz à “Tragédia do Judiciário” e à seleção adversa dos litigantes, promovendo a litigância frívola. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

⁴⁶ “*That morality is system-sensitive escaped the attention of most codifiers of ethics in the past. ‘Thou shalt not ...’ is the form of traditional ethical directives which make no allowance for particular circumstances. The laws of our society follow the patten of ancient ethics, and therefore are poorly suited to governing a complex, crowded, changeable world. Our epicyclic solution is to augment statutory law with administrative law. Since it is practically impossible to spell out all the conditions under which it is safe to bur trash in the back yard or to run an automobile without smog-control, by law we delegate the details to bureaus. The result is administrative law, which is rightly feared for an ancient reason – ‘Quis custodiet ipsos custodies’ – ‘Who shall watch the watchers themselves?’ John Adams said that we must have ‘a government of laws and not men.’ Bureau administrators, trying to evaluante the morality of acts in the total system, are singularly liable to corruption, producing a government by men, not laws.*” (HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v.162, n. 3859, dez. 1968, p.1245-1246. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1724745>. Acesso em: 12/09/2010.)

“*Prohibition is easy to legislate (though not necessarily to enforce); but how do we legislate temperance? Experience indicates that it can be accomplished best through the mediation of administrative law. We limit possibilities unnecessarily if we suppose that the sentiment of ‘Quis custiedt’ the use of administrative law. We should rather retain the phrase as a perpetual reminder of fearful dangers we cannot avoid. The great challenge facing us now is to invent the corrective feedbacks that are needed to keep custodians hones. We must find ways to legitimate the needed authority of both the custodians and the corrective feedbacks.*”

⁴⁷ Primordial no sentido de que deve ser cogitada em primeiro lugar. A AED sugere que se cogite, em primeiro lugar, de soluções espontâneas, autorreguladoras, para só depois se pensar na ação reguladora do Estado.

quando examina ramos tradicionais do *common law*, como o direito da responsabilidade civil (*tort law*). Ao examinar os ramos tradicionais do direito, a AED enfatizaria o efeito dissuasório (incentivos *ex ante*, *deterrence*) das decisões judiciais (“*regulation by judges*”). Isto é, para a análise econômica da responsabilidade civil, a compensação não seria a preocupação central, mas, sim, a *deterrence* promovida pelas decisões judiciais. Não é, portanto, descabido pensar a produção de regras pela via judicial – que depende, note-se, das ações ajuizadas pelos lesados – como regulação.⁴⁸ E encarar-se as decisões judiciais como regulação não é algo comum no direito brasileiro, estando também aí uma justificativa teórica para a realização da presente pesquisa.

Para concluir o ponto das justificativas teóricas, organizar a literatura em torno da classificação dos bens na análise econômica a partir de um *framework* regulatório também é uma justificativa teórica para o presente trabalho. Não se tem notícia de outros estudos jurídicos, mesmo de AED, no Brasil que o façam.⁴⁹ E a classificação dos bens é importante: a) para um uso apropriado da alegoria da “Tragédia dos Comuns”; e b) para que se associem as estratégias regulatórias do Estado às falhas de mercado que buscam corrigir.

De outra parte, o trabalho se justifica do ponto de vista social porque o congestionamento da Justiça no Brasil é um problema conhecido. O relatório “Justiça em Números” de 2019, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), informa que o estoque de processos pendentes, ao final de 2018, em todos os órgãos do Judiciário brasileiro, foi de 78.691.031 ações. Apenas em 2018, foram ajuizadas 28.052.965 novas ações.⁵⁰ Surpreende a

⁴⁸ “*Economic analysis of law treats common law fields, especially tort law – which provides legal remedies for physical, mental, or financial injuries caused by negligence, medical malpractice, nuisance (which includes pollution), defamation, defective products, misrepresentation, or other wrongful conduct – as forms of regulation. The emphasis is thus on the deterrent effect of the threat of liability, rather than on the compensatory role of liability; compensation is thought better provided for by insurance. Common law is thus conceived of as regulation by judges – by judges not only because common law remedies are obtained by means of lawsuits against injurers but also because common law doctrines are made by judges.*” (POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): An Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (Org.) **Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Illinois: University of Chicago Press, 2012, p.11.)

⁴⁹ Deve-se dar crédito, mais uma vez, a Ivo Gico Jr., que esquematizou o tema dos bens na análise econômica problematizando o congestionamento do Judiciário. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.) O esquema de Gico Jr., contudo, não abordou a que problemas regulatórios cada uma das espécies de bem na Economia está sujeita. O presente trabalho faz isso também.

⁵⁰ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019, p.4.

carga de trabalho dos juízes: o número de sentenças prolatadas em 2018 foi de 32.399.651, cada juiz julgando quase 8 casos por dia útil do ano.⁵¹

Saber se esses números são representativos de uma “Tragédia dos Comuns” – ou de uma tendência em direção à “Tragédia” –, como se disse, exigiria a operacionalização de uma série de variáveis complexas, que remetem a conceitos difusos (custos de transação, por exemplo). Indagar se a Justiça no Brasil ruma ao esgotamento exigiria, por exemplo, considerando que a Justiça é um recurso renovável, definir a “taxa de renovação da Justiça” e relacioná-la com a “taxa de apropriação dos recursos da Justiça”, como se expôs na Figura 2 (algo parecido com o problema da velocidade relativa de dois veículos na Física, cada qual com uma aceleração distinta). Determinar, de todo modo, se o Judiciário é um recurso comum pode servir de ponto de partida para estudos, conceituais ou causais, mais sofisticados. Isso porque as literaturas econômicas e da regulação têm documentadas uma série de estratégias regulatórias para os recursos comuns. Conceituar o Judiciário como recurso comum, portanto, pode revelar caminhos para o trato do congestionamento da Justiça no Brasil (justificativa social).

No que concerne à metodologia, será a de um trabalho qualitativo-conceitual. O trabalho é qualitativo no sentido que dão ao termo Goertz⁵² e Goertz e Mahoney⁵³. Estes últimos dizem que um dos traços distintivos da tradição qualitativa é a sua linguagem, que é a da lógica e a da teoria dos conjuntos.⁵⁴ Como conceitos são conjuntos formados por condições mais ou menos necessárias e mais ou menos suficientes, a investigação qualitativa é a das condições necessárias e suficientes de um fenômeno, evento, conceito, bem como a da verificação dessas condições no mundo real. É nesse sentido que o presente trabalho é qualitativo. De outra parte, o presente trabalho é qualitativo-conceitual na medida em que não é causal.⁵⁵ A investigação não será a

⁵¹ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019, p.4.

⁵² GOERTZ, Gary. **Social Science Concepts**: A User’s Guide. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2006.

⁵³ GOERTZ, Gary; MAHONEY, James. **A tale of two cultures**: qualitative and quantitative research in the social sciences. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2012.

⁵⁴ “*Ideas concerning necessary conditions and sufficient conditions are at the core of qualitative research practices. These kinds of conditions are implicitly used in the formulation of countless hypotheses in the qualitative tradition. They are central components of qualitative methods of concept formation, qualitative approaches to case selection, and nearly all qualitative methods of hypothesis testing. [...] Our view is that qualitative research and methodology cannot be fully codified and understood without taking into consideration ideas of necessity and sufficiency.*” (GOERTZ, Gary; MAHONEY, James. **A tale of two cultures**: qualitative and quantitative research in the social sciences. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2012, p.12.)

⁵⁵ Não se desconhece que a tradição qualitativa faz também análise causal, voltando suas atenções para as forças internas a um fenômeno causadoras de determinado evento. Daí por que se explica que o presente trabalho, além de qualitativo, é conceitual, e não causal. Porque conceitual, o presente trabalho não testará hipóteses, mas, sim, quando das conclusões, levantará hipóteses para serem testadas em outros trabalhos empíricos. Não é incomum na AED a realização desse tipo de trabalho. Veja-se, nesse sentido, o que Ulen diz sobre o seu texto normativo-conceitual a respeito do adimplemento específico: “*This difference between*

das causas mas a das propriedades existenciais (dimensões ontológicas) de um conceito (recurso comum) e, na sequência, da verificação dessas propriedades no mundo (Justiça no Brasil). Para Goertz, os conceitos das ciências sociais possuem três níveis: básico, secundário e dos indicadores. As dimensões – as condições de um conceito – situam-se no nível secundário, o número delas dependendo do conceito em questão. Combinam-se, de regra, pelo método das condições necessárias e suficientes. O número dos indicadores, que são os elementos do mundo a apontar para a presença das dimensões, também depende do conceito. Os indicadores, porém, diversamente das dimensões secundárias, combinam-se costumeiramente pelo método da semelhança familiar, isto é, podem-se substituir uns aos outros para dar a medida das dimensões às quais se referem.⁵⁶ Goertz diz que trabalhos que examinam as propriedades existenciais (as dimensões ontológicas) de um conceito são qualitativo-conceituais, isto é, não causais.⁵⁷

A Figura 2 expressa um recurso comum como uma das variáveis necessárias para a ocorrência de uma “Tragédia dos Comuns”. Dizer que um recurso comum, para a Economia, é um bem rival e não excludente significa afirmar as propriedades existenciais (dimensões

description and prescription is familiar to economists as the distinction between positive and normative economic analysis. Positive economics attempts to use the tools of analysis to describe an existing set of circumstances without regard to a particular moral objective. An example is an analysis of the impact on the amount of fixed capital investment in the economy of a change in the rate at which distributed corporate dividends are taxed. Normative economics interjects a moral goal into the analysis and typically seeks to examine what actions will most nearly lead to the attainment of that goal. An example might be an author's argument against a particular tax on the grounds that it adversely affects what he believes to be a desirable distribution of income. Clearly the line between positive and normative economics is often difficult to draw. Moreover, most pitches for particular policies are made on the basis of positive analysis. For example, recent arguments in favor of deregulating certain industries were not made on the basis that regulation is immoral or unfair, but rather on the ground that existing regulatory agencies were costing consumers millions of dollars and unnecessarily increasing the profits of the regulated industries.

“The argument of this paper is normative: the courts should make specific performance the routine remedy and, by extension, any stipulated remedy that was not inserted because of fraud, duress, or coercion should be enforced. Those readers who desire more positivism should consider what follows as being the elaboration of a hypothesis, which, before being accepted or rejected, must be confronted with the relevant data.” (ULEN, Thomas S. The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies. *Michigan Law Review*, v.83, n. 2, 1984, p.346.)

⁵⁶ Dos elementos mais concretos aos mais abstratos: indicadores dão a medida => das dimensões, que dão a medida => do nível básico, que é o “nome” do conceito. Exemplo: inexistência de portaria ou cerca dá a medida => da não exclusão, que dá a medida (embora não seja suficiente) => do recurso comum, que é o conceito (nível básico). Os conceitos podem-se relacionar entre si, formando teorias. Conceitos, nesse sentido, são variáveis (dependentes e independentes) de teorias sociais.

⁵⁷ *“I propose that the basic difference between a qualitative and a quantitative scholar's thinking about concepts lies in the (implicit) use of the disease-symptom model for concepts by the latter group and the use of ontological approaches by the former. In other words, qualitative scholars tend to think of concepts (when they are not distracted by the problem of developing indicators or quantitative measures) in terms of their ontological properties. The ontological approach does not in the first instance see causal relationships between levels. Because secondary-level dimensions constitute what the phenomenon is the relationship is one of identity, not causation. To have elections is not an indicator of democracy, but to have elections is what it means to be a democracy. Hence, there is a close connection between semantic approaches to concepts and ontological ones. The key point in the context of this chapter is that there is a noncausal relationship between the secondary-level dimensions and the basic-level concept.”* (GOERTZ, Gary. *Social Science Concepts: A User's Guide*. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2006, p.59.)

ontológicas) dos recursos comuns. Rivalidade e não exclusão são as dimensões secundárias do nível básico “recurso comum”. Mas a presente pesquisa não é (só) uma revisão da literatura econômica dos recursos comuns e de suas características: rivalidade e exclusão. Embora o capítulo 2, de fato, revise a literatura em torno da classificação dos bens, o que se quer fazer aqui é investigar se as dimensões ontológicas dos recursos comuns são adequadas para descrever a Justiça brasileira. Em outras palavras, quer-se examinar se a Justiça brasileira é um caso do conceito “recurso comum”. É esse o problema de pesquisa.⁵⁸

Como fato institucional, a Justiça no Brasil existe porque existem regras que a organizam, colocando-a em funcionamento.⁵⁹ O presente trabalho usou desde o início o termo Justiça como sinônimo de sistema público de adjudicação. Será necessário, então, investigar quais regras (regras também são fatos institucionais) colocam em funcionamento o sistema público de adjudicação no Brasil.

Mas que recorte metodológico fazer? São todas as regras constitucionais e processuais que interessam? O capítulo 2, depois de desacreditar a distinção econômica entre bens e serviços, dirá que o que interessa são as utilidades que os indivíduos retiram dos bens (ou serviços, tanto faz), incluídos aí os recursos comuns. O trabalho, então, questionará inicialmente que utilidades a Justiça no Brasil produz. Como saber? Fernando Araújo, na palestra “O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem ‘adjudicação’”, indicou alguns rumos. A Justiça, para a AED, pode tanto adjudicar conflitos como formular regras. Depois de

⁵⁸ Dizendo de outra forma, quer-se saber se a teoria dos recursos comuns permite que se faça uma interpretação econômica da Justiça – do sistema de adjudicação pública – do Brasil. Pretende-se saber se a Justiça no Brasil pode ser descrita como um recurso comum.

⁵⁹ Não se desconhece que, para Searle, a ideia de regra não pode ser traduzida por regra jurídica. Quando muito, estas seriam um subconjunto daquelas. Regras, para o autor, seriam enunciados que imporiam status a objetos brutos, status a partir dos quais uma função seria anexada (aos mesmos objetos brutos) por meio de uma intencionalidade coletiva. De todo modo, Searle diz que regras podem criar fatos institucionais, como o fazem as regras do xadrez. É esse raciocínio que interessa aqui. Ele pode ser conciliado com o presente problema de pesquisa. Como fato jurídico-institucional, a Justiça é criada por regras jurídicas.

Searle, por outro lado, distingue regras regulativas de regras constitutivas. As primeiras regulariam atividades que as antecedem. As segundas criariam “a própria possibilidade de certas atividades”. Exemplo de regras regulativas seriam as regras de trânsito, que não criam o trânsito, mas apenas o regulam. Exemplo de regras constitutivas seriam as regras do xadrez, que criam o jogo de xadrez. (Antes da criação das regras do xadrez ninguém costumava mexer peças com o formato de peões e reis sobre tabuleiros de madeira.) Searle também distingue regras de convenções. Só convenções, e não regras, seriam arbitrárias. Exemplo de convenção é o fato de, no xadrez, o peão ser menor que o rei. (SEARLE, John R. **The construction of social reality**. Nova Iorque: The Free Press, 1995, p.27-28 e 43-52.) Não se pretende, quanto à Justiça, fazer essas distinções, porque isso não só é desnecessário para responder à pergunta de pesquisa mas levaria o texto para outros rumos. (As regras que constituem a Justiça seriam regulativas ou constitutivas? Não há dúvidas de que muitas são constitutivas de fatos institucionais que se reconduzem ao fato institucional mais abrangente “Justiça”. Regras, por exemplo, que dizem que um pedaço de papel é considerado uma sentença no âmbito de um processo judicial no Brasil seriam constitutivas do fato institucional “sentença”, que por sua vez poderia ser reconduzido ao fato institucional “Justiça”. Mas todas as regras da Justiça são constitutivas? Sem as regras da Justiça – de adjudicação pública de conflitos –, os indivíduos recorreriam a outros meios para resolver seus conflitos: justiça de mão própria (vingança privada), adjudicações privadas, etc.)

examinar se são só essas as utilidades de interesse para AED, cumprirá ao trabalho saber se a Justiça no Brasil adjudica conflitos e produz regras (capítulo 3), para então perguntar se a adjudicação de conflitos e se as regras judiciais no Brasil são rivais e não excludentes (o que será feito no capítulo 4).

O questionamento a respeito da rivalidade das regras, porém, tende a causar pronta estranheza em quem possua intimidade com a literatura da AED. Regras de conduta, dizem os autores da análise econômica e da regulação, são informação. E informação possui as características de bem público em sentido econômico: não rivalidade e não exclusão. Não seria então uma contradição em termos afirmar que a Justiça produz regras de conduta e que está sujeita à “Tragédia dos Comuns”? Se um dos produtos da Justiça é, à primeira vista, não rival, não seria uma contradição aplicar à Justiça uma alegoria científica que descreve um possível desastre (“Tragédia”) no consumo de bens rivais (recursos comuns)? No encerramento do trabalho, a partir do caso brasileiro, tentar-se-á, conceitualmente, responder a esse tipo de questionamento.

A conclusão será a de que a Justiça no Brasil não pode ser pensada como recurso comum. O “produto” adjudicação talvez o possa, mas não fica claro que externalidade negativa resulta do consumo coletivo desse produto. E, como visto, para que haja uma “Tragédia dos Comuns”, os indivíduos têm de externalizar negativamente uns sobre os outros. Do contrário, ter-se-á apenas um problema de fracionamento de um bem que pode ser consumido por mais de um indivíduo. No que respeita às regras, dir-se-á que, para certa matriz teórica, elas se destinam precisamente a promover a cooperação e, conseqüentemente, a evitar que os indivíduos demandem mais adjudicação no futuro. O problema é que, para produzir regras, a Justiça precisa realizar adjudicações, isto é, tem de resolver litígios. Ou seja, para produzir um bem não rival (regras), a Justiça precisa produzir um bem rival (adjudicação). Se há esse “mecanismo de retroalimentação”, qual o número ótimo litígios? O trabalho afirmará que, pelo menos com o ferramental de pesquisa disponível atualmente, não é possível operacionalizar as variáveis que permitiriam responder à pergunta sobre qual o número ótimo de litígios nesta ou naquela jurisdição. De tal sorte que, como se dirá na conclusão, a alegoria da “Tragédia dos Comuns” (ou “Tragédia do Judiciário”) parece pouco apropriada para se explicar o congestionamento da Justiça no Brasil.

De resto, o trabalho oferecerá, com base nos conceitos que serão trabalhados ao longo do texto, hipóteses alternativas – que não aquelas fundadas na “Tragédia dos Comuns”, em externalizações recíprocas, em disparidades entre benefícios individuais e custos coletivos –

para o congestionamento da Justiça no Brasil. Apontar-se-ão algumas maneiras de se as pesquisar, ressaltando-se os eventuais problemas de operacionalização que poderão encontrar.

Para concluir esta introdução, são apropriadas algumas ressalvas conceituais e metodológicas, que valerão para o restante do trabalho. Em primeiro lugar, seguindo a linha da literatura revisada,⁶⁰ o presente texto enfocará a Justiça civil, federal e estadual. Como se verá adiante, é, de fato, costumeiro, na análise econômica dos litígios, restringir o estudo aos conflitos entre particulares (litígios), já que as razões para a atuação de promotores de justiça, a quem cabe o *enforcement* judicial do direito penal, são distintas das razões dos indivíduos privados para levar um caso a juízo.⁶¹ Enfocando a Justiça civil, o texto valer-se-á do conceito de dano de maneira bastante alargada, tal como utilizado pela literatura econômica,⁶² e não pela literatura jurídica. No direito, hoje, está assentada a posição segundo a qual as ações judiciais não se destinam apenas à reparação por um dano mas, sim, a atacar os atos ilícitos⁶³ (até pela dicção da regra do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, que protege os direitos ameaçados). A literatura econômica, contudo, vale-se do conceito de dano largamente porque é o conceito que mais se aproxima da ideia de externalidade negativa e, portanto, de custo social.⁶⁴ A utilização alargada, aqui, do conceito de dano, contudo, não há de causar maiores transtornos. Chamar o ato violador da esfera jurídica alheia de dano ou de ilícito (sem dano) é uma questão meramente nominativa. O que importa é ter em mente que, quando chamada a resolver um conflito, a Justiça, como se dirá, já estará a atuar numa situação de perda social

⁶⁰ Por todos: SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

⁶¹ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.600. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

⁶² Por todos: SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

⁶³ “Porém, quando se vai em busca de um conceito de ilícito, ainda que sem aludir aos novos direitos, constata-se que sempre houve separação entre ato contrário ao direito e fato danoso, sendo esse último uma consequência eventual, mas não necessária, do primeiro. Se o ilícito, compreendido como ato contrário ao direito, sempre esteve claro à doutrina, o certo é que o processo civil, ao contrário do processo penal, negou-lhe importância. Ou melhor, o ato contrário ao direito não foi objeto de preocupação do processo civil porque, na sua seara, não havia razão para se reprimir a violação de um direito que não ocasionasse dano.

“Acontece que os direitos fundamentais, na atualidade, apontam para a necessidade de se repensar a ideia de ilícito diante do processo civil e, muito mais do que isso, exigem que à ação civil se outorgue uma nova conformação, capaz de responder aos desejos das normas de proteção violadas, e não mais apenas às necessidades de ressarcimento dos danos produzidos.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.200.)

⁶⁴ Nesse sentido, veja-se o capítulo de litígios da seguinte obra: PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2019. No prelo.

(custo social, externalidade). Mesmo nos casos de ameaça de violação a direito, o que a Justiça faz é, quando muito, manter a esfera jurídica das partes intacta. A Justiça não atua com vistas à criação de bem-estar. Embora a ameaça de atuação da Justiça sirva de incentivo a que as partes cooperem em direção ao futuro, quando a Justiça é, de fato, chamada a intervir, o contexto é de perda, provável ou corrente. Essas ideias serão úteis ao longo do trabalho, como se verá.

Por fim, uma última ressalva: ainda que o título do presente trabalho dialogue diretamente com a recente obra de Wolkart de análise econômica do processo,⁶⁵ o autor do presente trabalho teve acesso a essa obra tão somente depois de revisar a literatura utilizada na redação do presente texto, de maneira que, ainda que a tenha lido, não a utilizará na íntegra nem discutirá ponto por ponto as sugestões de Wolkart direcionadas à promoção de um ambiente cooperativo no processo civil brasileiro. Em todo caso, a abordagem conceitual de Wolkart a respeito dos recursos comuns parece se limitar ao primeiro capítulo, no qual o autor parte da premissa de que a Justiça no Brasil é um recurso comum para apresentar os dados sobre o seu congestionamento e, então, trabalhar o problema da cooperação no processo. Se essa leitura estiver correta, não parece descabido dizer que o presente texto, com humildade, busca dar um passo atrás. O presente texto questionará a premissa de que parte Wolkart, isto é, quererá saber se, de fato, a Justiça no Brasil é um recurso comum, concluindo com algum pessimismo que talvez a alegoria da “Tragédia dos Comuns” não tenha tanta validade assim para explicar o problema do congestionamento da Justiça. Isso não significa, contudo, que o presente trabalho desmereça o papel dos incentivos no acesso à Justiça – e, conseqüentemente, dos desincentivos à litigância de má-fé, trabalhados por Wolkart. O que o presente texto fará é apontar, isto sim, para problemas de operacionalização dos argumentos econômicos que, por vezes, são tidos como dados da AED,⁶⁶ o que, espera-se, poderá contribuir o estudo do problema do congestionamento da Justiça no Brasil.

⁶⁵ WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n.p.

⁶⁶ Não se está a fazer referência a Wolkart, registre-se bem, até porque, como dito, a única parte examinada com cuidado pelo autor do presente texto foi o capítulo inicial da obra de Wolkart.

2. OS BENS NA ECONOMIA: CRITÉRIOS E ESPÉCIES

O que são bens para a Economia⁶⁷? A resposta a essa pergunta, como a resposta a praticamente qualquer outra pergunta, depende de se saber o que não são bens para a Economia. Qual o oposto de bens? A Economia, no geral, tem duas respostas: bens podem-se opor a serviços⁶⁸ e bens podem-se opor a males. Como o oposto de serviços, bens são recursos tangíveis, que podem ser armazenados, estocados. Por outro lado, como o oposto de males, bens são coisas que os indivíduos sempre desejam possuir mais (nunca menos), tais como dinheiro, lazer, segurança – os males sendo as coisas que os indivíduos nunca desejam ter mais, sempre menos (por exemplo poluição, acidentes).⁶⁹

Sucede que nenhuma dessas duas conceituações de bens se sustenta apenas com base nas ferramentas da própria Economia. Tangibilidade e suscetibilidade a armazenamento não são conceitos que, por assim dizer, estão no interior da Ciência Econômica. Para se os definir é necessário subir um degrau na escala da abstração e se indagar: o que é tangível? Poder-se-ia dizer, consultando-se um dicionário de língua portuguesa, que tangível é aquilo que é corpóreo, acessível ao toque.⁷⁰ Mas, cabe questionar, o vento é tangível ou não? Diante de uma ventania, não é raro escutar alguém dizendo que está a sentir o toque do vento. Diante da mesma ventania, contudo, é incomum alguém, incomodado, dizer que vai tocar o vento, empurrar o vento, mover o vento de lugar. De novo: o vento é tangível ou não?

E os serviços? Se um serviço prestado à distância parece pouco acessível ao toque, o mesmo não se pode dizer, por exemplo, do serviço de transporte de passageiros, prestado “em

⁶⁷ Quando se fala em Economia, faz-se referência à Economia neoclássica, que preconiza os mercados e a livre circulação de bens privados, reconhecendo, contudo, a existência de falhas de mercado, a exigirem, caso a intervenção estatal seja menos custosa que os custos das próprias falhas, a intervenção do Estado para a sua correção. Sobre bens privados e a sua relação com a Economia neoclássica: OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.6-7. Sobre o pioneirismo da Economia neoclássica na denúncia das falhas de mercado: ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem “adjudicação”. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.

⁶⁸ “The political-economy literature usually refers to the structure of the biophysical events as the nature of the goods.” (HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003, p.119. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.)

⁶⁹ “Goods. 1. Things people prefer more of rather than less: thus income, leisure, and security are goods, while pollution and risk are bads. 2. Economic assets taking a tangible physical form, such as houses or clothes. These are contrasted with services, such as transport, which cannot be stored, or insurance, which has no physical embodiment. Some economic goods in sense 1, such as restaurant meals, are combinations of services and goods in sense 2.” (BLACK, John. **A Dictionary of Economics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997, p.200.)

⁷⁰ TANGÍVEL. In: AULETE digital: o dicionário da língua portuguesa na internet. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/tangivel>. Acesso em: 22/11/2019.

torno” dos passageiros. Alguém, no interior de um ônibus, poderia dizer que está a tocar – sentir com o tato – o serviço que lhe está sendo prestado naquele instante. O ônibus, as cadeiras, a roleta seriam tocáveis. Também o seria o trajeto, as ruas que passam. O serviço, sob essa perspectiva, seria tangível. O passageiro sentiu o meio pelo qual o serviço foi prestado (ônibus) e o próprio serviço (deslocamento). Tome-se outro exemplo. A pintura de um quadro é um serviço. Quem contrata um pintor para lhe pintar o retrato, o direito diria, está a contratar um serviço (uma obrigação personalíssima de fazer, conforme o Direito Civil), que resultará num bem (obrigação de, ao final do serviço, dar o quadro ao contratante). A pintura do quadro é tocável ou não? Pelo não: o que se toca é ou o quadro ou o pintor ou os instrumentos da pintura (pincel, tinta); nunca o serviço. Pelo sim: o serviço é o resultado do trabalho do pintor no momento em que realizado e (até) mesmo depois; logo, seria possível tocá-lo. Se alguém rabisca o quadro depois de completo com uma caneta esferográfica, outro alguém poderia dizer, sem ser mal interpretado, que se estragou o serviço do pintor.

Com relação à segunda conceituação de bens – bens em oposição a males –, as coisas complicam-se um tanto mais. Ainda que, por exemplo, a teoria da escolha do consumidor trabalhe com as preferências do consumidor, ela nada diz sobre quais são, na prática, essas preferências nem quais devem ser os objetos das preferências (quais coisas devem ser preferidas por si mesmas ou não).⁷¹ Embora nominalmente descritiva,⁷² a teoria da escolha do consumidor não fornece instrumentos para se diferenciar bens (econômicos) de males (econômicos). Essa teoria, no máximo, oferece instrumentos para se dizer se o comportamento de um consumidor é racional ou não (preferências completas, transitivas e reflexivas⁷³). Isto é, a Economia não diz

⁷¹ “O mais óbvio determinante de sua demanda são seus gostos. Se você gosta de sorvete, comprará mais sorvete. Os economistas normalmente não tentam explicar os gostos porque eles se baseiam em forças históricas e psicológicas que estão além do campo de estudo da economia. Os economistas, entretanto, examinam o que acontece quando os gostos mudam.” (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.68.)

⁷² “Quando você entra em uma loja, confronta-se com milhares de bens que poderia comprar. Naturalmente, como os seus recursos financeiros são limitados, você não pode comprar todas as coisas que quer. Portanto, considera o preço dos vários bens à venda e compra um conjunto de bens que, dados os seus recursos, melhor atenda às suas necessidades e aos seus desejos.

“Neste capítulo, desenvolveremos a teoria que descreve como os consumidores tomam decisões sobre o que comprar. Até este ponto do livro, resumimos as decisões dos consumidores por meio da curva da demanda. Como já vimos, a curva da demanda de um bem reflete a disposição do consumidor para pagar por ele. Quando o preço de um bem aumenta, os consumidores estão dispostos a pagar por menos unidades, de modo que a quantidade demandada diminui. Agora analisaremos com maior profundidade as decisões que estão por trás da curva de demanda. A teoria da escolha do consumidor apresentada neste capítulo permite um entendimento mais completo da demanda, assim como a teoria da empresa competitiva no Capítulo 14 proporciona um entendimento mais completo da oferta.” (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.415.)

⁷³ Sobre a ordenação de preferências: RESNIK, Michael D. **Choices: An introduction to decision theory**. Minnesota: The University of Minnesota Press, 1987, p.22-26.

quais coisas têm, em si mesmas, valor positivo (bens) e quais têm valor negativo (males). A diferença entre bens econômicos (*e.g.* dinheiro, lazer, segurança) e males econômicos (*e.g.* poluição, acidentes) está fora da Economia. Exigiria o estudo dos valores individuais e coletivos⁷⁴ (axiologia).

Poder-se-ia argumentar que não existe quem prefira menos bens econômicos (em lugar de mais), assim como não existe alguém que prefira mais males econômicos (em lugar de menos). Todo mundo, seguiria o argumento, preferiria mais bens e menos males. Ninguém preferiria mais poluição a menos. O caso da poluição é interessante. Imagine-se um laboratório que polua um rio com dejetos tóxicos. Imagine-se ainda que o rio não seja habitado por qualquer espécie animal e que a sua água não seja bebida por ninguém, porque, por exemplo, a nascente do rio está em contato com um pequeno vulcão submarino em atividade, sobre o qual, adicione-se, a poluição não produz efeitos. A poluição é um mal econômico? Se a resposta ainda for sim, pense-se que o laboratório poluente faça pesquisas medicinais que já tenham curado a vida de milhares de pessoas mundo afora. A poluição ainda é um mal? Para quem? Possivelmente não para as pessoas cuja vida foi salva pelo laboratório. (Uma das ideias fundadoras da AED, vale notar, pode ser reconduzida a esse problema. Para se ter poluição, são necessárias ao menos duas pessoas: uma que polua e outra que não goste de poluição.⁷⁵)

Bens em oposição a serviços, bens em oposição a males: essas duas conceituações exigem o manejo de ferramentas que estão fora da Economia. E essas duas conceituações, vale notar, tais como apresentadas, relacionam-se com a classificação dos bens com base nos critérios de rivalidade e exclusão. Serviços escaláveis, no geral, são ditos não rivais. O custo de se fornecer serviços escaláveis a um consumidor a mais é praticamente nulo. Os melhores exemplos são as aplicações de *Internet*, cuja criação é bem custosa, mas não o é o fornecimento a um consumidor adicional (basta deixar a aplicação na rede, disponível para *download*). Rival, diz a Economia, é o bem que é dedutível, isto é, cujo consumo por um indivíduo reduz a disponibilidade (do mesmo bem) para outro indivíduo. Serviços não dedutíveis são facilmente

⁷⁴ A seguinte passagem de Giannetti ilustra o ponto: “*Valor e preço.* – Qual a diferença entre um cínico e um sentimental? Oscar Wilde responde: o cínico é aquele que sabe o preço de tudo, mas não conhece o valor de nada; o sentimental vê um absurdo valor em tudo, mas não sabe o preço de nada. Adam Smith, o pai da moderna teoria econômica, certamente sabia o preço das coisas, mas nem por isso ignorou a incapacidade do mercado em determinar, em muitos casos, o real valor das nossas obras e atividades. Para uma pessoa de boa formação, ele argumentou: ‘a aprovação judiciosa e ponderada de um único sábio proporciona mais satisfação sincera do que todos os ruidosos aplausos de dez mil admiradores ignorantes, ainda que entusiásticos’. A diferença, contudo, como não só o cínico mas também o sentimental por fim se dão conta, é que a opinião do sábio não paga as contas no final do mês. Já o ruidoso aplauso...” (GIANNETTI, Eduardo. **Trópicos utópicos**: uma perspectiva brasileira da crise civilizatória. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.47.)

⁷⁵ COASE, Ronald H. The Federal Communication Commission. **The Journal of Law & Economics**, v.2, p.26-27, outubro, 1959. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724927>. Acesso em: 08/10/2019.

escaláveis, podendo, como no caso das aplicações de *Internet*, ser fornecidos no mundo inteiro, bastando para tanto os consumidores possuírem um ponto de acesso (celular, computador, *tablet*). As formas de dedutibilidade, contudo, nem sempre são claras. Mankiw, por exemplo, qualifica tanto como rivais quanto como não rivais as estradas com pedágio e sem congestionamento. O que Mankiw quer dizer é que, para um bem ser classificado como rival ou não, deve-se levar em conta o contexto. A rivalidade é uma categoria que depende do tipo do bem, do número de pessoas que está a se servir do bem e da perspectiva do observador. Considerando-se, por um lado, o número de usuários, a rivalidade (atual, corrente) depende do quão congestionadas estão as estradas. Se bastante congestionadas, rivais. Se livres, não rivais.⁷⁶ Alterando-se, por outro lado, a perspectiva do observador, são não rivais as estradas antes de sua construção. Estradas que ainda não foram construídas não podem ficar congestionadas, é claro. Estradas não construídas, portanto, assumem as características de bem público em sentido econômico, para cuja consecução, diz-se, faltam incentivos aos privados (o problema dos caroneiros, *free-riders*).⁷⁷ Depois de construídas, contudo, as estradas passam a ser recursos comuns, não mais se colocando a questão dos incentivos de construção – já estão

⁷⁶ Os exemplos de Mankiw, para dar a entender que a classificação dos bens depende do contexto, são peixes no mar e faróis: “Embora [...se possa classificar] os bens em quatro categorias, o limite entre elas é, às vezes, confuso. Se os bens são excludentes ou rivais é apenas uma questão de gradação. Os peixes do mar podem não ser excludentes, pois o monitoramento é muito difícil. Porém, uma guarda costeira suficientemente numerosa poderia tornar o peixe pelo menos parcialmente excludente. Da mesma forma, embora geralmente sejam rivais no consumo, isso seria menos verdadeiro se a população de pescadores fosse pequena em relação à de peixes (Imagine a América do Norte antes da colonização.) [...]”

[...]

“Alguns bens podem ser classificados em públicos ou privados, dependendo das circunstâncias. Por exemplo, um show pirotécnico será um bem público se for realizado numa cidade com muitos habitantes. Entretanto, se for realizado num parque de diversões privado, como a Disney World, tenderá mais a ser um bem privado porque os visitantes do parque terão pago para entrar nele.

“Outro exemplo são os faróis. Os economistas há muito tempo usam os faróis como exemplo de bem público. Os faróis são usados para marcar locais específicos ao longo da costa, de maneira que os navios que passam evitam águas traiçoeiras. O benefício que o farol proporciona ao capitão do navio não é nem excludente, nem rival, de modo que cada capitão tem um incentivo para pegar carona usando o farol para navegar sem pagar por esse serviço. Por causa desse problema dos caronas, os mercados privados não costumam proporcionar os faróis de que os capitães de navios precisam. Como resultado, a maioria dos faróis hoje é operada pelo governo.

“Em alguns casos, entretanto, os faróis podem ser considerados mais como bens privados. Na costa da Inglaterra, no século XIX, a posse e a operação de alguns faróis eram privadas. Entretanto, em vez de tentar cobrar o serviço dos capitães de navios, o proprietário do farol cobrava do proprietário do porto mais próximo. Se o proprietário do porto não pagasse, o dono do farol desligava a luz e os navios evitavam esse porto.

“Ao decidir se algo é um bem público, é preciso determinar o número de beneficiários e verificar se eles podem ser excluídos do uso do bem. O problema dos caronas surge quando o número de beneficiários é grande e excluir qualquer um deles é impossível. Se um farol beneficia muitos capitães de navios, trata-se de um bem público. Mas, se beneficia principalmente um único proprietário de porto, é considerado mais como um bem privado.” (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.205-208.)

⁷⁷ Daí as delegações de serviço público e outras estratégias regulatórias a disciplinar as obras de infraestrutura.

construídas –, mas, agora sim, os problemas de sobreuso (congestionamento) e subinvestimento.

Mas o que uma estrada fornece? Qual a utilidade de uma estrada para quem passa por ela? É o espaço da estrada em si, o asfalto, os sinais de trânsito? Ou a possibilidade de deslocamento de maneira fácil? Imagine-se se, em lugar da estrada, para chegar de um ponto a outro, as pessoas tivessem de escalar uma montanha e atravessar um rio a nado. A estrada, ainda que possua um substrato material, oferece uma utilidade não tangível: deslocamento a baixo custo, ou melhor, redução do custo do deslocamento de um ponto a outro. O que é rival, então? É o espaço da estrada, que não pode ser ocupado por dois corpos ao mesmo tempo, ou é a utilidade imaterial, o deslocamento a baixo custo? O que as pessoas valoram (bens em oposição a males)? O espaço da estrada livre em si mesmo ou a facilidade de deslocamento que uma estrada livre, não congestionada, oferece? Uma estrada não congestionada pode ser considerada um bem enquanto uma estrada congestionada pode ser considerada um mal. E uma estrada não congestionada pode prestar um bom serviço enquanto uma estrada congestionada, um mau serviço. A rivalidade, portanto, situa-se nas utilidades retiradas – serviços prestados – tanto de um bem quanto de um serviço. E a rivalidade, como se viu com Mankiw, pode-se dar tanto como potência quanto como ato. Rival é um bem (ou serviço) cujas utilidades estejam sujeitas a efeitos de congestionamento (rivalidade potencial), mas, para que, na prática, no mundo dos fatos, haja rivalidade, não basta a mera sujeição; é necessário o congestionamento (rivalidade corrente).⁷⁸

O que se quer dizer, em resumo, é que não é possível catalogar antecipadamente o que são bens e o que são serviços; e o que são bens e o que são males. Ora, mas se é impossível

⁷⁸ Isto é, a distinção entre bem e serviço, portanto, daqui em diante deixa de ser útil. O que interessa é a utilidade retirada no consumo. A propósito, s.m.j., Becker, ao tratar do problema da alocação do tempo, abstraindo radicalmente da distinção entre firmas e famílias e tratando as famílias como maximizadoras de utilidade tanto na produção quanto no consumo (afinal, famílias vendem tempo para as empresas), adota precisamente o raciocínio lançado no presente texto, tomando como premissa que, quando do uso de bens de capital no consumo ou na produção, o que interessa para as famílias (indivíduos) não é o bem em si, mas o serviço prestado por esse bem: “As the introduction suggests, the point of departure here is the systematic incorporation of non-working time. Households will be assumed to combine time and market goods to produce more basic commodities that directly enter their utility functions. These commodities will be called Z_i and written as $Z_i = f_i(x_i, T_i)$ where x_i is a vector of market goods and T_i a vector of time inputs used in producing the i th commodity. Note that, when capital goods such as refrigerators or automobiles are used, x refers to the services yielded by the goods. Also note that T_i is a vector because, e.g., the hours used during the day or on weekdays may be distinguished from those used at night or on weekends. Each dimension of T_i refers to a different aspect of time [...]. (BECKER, Gary S.. A Theory of the Allocation of Time. **The Economic Journal**, v. 75, n. 299, p.493-517, 1965, p.495-496.)

“In this formulation households are both producing units and utility maximisers. They combine time and market goods via the ‘production function’ f_i to produce the basic commodities Z_i , and they choose the best combination of these commodities in the conventional way by maximising a utility function [...] subject to a budget constraint $g(Z_1, \dots, Z_m) = Z$ where g is an expenditure function of Z_i and Z is the bound on resources.”

catalogar o que são bens, parece também impossível catalogar quais bens são (não) rivais e quais são (não) excludentes. (Se não é possível o menos, não é possível o mais.) O que interessa, para o exame dos bens, é perceber, na prática, a utilidade⁷⁹ retirada do consumo e, mais que isso, o contexto em que se dá esse consumo. Os indivíduos estão a rivalizar quando consomem este ou aquele bem do mundo real? Existem instituições sociais, formais ou informais, a excluir tais ou quais indivíduos e grupos do acesso a determinados bens? São essas perguntas que se devem responder na prática, sem se perder muito tempo em catálogos minudentes de bens e serviços econômicos. Não é por outra razão, aliás, que o paradigma da “Tragédia dos Comuns” já foi aplicado a situações concretas próximas das ideias de Hardin, como o caso das pescas e o esgotamento dos peixes, os mares sendo os recursos comuns,⁸⁰ até – e invertendo-se a relação entre fornecedor e consumidor – à atenção do eleitorado, a atenção sendo o recurso comum sujeito à “Tragédia” pelo excesso de propaganda.⁸¹ E isso para manter o argumento no estudo das populações humanas.⁸²

⁷⁹ Utilidade é “uma medida subjetiva da satisfação [felicidade, bem-estar].” (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.402, 523, 800.)

⁸⁰ “Embora haja muitos outros domínios nos quais é discernível o fenómeno da ‘Tragédia dos Baldios’, e alguns já os referimos, não há dúvidas de que é nas pescas que se encontram os exemplos mais fiéis às previsões teóricas, e os mais expressivos do mecanismo que subjaz ao modelo. Em quase todas as situações de esgotamento dos bancos de pesca é fácil discernir-se a evolução, passo a passo, da ‘Tragédia dos Baldios’, na sua fria mecânica – e no também já assinalado paralelismo com os princípios gerais de equilíbrio de longo prazo dos mercados concorrenciais, e com a ‘dissipação de renda’ prevista nos modelos de *‘rent-seeking’*.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.84.)

⁸¹ Poder-se-ia pensar hoje na atenção como um recurso comum com a corrida ao fundo dos produtores de conteúdo digital, que buscam manter os indivíduos *online* o tempo inteiro a fim de maximizar o lucro (\cong a utilidade pelo lado da oferta), o que, no entanto, parece criar uma situação pior para todos (*e.g.* redes sociais como causadoras de ansiedade e infelicidade). Sobre a atenção como um recurso comum: “Algo de similar, se pensarmos bem, poderia dizer-se da ‘entropia de sinal’, da degradação em ‘ruído’, que tantas vezes ocorre no mercado publicitário, em prejuízo de todos os envolvidos (que todos para ela contribuem). E o mesmo, *mutatis mutandis*, se dirá da competição informativa que decorre das campanhas eleitorais nas democracias modernas, nas quais o livre acesso à atenção do eleitor acaba numa rivalidade que decorre da escassez desse recurso que é a atenção, terminando, com apreciável regularidade, no resultado trágico (para os promotores) de uma generalizada indiferença, se não mesmo cinismo, pelos conteúdos publicitados, e até muitas vezes uma reação de repulsa pelo aparato da propaganda, tudo permeado pela estratégia dominante (para o eleitor) da ‘ignorância racional’. Também aqui se suscitam sérias dúvidas, portanto, acerca da eficiência da propaganda – mas o facto é que, sem uma intermediação coordenadora, ninguém tem incentivo ao ‘desarmamento unilateral’, e todos, mesmo as vítimas da trivialização da mensagem publicitária ou propagandística, reclamariam contra qualquer limitação às campanhas.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.80.)

⁸² “Não queremos de modo algum fazer alastrar o nosso estudo para a área das populações não-humanas, mas não deixaremos de referir que o conceito de ‘Tragédia dos Baldios’ tem tido também aí aplicação, encontrando ilustrações muito sugestivas, em exemplos de biologia e de etologia: sejam casos de vírus e bactérias que competem entre eles pelo recurso escasso que é o corpo do hospedeiro, de acordo com uma lógica evolucionista, mas que ao fazê-lo asseguram a sua destruição mútua – por exemplo, pela morte prematura dos hospedeiro; sejam populações de répteis nas quais a disputa pelas fêmeas é tão agressiva que reduz drasticamente a viabilidade da reprodução. Se fossemos rigorosamente ‘ecocêntricos’, diríamos que não são ‘tragédias’ menos importantes do que aquelas de que temos falado. De uma perspectiva antropocêntrica, há que reconhecer que não deixam de ser advertências muito impressionantes.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos**

Partindo dessas considerações, é importante notar também que vários dos conceitos da Ciência Econômica estão sujeitos a escrutínio e revisão constantes.⁸³ É que a Ciência Econômica pode ser, sim, descritiva em alguma medida, sem, no entanto, poder sê-lo na íntegra: algum grau de normativismo sempre haverá. A Economia pode ser descritiva internamente, isto é, a partir de sua própria linguagem, seus próprios conceitos, seu próprio código interno. Ocorre que essa linguagem, esses conceitos, esse código só podem ser entendidos se se tiver em conta a função (eficiência na produção e na alocação de bens escassos) que a Economia atribui a si própria e às diferentes economias (de mercado, do setor público) para formular as suas conclusões.⁸⁴ E, conforme evoluam as conclusões a respeito do próprio conceito de eficiência e acerca da maneira de o alcançar, acabam por se alterar também os paradigmas conceituais que costumavam descrever as realidades econômicas.

Por que a Economia classifica os bens em rivais e excludentes? Por que, afinal, classificar os bens? Qual a relação da classificação dos bens com as ideias de escassez e eficiência? Como essa classificação está funcionalizada no interior da Ciência Econômica? O presente trabalho valer-se-á, neste ponto, de duas obras, bastante conhecidas, de dois autores,

baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.109.)

⁸³ Pode-se importar para cá as cautelas que Baird, Gertner e Picker pedem aos estudiosos da teoria dos jogos: “*The power of game theory as applied to law or any other discipline must derive in the end from the accuracy of these predictions about the choices people make. Precisely because these predictions can be wrong, they are also capable of being right and are therefore testable. They can help us to answer questions that are important to everyone who cares about the law. As we begin this enterprise, we need to remember that these principles must be scrutinized as carefully as the legal questions themselves. Such scrutiny, however, can take place only after we try to apply them. Understanding the law and understanding game theory are challenges that go hand in hand.*” (BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p.271.)

⁸⁴ Esse é um argumento do presente texto. Seria possível dizer o contrário. Busca-se aqui trazer para a teoria econômica, com as devidas adaptações, a síntese que Fernando Leal faz da postura normativa (normativista) quando o assunto é (o conceito de) Direito: “Normativistas, por sua vez, defendem a posição oposta. Para eles, uma teoria adequada do direito precisa garantir que, do reconhecimento do conteúdo jurídico de algo, infira-se, pelo menos em alguns casos, a sua legitimidade ou correção moral [...]. Para normativistas não é possível desenvolver uma teoria apropriada sobre o direito sem que se justifique o que torna o direito um conjunto de razões para agir ou se questione o valor substantivo de se viver sob o direito [...]. Invertendo o argumento típico do descritivismo, para o qual a análise do conceito de direito pode ser empreendida antes e independentemente de qualquer projeto normativo sobre o valor substantivo da estrutura de governança estatuída pelo direito [...], normativistas acham não ser possível entender o que o direito é sem que antes tenhamos uma perspectiva sobre o que ele deve ser [...]. Normativistas, por isso, tendem a conceber uma teoria do direito estritamente relacionada a uma concepção de moralidade política. A mera descrição do que o direito é, nesse contexto, é considerada, no mínimo, insuficiente para uma compreensão abrangente da sua natureza. Isso porque normativistas não acreditam ser possível caracterizar o direito sem lhe atribuir um propósito ou função justificatória à luz da qual ele pode ser adequadamente compreendido -- e esse é um argumento fundamentalmente normativo porque não se pode especificar a função do direito sem se engajar em argumentos sobre qual deve ser essa função [...]. Este é claramente o caso da proposta construtivista de Dworkin, para quem, em rápidos meios, o direito é um conceito interpretativo que só pode ser compreendido a partir dos valores ou propósitos a ele atribuídos -- e, neste caso, o ponto ou função do direito é fornecer uma justificativa geral para o exercício da coerção estatal.” (LEAL, Fernando. O projeto metodológico do não positivismo de Alexy. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.10, n.1, p.258-273, 2017, p.265-266.)

um de regulação e outro de AED. Na Introdução fez-se referência, mais de uma vez, às literaturas da regulação e da análise econômica. É, então, interessante trazê-las para o texto. A obra de regulação é a de Ogus. Será utilizada aqui porque articula de maneira conceitual, e não histórica nem empírica, a função da (E)economia(s) – e, a partir dela, as funções que caberiam ao (D)direito – em sociedades que se propõe a atacar o problema da escassez por meio da cooperação. O foco recairá no capítulo inicial da obra de Ogus, que traça as razões privadas para a atuação do Estado, porque são elas que podem, segundo o autor, ser deduzidas da lógica do mercado.⁸⁵ O que realmente interessa na obra de Ogus, contudo, é que a obra trata do tema das falhas de mercado sob a perspectiva dos custos de transação. Os autores que trabalham as falhas de mercado sob a perspectiva dos custos de transação acrescem, de maneira geral, a condição de que os custos de transação sejam altos para a atuação do Estado na correção das falhas de mercado. Se forem baixos, cumpriria deixar a resolução das falhas na mão dos privados. Como na Introdução do presente texto se fez várias referências à ideia de custos de transação, cumpre trazê-la novamente. Será de interesse na resposta ao problema de pesquisa.

A obra de AED que será utilizada em seguida é a de Posner, em especial o tópico em que o autor destrincha o conceito de custo de oportunidade (preço alternativo).⁸⁶ O raciocínio de Posner, no ponto, também é conceitual. O livro de AED de Posner é provavelmente o mais conhecido da disciplina. Custo de oportunidade é, para Posner, um dos princípios estruturantes do raciocínio econômico. Posner usa-o para falar: i) de exclusão; ii) daquilo que, nas palavras do autor, é a preocupação central da Economia: o modo como os recursos são alocados (eficiência alocativa); iii) da ideia de custo afundado; iv) do Teorema de Coase – “a mais celebrada aplicação do conceito de custo de oportunidade na análise econômica”⁸⁷ –; v) de direitos de propriedade (“*property rights*”); e de rendas econômicas (“*economic rents*”). Como Posner, na seção destinada ao custo de oportunidade, trata do Teorema de Coase, é também de interesse aqui por abordar o tema dos custos de transação.⁸⁸

Não só não se seguirá a ordem dos argumentos como também far-se-ão interpolações, sobretudo com exemplos, para, primeiro, dimensionar conceitos que serão úteis ao longo do trabalho; e, segundo, atingir o objetivo do presente capítulo: falar de rivalidade e exclusão e, a

⁸⁵ OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.15-28.

⁸⁶ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.8-12.

⁸⁷ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.10.

⁸⁸ Não se desconhece o debate travado entre Williamson e Posner acerca da real compreensão deste último da mensagem coaseana. (WILLIAMSON, Oliver E. Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift Für Die Gesamte Staatswissenschaft**, vol. 149, no. 1, 1993, pp. 99–118. Disponível em: www.jstor.org/stable/40751586. Acesso em: 20/11/2019.) Os termos do debate, contudo, não alteram os conceitos que serão examinados.

partir disso, da classificação econômica dos bens. Não se crê que isso, contudo, torne menos fiel a descrição do pensamento dos autores, mesmo porque os teóricos da regulação e da análise econômica convergem para o significado dos conceitos da Microeconomia. O foco da leitura deve estar, aqui, nos conceitos de escassez, produção, trocas (contratos), custo de oportunidade, exclusão, incentivo, direitos de propriedade, valor, eficiência, externalidades e bens públicos.

2.1. POR QUE CLASSIFICAR?

2.1.1. A lógica do mercado em Ogus

Ogus distingue razões privadas de públicas para a existência de um Estado. Razões privadas são razões individuais, de mercado. Parece possível separá-las em constitutivas e de promoção do mercado. O mercado é construído sobre o pilar do individualismo. Daí se falar em razões individuais, privadas.⁸⁹ Quais são? Antes das razões, a lógica do mercado. Em quaisquer sociedades que não sigam o formato das “sociedades *à la* Robinson Crusoe”, diz Ogus, os indivíduos precisam cooperar para satisfazer as suas necessidades econômicas (por bens escassos), uma vez que as habilidades individuais, usadas na produção de bens, não são distribuídas igualitariamente entre os indivíduos. Especialistas, com habilidades numa área de produção e acesso privilegiado a determinados recursos, podem produzir mais bens do que os necessários para a própria sobrevivência (criação de excedentes), os bens que excedem as necessidades próprias podendo ser trocados pelos excedentes dos outros produtores.⁹⁰ Mas como saber, por exemplo, a quantas batatas equivale um excedente de dez maçãs? Numa troca entre dois indivíduos, o cálculo até que é possível. Em sociedades mais complexas, contudo, saber quantas maçãs equivalem a tantas batatas, que por sua vez equivalerão a tantos quilos de

⁸⁹ OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.23 e 25-28.

⁹⁰ Para quem não é economista, são sempre, à primeira vista, difíceis essas abstrações. Os manuais de Economia dificilmente explicam que as abstrações de que se valem não são fixas. Quem é produtor e quem é consumidor numa Economia? Todo e qualquer indivíduo, exceto os Robinsons Crusoes. Todo e qualquer indivíduo é produtor e consumidor ao mesmo tempo. Mesmo um atendente de *telemarketing* é produtor. Ele produz os seus atendimentos de telefone e, pelo mecanismo de preços do mercado de trabalho, pode comparar se os seus esforços de produção (corpo, mente e tempo) estão alocados no melhor uso que podem obter (custo de oportunidade, conceito que virá em seguida). Pedindo licença para uma nota pessoal, o autor do presente texto percebeu essas dificuldades em seus próprios estudos e na relação com colegas de estudos de AED. O raciocínio mais difícil de reter, num primeiro momento, é o do *single owner*. Sobre esse raciocínio. (FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst**: a toolkit for thinking about the law. Illinois: The University of Chicago Press, 2007, 37-46.)

carne, que por sua vez equivalerão a um televisor, é uma tarefa difícil. Aí, seguindo com Ogus, entra o dinheiro, o denominador comum das trocas, que torna possível a formação do mecanismo de preços. Potenciais compradores podem comunicar, por meio dos preços, o quanto desejam dos bens de que precisam (demanda), ao mesmo tempo em que potenciais vendedores podem comunicar por quanto desejam vender os seus excedentes (oferta). Mas não é só isso: o mecanismo de preços permite que produtores examinem se os seus esforços de produção podem-lhes dar maior retorno em outras atividades. Essa é a ideia de custo de oportunidade, que é o custo implícito de se escolher algo: toda escolha implica o sacrifício de todas as outras escolhas possíveis. Com a formação de um mecanismo de preços, diz Ogus, a oferta de bens (pelos produtores) passa a ser determinada pelo custo de oportunidade.⁹¹

2.1.1.1. Razões constitutivas do mercado

A primeira razão privada para a atuação do Estado, nesse arranjo de coisas, é a de exclusão, que incentiva esforços de produção. Para que produzam excedentes, produtores devem ter o poder de excluir terceiros. Se um plantador de maçãs planta-as pela manhã e, à noite, vê que a sua plantação foi destroçada por outro indivíduo, não terá incentivos para, no dia seguinte, plantar as maçãs novamente. Mas excluir do quê? O Estado deve excluir terceiros do quê? Ogus diz que produtores devem ter o poder de excluir terceiros dos recursos utilizados na produção (dos excedentes), como, por exemplo, corpo e mente do produtor especialista, espaço físico destinado à plantação de batatas ou à criação de gado, colheitadeiras e outros instrumentos; e também dos próprios excedentes, isto é, “os frutos dos esforços de produção”.⁹²

Estão lançadas as bases para um sistema de direitos de propriedade. Para que os indivíduos se vejam incentivados a cooperar por meio do mercado (produzir na sua área de especialidade e trocar excedentes), concede-se ao Estado a autoridade de definir a “extensão do poder de exclusão” e de garantir esse poder em face de terceiros, em último caso com coação física (ou sob pelo menos sob a ameaça de coação física). A razão para a atuação do Estado é privada – exclusão de terceiros dos esforços de produção e dos frutos de produção –, mas esse arranjo institucional é, no geral, de direito público: a definição, a adjudicação e a garantia dos direitos de propriedade, diz Ogus, se dão inicialmente por aquilo que se designa por direito

⁹¹ OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.15.

⁹² OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.16.

constitucional. De outra parte, a forma de se remediar a violação dos direitos, nota Ogus, é uma escolha coletiva. Pode ser privada e/ou pública, cabendo, no primeiro caso, aos privados a execução; e, no segundo, a entidades públicas, como a polícia, executora das normas de direito penal. O arranjo institucional para a exclusão e garantia dos direitos de propriedade, então, estaria completo: o direito penal seria próprio do mercado, porque em “qualquer sociedade há de haver um nível mínimo de proteção da liberdade, da vida, dos membros do próprio corpo, da propriedade e da ordem.”⁹³

Se os direitos de propriedade, excluindo terceiros dos recursos utilizados na produção e dos frutos da produção, dá o suporte à produção de excedentes, o direito dos contratos dá o suporte institucional à troca desses excedentes. Aí está a segunda razão privada para a atuação do Estado: a garantia dos contratos.⁹⁴ A garantia dos contratos faz sentido, diz Ogus, porque, se um indivíduo livremente troca um bem por outro, esse indivíduo valora mais o bem que recebeu do que aquele que deu em troca. E o mesmo vale para o indivíduo com o qual se trocou. Ambos, depois da troca, estão em melhores condições do que antes; o bem-estar de ambos é maior depois da troca que antes. Trocas voluntárias e livres, realizadas por indivíduos que sabem o que é melhor para si mesmos, conduziram àquilo que na Economia se designa por eficiência alocativa: os bens passam para as mãos daqueles indivíduos que lhes atribuem maior valor.⁹⁵ Mais que isso, em ambientes de mercado livres – nos quais produtores possam entrar

⁹³ “Protection against such interference can be provided by a system of property rights: institutions within a society are given authority to define the extent of an individual’s power of exclusion, and to enforce that power against intruders, ultimately by threatening physical compulsion. The institutional arrangements for defining, adjudicating and enforcing the rights are the province of constitutional law. The rights themselves may be purely private in character: that is, initiative for their enforcement lies exclusively with the right-holder. Additionally or alternatively, public officials (e.g. the police) may be entrusted with the enforcement role, usually by means of the criminal law. The latter, as a public law instrument, constitutes part of the institutional framework of the market system because in any society there must be a minimum level of protection of liberty, life, limb, property, and order.” (OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.16.)

⁹⁴ Não se desconhece que a literatura da AED que trabalha o tema dos contratos distingue contratos de trocas instantâneas. Contratos serviriam para vincular as partes contratantes no tempo. Opor-se-iam, então, às trocas realizadas nos mercados de *spot* (*spot market*), nos quais não se coloca o problema do tempo. (Sobre o tema, veja-se o capítulo de contratos de: PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2019. No prelo.) Como, contudo, essa distinção não tem importância para o presente texto, usam-se de maneira intercambiável as expressões contrato(s) e troca(s).

⁹⁵ “Trade is normally carried out by agreements and the law of contract provides the necessary institutional support. The pivotal role of agreements, and therefore of contract law, to the market system is not difficult to understand. The upholding of contracts makes economic sense because, assuming rational behaviour, both parties gain by the transaction, and so, therefore, does society. Take a simple contract whereby Bill agrees to sell a car to Ben for £5,000. In normal circumstances it is appropriate to infer that Bill values the car at less than £5,000 (say £4,500) and Ben values it at more than £5,000 (say £5,500). If the contract is performed, both parties will gain £500 and therefore is a gain to society -- the car has moved to a more valuable use in the hands of Ben -- of £1,000. In the language of economics, this is said to be an allocatively ‘efficient’ consequence, because someone is made better off and no-one is made worse off. Freedom of contract is a natural corollary of this reasoning. On the assumption that individuals know what is best for themselves and behave rationally to

livremente –, e plenamente organizados – com propriedades e contratos –, cada produtor tentará produzir ao menor custo (“*at the lowest point on its average cost curve*”). Mercados livres, portanto, no longo prazo, maximizariam a quantidade de bens produzida em relação ao custo de produção, conduzindo não só à eficiência alocativa mas também à eficiência produtiva.⁹⁶

Não escapa a Ogus o quão problemático é o conceito de eficiência alocativa como meta normativa da Economia. Os dois critérios mais conhecidos para se saber se uma situação é eficiente (eficiência alocativa) são o de Pareto e o de Kaldor-Hicks. A eficiência de Pareto se dá quando não se pode colocar alguém em melhor situação (“*to make an individual better off*”) sem que se coloque outro alguém numa situação pior. O de Kaldor-Hicks admite a imposição de perdas (diminuição de bem-estar) a indivíduos ou grupos, desde que os ganhos dos ganhadores superem as perdas dos perdedores. Para que uma situação seja “Kaldor-Hicks eficiente”, os ganhadores devem ter a possibilidade de compensar os perdedores, permanecendo (os ganhadores) em melhor situação mesmo depois da compensação. A compensação, contudo, não é necessária (voltar-se-ia a Pareto). O que o critério de Kaldor-Hicks exige é possibilidade de compensação, não a compensação na prática.⁹⁷ Resumindo o argumento de Ogus, os desafios

maximize their utility (what gives them satisfaction), they should be left free to make what agreements they wish.” (OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory.** Oregon: Hart Publishing, 2004, p.16.)

⁹⁶ “Our brief survey of the market system must be completed by an account of competition. Competition is an essential feature of the system for reasons both political and economic. The political justification is that it decentralizes and disperses power. When decision-making power is concentrated in a small number of hands, whether public or private, individuals’ freedom to choose how they wish to use resources is limited. But it is the economic function of competition which has attracted most attention. Economic theory posits that when an industry is ‘perfectly competitive’ it will generate allocative efficiency, the resources of society being put to their most valuable use. ‘Perfect competition’ exists ‘when the number of firms selling a homogeneous commodity is so large, and each individual firm’s share of the market is so small, that no individual firm finds itself able to influence appreciably the commodity’s price by varying the quantity of output it sells’. In such circumstances, each firm will produce up to the point where the marginal revenue of production (the price paid by buyers for the last unit of output at that point) equals the marginal cost (the cost to the firm of producing that last unit). Each consumer will demand the commodity up to the point where her marginal valuation of the commodity is equal to the market price. Thus, in a competitive equilibrium, the marginal valuation of consumers will be equal to the market price. Thus, in a competitive equilibrium, the marginal valuation of consumers will be equal to the marginal cost of producing the commodity and, in the absence of externalities, the marginal social benefit and the marginal social cost of producing the commodity are equal; and allocative efficiency will result. If a firm tries to sell the product at a price above its cost, it will lose sales to other firms; in the long run, and given freedom to enter the industry, each firm will produce at the lowest point on its average cost curve. For this reason, perfect competition is said to lead also to ‘productive efficiency’, which maximizes output relative to input costs.” (OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory.** Oregon: Hart Publishing, 2004, p.21-22.)

⁹⁷ “The concept of ‘allocative efficiency’ is itself problematic as a normative goal for economic welfare. In the first place, there is no general agreement among economists on the test to be applied. In the discussion so far we have implicitly been adopting the Pareto test, which holds that the allocation of resources is efficient when it is impossible to make any one individual better off without, at the same time, making someone else worse off. Put another way, a ‘Pareto improvement’ to welfare occurs when at least one individual gains and no-one loses. As we have seen, a simple transaction may constitute a Pareto improvement if the only parties affected by it gain as a result. But the narrowness of the test which effectively allows any one individual to veto a change which would benefit the rest of society obviously makes it of limited use for policy purposes: it is almost impossible to conceive a reform which would not engender at least one loser. It is for this reason that many

que esses critérios colocam são, no caso de Pareto, a dificuldade de se o aplicar na prática.⁹⁸ E, no caso de Kaldor-Hicks, a imposição forçada de perdas e a assunção de que indivíduos e grupos atribuem o mesmo valor (monetário) a situações benéficas ou maléficas.

2.1.1.2. Razões de promoção do mercado

Mesmo que o conceito de eficiência alocativa fosse facilmente manejável, ainda assim, segundo Ogus, há uma terceira razão privada (de mercado) para a atuação do Estado: o fato de a concorrência nem sempre ser perfeita. Embora Ogus não o diga explicitamente, não é difícil deduzir de sua descrição dos mercados livres e competitivos (somada ao problema dos custos de transação, do qual se tratará a em seguida) que, em determinados setores, formam-se barreiras de entrada. O resultado: monopólios e oligopólios. Ogus não trata da causa dos monopólios, mas dedica uma seção para examinar os seus prejuízos. São eles a ineficiência alocativa e a ineficiência produtiva. Como uma empresa monopolista não concorre no mercado (é *price maker*, e não *price taker*), pode aumentar o preço dos bens que vende, reduzindo a quantidade. Daí advirá a ineficiência alocativa: os consumidores que estariam dispostos a pagar pelos bens ofertados pelo monopolista caso fossem vendidos ao preço de mercado (menor) gastarão o seu dinheiro com outros bens, que lhes trarão menos bem-estar (*i.e.* o peso morto dos monopólios). Mais que isso, a ausência de competição retira o incentivo das empresas monopolistas para reduzir os seus custos de produção. O que significa isso? Ineficiência produtiva. Ainda que, nas palavras de Ogus, o direito privado invista contra mercados não concorrenciais declarando nulos, por exemplo, acordos de truste⁹⁹, a atuação do Estado aqui, ao menos na maioria dos ordenamentos jurídicos de que se tem notícia, é também de direito

economists tend to adopt the alternative Kaldor-Hicks criterion. This stipulates as efficient a policy which results in sufficient benefits for those who gain such that potentially they can compensate fully all the losers and still remain better off. The fact that under this test the gainers are not required to compensate the losers means that in practice it is satisfied when the gains (to whosoever) exceed the losses (to whosoever) – and thus provides a theoretical base for standard cost-benefit analysis.” (OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory.** Oregon: Hart Publishing, 2004, p.24-25.)

⁹⁸ Pense-se, por exemplo, numa situação aparentemente banal como chamar o elevador num prédio. Imagine-se que o morador do oitavo andar de um prédio acorde pela manhã e chame o elevador para ir trabalhar. Se, no mesmo momento, o morador do quinto andar tiver chamado o elevador e tiver de esperar o elevador subir até o oitavo para só então descer ao quinto, a situação será ineficiente no sentido de Pareto. Supondo que os dois moradores paguem a mesma taxa de condomínio – como de regra ocorre na prática –, o morador do quinto andar, toda vez que o elevador tiver de subir ao oitavo para depois descer, estará em pior situação sem que seja recompensado por isso.

⁹⁹ Com o perdão da redundância (truste, por definição, é um acordo).

público (regulatória), já que o “*enforcement*” privado de regras garantidoras da concorrência é muito custoso.¹⁰⁰

Por fim, a quarta razão privada, identificada por Ogus, para a atuação do Estado é a existência de custos de transação. Compradores e vendedores têm de se encontrar (custos de busca), têm de negociar (custos de negociação) e, mais ainda, têm de policiar a execução dos contratos (“*enforcement costs*”). Ogus destaca que esses custos serão especialmente altos quanto maior for o número de partes – indivíduos ou grupos – envolvidas na transação e quanto maior for o número de contingências que possam afetar o objeto do contrato.¹⁰¹ A intervenção do Estado, nesse caso, dar-se-ia sob a lógica dos contratos substitutos (“*surrogate contracts*”), de um lado por regras positivadas supletivas, que manifestem, por hipótese, o que as partes teriam contratado caso os custos de transação fossem baixos, regras que, adicione-se, possam ser derogadas caso os contratantes assim desejem. São exemplos desse tipo de regras “os

¹⁰⁰ “At the other extreme from perfect competition is pure monopoly. A monopolist firm, because it is the sole producer of a commodity, is able to determine both the quantity produced and the price at which it is sold. Unlike a competitive firm, it will be able to maximize profits by selling at a price greater than the marginal cost of producing the relevant number of units of the commodity. Output will be lower than it would have been if the competitive equilibrium price had been charged (equal to marginal cost), and those who would have purchased the commodity at that price are thus deprived of the benefit that would have accrued to them. The result is allocative inefficiency: the potential purchasers will use the money they would have spent on the monopolized commodity in ways which give them less satisfaction. This is often called the ‘deadweight loss’ of monopoly. Also, the lack of competition is assumed to dull the incentive on the firm to minimize the costs of production, thus leading to productive inefficiency.

“Between the extremes of perfect competition and pure monopoly there is, of course, a wide spectrum of situations and practices (for example, oligopolies and cartels) which to a greater or lesser extent inhibit competition. We cannot here explore the highly complex question of what degree of imperfect competition should be controlled and by what means. For present purposes it is sufficient to note that private legal instruments are available to enhance competition, for example, by rendering void contracts in restraint of trade or by conferring rights in tort law on third parties suffering losses as a result of anti-competitive practices. Nevertheless, in most legal systems, such instruments are overshadowed by public, regulatory devices which have been considered necessary, given the difficulties and shortcomings of private enforcement.” (OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.23.)

¹⁰¹ Não são, porém, apenas essas as causas dos custos de transação. Como se disse na Introdução, o conceito de custos de transação pode ser estendido de maneira a incluir até o ódio entre as partes. A literatura da AED geralmente conceitua custos de transação como quaisquer impedimentos à barganha. Pense-se, por exemplo, em duas partes que não falam a mesma língua. A necessidade de um tradutor – o custo desse tradutor – é um custo de transação. Cooter e Ulen indicam como fatores que podem afetar os custos de transação: i) a homogeneidade dos bens ou serviços (“*unique*” vs. “*standardized good or service*”); ii) a clareza das regras que prescrevam direitos e deveres; iii) o número das partes envolvidas na transação; iv) a estima recíproca entre as partes (“*amizade ou ódio*”); v) o fato de se conhecerem (“*familiar parties*”); vi) a razoabilidade do comportamento das partes (comportamento maximizador da utilidade); vii) o tempo de execução do contrato (“*instantaneous exchange*” v. “*delayed exchange*”); viii) o número de contingências que podem afetar a execução do contrato (e se uma, duas ou todas as partes morrerem? os sucessores vinculam-se ao contrato?); ix) os custos de monitoramento do contrato; e x) o custo de se sancionar o contratante inadimplente. (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, p.91.)

termos implícitos”¹⁰², “as obrigações fiduciárias”¹⁰³ e “as formas de organização”¹⁰⁴.¹⁰⁵ De outro lado, ainda sob a lógica dos contratos substitutos, a intervenção dar-se-ia, para a internalização das externalidades, pelo estabelecimento de *standards* de cuidado (*tort law*) no caso das externalidades negativas; e, para a internalização das externalidades positivas,¹⁰⁶ pela definição de direitos de propriedade, do que o melhor exemplo é a propriedade intelectual.¹⁰⁷

Quanto às externalidades, Ogus nota duas coisas: primeiro, tanto as externalidades negativas quanto as positivas são um problema de sinal (do mecanismo de preços). As negativas, a acarretar sobredemanda – pelos bens produzidos pelos causadores de dano – em razão de o preço de mercado não corresponder ao custo social de produção do bem.¹⁰⁸ As positivas, a acarretar subprodução por falta de incentivo: na ausência de regras de propriedade intelectual, por exemplo, escritores teriam menos incentivos a escrever os seus livros porque não seriam recompensados devidamente.¹⁰⁹ Segundo, a internalização das externalidades positivas encontra limite naquilo que, em teoria econômica, designa-se por bens públicos (*public goods*), bens de cuja utilidade é impossível excluir os indivíduos pertencentes a um grupo. Os exemplos que Ogus dá, nesse sentido, são defesa nacional (*defence*), segurança

¹⁰² Os contratos típicos do Código Civil brasileiro podem ser considerados casos de “termos implícitos”.

¹⁰³ Obrigações genéricas dos mandatários, prestadores de serviços, tutores, curadores de adotar as “melhores práticas”, “investir todos os esforços”, etc., na execução dos interesses do mandante, contratante, tutelado, curatelado.

¹⁰⁴ Os tipos empresariais do Código Civil brasileiro são casos de “formas de organização”.

¹⁰⁵ OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.17.

¹⁰⁶ Aqui, cabe registrar que a diferenciação conceitual, na Economia, entre externalidades positivas e bens públicos é difusa, isto é, pouco definida. Talvez se possa dizer, com Araújo, que externalidades (positivas e negativas) estão num contínuo, os bens públicos sendo o ponto máximo das externalidades positivas. (ARAÚJO, Fernando. O Direito Administrativo na perspectiva da análise econômica. In: ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – CURRÍCULO PERMANENTE MÓDULO II – DIREITO ADMINISTRATIVO, 2014, Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OkHxVldFfs>. Acesso em: 13/05/2019.)

¹⁰⁷ OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.17-21.

¹⁰⁸ “If [...] ‘external costs have not been ‘internalized’ [...] there will be a misallocation of resources. The price will be lower than if it had reflected the true social cost of production; at that lower price, more will be demanded and hence a larger number of the products will be manufactured and sold. From society’s point of view, it would have been better if some of the resources employed in growing and selling the corn at this lower price had been put to another, more valuable use.” (OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.19.)

¹⁰⁹ “[...] If a third party acquires a benefit from a producer’s activity without having to pay for it, that benefit will not be reflected in the income the producer receives and will not, therefore, be taken into account in making decisions as to how much to produce. If we can assume that the third party would have been prepared to pay for the benefit, a misallocation results, because the signal of aggregate demand for the commodity to which the producer responds (the income realizable from those who have to pay) does not represent the true social demand for the commodity; in consequence, there will be underproduction of the commodity. For example, if I knew that it would be possible to copy this book without me, the author, receiving any payment either directly or indirectly (via publishers), I would have less incentive to produce the book than if the copiers were forced to pay for it.” (OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.21.)

pública (*law and order*) e, mais ainda, teorias científicas, estas últimas não sendo garantidas por regras de propriedade intelectual porque seria impossível, na prática, determinar a medida do uso de uma teoria por terceiros.¹¹⁰

2.1.2. Custo de oportunidade (econômico) em Posner

Qual o preço mínimo que o produtor (vendedor) de um bem, que se comporta de maneira racional (*i.e.* busca maximizar o seu lucro), está disposto a cobrar? É, segundo Posner, o preço que conseguiria no melhor uso alternativo (segundo melhor uso) do bem (preço alternativo). Se, tudo o mais constante, um indivíduo usa um espaço de terra para plantar bananas, e se nesse espaço pudesse funcionar um estacionamento – sendo esse o segundo melhor uso –, o preço mínimo de venda da colheita mensal de bananas é igual ao aluguel mensal do espaço. Todos os bens que pertencem a alguém, presume-se a partir daí, pertencem-no porque foram comprados pelo indivíduo com a maior disposição a pagar. Se houvesse alguém disposto a pagar mais pelo bem, seria este alguém que estaria na posse do bem. A alocação dos bens numa economia de mercado, que é a preocupação central da Economia, dá-se, portanto, sob a lógica do *highest bidder*, isto é, aquele que manifesta a maior disposição a pagar pelo bem.¹¹¹

¹¹⁰ “This very example indicates the solution often available under private law. I am given a property right in what I produce, enabling me to prevent third parties from copying my work and thus forcing them to transact with, and pay, me if they wish to copy: the externality is internalized. The formulation and enforcement of property rights are, however, far from costless. In relation to some resources, it is impracticable (*i.e.* transaction costs are infinitely high) to create property rights. Suppose -- doubtless, a heroic assumption -- that this book contains a novel idea or theory that is freely used by scholars and practitioners. I can assert no property right over it (theories, unlike industrial inventions, are not patentable), the main reason being that it would be almost impossible in practice to determine the extent to which others had made use of the theory. Further, it is a physical characteristic of some resources, known as ‘public goods’, that the benefit is shared by a group and it is impossible to exclude a member of that group from the benefit, classic examples being defence, and law and order. In such cases, private property rights are of no avail, and, as we shall see, regulatory institutions have to decide questions of supply and financing.” (OGUS, Anthony. **Regulation: Legal Form and Economic Theory**. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.21-22.)

¹¹¹ “The consumers in our steak example -- and the criminal -- were assumed to be trying to maximize their utility (happiness, pleasure, satisfactions). The same is presumably true of the producers of beef, though in the case of sellers (apart from nonprofits and government agencies) one usually speaks of profit maximization rather than utility maximization. Seller seek to maximize the difference between their costs and their sales revenues, but for the moment we are interested only in the lowest price that a rational self-interested seller would charge. That minimum is the price that the resources consumed in making (and selling) the seller’s product would command in their next best use -- the alternative price. It is what the economist means by the cost of a good, and suggests why (subject to some exceptions that need not trouble us here) a rational seller would not sell below cost. For example, the cost of making a lawn mower is the price the manufacturer must pay for the capital and labor consumed in making it. That price must exceed the price at which the resources could have been sold to the next highest bidder because if the manufacturer hadn’t been willing to beat that price, he would not have been the high bidder and would not have obtained the resources. The economic concept of cost (opportunity cost) is the second fundamental principle of economics.” (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.7-8.)

A diferença entre o valor do segundo melhor uso de um bem e o uso mais valioso, aliás, é, segundo Posner, por definição, o único custo com o qual a análise econômica se importa: trata-se do custo econômico (além de preço alternativo, custo econômico é o outro sinônimo de custo de oportunidade). Alocações e realocações de bens que não envolvam custo de oportunidade não entrariam nas preocupações da Economia.¹¹²

Posner se serve do conceito de custo de oportunidade para introduzir o Teorema de Coase. Imagine-se, seguindo com Posner, um fazendeiro que possua um direito de propriedade, isto é, o direito de exclusão (inclusive de, em juízo, excluir faíscas, ver-se livre delas) sobre um espaço que seja vizinho a uma linha férrea, sobre a qual transita um trem que emite faíscas a danificarem a plantação do fazendeiro. Se os custos de transação forem baixos, diz Posner, as partes chegarão a alocação eficiente dos recursos por si mesmas, sendo indiferente, note-se, a alocação inicial deles. Caso o operador do trem valore mais a operação do trem que o fazendeiro valora a sua plantação, poderá aquele comprar a propriedade deste ou construir, do seu bolso (do operador do trem), uma cerca que proteja a plantação, o que for mais barato. Posner descreve também a situação reversa. Caso o direito de propriedade pertença ao operador do trem – isto é, caso ele tenha o direito de operar o trem e produzir faíscas –, se o fazendeiro valorar mais a sua plantação que o valor atribuído pelo operador do trem à sua própria atividade (do operador do trem), poderá agora o fazendeiro ou comprar o direito sobre a atividade do operador ou construir, do seu bolso (do fazendeiro), uma cerca que lhe proteja a plantação. Sendo baixos os custos de transação, a lógica do *highest bidder* independe da assinalação inicial do direito.¹¹³

¹¹² “This discussion of cost may help dispel one of the most tenacious fallacies about economics -- that it is just about money. Money is certainly a very important part of any advanced economy -- as a medium of exchange that enables the substitution of a price system of transactions for a barter system, as a store of value to be drawn on as needed for acquiring goods or services, and as a measure of value -- but it is only a small part of the subject matter of economics. Economics is primarily concerned with how resources are allocated. The economist actually distinguishes between transactions that affect the use of resources, whether or not money changes hands, and purely pecuniary transactions -- transfer payments -- and has more to say about the former than the latter. Housework for example is an economic activity even if the housework involves cost -- primarily the opportunity cost of the houseworker's time. Sex is an economic activity too. The search for a sexual partner takes time and thus imposes a cost measured by the value of that time in its next-best use. The risk of a sexually transmitted disease or of an unwanted pregnancy is also a cost of sex -- a real, though not primarily pecuniary, cost. In contrast, the transfer by taxation of \$1,000 from me to a poor (or to a rich) person is costless in itself, that is, regardless of its secondary effects on his and my incentives, the (other) costs of implementing it, or any possible differences in the value of a dollar to us. It does not diminish the stock or resources. It diminishes my purchasing power, but it increases the recipient's by the same amount. It is what economists call a private cost but not a social one. A social cost diminishes the wealth of society; a private cost rearranges that wealth.” (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.8-9.)

¹¹³ “The most celebrated application of the concept of the concept of opportunity cost in the economic analysis of law is the Coase Theorem. The theorem, slightly oversimplified [...] is that if transactions are costless, the initial assignment of a property right will not affect the ultimate use of the property. Suppose a farmer has the legal right to grow crops free from damage from locomotive sparks, and that it is a property right

Em mercados concorrenciais, nos quais a entrada de produtores seja livre, diz Posner, as forças da concorrência igualam o preço de mercado ao custo de oportunidade.¹¹⁴ Mas isso se daria sempre? Não. Mesmo em mercados competitivos e mesmo no longo prazo, a produção de certos bens depende de recursos que são “muito escassos em relação à demanda, como terra(s) fértil(eis) ou bem localizada(s).” Como a terra não pode ser expandida, os donos das melhores porções de terra incorrerão num custo de oportunidade menor – para produzir bens de igual qualidade, produtores que possuam porções de terra de pior qualidade terão de gastar mais (com adubação, por exemplo) –, podendo então auferir rendas econômicas (*economic rents*). Exemplos de bens não multiplicáveis, capazes de gerar rendas econômicas, além de porções de terras, são, diz Posner, capacidades humanas inatas, como a voz de cantores, as habilidades e a determinação de atletas de elite, as competências analíticas de advogados ou mesmo a própria sorte.¹¹⁵ Esses exemplos podem aclarar ainda mais o que, seguindo com Posner, é o custo de

-- that is, a right to exclude entry (including entry of sparks emitted by locomotives) upon his land, enforceable by an injunction or perhaps even a criminal penalty for trespass -- rather than just a right to be compensated for damage. Assume that his crops are worth \$100 and are flammable, that the value to the railroad of unimpeded use of its right-of-way is \$120, but that at a cost of \$110 the railroad can install spark arresters that will eliminate the fire hazard. On these assumptions, the real value of the crops to the farmer is not \$100 but somewhere between \$100 and \$110, since at any price above \$110 the railroad would install spark arresters rather than buy the farmer's property right, but that at any price below \$110 the railroad would buy the property. The farmer is better off selling his property right to the railroad at a price between \$100 and \$110; he will do this because the railroad will buy at a price in that range; and as a result his land will be shifted into some fire-insensitive use, just as if the railroad had owned it in the first place. Similarly, if the railroad initially has the right to the unimpeded use of its right-of-way, but the farmer's crops are worth more than the cost of spark arresters, the farmer will buy the right to use his land free of spark damage [...] and so again the land will be put to its most productive use regardless of the initial assignment of rights.” (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.10.)

¹¹⁴ “The forces of competition tend to make opportunity cost the maximum as well as the minimum price. [...] A price above opportunity cost is a magnet drawing resources into the production of the good until, in accordance with the Law of Demand, the increase in output drives price down to cost [...]. [...] This process is illustrated in Figure 1.2. D represents the demand schedule and S the opportunity cost of supplying a unit of output at various levels of output. Another name for S is the industry marginal-cost curve. Marginal cost is the change in total costs brought about by a one-unit change in output; in other words, it is the cost that would be avoided by producing one unit less. [...] This definition should help you see why the intersection of D and S is the equilibrium price and output under competition. ‘Equilibrium’ [...] means a stable point, that is, a point at which, unless the conditions of demand or supply change, there is no incentive for sellers to alter price or output. [...]. (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.10-11.)

¹¹⁵ “Even in long-run competitive equilibrium, there is no assurance that all sales will take place at prices equal to the opportunity costs of the goods sold. This is implicit in the upward slope of the supply curve in Figure 1.2. The fact that the cost of producing the good rises with the quantity produced implies that its production requires some resource that is inherently very scarce in relation to the demand, such as fertile or well-located land. Suppose, for example, that the very best corn land can produce corn at a cost of \$1 a bushel, with the cost consisting both of the direct costs of producing corn (labor, fertilizer, etc) and the value of the land in its next best use, and that the market price of the corn produced on such land would be \$10 a bushel were no other corn produced. Clearly there are incentives to expand production, and since the good land cannot be expanded, inferior land will be shifted into corn production -- land that requires greater inputs of labor, fertilizer, and so on to produce the same quantity of corn. This process of reallocation will continue until price and marginal cost are equalized, as in Figure 1.2. At this point the market price will equal the cost of the marginal producer. Suppose that cost is \$2.50. All corn farmers will be selling corn at \$2.50 a bushel, but those with the best land will be incurring a (social) opportunity cost of only \$1

oportunidade (o custo econômico, o preço alternativo). Só haveria custo, para a AED, quando a alguém é negado o uso de um recurso. Colocando-se a ideia de custos de oportunidade num contínuo, se as habilidades inatas de atletas estão num extremo, o ar estaria no outro. O ar não teria custo – o que, registra Posner, não é o mesmo que dizer que o ar puro não possui custo –, porque não é possível negar o ar a ninguém. Todos podem respirá-lo.¹¹⁶

2.2. EXCLUSÃO E RIVALIDADE

É possível resumir os argumentos de Ogus da seguinte maneira: porque nascem com diferentes habilidades, os indivíduos precisam cooperar para satisfazer as suas necessidades por bens escassos. Essa cooperação pode-se dar por meio de trocas voluntárias por indivíduos livres (o mercado é uma das maneiras pelas quais os indivíduos podem cooperar). Para tanto – por uma questão de incentivo –, é necessária a exclusão de terceiros dos recursos que os indivíduos utilizam na produção de bens e dos frutos dessa produção (direitos de propriedade). Melhor dizendo, para que as pessoas envidem esforços na produção de bens escassos, é necessária a exclusão. E, para que troquem esses bens, é necessária a garantia dos contratos por uma autoridade externa (o Estado). Mas isso não é tudo. Como na prática existem custos de transação,¹¹⁷ o Estado, por meio do direito privado, pode facilitar a cooperação entre os indivíduos, reduzindo os custos de transação e substituindo-se aos indivíduos quando a redução dos custos de transação não for possível ou não bastar. Por fim, o Estado precisa ainda garantir a concorrência para que o sistema de trocas atinja o seu objetivo, exerça a sua função: eficiência (produtiva e alocativa).

[...]

“The very high incomes earned by a few singer, athletes, and lawyers include economic rents that are due to the inherent scarcity of the resources that these persons control -- a fine singing voice, athletic skill and determination, the analytical and forensic skills of the successful lawyer, or sheer luck [...]. Their earnings may greatly exceed their highest potential earnings in an alternative occupation even if they sell their services in a fully competitive market. A different kind of economic rent, discussed in Chapter 9, is earned by the monopolist, who creates an artificial scarcity of his product.” (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.11-12.)

¹¹⁶ *“A corollary of the notion of cost as alternative price is that a cost is incurred only when someone is denied the use of a resource. Since I can breathe as much air as I want without depriving anyone of any of the air he wants, no one will pay me to relinquish my air to him; therefore air is costless. So is a good with only one use. Can you see why?”* (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.8.)

¹¹⁷ Na seção seguinte, tentar-se-á demonstrar que certos custos de transação são decorrência necessária da exclusão involuntária – aleatória –, realizada pela natureza, de indivíduos do acesso a recursos escassos.

De outra parte, o raciocínio de Posner a respeito do custo econômico – custo de oportunidade – pode ser sistematizado assim: nas economias de mercado, os bens dirigem-se para os seus usos mais valiosos (lógica do *highest bidder*), medidos que são com base nos segundos usos (usos alternativos) mais valiosos que possam ter (custo de oportunidade). Há, contudo, duas condições para que isso ocorra: i) os custos de transação devem ser suficientemente baixos; e ii) deve haver uma definição prévia a respeito de quem tem direito ao quê (*property rights*). Há mais: em mercados concorrenciais – sem barreiras de entrada –, os bens tendem a ser negociados pelo seu custo de oportunidade. A concorrência conduziria os preços dos bens aos respectivos custos de oportunidades. Mesmo em mercados concorrenciais e mesmo no longo prazo, contudo, pode ser que isso não ocorra. É que existem recursos, empregados na produção dos bens, que são extremamente escassos, não reproduzíveis,¹¹⁸ os melhores exemplos sendo os espaços privilegiados (terras férteis) e as habilidades inatas dos indivíduos. Esses exemplos, note-se, podem servir para o entendimento do que é, na Economia, o custo de oportunidade. A natureza nega aleatoriamente o acesso a determinados recursos aos indivíduos. A isso se dá o nome de escassez, condição necessária para que haja custo de oportunidade. Só há custo de oportunidade quando se nega o uso de um recurso a alguém. Quando isso não ocorre, como no caso do ar, que todos podem respirar, não há custo de oportunidade, uma vez que não se é necessário abrir mão de nada para respirar o ar (bem gratuito, não escasso).

Tanto o raciocínio de Ogus quanto o de Posner demonstram o quão cara é à Economia – e às economias de mercado – a exclusão, condição necessária para o atingimento da eficiência. Mas, afinal, o que é exclusão? Quando a teoria econômica fala em exclusão, está a se referir à exclusão forçada – em oposição, portanto, à exclusão involuntária. A exclusão, para a Economia, é uma questão de incentivo positivo e negativo. Excluir-se terceiros do uso dos

¹¹⁸ Sobre a importância do custo de reprodução para a Economia neoclássica e a sua vinculação à ideia de custo marginal: “About 15 years ago, my friend, the distinguished sociologist Daniel Bell, suggested to me that I should consider an ‘information theory of value,’ to play the role in the modern economy that the ‘labor theory of value’ played in classical economics. I am afraid that I made light of the suggestion. I explained patiently, with the usual attitude of superiority of the economist to other social scientists, that the labor theory of value was supposed to explain relative prices and that information, however defined, could hardly play the same role. Surely goods did not exchange in proportion to their information content. I argued that in fact goods with high information content were likely to be very inexpensive, because information could be reproduced cheaply, even if the initial production was expensive; and every neoclassical economist knew that it was the marginal cost, the cost of reproduction, that is relevant.” (ARROW, Kenneth J. Information and the organization of industry. In: CHICHILNISKY, Graciela. (org.) **Markets, information, and uncertainty: Essays in economic theory in honor of Kenneth J. Arrow**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p.19.) Arrow, é importante dizer, está a se referir a uma posição que considera superada na teoria econômica. A superação do raciocínio, no entanto, diz com o desenvolvimento atual da Economia (Ciência Econômica) da Informação (*information economics*). De maneira que, de lado as menções ao tema da informação, permanecem válidos os seus apontamentos sobre os paradigmas da Economia neoclássica.

recursos possuídos por um indivíduo é uma condição necessária para o atingimento de um valor caro à Economia: a eficiência – sobretudo a alocativa, mas também a produtiva. O aspecto positivo – produção de externalidades positivas – da exclusão é o seguinte: para que indivíduos se vejam incentivados a produzir bens e serviços e a colocá-los no mercado, terceiros devem ser excluídos dos recursos empregados na produção desses bens e serviços. O aspecto negativo – evitação das externalidades negativas – da exclusão, de outra parte, vincula-se às ideias de sobreuso¹¹⁹ (malversação) e subinvestimento¹²⁰ (subprodução). Indivíduos que não sejam excluídos forçada e intencionalmente do uso de recursos ver-se-ão incentivados a malversar – utilizar em demasia ou utilizar mal – e a subinvestir (subproduzir) nesses mesmos recursos, ou lhes exaurindo as possibilidades imediatas ou não empregando melhorias que lhes possam aumentar a utilidade.¹²¹

¹¹⁹ A tendência ao sobreuso nos recursos comuns é examinada por Araújo da seguinte forma: “Definimos ‘recursos comuns’ como uma combinação de características, a do acesso livre por um lado, a da rivalidade no uso, por outro. Não surpreenderá, pois, que possa caracterizar-se a ‘Tragédia dos Baldios’ como não mais que uma confluência de tendências para o subinvestimento e para o sobreuso – tendências que são o resultado directo daquelas características.

“Das duas, a tendência para o sobreuso tem sido a mais evidenciada, a começar pelos exemplos de Garret Hardin relativos a sobre-pastagem nos ‘Baldios’: recordemos que o dono do rebanho internaliza, faz seus todos os ganhos do incremento da pastagem, mesmo que se trate já de sobre-pastagem, e, como suporta (internaliza) apenas a fracção que lhe corresponde nos custos totais que impõe ao recurso, podemos dizer que externaliza uma elevada proporção dos seus custos – mantendo assim, muito para lá do limiar de insustentabilidade que se definirá como a fronteira de sobreuso, os incentivos para continuar a intensificar as pastagens. Há, em suma, uma deficiência de incentivos, e ela aponta para o sobreuso.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.75.)

¹²⁰ Tratando especificamente dos recursos comuns, nos quais a exclusão é baixa, diz Araújo: “Quanto ao subinvestimento, fruto da dificuldade (ou impossibilidade) de exclusão de acesso, ele manifesta-se pelos já aludidos ‘efeitos de boleia’ (‘free-riding’), ou mais amplamente pelo ‘efeito de retracção’ (‘shirking’) que costuma ocorrer em empreendimentos comuns. O problema é simétrico do primeiro [sobreuso]: aquele que investe num recurso comum provoca externalidades positivas a todos os utentes do recurso comum, pelo que poderá dizer-se que suporta, internaliza, a totalidade dos custos do seu investimento; mas, dada a dificuldade ou impossibilidade até, de exclusão, não pode afastar dos benefícios do seu investimento aqueles que se furtem ou recusem a pagar-lhos, pelo que não poderá ter esperança senão de recuperar uma fracção mínima, ou nula, das externalidades positivas que causou, o que equivale a dizer que apenas internalizará, fará sua, uma pequena (ou nula) proporção dos benefícios causados com o seu investimento. Dada essa deficiência de incentivos, a tendência será para o subinvestimento.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.75.)

¹²¹ Tratando dos recursos comuns, Ostrom, Gardner e Walker classificam os dilemas entre custos e benefícios individuais e coletivos em problemas de apropriação (\cong tendência para o sobreuso) e de provisão (\cong tendência para o subinvestimento): “Below, we lay out a typology that is useful for classifying the assortment of problems faced by appropriators in CPRs. CPR problems can be usefully clustered into two broad types: appropriation and provision. In appropriation problems, the production relationship between yield from the CPR and the level of inputs required to produce that yield is assumed to be given. The problems to be solved relate to excluding potential beneficiaries and allocating the subtractable flow. This is accomplished by various means, including agreement on the level of appropriation, the method for appropriation, and the allocation of output. Provision problems, on the other hand, are related to creating a resource, maintaining or improving the production capabilities of the resource, or avoiding the destruction of the resource. In other words, in appropriation problems, the flow aspect of the CPR is what is problematic. In provision problems, the resource facility or resource stock of the CPR is problematic. Clearly, within each of these two broad classes of problems,

Diferenciou-se há pouco a exclusão involuntária – a negativa da natureza a indivíduos do acesso a determinados recursos, inatos ou naturais – da exclusão forçada. Por que isso? Não se cuida de um mero jogo de palavras. A exclusão forçada é um fato institucional; a exclusão involuntária, um fato bruto (decorre da escassez, que é uma das componentes da rivalidade). É, portanto, só a exclusão involuntária que é estrutural. Como escolha coletiva, a exclusão forçada depende das preferências da coletividade que por ela opta (o que são bens econômicos segundo as percepções dessa coletividade?, qual a demanda de mercado?¹²²) e, a partir dessas preferências, de um cálculo de custo-benefício¹²³ (esse cálculo questiona: o cercamento ou a embalagem e o policiamento de determinado recurso valem a pena tendo-se em conta as utilidades que se podem retirar desse recurso uma vez cercado, embalado e policiado,¹²⁴ isto é, uma vez que se excluam dele tais e quais potenciais utentes?).¹²⁵ A exclusão forçada não é, então, estrutural.

there exist a set of complex subproblems.” (OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.9.)

¹²² Isto é, a soma das demandas individuais. (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.66.)

¹²³ Sobre os custos (não só econômico-financeiros) da exclusão: “*Excluding or limiting potential beneficiaries from using a CPR is a nontrivial problem due to many causes. In some cases, it is the sheer size or, more generally, the physical attributes of the CPR. For example, the total cost of fencing an inshore fishery, let alone an entire ocean, is prohibitive. In other cases, the additional benefits from exclusion, or placing restrictions on use, are calculated to be less than the additional costs from instituting a mechanism to control use. In still other cases, basic constitutional, legal, or institutional considerations prevent exclusion or limiting use. A constitution, for example, might explicitly provide unlimited access to the fisheries within a jurisdiction to all citizens of that jurisdiction. Again, traditional considerations or norms, issues of fairness, ethics, and so on may preclude serious consideration of excluding some beneficiaries. The difficulty of exclusion leads to CPRs being used by multiple individuals, with severe restrictions on the ability to effectively limit use. Since these users could be fishers, farmers, herders, mainframe computer users, or groundwater producers, to name only a few types, we will use one term -- appropriator -- to refer to all individuals who withdraw or appropriate resource units from any kind of CPR.*” (OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.7-8.)

¹²⁴ Sobre cercamento e embalagem como os meios físicos definitivos de exclusão e sobre instituições (policiamento): “*The goods and events in the world that individuals value differ in terms of how easy or costly it is to exclude or limit potential beneficiaries (users) from consuming them once they are provided by nature or through the activities of other individuals. Fencing and packaging are the ultimate physical means of excluding potential beneficiaries from a good. To be effective, however, fencing and packaging efforts must be backed by a set of property rights that are feasible to defend (in an economic and legal sense) in the legal system available to individuals within a country. It follows that the legal and economic feasibility of excluding or limiting use by potential beneficiaries is derived both from the physical attributes of the goods and from the institutions used in a particular jurisdiction.*” (OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.6.)

¹²⁵ As considerações de Mankiw sobre o cálculo de custo-benefício na provisão de bens públicos servem também para os recursos comuns: “Suponhamos que o governo esteja considerando um projeto público, como a construção de uma nova estrada. Para julgar se deve ou não fazer a obra, precisa comparar o benefício total para todos que a usariam com os custos de construção e manutenção. Para tomar essa decisão, o governo poderia contratar uma equipe de economistas e engenheiros para realizar um estudo, chamado análise de custo-benefício, cujo objetivo é estimar os custos e benefícios totais do projeto para a sociedade.

“Os analistas de custo-benefício têm um duro trabalho. Como a estrada estará disponível para todos gratuitamente, não há um preço pelo qual se possa julgar o valor da estrada. Simplesmente perguntar às pessoas que valor atribuiriam à estrada não seria confiável: é difícil quantificar benefícios a partir dos resultados de um

Para se entender melhor o argumento, pense-se numa via pública destinada à passagem de carros. Essa via pode ser tanto qualificada como não rival, se não congestionada,¹²⁶ quanto como rival, se congestionada. O que está em jogo nessa qualificação? O tempo do deslocamento proporcionado por essa via. Uma via que esteja tão congestionada a ponto de nenhum carro sair do lugar constituirá o caso máximo de rivalidade. E será também uma via involuntariamente excludente. O próximo carro que queira ingressar nessa via ver-se-á excluído do serviço prestado por ela. Nesse sentido, uma das razões pelas quais se pedagam as vias (exclusão forçada) é para se evitar a exclusão involuntária (congestionamento),¹²⁷ que é um caso-limite de escassez.¹²⁸

A exclusão forçada, portanto, é a extensão e a garantia das preferências da coletividade no interior da qual se diz que um bem é rival. Mas que preferências? O que está em jogo quando se vê o congestionamento como um problema econômico? No caso das vias de trânsito, não é o espaço, mas, como dito, o tempo de deslocamento. É porque a coletividade de pessoas, no interior da qual se diz que uma via congestionada é rival, prefere o deslocamento rápido (via livre) ao deslocamento demorado (via congestionada) que se qualificam vias congestionadas como rivais. A colocação de um pedágio em vias de trânsito garante esse tipo de preferência coletiva.¹²⁹ Evita o escasseamento da via – evita o aumento do tempo de deslocamento por meio

questionário e, além disso, há pouco incentivo para que os entrevistados respondam à questão com honestidade. Os que usariam a estrada têm um incentivo para exagerar os benefícios que receberiam a fim de fazer com que ela seja construída. Aqueles que seriam prejudicados pela estrada têm um incentivo para exagerar os custos a fim de evitar sua construção.

“Um fornecimento eficiente de bens públicos é, portanto, intrinsecamente mais difícil que um fornecimento eficiente de bens privados. Quando os compradores de um bem privado entram no mercado, revelam o valor que atribuem a ele por meio do preço que estão dispostos a pagar. Ao mesmo tempo, os vendedores revelam seu custo pelo preço que estão dispostos a aceitar. O equilíbrio é uma forma eficiente de alocação de recursos porque reflete essa informação. Entretanto, os analistas de custo-benefício não observam nenhum sinal de preço ao avaliarem se o governo deve fornecer um bem público e quanto devem oferecer. Portanto, suas conclusões sobre os custos e benefícios dos projetos públicos são, na melhor das hipóteses, aproximações.” (MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.208-209.)

¹²⁶ Ainda que não congestionada, a via poderia ser qualificada como potencialmente rival – embora correntemente não rival.

¹²⁷ A colocação de pedágios em vias públicas consiste na transformação de recursos comuns (vias não pedagiadas) em bens de clube (que, não por acaso, no inglês, são os *toll goods*, i.e. bens de portagem ou bens de pedágio).

¹²⁸ Rivalidade, rememore-se, pelo lado da demanda, é uma escassez adjetivada, é o escasseamento pelo consumo alheio.

¹²⁹ Calha destacar que, para o exemplo das vias, o pedágio não é a única ou a mais sofisticada estratégia regulatória de que fala a doutrina: “Nalguns casos, tem-se proposto, para lidar com o congestionamento do tráfego, o aumento, seja do número de faixas de rodagem, seja dos percursos alternativos; contudo, há muito se advertiu para os efeitos perversos de tal solução, que mais não faz do que tentar adiar o advento da rivalidade através de um alargamento de acesso livre. É um erro sobejamente comprovado: é que aumentar a capacidade das estradas é diminuir os custos de acesso, e por isso é atrair ainda mais veículos, e mais urbanizações que tiram proveito da melhoria temporária dos acessos, etc. -- é, na prática, substituir uma ‘Tragédia dos Baldios’ iminente por uma maior ainda, mas mais remota (e por isso diminuída pela taxa de desconto, num gesto que causa embaraços de uma perspectiva de solidariedade intergeracional).

da via – pelo sobreconsumo de suas utilidades. Como se disse, a coletividade de indivíduos que opta por pedagogiar uma via primeiro se questiona acerca de suas preferências e, a partir delas, faz um exame de custo-benefício (o pedágio “vale a pena”?). Para que o pedágio valha a pena, pedagogiar-se uma via há de compensar. O ganho de tempo em termos de deslocamento deve ser superior à instalação e manutenção do pedágio. O ganho de bem-estar dos indivíduos que transitarão pela via descongestionada deve superar, por exemplo, os gastos da coletividade com os funcionários do pedágio e a perda de bem-estar daqueles que possivelmente não tenham condições de pagar a tarifa de pedágio.

Não se quer, com essa diferenciação entre exclusão forçada e exclusão involuntária, reformular uma classificação bem assentada na teoria econômica: aquela que divide os bens em excludentes e rivais, mesmo porque ambas as ideias são necessárias para uma classificação completa dos bens econômicos. De fato, não raro, exclusão e rivalidade tomam rumos opostos, como no caso dos recursos comuns e dos bens de clube (vias pedagogiadas, por exemplo). O que se pretende com esse raciocínio é dizer que, para se saber se um bem econômico é rival, deve-se identificar o que se escasseia quando se pensa na rivalidade (escassez pelo consumo alheio). Se, para o exame da exclusão (voluntária, forçada), basta o estudo das regras que tornam – ou não – um bem excludente; para o estudo da rivalidade, não basta o estudo das regras. É necessário se pensar primeiro na escassez, no recurso escasso que está em jogo, no bem econômico demandado, a depender das preferências da coletividade de indivíduos no interior da qual se situa o recurso econômico a ser examinado.¹³⁰

Convém concluir respondendo à pergunta que introduziu a presente seção: por que classificar os bens em excludentes e rivais? Por que esses critérios? Porque, como visto, a Economia funcionaliza os seus objetos de estudo tendo em vista o “valor eficiência”.¹³¹ A exclusão forçada incentiva a produção e a circulação de bens econômicos, criando excedentes

“Noutros casos recorre-se à solução das portagens, mas evidentemente que, por tudo o que já vimos, essa solução só é possível se estivermos perante recursos que sejam estruturalmente bens privados (ou aparentemente ‘bens de clube’), bens em relação aos quais a exclusão seja economicamente viável (isto é, não provoque mais custos do que aqueles que evita, sendo que, como se sabe, a presença de portagens tende a causar por si mesma congestionamentos).

“Hoje a tendência dominante é para a progressiva internalização dos custos de rivalidade no uso dos recursos viários, impondo ‘taxas de congestionamento’ e preços que reflectem a participação no resultado colectivo, de modo a reduzir a intensidade da participação individual -- uma alternativa sofisticada que pretende apresentar-se como o sucedâneo de um mercado em que, a baixos custos de transacção, todos os envolvidos no tráfego pudessem exprimir, a partir de ‘property rules’, as suas disposições de aceitar’ reportadas a diferentes níveis agregados de tráfego .” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.82-83.)

¹³⁰ Se, no capítulo 3, ver-se-á como a literatura econômica trabalha o problema do tempo na Justiça, no capítulo 4, criticar-se-ão os reclamos não fundamentados por presteza no ato de julgar.

¹³¹ Como se disse linhas acima, trata-se, é possível dizer, de uma visão normativista da análise econômica.

de bem-estar (eficiência).¹³² A partir das preferências de uma certa coletividade de indivíduos, a análise econômica busca, por meio da exclusão forçada, “administrar o problema da escassez”. (Como visto, as preferências primeiro; um cálculo de custo-benefício, depois.) A exclusão forçada promove, tendo em vista o “valor eficiência”, a internalização das externalidades. Se alguém não consegue cobrar pelo benefício¹³³ que cria para outrem (externalidade positiva), não tem incentivos, antes de mais nada, para realizar esse benefício, que satisfaria uma necessidade por bem escasso. Se, de outra parte, alguém não pode excluir dos seus recursos os danos de terceiros (externalidade negativa), não possui incentivos para investir esforços nesses recursos, a fim de que satisfaçam novas necessidades (eficiência produtiva). E a satisfação de necessidades por esforços de terceiros, desde que voluntária (contratos), cria valor tanto para quem satisfaz quanto para quem tem a necessidade satisfeita (eficiência alocativa). No caso específico dos bens sujeitos a congestionamento (examinados neste trabalho), a exclusão forçada exclui do uso potenciais usuários (“escasseia-lhes o uso”) para evitar a escassez completa pelo “excesso de acesso”¹³⁴ (“Tragédia dos Comuns”).

Talvez se possa dizer que a exclusão forçada realiza, institucionalmente, aquilo que a natureza faz aleatoriamente.¹³⁵ Talvez se possa dizer que a exclusão forçada é a escassez

¹³² Parece possível dizer que, nas literaturas econômica e da regulação, a ideia de excedente é polissêmica. Existem os excedentes de produção – isto é, aquilo que um indivíduo produz a superar as suas próprias necessidades econômicas – e os excedentes de bem-estar – isto é, o valor criado nas trocas econômicas.

¹³³ Note-se o significado: “ato ou efeito de fazer o bem.” Do latim, *beneficium* [*bene* + *facere*]. (BENEFÍCIO. In: MICHAELIS dicionário de língua portuguesa. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=yn2X>. Acesso em: 22/11/2019.)

¹³⁴ Fernando Araújo usa diversas vezes a expressão “excesso de acesso” na Justiça para aplicar a ela a alegoria da “Tragédia dos Comuns”. (ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem “adjudicação”. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.)

¹³⁵ Essa afirmação, aqui, não tem inclinação ideológica. Não se está a defender a exclusão (“social”), mas, sim, a se explicar conceitualmente por que a Economia trabalha com a exclusão. Parece interessante, em todo caso, citar Araújo, que, no final de sua obra sobre a “Tragédia dos Comuns”, destaca as implicações políticas da exclusão de grupos de indivíduos do acesso a recursos: “Ao sublinharmos a importância atribuída à dicotomia ‘Baldios/Anti-Baldios’, como representativa da centralidade recentemente atribuída às relações sociais nesta matéria da propriedade, e à eficiência da colaboração, ou falta dela, na gestão colectiva de recursos – de certa maneira empolámos demasiado o ‘lado afirmativo’ dos direitos de apropriação, os poderes que conferem face aos outros e face ao Estado, em detrimento do ‘lado negativo’, que designa a impotência que a não-apropriação induz aos desafortunados, por exemplo privando-os de segurança e de possibilidades de reciprocidade. E no entanto não faltaram indicações de que este caminho deveria ter sido explorado – bastando pensarmos que a moderna ênfase nas facetas *in personam* da propriedade veio reforçar mais ainda a tradicional convicção de que a apropriação é um suporte da personalidade – e que por isso a propriedade é um acervo de direitos não neutro, porque destes dependem os termos básicos da inclusão de cada indivíduo no jogo social.

“Poderíamos assim ter insistido na ideia, agora despida de qualquer alcance metafórico, de que a apropriação, com os poderes que confere a cada um nas relações inetrsubjectivas, é um alicerce da liberdade pessoal, daí decorrendo o carácter ‘opressivo’, injusto, ‘excludente’, da ‘não propriedade’. Uma abordagem dessas teria permitido poderosas intuições sobre a pobreza, não colocando tanta ênfase no tema tradicional das *causas* (sociológicas, económicas) do fenómeno, mas incidindo antes nos factores jurídicos e institucionais da respectiva *perpetuação* – o modo como as titularidades efectivamente constituem uma barreira ao poder e

institucionalizada. Se, por um lado, a natureza exclui aleatoriamente indivíduos de habilidades inatas, dos espaços de terra, do tempo (do futuro ou do passado),¹³⁶ por outro, a exclusão forçada exclui, intencionalmente (vontade coletiva, preferências coletivas), sob a ameaça de coação – o arranjo penal como próprio do mercado, de que fala Ogus¹³⁷ –, os indivíduos do acesso a determinados recursos. O que a natureza faz espontaneamente, a coletividade potencializa voluntariamente.

2.3. MERCADOS CONCORRENCIAIS E SEUS LIMITES

Tanto os conceitos trabalhados por Ogus quanto aqueles examinados por Posner relacionam-se com a ideia de mercados concorrenciais perfeitos, tipo ideal a ser perseguido caso se queira atingir as eficiências alocativa e produtiva. Uma das razões privadas para a existência do Estado, em Ogus, é a promoção da concorrência.¹³⁸ Mercados concorrenciais perfeitos, como se disse, atingiriam as eficiências alocativa e produtiva por si mesmos. Sucede que, no mundo real, a concorrência há de ser promovida pelo Estado. Isso porque, em determinados setores, sobretudo quando haja ganhos de escala, tendem-se a formar barreiras à entrada de novos concorrentes,¹³⁹ impeditivas da concorrência perfeita. Em Posner, de outra parte, mercados concorrenciais perfeitos conduziriam os preços ao menor ponto da curva de custo (médio), isto é, ao custo de oportunidade do produtor, com a ressalva, rememore-se, de que, se os insumos usados na produção não forem facilmente reproduzíveis, os preços nem sempre chegarão ao ponto mais baixo da curva de custo. Nesse caso, haverá a possibilidade de extração de rendas do consumidor.¹⁴⁰

liberdade individuais, amplificando os efeitos ‘naturais’ da exclusão.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.251-252.)

¹³⁶ A ideia de exclusão natural, como visto, está em Posner, quando o autor trabalha a ideia de rendas econômicas (*economic rents*) na seção destinada ao custo de oportunidade. (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.11-12.) Na sequência, aplicarei a essa ideia o conceito de custo de transação, dizendo que a natureza impõe aleatoriamente custos de transação aos indivíduos. O fato de cada indivíduo estar situado em pontos do tempo-espço por si só sujeita todo e qualquer indivíduo aos pequenos monopólios do espaço-tempo.

¹³⁷ OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.16.

¹³⁸ OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004, p.23.

¹³⁹ Custos fixos elevados, por exemplo.

¹⁴⁰ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.8.

Calha aqui formalizar as características – propriedades existenciais – dos mercados concorrenciais perfeitos, que serão úteis na problematização dos conceitos de exclusão e rivalidade adiante. Da primeira delas já se falou: ausência de barreiras à entrada de novos concorrentes. As outras duas: i) a existência de muitos compradores e muitos vendedores; e ii) a identidade entre os produtos negociados no mercado (existência de substitutos próximos). Somadas, essas características conduziriam, tanto no curto quanto longo prazo, à eficiência produtiva – conclusão, a propósito, à qual Ogus também chega.¹⁴¹

Mas essa caracterização não diz tudo. Em Posner mesmo já ficara claro que, ainda que presentes no mundo todas as características necessárias aos mercados concorrenciais perfeitos, pode ser que eles não venham a se verificar. Bens não reproduzíveis no curto prazo, viu-se com Posner, não serão negociados nos mercados pelo ponto mais baixo na curva de custo (médio). Haverá a extração de rendas pelos titulares dos bens não reproduzíveis no curto prazo, os melhores exemplos, ainda com Posner, sendo as terras férteis e as habilidades inatas.

Dizer que determinados bens não são reproduzíveis no curto prazo é o mesmo que dizer que esses bens se encontram no ponto máximo da linha contínua que forma o conceito de escassez.¹⁴² Bens não reproduzíveis no curto prazo são muito escassos. Alguém pode, a muito custo, aprender a tocar piano como um profissional que já nasceu com o talento, mas somente com anos e anos de estudo e prática (reprodução muito custosa). Isso, porém, não é tudo. Existem bens que não são reproduzíveis nem no curto nem no longo prazo. Cuida-se dos bens mais escassos de todos, a respeito dos quais já se falou brevemente.

O tempo e o espaço não são reproduzíveis nem no curto nem no longo prazo. O ponto pode parecer banal mas é de interesse para a presente seção e para os conceitos que serão trabalhados mais adiante. Tempo e espaço, sobretudo quando conjugados, impedem (custos de transação), de maneira interessante, a verificação no mundo real dos mercados concorrenciais perfeitos. Todo consumidor situado num ponto do tempo-espaço, mesmo que residente em cidades com os mais pujantes mercados de bens e serviços, está sujeito aos pequenos monopólios do tempo e do espaço. Se alguém sai para comprar suprimentos pela manhã a fim de tomar café antes de ir ao trabalho, de nada interessa saber que, numa padaria de uma cidade

¹⁴¹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.262 e 272-276.

¹⁴² Sobre a importância da reprodução e sua vinculação com a ideia de custo marginal, ver a nota-de-rodapé 118, acima.

vizinha, os tais suprimentos são muito mais baratos. Ainda que não haja barreiras de entrada e ainda que os substitutos sejam próximos, eles não estão próximos no tempo e no espaço.¹⁴³

Essa ideia pode ser formulada em termos de custos de transação. A primeira espécie de custo de transação, segundo Cooter e Ulen, são os custos de busca.¹⁴⁴ Por que não interessa ao consumidor, no exemplo do café da manhã antes do trabalho, saber o preço dos suprimentos numa cidade vizinha? Porque existem custos de busca, custos de deslocamento. Para ir buscar os suprimentos na cidade vizinha, o consumidor terá de gastar combustível (se o deslocamento for por meio de veículo próprio) e, mais que isso, gastar tempo.

Para que essas ideias não fiquem muito soltas, cumpre adiantar que relação elas guardam com o tema do presente trabalho. Como se viu na Introdução, quando da formulação da “Tragédia” como um jogo simultâneo, um dos fatores determinantes para a ocorrência de uma “Tragédia dos Comuns” *à la* Hardin, com as características de um dilema do prisioneiro, é a existência de uma combinação de estratégias paretianamente superior ao equilíbrio não-cooperativo.¹⁴⁵ Isso, contudo, só é possível se esse conjunto de estratégias for factível. Reformulando essa ideia em termos de utilização de recursos comuns, se os potenciais utentes de um recurso comum não possuírem alternativa – se a única saída for a utilização imediata do recurso comum –, não se terá uma “Tragédia dos Comuns”, um dilema do prisioneiro, mesmo que se possa chegar ao esgotamento do recurso.¹⁴⁶ (No dilema do prisioneiro, desempenha esse papel a premissa de que a não delação conjunta gera benefícios paretianamente superiores à delação conjunta – um prisioneiro a delatar o outro¹⁴⁷).

¹⁴³ Talvez se pudesse conjecturar, sob essa perspectiva, que, na maioria das vezes, quando se fala em infraestrutura, em projetos de infraestrutura, quer-se reduzir custos de transação.

¹⁴⁴ “*What are transaction costs? Are they ever really negligible? We cannot use the Coase Theorem to understand law without answering these questions. Transaction costs are the costs of exchange. An exchange has three steps. First, an exchange partner has to be located. This involves finding someone who wants to buy what you are selling or sell what you are buying. Second, a bargain must be struck between the exchange partners. A bargain is reached by successful negotiations, which may include the drafting of an agreement. Third, after a bargain has been reached, it must be enforced. Enforcement involves monitoring performance of the parties and punishing violations of the agreement. We may call the three forms of transaction costs corresponding to these three steps of an exchange: (1) search costs, (2) bargaining costs, and (3) enforcement costs.*” (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, p.88.)

¹⁴⁵ No jogo da introdução, essa combinação é a do quarto quadrante, no qual ambos os pecuaristas optam por não adicionar qualquer cabeça de gado no pasto comum.

¹⁴⁶ Se, por exemplo, as estratégias forem o consumo imediato do recurso, esgotando-o, ou morrer de fome, não se terá uma “Tragédia dos Comuns”. Reitere-se aqui a crítica que Araújo faz ao caráter excludente da “não propriedade”, a limitar a liberdade individual e a própria personalidade dos desafortunados. (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.251-252.)

¹⁴⁷ Por vezes escapa àqueles que retiram conclusões peremptas da teoria dos jogos que isso é uma premissa do jogo. Nada garante que as situações práticas sejam assim. Se se retirar essa premissa ou se, antes disso, se mexer nas preferências, alterando as utilidades das atitudes de cooperar e não cooperar, é mesmo possível tornar a delação (não cooperação) a estratégia dominante. Se se quisesse estender esse raciocínio para

A existência de alternativas, nos mercados, veste o roupão dos bens substitutos. A existência de substitutos próximos (\cong homogeneidade dos bens negociados nos mercados), como dito, é uma das condições para a verificação da hipótese dos mercados concorrenciais perfeitos. No presente trabalho, os bens substitutos podem funcionar metodologicamente como um contrafactual¹⁴⁸ das consequências deletérias (externalidades negativas) advindas da ocasional não exclusão (forçada) da Justiça.

Ainda que determinado recurso seja estruturalmente um recurso comum, se houver substitutos próximos, isto é, se os custos de busca não forem altos, é possível que não se verifiquem externalidades no uso. Se a utilidade advinda do consumo do recurso comum diminuída do custo do consumo e diminuída também da fração das externalidades que é internalizada for inferior à utilidade do substituto próximo diminuída do custo de busca,¹⁴⁹

problemas de ação coletiva, poder-se-ia dizer que, em ambientes nos quais impera a não-cooperação sem perspectivas de mudança, quem coopera está a perder utilidade com a sua cooperação. Lempereur, a propósito, aborda a dissonância entre o paradigma do dilema dos prisioneiros e as teorias contemporâneas da negociação da seguinte maneira: “Como explicar que estas fantasias do equilíbrio ou até essa esperança de igualdade continuem existindo em negociação? As teorias sobre a negociação se inspiram ainda na teoria dos jogos, que viveu em perfeita harmonia com a realidade da dissuasão nuclear, entre outras. A ideia no fundo era bastante simples: no mundo bipolar do pós-guerra, os EUA e a União Soviética são obrigados a estabelecer uma cooperação mínima onde nenhum dos dois pode erradicar o outro sem risco, visto que um ataque de qualquer um dos dois se soldaria pela destruição de ambos. As teorias da negociação foram em grande parte enunciadas numa base idêntica, estabelecendo-se num equilíbrio de forças que, por mais simpático que possa ter soado na época, nem por isso deixa de ser ilusório às vezes. Em algumas situações, há realmente fornecedores em total dependência em relação aos seus clientes e vice-versa; tanto sindicatos quanto patrões podem sofrer um desequilíbrio de poder.

[...]

“Essa realidade de posição dominante é conhecida há muito tempo no mundo dos negócios, onde alguns atores sabem como impor suas condições aos outros, passando pela negociação ou não. Alguns fornecedores tratam com centrais de compras que só têm um objetivo: obter os melhores preços para sua organização, não se importando se um pequeno fornecedor declara falência no meio do caminho. A teoria dos jogos trabalha, portanto, no futuro, com grades que estão longe de ser simétricas em termos de ganhos [...] e frequentemente assimétricas desde o início, mostrando o dilema de cada negociador de maneira diferenciada [...]”

(LEMPEREUR, Alain P. A evolução das relações de forças em negociação – 10 casos de reviravolta. In: LEMPEREUR, Alain P.; SEBENIUS, James; DUZERT, Yann (Orgs.). **Manual de negociações complexas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009, p.52-53.)

¹⁴⁸ Critérios normativos para a elaboração de contrafactuais em experimentos mentais podem ser encontrados em: MITCHELL, Gregory. Case studies, counterfactuals and causal explanations. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 152, n. 5, , maio de 2004, p.1587-1608. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3191&context=penn_law_review. Acesso em: 20/11/2019.

¹⁴⁹ Algebricamente: $U_i - (c_i + e_i) < U_{is} - c_{ibs}$, em que: U_i é a utilidade do indivíduo ao utilizar o recurso comum; c_i é o custo do indivíduo na utilização do recurso comum; e_i é a fração das externalidades negativas internalizadas pelo consumo conjugado do recurso comum; U_{is} é a utilidade retirada do bem substituto (aqui, alternativa à Justiça); e c_{ibs} é o custo de busca dessa alternativa. Pode ser que a alternativa seja também ela um recurso comum, caso em que ao lado direito da equação ter-se-ia de subtrair um e_{is} (externalidade internalizada no consumo do bem substituto). Poder-se-ia acrescentar ainda a probabilidade de se obter a utilidade no recurso comum e no bem substituto, caso em que o U_i e o U_{is} deveriam ser substituídos por $p.U_i$ e $p.U_{is}$, p sendo a probabilidade de sucesso na causa. Pense-se, por exemplo, na arbitragem. Se – mantendo-se constante o valor da causa e a probabilidade de sucesso na causa entre arbitragem e Justiça –, o tempo que alguém ganha com a arbitragem menos o custo da arbitragem consistir num benefício superior ao tempo de espera na Justiça menos o custo da Justiça, não há por que alguém buscar a Justiça. O exemplo da arbitragem é o mais óbvio. O presente trabalho lança outras hipóteses.

talvez se possa dizer que não ocorrerá uma “Tragédia dos Comuns”. A conduta racional nesse caso será não o uso compartilhado do recurso não excludente mas o uso deste, é provável, pelo interessado que chegar primeiro (o ponto focal¹⁵⁰ do “*first come, first served*”), com o segundo se dirigindo para o bem substituto.¹⁵¹

No caso da Justiça, como se dirá, é possível pensar nas adjudicações privadas como substitutos próximos (sobretudo os tribunais arbitrais); mas é possível pensar também em normas sociais. E é possível pensar em normas sociais não só como substitutos próximos da Justiça mas do próprio direito positivo.¹⁵² A partir dessas considerações, o trabalho lançará algumas hipóteses a respeito do congestionamento da Justiça no Brasil, como, por exemplo: i) a existência de um viés de disponibilidade¹⁵³ ou do *statu quo*¹⁵⁴ (inércia) no uso da Justiça

¹⁵⁰ “**Focal point.** Also called a Schelling point, the combination of strategies that players are likely to choose because it is especially prominent under the conditions and culture in which the players find themselves.” (BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p.307.)

¹⁵¹ Se a combinação de estratégias for essa (*first come, first served*), parece plausível a hipótese de que quem chegar primeiro utilizará o recurso comum porque não querará despendar os custos de busca do substituto. Parece lógico, porém, que o atingimento do equilíbrio em larga escala dependerá da quantidade de substitutos próximos e da quantidade de potenciais utentes dos recursos. A depender das configurações da realidade – se por exemplo, para uma determinada coletividade de indivíduos, existir apenas um tribunal arbitral, em substituição à Justiça pública –, mesmo que os substitutos sejam próximos, pode ser que ocorra uma “Tragédia dos Comuns” tanto no recurso comum principal quanto no seu substituto.

¹⁵² “Ao mencionarmos os contributos de Robert Ellickson, deixamos já subentendido que a preferência pelo contrato e a ênfase na bilateralidade não resultam de meras explorações dos corolários do ‘Teorema de Coase’, mas nascem igualmente do fascínio da ‘Law and Economics’ pela comprovação empírica da pujança das ‘normas sociais’, normas extrajurídicas reveladoras das virtualidades da ‘private ordering’ no enquadramento das mais diversas atividades colectivas, e entre elas a circulação de recursos.

“Há também indisfarçável um traço libertário, que às respostas fornecidas pelo Direito Positivo, sempre suspeitas de ‘contaminação política’, contrapõe um argumento que de certo modo implica a fundamental inutilidade de muita da hetero-disciplina incorporada nessas normas positivas – umas vezes porque elas são eficientes apenas porque se cingem a reflectir o equilíbrio a que se chegaria a uma negociação com baixos custos de transacção (caso em que o abaixamento permanente desses custos tornará redundantes aquelas normas), outras vezes porque são ineficientes e não resistiriam ao confronto com a redistribuição através de negociações e da generalização de normas sociais (caso em que novamente o abaixamento permanente dos custos de transacção afastaria aquelas normas).” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008, p.26)

¹⁵³ Não se desconsidera que o viés da disponibilidade designe a heurística de que se valem os indivíduos para julgar frequências e probabilidades de eventos. (A esse respeito: TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. **Cognitive Psychology**, v. 5, n.2, p.207-232, 1973.) Não parece, contudo, descabido questionar sobre a ocorrência do viés ao se questionar se há uma cultura do litígio, uma vez que a lógica do viés é: “se eu posso pensar sobre isso, então isso deve ser importante.” (ESGATE, Anthony; GROOME, David; BAKER, Kevin. **An Introduction to Cognitive Psychology**. Taylor & Francis Routledge, 2005, p.201-202.) Seria o litígio, em lugar da negociação, aquilo que primeiro vem à mente dos indivíduos no Brasil quando diante de um conflito de interesses? Ainda: falar-se muito numa cultura do litígio não a reforçaria (porque a torna disponível)?

¹⁵⁴ Kahneman, Knetsch e Thaler dizem que o viés da inércia (*statu quo bias*) decorre da aversão dos indivíduos à perda: “One implication of loss aversion is that individuals have a strong tendency to remain at the status quo, because the disadvantages of leaving it loom larger than advantages. Samuelson and Zeckhauser (1998) have demonstrated this effect, which they term the status quo bias. In one experiment, some subjects were given a hypothetical choice task, such as the following, in a ‘neutral’ version in which no status quo is defined: ‘You are a serious reader of the financial pages but until recently have had few funds to invest. That is when you

(haveria uma, tão repetida, “cultura do litígio”¹⁵⁵, um “fetiche” pelo direito positivo?;¹⁵⁶ os litígios estariam mais disponíveis, pela existência de menores “custos psicológicos de busca”, que a resolução não litigiosa dos conflitos?); e ii), de maneira pessimista, negando, a partir do referencial teórico que será trabalhado, as soluções propostas até então na literatura para o problema do congestionamento.¹⁵⁷

2.4. OS BENS E, EM ESPECIAL, OS RECURSOS COMUNS

Trabalhados os critérios por meio dos quais a Economia classifica os bens econômicos, deve-se agora dizer que bens são esses. Antes, porém, parece oportuno colocar a classificação dos bens na Economia na linguagem metodológica de Goertz¹⁵⁸ e Goertz e Mahoney¹⁵⁹, referida na Introdução. Tanto a rivalidade quanto a exclusão são condições necessárias e,

inherited a large sum of money from your great-uncle. You are considering different portfolios. Your choices are to invest in: a moderate-risk company, a high risk company, treasury bills, municipal bonds.

“Other subjects were presented with the same problem but with one of the options designated as the status quo. In this case, after the same opening sentence the passage continues: ‘...That is when you inherited a portfolio of cash and securities from your great-uncle. A significant portion of this portfolio is invested in a moderate risk company... (The tax and broker commission consequences of any change are insignificant.)’

“Many different scenarios were investigated, all using the same basic experimental design. Aggregating across all the different questions, Samuelson and Zeckhauser are then able to estimate the probability that an option will be selected when it is the status quo or when it is competing as an alternative to the status quo as a function of how often it is selected in the neutral setting. Their results implied that an alternative became significantly more popular when it was designated as the status quo. Also, the advantage of the status quo increases with the number of alternatives.” (KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p.193-206, 1991, p.197-198. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1942711>. Acesso em: 11/11/2012.)

¹⁵⁵ Em 18/03/2020, a busca no Google por “cultura do litígio”, com aspas (a restringir as buscas pela expressão inteira), resultou aproximadamente 29.600 resultados. Na mesma data, a mesma busca, no Google Acadêmico, retornou 795 entradas.

¹⁵⁶ Ver-se-á, com Gico Jr., no capítulo seguinte que é possível se encarar o direito positivo e a Justiça como bens complementares, o que quer dizer que a demanda por um e outra estão diretamente relacionadas, isto é, que a queda do preço de um leva a uma maior busca pela outra e vice-versa, valendo o raciocínio reverso para uma subida dos preços. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.21. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

¹⁵⁷ No ponto, o presente trabalho dialogará respeitosamente com os seguintes textos (dos quais, aliás, emprestou muitas ideias e, sobretudo, bibliografia): GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020; e PIMENTEL, Wilson. **Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar**. 109 fls. Dissertação (mestrado em direito da regulação). Escola de Direito do Rio, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

¹⁵⁸ GOERTZ, Gary. **Social Science Concepts: A User's Guide**. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2006.

¹⁵⁹ GOERTZ, Gary; MAHONEY, James. **A tale of two cultures: qualitative and quantitative research in the social sciences**. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2012.

conjuntamente, suficientes para se classificar um bem na Economia.¹⁶⁰ Rivalidade e exclusão, por outro lado, não se podem substituir.

A rivalidade potencial de um bem informará se no consumo desse bem poder-se-ão verificar externalidades negativas (“congestionamento, degradação, esgotamento de recursos”).¹⁶¹ A exclusão, se faltante (não exclusão), informará se esse bem está sujeito a problemas de carona (*free-rider*) e, então, de subprodução, subaproveitamento, subinvestimento.¹⁶²

Rivalidade e exclusão são dimensões que, ambas, se desenrolam num contínuo.¹⁶³ Não são dimensões estanques, que, se medidas, colocar-se-iam como uma questão de “sim ou não”,

¹⁶⁰ HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003, p.119-121. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.

¹⁶¹ “Caracterizamos novamente, pois, os recursos comuns como aqueles bens que, sendo de acesso livre, ou de acesso dificilmente restringível, contudo geram, entre aqueles que a eles têm acesso, problemas de rivalidade no uso, no sentido de a utilização que é dada por cada um poder conflitar, ao menos a partir de certo nível de intensidade, com a utilização que fica disponível para os demais.

“Temos, pois, que os recursos comuns partilham com os bens públicos as dificuldades de exclusão eficiente, enquanto que os produtos desses recursos comuns partilham com os bens privados a característica de a sua utilização subtrair utilidade ao total disponível – revelando por isso rivalidade no uso, a raiz de que partem problemas como congestionamento, degradação, esgotamento de recursos. Por essa mesma razão, note-se de passagem, os recursos comuns foram durante muito tempo designados como ‘bens públicos impuros’, em especial nos domínios das Finanças Públicas, querendo na essência sugerir-se, com a expressão, que por um lado se tratava de bens sub-produzidos pelo mercado (o problema *ex ante*, que partilhavam com os bens públicos ‘puros’), mas pelo outro lado bens sujeitos a efeitos de congestionamento e de esgotamento (o problema *ex post*, partilhado com os bens privados) – uma expressão que evitaremos, até pelo que ela sugere: que em vez de se tratar de um ‘*tertium genus*’, se trataria na verdade de uma aberração, de uma ‘terra de ninguém’.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível ótimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.70)

¹⁶² “[...] *common-pool resources share with what economists call ‘public goods’ the difficulty of developing physical or institutional means of excluding beneficiaries. Unless means are devised to keep nonauthorized users from benefiting, a strong temptation to free ride on the efforts of others will lead to a suboptimal investment in improving the resource, monitoring use, and sanctioning rule-breaking behavior. Second, the products or resource units from common-pool resources share with what economists call ‘private goods’ the attribute that one person’s consumption subtracts from the quantity available to others. Thus, common-pool resources are subject to the problems of congestion, overuse, pollution, and potential destruction unless harvesting or use limits are devised and enforced. In addition to sharing these two attributes, particular common-pool resources differ in many other attributes that affect their economic usefulness, including their extent, shape, and productivity, as well as the value, timing, and regularity of the resource units produced.*” (HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003, p.120. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.)

¹⁶³ “*In the 1970s, a major breakthrough came with clear identification that there were more than two types of goods. Two attributes have been identified in the political-economy literature that help identify four broad classes of goods. The first attribute is that the benefits consumed by one individual subtract from the benefits available to others. The second attribute is that it is very costly to exclude individuals from using the flow of benefits either through physical barriers or legal instruments. Both attributes vary across a range.*

“*Recognizing a class of goods that shares these two attributes enables scholars to identify the core theoretical problems facing individuals, whenever more than one individual or a group utilizes resources for an extended period of time. Using ‘property’ refer to a type of good reinforces the impression that goods sharing these attributes tend to share uniformly the same property regime. This is certainly not the case.*” (HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and**

de 0 ou 1 se se pensar numa codificação. Existem bens mais ou menos rivais e mais ou menos excludentes. Por outro lado, rivalidade e exclusão guardam com o nível básico (o “nome” dos bens econômicos, como bem público, bem privado, bem de clube, recurso comum) uma relação ontológica. Nem rivalidade nem exclusão causam o nível básico, da mesma maneira que nem rivalidade nem exclusão se podem substituir aos conceitos do nível básico.¹⁶⁴ Encerrando os apontamentos concernentes às dimensões secundárias, tanto rivalidade quanto exclusão podem ser examinadas como potência e como ato, isto é, considerando-se um bem abstrata ou concretamente¹⁶⁵

No que respeita aos indicadores, os indicadores da rivalidade¹⁶⁶ são: congestionamento, sobreuso, poluição, destruição, sendo corrente a rivalidade se (já) houver congestionamento factual; e potencial, se se puder cogitar disso. O indicador do congestionamento dá a medida da rivalidade, mantendo com essa dimensão uma relação ontológica (não causal nem de substituição).¹⁶⁷ Já os indicadores da exclusão são as barreiras, físicas e institucionais, também ontologicamente relacionadas com a ideia de exclusão (relação não causal nem de

Contemporary Problems, v.66, p.111-145, 2003, p.119. Disponível em:

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.)

¹⁶⁴ Hess e Ostrom, quando distinguem recursos comuns do regime de propriedade que sobre eles pode recair, falam em “*nature of the good*”. Extrai-se daí a relação ontológica. (HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003, p.118. Disponível em:

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.)

¹⁶⁵ O raciocínio vale para a exclusão. É admissível – tanto que a literatura revisada corriqueiramente o faz – se falar que um bem é excludente mesmo que, neste instante, inexistam barreiras ao acesso (exclusão potencial). Isto é, o bem é excludente mas não está excludente (ou exclusivo). Como se dirá no parágrafo a seguir, a criação de barreiras ao acesso de bens toma em conta uma relação de custo-benefício. Nesse sentido, dizer que um bem é potencialmente excludente (ou exclusivo) significa dizer que, em tese (por hipótese), os benefícios de se erguer essas barreiras de acesso – quer institucionais quer físicas – compensam os custos. Por outro lado, pode-se cogitar também de bens cujo acesso, neste instante, está barreira, sem que, no entanto, essas barreiras sejam efetivas. Pense-se em cercas muito baixas ou em instituições policiais pouco eficazes (ou ainda num Judiciário tão congestionado a ponto de ser involuntariamente excludente). Nesse caso, será possível afirmar que o bem que se estiver a estudar, ainda que protegido por barreiras, é pouco ou nada excludente (ou exclusivo).

¹⁶⁶ Na nota-de-rodapé de nº 40, página 119, Hess e Ostrom descrevem também rivalidade como consumo compartilhado (“*jointness of use or consumption*”). (HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003, p.119. Disponível em:

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.) A descrição serve se se quiser examinar os recursos comuns. Se, porém, se quiser se examinar a rivalidade sozinha, como conceito independente, parece certo dizer que a possibilidade de compartilhamento de um bem não diz com a rivalidade desse bem. Pense-se num telefone público (orelhão). O bem é extremamente rival justamente porque não pode ser usado de maneira compartilhada. Um indicador da rivalidade (corrente, atual) aqui será a formação de uma fila. Sob essa perspectiva, aliás, talvez se possa dizer que todos os bens corpóreos que admitam usos repetidos são rivais. Se houver mais de um interessado no uso subsequente do bem, formar-se-ão filas, haverá congestionamento.

¹⁶⁷ Hess e Ostrom falam em atributos [dos bens], a permitir a identificação de classes de bens. (HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003, p.119. Disponível em:

<https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.)

substituição),¹⁶⁸ a dificuldade de violação¹⁶⁹ dessas barreiras dando a medida da exclusão¹⁷⁰. Como tudo o mais em Economia, também o levantamento de barreiras leva em conta uma relação de custo-benefício.¹⁷¹ Quando a literatura fala na dificuldade de se excluir terceiros do acesso, está a dizer que os custos não compensam os benefícios – sejam os custos de barreiras físicas (paredes, cercas, câmeras de segurança), sejam os custos de barreiras institucionais (regras sancionadoras, polícia, Judiciário) –, quer, porque, por exemplo, o bem é muito grande (dificuldade de se policiar áreas muito extensas), quer porque, outro exemplo, se pode retirar pouca utilidade do bem (áreas desertas e desinteressantes à coletividade). De outra parte, se (já) existirem barreiras de difícil violação, a exclusão deve ser pensada como ato;¹⁷² se se puder cogitar dessas barreiras, como potência. Trazendo essas ideias para o tema do presente trabalho, indicam a não exclusão (ausência de exclusão): facilidade de acesso (entrada subsidiada, no caso da Justiça), caroneiros (*free-riders*), subprodução, subinvestimento, ausência de monitoramento e ausência de sanção a comportamentos antissociais.¹⁷³

A representação gráfica das dimensões secundárias, a gerar as quatro espécies de bens econômicos, é a que segue:¹⁷⁴

¹⁶⁸ Novamente, atributo dos bens. (HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003, p.119. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.)

¹⁶⁹ Dificuldade em senso amplo. Pode-se pensar, no caso de barreiras físicas, em câmeras de segurança e em seguranças armados; mas se pode pensar também, no caso das barreiras institucionais, em reputação (vergonha?, ostracismo?), “consciência” (?), sanções institucionalizadas.

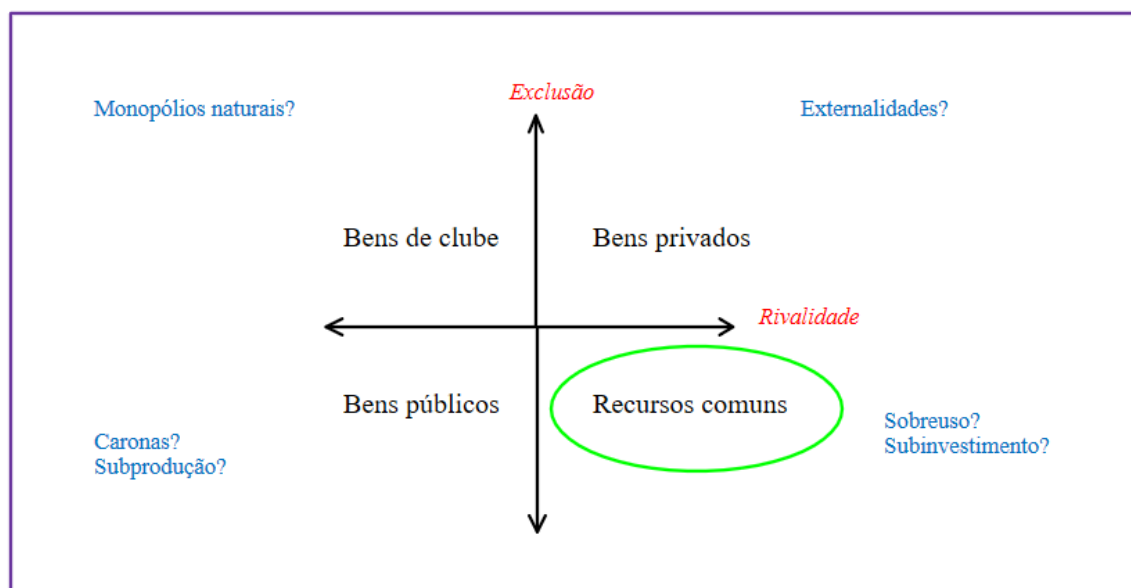
¹⁷⁰ Essa é uma ideia do presente texto; não está em Hess e Ostrom. No entanto, parece óbvia.

¹⁷¹ As notas de rodapé 125 e 127, acima, contém apontamentos sobre o custo-benefício da exclusão (*i.e.* barreiras).

¹⁷² Pense-se, por exemplo, no caso de barreiras físicas, numa cerca muito baixa; e, no caso de barreiras institucionais, em regras que não vinculam o comportamento – *e.g.* ausência de *enforcement* do arranjo penal pela ineficiência das instituições de segurança.

¹⁷³ HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003, p.120. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.

¹⁷⁴ Não se trata, note-se, de um plano cartesiano, uma vez que não é possível se falar em rivalidade negativa ou em exclusão negativa.

Figura 3 – Bens e problemas regulatórios

(Fonte: o autor.)

Além dos bens gerados a partir dos critérios, o gráfico traz também os problemas regulatórios associados a cada uma das espécies de bem econômico. No caso dos bens privados, ter-se-á um problema regulatório, a se exigir a atuação do Estado, toda vez que se verificarem externalidades (negativas). O exemplo, por excelência, de externalidade negativa é o de uma empresa poluidora do meio ambiente. Externalidades negativas, como dito, consistem num problema de sinal do mecanismo de preços. Como o poluidor não está a internalizar o mal econômico decorrente de sua atividade – externalidade negativa –, sinalizará, no mercado um preço inferior ao custo social advindo de sua atividade, o que criará uma sobredemanda pelo bem resultante dessa atividade. No caso dos bens de clube, de outra parte, o problema regulatório será o da formação de um monopólio natural, com poder de, como se disse com Ogus, definir preços a partir da quantidade ofertada no mercado. Porque o lucro máximo que os monopólios naturais podem retirar de sua produção não se situará sobre a sua curva de custo, diz-se que monopólios naturais causam a perda de bem-estar, restringindo o consumo de interessados que, se se vissem diante de uma situação de concorrência, consumiriam os bens ofertados pelo monopólio.¹⁷⁵ Descendo-se para o terceiro quadrante, tem-se os bens públicos,

¹⁷⁵ Concluir-se-á a seção com o apontamento de que, em qualquer dessas espécies de bem econômico, o que determinará a necessidade de intervenção estatal é a dimensão dos custos de transação. Quer parecer que, das quatro espécies de bem, aqueles aos quais é mais difícil aplicar a lógica dos custos de transação são os bens de clube (monopólios naturais), já que a lógica para a sua existência está na eficiência produtiva – e não

não rivais nem excludentes, sendo comum a afirmação de que a informação possui as características de bem público.¹⁷⁶ Ainda que se possa restringir o acesso à determinada

alocativa, associada esta última que é ao mercado e aos custos de transação. A literatura a esse respeito é parca. No que respeita aos monopólios em geral, para a Economia dos Custos de Transação, a existência de firmas (empresas) já é indicativo da existência de custos de transação (Teoria da Firma coaseana), o tamanho das empresas tendendo a crescer conforme cresçam os custos de transação. Isto é, quanto mais cara fica a utilização do sistema de preços (quanto mais barata for a decisão vertical por um empresário se comparada com transações via sistema de preços), mais o tamanho das empresas tende a crescer. Estendendo-se o raciocínio, chega-se aos monopólios (sem o qualificativo de naturais aqui). Ocorre que, como se disse, a justificativa para a existência de monopólios naturais reside numa razão de eficiência produtiva, e não de eficiência alocativa, sendo mesmo debatido o seu caráter de falha do mercado (de falha do mecanismo de trocas). A literatura aponta, de todo modo, que, ainda que os custos de transação não estejam na raiz dos monopólios naturais, a sua dimensão pode ser importante para determinar se o seu controle deve ser privado ou público. Nesse sentido: “*As mentioned previously, Arrow [...] takes issue with increasing returns and market failure in their relevance to Pareto inefficiency. Arrow relates market failure to the mode of economic organization, while at the same time he considers increasing returns a purely technological phenomenon. Whereas transaction costs determine the mode of resource allocation, production costs depend on technology and tastes and would be the same in all economic systems. Therefore, it seems that natural monopoly does not have transaction costs roots but is entirely based on and driven by production costs. Furthermore, in congruence with Arrow natural monopoly, despite being called monopoly, does not seem to be an example of market failure, in general, and market power, in particular. Although natural monopoly does not seem to have transaction costs origins, does not represent a case of market failure and does not line up with the other types of private monopoly, it does seem to have transaction costs aspects.*

“*If the same technology and production costs lie behind a given natural monopoly and should be the same in all economic systems, why is that natural monopoly privately owned in some economic systems and state-owned in others? The apparent answer seems to be that natural monopoly privately owned in some economic system and state-owned in others? The apparent answer seems to be that something other than production costs and technology determines the ownership over natural monopoly. Public utilities operating under different resource allocation and property right system seem to be associated with different levels of transaction costs. Public utilities and natural monopolies in economic systems faced with low transaction costs are typically privately owned and well regulated. They function smoothly, operate at low cost and are relatively easy to control in western-type economic systems. In high transaction cost systems, where markets fail to operate and where there are numerous market failures present, natural monopolies tend to exert market power and rent-seeking efforts, be poorly regulated and could alternatively be run more productively by the state [...].*”

(TODOROVA, Tamara. The Transaction-cost Roots of Market Failure. **Munich Personal RePEc Archive Paper n. 66757**, 2014. Disponível em: https://mpra.ub.uni-muenchen.de/66757/1/MPRA_paper_66757.pdf.

Acesso em: 18/03/2020.) A referência ao artigo da natureza da firma é a que segue: COASE, R.H. The Nature of the Firm. **Economica**, v. 4, p.386-405, 1937. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 17/05/2019.

¹⁷⁶ Tomou-se o cuidado de se dizer que a informação possui as características de bem público – em lugar de se dizer que a informação é um bem público – porque o que é barata é a reprodução da informação. A produção é custosa. Arrow diz que existe uma tensão entre produção da informação (inovação) e colocação da informação (inovação) nos mercados. A produção de informação pode trazer ganhos para o produtor, mas, uma vez que o produtor revele possuir a informação (publique-a), os possíveis ganhos da informação perdem muito de sua potencialidade, já que, uma vez pública, a informação pode ser apropriada gratuitamente por terceiros que não o produtor. Textualmente: “[...] *When the first fission bomb was developed and used by the United States, there were great fears (in fact, justified) that the Soviet Union would acquire the ‘secret’ of the bomb through espionage. Wiser physicists pointed out, however, that the truly important secret about the bomb was that it was feasible (by no means self-evident, as the experiences of both the German and the Soviet bomb projects showed). It pays to invest more heavily in research and development when it is known that there is some feasible solution.* [...]”

“*To sum up, there is a tension between property incentives to innovate (produce information) and diffusion of innovation. The latter is socially optimal ex post, though not ex ante. As frequently happens in economics, this normative conflict also manifests itself descriptively, as a pressure difficult to resist.*” (ARROW, Kenneth J. Information and the organization of industry. In: CHICHILNISKY, Graciela. (org.) **Markets, information, and uncertainty: Essays in economic theory in honor of Kenneth J. Arrow**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p.21-22.)

informação pelo seu armazenamento em determinado suporte (impressão no papel, guarda num HD privado), a informação possui características de bem público, de maneira que, uma vez publicada, o seu consumo não restringe possibilidades futuras de consumo e de tal sorte que o seu fornecimento a um consumidor adicional (reprodução) pode-se dar a baixo custo (pirataria). Por fim, no quarto quadrante tem-se o tema da presente pesquisa: os recursos comuns. Rivais e não excludentes, estão sujeitos a problemas de congestionamento pelo sobreuso, bem assim a problemas de carona na modalidade subinvestimento.

Para concluir, não é demais reiterar que esse esforço esquemático é, quando muito, uma tipologia facilitadora do entendimento, que, no entanto, não tem nem pode ter pretensões de universalidade. É sempre o contexto que definirá qual o problema econômico por que uma coletividade de pessoas está a passar.¹⁷⁷

2.4.1. Particularidades dos recursos comuns

A exclusão, nos bens privados, é máxima, porque o veto ao acesso e ao uso (*i.e.* a exclusão) resta nas mãos do titular do bem. Na linguagem de Calabresi e Melamed, quando se deixa a possibilidade de veto na mão de um indivíduo privado, está-se a proteger um bem por uma regra de propriedade,¹⁷⁸ os autores recomendando que tal se dê sempre que os custos de transação forem suficientemente baixos e sempre que não se verifique a possibilidade de

¹⁷⁷ Uma vez que se entendam os problemas regulatórios associados aos tipos de bens como problemas de interação entre agentes – ausência de coordenação e comportamentos estratégicos –, é possível trazer para cá as cautelas que pedem Baird, Gertner e Picker para a aplicação dos jogos paradigmáticos (galinha, batalha dos sexos, *matching pennies* e dilema do prisioneiro) a situações do mundo concreto. A construção de modelos há de partir das situações concretas; não o contrário: “[...] *When we can use these games, the forces that are at work are readily apparent, and it is easy to understand the effects of different legal rules.*

“Nevertheless, one should use these paradigms with caution. First, one always wants to examine the strategic elements in a given situation and avoid being drawn too quickly to a well-known paradigm such as the prisoner’s dilemma. Such paradigms can become Procrustean beds, and, by rushing to one or another too quickly, one may miss important parts of a problem. It is better to capture the problem in normal form and then look for the appropriate paradigm, rather than to shoehorn the problem into one at the outset. Taking advantage of a two-by-two game also requires an understanding of its limits. The prisoner’s dilemma, for example, captures the basic feature of collective action and common pool problems, but a model with more elements will reveal details that the prisoner’s dilemma does not. If one is interested in the dynamics of a particular collective action problem, the prisoner’s dilemma may not be useful.

“One must also guard against looking at interactions between players in isolation. A problem that may look like a prisoner’s dilemma or some other simple two-by-two game may be part of a much larger game. One cannot assume that, once embedded in a larger game, the play of the smaller game will be the same. Moreover, many interactions between individuals are inherently dynamic. People deal with each other over time and make decisions in response to what the other does. Two-by-two games that model simultaneous decisionmaking are not useful vehicles for analyzing such problems.” (BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p.45.)

¹⁷⁸ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v.85, 1972, p.1092.

comportamentos estratégicos, sobremaneira *holdout*.¹⁷⁹ Deixar-se o veto na mão de um indivíduo privado é a opção menos intrusiva – a implicar os menores custos de administração –, de vez que, por meio dessa estratégia, os indivíduos podem expressar no mercado as suas próprias preferências e disposições a pagar, não sendo necessário que uma autoridade externa defina as tais preferências e atribua valor, de fora, ao bem.

Nos recursos comuns, no entanto, o veto ao uso e fruição não é trivial. Ostrom, Gardner e Walker arrolam, por exemplo, razões físicas, econômicas, jurídicas e morais para tanto. O simples tamanho de um oceano pode significar que o cercamento importa custos proibitivos. Em outros casos, dizem os autores, o custo de cercar não compensa os benefícios do cercamento (a evitação das externalidades negativas e a produção de externalidades positivas, como se viu linhas acima). De outra parte, constituições e leis não raro estabelecem regras que determinam o livre acesso a rios, lagos, estradas. Por fins, razões éticas e de igualdade (ou isonomia) podem impedir a exclusão do acesso a determinados bens.¹⁸⁰

Por outro lado, no que respeita à rivalidade, é necessário distinguir, no caso dos recursos comuns, o próprio recurso comum e as unidades apropriáveis desse recurso, sendo dessas unidades que os indivíduos retiram utilidades. A distinção entre o recurso e as unidades apropriáveis fica visível, exemplificam Ostrom, Gardner e Walker, quando se consideram rios pescáveis (recurso) e peixes (unidades apropriáveis); campos de petróleo (recurso) e barris de petróleo (unidades apropriáveis); redes de computadores (recurso) e tempo de processamento (unidades apropriáveis); estacionamentos (recurso) e unidades de garagem (unidades apropriáveis).¹⁸¹ São sobre as unidades apropriáveis que os indivíduos rivalizam (competem), podendo chegar à “Tragédia dos Comuns”.

Disse-se acima que, por serem rivais, os recursos comuns estão sujeitos a problemas de congestionamento e, por serem não excludentes, estão sujeitos a problemas de subinvestimento. Ostrom, Gardner e Walker esquematizam essa relação falando de problemas de apropriação e problemas de provisão. Ainda que, na realidade, esses problemas se entrecruzem e se deem simultaneamente, vale a pena, quando do seu estudo, separá-los para se entender o que está em jogo nos diversos dilemas que grupos de indivíduos se veem quando consomem recursos comuns. Nos problemas de apropriação, assume-se como dada a relação entre a produção do

¹⁷⁹ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v.85, 1972, p.1104-1110.

¹⁸⁰ OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.7-8.

¹⁸¹ OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p. 8.

recurso comum e os insumos requeridos para essa produção. De fato, nos problemas de apropriação, o que interessa é excluir potenciais beneficiários e alocar as unidades apropriáveis. Nos problemas de provisão, no entanto, o que se examinam são as questões relativas à criação, manutenção e evitação de esgotamento do recurso comum.¹⁸²

Essa distinção permite a Ostrom, Gardner e Walker distinguir externalidades (negativas) de apropriação de externalidades (positivas) de provisão. Externalidades de apropriação verificam-se quando o consumo por um indivíduo reduz o retorno médio que o grupo – os demais indivíduos – poderia(m) retirar do recurso comum – *i.e.* das unidades apropriáveis. Externalidades de provisão, por seu turno, verificam-se quando os indivíduos se veem diante de dilemas atinentes à criação, manutenção e evitação do esgotamento do recurso comum.¹⁸³ Mas todos os recursos comuns trariam consigo problemas de apropriação e provisão? O consumo de todo e qualquer recurso comum levaria inevitavelmente a uma “Tragédia dos Comuns”? Ostrom, Gardner e Walker dizem que não. Existem, para os autores, “dilemas dos comuns” (*common-pool resources – CPR – dilemmas*) e meras “situações dos comuns” (*CPR situations*). O que é, então, necessário para que se possa falar num “dilema dos comuns” – o qual, a depender das configurações contextuais, poderá significar uma “Tragédia dos Comuns”? São necessários e suficientes dois elementos: 1) resultados subótimos; e 2) alternativas institucionais factíveis.¹⁸⁴

Rememore-se aqui o jogo da “Tragédia dos Comuns” da Introdução, acima (Figura 1).¹⁸⁵ A combinação de estratégias na qual os dois pecuaristas optavam por adicionar cada qual a sua cabeça de gado era paretianamente subótima, uma vez que, caso os dois pecuaristas optassem por não adicionar as suas cabeças de gado, retirariam, cada um, utilidades superiores do recurso comum (resultados subótimo). Para que isso fosse possível, precisou-se tomar como premissa do jogo que, se nenhum dos pecuaristas adicionasse uma cabeça de gado, poderiam ambos dar outra destinação ao pasto (fracioná-lo e vendê-lo). Uma regra que conduzisse a esse equilíbrio seria a alternativa institucional factível no linguajar de Ostrom, Gardner e Walker.

Os dois elementos – necessários e suficientes – para que seja possível falar num “dilema dos comuns” é o que há de mais importante em matéria de recursos comuns e de “Tragédia dos

¹⁸² OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p. 9.

¹⁸³ OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p. 9-15.

¹⁸⁴ OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p. 15-17.

¹⁸⁵ Página 14.

Comuns”.¹⁸⁶ Se, no consumo das unidades apropriáveis de um recurso comum, os indivíduos não possuírem uma combinação de estratégias que possa dar melhor resultado e se não possuírem uma alternativa institucional factível, não há nada de errado com o tal recurso comum, por mais que o seu consumo contínuo possa-o levar ao esgotamento. No que respeita à combinação de estratégias, podem dizer respeito a quanto, quando, onde e com que tecnologia os indivíduos optam por consumir o recurso e o quanto investir na provisão do recurso. No que respeita à alternativa institucional, no caso da Justiça, acima deu-se o exemplo da arbitragem e das normas sociais.¹⁸⁷ A arbitragem pode ser uma alternativa institucional à Justiça, mas também o podem ser as normas sociais, a negociação entre as partes. Serão discutidas adiante.

¹⁸⁶ A propósito: “Perante este binómio, insistamos que o que interessa, para a perspectiva de ‘Law and Economics’ que estamos a adoptar, é em primeira linha o problema de eficiência: para haver uma ‘tragédia’ (dos ‘Baldios’ ou dos ‘Anti-Baldios’) é necessário que haja um problema de bem-estar total, não bastando que ocorra uma mera questão distributiva. Isto é, os ganhos da cooperação têm que ser superiores, em valor agregado e em valor para cada participação individual, do que os ganhos finais da não-cooperação (mesmo quando o não seja dos ganhos iniciais da batota). Ainda que muitas vezes surjam resultados injustos em termos distributivos, a merecerem toda a atenção noutra sede de análise, o que conta aqui, o que há de ‘trágico’, é exclusivamente a dimensão global, ‘paretiana’, das perdas absolutas de oportunidades para cada um, e para todos, de prosperarem. Numa alegoria, diremos que o que é crucial, aqui, é a diminuição da dimensão do bolo, não as variações nas proporções das fatias, que hão-de estar expostas a puros jogos distributivos (embora não se desconheça que também estes têm impacto sobre os incentivos e, logo, sobre a eficiência).” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.73.)

¹⁸⁷ Calha registrar que o conceito de alternativas institucionais de Ostrom, Gardner e Walker é mais amplo. Cuida-se de qualquer regra (costumeira ou formal) conducente a um equilíbrio de estratégias paretianamente superior. (OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p. 15-17.)

3. UTILIDADES E EXTERNALIDADES DA JUSTIÇA NA VISÃO DA AED

Neste capítulo, apresentar-se-ão duas teses, convergentes entre si mas que partem de premissas distintas, acerca das razões, na visão da AED, pelas quais os indivíduos buscam a Justiça (utilidades da Justiça), bem assim da resposta que a Justiça dá a essa demanda. Teorizar a respeito da Justiça como um recurso comum exige que se conheçam os incentivos à busca da Justiça e que se saiba o que os indivíduos demandam da Justiça e a resposta que a Justiça dá a essa demanda. Que utilidades os indivíduos retiram da Justiça? Para a teoria, os indivíduos externalizam negativamente entre si quando “consomem a Justiça”? E a Justiça, por seu turno, apenas responde à demanda ou produz também externalidades positivas? Diante dessa estrutura conceitual, o que se pode dizer dos “produtos” da Justiça no Brasil? São essas as perguntas que, primeiramente, se pretende responder neste capítulo, para então se examinar criticamente,¹⁸⁸ no capítulo seguinte, se a Justiça no Brasil é um recurso comum.

A primeira tese a ser apresentada é a de Gico Jr.,¹⁸⁹ que, de maneira inventiva: i) apresenta a ideia do ciclo da litigância; ii) revisita o modelo de condição fundamental do litígio – fórmula que dá conta dos incentivos à demanda da Justiça –; com base nesse modelo iii), relaciona o problema do congestionamento da Justiça com os conceitos de valor presente e valor futuro; e iv) conclui afirmando que a maneira mais segura de se lidar com o problema do congestionamento judicial é com investimentos em certeza jurídica (produção de regras, uniformização dos posicionamentos). A segunda tese é a de Shavell,¹⁹⁰ que: a) examina as utilidades sociais e coletivas que se podem extrair da Justiça (os “produtos” da Justiça); b) afirma que existe uma discrepância entre essas utilidades, isto é, assevera que os incentivos individuais para buscar a Justiça estão em desacordo com as razões coletivas para a existência de um aparato público de Justiça; e iii) sugere que a melhor maneira de se garantir um uso racional da Justiça é por meio da internalização das externalidades que o uso da Justiça impõe (gastos de tempo e dinheiro da parte adversa e do Estado).

¹⁸⁸ Adiante-se que as teses examinadas no presente capítulo serão criticadas no capítulo seguinte.

¹⁸⁹ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

¹⁹⁰ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.575-578. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

3.1. GICO JR. E O CICLO DA LITIGÂNCIA

3.1.1. O ciclo da litigância e a certeza jurídica

Não é descabido dizer que, para Gico Jr., o Poder Judiciário – Justiça no presente trabalho – pode ser encarado(a) pela perspectiva dos custos de transação, sobremaneira dos custos de *enforcement*.¹⁹¹ Sob uma perspectiva pública, o Judiciário permitiria *ex ante* que grupos políticos firmassem compromissos (leis), a serem *ex post* executados (*enforcement*). Por outro lado, a partir dum ponto de vista privado, o Judiciário incentivaria o firmamento de contratos – executando-os (*enforcement*) –,¹⁹² os quais, sob a perspectiva econômica, contornam o problema da incerteza (trocas diferidas no tempo).¹⁹³ No entanto, diz Gico Jr., um Judiciário funcional deve corrigir a violação às leis e aos contratos (realizar *enforcement*) tempestivamente, do que se pode concluir, então, que o congestionamento do Judiciário, que atrasa o julgamento das causas, retira muito das utilidades do Judiciário.¹⁹⁴

Mas por que se dá o congestionamento do Judiciário? Gico Jr. desenvolve a hipótese de que são causas do problema: a) o próprio Judiciário e b) a ausência de incentivos para que juízes unifiquem (a interpretação das) leis.¹⁹⁵

A metodologia do autor vale-se de elementos da teoria da decisão racional. Nessa linha, para Gico Jr., o Estado é a entidade que, podendo usar a força, garantiria os contratos (faria o *enforcement* dos acordos, como se disse).¹⁹⁶ O problema, diz o autor, é que legitimar ao Estado o uso da força instigaria o Estado a impor obrigações com as quais os indivíduos *ex ante* não

¹⁹¹ Rememorando, Cooter e Ulen classificam os custos de transação em três categorias: busca, negociação, supervisão e execução (*enforcement*). (COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, p.88.)

¹⁹² Os quais, como visto com Ogus (seções 2.1.1.1 e 2.2, acima), são por excelência a forma de geração de (excedentes de) bem-estar.

¹⁹³ Para Gico Jr., cooperação é tanto produção de bens e serviços quanto trocas voluntárias: “*The fundamental problem of economic development is how to create an institutional environment that foster cooperation between rational agents given the available technology and the initial resources allocation. Cooperation is understood here as the coordination of productive activities between agents and voluntary exchanges.*” GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.2 e 5. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

¹⁹⁴ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.1. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

¹⁹⁵ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.1-2. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

¹⁹⁶ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.6. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

anuíram.¹⁹⁷ A separação de poderes, então, funcionaria em termos econômicos como um mecanismo de governança – a calibrar os incentivos ao uso da força –, desvinculando, no caso do Judiciário, a riqueza e o poder dos seus membros (juízes) do resultado dos julgamentos (decisões judiciais). Espera-se, nesse sentido, dos juízes que sejam “imparciais aplicadores da lei”.¹⁹⁸

O problema, contudo, é que exigir apenas e tão somente, como faz a “teoria jurídica tradicional”,¹⁹⁹ dos juízes a aplicação imparcial da lei não capturaria a dinâmica das relações sociais, marcada que é por choques entre indivíduos e grupos.²⁰⁰ Os conflitos entre indivíduos e grupos políticos (“*external shocks*”) ou fariam surgir problemas não contemplados pelas leis (e contratos) ou mudariam os parâmetros correntes de aplicação das próprias leis (e contratos). E é essa dinâmica, para Gico Jr., que determina a estrutura conceitual à qual ele dá o nome de ciclo de litigância (“*litigation cycle*”),²⁰¹ que é uma função, talvez se possa dizer, daquilo a que o autor designa por certeza jurídica.²⁰²

A aplicação pelo Judiciário das leis e contratos no julgamento de conflitos permitiria aos indivíduos fazer predições a respeito do resultado dos conflitos, promovendo, então *ex ante* a cooperação. A possibilidade de os indivíduos predizerem o resultado dos julgamentos (isso, para Gico Jr., é a certeza jurídica) propiciaria, antes mesmo de um conflito ser levado ao Judiciário, a alocação de riscos por meio de contratos. Mas mesmo quando a alocação dos riscos não houver sido estipulada de antemão num contrato, a certeza jurídica permitiria *ex ante* que, na existência de um conflito, os indivíduos emulassem o resultado do julgamento do conflito (litígio), sem precisar, portanto, aceder ao Judiciário.²⁰³ Mesmo, portanto, que não tenha havido

¹⁹⁷ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.5. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

¹⁹⁸ Tradução livre. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.6. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

¹⁹⁹ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.6. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²⁰⁰ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.6-7. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²⁰¹ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.6-7. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²⁰² GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.8-9. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

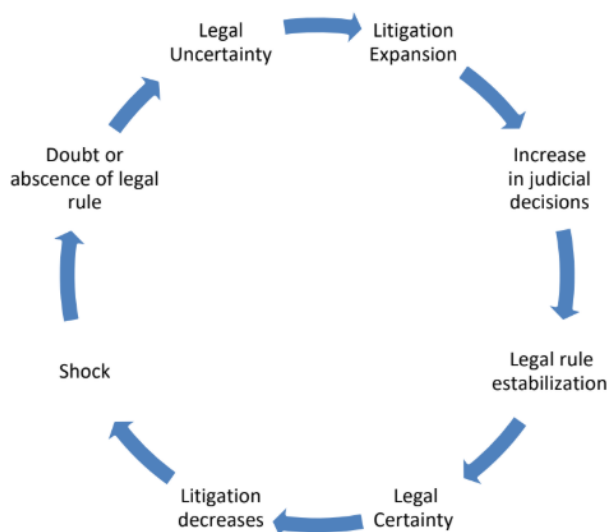
²⁰³ Convém mencionar que Gico Jr. vê também a certeza jurídica como uma função do número de regras: “*Of course, the law of a given society is the fruit of its experiences and values over time. The larger the number of legal rules accrued by a society and applied by the Judiciary, the greater the number of situations in*

acordo *ex ante*, a previsibilidade promoveria acordos *ex post*. E acordos, diz Gico Jr., por economizar os custos de administração de um sistema de adjudicação (*e.g.* tempo dos adjudicadores, energia elétrica de fóruns e tribunais, oitiva de testemunhas, perícia²⁰⁴), seriam mais eficientes que as soluções judiciais, caracterizadas pelo estipêndio de altos custos de administração.

O ciclo da litigância tem início quando a previsibilidade diminui. Para Gico Jr., como dito, a dinâmica das relações sociais (mudança na legislação, mudança de composição de um tribunal superior, mudança das condições socioeconômicas), ao criar situações que exijam novos posicionamentos do Judiciário (*external shocks*), promoveria incerteza jurídica. Os indivíduos, então, não podendo predizer com alguma certeza o resultado dos julgamentos, acederiam mais ao Judiciário, até o momento em que a nova posição judicial se firmasse – mesmo que no sentido de reafirmar a posição anterior. Com a volta da certeza jurídica, o número de litígios reduzir-se-ia novamente.

which agents can foresee the probable outcome of a particular conflict, if taken to the Judiciary, ergo, it is easier to allocate risk or enter into an out-of-court settlement. This legal certainty allows for long-term planning, better allocation of risks, discouragement of opportunistic behavior and, ultimately, cooperation." (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.8. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.) Escapa ao autor a possibilidade de essas regras conflitarem, o que reduziria a certeza jurídica. Mas mesmo que as regras não conflitassem explicitamente, se se pensar regras como informação, quanto mais regras, mais informação se deve consumir. E as capacidades dos indivíduos, nesse sentido, são limitadas. (JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.. A Behavioral Approach to Law and Economics, **Stanford Law Review**, v. 50, n. 1471, 1998, pp. 1476-1480. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2292029>. Acesso em: 21/06/2018). De resto, considerando que o tema de Gico Jr. é a "Tragédia do Judiciário" – isto é, a aplicação do paradigma da "Tragédia dos Comuns" –, deve-se dizer que a multiplicação de regras é um tema abordado por esse tipo de teoria. O espaço das regras (o espaço da regulação) pode ser pensado como um recurso comum, em cada ente com poder regrador a se apropriar desse espaço (se a edição de regras puder ser pensada como um exercício de poder, poder-se-á dizer que existem incentivos à sobre-regulação). E, no entanto – e aqui entra a ideia de incerteza jurídica –, essa multiplicação de regras pode promover uma "Tragédia dos Anticomuns" sobre as titularidades (direitos) dos destinatários delas, de vez que, é possível, atomizará por demais esses direitos e multiplicará poderes de vetos sobre a alocação dos recursos econômicos. Sobre o tema: "Os próprios fenômenos da burocracia e da sobre-regulamentação são geradores de efeitos de 'Anti-Baldios', e a simples hesitação na definição de critérios políticos -- por indolência, por inépcia, por 'captura' -- pode acabar por traduzir-se numa indiscriminada atribuição de prerrogativas de interferência em processos que de outro modo poderiam ter desfechos mais eficientes: no ambiente, na propriedade intelectual, no mercado da habitação, e em tantos outros -- tudo sob a marca comum do empolamento dos custos de transação a estrangular (quando devia descongestionar) a alternativa 'coaseana'." (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.176.)

²⁰⁴ Exemplos do presente texto, e não da literatura revisada.

Figura 4 – O ciclo da litigância

(Fonte: GICO JR., Ivo. The Tragedy [...]. **University Center of Brasilia Working Paper**, p.9.)

Tendo apresentado o ciclo da litigância, Ivo Gico Jr. parte para o tema dos incentivos. O autor questiona: que incentivos partes e juízes têm para criar certeza jurídica, responsável que é pela redução do número de litígios? No que concerne às partes, poucos. Certeza jurídica seria, pela óptica das partes, um efeito colateral do litígio. Seria uma externalidade positiva. Certeza jurídica não estaria no horizonte das partes ao decidirem litigar em juízo, uma vez que estas buscam apenas a maximização da própria utilidade.²⁰⁵ Quanto aos incentivos dos juízes, o autor posterga o argumento, deixando claro, de todo modo, que só haverá a produção de certeza jurídica se juízes e partes investirem seus recursos de maneira conjunta, aquelas, nos litígios; e estes, no estabelecimento de regras (*i.e.* certeza jurídica). Seguindo o argumento, Gico Jr. define os investimentos de partes e juízes, no que respeita à criação de regras, como “bens complementares”.²⁰⁶

²⁰⁵ Note-se que o argumento ficaria mais completo se Gico Jr. falasse em rivalidade e exclusão. As partes não possuem incentivos para investir em certeza jurídica porque não conseguem internalizar para si a externalidade positiva que criam para terceiros potenciais litigantes. Por quê? Porque certeza jurídica é um bem não rival e não excludente (características de bem público). Uma vez criada a certeza jurídica pela solução de um litígio, outros litigantes servir-se-ão dessa certeza (não rivalidade), sem que o litigante inicial (vitorioso no litígio que criou a certeza) possa cobrar deles o benefício dessa certeza (não exclusão).

²⁰⁶ Como o presente trabalho está a utilizar um texto em vias de elaboração de Gico Jr., é compreensível que o autor não tenha referido a fonte do conceito de bens complementares, de sorte que não é possível dizer que o autor se equivocou. De todo modo, a definição de bem complementar de que se vale Gico Jr., no ponto, parece não se adequar à definição de Mankiw, que estuda os bens complementares, não quando fala de fatores de produção (assunto do qual Gico Jr. está a tratar), mas quando apresenta os princípios da demanda. Bem complementar, para Mankiw, é o bem que geralmente é consumido em conjunto com outro (seu complemento). Dessa forma, se o preço de um bem cair, não só esse bem será mais demandado mais também o seu

3.1.2. O ordenamento como bem público e o Judiciário como recurso comum

Depois de apresentar um esquema próximo ao da seção 2.4 do presente trabalho, Gico Jr. qualifica o direito – o ordenamento jurídico – como bem público (bem não rival e não excludente). Para Gico Jr., contudo, de nada adiantaria um ordenamento jurídico sem um sistema de adjudicação (de *enforcement*), uma vez que a utilidade informacional de um ordenamento de direitos e deveres é precisamente indicar como o Estado se comportará quando uma disputa lhe for apresentada.²⁰⁷ No ponto, Gico Jr. novamente se vale do conceito de bem complementar: o ordenamento e o sistema de adjudicação seriam bens complementares um do outro.²⁰⁸ Se, porém, o ordenamento é um bem público, o Judiciário é um bem privado ou de clube. É fácil, afirma Gico Jr., excluir indivíduos do Judiciário, bastando para tanto *e.g.* cobrar taxas judiciais altas. O Judiciário tende ainda a ser um bem rival, a depender da taxa corrente de congestionamento, isto é, da fila de processos.²⁰⁹

Mas, se o Judiciário é excludente, por que não deixar o mercado regular o preço de ingresso? Para se evitar, segundo Gico Jr., a exclusão dos mais pobres, que possuem menos condição de pagar – e, portanto, de revelar as suas preferências nos mercados.²¹⁰ O resultado: políticas de acesso livre, a transformar um bem estruturalmente excludente (o Judiciário) em um bem não excludente, sem que escape ao autor a existência de uma contradição entre as

complemento. Tanto bens complementares são estudados sob a perspectiva da demanda que, na teoria da escolha ótima do consumidor, consideram-se os formatos das curvas dos substitutos e dos complementos perfeitos. (MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.68-69 e 420-422.)

²⁰⁷ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.21. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²⁰⁸ Aqui, parece apropriado o uso do conceito de bem complementar, já que, é possível dizer, a demanda pelo ordenamento positivado é diretamente proporcional à demanda pelo Judiciário e vice-versa. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.21. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²⁰⁹ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.21-22. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²¹⁰ Gico Jr. também define o Judiciário como bem de mérito (*merit good*), cujo provimento se deve dar com base em algum conceito de necessidade, e não com base na disposição a pagar. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.22-23. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.) A definição de bens de mérito de Black é: “*Goods or services whose consumption is believed to confer benefits on society as whole greater than those reflected in consumers’ own preferences for them. This implies that they have beneficial external effects, presumably by making the consumers better or more productive people. Merit goods are therefore sometimes subsidized by the government, and sometimes provided by charities. In some cases plausible mechanisms for beneficial externalities can be suggested: well educated people are more likely to be employed, and well housed people may be less likely to become criminals. In other cases, however, it is hard to think of any plausible mechanism by which such externalities could arise: how, for example, does watching grand opera make people better citizens.*” (BLACK, John. **A Dictionary of Economics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997, p.298.)

políticas de acesso livre ao Judiciário e a fruição do resultado dos litígios (decisões judiciais). Políticas de livre acesso, à maneira da “Tragédia dos Comuns”, criariam as condições para a sobre-exploração e para o congestionamento.²¹¹

É aí que Gico Jr. insere o problema do tempo nos litígios. E é aí que entram os incentivos dos juízes. Com o congestionamento do Judiciário, cada caso demorará mais a ser julgado, mas também cada caso será julgado de maneira mais superficial, o que, é provável, diminuirá a qualidade das decisões (aumentará os custos de erro esperados) e retirará, em última análise, a própria razão de ser de um Judiciário (inefetividade, “Tragédia do Judiciário”).²¹² Por outro lado, dado o congestionamento do Judiciário, segundo Gico Jr., é razoável esperar que juízes voltem seus esforços para a redução da pilha de processos, e não para a criação de regras (*i.e.* certeza jurídica), que, sob a perspectiva dos próprios juízes, é uma externalidade positiva – reduz a pilha de processos dos outros juízes, mas apenas marginalmente reduz a pilha de processos daquele que invista esforços na criação da regra. Chega-se, pois, ao principal desincentivo dos juízes para a produção de regras: redução da pilha de processos.²¹³ É, pois, com base nesse estado de coisas que Gico Jr. apregoa a necessidade de mecanismos de governança, como certeza jurídica, para a prevenção do sobreuso do Judiciário.²¹⁴

3.1.3. A (in)certeza jurídica e a decisão de litigar

Ao menos conceitualmente, poder-se-ia dizer, até este ponto, que a hipótese de Gico Jr. foi atacada como o autor prometera.²¹⁵ O autor, contudo, avança, propondo-se a demonstrar a maneira pela qual a falta de incentivos para que juízes uniformizem a interpretação da lei – um dos mecanismos de governança que o autor sugere – influencia a decisão de as partes acessar o Judiciário. Começa descrevendo o modelo econômico canônico de litígio. Quando um litigante

²¹¹ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.24-26. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²¹² GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.26. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²¹³ Rememorando os (des)incentivos: em teoria, custos de transação para uniformização das preferências (ao estilo de um cartel); na prática, no Brasil, preferências dissonantes (país heterogêneo); na teoria e na prática (Brasil), ausência de custos para as decisões revertidas; e, por último, em teoria, condutas voltadas à redução da pilha de processos (*case log*) e não à formação de regras.

²¹⁴ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.27. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²¹⁵ Rememorando: o próprio Judiciário e a falta de incentivos a juízes para a produção de certeza jurídica seriam causas do congestionamento.

decide acessar a Justiça, diz Gico Jr., toma uma decisão racional, sopesando custos e benefícios esperados, calculados que são pela multiplicação da probabilidade – dos custos e benefícios – pela respectiva magnitude – dos mesmos custos e benefícios, respectivamente. No que concerne à probabilidade, as partes saberiam, diz o autor, que haveria uma margem de erro na estimativa de sucesso no litígio (na causa).²¹⁶

Ocorre que a estimativa de sucesso não determina só a decisão de litigar, mas também de transigir antes do litígio (aqui estão os acordos *ex ante* e *ex post* de que falou o autor no início). Nessa linha, indica Gico Jr., como em qualquer cenário de troca voluntária, diz-se da existência de um espaço para uma barganha – assumindo-se que as partes são neutras ao risco – quando a oferta máxima que o réu esteja disposto a fazer iguale ou supere a proposta mínima que o autor esteja disposto a aceitar. O modelo econômico canônico de litígio toma ainda como premissa que o custo de um litígio é superior ao custo de se transigir.²¹⁷

Num mundo de total certeza jurídica, cogita Gico Jr., a tendência é que as partes transijam sempre, uma vez que estimariam o resultado do litígio de maneira espelhada – o autor aferiria a sua probabilidade de sucesso como p ; e o réu veria a sua probabilidade de insucesso também como p e vice-versa –, preferindo poupar, antes do ingresso no Judiciário, os custos do ingresso (advogados, custas e emolumentos, peritos, tempo), que costumeiramente são superiores que os custos de se transigir.²¹⁸ Sucede que esse mundo de total certeza jurídica não existe. Isso porque, na prática, o Judiciário não gera informação perfeita: i) a informação que é gerada nem sempre é compreendida pelo jurisdicionado; ii) existem informações privadas²¹⁹

²¹⁶ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.27. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²¹⁷ Mais adiante, Gico Jr. acrescenta os custos de transação ao seu modelo algébrico. Serão uma componente do valor de reserva tanto do autor quanto do réu. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.28-29. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²¹⁸ Convém notar que, no ponto, Gico Jr. faz afirmações empíricas sobre a previsibilidade dos sistemas judiciais americano e brasileiro – o dos EUA seria mais previsível –, apontando isso como causa para a maior taxa de acordos extrajudiciais dos EUA: “*As an example, looking at the Brazilian case, this first model may seem unrealistic, since the number of settlement in proposed actions seems to be much lower than the number of actions that go to trial after the investigation procedure (there is no public information in this regard). Nevertheless, in the US legal system, where there is more legal predictability, the judgment rate is substantially lower, with only 10% of the cases being initiated (see Priest 1987, 531, Bar-Gill 2006), that is more than 90% of the cases end in settlement (Ross 1980, 4), while cases discussing medical errors end in settlement 50% of the time even before reaching courts and about 40% are closed during the investigation, i.e. before the final judgment: less than 10% actually goes to trial (Danzon e Lillard 1983, 365).*” (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.28-29. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²¹⁹ Sobre a distinção entre informação privada e informação pública: “*One of the crucial factors affecting the economic value of information is its scarcity. At one extreme, a particular datum may be possessed by only a single individual (private information); at the other extreme, it may be known to everyone (public information). Publication is the conversion of information from private to public status. All dissemination, even*

(assimetria informativa); e iii) existe um problema de agência entre advogados e clientes, os primeiros a influenciar as decisões dos últimos em favor dos litígios, quer porque (os advogados) são otimistas quanto ao resultado que obterão em julgamentos quer porque obterão um ganho maior quando atuarem em juízo. Não havendo, portanto, na prática, certeza jurídica mas decisão em cenário de risco, o modelo matemático que daria conta da intenção das partes de litigar é o que segue:²²⁰

$$VR_A = P_A U_A - C_A + A_A \quad (\text{equação 1})$$

$$VR_R = P_R U_R + C_R - A_R \quad (\text{equação 2})$$

Em que VR_A é o valor de reserva²²¹ do autor e VR_R , o valor de reserva do réu; P_A e P_R , as probabilidades subjetivas de sucesso atribuídas por autor e réu, respectivamente, ao sucesso de cada qual no litígio;²²² U_A e U_R , as magnitudes das utilidades que autor e réu podem retirar do litígio, respectivamente (a do réu no geral sendo negativa, mas não necessariamente); C_A e C_R , os custos esperados de autor e réu, respectivamente, com o litígio (custas iniciais, honorários, perícia); e, por fim, A_A e A_R , os custos de transação de autor e réu, respectivamente, a atritar a barganha extrajudicial sobre o objeto do litígio.²²³ Considerando autor e réu agentes

confidential, communication to a single other person, involves some loss of privacy and thus of any value attaching thereto. (It would be possible to transmit purely private information only if a technology were to emerge whereby forgetting could be reliably effectuated. Then, for a price, I might give yo some news while arranging to forget it myself!)

“Public versus private possession of information must not be confused with quite another point, how narrow or widespread is the relevance of a bit of news. Whether or not there is oil under my land is of special private relevance to me, but discovery of a cheaper oil-extraction process may affect almost everyone.” (BIKHCHANDANI, Sushil; HIRSHLEIFER, Jack; RILEY, John G. **The Analytics of Uncertainty and Information**. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013, p.171.)

²²⁰ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.29. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²²¹ O valor de reserva do autor é a oferta mínima que está disposto a aceitar. O do réu, a oferta máxima que está disposto a fazer.

²²² Note-se que as probabilidades não precisam ser complementares (se o fossem, aliás, o modelo não geraria litígios, mas acordos sempre). Tanto autor quanto réu podem estimar, pelas mais diferentes razões, que as suas chances de sucesso no litígio são de 100%.

²²³ Note-se que, no valor de reserva do autor, descontam-se, da sua utilidade esperada, os custos esperados e acrescem-se os custos de transação; ao passo que, no valor de reserva do réu se dá o contrário: a utilidade do litígio (o que, no geral, o réu espera perder, mas não necessariamente) é acrescida das custas e diminuída dos custos de transação. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.28-30. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

racionais, afirma Gico Jr.,²²⁴ a condição fundamental para a existência de um litígio é $VR_A > VR_R$.²²⁵ Com a realização das devidas substituições:

$$P_A U_A - C_A + A_A > P_R U_R + C_R - A_R \quad (\text{inequação 3})$$

Como o valor da causa é o mesmo, isto é, presumindo-se que $U_A = U_R$, é possível isolar a utilidade e se ter a condição fundamental de litígio como:²²⁶

$$(P_A - P_R)U > (C_R + C_A) - (A_R + A_A) \quad (\text{inequação 4})$$

Dizendo com Gico Jr., as implicações que se pode tirar do modelo são: i) quanto maior o valor da causa, *i.e.* o retorno do litígio (U), maior a probabilidade de um litígio; ii) a probabilidade de um litígio é uma função crescente da distância entre as estimativas subjetivas de autor e réu ($P_A - P_R$); iii) quanto menores os custos de se transigir ($A_R + A_A$) e quanto maiores os custos do litígio ($C_R + C_A$), menor a probabilidade de um litígio, isto é, maior a probabilidade de um acordo extrajudicial.²²⁷

O modelo permite a Gico Jr. voltar ao ciclo da litigância, concluindo que subinvestimentos em certeza jurídica esticariam a lacuna (*gap*) entre as probabilidades subjetivas de autor e réu – a incrementar o retorno esperado dos litígios –, o que, por sua vez, aumentaria o número de litígios. Os casos-limite, diz o autor, possuiriam as seguintes configurações: i) se houver certeza jurídica, assumindo-se a ausência de informações privadas, $P_A = P_R$, ou seja, sempre ocorreriam acordos; se ii), contudo, a aplicação do direito se der de maneira completamente aleatória, a estimação de P_A e P_R tornar-se-á impossível, passando-se, portanto, de uma situação de risco para uma situação de incerteza – *i.e.* litigar deixaria de ser

²²⁴ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.30. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²²⁵ Rememorando: sendo os valores de reserva as ofertas máxima do réu e mínima (aceitável) pelo autor, não se tem espaço para uma barganha quando o máximo que o réu esteja disposto a oferecer for inferior ao mínimo que o autor esteja disposto a aceitar.

²²⁶ Esses modelos também podem ser encontrados em Posner, que trabalha primeiro com a premissa de que há identidade entre os custos do litígio ($C_R = C_A$) de autor e réu e os custos de transação ($A_R = A_A$) entre autor e réu, relaxando o autor, na sequência, essas premissas. (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.764-765.)

²²⁷ Está-se a trabalhar com as premissas de neutralidade ao risco e de indiferença às perdas (ausência da heurística de aversão à perda). E, ainda como premissa, na utilidade das partes, não se estão a incluir benefícios e custos reputacionais. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.30. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

uma tomada de decisão num cenário de risco e passaria a ser uma tomada de decisão num cenário de incerteza, em que não é possível se estimar a probabilidade de eventos futuros.²²⁸

A partir dessas ideias, Gico Jr. reintroduz a lógica do ciclo da litigância. Como a probabilidade de um litígio cresce conforme aumente a distância entre as estimações subjetivas de autor e réu, na presença de incerteza jurídica, é de se esperar que o número de litígios aumente.²²⁹ E a tendência se reforçaria com a introdução, nesse raciocínio, da ideia de não exclusão: políticas públicas de acesso livre ao Judiciário – custeadas com dinheiro público, isto é, subsidiadas pelo poder público –, quais sejam: assistência jurídica gratuita, criação de Juizados Especiais, provimento de Defensores Públicos. Esses fatores mexeriam no lado direito da inequação (C_R e C_A), barateando a litigância. E, quanto mais barata a litigância, tanto mais litígios e tanto menos acordos extrajudiciais.²³⁰

3.1.4. O congestionamento da Justiça e o conceito de valor presente

A soma das políticas de livre acesso com a inexistência de incentivos, dirigidos aos juízes, à promoção de certeza jurídica, segundo Gico Jr., assemelhar-se-ia a um controle de preços abaixo do preço de equilíbrio nos mercados competitivos. O resultado: filas, isto é, demora nos julgamentos, a impor custos de oportunidade aos litigantes (espera, fruição postergada das utilidades geradas pelo Judiciário).²³¹ Mas desse arranjo de coisas decorreriam ainda outras duas consequências, mais perniciosas, conforme Gico Jr.: i) a seleção adversa dos

²²⁸ O autor diz também que a incerteza jurídica afeta a capacidade de as partes estimarem o resultado dos litígios, a variável U . Aqui, contudo, parece que, na terminologia *knightiana*, ter-se-ia ignorância radical, e não incerteza. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.31-32. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²²⁹ O que garante, no entanto, que na presença de incerteza jurídica, o *gap* entre P_A e P_R aumentará em todo e qualquer caso? Sem poder estimar as chances de sucesso no litígio, réu e autor não poderiam ficar pessimistas, aquele aumentando o preço de reserva da proposta e este, reduzindo? Embora o argumento não esteja próximo no texto, parece possível dizer que a resposta, para Gico Jr., está no viés do otimismo irrealista, lançado como hipótese linhas antes. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.31-32. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.) Mas será que não poderia haver um reforço da aversão à perda, ao menos com efeito compensatório? O argumento aqui, é óbvio, é empírico e dependeria de pesquisa empírica. Uma última questão conceitual que se poderia levantar é: não estariam a cair numa contradição insuperável os textos que formulam modelos de risco e mesmo de incerteza quando fazem considerações psicológicas ou comportamentais sobre otimismo? Não estariam eles a violar a doutrina de Harsanyi a respeito dos *priors*?

²³⁰ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.32-33. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²³¹ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 33. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

litigantes e ii) a conversão do Judiciário numa “caricatura jurídica”.²³² É, pois, nesse ponto que, enfim, o autor introduz a ideia de valor presente: a demora do Judiciário reduziria o valor presente de uma demanda e, dessa maneira, o retorno esperado do litígio. Com a assinalação de uma taxa de desconto ao retorno dos litígios (a variável U), o modelo da inequação 4 ficaria do seguinte modo:²³³

$$(P_A - P_R)U / (1+r)^t > (C_R + C_A) - (A_R + A_A) \quad (\text{inequação 5})^{234}$$

em que r representa a taxa de desconto por período e t o número de períodos (“entre o ajuizamento da ação e o seu julgamento”).²³⁵

A primeira conclusão, segundo Gico Jr., que o modelo, assim adaptado, permite é: a demora no julgamento reduz a probabilidade de litígio (quanto maior o t, menor o U; e, como visto acima, quanto menor o U, mantendo-se a premissa de neutralidade ao risco e inexistência do viés de aversão à perda, menor a probabilidade de litígio), o que, por via de consequência, significa aumento da probabilidade de acordo extrajudicial. Ou seja, um Judiciário veloz tende a ser mais demandado, ao passo que um Judiciário lento tende a ser menos demandado.

Acontece que, com o aumento da demanda pelo Judiciário, criam-se filas de casos, a reduzir o valor presente dos litígios e, portanto, a reduzir a demanda pelo Judiciário. Tem-se aí, seguindo o raciocínio de Gico Jr., um efeito compensatório entre as mudanças no tempo de resolução dos casos e o número de litígios levados ao Judiciário. Segue-se que, em cada jurisdição, surgiria um equilíbrio no congestionamento.²³⁶ A existência de um equilíbrio,

²³² Tradução livre de “*mockery of the law*”. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 33. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²³³ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 34. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²³⁴ O lado esquerdo da inequação passou a ser dividido por $(1+r)^t$

²³⁵ Aqui, s.m.j., há um erro conceitual, do qual se tratará melhor adiante. Para chegar à inequação 4, Gico Jr. igualou as utilidades de autor e réu (o que o presente trabalho chamou de valor da causa). Contudo, se se quer colocar a ideia de valor presente na condição fundamental de litigância, não se pode realizar essa operação. Ou melhor, até se pode, mas dever-se-ia jogar o $(1+r)^t$ tanto no denominador quanto no numerador do lado direito, o que anularia a operação. Se autor e réu atribuem a mesma utilidade ao resultado do litígio e se possuem a mesma taxa de desconto, o decréscimo de valor presente na utilidade do réu é acréscimo de valor presente na utilidade do autor. O que é isso? Custo privado, e não custo social. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 34. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²³⁶ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 35. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

contudo, não significaria impossibilidade de mudança.²³⁷ Com o apontamento de que existe um equilíbrio, Gico Jr. quer apenas deixar claro que qualquer reforma jurídica destinada ao incremento do tempo de resolução dos litígios será contrabalanceada por um efeito compensatório na demanda (sempre haveria um efeito compensatório, nas palavras do autor).²³⁸

Seguindo o argumento, a ideia de efeito compensatório pode ser estendida para o direito material. Se, por um lado, o subsídio aos litígios (as políticas de livre acesso) pode(m) ser pensado(as) como incremento da cidadania, por outro, subsidiar-se os litígios leva ao congestionamento do Judiciário, o que, como visto, reduz o valor presente do retorno dos litígios, isto é, “o valor real dos direitos [materiais]”.²³⁹ E é a partir desse ponto de vista que Gico Jr. cogita a possibilidade de seleção adversa no acesso ao Judiciário. Com a queda do valor presente dos direitos, deixará de ser interessante aos detentores de direitos legítimos acessar o Judiciário. Sê-lo-á, contudo, àqueles que queiram escapar estrategicamente ao cumprimento de suas obrigações, a morosidade judicial sendo, para estes, um elemento que passará a ser considerado na tomada de decisão de litigar (ou não).²⁴⁰

Gico Jr. conclui considerando a ocasional efetividade de uma taxa legal (judicial) de juros para compensar – ou ao menos reduzir – a taxa de desconto decorrente da demora do Judiciário.²⁴¹ Esse efeito de compensação dependeria, é claro, da dimensão da taxa legal de juros. Caso ela igualasse a taxa de desconto da demora, o problema da seleção adversa seria, em tese, eliminado. O problema é dimensionar o valor dessa taxa.²⁴² O que, enfim, permite ao autor voltar ao seu argumento inicial: a melhor estratégia²⁴³ para se tratar o problema da

²³⁷ A intensidade das mudanças dependeria da maneira pela qual a reforma jurídica alterasse as variáveis da inequação 5. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 37. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²³⁸ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 35. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²³⁹ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 37. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²⁴⁰ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 38. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²⁴¹ Tal taxa deixaria o denominador do lado esquerdo da inequação 4 deste modo: $(1+r_m-r_j)^t$, em que r_m seria a taxa de mercado (o r mesmo da inequação 4) e r_j , a taxa de juros a ser imposta pelo Judiciário para compensar a taxa de mercado, *i.e.*, o decréscimo no valor presente dos direitos pela demora judicial. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 38. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²⁴² O problema das taxas de desconto é o mesmo do valor subjetivo. Como determinar, externamente, as taxas de desconto de indivíduos com preferências temporais distintas?

²⁴³ O argumento de Gico Jr. é assim mesmo: incompleto no ponto. Não fica clara a razão pela qual uma taxa de juros é menos efetiva que a promoção de certeza jurídica.

“Tragédia do Judiciário” são investimentos em certeza jurídica, sobretudo em sistemas jurídicos que tenham optado por ampliar o acesso à Justiça (inequação 4 e sua relação com a lógica do ciclo da litigância), isto é, tornar o Judiciário um bem não excludente.²⁴⁴

3.2. SHAVELL, AS EXTERNALIDADES E AS UTILIDADES DA JUSTIÇA

3.2.1. As externalidades dos litígios

Para Shavell, haveria uma dissonância entre os incentivos privados e sociais à promoção de litígios, atribuíveis a duas externalidades, uma negativa e uma positiva. Em primeiro lugar, quando alguém ajuíza uma ação, tem em vista apenas o retorno privado que possa retirar da ação, não tomando em conta os custos que a sua ação impõe a terceiros, como i) o gasto de tempo da parte contrária e dos juízes; ii) os custos de administração da Justiça (custeada que é por impostos, pagos por toda a coletividade); e iii) os investimentos da parte contrária para se sair vitoriosa no litígio. Em segundo lugar, quando alguém ajuíza uma ação, não leva em conta os efeitos que a sua ação pode, em direção ao futuro, produzir sobre o ordenamento (produção de incentivos, como regras e, em razão disso, evitação de danos futuros, bem como a exposição pública do causador de um dano).²⁴⁵ Como decorrência dessa dupla dissonância, poderia haver tanto litígios em excesso – se os custos das ações impostos a terceiros ficarem aquém dos

²⁴⁴ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 38-39. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

²⁴⁵ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.575-578. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

benefícios públicos que elas podem gerar – como litígios em falta – se os benefícios públicos das ações²⁴⁶ superarem os custos que elas impõem a terceiros.²⁴⁷

Para se entender o raciocínio, tome-se o seguinte exemplo, também de Shavell: quando uma pessoa é lesada em \$1,000, essa pessoa ajuizará uma ação sempre que o seu custo privado for inferior a \$1,000. Imagine-se que seja de \$300. Supondo-se que essa pessoa prevalecerá com 100% de certeza na ação, a tendência será o ajuizamento da ação: o benefício privado esperado é de \$700. No entanto, como dito, existem outros custos: aqueles incorridos pelo Estado – custeado pelos impostos da coletividade – e aqueles incorridos pela parte adversa, causadora da lesão. Shavell toma como premissas que os primeiros equivalem a \$100, e os segundos, a \$200. Se se supuser que o dano é certo (100% de chance de ocorrer) e que não existe qualquer precaução que o causador (réu) possa tomar para evitá-lo, raciocina Shavell, deve-se concluir que o ajuizamento da ação, nesse caso, é algo socialmente indesejável, uma vez que, com o ajuizamento da ação, a riqueza da coletividade diminuirá \$1,600 (\$1,000 + \$300 + \$200 + \$100), ao passo que, sem a ação, diminuiria apenas \$1,000.²⁴⁸

²⁴⁶ Cumpre notar, desde logo, que Shavell, ainda que reconheça essa dissonância de benefícios e custos privados e públicos, mostra-se um tanto cético quanto à capacidade real de os litígios promoverem dissuasão, ao menos quando eles possam ser resolvidos por acordo. Se os litígios puderem ser resolvidos por acordo, poder-se-ia promover dissuasão de maneira mais eficiente pelo sistema tributário, cobrando-se tributo dos causadores de dano. De resto, Shavell diminui a importância *ex ante* dos incentivos produzidos pelo julgamento dos litígios, já que, não raro, o julgamento dos litígios implica a atribuição de culpa a lesadores que, antes do litígio, não estavam certos se a culpa lhes cabia ou não; e ainda, mesmo que o julgamento dos litígios produza informações mais acuradas sobre a magnitude dos danos do lesado, se antes do julgamento o lesador não pudesse antecipar essa magnitude – se ela só pudesse vir a ser produzida com o julgamento –, o julgamento não produziria incentivo *ex ante*. Shavell conclui dizendo que os julgamentos, sim, podem produzir dissuasão, mas não há uma relação necessária entre as duas coisas.

Mais à frente, o presente trabalho debaterá com mais cuidado os modelos de Shavell e de Gico Jr. De pronto, em todo caso, parece possível dizer que i) ou o ceticismo de Shavell é epistemológico: o autor é pessimista acerca da possibilidade de normas gerais e abstratas regularem comportamentos específicos, independente da fonte (Legislativo, Judiciário); ii) ou o ceticismo de Shavell acerca da possibilidade de o julgamento dos litígios produzir dissuasão se deve ao fato de Shavell não discernir dissuasão geral de específica (prevenção geral de específica, na linguagem do direito penal, em especial da teoria da pena), isto é, dissuasão dos destinatários futuros do julgamento em oposição à dissuasão das partes envolvidas no litígio, que, é claro, não se pode voltar para o comportamento praticado antes do litígio, mas, ainda assim, pode-se voltar para os comportamentos que as partes adotarão depois do litígio. (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.602-603. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

²⁴⁷ Com base nisso, vale referir, Shavell propõe que os causadores de dano devem pagar não só pelo dano que causam na esfera material mas também uma taxa equivalente a todos os custos do litígio (uso do Judiciário, tempo da parte contrária). A prescrição é corretiva. A sua validade e os seus efeitos, contudo, fogem ao escopo do presente trabalho. (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.575-578. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

²⁴⁸ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.581-583. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

Imagine-se, entretanto, que haja algo que os causadores possam fazer para evitar a lesão (tomada de precaução). Mesmo nesse caso é possível que a promoção de um litígio seja indesejável. Pense-se, nesse sentido, que, se os causadores de lesão despendem \$150 em precaução, reduzirão a chance de lesão (que era certa) de 100% para 75% (*i.e.* redução de 25% na probabilidade de dano). Ora, a se manterem as premissas do parágrafo anterior, na esfera material, sob o ponto de vista da coletividade, essa tomada de precaução é desejável. Com um gasto de \$150, pode-se reduzir a expectativa de dano em \$250 (25% de \$1,000).

Suponha-se, porém, que essa precaução não seja tomada espontaneamente, isto é, que não exista nenhum outro incentivo privado para que os causadores de dano tomem-na senão a possibilidade de condenação em ações judiciais. Sob a perspectiva privada dos causadores de dano, será que o ajuizamento de uma ação judicial lhes imporá a tomada de precaução ou ser-lhes-á melhor continuar a causar o dano 100% das vezes, indenizando os lesados em juízo (\cong dano eficiente)? Se não tomarem a precaução – se não gastarem \$150 –, terão de, 100% das vezes, gastar em juízo \$1,200 (= indenização, de \$1,000, mais custo privado do litígio, de \$200). Se tomarem-na, por outro lado, gastarão com ela os \$150, reduzindo, porém, a sua chance de condenação de 100% para 75% (*i.e.* $0,75 \times \$1,200 + 150 = \$1,050$), o que lhes será benéfico ($\$1,050 < \$1,200$). A ação, portanto, produz o incentivo privado desejado sobre os causadores de dano.²⁴⁹

O que interessa, contudo, é o custo social. Melhor dizendo, o que importa saber é se, com o acréscimo dos custos sociais do litígio – saindo-se da esfera material –, o ajuizamento de uma ação é algo socialmente desejável. E aqui a resposta é: não. Por quê? Porque os custos esperados do litígio são de 75% x 1,600, *i.e.* \$1,200. Somando-se a isso os \$150 gastos na precaução (na esfera material), deve-se concluir que os custos sociais totais (do litígio e da

²⁴⁹ Shavell estuda o incentivo do réu pela via reflexa, isto é, pelo quanto a tomada de precaução (\$150) reduz a sua chance de condenação em juízo (25% x \$1,200). Na prática, chega à mesma conclusão, mas por um caminho distinto. Segue o raciocínio completo do autor: “*What is the conclusion, however, if there is a positive deterrent associated with suit and suit induces an economically ‘efficient’ precaution? To show that the level of suit still may be socially excessive when this is so, modify the example by assuming that the likelihood of harm will be reduced from a certainty to 75 percent by a precautionary expenditure of \$150; thus, the precaution brings about a 25 percent reduction in the probability of harm. Note that the precautionary expenditure is socially worthwhile, or economically efficient, because its \$150 cost is less than the expected reduction in harm that it accomplishes, namely, 25 percent x \$1,000 = \$250. In this case, the possibility that suit will be brought will have an effect on injurers. They will be led to spend the \$150 on the precaution: whenever an accident occurs, they will bear expenses of \$1,200, which is their judgment plus litigation defense costs, and the expected reduction in these costs will be 25 percent x \$1,200 = \$300, which exceeds \$150 [...]*” (SHAVELL, Steven. *The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. Journal of Legal Studies*, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.583. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

esfera material) serão de \$1,350. Se nenhuma ação for ajuizada, porém, os custos sociais serão de apenas \$1,000, correspondentes ao valor do dano.²⁵⁰

Resta evidente que, se se alterarem as dimensões das variáveis – *e.g.*, se a tomada de precaução reduzir a probabilidade de dano de 100% para 50% –, existirão casos em que o ajuizamento da ação será desejável. Por essa linha de raciocínio, a depender das dimensões dessas variáveis, é de se concluir, como dito, que o montante dos litígios pode ficar além ou aquém do ótimo social,²⁵¹ ou seja, pode haver ações desejáveis do ponto de vista social que, pelo custo privado, não sejam levadas a juízo e ações indesejáveis que, mesmo que indesejáveis, cheguem ao Judiciário.²⁵² Shavell concluirá mais adiante que, na esfera material, o nível de precaução de causadores de dano tende a ser inadequado porque, via de regra, na esfera processual, eles não têm de pagar pelas externalidades que o litígio causa. Primeiro, porque o aparato público de Justiça é subsidiado, ou seja, as taxas judiciárias pagas pelos litigantes para utilizar a Justiça não representam a totalidade dos custos de administração desta (salário dos juízes e servidores, aluguel dos prédios em que funcionam os fóruns e tribunais, energia elétrica). Segundo, porque os custos que a parte adversa realiza com o litígio (tempo, honorários) não são reembolsáveis – não ao menos em sua inteireza. Uma regra que assim obrigasse – que injungisse a internalização das externalidades do litígio –, diz Shavell, seria eficiente.^{253 254}

²⁵⁰ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.582-583. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

²⁵¹ No exemplo narrado até aqui, imagine-se que a tomada de precaução reduzisse a chance de dano para apenas 10% e que o custo privado do lesado fosse de \$1,100. Nesse caso, não haveria o ajuizamento de uma ação (\$1,100 > 1,000), embora fosse ela desejável socialmente (reduziria os custos sociais totais para \$240, bem inferiores ao valor do dano, de \$1,000).

²⁵² SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.586 e 583-584. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

²⁵³ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.586 e 588-591. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

²⁵⁴ O modelo de Shavell será examinado com mais cuidado na sequência. Acrescer-se-ão adiante as hipóteses de externalidades bilaterais e a variável dos custos de erro para se demonstrar que as conclusões de Shavell só se sustentam se se partir exatamente das premissas das quais o autor parte. Mais que isso, o modelo não tem serventia se aplicado a situações de incerteza ou ignorância radical.

3.2.2. As utilidades dos litígios

Mas existiriam outras utilidades, individuais e coletivas, do litígio distintas da dissuasão (*i.e.* distintas dos incentivos à evitação de danos na esfera material)? Se sim, seriam elas razões para o Estado subsidiar os litígios? Fazendo referência à doutrina americana, Shavell indica, inicialmente, como potenciais objetivos dos litígios: i) a compensação dos lesados (vítimas); ii) a amplificação da lei; iii) a participação nos processos; iv) a evitação da justiça de mão-própria; v) e a evitação de comportamentos antissociais.²⁵⁵ Shavell retomará a listagem dessas utilidades quando comparar as vantagens dos acordos em face dos litígios, valendo adiantar que, para o autor, se o norte da coletividade for a eficiência econômica, nenhuma das utilidades justifica subsidiarem-se os litígios. Shavell sempre indica uma alternativa mais eficiente.

Quanto i) à compensação das vítimas, Shavell diz que, mesmo que se a inclua como uma das metas dos litígios, a compensação das vítimas é mais barata quando realizada por um sistema de seguros que pelo Judiciário, não sendo, pois, razão para se subsidiar litígios.²⁵⁶

Por outro lado, no que concerne ii) à amplificação da lei – *i.e.* afirmação de precedentes por meio da interpretação judicial das leis –, Shavell reconhece a importância dessa utilidade, sobretudo nas áreas em que o direito esteja em constante mudança, ressaltando, contudo, que,

²⁵⁵ Mais adiante, cuidando dos casos criminais, Shavell diz que a divergência entre custos e benefícios privados e públicos explica por que a coletividade não se pode fiar exclusivamente em ações penais privadas: o interesse privado de se processar alguém criminalmente, no geral, diz com o bem-estar privado de se ver o infrator punido. O benefício não é monetário, pois a tanto serve o direito civil, em especial o da responsabilidade civil. Mais que isso, segundo Shavell, não se pode desconsiderar que boa parte dos criminosos têm pouco patrimônio – ou melhor, poucos ativos – para fazer frente aos danos que causam, o que reduz ainda mais os incentivos privados da persecução criminal.

Os benefícios sociais, contudo, de se processar e punir criminalmente os infratores criminais tendem a ser muito maiores que os benefícios privados. Entre eles, explica Shavell, estão a dissuasão (novamente) e a incapacitação dos infratores para o cometimento de infrações futuras. Como não bastasse, segue Shavell, se se deixasse na mão dos privados a persecução criminal, os infratores ver-se-iam incentivados a adotar atos de ameaça e violência a fim de prevenir a persecução privada.

O que se tem aqui, como se pode notar, é a recondução dos benefícios sociais da persecução criminal aos benefícios indicados acima: dissuasão (prevenção geral e específica, na linguagem do direito penal) e evitação de comportamentos antissociais. (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.586 e 594-597 e 600. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

²⁵⁶ Na nota-de-rodapé 37 da página 594, Shavell diz que, para cada dólar pago às vítimas de danos, gasta-se na média um dólar no Judiciário (“*through the tort system*”), ao passo que, para se compensar o mesmo dólar por meio de um sistema de seguros, o gasto médio é de vinte centavos de dólar. (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.594, 1997, p.586 e 588-591. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.) Desconsiderando-se um sistema de seguros, no entanto, as conclusões do autor sobre a necessidade de internalização das externalidades persistem (o causador do dano deve pagar não só o dano, mas também, ao Estado, uma taxa correspondente à soma do custo de oportunidade do lesado com o custo de se movimentar a máquina judiciária).

quer porque muitos casos são resolvidos por acordo extrajudicial, quer porque muitos outros nada trazem de novo em matéria de interpretação, uma grande parte dos casos não promove mudanças jurídicas, sendo então contestável a importância desse objetivo pela óptica da coletividade.²⁵⁷

Já tratando da iii) possibilidade de as partes retirarem utilidade da participação nos procedimentos legais, Shavell afirma que dificilmente se pode considerar isso como uma razão para o Estado subsidiar os litígios, já que, quando decidem entre litigar ou fazer um acordo extrajudicial, as partes consideram todos os benefícios que poderão retirar dos litígios. Ou seja, se uma parte optar por um acordo extrajudicial, já estará incluindo no valor do acordo o benefício da participação processual.

Dando sequência, no que toca aos objetivos de iv) evitar a justiça-de-mão própria e v) evitar atitudes antissociais, Shavell reconhece que, em teoria, permitir aos lesados acionar em juízo os causadores de dano é algo capaz de evitar vinganças privadas e incrementar o respeito às leis e às instituições.²⁵⁸ No entanto, pergunta Shavell, retirando-se o subsídio público dos litígios, o quanto de justiça-de-mão-própria, de vingança privada haveria? Shavell reduz a importância dos objetivos em estudo dizendo que, na ausência de litígios institucionalizados, o incentivo à condutas antissociais seria contrabalançado: a) pelo fato de os indivíduos possuírem, com frequência seguros contra danos – valendo lembrar a adesão obrigatória a uma série de seguros públicos –; e b) pela persecução criminal do Estado aos atos mais graves, justamente aqueles que fazem despertar um maior desejo de vingança.²⁵⁹ Tanto assim, exemplifica Shavell, que as jurisdições, nas quais não há a possibilidade de se processar o causador dos danos por acidentes automobilísticos – a compensação se dando somente via seguros –, não experimentaram grandes problemas de vinganças privadas e atitudes antissociais.²⁶⁰

²⁵⁷ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.586 e 595-596. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

²⁵⁸ Literalmente: “Two final, and oft-asserted, goals of suit are to avert individuals from engaging in self-help and to avoid the development of undesirable social attitudes. Allowing parties to sue makes it unlikely that they will resort to socially destructive forms of self-help against injurers; and because suit means that victims’ grievances will not fester unsatisfied, victims of harm will not develop attitudes of disrespect for the law and government generally, which can have real and negative repercussions for society. To the extent that these benefits of suit are important, more suit than otherwise becomes socially valuable.” (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.586 e 595-596. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

²⁵⁹ Esse argumento, como se vê, é empírico e depende das configurações de cada jurisdição nacional. Com os olhos voltados para a jurisdição brasileira, o presente trabalho questionará, na sequência, a validade desse argumento,

²⁶⁰ Textualmente: “But how much self-help would there really be, and would significant antisocial attitudes in fact be likely to emerge, in the absence of the opportunity sue? A victim’s desire for self-help seems

Como se disse, porém, os apontamentos de Shavell com relação aos benefícios dos litígios não ficam por aí. Quando aplica a divergência entre os custos e benefícios sociais e individuais aos acordos (acordos *vs.* litígios judiciais), Shavell, com os olhos voltados para o caso americano, cogita de outras utilidades dos litígios, a saber: vi) a exposição pública dos riscos de produtos e serviços e dos causadores de dano; vii) a proteção de partes que poderiam ser ludibriadas em acordos; e viii) a validação de normas sociais.²⁶¹

Se as partes de um conflito optam por acordar em lugar de litigar, clausulando confidencialidade sobre o objeto do conflito, diz o autor, informações importantes acerca, por exemplo, dos danos que um produto pode causar (vi) não virão à tona.²⁶² Shavell sugere, no entanto, que, em lugar de litígios, regras a determinar a revelação de certas informações contidas nos acordos poderiam dar melhor resultado. A próxima utilidade coletiva (vii) de que Shavell cogita parte de um argumento paternalista: litígios resolvidos pelo Judiciário evitariam o engano, nos acordos, de pessoas com menos condições socioeconômicas (e dos advogados delas).²⁶³ Os litígios, nesse sentido, seriam fiscalizados pelos juízes, o mesmo não acontecendo com os acordos extrajudiciais. Shavell reconhece a importância disso – sobremaneira no que respeita à garantia da qualidade paretiana dos acordos e de sua real capacidade de gerar bem-estar –, sem deixar de apontar, contudo, que apenas se se puder concluir que, na prática, pessoas com menos condições são sistematicamente enganadas é que o subsídio dos litígios valerá a

to be mitigated by two factors. First, because individuals are often insured against loss (and are sometimes provided with social insurance), they already receive compensation for losses and thus would not need to engage in self-help to obtain recompense in the absence of the ability to sue. Second, because the state is able to prosecute injurers criminally, the types of actions that are likely to provoke a strong desire for punishment frequently do result in punishment; the inability to bring an action for civil damages would not alter this fact. Additionally, where victims' ability to sue has been eliminated, for instance, in the area of workplace accidents and in jurisdictions with no-fault automobile accident statutes, we have not experienced notable problems of self-help. These examples suggest that inability to sue does not necessarily spawn antisocial attitudes toward the legal system." (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.596-597. Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

²⁶¹ Deixa-se de repetir aqui o benefício do desenvolvimento do direito (*development of law*), uma vez que o raciocínio é o mesmo do benefício de amplificação da lei, mencionado linhas acima. (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.604-608. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

²⁶² Shavell não deixa, note-se bem, de sugerir uma medida corretiva: "*However, perhaps allowing settlement but mandating disclosure of certain facts about the dispute and the settlement terms would serve the social purpose.*" (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.605. Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

²⁶³ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.605-606. Disponível em:

<https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

pena. Por fim, Shavell não descarta a possibilidade de (viii) os litígios servirem à validação das normas sociais. Reconhece, de início, que a validação de normas sociais pode ser um benefício social dos litígios, a constituir, portanto, uma razão para se os subsidiar, não se podendo, contudo, desconsiderar o baixo potencial dos litígios – das decisões dos litígios – de incutir moralidade nos indivíduos, sobretudo se se comparar julgamentos a outros meios de propagação de normas sociais, como pais, escolas, igrejas. De resto, mesmo que se reconheça a função dos julgamentos na validação de normas sociais, essa função poderia ser desempenhada pela publicação das decisões de uns poucos casos.²⁶⁴

Como se vê, Shavell contrabalança todos os benefícios sociais dos litígios quer com considerações normativas a respeito de métodos mais baratos de promoção de incentivos quer com hipóteses conceituais sobre a real validade dos tais benefícios dos litígios. Não é por outra razão que Shavell conclui afirmando que a razão para a existência de um Judiciário é, paradoxalmente, não se ter litígios. O Judiciário, no que concerne à confrontação entre acordos e litígios, consistiria na ameaça (do uso da força) necessária a que os litigantes firmassem acordos, mais eficientes, porque poupam uma série de custos dos litígios.²⁶⁵

3.3. OS PRODUTOS DA JUSTIÇA PARA A AED: ADJUDICAÇÃO E REGRAS

Na Introdução do presente trabalho, presumiu-se, a partir da palestra de Araújo sobre o ponto ótimo de adjudicação pública,²⁶⁶ que os bens fornecidos pela Justiça são a adjudicação de conflitos e a produção de regras de conduta (precedentes, jurisprudência). Mas é só isso

²⁶⁴ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.606. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

²⁶⁵ “To this point, although a number of reasons why trial may be socially beneficial have been mentioned, the thrust of the analysis and discussion has been that the social value of trial is, on reflection, weaker than might otherwise appear. What then can be said to be the main social justification for the institution of trials? It seems that the most important justification for society’s having established the legal apparatus for the holding of trials is, paradoxically, not actually to have trials occur. Rather, it is to provide victims with the threat necessary to induce settlements. As has been explained, settlement payments, together with appropriate taxes imposed on injurers (and, perhaps, ancillary policies like forcing disclosure of settlement terms), can achieve much desirable channeling of behavior, often making trial itself of marginal social value, of lesser value than its social cost.” (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.606-607. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

²⁶⁶ ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem “adjudicação”. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.

mesmo? Tendo-se examinado, com Gico Jr. e com Shavell, as motivações das partes para se dirigirem à Justiça e as externalidades da Justiça, não haveria outros “produtos” da Justiça? Para Gico Jr., a Justiça, além de resolver conflitos, produziria certeza jurídica. Para Shavell, por outro lado, além da dissuasão, benefício social estudado no modelo que introduziu a presente seção, arrolaram-se acima mais oito benefícios potenciais da Justiça, quais sejam: i) compensação de vítimas de danos; ii) amplificação da lei; iii) participação; iv) evitação da justiça de mão-própria; v) evitação de comportamentos antissociais; vi) informação (“transparência”); vii) proteção das partes mais fracas; e viii) validação de normas sociais. Pois bem. Os pensamentos de Araújo, Gico Jr. e Shavell divergem ou convergem? Melhor dizendo, a AED, quando conjuga os incentivos que os indivíduos têm para ir a juízo, acrescenta alguma coisa à ideia de adjudicação e regras?

Os pensamentos dos autores convergem. A recondução da linha de argumentação de Gico Jr. às ideias de adjudicação e produção de regras é manifesta. Gico Jr. diz que a Justiça resolveria conflitos (adjudicação) e produziria certeza jurídica. A certeza jurídica de que fala Gico Jr. adviria de esforços de interpretação unívoca das leis. O que é isso? Regras judiciais.

No que respeita aos argumentos desenvolvidos por Shavell, é possível dizer que a compensação das vítimas de danos, primeiro benefício dos litígios de que cogita o autor, é precisamente o resultado da adjudicação, de que fala Araújo. Trata-se da atribuição de direitos no caso concreto. Quem busca compensação busca a solução de um conflito de interesses, pede a atribuição de um direito, a dação de um bem da vida no caso concreto. Por outro lado, a dissuasão, a amplificação da lei (ii), a evitação da justiça de mão-própria (iv), a evitação de comportamentos antissociais (v), a produção de informação (vi) e a validação de normas (viii) sociais, tudo isso pode ser reconduzido à ideia de produção de regras (incentivos) pela via judicial (Araújo). Para que o julgamento de litígios produza dissuasão, não basta a simples adjudicação de um conflito. É necessário que, dessa adjudicação, se possa extrair um raciocínio jurídico suscetível à generalização e à repetição (características das regras). Se um litígio possuir características tão específicas que da lógica da sua solução não se consiga abstrair e generalizar, dificilmente esse litígio promoverá dissuasão. Os conceitos de dissuasão e regras, portanto, possuem estruturas semelhantes.

Um raciocínio similar vale para a ideia de amplificação da lei. Litígios – os julgamentos dos litígios – só amplificam a lei na medida em que o raciocínio jurídico que os resolve parta das razões da lei, das razões das regras postas na lei. Pode-se pensar, é verdade, na amplificação da lei com a aplicação ao caso concreto das regras postas na lei, sem que essa aplicação se possa generalizar e repetir (abstração). Mesmo aí, no entanto, haveria a amplificação da lei, a garantia

da integridade do ordenamento. A amplificação da lei, a garantia da integridade do ordenamento assegura, em última análise, as regras da lei, do ordenamento. E as regras do ordenamento são fonte de dissuasão, a canalizar o comportamento dos indivíduos para aquilo que a coletividade prefira. Também aqui, portanto, os pensamentos de Araújo e Shavell convergem. Os produtos da Justiça recortados metodologicamente pelo presente trabalho – adjudicação e regras – são a utilidade (adjudicação) e a externalidade (regras) da Justiça na visão da AED.

A evitação da justiça-de-mão própria (iv) e a evitação de comportamentos antissociais também dizem, em última análise, com dissuasão, e, portanto, com regras de conduta produzidas pela via judicial. O termo “evitação” por si só pode ser tido como sinônimo de “dissuasão”. A evitação da justiça-mão-própria, aliás, está prevista no ordenamento brasileiro, podendo então ser pensada como amplificação da lei,²⁶⁷ o mesmo valendo, até com maior força, aliás, para a evitação de comportamentos antissociais.²⁶⁸

No que respeita à produção de informação, abaixo se apresentarão as ideias de casos como informação e, o que interessa neste ponto, de regras como informação. Não parece necessária muita abstração, em todo caso, para se pensar regras de conduta como informação e se concluir, nesse sentido, que produzem dissuasão. Se se considerarem as regras de conduta, porque atribuem consequências a cursos de ação,²⁶⁹ como elementos que os indivíduos devem levar em conta quando tomam decisões, adotando-se então o conceito econômico de informação, deve-se concluir que regras de conduta são informações capazes (ou não, a depender da maneira como são compreendidas, isto é, a depender das crenças que produzem nos indivíduos) de promover dissuasão.^{270 271}

²⁶⁷ Artigo 345 do Código Penal brasileiro.

²⁶⁸ Todas as regras de responsabilidade civil e os tipos penais podem ser pensados por essa óptica.

²⁶⁹ Sobre o papel das regras na tomada de decisão: OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.38-45 e 75-97.

²⁷⁰ É acertado em Economia falar em informação como estoque de conhecimento ou em informação como mensagem a ser acrescida a esse estoque (*stock magnitude* vs. *flow magnitude*). O conceito de informação para a Economia, por outro lado, traz consigo a ideia de sinal objetivo a respeito da realidade, contrapondo-se à ideia de crença. Crença é o correlato objetivo da informação. Quando os indivíduos tomam decisões, no entanto, baseiam-se nas crenças que possuem, e não em informações. Nesse sentido: “*Information is sometimes taken to mean knowledge – an accumulated body of data or evidence about the world. From this point of view, information is a stock magnitude. But the word may also denote an increment to this stock of knowledge, in the form of a message or an item of news.*”

“[...] Terms like knowledge, information, news, etc., are generally understood to refer to objective evidence about the world. Belief is the subjective correlate of knowledge. [...] Ultimately, however, decisions must be based upon subjective beliefs.” (BIKHCHANDANI, Sushil; HIRSHLEIFER, Jack; RILEY, John G. **The Analytics of Uncertainty and Information**. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013, p.169-170.) Sobre a distinção entre estoque e fluxo: FISHER, Irving. What is Capital? The Economic Journal, v. 6, n. 24, p.509-534, 1896, p.514. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2957184>. Acesso em: 29/04/2015.

²⁷¹ Rememore-se aqui que Gico Jr. aproxima-se da teoria da informação quando fala dos benefícios das estimativas individuais a respeito do resultado dos litígios, que consideram as informações produzidas pelo Judiciário no julgamento de casos passados. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center**

Por fim, quanto à validação das normas sociais, pode-se encarar o julgamento de litígios como produção de regras a validar costumes,²⁷² dando-lhes amplitude (\cong amplificação da lei), costumes estes que, sob uma perspectiva coaseana, já canalizam economicamente os comportamentos individuais e coletivos, incentivando os desejáveis (precauções) e desincentivando os indesejáveis (causação de danos).²⁷³

3.4. OS PRODUTOS DA JUSTIÇA NO BRASIL

Pois bem. Reconduziram-se os benefícios dos litígios, referidos pelos modelos de Gico Jr. e Shavell, àqueles de que se falou no início do presente trabalho: regras judiciais²⁷⁴ e adjudicação.²⁷⁵ São desses “produtos da Justiça” que, assume a AED, os indivíduos retiram

of Brasília Working Paper, 2018, p.28-29. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

²⁷² Veja-se a definição constante da nota-de-rodapé de nº 39, acima.

²⁷³ “Ao mencionarmos os contributos de Robert Ellickson, deixamos já subentendido que a preferência pelo contrato e a ênfase na bilateralidade não resultam de meras explorações dos corolários do ‘Teorema de Coase’, mas nascem igualmente do fascínio da ‘Law and Economics’ pela comprovação empírica da pujança das ‘normas sociais’, normas extrajudiciais reveladoras das virtualidades da ‘private ordering’ no enquadramento das mais diversas atividades colectivas, e entre elas a circulação de recursos.

“Há também indisfarçável um traço libertário, que às respostas fornecidas pelo Direito Positivo, sempre suspeitas de ‘contaminação política’, contrapõe um argumento que de certo modo implica a fundamental inutilidade de muita da hetero-disciplina incorporada nessas normas positivas – umas vezes porque elas são eficientes apenas porque se cingem a reflectir o equilíbrio a que se chegaria a uma negociação com baixos custos de transacção (caso em que o abaixamento permanente desses custos tornará redundantes aquelas normas), outras vezes porque são ineficientes e não resistiriam ao confronto com a redistribuição através de negociações e da generalização de normas sociais (caso em que novamente o abaixamento permanente dos custos de transacção afastaria aquelas normas).” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.) O argumento a respeito das normas sociais é simplório, mas serve para aproximar a validação delas da ideia de produção de regras como produto da Justiça, que é o que interessa aqui. Poder-se-ia cogitar de normas sociais ineficientes ou mesmo indesejadas – por razões conceituais ou normativas – pelo direito positivo. Ainda assim, contudo, haveria a produção de regras, não a validar, mas a afastar tais ou quais normas sociais. A relação das normas sociais com o direito positivo será examinada melhor na conclusão do presente trabalho.

²⁷⁴ Rememore-se aqui a definição de regra lançada nas notas-de-rodapé de nsº 5 e 6, acima.

²⁷⁵ Compensação (adjudicação) e dissuasão (regras), no entanto, não podem ser reconduzidas uma à outra. De certa maneira, é o que Posner diz ao afirmar que, sob a perspectiva dos custos de erro, a eficiência da Justiça (*i.e.* das regras de processo) depende da finalidade que se atribua ao direito substantivo: “*The analysis of legal-error costs would be very different if the purpose of the underlying substantive law were not to improve the allocation of resources [regras, dissuasão] but were instead to compensate victims of certain accidentes [adjudicação, compensação]. The amount of undercompensation due to legal error would be equal to the product of the error rate, the cost per accident, and the number of accidents that occur for which the injurer should be held liable. That number will be greater the higher the error rate, for we know from the previous discussion that the number of accidents rises with the error rate, and therefore undercompensation must rise with the error rate. Besides the error rate, the principal factors determining the amount of undercompensation are the effectiveness of the law (albeit imperfectly enforced) in deterring accidents, and the scope of the law. For identical error rates, the number of accidents occurring for which the injurer should be held liable will be greater if the legal standard is strict liability than if it is negligence. The costs of error are therefore likely to be higher under a strict-liability than under a negligence standard if failure to compensate where compensation is due is reckoned as a cost, and not merely as a transfer of wealth. Finally, to make undercompensation commensurable with the*

utilidades. No caso das adjudicações, as utilidades são usufruídas diretamente pelos litigantes (retorno individual da Justiça). No caso das regras, as utilidades são desfrutadas pela coletividade, que usá-las-á (as regras) nas decisões que cotidianamente (externalidade positiva da Justiça). Calha agora questionar se a Justiça no Brasil produz esses benefícios, presta esses serviços.²⁷⁶ Começando pelo direito positivo, pode-se extrair das regras dos seguintes dispositivos da Constituição Federal de 1988 (CF) a prestação do serviço de adjudicação: artigo 5º, V,²⁷⁷ X,²⁷⁸ XXXV,²⁷⁹ LIV,²⁸⁰ LV,²⁸¹; artigo 98, I;²⁸² artigo 114, I,²⁸³ VI,²⁸⁴ 126, p.ún.²⁸⁵

Mantendo a análise nos dispositivos da CF, pode-se, de outra parte, extrair a formação de regras pela via judicial das regras dos artigos: 97;²⁸⁶ 102, I, a,²⁸⁷ q²⁸⁸; 102, III, c, b, d,²⁸⁹ 103, §3º;²⁹⁰ 103-A, *caput*, §1º;²⁹¹ 105, I, a;²⁹² 105, III, a, b, c;²⁹³ 125, §2º.²⁹⁴

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC), por sua vez, contém, dentre tantos outros, os seguintes dispositivos (artigos de lei), dos quais se pode extrair a prestação do serviço de

social loss of Figure 1, we need to know the rate at which a dollar in undercompensation is equated to a dollar in scarce resources consumed; it need not be one to one. In short the cost of legal error may differ dramatically depending on whether the purpose of the underlying substantive law is viewed as allocative or distributive.” (POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973, p.405-406. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013.)

²⁷⁶ Aceitam-se, a partir daqui, críticas que digam que o presente trabalho, que se propõe conceitual, contém uma boa dose de “normativismo” (“assim é porque se crê que deve ser assim”; ou “assim é por causa de tais ou quais premissas normativas e não de outras”). De todo modo, buscar-se-á fazer referências constantes e específicas à literatura trabalhada.

²⁷⁷ Direito a resposta por agravos e indenização por lesões.

²⁷⁸ Direito à indenização por violações à honra, à imagem, à vida privada.

²⁷⁹ Impedimento constitucional a que a lei exclua da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito.

²⁸⁰ Garantia do devido processo para a privação de liberdade ou bem individuais.

²⁸¹ Garantias do contraditório e ampla defesa nos processos judiciais.

²⁸² Competências dos juizados especiais para o julgamento de causas de baixa complexidade.

²⁸³ Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento das causas que tenham por base relações de trabalho.

²⁸⁴ Competência da Justiça do Trabalho para o julgamento de causas de danos material e moral nas relações de trabalho.

²⁸⁵ Sempre que necessário, o juiz deve-se fazer presente no local do litígio fundiário.

²⁸⁶ Competência dos tribunais para a declaração da inconstitucionalidade de lei e quórum para tanto.

²⁸⁷ Competência do Supremo Tribunal Federal (STF) para o julgamento de ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade de atos normativos.

²⁸⁸ Competência do STF para o julgamento de mandado de injunção a depender da atribuição regulamentadora.

²⁸⁹ Hipóteses de recurso extraordinário a atacar decisões que tenham colocado em questão, de maneira abstrata, conflitos entre leis (aí incluída a CF).

²⁹⁰ Contém a expressão inconstitucionalidade “em tese”.

²⁹¹ Súmula vinculante e seus efeitos.

²⁹² Competência residual do STJ para julgar mandados de injunção.

²⁹³ Hipóteses de cabimento do recurso especial (negativa de vigência a lei, conflito de leis, divergência na interpretação).

²⁹⁴ Competência dos tribunais de justiça estaduais para examinar a constitucionalidade de atos estaduais e municipais em face da Constituição do respectivo estado-membro.

adjudicação pela Justiça: 3º, *caput*;²⁹⁵ 4º;²⁹⁶ 6º;²⁹⁷ 8º;²⁹⁸ 19, 20;²⁹⁹ 485, 487;³⁰⁰ 489, §1º, III, IV;³⁰¹ 490;³⁰² 492;³⁰³ 503;³⁰⁴ 506;³⁰⁵ 778, *caput*;³⁰⁶ . Enfim, de lado os casos de jurisdição voluntária e as regras sobre produção de regras (a seguir), é possível dizer que, praticamente todas as regras do CPC regulam³⁰⁷ a atividade de adjudicação prestada pelo sistema público de solução de disputas (Judiciário, Justiça).

²⁹⁵ Proibição de se excluir de exame judicial lesão ou ameaça a direito.

²⁹⁶ Solução de mérito em prazo razoável.

²⁹⁷ Solução de mérito justa e efetiva.

²⁹⁸ Aplicação do ordenamento pelo juiz.

²⁹⁹ Conflito com pretensão declaratória.

³⁰⁰ Espécies de sentença.

³⁰¹ Motivação da decisão em atenção ao caso concreto (litígio).

³⁰² Resolução de mérito com base nos pedidos das partes.

³⁰³ Vinculação da ação à demanda.

³⁰⁴ Expressão: “a decisão [...] de mérito tem força de lei nos limites da questão principal”.

³⁰⁵ Sentença faz coisa julgada entre as partes e não perante terceiros.

³⁰⁶ Legitimidade para promoção da execução forçada.

³⁰⁷ O uso da palavra “regulação” aqui não é inovação do presente texto. Tem-se multiplicado os trabalhos a ver a solução de disputas (*dispute resolution*) como um mercado que, tradicionalmente autorregulado, há de ser regulado formalmente, sobretudo com o crescimento dos mecanismos extrajudiciais, alternativos (as ADRs sendo as soluções alternativas, isto é, *alternative dispute resolution*; e as CADRs, as soluções alternativas para a solução de disputas consumeristas, *consumer alternative dispute resolution*). Talvez seja indicativo disso o fato de que a instituição de um procedimento europeu para as pequenas causas (*European Small Claims Procedure*) se tenha dado por meio de uma regulação: a Regulação nº 861/2007 do Parlamento Europeu (disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0861>). Mais que isso, sob uma óptica interna aos procedimentos de solução de disputas, os estudiosos do tema têm tratado as várias maneiras e técnicas de solução de disputas (mediação, negociação, conciliação, adjudicação) como esquemas, estratégias regulatórias. Sobre o tema: “*There is a huge variety of CADR models and versions of such models, though the most common terms to describe them are: ombudsman, arbitration, complaints boards, mediation and conciliation services. The growth of these schemes has emerged frequently in a disorganized manner – sometimes as result of self-regulation through initiatives by trade and professional associations that wanted to bring up industry standards; but more often than not, these CADR schemes started cropping up in those sectors where there was political priority to provide expeditious redress [...]*”.

“[...] *The European Commission has calculated that having an effective CADR system will bring important benefits to the EU economy amounting to 0.4 per cent of total GDP. Against this background, the EU decided to issue a regulatory framework with the goal of improving the availability and the effectiveness of CADR: the Directive 2013/11/EU on Alternative Dispute Resolution for Consumer Disputes (the ADR Directive) and the Regulation (EC)524/2013 on Online Dispute Resolution for Consumer Disputes (the ODR Regulation). These legal norms incorporate recognized best practices into CADR processes, and in doing so, they have started a process of professionalizing a traditionally unregulated sector. The rationale behind this regulatory effort is the promotion of CADR as the primary form of dispute resolution for many disputes. This institutionalization process is gradually moving the self-regulated CADR systems into an increasingly important part of the European civil justice system.*” (CORTÉS, Pablo. Introduction. In: _____. (Org.). **The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016, p.2-5.)

Sobre definir uma estratégia a respeito do tamanho da Justiça (perspectiva externa, de mercado): “*Perhaps the question we should be debating is how many trials and in what kind of cases do we need to ensure that civil justice performs its social and economic functions? [...] Or, to put it another way, how much justice can we afford to forego? [...] We need a positive understanding of the role and value of the civil justice system. We need a strategy for the cases that we want to encourage into the system and those that we would prefer to discourage and we need to articulate our reasons for both of the choices. Our judgment about the quality of our civil justice system should not be measured simply in terms of speed and cheapness, or by how many cases we can persuade to go elsewhere. Finally, we need to re-establish civil justice as a public good, recognising that it has a significant social purpose that is as important to the health of society as criminal justice.*” (GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010, p.76-77.)

Por outro lado, disciplinam a formação de regras judiciais, por exemplo, as normas dos seguintes artigos do CPC: 8º;³⁰⁸ 11;³⁰⁹ 489, §1º, V, VI;³¹⁰ 926, *caput* e §§;³¹¹ 927, *caput* e parágrafos³¹², em especial o §5º;³¹³ 947, §3º;³¹⁴ 985, II.^{315 316}

Poder-se-ia argumentar que, no Brasil, as regras que disciplinam a formação judicial de regras não se dirigiriam ao jurisdicionado, mas regulariam a atividade dos juízes entre si e em face do ordenamento (o *caput* do artigo 927 do CPC, por exemplo, diz que “os juízes e os tribunais observarão” tais e quais decisões antecedentes). Não se trataria, por assim dizer, de um serviço (ou bem, tanto faz) do qual indivíduos externos aos litígios retiram utilidades. Deve-se pensar, porém, que, se, ao decidir casos concretos (adjudicar), os juízes devem aplicar não só as leis, regulamentos e regulações do Legislativo e do Executivo mas também as regras criadas pela própria Justiça, estas últimas entram no cálculo de um indivíduo, externo ao conflito, que esteja cogitando ir a juízo. Tanto assim que, por exemplo, o artigo 927, §2º, do CPC prevê a realização de audiências públicas com a participação de terceiros quando, num caso concreto, um tribunal esteja a cogitar a alteração de enunciado de súmula ou a modificação de entendimento firmado em resolução de repetitivos.³¹⁷ No modelo de Gico Jr., é oportuno dizer, as regras judiciais – assim como as demais regras – afetam a estimativa individual de cada uma das partes quando decidem litigar (ir a juízo) ou acordar (negociar, contratar) acerca do conflito. Não é por outro motivo que Gico Jr. sugere, como solução para o problema do congestionamento da Justiça, investimentos em certeza judicial, isto é, fomento (estatal) à criação de regras judiciais.³¹⁸

³⁰⁸ Dever de eficiência a recair sobre o juiz.

³⁰⁹ Publicidade dos julgamentos.

³¹⁰ Como vetores de decisão dos casos concretos: precedente, súmula, jurisprudência.

³¹¹ Deveres (dos juízes) de uniformização da jurisprudência, edição de súmulas e vinculação destas aos fatos dos precedentes.

³¹² Deveres (dos juízes) de observar, além da lei e das fontes não legais e não judiciais de direito (*i.e.* contratos, decretos, regulações de agências): as decisões do STF tomadas em controle concentrado; enunciados de súmulas vinculantes; acórdãos em incidentes de assunção de competência ou que resolvam demandas repetidas (incluindo proferidos no âmbito de recursos especial e extraordinário); enunciados de súmulas; orientação do pleno ou do órgão especial dos tribunais respectivos.

³¹³ Dever (dos tribunais) de dar publicidade aos precedentes e de divulgação preferencial na Internet.

³¹⁴ Caráter vinculante da decisão tomada em assunção de competência.

³¹⁵ Aplicação da tese firmada em incidente de demandas repetitivas a casos futuros.

³¹⁶ O alcance e o significado de cada uma dessas regras, é provável, demandam uma pesquisa própria, o que está fora do objeto do presente trabalho. O que interessa é perceber que, tendo em conta as definições e considerações lançadas até aqui no trabalho, é possível dizer que a Justiça no Brasil presta os serviços de adjudicação e formação de regras, que são, pois, os elementos que devem ser examinados sob as ópticas da rivalidade e da (não) exclusão para se responder à pergunta de pesquisa.

³¹⁷ Segue a mesma linha a regra do artigo 138 do CPC, prevendo a figura do “amigo da corte” (*amicus curiae*).

³¹⁸ As regras judiciais, nas inequações nºs 3 e 4, acima, afetariam as variáveis P_A e P_R .

4. A JUSTIÇA É UM RECURSO COMUM?

4.1. RIVALIDADE

Com o recorte dos produtos da Justiça no Brasil de interesse, é possível começar a responder à pergunta de pesquisa (sobre se é ou não a Justiça no Brasil um recurso comum). Como dito, a primeira característica – dimensão ontológica – que se examinará é a rivalidade. Disse-se, no capítulo 2, que a rivalidade pode-se dar tanto como potência quanto como ato. Com isso, pretendeu-se dizer que se pode analisar a rivalidade de um bem tanto abstrata quanto concretamente, ambas as análises, aliás, sendo comuns na literatura. Quando Mankiw, por exemplo, cita como espécies de recursos comuns o meio ambiente e as estradas congestionadas sem pedágio, está a utilizar a ideia de rivalidade como potência.³¹⁹ Essas espécies de bens, a depender do contexto, podem sofrer efeitos de congestionamento. Quando, de outra parte, Wolkart diz que o a Justiça no Brasil é um bem comum, está a falar na rivalidade como ato: o Judiciário no Brasil, nas palavras do autor, está a sofrer efeitos de congestionamento.³²⁰ O que se deve saber, portanto, é se, como potência e como ato, é possível se falar na rivalidade das adjudicações e das regras.

4.1.1. A rivalidade nas adjudicações

4.1.1.1. Distinções conceituais: adjudicações e tempo

Começando pela rivalidade nas adjudicações, cabe lembrar os seus indicadores (capítulo 2). São eles: congestionamento, sobreuso, poluição, destruição (tudo isso a caber no guarda-

³¹⁹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.205.

³²⁰ “Pensando analogicamente na Justiça como mercado e na prestação da atividade jurisdicional como bem em torno do qual gravitam as interações mercadológicas, acreditamos estarem nitidamente presentes as características que a qualificam como bem comum.

“A impossibilidade de exclusão decalca-se diretamente da Constituição Federal, seja em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do direito de petição (art.5º, XXXIV, ‘a’), do direito ao contraditório e à ampla defesa (art.5º, LV) ou do direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV).

“A concorrência no consumo [rivalidade] decorre da limitação financeira inerente ao Estado, que tem de prover parte dos recursos humanos e administrativos do Poder Judiciário. Quanto mais a Justiça é acessada, mais esses recursos são consumidos. Na impossibilidade de ampliação infinita da estrutura jurisdicional, a cada novo processo instaurado, diminui-se a capacidade da Justiça de processar um novo feito ou de lidar agilmente com os já existentes.” (WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n.p.)

chuva das externalidades negativas). Rivalidade é um fato bruto, e não um fato institucional. Sob a óptica do consumidor, é a escassez pelo consumo alheio. Sob a óptica do fornecedor, é a escassez pela impossibilidade de se reproduzir o bem (o produto) no curto prazo, servindo-se consumidores adicionais (rememore-se o exemplo de bem não rival: TV a cabo, de fácil reprodução no curto prazo).

Conjugando esses conceitos, pelo lado da oferta, o congestionamento da Justiça não reduz propriamente o número de adjudicações, mas as posterga no tempo (tempo aqui pelo lado da demanda). Se se encarar a Justiça como uma empresa produtora de adjudicações, seguindo o modelo da Economia neoclássica dos fatores de produção, a Justiça usa para a produção de adjudicações mão de obra (o tempo dos seus “funcionários”, aí incluídos assessores, juízes), capital (instalações, computadores) e terra (o local em que se situam os prédios dos fóruns, tribunais). Imagine-se que a Justiça, porque muito demandada, queira produzir mais adjudicações. A saída mais fácil, é de se imaginar, é contratar mais “funcionários”. Como, contudo, no curto prazo, a Justiça não conseguirá construir mais prédios de fóruns e tribunais (prédios e terra não são reproduzíveis no curto prazo) para alocar esses funcionários, à medida que cresça o número de funcionários contratados, é de se esperar que o número de adjudicações produzidas por cada um dos funcionários diminua: eles terão de se acotovelar nos fóruns e tribunais já existentes, terão de revezar o uso dos computadores. Tem-se aí o produto marginal decrescente do trabalho.³²¹

Se a Justiça fosse uma empresa competitiva, segue o raciocínio da Economia neoclássica, ela contrataria funcionários até o ponto em que o custo de um funcionário a mais compensasse o benefício advindo de uma adjudicação a mais. Isto é, a Justiça examinaria a sua curva de custo marginal e a curva da demanda por adjudicações públicas ao decidir pela contratação de funcionários e pela quantidade de adjudicações a produzir.³²²

Vistas as coisas por esse ângulo, o que é rival pelo lado da oferta não é propriamente o tempo. São as adjudicações. Só que para a produção das adjudicações é necessária a utilização de tempo (tempo aqui pelo lado da oferta). O tempo (da mão de obra, dos funcionários) une-se a capital e terra, todos bens mais ou menos escassos, para formar o grupo de insumos necessários à produção de adjudicações. Contudo, as adjudicações é que são difíceis de

³²¹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.243-258 e 353-360.

³²² MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014, p.243-258 e 353-360.

reproduzir no curto prazo.³²³ É a produção das adjudicações que possui custo marginal ascendente. E são das adjudicações que os indivíduos retiram utilidade. As adjudicações, sob o ponto de vista dos litigantes, compensam-nos pelos danos que sofrem na esfera material. Ou seja, não só pelo ponto de vista da oferta, mas também pelo ponto de vista da demanda, são as adjudicações que são rivais.

Acontece que a Justiça, é claro, não é uma empresa competitiva, não se regendo pelas leis da oferta e da demanda e não retirando lucro das adjudicações que produz. A Justiça é mantida pelo Estado,³²⁴ e o Estado é custeado pelos tributos recolhidos de toda a coletividade. O Estado, para produzir Justiça, tem de abrir mão de prestar outros serviços – também desejados pela coletividade e para cuja prestação, em tese, os privados não possuem incentivos –, como saúde, segurança, educação. De maneira que, não se regendo pelas leis da oferta e da demanda, o Estado produz menos adjudicações do que demanda a coletividade. Formam-se, pois, filas de litígios a julgar – de adjudicações a se realizar –, e são essas filas que colocam o problema do tempo. O tempo – isto é, a demora de se adjudicar os litígios –, por esse ângulo, não seria propriamente o bem escasso (rival) que está em jogo quando se pensa na rivalidade da Justiça, mas, sim, a externalidade negativa produzida sobre o lado da demanda em virtude do congestionamento da Justiça. O tempo seria o malefício (externalidade negativa) a atingir os indivíduos que demandam adjudicação da Justiça. O tempo, por esse raciocínio, seria a externalidade negativa decorrente da rivalidade (congestionamento) da Justiça.

Quando um indivíduo propõe uma ação, esta ação, depois de distribuída, entrará na fila de processos a julgar do juiz competente para a causa. Caso a Justiça fosse uma empresa competitiva – e descartando-se, por ora, os “concorrentes” da Justiça, como a arbitragem –, a formação de filas indicaria que os indivíduos estão a demandar mais adjudicação, sinalizando então ao empresário (o Estado) que este deveria produzir mais adjudicações se quisesse maximizar o seu lucro (estaria a haver mais demanda). Mesmo assim, no entanto, no curto prazo, a depender do tamanho da fila, ela se formaria, porque, como visto, apenas a contratação de mais juízes não seria a solução. Seriam necessárias, pelo custo marginal crescente do trabalho, no longo prazo, a construção de mais prédios a abrigar fóruns e tribunais, a compra de mais computadores, a instalação de mais pontos de Internet, etc.

Como, contudo, a Justiça não se rege pelas leis de mercado, as filas de processos a julgar formam-se não só no curto mas também no longo prazo. Enfrentando o Estado *tradeoffs* entre

³²³ Ainda que não se possa reproduzir o tempo em si, pode-se contratar mais funcionários, que utilizarão, cada qual, o seu próprio tempo na produção de mais adjudicações.

³²⁴ Na linguagem da AED, seria possível dizer que a Justiça é uma “propriedade pública”.

a produção dos diversos bens e serviços demandados pela sociedade – e para cuja produção, como dito, os indivíduos privados não possuem incentivos –, o Estado, no longo prazo, não contratará mais juízes nem despenderá custos fixos (terra e instalações) a ponto de atender satisfatoriamente à demanda. Os objetivos e as restrições orçamentárias de um empresário que busca a maximização do lucro e do Estado não são os mesmos.

Portanto, voltando: quando um indivíduo propõe uma ação, depois de distribuída, esta ação entrará na fila de litígios a adjudicar de um juiz. Sucede que, diante do estado de coisas descrito acima, outros indivíduos também terão proposto e proporão outras ações, que, diante da fila, terão de aguardar julgamento. Aí entra o tempo de espera. Para Gico Jr.,³²⁵ aliás, quando ações têm de aguardar julgamento, reduzir-se-ia o valor presente do benefício pretendido nas ações (compensação por dano, como se viu com Shavell³²⁶). E isso se daria porque a Economia assume que as pessoas preferem dispor de bens e serviços no presente em lugar de no futuro. Por quê? Porque o futuro traz consigo riscos e incertezas. Pode ser que o futuro não chegue para tal ou qual indivíduo, que morrerá antes do consumo expectado de um bem ou serviço. Pode ser que, no futuro, determinados bem ou serviço tenham saído de moda, razão pela qual não terão mais o mesmo valor no mercado.

Assume-se, portanto, como regra, que o valor presente de um bem ou serviço é maior que o valor futuro.³²⁷ A redução do valor presente, em razão da fila, seria, seguindo o raciocínio traçado até aqui, a externalidade negativa associada à rivalidade da Justiça. O ponto já foi trabalhado, como se disse, quando se apresentou o modelo de Gico Jr.³²⁸ A formação de fila de ações a julgar reduziria, segundo a literatura revisada, o valor presente do retorno dos litígios, de tal sorte que a demora seria, como se disse, a externalidade negativa associada à rivalidade no consumo das adjudicações.

³²⁵ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p. 34. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

³²⁶ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

³²⁷ Essa assunção, no entanto, não é necessária. As preferências temporais são sempre individuais. Pode haver indivíduos com taxas de desconto negativas, isto é, que prefiram consumir bens no futuro em lugar de no presente.

³²⁸ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

4.1.1.2. A rivalidade como potência

A valerem essas ideias, indicam, então, a rivalidade em potencial das adjudicações as regras do ordenamento que exijam prestação processual, prestação no ato de julgar, uma vez que elas reconheceriam o congestionamento da Justiça como problema a ser solucionado e expressariam a preferência do ordenamento – e, em última análise, da coletividade – pelo consumo imediato ao consumo postergado do resultado das adjudicações. Vão nessa linha, por exemplo as regras dos artigos da CF: 5º, LXXVIII;³²⁹ 37, *caput*.³³⁰ No CPC, seguem a mesma direção as regras dos artigos: 6º;³³¹ 8º.³³² Mas não é só isso. Tomando-se por indicador da rivalidade o congestionamento, pode-se dizer que reconhecem a Justiça como rival as regras que fazem referência à formação de filas de processos a julgar, tais como as regras dos seguintes artigos do CPC: 12, *caput*,³³³ §1º,³³⁴ 936,³³⁵ 1.046, §5º³³⁶; 1.048.³³⁷

Parece possível dizer que a tendência do ordenamento brasileiro tem sido a de redução da rivalidade das adjudicações. Uma interpretação econômica possível do aumento de interesse por ações coletivas (Lei 7.347/85 e artigos 81 a 83 do CDC) e por aplicações tecnológicas direcionadas à Justiça diz com a redução da rivalidade das adjudicações (Lei 11.419/2006).³³⁸ As decisões proferidas em ações coletivas podem ser encaradas como serviços escaláveis e, portanto, pouco rivais. É barato o atingimento da esfera jurídica de um beneficiário a mais por uma sentença proferida numa ação coletiva. A redução da rivalidade das adjudicações importaria redução das filas de processos.

O uso de aplicações tecnológicas no processo, por seu turno, reduziria o tempo da prática de atos processuais e o tempo de tomada de decisão. Julgadores humanos, assim como

³²⁹ Dever (da Justiça) de imprimir uma duração razoável ao processo e de garantir meios céleres de tramitação.

³³⁰ Princípio da eficiência.

³³¹ Garantia (às partes) de decisão de mérito em tempo razoável.

³³² Princípio processual da eficiência.

³³³ Dever de sentenciar preferencialmente em ordem cronológica.

³³⁴ Reconhece a formação de filas em primeiro grau e o dever de se dar publicidade à lista.

³³⁵ Reconhece a formação de filas recursais.

³³⁶ Regula a formação a primeira lista a tomar em conta a ordem cronológica a partir da vigência do CPC.

³³⁷ Dispõe a respeito da prioridade de trâmite, reconhecendo, por via de consequência, a formação de filas.

³³⁸ Na doutrina: WOLKART, Erik Navarro. Tecnologia e direito processual civil: diminuindo os custos de transação e promovendo cooperação de forma disruptiva. In: _____. **Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n.p. PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. **Resolução de conflitos on-line no brasil: um mecanismo em construção**. Revista de Direito do Consumidor. Ano, v. 26, 2017.

quaisquer outros profissionais, não conseguiriam competir com máquinas se se estiver a falar de atividades passíveis de repetição e, conseqüentemente, automação.

Discutir-se-á adiante se a Justiça no Brasil produz realmente regras de conduta – não rivais e não excludentes. Concluir-se-á que, sim. Nesse sentido, também a tendência do ordenamento a produzir regras, *i.e.* a julgar casos e definir que determinadas decisões aplicam-se para o futuro pode ser vista como uma tentativa de se reduzir a rivalidade das adjudicações. O problema, como se verá, é que, é claro, para produzir regras, a Justiça precisa julgar casos. Quantos casos são necessários para se produzir determinada regra? O problema do número ótimo de litígios é uma questão operacionalizável?

4.1.1.3. A rivalidade como ato

De outra parte, afirmar que a Justiça no Brasil é correntemente rival (está rival) significa dizer que ela, hoje, está congestionada (afirmação empírica). Nesse sentido, como se disse na Introdução, o relatório Justiça em Números de 2019, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), informa que: o Poder Judiciário encerrou o ano de 2018 com 78,7 milhões de processos em tramitação. Se, contudo, a tendência, desde 2009, era de crescimento do estoque, em 2018 verificou-se um decréscimo da ordem de aproximadamente 1 milhão de processos, decréscimo atribuível, diz o relatório, em grande parte à Justiça do Trabalho.³³⁹

O que parece melhor indicar o congestionamento da Justiça sob a perspectiva dos “funcionários” da Justiça, por outro lado, são os índices de produtividade. O relatório informa que, em 2018, cada magistrado, na média: i) teve sob sua gestão 6.775 processos; ii) solucionou 7,5 casos por dia útil, sem descontar férias e recessos; o que dá, no ano, iii) 1.877 processos solucionados.³⁴⁰ O relatório traz os mesmos cálculos por servidor, cada um tendo baixado, na média, 154 processos em 2018, em face da carga de trabalho de 558 casos por servidor.³⁴¹

³³⁹ Imagina-se que, com essa anotação, o relatório queira dar lugar a afirmações sobre a importância da instituição da sucumbência no processo do trabalho. Se o argumento for esse, sem qualquer apelo à AED, talvez esteja correto. Dependerá de um exame causal adequado. Se, porém, o argumento apelar à AED, caberá saber de que maneira os honorários de sucumbência não são um atentado ao critério de Pareto (se se estiver a utilizar esse critério) e de que maneira os honorários de sucumbência não agravam o problema de agência existente entre advogado e cliente. (CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019, p.78.)

³⁴⁰ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019, p.89.

³⁴¹ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019, p.92.

No que concerne ao congestionamento pela óptica das partes, o relatório traz os tempos-médios³⁴² de tramitação dos casos.³⁴³ Na fase de conhecimento no primeiro grau, o tempo-médio de tramitação é de a) 3 anos e 4 meses; b) na fase de conhecimento do segundo grau, de 2 anos e 1 mês; e c) na fase de execução no primeiro grau, de 6 anos e 4 meses.

Parece, portanto, possível afirmar que a Justiça no Brasil é não só potencial mas também correntemente rival (está rival). Existem filas de litígios a adjudicar e, em razão disso, o exame dos pleitos dos autores é postergado, de tal sorte que se reduziria, conforme Gico Jr., o valor presente desses pleitos e, dos próprios direitos que dão fundamento a esses pleitos (o “valor real” dos direitos, para Gico Jr., é o valor presente³⁴⁴).

Mas, cabe questionar, o autor de uma ação judicial sempre tem razão? A pergunta não é retórica. Dizer que a existência de filas reduz o valor presente dos direitos implica tomar como premissa que o autor sempre tem razão. E se quem estiver com o (bom) direito for o réu? Nesse caso, a formação das filas é algo bom ou ruim? Esse tipo de pergunta permitirá concluir pela limitação – parcial – do modelo de Gico Jr., que, talvez se possa afirmar, faz uma análise econômica truncada dos litígios.³⁴⁵

De resto, será que é tão óbvio que a formação de filas é um problema econômico? As filas da Justiça impõem custos de oportunidade?³⁴⁶ Ora, quando aguardam o julgamento de suas causas, as partes dos litígios não ficam paradas na frente dos fóruns e tribunais. As partes (os indivíduos) aguardam o julgamento de suas causas enquanto seguem as suas vidas. As filas de litígios, portanto, não implicam filas de indivíduos, que é o que interessa para a análise econômica. Não é descabido dizer que o tempo que as partes dispendem em processos judiciais, quer haja filas quer não, é o mesmo. Ainda que as filas posterguem *e.g.* a prolação das sentenças, as filas, por si mesmas, não tomam mais tempo das partes do que o tempo que o litígio exigiria

³⁴² O tempo, rememore-se, é a externalidade negativa associada à rivalidade do consumo da Justiça.

³⁴³ O relatório faz várias ressalvas metodológicas, como a de que o cálculo das médias é robustamente influenciado pelos valores extremos, o que pode resultar em distorções. (CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019, p.148.)

³⁴⁴ Nas palavras do autor: “[...] *in an already overloaded judicial, system, if, on the one hand, increasing the number of disputes constitutes a legitimate exercise of citizenship, on the other hand, it contributes to court congestion and thus increases the time required to settle any dispute [...], which, in turn, reduces the present value of the lawsuit to the right holder [...]. In other words, the isolated incentive to litigate through reduction of litigation costs (access to justice), ceteris paribus, induces court congestion which, in turn, reduces the real value of rights.*” (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.37. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.)

³⁴⁵ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

³⁴⁶ Sobre custo de oportunidade como o único custo com o qual se preocupa a análise econômica, veja-se a seção 2.1.2, acima.

caso a fila não existisse. O tempo que as partes gastam, por exemplo, para participar das audiências é o mesmo. A audiência, com a fila, é postergada no tempo. Mas as partes não têm de ficar paradas numa fila até a data da audiência. Essas e outras questões serão discutidas a seguir.

4.1.1.4. Discussão

4.1.1.4.1. A condição fundamental do litígio e o valor presente

Rememorando, no modelo de Gico Jr.³⁴⁷, a condição fundamental para a existência de um litígio (inequações 3 e 4) e a ideia de valor presente aplicada à condição possuem as seguintes configurações (inequação 5):

$$P_A U_A - C_A + A_A > P_R U_R + C_R - A_R \quad (\text{inequação 3})$$

$$(P_A - P_R)U > (C_R + C_A) - (A_R + A_A) \quad (\text{inequação 4})$$

$$(P_A - P_R)U / (1+r)^t > (C_R + C_A) - (A_R + A_A) \quad (\text{inequação 5})^{348}$$

Como se pode notar, para passar da inequação 3 para a inequação 4, Gico Jr. iguala as utilidades que autor (U_A) e réu (U_R) retiram do litígio (o bem da vida em jogo é um só). Gico Jr. não considera, contudo, que, sendo esse o raciocínio, deve ele valer também quando se insere o conceito de valor presente no modelo. Ou seja, caso se queira manter a igualdade $U_A = U_R$, deve-se – assumindo-se taxas de desconto iguais de autor e réu – tanto multiplicar quanto dividir o lado esquerdo da inequação 4 pela fórmula do valor presente, a saber: $(1+r)^t$. E, é claro, a multiplicação e simultânea divisão pelo mesmo número não altera o resultado.

Conceitualmente, o que se quer dizer é que o que o autor perde em matéria de valor presente é exatamente o que o réu ganha com a demora do processo. Logo, o valor presente não entra – não ao menos da maneira como quer Gico Jr. – na condição fundamental do litígio. A valer a igualdade das utilidades, a redução do valor presente é um custo privado, que não possui interesse para a análise econômica.³⁴⁹

³⁴⁷ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.30-35. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

³⁴⁸ O significado dessas variáveis está nas seções 3.1.3 e 3.1.4, acima.

³⁴⁹ Sobre o tema: “[...] *The economist actually distinguishes between transactions that affect the use of resources, whether or not money changes hands, and purely pecuniary transactions – transfer payments – and has more to say about the form than about the latter. Housework for example is an economic activity even if the*

Gico Jr., como se viu, sugere como solução para o problema do congestionamento da Justiça e da consequente redução do valor presente do direito pleiteado no litígio a estipulação de uma taxa legal de juros, a compensar a redução do valor presente em decorrência da demora judicial.³⁵⁰ Acontece que, no Brasil, esse tipo de taxa: a) existe; b) é estipulada na exata medida do tempo perdido com o processo; e c) é estipulada tendo-se em conta o tipo de discussão levada a juízo (civil, tributária, trabalhista).³⁵¹ Isto é, existem taxas legais de juros e correção a compensar, no momento do cumprimento de sentença (ou de execução de um outro título executivo), a perda de valor presente decorrente da demora judicial. E Gico Jr., mesmo fazendo diversas menções ao congestionamento do sistema de justiça do Brasil, passa ao largo da existência dessas taxas, que poderiam até mesmo invalidar algumas das hipóteses positivas e normativas sugeridas pelo modelo do autor.³⁵²

O que mais interessa perceber no ponto, entretanto, é que os juros e correção que o autor “ganha” no momento do cumprimento de sentença são, é claro, os juros e correção que o réu “perde” (tem de pagar ao autor), a confirmar, portanto, a inadequação da inequação 5, acima. A inequação 5 se quer bilateral. Inclui, nesse sentido, as variáveis que entram nas decisões de litigar de autor e réu. Quando trabalha o problema do tempo dos litígios, no entanto, a inequação 5 adota uma perspectiva unilateral acerca da utilidade dos litígios.

houseworker is a spouse who does not receive pecuniary compensation. For housework involves cost – primarily the opportunity cost of the houseworker’s time. Sex is an economic activity too. The search for a sexual partner takes time and thus imposes a cost measured by the value of that time in its next-best use. The risk of a sexually transmitted disease or of an unwanted pregnancy is also a cost of sex – a real, though not primarily a pecuniary, cost. In contrast, the transfer by taxation of \$1,000 from me to a poor (or to a rich) person is costless in itself, that is, regardless of its secondary effects on his and my incentives, the (other) costs of implementing it, or any possible differences in the value of a dollar to us. It does not diminish the stock of resources. It diminishes my purchasing power, but it increases the recipient’s by the same amount. It is what economists call a private cost but not a social one. A social cost diminishes the wealth of society; a private cost rearranges that wealth.” (POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.8-9.)

³⁵⁰ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.35. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

³⁵¹ A esse respeito, por exemplo: a) o artigo 322, §1º, do CPC determina, independente de requerimento expresso da parte, a inclusão no pedido de juros e correção; b) o artigo 491, *caput*, do CPC impõe ao juiz o dever de fixar juros na ação de obrigação de pagar quantia, mesmo que a petição inicial tenha contido pedido genérico; c) os artigos 389, 395, 404 e 407 do Código Civil brasileiro (CCB) atribuem ao devedor a responsabilidade por juros e correção nos casos de mora e inadimplemento; d) o artigo 406 do CCB fixa, quando as partes não houverem clausulado algo em sentido contrário, a taxa de juros moratórios como aquela que esteja em vigor para a mora “do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional”; e) o STF firmou que, nas ações ajuizadas pelos contribuintes e responsáveis contra a Fazenda Pública, quando a dívida tiver natureza tributária, deve-se aplicar a taxa Selic, que, como se sabe, inclui juros e correção; (STF – Supremo Tribunal Federal: RE 870947/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, julgado em 20/09/2017, DJe 20/11/2017.) e f) os artigos 39 da Lei 8.177/91 e 883 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) estipulam juros de mora de 1% nas reclamações trabalhistas.

³⁵² GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.38. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

A implicação disso para o problema da rivalidade das adjudicações é a seguinte: a demora da Justiça parece não implicar custos sociais, mas somente custos privados, não sendo, portanto, de interesse, como se disse, para a análise econômica. As adjudicações da Justiça, sob essa óptica, seriam rivais (dedutíveis e difíceis de reproduzir no curto prazo), mas os efeitos da passagem do tempo seriam absorvidos pelas partes do litígio. (Na alegoria da “Tragédia dos Comuns”, seria como se a adição de uma cabeça de gado prejudicasse alguém e beneficiasse outro alguém na mesma medida [?!].) O congestionamento da Justiça, o acúmulo de litígios importaria, sim, o aumento dos custos de administração da Justiça, mas esse tipo de afirmação beira a obviedade. Quanto mais processos a julgar, mais trabalho, mais custos com pessoal, energia elétrica, equipamentos, instalações. Os custos de administração, contudo, nada têm a ver com o conceito de valor presente. Não são uma externalidade adicional, uma externalidade das filas, uma externalidade que se deduz do congestionamento. Os custos de administração contêm as externalidades que quaisquer serviços estatais subsidiados por impostos (subsídios cruzados) implicam, formem-se filas ou não.

Afirmar, como faz Gico Jr., que a demora na resolução dos litígios, por reduzir o valor presente das utilidades dos litígios, reduz o valor real dos próprios direitos³⁵³ significa presumir que o autor de uma ação judicial sempre tem razão (modelo unilateral). Ora, se o autor de uma ação judicial não tiver razão, a demora – e não a presteza – no julgamento de uma causa incrementa o valor real dos direitos, uma vez que afasta da esfera jurídica do réu – o detentor da razão jurídica – o risco de uma decisão incorreta.³⁵⁴ Poder-se-ia, é claro, fazer uma afirmação empírica de que, em determinada jurisdição nacional, os autores de ações judiciais, percentualmente, têm mais razão que os réus. Nesse caso, talvez valesse a asserção de Gico Jr. de que a demora na resolução dos litígios reduz o valor real dos direitos. Gico Jr., contudo, não faz uma afirmação empírica, mas uma afirmação teórica, decorrente que é do modelo descrito

³⁵³ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.37. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

³⁵⁴ Na sequência, quando se discutir a (não) rivalidade das regras judiciais, dir-se-á que, pela óptica da AED, um juiz, ao sentenciar uma causa, tem a inglória missão de saber as inclinações das curvas de custo de tomada de precaução de autor e réu (*default*: benefícios marginais da tomada de precaução decrescentes) e a inclinação da curva de dano (*default*: danos marginais crescentes). Ou seja, num modelo efetivamente bilateral de decisão judicial, o juiz deve saber: a) quem poderia, na esfera material, ter tomado precaução a menor custo; e b) se a tomada de precaução a menor custo na esfera material compensava a evitação do dano (*i.e.* se não se tratava da hipótese de dano eficiente). Nesse sentido (embora direcionando a análise para a decisão de reguladores, e não de juízes): FIELD, Barry C.; FIELD, Martha K.. **Environmental Economics: An Introduction**. 6ª ed. Nova Iorque: McGraw-Hill Education, 2013, p.105-245.

acima.³⁵⁵ E, em teoria, a afirmação não é adequada. De resto, uma afirmação empírica a asseverar o percentual de razão judicial de autores e réus não viria desacompanhada de uma série de problemas de medição.³⁵⁶

Mas então o problema do tempo do processo não entra na condição fundamental para a existência de um litígio? Entra. Talvez se possa dizer que já está lá (inequação 4, acima). Podem-se pensar como inclusas as taxas de desconto de autor e réu nas estimativas individuais de sucesso no litígio (P_A e P_R). Se diferentes, seriam responsáveis por alterações na inequação 3, ora a promover acordos ora a promover litígios.³⁵⁷ Se a do autor for maior que a do réu, o firmamento de um acordo é favorecido. Se, pelo contrário, a taxa de desconto do réu for maior que a do autor, aumenta a chance de o caso ser levado a juízo. A análise, como se vê, é semelhante à do relaxamento da premissa de neutralidade ao risco.

4.1.1.4.2. Filas reais e filas figurativas

O argumento do tópico anterior se fortalece com uma distinção que a Economia faz entre filas reais e filas figurativas.³⁵⁸ Filas reais são aquelas que impõem custos de oportunidade aos indivíduos. Filas figurativas, de outra parte, não impõem custos de oportunidade, mas apenas postergam o consumo no tempo dos bens congestionados. O exemplo de Becker³⁵⁹ e Posner³⁶⁰ de fila figurativa é o do consumo de uma peça de teatro muito demandada, que só possa ser vista dali a alguns meses.³⁶¹ O indivíduo que comprar o ingresso agora para consumir

³⁵⁵ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.37. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

³⁵⁶ Por exemplo: o que vale é o número de ações providas em favor dos autores ou o montante da causa? O que vale é o número de ações providas ou o número de pedidos da petição inicial que foram providos? Vale o provimento por razões de mérito ou razões de forma (*e.g.* perda de prazo processual pela outra parte)?

³⁵⁷ Se se inserir as taxas de desconto na inequação 3 – e desde que não se faça a passagem para a inequação 4 com a igualdade de $U_A = U_R$ –, é possível mesmo lançar a fórmula da taxa de desconto $(1+r)^t$ como denominador da utilidade do autor e, multiplicando, no numerador da utilidade do réu. Algebricamente: $P_A U_A / (1+r_A)^t - C_A + A_A > (P_R U_R) / (1+r_R)^t + C_R - A_R$, em que r_A é a taxa de desconto do autor e r_R , a do réu.

³⁵⁸ Nesse sentido: POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973, p.445-448. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013; BECKER, Gary S.. A Theory of the Allocation of Time. **The Economic Journal**, v. 75, n. 299, p.493-517, 1965.

³⁵⁹ BECKER, Gary S.. A Theory of the Allocation of Time. **The Economic Journal**, v. 75, n. 299, p.493-517, 1965, p.515-516.

³⁶⁰ POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973, p.445-448.

³⁶¹ Note-se que esse exemplo não vem do acaso, mas, antes, dialoga com tudo o que se disse na Introdução e no capítulo 2 do presente trabalho acerca da importância da reprodutibilidade dos insumos utilizados na produção de bens e serviços. Peças de teatro não podem ser reproduzidas ao talante do empresário que esteja a lucrar com elas. Por quê? Porque, no caso das peças de teatro, a mão de obra (o tempo da mão de obra) deixa de ser um custo variável e se torna um custo fixo, não reproduzível nem no curto nem no longo

a peça no futuro não estará a esperar numa fila real, uma vez que poderá seguir com a sua vida até chegar a data de consumir a peça de teatro.

De que maneira essa distinção, entre filas reais e figurativas, fortalece o argumento do tópico anterior? De duas maneiras. Primeira: ainda que se possa dizer que, mesmo em uma fila figurativa para se ver uma peça de teatro, o valor presente do ingresso para o consumo da peça no futuro é inferior ao valor presente do ingresso para o consumo da peça no presente (o futuro, como já se disse no presente texto, sempre é marcado por incertezas), a redução do valor presente do ingresso é absorvida pelo indivíduo consumidor da peça e pelo fornecedor. A redução do valor presente não implica custo social. O desconto praticado sobre o preço do ingresso para consumo futuro afeta o consumidor e afeta, na mesma medida, o fornecedor, nada tendo a ver com isso terceiros exteriores à compra e venda do ingresso. Pode-se transpor o raciocínio para a condição fundamental do litígio (o réu como fornecedor do teatro; e o autor, como consumidor). A redução do valor presente do litígio afeta o autor e, na mesma medida (com sinal trocado, é claro), o réu.³⁶² A redução do valor presente da utilidade esperada de um litígio, portanto, não implica custo social, sobremaneira se se considerar que, de antemão, não se sabe quem tem razão: autor ou réu. O congestionamento da Justiça, desse modo, não reduz o “valor real” dos direitos – a menos que, como se disse, se pudesse afirmar empiricamente que, em determinada jurisdição, autores tendem a ter, em juízo, mais razão que réus, o que não é o caso.

A segunda maneira pela qual a distinção entre filas reais e figurativas robustece o raciocínio da seção anterior parte do questionamento sobre que tipo de fila se forma na Justiça. Afinal, a fila de casos a julgar consiste em fila real ou aparente (figurativa)? Como se disse, as partes de um litígio, quando aguardam a realização das audiências ou a resolução do caso, não têm de ficar paradas em frente a um fórum ou tribunal. Podem seguir as suas vidas. A fila da Justiça, portanto, é meramente figurativa, não implicando por si só – isto é, sem outras

prazo. Quem deseja ver uma peça de teatro com os atores *a*, *b* e *c* não estará satisfeito se consumir a mesma peça de teatro (o mesmo texto) com os atores *e*, *d* e *f*. E os atores *a*, *b* e *c* só conseguem encenar uma peça por vez (estão sujeitos aos pequenos monopólios do espaço-tempo). A impossibilidade de se reproduzir os insumos utilizados na produção da peça cria uma espécie de monopólio, razão pela qual se forma a fila. A não reprodutibilidade dos insumos, aliás, faz do empresário um fazedor do preço (*price maker*), e não um tomador do preço (*price taker*). Fossem reproduzíveis os insumos, a formação da fila: a) incentivaria outros empresários a fornecer a mesma peça de teatro no mercado e b) incentivaria o empresário original a fornecer mais peças de teatro daquela mesma simultaneamente, tudo isso a diluir a demanda e a eliminar a fila.

³⁶² Como se disse na seção anterior, na alegoria da “Tragédia dos Comuns”, seria como se a adição de uma cabeça de gado por alguém prejudicasse certo indivíduo e beneficiasse outro indivíduo na mesma medida. Sob o ponto de vista da maximização da riqueza (Kaldor-Hicks), portanto, sequer se poderia falar numa tragédia, já que a coletividade não está a perder.

considerações sobre o modo como se aplica o direito aos litígios, como a existência de erros judiciais³⁶³ – externalidades (custo social), custo de oportunidade, destruição de riqueza.

Posner, é verdade, realça que a demora judicial pode importar custos de oportunidade, por exemplo, nos casos de prisão (cautelar) e quando as partes dos litígios tiverem os seus bens bloqueados, formal ou informalmente,³⁶⁴ em juízo (cautelares e antecipações de tutela civis, cauções, consignações em pagamento, penhoras, bloqueios, arrestos).³⁶⁵ ³⁶⁶Para se saber a dimensão econômica desse problema em cada jurisdição, seriam necessárias pesquisas empíricas que não só apresentassem o montante de indivíduos e bens paralisados pelos litígios mas que operacionalizassem, individualmente, o custo de oportunidade de cada um desses indivíduos ou bens. E, embora, na seara penal, por exemplo, existam estudos empíricos a examinar o problema do excesso de tempo das prisões cautelares no Brasil,³⁶⁷ não se tem notícia de cálculos do impacto econômico disso, até porque esses cálculos exigiriam: a) o cotejo caso a caso de presos cautelares que posteriormente foram inocentados por sentença (do contrário, o “bloqueio” deles seria apenas “antecipação de pena”); e b) o delineamento de variáveis socialmente (politicamente) controversas, como aquela a indicar que valor, se algum, os presos cautelares produziram no “mercado das atividades lícitas” – e não no “mercado do crime”.³⁶⁸

O principal problema econômico que o congestionamento da Justiça cria, contudo – quer por filas reais quer por filas figurativas –, reside, ainda seguindo o argumento de Posner,

³⁶³ O impacto do congestionamento sobre os custos de erro vem abaixo.

³⁶⁴ A distinção é do presente texto e não está em Posner. Por bloqueio informal, quis-se designar não a penhora, o arresto ou outro ato judicial que retire o poder de disponibilidade sobre um bem, mas, por exemplo, a vedação do artigo 77, VI, do CPC, que impede que partes e procuradores promovam “inovação ilegal” no estado de fato do bem litigioso.

³⁶⁵ Posner fala em “*property ‘tied up’ in litigation*”. (POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973, p.445.) O caso principal desse conceito (“*property ‘tied up’ in litigation*”) parece ser, paradoxalmente, não a propriedade paralisada nos litígios mas os “projetos de propriedade futura” embaralhados na litigância. Pense-se, por exemplo, num contrato administrativo que venha a dar lugar a uma estrada, a uma hidrelétrica. Quando envolvidos nesses projetos conflitam e, em razão do conflito, a realização do projeto tem de parar, aí sim a paralisação e a ocasional demora processual implicam pesados custos de oportunidade à sociedade. O bem objeto do projeto não pode ser usado no curso do processo – mesmo porque não está concluído. Parecem ir nessa linha as modificações da lei de arbitragem a permitir o uso da arbitragem pelo Poder Público. Cuidar-se-ia do reconhecimento de que existem casos em que a demora judicial realmente implica custos sociais a justificar a “compra de tempo” por meio da arbitragem.

³⁶⁶ O CPC reconhece o potencial custoso desse tipo de demora ao estipular, no artigo 143, *caput*, II, e §2º, a responsabilidade do juiz pelo retardamento imotivado de providências judiciais, desde que requeridas pela parte e não apreciadas em dez dias. A efetividade dessa regra, contudo, é discutível.

³⁶⁷ Por exemplo: IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Excesso de prisão provisória no Brasil**: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). Brasília, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Pod_54_Rogério_final_web-1.pdf. Acesso em: 20/02/2020.

³⁶⁸ Esses termos não são invenção do presente trabalho. Pelo contrário, estão presentes há muito tempo na literatura econômica, valendo mencionar, por todos: BECKER, Gary S.. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**, vol. 76, n. 2, p.169-217, 1968. Disponível em: www.jstor.org/stable/1830482. Acesso em: 15/12/2018.

no aumento da probabilidade de erro judicial. A demora da Justiça, diz Posner, tende a distanciar a aplicação do direito (sentença) dos fatos apresentados pelas partes (inicial e contestação), incrementando os custos de erro “*because the adaptation of rules to altered circumstances is retarded*” e porque o valor probatório das provas levadas ao conhecimento do juízo decai com o tempo.³⁶⁹

A inclusão, nos modelos de AED de Gico Jr. e Shavell, da possibilidade de erro judicial será examinada na discussão seguinte, respeitante à rivalidade das regras. De todo modo, será mesmo que, conforme diz Posner, a adaptação das regras às circunstâncias distintas daquelas apresentadas ao tempo da inicial e contestação implica custo social? O que, de resto, significa “*adaptation of rules to altered circumstances*”? Será que, hoje (2020), com o montante de informações que circulam e com o registro contínuo e praticamente infinito de tudo o que acontece na prática judicial em servidores informáticos, o juiz não tem condição de saber quais os precedentes, jurisprudência, regras legisladas, decretos, regulações vigiam ao tempo dos fatos (\cong qual era o “espírito da lei” no tempo dos fatos)? O mesmo raciocínio serve para o valor comprobatório das provas, que, para Posner, tenderia a decair com o tempo. (A tendência parece ser a de que cada vez mais as provas sejam representações de som e imagem do que aconteceu no mundo dos fatos.) O artigo de Posner é de 1973. Posner, mais que isso, toma em conta a lógica do *common law* ao fazer as considerações examinadas acima sobre a criação de incerteza econômica pela demora da Justiça.³⁷⁰ Saber até que ponto essas considerações valem, em

³⁶⁹ POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973, p.445-446.

³⁷⁰ É possível dizer (isto, registre-se, é afirmação do presente trabalho) que o motor da análise econômica do direito é o direito da responsabilidade civil, porque é a tradução, em linguagem jurídica, de conceitos muito bem assentados na Economia (do setor público[?]): externalidades, custo social, eficiência. Sucede que, no *common law*, o direito da responsabilidade civil é preeminente judicial. O juiz, diante do caso concreto: perguntaria: quem poderia ter assumido o risco a menor custo (culpa, *negligence*)? A vítima poderia ter tomado precauções (*strict liability*)? Daí a importância que Posner atribui aos fatos e, a partir deles, à adaptação das regras a circunstâncias de fato alteradas pelo tempo (“*adaptation of rules to altered circumstances*”). Calharia saber se, em países do *civil law*, a presteza no ato de julgar é tão importante assim. Se, no *civil law*, as regras de responsabilidade estão na lei, e se a interpretação das regras pode ser datada (artigos, doutrina, comentários à lei são datados no tempo), deve-se dar tanta importância à proximidade temporal entre fatos e certeza? A respeito do direito da responsabilidade civil como um direito eminentemente legal no Brasil, Bodin de Moraes, quando traça um panorama histórico da responsabilidade objetiva, examina mormente a mudança das regras legisladas. (BODIN DE MORAES, Maria C.. Risco, solidariedade e responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 95, p.11-37, 2006, p.11-17. Disponível em: https://www.academia.edu/13812801/Risco_solidariedade_e_responsabilidade_civil. Acesso em: 1º/01/2020.) De outra parte, afirmando que é uma meia-verdade dizer-se que o direito da responsabilidade civil no *common law* é um direito judicial (daí por que esta nota-de-rodapé usou a expressão “eminente judicial”): GOLDBERG, John C. P. Ten Half-Truths about Tort Law. **Valparaiso University Law Review**, Vol. 42. **Vanderbilt Public Law Research Paper No. 08-08**. 2008, p.1270-1273. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1122324. Acesso em: 1º/01/2020.

matéria de eficiência econômica, em 2020, para países do *civil law* demandaria pesquisa empírica que, talvez com o ferramental atual, não seja realizável.³⁷¹

O que se pretende concluir, de qualquer forma, nesta seção é que, quando agentes econômicos, operadores do direito e pesquisadores acadêmicos reclamam da demora da Justiça,³⁷² deve-se questionar especificamente qual o problema da demora. São externalidades? Mas quais especificamente? Ou é o reclamo simplista do incremento dos custos de administração (quanto mais casos, mais servidores públicos, mais juízes, mais energia elétrica, mais computadores)? Se o argumento for nesta última linha, o tempo é (co)lateral. O problema, no fundo, é de contratação de mão de obra e de estipêndio de recursos para dar as condições de trabalho para essa mão de obra (custos fixos).

Ou o reclamo é o de que a passagem do tempo no processo produz incerteza (jurídica)? Mas de qual raciocínio causal se conclui pela incerteza jurídica? Cuida-se de um modelo matemático ou de pesquisa empírica? É incerteza pelo decaimento de provas? Isso vale para todos os casos? Mesmo para os casos nos quais as provas consistam em vídeos e áudios, escapando-se em alguma medida das falhas da memória humana (prova testemunhal)? Ou é incerteza pela distância entre fatos e regras (probabilidade de erro)? Ora, sendo isso, quem reclama deve responder por que as soluções jurídicas já existentes, que trabalham a questão da lei no tempo, não bastam. A Constituição, por exemplo, determina que a lei respeite o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, XXXVI). O Código Civil brasileiro, por seu turno, possui regras de transição para a contagem de prazos (artigos 2.028 e 2.029). O Código de Processo Civil, por fim, depois de estipular a sua *vacatio legis* (artigo 1.046), ordena a aplicação das suas regras aos processos em curso (artigo 1.047, *caput*), a respeito do que, saliente-se, adiantou-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sessão administrativa para designar o dia específico da entrada em vigor do novo diploma.³⁷³ Ou seja, o ordenamento ataca minuciosamente o problema da lei no tempo.

³⁷¹ Como comparar a eficiência econômica dos sistemas? Quais casos escolher? E como isolar da pesquisa todo o resto do direito, da economia?

³⁷² O III Relatório Supremo em Números, por exemplo, cuida da relação do Supremo Tribunal Federal (STF) com o tempo. Talvez se possa dizer, contudo, que a preocupação do relatório não é propriamente o tempo, que é um tema razoavelmente disciplinado nos códigos de processo e nos regimentos tribunais, inclusive do STF. A preocupação de fundo, conceitual, do relatório é com as faltas de padronização – cada ministro age do seu jeito – e transparência e com o descumprimento do ordenamento – os ministros não serviriam de exemplo, desrespeitando as normas já existentes que disciplinam a relação dos órgãos do tribunal e do próprio tribunal enquanto instituição com o tempo. (FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivan A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014, 151 p.)

³⁷³ SCOCUGLIA, Livia. STJ define que data de entrada em vigor do Novo CPC será 18 de março. **Jota**, 02 de março de 2016. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/justica/plenario-do-stj-define-que-o-novo-cpc-entra-em-vigor-no-dia-18-de-marco-02032016. Acesso em: 1º/01/2020.

Dizer que a demora da Justiça aumenta os custos de transação, incentiva o comportamento estratégico, retira a força dos contratos³⁷⁴ é pouco. Afirmar que, de antemão, se saiba, na esfera material, quem tem razão. Por fim, se se quiser subir um degrau na escala da abstração, argumentos que digam da eficiência da Justiça não podem escapar à pergunta sobre qual é, na esfera material, o propósito da regra (distribuição, eficiência, outras razões de justiça).³⁷⁵ Nessa linha, saber se a demora incrementa os custos de erro exige o dimensionamento do conceito de erro judicial (erro com referência a qual valor, a qual conceito?³⁷⁶)

O tempo, enquanto criador de incerteza, entra na teoria econômica dos contratos, é verdade, realçando o papel do Estado de garantia dos contratos a fim de incentivar a cooperação entre incentivos e grupos (de que se falou no capítulo 2 deste texto quando do exame da obra de Ogas). Poder-se-ia, a partir disso, dizer que o tempo, na análise econômica dos litígios, criaria a mesma espécie de incerteza. O argumento diria que, quando alguém ajuíza uma ação, não toma em conta a presteza que retira do exame judicial dos outros casos que serão examinados em sequência (que estarão “atrás” na pilha de processos a julgar de um juiz). O argumento seguiria dizendo que isso é uma externalidade negativa, que, de resto, incentivaria o comportamento estratégico. A transposição da incerteza dos contratos para os litígios, no entanto, não é tão óbvia.³⁷⁷ Quais as diferenças fundamentais entre um acordo que encerra um

³⁷⁴ Veja-se, por exemplo: NÓBREGA, Mailson da. A crise da Justiça, o cidadão e a economia. **Folha de São Paulo**, 3 de janeiro de 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/1/03/dinheiro/3.html>. Acesso em: 1º/04/2020.

³⁷⁵ Sobre o conceito de erro depender do propósito da lei substantiva: “*The analysis of legal-error costs would be very different if the purpose of the underlying substantive law were not to improve the allocation of resources but were instead to compensate victims of certain accidents. The amount of undercompensation due to legal error would be equal to the product of the error rate, the cost per accident, and the number of accidents that occur for which the injurer should be held liable. That number will be greater the higher the error rate, for we know from the previous discussion that the number of accidents rises with the error rate, and therefore undercompensation must rise with the error rate. Besides the error rate, the principal factors determining the amount of undercompensation are the effectiveness of the law (albeit imperfectly enforced) in deterring accidents, and the scope of the law. For identical error rates, the number of accidents occurring for which the injurer should be held liable will be greater if the legal standard is strict liability than if it is negligence. The costs of error are therefore likely to be higher under a strict-liability than under a negligence standard if failure to compensate where compensation is due is reckoned as a cost, and not merely as a transfer of wealth. Finally, to make undercompensation commensurable with the social loss of Figure 1, we need to know the rate at which a dollar in undercompensation is equated to a dollar in scarce resources consumed; it need not be one to one. In short the cost of legal error may differ dramatically depending on whether the purpose of the underlying substantive law is viewed as allocative or distributive.*” (POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973, p.405-406. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013.)

³⁷⁶ Admitindo que a ideia de erro não pode prescindir de algum conceitualismo: SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism Be Defended Empirically? **The University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 3, p.636-670, 1999, p.666-669. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1600421>. Acesso em: 06/02/2012.

³⁷⁷ Aliás, será que um Justiça célere não incentiva comportamentos estratégicos também? E as tais guerras de liminares? Se os indivíduos não acreditassem na Justiça e se essa não fosse célere, será que eles buscariam validar as suas decisões práticas com cautelares e antecipações de tutela?

litígio e um acordo que não parte de um litígio (um “contrato comum”, com um promitente e um promissário a se comprometer em direção ao futuro). São duas.³⁷⁸ Primeira: quando as partes negociam e, ao final, não chegam a firmar um “contrato comum” – e descartando-se por ora os casos de responsabilidade pré-contratual³⁷⁹ –, cada uma segue o seu caminho. O poder de veto que cada uma das partes tem sobre os seus bens e as suas decisões (\cong princípio da liberdade) é forte, não podendo, de regra,³⁸⁰ ser superado pela força alheia ou por uma decisão judicial. Quando, no entanto, as partes de um conflito de interesses (litígio), antes do ajuizamento de uma ação judicial, negociam e não chegam a acordo, o resultado é o ajuizamento da ação para a superação do veto, valendo acrescer que o processamento e julgamento da ação implicarão o estípidio de dinheiro público (custos de administração da Justiça). Segunda: quando as partes de um “contrato comum” firmam esse contrato, ele cria riqueza (o conceito de excedentes das trocas, visto no capítulo 2, também com Ogus). As partes saem de uma situação em que ambas nada estavam a ganhar – mas também não estavam a perder –, para uma situação de ganho recíproco (eficiência paretiana). Quando, contudo, as partes de um conflito (litígio) acordam pela resolução do conflito, com sorte, depois do acordo, elas ficarão no “zero a zero” (não se terá “ganha-ganha”). A existência de um conflito anterior significa que já houve perda social, externalidade.³⁸¹ O acordo que resolve um conflito no máximo recompõe os ativos (o “patrimônio”) das partes ao que se tinha antes do conflito³⁸² (no jargão jurídico: retorno ao *statu quo ante*).

Essa segunda diferença fundamental entre um “contrato comum” e um acordo a resolver um conflito (litígio) coloca em xeque a transposição automática, para a análise econômica dos litígios, do raciocínio, habitual na análise econômica dos contratos, segundo o qual o tempo é criador de incertezas e, portanto, obstrutor da cooperação. Nos “contratos comuns”, a razão para a atuação do Estado é o fomento à cooperação, à criação (e consequente repartição) de

³⁷⁸ Esses argumentos são do presente trabalho. Na literatura revisada, não se os encontrou sistematizados assim, mas podem ser extraídos, por exemplo, do texto de Calabresi e Melamed, no ponto em que dizem que o Judiciário é um mecanismo de alocação de bens, serviços e riscos extramercado. (CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v.85, p.1089-1128, 1972.)

³⁷⁹ Os quais, registre-se, não são exceção ao raciocínio que se está a desenvolver mas exigiriam, para a sua compreensão, explicação adicional, que nada acrescentaria à presente seção.

³⁸⁰ Existem exceções, como as faculdades de a Administração desapropriar e se valer dos bens dos privados para satisfazer o interesse público. A vinculação dessas exceções com o raciocínio econômico pode ser encontrada em: CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v.85, 1972, pp.1089-1128.

³⁸¹ Ou haverá, nos casos das ações a reprimir ameaça a direito (artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal), as quais, em todo caso, não invalidam o raciocínio de que, nos litígios, não há criação de valor, riqueza – não ao menos de maneira estrita, tal como se dá nos “contratos comuns”.

³⁸² Ou garante-lhes a manutenção (“zero a zero”) nas ações a reprimir ameaça a direito. Ver nota anterior.

riqueza, valor. Nos contratos a encerrar litígios, contudo, qual a razão para o Estado atuar? Qual a razão de eficiência (estática, que é a que vale para a ideia de criação de valor)? De eficiência estática, talvez se possa dizer que não há. Poder-se-ia dizer que, com a recomposição dos ativos dos lesados, há a garantia da propriedade (incentivo à internalização das externalidades positivas e negativas). Se se permitisse a alguém lesar outrem e nada pagar, seguiria o raciocínio, o sistema de incentivos a proteger as esferas jurídicas (as “propriedades” das pessoas sobre os bens, sobre as suas características inatas, sobre o corpo) ficaria estremecido. A razão não é, entretanto, de eficiência estática – como se dá na garantia dos “contratos comuns” – mas de eficiência dinâmica. Se não houver recomposição ao *status quo ante*, ao longo do tempo, as pessoas perderiam os incentivos a envidar esforços de produção.

A AED assume, contudo, que a proteção da liberdade e da propriedade contra atos de destruição voluntários dá-se pelo direito penal, e não por regras de responsabilidade civil (litígios), que, quando muito, tornariam os indivíduos indiferentes entre o dano e o “não dano”.³⁸³ Mas não é só isso. Calha perceber também o quanto a razão de proteção da propriedade se afasta do problema do tempo e da incerteza. No caso dos “contratos comuns”, o Estado atua justamente para resolver o problema econômico do tempo (o tempo como gerador de incertezas), garantindo as promessas de parte a parte em direção ao futuro. A razão é justamente domar o futuro. No caso dos litígios, por outro lado, já houve, presume-se, conflito, comportamento estratégico, não cooperação. A razão para o Estado atuar não é o fomento a uma cooperação (paretiana, *i.e.* entre as próprias partes de um conflito) em direção ao futuro. O tempo (a incerteza) não é o problema econômico principal. Não é, *ex ante*, a cooperação que está em jogo. É a recomposição de uma perda anterior que, com sorte,³⁸⁴ deixará a sociedade na mesma situação que antecedeu a perda. Não é por outra razão que Shavell sugere, em lugar da Justiça, o cumprimento da função de recomposição por sistemas de seguros, somados que deverão ser a sistemas de tributos (estes últimos para a promoção de dissuasão). Ora, os litígios são, por excelência, o domínio do comportamento estratégico, da não-cooperação. Se há conflito, presume-se, já houve perda social. E não é a presteza da jurisdição que resolverá o problema – mesmo porque, como dito, a demora será absorvida pelas partes do conflito.

O argumento de que o problema da demora da Justiça incentiva comportamentos estratégicos, aumenta custos de transação deveria enfrentar esses contra-argumentos. De que comportamentos estratégicos se está a falar se a existência de um conflito já pressupõe

³⁸³ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, p.46-463.

³⁸⁴ “Sorte” quando os custos de administração forem suficientemente baixos.

comportamentos estratégicos, já pressupõe não cooperação, já parte de perda social? Uma Justiça mais célere evitaria, por exemplo, cursos de “blindagem patrimonial”, promovidos em sites jurídicos com este nome mesmo, “blindagem patrimonial,”³⁸⁵ ou o problema está em outro lugar? De que maneira a demora da Justiça cria mais campo para comportamentos estratégicos?³⁸⁶ E por que as soluções processuais existentes não são suficientes para contornar o problema da demora (antecipação de tutela, cautelares)? Do mesmo modo: por que a estipulação de garantias de rápida execução (*e.g.* alienação fiduciária de automóveis) não são suficientes à resolução do problema do tempo no processo? Será que quem reclama da demora da Justiça adota o mesmo discurso perfeccionista nas decisões que toma no dia a dia?³⁸⁷

Não se pode, por fim, descartar o argumento de Shavell, reiterado acima, que, ao menos em teoria, retira muito da razão de ser do Estado como mecanismo de recomposição de ativos (mecanismo de recomposição “patrimonial”). Shavell chega a sugerir mesmo a vedação ao ajuizamento de determinadas classes de ações judiciais, dizendo que, se o que se quer é compensação, sistemas de seguros – públicos inclusive – são mais eficientes que a Justiça. Cita, aliás, o caso da Nova Zelândia, que assim o fez.³⁸⁸ De novo, então: se se presumir que os

³⁸⁵ CURSO Sobre Blindagem Patrimonial Familiar (Aspectos Societários e Tributários). **Migalhas**, 9 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/eventos/278293/curso-sobre-blindagem-patrimonial-familiar-aspectos-societarios-e-tributarios>. Acesso em: 02/04/2020.

³⁸⁶ Numa nota pessoal, o autor afirma, sem receio de ser hiperbólico, que, na prática, na maioria das vezes em que viu indivíduos e empresas tomarem atitudes estratégicas para se livrarem do cumprimento de suas obrigações (*e.g.* “esvaziamento de CPFs e CNPJs”), tal se deu antes do ajuizamento de ações judiciais. De maneira mais técnica, citados por Falcão, Schuartz e Arguelhes, os pesquisadores Gonçalves, Holland e Spacov, por meio de pesquisa econométrica, concluíram que a incerteza judicial não é responsável pelas taxas de juros de curto prazo vigentes em distintos países com distintas jurisdições. (FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. *Jurisdição, incerteza e estado de direito*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006, p.81.)

³⁸⁷ O autor pede, no ponto, licença para relatar uma experiência pessoal. Enquanto estagiário do Ministério Público Federal (MPF), o autor teve de lidar com diversos casos criminais de financiamentos de veículos obtidos junto a instituições financeiras por meio de documentos falsos. A competência para o julgamento desses crimes, sim, é da Justiça Federal, pois os crimes são tidos como atentatórios ao Sistema Financeiro Nacional (SFN). O que espantava era a quantidade de casos nos quais os documentos falsificados, apresentados no momento da obtenção do financiamento, eram grosseiros, ou melhor, a falsificação era grosseira. Por que tantas falsificações grosseiras passavam? O autor, é claro, não pode fazer uma afirmação causal neste ou naquele sentido, mas imagina que isso tenha alguma relação com os sistemas de metas das financeiras. Quando era estagiário do MPF, o autor possuía alguns colegas que trabalhavam para instituições financeiras, os quais reclamavam constantemente dos sistemas de metas que lhes vinculavam o comportamento. Alguns não se vexavam ao dizer que, para o atingimento completo dessas metas, era impossível agir 100% conforme as leis civis. O MPF e a Justiça Federal, por seu turno, adotavam uma contraestratégia que, sim, postergava a resolução desses crimes. Remetiam falsos grosseiros para a Ministério Público estadual, que, não raro, devolvia tais ou quais casos ao MPF. Pode-se imaginar o quanto não demoravam e demoram as resoluções desses conflitos de competência e de atribuições. E, no entanto, no sentir do autor, se algum funcionário das financeiras tivesse um pouco mais de tempo para, por si, examinar os documentos falsificados, constataria o falso e evitaria todo esse problema.

³⁸⁸ Abaixo, criticar-se-á o argumento de Shavell, sob o fundamento de que para substituir um sistema já existente (Justiça), propõe uma série de condições necessárias e suficientes que, hoje, não se verificam na prática. Dir-se-á que o argumento de Shavell padece do que, em teoria econômica, chama-se *second-best*. Em

indivíduos estão segurados (presunção não rara de que partem diversos trabalhos econômicos), qual o problema do tempo da Justiça, da demora do Judiciário? Não se está a dizer que não há problema. Está-se, isto sim, a lançar um maior ônus argumentativo sobre os trabalhos que reclamem do congestionamento do Judiciário, para que se possam debater conceitual e empiricamente esses reclamos. Existem, como visto, uma série de conceitos – filas figurativas, perda de valor presente que não é vertida para fora do conflito, litígios como o domínio natural da não cooperação – a desacreditar a relação automática entre demora da Justiça e debilidade econômica.

4.1.2. A (não) rivalidade das regras judiciais

Regras são informação. Pelo ângulo das Teorias da Decisão Racional e dos Jogos, por atribuírem consequências positivas e negativas a distintos cursos de ação, influenciam as decisões que os indivíduos optam por tomar (ou não). Ostrom, Gardner e Walker, por exemplo, afirmam que as regras, para a Teoria dos Jogos, são contextuais, prescritivas e observáveis (“seguíveis”), determinando, proibindo ou permitindo condutas. Enquanto esforços direcionados ao atingimento de previsibilidade entre os humanos, regras criariam classes de indivíduos (posições) que seriam então obrigadas, proibidas ou permitidas a adotar determinados cursos de ação em face de determinados estados do mundo.³⁸⁹

Como informação, regras são valorosas, mas a sua produção se dá a alto custo, razão pela qual são escassas.³⁹⁰ Como não bastasse, como informação, regras, diz a teoria, são reproduzíveis a baixo custo, colocando-se, em razão disso, o problema dos caroneiros (*free-riders*).³⁹¹ Essa dissonância (alto custo de produção e baixo custo de reprodução) poderia

todo caso, o argumento, em teoria, é interessante. E é, neste momento, em teoria (teoricamente) que se está a debater o problema da rivalidade das adjudicações.

³⁸⁹ OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.38.

³⁹⁰ A respeito dessas características das informações: ARROW, Kenneth J. Information and the organization of industry. In: CHICHILNISKY, Graciela. (org.) **Markets, information, and uncertainty**: Essays in economic theory in honor of Kenneth J. Arrow. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p.20.

³⁹¹ Ostrom, Gardner e Walker valem-se desse raciocínio para explicar por que, até certo instante, os teóricos dos jogos não deram a devida atenção para as regras e, mais que isso, para a possibilidade de sua alteração, a modificar as configurações de uma situação de jogo e, em razão disso, os equilíbrios resultantes do jogo: *“This lack of attention to the possibility of changing the rules of a game results from two different views. The first is a methodological position that eliminates analysis of structural change while examining the effects of one structure on outcomes. In other words, the givens that one uses to specify a problem for analysis are not to be changed in the process of analysis. It is with a long-term perspective that the given constraints of a particular physical facility are changed into variables that can be changed and thus analyzed. A similar approach can be taken with rules.*

“The second reason that the possibility of individuals changing their own rules has been ignored is the assumption that a set of rules is itself a public good. Once developed, the rules are available to all individuals,

explicar, aliás, a razão pela qual indivíduos e grupos têm inclinação para a cópia de regras (sobretudo das eficientes). Pense-se, por exemplo, nos regulamentos dos tribunais arbitrais. Ainda que estes tribunais se pretendam algo inteiramente distinto do Judiciário, costumam mimetizar as regras processuais da adjudicação pública (leia-se: códigos de processo). Mas o inverso também parece ser verdadeiro. Com o aumento da demanda pela arbitragem – a indicar, então, a eficiência dos regulamentos dos tribunais arbitrais, que, embora miméticos do processo civil, são mais simples –, não são raras as alterações legislativas a transpor para o direito processual civil algumas das maleabilidades dos procedimentos arbitrais.³⁹² No processo civil brasileiro, pode-se apontar para o instituto dos negócios processuais como um indicador disso (artigos 190, 191, 373, §3º, do CPC).

A assunção de que regras são informação indica a baixa rivalidade delas. No capítulo 2, disse-se que indicariam a rivalidade no consumo dos bens (lado da demanda) a sujeição a congestionamento, sobreuso, poluição. Como, então, se for o caso, indicar a não rivalidade? Como indicar que um bem não está sujeito a efeitos de congestionamento? O fato de não se ter formado uma fila no consumo do bem diz pouco sobre a rivalidade: pode haver, em lugar de baixa rivalidade, baixa demanda. Potencialmente, pode-se indicar a não rivalidade no uso apontando-se para a possibilidade de uso simultâneo do bem por vários consumidores e para a possibilidade de uso repetido no tempo sem que o bem se desgaste. Factualmente (correntemente), pode-se indicar um consumo, atual ou passado, simultâneo e repetido do bem por vários consumidores.

4.1.2.1. A (não) rivalidade como potência

A partir dessas considerações, é possível dizer que consistem em indicadores virtuais da não rivalidade de determinadas decisões judiciais as normas que estipulem que os efeitos das decisões judiciais devem regular os efeitos de diversos estados do mundo para além do litígio

whether or not they contribute to the effort to design the new rules. Thus, changing rules is a higher-order, supply-side provision problem [...]. Agreement on better rules affects all individuals in the group whether they participate in the reform effort or not. The temptation to free ride in the effort to craft new rules may be offset by the strong interest that most appropriators have in ensuring that their own interests are taken into account in any set of new rules. Further, the group might be 'privileged' in the sense that one or a very small group or individuals might expect such a high return from provision that they pay the full cost themselves [...]." (OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994, p.47-48.)

³⁹² Em sentido parecido: ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem "adjudicação". In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.

original, ou melhor, normas que indiquem o alcance, por decisões judiciais, de esferas jurídicas de terceiros. Vão nessa linha as regras dos seguintes artigos da CF: 5º, LX;³⁹³ 93, IX,³⁹⁴ X,³⁹⁵ 97;³⁹⁶ 102, *caput*, I, a,³⁹⁷ §1º,³⁹⁸ §2º,³⁹⁹ §3º;⁴⁰⁰ 103, §3º;⁴⁰¹ 103-A,⁴⁰² *caput*, §1º;⁴⁰³ 105, III, c.⁴⁰⁴ No CPC, por seu turno, indicam a não rivalidade de determinadas decisões judiciais: 138, §3º;⁴⁰⁵

³⁹³ Cláusula geral de publicidade dos atos processuais. Para sair da não rivalidade das regras judiciais e se chegar à publicidade dos atos judiciais em geral, é verdade, é necessário um salto normativo grande. O que se quer dizer, de todo modo, é que não há aquela (regra judicial) sem esta (publicidade). Mesmo, aliás, que não existissem disposições a determinar a vinculação das decisões judiciais a decisões das instâncias superiores, poder-se-ia retirar do conceito razoavelmente assentado de jurisprudência (conjunto de decisões num determinado sentido) a ideia de que a Justiça, mesmo nos países do *civil law*, produz regras de conduta. É, contudo, condição necessária – mas não suficiente – do conceito de jurisprudência a publicidade das decisões.

³⁹⁴ Reforço da cláusula geral de publicidade dos atos processuais, com a garantia, caso se excetue algum ato da regra geral da publicidade, de não prejuízo ao interesse público à informação.

³⁹⁵ Publicidade das decisões administrativas, a permitir a formação de uma jurisprudência administrativa, de “precedentes administrativos”.

³⁹⁶ Quórum para a declaração pelos tribunais de inconstitucionalidade de atos normativos, do que se extrai a possibilidade desse tipo de julgamento.

³⁹⁷ Competência do STF para julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) e declaratória de constitucionalidade (ADC).

³⁹⁸ Previsão da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

³⁹⁹ Efeitos das ADI e ADC, a saber: contra todos e a vincular o Judiciário e a administração direta e indireta em todas as esferas.

⁴⁰⁰ Dever de o recorrente extraordinário demonstra a repercussão constitucional geral do seu caso, do que se extrai que o juízo de prelibação desse recurso reconhecerá o potencial de, a partir dele, se criar uma regra judicial.

⁴⁰¹ Expressão inconstitucionalidade “em tese”.

⁴⁰² Instituto e efeitos de súmula vinculante.

⁴⁰³ Objeto da súmula vinculante.

⁴⁰⁴ Competência do Superior Tribunal de Justiça de, por meio do julgamento de recursos especiais, unificar a interpretação da legislação federal.

⁴⁰⁵ Poder de o *amicus curiae* recorrer da decisão que julgar o incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR), do que se extrai que essa decisão estar-lhe-á a afetar a esfera jurídica.

313, I;⁴⁰⁶ 489, §1º, VI;⁴⁰⁷ 926, *caput*,⁴⁰⁸ §1º;⁴⁰⁹ §2º;⁴¹⁰ 927, I, II, III, IV, V,⁴¹¹ §2º,⁴¹² §3º⁴¹³, §5º⁴¹⁴; 932, IV⁴¹⁵, V.⁴¹⁶

Seria possível traçar um contínuo entre as soluções menos rivais e as soluções mais rivais, estando nessa última ponta a sentença que julga um conflito de interesses a afetar apenas as partes em litígio (“regra do caso concreto”). As decisões menos rivais seriam aquelas, por exemplo: que dariam ocasião à formulação de súmulas e súmulas vinculantes; proferidas sob o regime de repercussão geral; a declarar constitucionais ou inconstitucionais leis e atos, etc.

4.1.2.2. A (não) rivalidade como ato

De outra parte, como (f)ato, a não rivalidade das regras judiciais – *i.e.* decisões judiciais com vocação à generalização e à abstração – pode ser extraída dos seguintes dados oficiais: a) em razão da repercussão geral (efeito multiplicador), entre 2007 e 2010, houve uma queda de

⁴⁰⁶ Suspensão do processo pela admissão de IRDR (decisões que resolvem casos em massa).

⁴⁰⁷ Dever de [o juiz] seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente, salvo a existência de distinção.

⁴⁰⁸ A simples menção ao conceito de jurisprudência, como se disse na nota-de-rodapé nº 6 já indicaria a existência de decisões que, com vocação à generalização e à abstração, tendem a ser pouco rivais. O dispositivo, contudo, vai além, obrigando os tribunais a uniformizar a sua jurisprudência, que deve ser “estável, íntegra e coerente.”

⁴⁰⁹ Dever dos tribunais de editar enunciados de súmula a conter a orientação jurisprudencial dominante.

⁴¹⁰ Limitação dos enunciados das súmulas às circunstâncias de fato dos casos que lhes deram origem.

⁴¹¹ Baixa rivalidade: a) das decisões do STF em controle concentrado; b) dos enunciados de súmula vinculante; c) dos acórdãos de incidentes de assunção de competência; d) dos acórdãos de incidentes de demandas repetitivas; e) dos acórdãos de recursos extraordinários e especiais repetitivos; f) dos enunciados das súmulas do STF e do STJ nas matérias que lhes competem examinar; g) das orientações dos plenários e órgãos especiais dos tribunais. Por que baixa rivalidade dessas espécies de decisão? Porque devem ser aplicadas (“consumidas”) por juízes e tribunais nos casos concretos que se lhes forem apresentados (do que se pode concluir que serão “consumidas” também pelas partes dos casos concretos nos quais incidirem).

⁴¹² Tanto são pouco rivais as decisões arroladas na nota anterior e tanto são consumidas por terceiros exteriores ao(s) litígio(s) que deram origem a essas decisões que, no caso da alteração da tese, pode haver audiências públicas e participação de pessoas e entes.

⁴¹³ Baixa rivalidade: a) da jurisprudência dominante do STF; b) da jurisprudência dos tribunais superiores; e c) da jurisprudência oriunda de casos repetitivos. Tanto são pouco rivais que, quando de sua alteração, no interesse da coletividade (interesses social e da segurança jurídica), pode haver a modulação de efeitos.

⁴¹⁴ Dever de os tribunais darem publicidade “a seus precedentes”, preferencial divulgando-os na Internet.

⁴¹⁵ Baixa rivalidade das súmulas do STF e STJ, acórdãos de repetitivos do STF, STJ e dos tribunais e entendimentos firmados em incidentes de resolução de demandas repetitivas e assunção de competência. Tanto são pouco rivais essas decisões que podem ser consumidas não só pelas partes dos processos que lhes deu origem mas também (devem ser consumidas) pelas partes de outros processos com semelhanças fáticas, podendo o relator de recursos que as desconsiderem agir monocraticamente para negar provimento aos tais recursos (veja-se: “negar provimento”, isto é, decidir o mérito).

⁴¹⁶ A mesma ideia da nota anterior mas, aqui, para dar provimento aos recursos.

71% dos recursos extraordinários a tramitarem no STF;⁴¹⁷ b) até as 18:03 de 1º/04/2020 estavam sobrestados simultaneamente no Brasil, a aguardar a resolução de:

- recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida: 1.221.082 processos;
- recursos repetitivos: 1.168.669 processos;
- incidente de resolução de demandas repetidas: 306.297 processos;
- incidentes de assunção de competência: 1.276 processos;

c) até as 18:03 de 1º/04/2020, o STJ contava, entre incidentes de recursos repetitivos, representativos de controvérsia, grupos representativos, e incidentes de assunção de competência, com 1.217 casos; d) até a mesma data, o STF, entre repercussão geral e representativos de controvérsia, contava com 1.173 casos.⁴¹⁸ Todos esses processos, é claro, relacionam indivíduos variados, vinculados por variadas circunstâncias do mundo factual, ocorridas em variados instantes de tempo.

4.1.2.3. Discussão

A Justiça no Brasil, viu-se até aqui, produz adjudicação (bem rival) e regras (bem não rival), regras que, por sua vez, passam a vincular não só juízes mas também os indivíduos interessados na adjudicação de seus conflitos pela Justiça. A pergunta que cabe, então, é: seria de fato, a Justiça um recurso comum? Ora, se são dois os “produtos” (serviços, bens, tanto faz) da Justiça, um rival e um não rival, seria possível categorizar a Justiça como uma única espécie de bem? E a resposta é: não. Produzindo a Justiça no Brasil regras de conduta – quer pelo assentado conceito de jurisprudência, anterior, é claro, ao Código de Processo Civil de 2015,⁴¹⁹

⁴¹⁷ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ Serviço: Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo. **CNJ – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, sem data. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 02/04/2020.

⁴¹⁸ O site do CNJ contém ainda dados dos demais tribunais da federação por tipo de incidente. O objetivo, aqui, no entanto, não é a análise dos dados, mas: i) a constatação de que, na prática, decisões judiciais passam, no Brasil, a ser efetivas regras de conduta; b) discutir conceitualmente essa constatação a partir da classificação econômica dos bens. (CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. **CNJ – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2020. Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l\painelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true. Acesso em: 02/04/2020.)

⁴¹⁹ O capítulo I do Título IX do Livro I do Código de Processo Civil de 1973, na sua redação original, por exemplo, continha normas destinadas à “Uniformização da Jurisprudência” (artigos 476 a 479). O mesmo

quer pela ideia de precedentes; quer ainda pela resolução de demandas repetidas –, não é possível dizer que a Justiça é um recurso comum (bem rival). Quando muito, seria possível dizer que a Justiça, enquanto prestadora do serviço de adjudicação, presta um serviço rival.

Ocorre que a separação dos serviços da Justiça não é simples. Para prestar um serviço não rival (produzir regras), a Justiça precisa prestar um serviço rival (adjudicação). E, quando presta um serviço não rival (regras), a Justiça busca *ex ante* evitar que se lhe demande a prestação do serviço rival (adjudicação) no futuro.⁴²⁰ Não é por outra razão que Gico Jr. vê, como saída para o problema do congestionamento da Justiça no Brasil, (investimentos em) certeza jurídica.⁴²¹ Certeza (serviço não rival) na prestação de um serviço rival (adjudicação)

diploma fazia quatro menções ao conceito de “jurisprudência”. (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Suplemento de 17/01/1973. Brasília, DF, 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 31/03/2020.)

⁴²⁰ Pode-se extrair esse objetivo – de evitação –, a propósito, da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015, que, embora bastante teórica, deixa transparecer o intento causal do novo diploma, ao menos na visão da comissão de juristas que assina a exposição, de reduzir o número de recursos na prática: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas tenham de submeter-se a regras de conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos.

“Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade.

“Prestigiou-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado), tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize.

[...]

“Encampou-se, por isso, expressamente princípio no sentido de que, uma vez firmada jurisprudência em certo sentido, esta deve, como norma, ser mantida, salvo se houver relevantes razões recomendando a sua alteração.

“Trata-se, na verdade, de um outro viés do princípio da segurança jurídica, que recomendaria que a jurisprudência, uma vez pacificada ou sumulada, tendesse a ser mais estável.

[...]

“O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a prescrever as justas expectativas das pessoas.

“Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando ‘segura’ a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de ‘surpresas’, podendo sempre prever, em alto grau, as consequências jurídicas de sua conduta.

[...]

“A tendência à diminuição do número de recursos que devem ser apreciados pelos Tribunais de segundo grau e superiores é resultado inexorável da jurisprudência mais uniforme e estável.

[...]

“Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão ‘excessiva de jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o assoberbamento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional.” (BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p.27-29.)

⁴²¹ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.38. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

evitaria que se demandasse esse serviço rival no futuro. E não é por outro motivo que Shavell, a partir do seu modelo econômico da decisão de litigar, diz que a razão (econômica) de ser de um aparato público destinado à solução de conflitos é, paradoxalmente, o seu não uso, pelos pesados custos sociais que traz consigo (sobremaneira de administração):⁴²² [a razão de ser da Justiça] é a promoção de acordos pela ameaça de ingresso forçado na esfera jurídica dos causadores de dano.

A redução do número de litígios, então, é um fim em si mesmo? Qual o número ótimo de litígios numa determinada sociedade jurídica (coletividade de pessoas regida por normas positivadas)? A resposta é mais complicada do que pode parecer à primeira vista. Se, para prestar um serviço não rival, a Justiça tem de prestar um serviço rival, não seria descabido pensar a Justiça como um mecanismo de retroalimentação que produz informações, as quais, por seu turno, serão utilizadas pelos indivíduos nas decisões que tomarão no dia a dia. Mas, para produzir informações, a Justiça precisa do quê? O que são os litígios que chegam ao conhecimento da Justiça? São também conjuntos de informações sobre estados do mundo. E conjuntos de informações prestados pelos indivíduos que precisam das informações da Justiça para resolverem as suas vidas individuais firmando acordos.⁴²³ Esse tipo de raciocínio pode

⁴²² Nesse sentido: “[...] A chief social purpose of the institution of trial is paradoxical -- to foster settlement. Finally, let me add a number of comments about the social purposes of maintaining our system of trial adjudication that deserve emphasis although they are restatements of what has been discussed above. First, the socially desirable fraction of trials relative to settlements is probably small, given the high costs of trials and the often limited and unclear benefits of trials over settlements. That the actual fraction of settlements is about 98 percent is consistent with this point. At the same time, there would be no settlements, and the great social benefits derived from them (notably, deterrence of unwanted behavior and compensation of victims), would not be achieved in the absence of the ability of parties to go to trial (as was discussed at length in section 3). Hence, it may be said that an important justification for society's having established the legal apparatus for the holding of trials is, paradoxically, not actually to have trials occur. Rather, it is to provide victims with the threat necessary to induce settlements.” (SHAVELL, Steven. **Economic analysis of litigation and the legal process**. Cambridge, 2003, cap.17, p.18. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w9697>. Acesso em: 26/11/2018.) Na mesma linha: (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.606-607. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

⁴²³ Não seria absurdo formular essa hipótese na linguagem da teoria dos sistemas (o que, contudo, foge ao escopo do presente trabalho e mesmo às capacidades do autor do presente texto). Veja-se, por exemplo, o que diz Teubner sobre o direito como um sistema autopoiético e, ao final, sobre o processo (*legal procedure*) como sistema autorreferencial (autorreferente): “It is important to see that the products of an autopoietic system and even the processes of production can exist initially without a full-fledged autopoietic organization. Both of them can be constituted self-referentially, however, without producing each other. Only when these products and producing processes are organized in a certain complementary way does autopoiesis emerge; namely at the point when the processes of production produce the product and the product produces the processes of production. With regard to law, this means that law as ordering of expectations, as well as a legal system as communications concerning law, can exist without the process of production of law already being organized autopoietically. Law can be produced from many possible societal communications and communications about law are possible without them producing new law. Specialization in a function (conflict solution, formation of expectations, behavioral regulation) or the formation of a code of media (the distinction between legal right and wrong) are necessary but insufficient conditions for the autopoietic organization of the legal system. In addition,

parecer invencionice do presente trabalho, mas não é. Em termos econômicos, analisando a relação entre custos diretos (de administração, perícias, honorários dos advogados, tempo das partes e dos juízes) e custos de erro (erros de aplicação judicial do direito substantivo), Posner coloca a questão do seguinte modo:

“The relationship between error costs and direct costs can be summarized in a loss function having three terms. The first term is error cost. This is a function of the probability of error, which in turn is a function of the fraction of cases litigated, the amount of private expenditures on litigation and the amount of public expenditures. The second term is the sum of the private and public expenditures in cases that are litigated, and is equal to the total of those expenditures in all cases multiplied by the fraction of cases litigated. The third term is the total expenditures (all private) on cases that are settled, and is equal to the total private expenditures in all cases multiplied by the fraction of cases settled multiplied by the fractional cost of settling rather than litigating. An increase in the fraction of cases litigated, or in the public or private expenditures on litigation, will reduce the probability and hence cost of an erroneous judicial determination. An increase in public expenditures on litigation will reduce the relative cost advantage of settling rather than litigating (the government’s subsidy of litigation has increased), and an increase in the relative cost advantages of settling will reduce the fraction of cases tried.

“These relationships make clear why it is difficult to predict a priori the effect on overall efficiency of changes in the relevant variables. For example, an increase in the fraction of cases litigated will increase the social costs of legal dispute resolution only if the difference between the total costs of litigating cases and total costs of settling them is greater than the reduction in error costs brought about by increasing the fraction of litigated cases. Otherwise it will reduce the total costs of legal dispute resolution. An increase in public expenditures will reduce error costs both directly and by inducing a larger fraction of cases to be tried, but it will increase the total direct costs of legal dispute resolution both directly and by making litigation relatively more attractive than settlement. Thus there can be no presumption that increasing the public expenditures on the court system will increase social welfare. An expenditure of another \$1 million on the court system might cost society several millions -- or benefit society several millions. Finally, an increase in the fractional cost of settlement versus litigation, by lowering the cost of settlement relative to that of litigation, will reduce the direct costs of legal dispute resolution but indirectly increase the error costs. Thus, as argued earlier, measures that increase the

*there must evolve a hypercyclical structure, the products must produce such a network of conditions that a new legal production emerges from it. The point is that this circularity can only come about when legal acts, legal norms, legal procedures and legal doctrine are self-referentially constituted in a congruent manner. The premise for the self-reproduction of the whole legal system is the self-referential constitution of the components. For legal norms this is nothing new. H. L. A. Hart’s ‘secondary norms’ [...] is a famous example for such a self-referential constitution. Via secondary norms the law produces an internal self-description. By constituting rules for the identification and creation of norms, the law creates its own norm-creating structures. It does not matter if secondary norms refer to internal legal processes or refer to social norms or religious revelation. What is decisive in all these cases is the autonomous ‘self-indication’. However, secondary norms are only one among many instances of self-constitution of its components. The same holds true for legal acts. Whatever criteria the legal discourse is using of the definition of the legal act, the important thing is that it is nothing but legal communication that selects legal acts from the variety of social acts and events. One needs to extend this idea to legal procedure and legal doctrine. Both become self-referential when the legal discourse selects certain procedures and certain reality constructs as legal ones.” (TEUBNER, Gunther. Evolution of Autopoietic Law. In: _____. (org.). **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**. Berlin; Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1987, p.223-224.)*

No Brasil, quem escreve sobre a AED pela perspectiva da Teoria dos Sistemas é Thiago Araújo: ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise econômica do direito no Brasil: uma leitura à luz da teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

*attractiveness of settlement in comparison to litigation cannot be regarded as unequivocally desirable.*⁴²⁴

Talvez se possa representar a função de custo social referida por Posner, que dá conta da relação entre custos de erro e custos diretos (de administração), da seguinte maneira:

$$L(c_e, c_d) = c_e[p_{err}(1/n_l, 1/ex_{priv}, 1/ex_{pub})] + [(ex_{priv} + ex_{pub})n_l] + 1/[(ex_{priv})n_s]dc_s/dc_l$$

(equação 6)⁴²⁵

em que: i) L é a função de custo social com relação aos custos de erro (c_e) e diretos (c_d); ii) p_{err} é a probabilidade de erro; iii) n_l é o número de casos litigados; iv) ex_{priv} são os estipêndios privados nos litígios (contratação de peritos, de advogados, custo de oportunidade das partes nas audiências); v) ex_{pub} , os estipêndios públicos, não só os que se assemelhem aos dos privados (peritos, honorários) mas também construção de prédios de fóruns e tribunais, investimentos em processo eletrônico, investimentos em tribunais de superposição destinados à unificação de entendimentos (Gico Jr.); e vi) n_s , o número de casos acordados (*settled*).

O interesse da representação algébrica, em todo caso, é quando muito accidental. O que se deve perceber é, primeiro, o quão irrealizável é um cálculo dessa ordem. Mesmo numa coletividade pequena de indivíduos, quais os custos de se transigir (*settlement costs*, e não *transaction costs*; os primeiros como custos de acordos a encerrar litígios, e estes últimos, como custos de acordos que criam valor)? E mais: que coletividade de indivíduos mantém o registro dos casos que são resolvidos por acordos “pré-judiciais” (extrajudiciais antes do ajuizamento de uma ação)? Para encerrar o ponto: como medir a probabilidade de erro (erro com relação a quê, com referência a que concepção de direito: direito civil-constitucional, direito “civil-anticonstitucional”, para ficar num debate recente sobre o papel de um ramo importante do direito positivo)?

Mas o que realmente chama a atenção é a relação intrincada, ora direta ora inversa: i) do número de casos litigados; ii) dos investimentos privados e públicos nos litígios; e iii) do

⁴²⁴ POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973, p.441-442. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013.

⁴²⁵ A equação é representação do presente texto, não estando no artigo de Posner. O autor do presente texto, todavia, não é versado em cálculo, reconhecendo então, de pronto, quaisquer imprecisões que se apontem na equação. A representação algébrica, em todo caso, serve para demonstrar que a função do custo social se relaciona ora diretamente com determinadas variáveis ora inversamente com as mesmas variáveis, razão pela qual não se pode presumir de antemão que investimentos em certeza judicial serão socialmente benéficos.

número de casos acordados, tudo isso com o conceito de custo social (perda social, *social loss*, tradicionalmente representada pela variável L , do lado esquerdo da equação). Quanto mais casos litigados, mais custos diretos e, no entanto, menos custos de erro. Quanto mais investimentos privados e públicos, mais custos diretos e, contudo, menos custos de erro. De outra parte, quanto mais casos acordados sem ação judicial, menos custos diretos mas mais custos de erro. Isso para não falar na relação fracionária entre os custos de se transigir e os custos de se litigar, uns em relação aos outros.

Duas conclusões são necessárias aqui. Primeira: diversamente do que diz Gico Jr.,⁴²⁶ nem sempre investimentos em certeza (jurídica) judicial são acompanhados de benefícios sociais. Investimentos em certeza podem produzir benefícios mas podem também consistir em desperdício social. E isso, a propósito, resulta claro não só da equação posneriana dos custos mas também dos conceitos econômicos fundamentais de custos marginais crescentes e benefícios marginais decrescentes. Até que ponto investir em certeza compensa? Quando um real em certeza gera menos de um real em benefícios da certeza? Quais as inclinações das curvas dos custos da certeza e dos benefícios da certeza? Que investimentos fazer e como acompanhar a implementação desses investimentos (*implementation science*⁴²⁷)? Mais abstratamente, podem essas perguntas ser atacadas por pesquisas acadêmicas sem que estas tenham de responder, antes e acima (problemas conceituais anteriores e mais abstratos e, portanto, complexos), qual é a concepção de direito que deve valer na sociedade que está a cogitar fazer investimentos em certeza?⁴²⁸

Segunda conclusão necessária: ou os modelos de AED trabalham com variáveis econômicas inoperacionalizáveis – não passíveis de medição, como custos de transação, acordos sobre casos não litigados, número de casos não litigados, custos de erro – ou, se operacionalizáveis, as conclusões que deles se podem extrair são muito limitadas (a despeito da elegância dos raciocínios). E essa denúncia é adequada para os dois modelos que introduziram o presente capítulo, de Gico Jr. e de Shavell.

Da primeira limitação do modelo de Gico Jr. já se falou. Por não introduzir aquilo que a certeza busca atacar – erro –, o modelo de Gico Jr. é consistente internamente mas proporciona

⁴²⁶ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.35. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

⁴²⁷ FREAKONOMICS EP.405. Policymaking Is Not a Science (Yet). Locutor: Stephen J. Dubner. Entrevistados: Dana Suskind, John List, Patti Chamberlain, Lauren Supplee. **Freakonomics Radio**, 12/02/2020. Podcast. Disponível em: <https://freakonomics.com/podcast/scalability/>. Acesso em: 03/03/2020.

⁴²⁸ Sobre erro e conceito-dependência: SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism Be Defended Empirically? **The University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 3, p.636-670, 1999, p.666-669. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1600421>. Acesso em: 06/02/2012.

poucas informações para pesquisadores e administradores públicos que estejam a se debruçar sobre Justiças concretamente congestionadas. Novamente: até que ponto investir em certeza? Que investimentos fazer? Imagine-se que uma coletividade jurídica, satisfeita com a alocação corrente de seus direitos e deveres (inclusive direitos e deveres sobre bens), tenha enfim traçado uma hierarquia dos seus princípios constitucionais, concluindo que o conceito que deve primariamente regê-la é a eficiência paretiana e, na sequência, a de Kaldor-Hicks. Mesmo assim, as perguntas feitas aqui permanecem de pé: até que ponto investir em certeza? Que investimentos fazer? Na esfera dos danos, quais regras de responsabilidade civil adotar? É factível adotar a regra da culpa (responsabilidade subjetiva), que é no geral a mais eficiente, para todos os setores, para todos os estados do mundo e para todos os casos? E o ônus informacional que um tal sistema lançaria sobre os juízes? Juízes, num sistema dessa ordem, deveriam conhecer a inclinação das curvas de precaução (os *marginal abatement costs*) e de danos (os *damage costs*) de cada um dos indivíduos dessa coletividade em cada uma das suas esferas da vida.⁴²⁹ Num atropelamento automobilístico, por exemplo, juízes teriam de administrar conjuntos enormes de informação para afirmar, caso a caso, quem poderia ter evitado o sinistro a menor custo.

Fazer afirmações a respeito das curvas de precaução de indivíduos e empresas – quem poderia ter tomado precaução a menor custo, como exige a regra da culpa – significa lançar juízos de fato e de valor a respeito de estados do mundo pouco transparentes. Dizer, por exemplo, que uma empresa de telefonia e *Internet* está a lesar os seus consumidores por não atender as chamadas deles em tantos segundos exige, por via reflexa, que quem faz tal afirmação saiba se, na esfera material, é factível a contratação de mais funcionários. É factível?

⁴²⁹ Se o raciocínio já parece complexo por si – a imputar um ônus informacional de difícil desembaraço –, o que dizer então da sua formulação estendida, a incluir incerteza e parâmetros sucessivos de atribuição de direitos e deveres (titularidades)? Veja-se, nessa linha, o que dizem Calabresi e Melamed: “*Since one of us has written at length on how in the presence of various types of transaction costs a society would go about deciding on a set of entitlements in the field of accident law, it is enough to say here: (1) that economic efficiency standing alone would dictate that set of entitlements which favors knowledgeable choices between social benefits and the social costs of obtaining them, and between social costs and the social costs of avoiding them; (2) that this implies, in the absence of certainty as to whether a benefit is worth its costs to society, that the cost should be put on the party or activity best located to make such a cost-benefit analysis; (3) that in particular contexts like accidents or pollution this suggests putting costs on the party or activity which can most cheaply avoid them; (4) that in the absence of certainty as to who that party or activity is, the costs should be put on the party or activity which can with the lowest transaction costs act in the market to correct an error in entitlements by inducing the party who can avoid social most cheaply to do so; and (5) that since we are in an area where by hypothesis markets do not work perfectly -- there are transaction costs -- a decision will often have to be made on whether market transactions or collective fiat is most likely to bring us closer to the Pareto optimal result the ‘perfect’ market would reach.*” (CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v.85, p.1089-1128, 1972, p.1096-1097.) Sobre os ônus informacionais das diversas estratégias de regulação de danos: FIELD, Barry C.; FIELD, Martha K.. **Environmental Economics: An Introduction**. 6ª ed. Nova Iorque: McGraw-Hill Education, 2013, p.173-261.

É sempre e sempre factível, em todos os setores e em todas as jurisdições, umas a conter mais regulações trabalhistas e outras, menos; umas a tributar mais a folha de pagamentos dos funcionários e outras, menos?⁴³⁰ Empresas de telefonia que invistam mais em *callcenter* e mais em correção de falhas, é razoável imaginar, serão menos demandadas em juízo a respeito de danos. O problema é saber se esses investimentos são realizáveis na prática. O que garante que esses investimentos não levarão tais ou quais empresas à bancarrota, prejudicando, no longo prazo, toda a coletividade?⁴³¹

Neste ponto, cabe introduzir uma das hipóteses deste trabalho a respeito do congestionamento da Justiça no Brasil. O congestionamento da Justiça é sintoma, e não doença. Atacar o congestionamento com tais e quais estratégias processuais e regulatórias é administrar o efeito, e não a causa. Será que a redução dos entraves ao ingresso de novos participantes em tais e quais setores (competição) não teria o efeito de reduzir o congestionamento da Justiça? Será que a redução da carga tributária não teria esse efeito? Não se está a dizer, note-se bem, que nada disso é desejável. Não se está a traçar um juízo de valor. Do contrário, a mesma crítica

⁴³⁰ Será que os próprios indivíduos e empresas conhecem, em todos os domínios, as suas curvas de custos (incluindo aí as curvas de custo de tomada de precaução)? Se se quiser problematizar mais a crítica que se está a fazer aqui, até que ponto a matriz de decisão racional pode ser aplicada (*ex ante*) ao mundo factual? Trazendo a questão para a realidade jurídica brasileira, será que alguém, quando resolve dirigir um veículo não segurado, está mesmo a sopesar o prêmio do seguro com a possibilidade de condenação por danos materiais e morais, incluído os de ricochete, mais a necessidade de se pensionar por muitos e muitos anos os dependentes de um ocasional atropelado? Veja-se, nesse sentido, esta passagem de Giannetti sobre a decisão de investir e os limites do cálculo racional *ex ante* (a citação é de provérbio anônimo, contido em P. Bernstein, *Against the Gods*, Nova Iorque, 1996, p.202): “Na economia, como na arte, o viés de certezas incertas é fundamental. A atividade econômica é o espaço privilegiado do exercício da racionalidade instrumental. Mas até onde ela pode nos levar? Considere, por exemplo, a decisão de investir, ou seja, empatar capital próprio ou de terceiros na montagem de um novo negócio, compra de equipamento, treinamento de mão-de-obra ou criação de um laboratório de pesquisas. Uma decisão racional seria aquela baseada num levantamento completo de todas as informações relevantes, de modo a eliminar ao máximo a incerteza sobre a viabilidade e o retorno do investimento em tela. Mas como chegar lá? Quanta informação seria necessária para se fazer uma decisão racional? [citando] ‘A informação que se tem não é a informação que se quer. A informação que se quer não é a informação da qual se precisa. A informação da qual se precisa não é a informação que se pode obter. A informação que se pode obter custa mais do que se quer pagar.’ Com o saber, é certo, reduz-se a ignorância; mas cresce a consciência da ignorância. O fato é que se todos os empreendedores potenciais agissem como calculistas prudentes, e só fizessem novos investimentos quando estivessem de posse de tudo aquilo de que precisam para estar racionalmente seguros de que não sairão perdedores em suas apostas, o ânimo empreendedor definharia e a economia entraria em séria depressão. O hiato entre o cálculo racional e a ação empresarial é preenchido pelo que lord Keynes chamou de *animal spirits* [...]” (GIANNETTI, Eduardo. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p.62.)

⁴³¹ Numa nota pessoal, o autor do presente texto lembra-se de, antes de chegar a essas constatações, ficar bastante incomodado quando tinha de: esperar muito em filas de supermercado e em ligações telefônicas, não ter problemas de Internet e TV prontamente resolvidos, etc. Quando estudou, contudo, a divergência entre Coase e Pigou – e sem descartar a possibilidade de não a ter entendido –, deixou de se incomodar tanto com essas situações. Talvez se possa afirmar que existem externalidades mais e menos bilaterais. O problema é chegar às informações sobre quais são mais e quais são menos. Como saber? Como saber se, ao alcance de indivíduos e empresas, está, sempre e sempre, agir em conformidade com tais e quais regras e padrões ditados de fora? A mensagem coaseana, de outra parte, talvez possa ser formulada normativamente da seguinte forma: na existência de um problema, convém perceber se é possível resolvê-lo sem a intervenção de uma autoridade externa. Se isso for possível, deve-se agir nesse sentido (algo do tipo “faça você mesmo”, “*do-it-yourself*”).

feita até aqui poderia ser aplicada ao presente trabalho: o trabalho não sabe – não dispõe dos dados para afirmar – se, na prática, a redução de barreiras nos mercados e a redução da carga tributária são realizáveis.

Se o congestionamento é sintoma e não doença, qual a doença? Uma hipótese diria com os custos de transação, contidos no modelo de Gico Jr., aliás (variáveis A_A e A_R). A Justiça no Brasil, segundo esse raciocínio, seria reflexo de fatores que a antecedem. O congestionamento da Justiça refletiria os altos custos de transação do Brasil. Poder-se-iam incluir nos custos de transação as ideias traçadas acima sobre a falta de incentivos, no Brasil, para a tomada de precaução em determinado sentido. Indivíduos e empresas não tomariam precauções aptas a evitar danos e, por conseguinte, a evitar ações judiciais porque a contratação de trabalhadores é muito custosa (custos de transação), a implementação de programas de *compliance* não compensa, a maneira como se faz negócios no Brasil é pouco transparente, etc. A literatura revisada não passa ao largo da questão:

Vejamos o processo de ilegalização do direito imobiliário. No Rio de Janeiro, para se comprar um imóvel através da escritura definitiva de compra e venda registrada em cartório, são necessários, hoje em dia, um sem-número de documentos, dentre os quais: certidões dos distribuidores de executivos fiscais; certidão negativa de INSS da Receita Federal (para pessoa jurídica); certidão dos distribuidores de falência e concordata; cópia da escritura e matrícula no Registro de Imóveis; certidão de propriedade com negativa de ônus; certidão negativa de IPTU e carnê com as parcelas quitadas; certidão de situação enfiteutic; declaração de quitação condominial, assinada pela administradora ou pelo síndico, com cópia da ata da assembleia que o elegeu. Em Fortaleza, a prefeitura exige até um comprovante pago pelo contribuinte, de que a rua não mudou de nome!

A probabilidade de que um proprietário médio obtenha todas essas certidões num tempo compatível com a dinâmica do mercado imobiliário é extremamente reduzida. O próprio mercado, para sobreviver, inventa então soluções paralegais ou potencialmente ilegais. Descartam-se escrituras definitivas. Negocia-se com promessas de compra e venda ou procurações irrevogáveis, numa sucessão infinita, deturpando institutos, criados para outras necessidades. Diante da improbabilidade de cumprimento das exigências da escritura definitiva, mudam sexo, cor e crença de outros institutos jurídicos por meio do processo do legalismo formalizante, transformando-os em títulos imobiliários quase definitivos, mas paralelos e inseguros. Verdadeiras pontes de safena a evitar que a legalidade exploda em ilegalidade. Com isso, aumenta-se a insegurança jurídica e potencializa-se a judicialização. Cria-se uma demanda reprimida, potencialmente ilegal. Permanente ameaça ao mercado imobiliário e à administração da justiça. Mais do que ilegalizar um proprietário, ilegaliza-se potencialmente a natureza jurídica das próprias transações imobiliárias que faz o mercado ser mercado.

p.28: Nesse caso, a deturpação genética -- a proliferação de certidões e registros formais --, origem da ilegalização é, no fundo, uma transferência dos custos de controle e eficiência legal da transação imobiliária que deveria incorrer na administração pública para as privadas partes contratantes. E destas, é óbvio, para o preço do imóvel. Privatizou-se o custo da prestação de serviços não realizados pelo

estamento burocrático. Um desperdício financeiro. Dificulta qualquer desenvolvimento socioeconômico.⁴³²

Ainda que sem utilizar o jargão da AED, Falcão está a descrever o aumento, pelo direito, dos custos de transação imobiliária. Ou seja, está a apontar para custos de transação endógenos ao direito (que estão no interior do direito). Contrapõem-se aos custos de transação exógenos, isto é, aqueles que não são criados por regras jurídicas. O problema da hipótese de que são os custos de transação os principais responsáveis pelo congestionamento da Justiça é, como se disse no início do trabalho, definir o que são custos de transação e traçar uma estratégia para se os investigar na prática. A inimizade entre os indivíduos entra no conceito de custos de transação? Como medi-la? A hipótese dos custos de transação, de todo modo, serve ao menos para gerar desconfiança sobre o papel do direito processual e dos incentivos judiciais no congestionamento da Justiça. Seria a Justiça culpada ou vítima pelo seu congestionamento? Não se quer descartar, é claro, o papel dos incentivos. O que cabe saber é se a aposta neles vale a pena. Reformas e mais reformas processuais, congressos e congressos sobre o direito processual, tudo isso vale a pena?

4.1.2.3.1. A incerteza é imanente ao direito

Por outro lado, é possível afirmar que o modelo de Gico Jr. é um modelo cooperativo e centrado no risco. As partes, seguindo o modelo, decidiriam ir a juízo comparando essa decisão com os *payoffs* de um acordo “pré-judicial”, decidindo pelo litígio mormente se os custos de ingresso na justiça forem baixos; se os custos de transação forem altos; se, por razões individuais quaisquer, forem relativamente otimistas com relação às suas possibilidades de sucesso; se, em razão de incerteza jurídica, acreditarem que se podem sair vitoriosos nos litígios. A certeza jurídica que o autor reclama mexeria nas estimativas individuais, aproximando as utilidades esperadas de parte a parte e, conseqüentemente, a oferta máxima do réu da aceitação mínima do autor. A cooperação mútua, contudo, é apenas uma das possibilidades com que trabalham a Economia e a Teoria dos Jogos. Não por outra razão, Posner sugere como válida uma abordagem cournotiana (equilíbrio Cournot-Nash) do litígio, em que os investimentos no litígio (as variáveis C_A e C_R do modelo de Gico Jr.) se relacionariam direta, e não inversamente, com a probabilidade de litígio.

⁴³² FALCÃO, Joaquim. O futuro é plural: administração de justiça no Brasil. **Revista USP**, n. 74, p. 22-35, 1 ago. 2007, p.27-28.

Se as conclusões do modelo de Gico Jr. são restritas porque centradas no risco, as do modelo de Shavell, centrado na certeza e na tomada de precaução unilateral, são ainda mais limitadas. Shavell, como visto, parte das premissas de que, quando lesada, uma vítima entrará com a ação sempre e ganhá-la-á sempre. Parte também da premissa de que são só os causadores de lesão que podem tomar atitudes para precaver o dano.⁴³³ Shavell, é claro, está ciente das limitações do seu modelo, tanto que na sequência relaxa as premissas dele, apontando o quão menos concludente ficaria a análise a respeito do volume ótimo de litígios.⁴³⁴

Modelos de risco e certeza dizem muito pouco a respeito do direito. A incerteza é imanente ao direito – sobremaneira à realização judicial do direito. Como, por exemplo, extrair dos cânones clássicos de interpretação de regras jurídicas a probabilidade de que uma ação será julgada desta ou daquela maneira? O que é interpretar sistematicamente as regras aplicáveis ao caso concreto? De que maneira injunções hermenêuticas como as de que “não se deve interpretar a Constituição em tiras” auxiliam a resolução de casos concretos?⁴³⁵ Cânones interpretativos, hermenêutica, nada disso retira o caráter essencialmente incerto do fenômeno jurídico. Falcão, Schuartz e Arguelhes, nesse sentido, criticando uma série de estudos econômicos que afirmam que o Judiciário brasileiro é causa de um ambiente de negócios inóspito, distinguem a incerteza estrutural da incerteza patológica. A realização judicial do direito, na visão dos autores, seria necessariamente incerta. Quando confrontado com um conflito de interesses, um juiz não disporia apenas de uma resposta correta. Existiria um grupo de respostas (decisões) juridicamente aceitáveis. E isso seria assim: i) quer porque existiriam

⁴³³ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.581-586. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

⁴³⁴ “When, however, we take into account various complications in the working of the negligence rule – notably, imperfect ability of courts to determine optimal standards of behavior and to ascertain actual conduct, inability of injurers to control their momentary behavior, imperfect ability of firms to control the behavior of employees, and the judgment proof problem – we see that there will be findings of negligence and therefore suit. (Furthermore, even when injurers would not be found negligent, there may still be suit because victims might believe that injurers would be found negligent.) Because, then, use of the negligence rule may result in findings of negligence and suit, the situation becomes like that analyzed previously: there may be too much or too little suit, and the state should take appropriate corrective measures, either to discourage or to encourage its volume. Nevertheless, there is a sense in which the conclusions from the case of a perfectly functioning negligence rule apply. Namely, since nonnegligent behavior often means that suit will not be brought (or that a claim will quickly be dropped), the negligence rule does involve less actual suit than strict liability, and the problem of socially excessive suit thus be of less significance under the negligence rule than under strict liability.” (SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.598-599. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.)

⁴³⁵ GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.195.

muitas normas, nem sempre convergentes, a aplicar caso a caso – a premissa maior da subsunção jurídica teria que, por assim dizer, ser construída caso a caso –; ii) quer porque os fatos que demandariam a aplicação de tais ou quais normas não estão à disposição do juiz, sendo, antes, moldados pelas partes em conflito quando de suas alegações em juízo (regulação pública do conflito moldado por informações privadas); iii) quer ainda porque a aplicação de normas gerais e abstratas a casos concretos exige a intermediação de humanos, com preconceções inafastáveis, o que não é o mesmo que dizer que se comportam ideologicamente, mas, sim, que é razoável esperar que interpretem de maneiras distintas proposições linguísticas redigidas não para regular um caso específico mas para disciplinar situações futuras necessariamente aleatórias.⁴³⁶

O modelo de Gico Jr., vale notar, contempla de certa forma a incerteza estrutural. O autor nota que se exigir dos juízes a aplicação mecânica de regras não captura a dinâmica das relações sociais, marcadas que são, necessariamente, por choques (exteriores ao sistema jurídico).⁴³⁷ Por que, então, se fala que, quando se vale da condição fundamental de litígio, as proposições de Gico Jr. falham? Duas respostas são possíveis: primeira, os choques não são só exteriores ao sistema jurídico; são-lhe internos e, mais que isso, imanentes. A incerteza é estrutural do direito, sobremaneira em sociedades complexas, em que novas situações de fato surgem a todo momento em razão, por exemplo, de inovações tecnológicas, a exigir a readaptação constante do sistema jurídico.⁴³⁸

As informações de que os juízes dispõem para tomar decisões são sempre limitadas. Juízes não são reguladores diretos de estados do mundo a exigir injunções corretivas.⁴³⁹ Juízes,

⁴³⁶ FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006, p.93-98.

⁴³⁷ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.6-7. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

⁴³⁸ Em sentido próximo: “Contratos temerários são uma manifestação particularmente importante de um fenômeno mais geral, a saber, a instabilidade do direito positivo enquanto consequência das incertezas geradas no ambiente do sistema jurídico. No sistema econômico, tais incertezas decorrem, em grande medida, do dinamismo próprio a uma moderna economia de mercado, na qual estruturais produtivas se encontram em um permanente processo de revolução acionado endogenamente. De fato, é a própria necessidade objetiva, imposta pela concorrência, de apropriação privada de oportunidades de ganho, que faz surgir os novos produtos, os novos processos de produção, as normas formas de organização empresarial, os novos mecanismos contratuais, em suma: as inovações que afetam, de uma forma mais ou menos radical, as estruturas econômicas. Essa instabilidade estrutural é, ao mesmo tempo, um dos principais fatores responsáveis pelo progresso técnico-material das sociedades modernas e também – aqui aliada às instabilidades econômicas conjunturais, especialmente nas economias menos desenvolvidas – pelas crises que afetam os seus membros, por vezes com efeitos devastadores em termos sociais e psicológicos.” (FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006, p.93-98.)

⁴³⁹ A ideia de litígios – ou melhor, a sua resolução por juízes e tribunais – como estratégia regulatória alternativa à regulação por agências está em: POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) versus Litigation

como se sabe, estão vinculados às alegações de fato das partes e aos pedidos que estas fazem, podendo apenas modificar as configurações jurídicas lançadas em petições iniciais e contestações (princípio da substanciação).⁴⁴⁰ As partes, por seu turno, possuem informações privadas – observáveis e verificáveis ou não –, que serão reveladas ou escondidas estrategicamente, conforme contribuam ou não para o sucesso na causa. Sob essa perspectiva, não seria descabido pensar os juízes como reguladores bayesianos de condutas, a adaptar constantemente os seus movimentos de condenar/inocentar, julgar procedente/improcedente, conforme as partes escolham, caso a caso, revelar ou não tais ou quais informações.⁴⁴¹ Não é por outra razão que os processos judiciais são, no mais das vezes, regidos por presunções e mais presunções, que pouco dizem sobre os estados substanciais do mundo, mas apenas determinam como as partes devem jogar com as informações de que dispõem no curso dos litígios e o que se deve concluir dessas jogadas.

No ponto, vale a pena acrescentar uma dificuldade adicional. Os modelos da AED, mesmo os que levam em conta os custos de erro – como o de Posner, utilizado linhas acima⁴⁴² –, tendem a enfocar o direito material. O processo seria mero instrumento da aplicação do direito material. O erro, nesse sentido, seria o erro com relação à aplicação do direito material. Tanto que os modelos de análise econômica dos litígios – mesmo os que buscam estipular estratégias de segunda ordem, não maximizadoras das decisões acerca dos casos concretos, *on the spot* –, por assim dizer, partem do pressuposto normativo de que, quanto menos processo, tanto melhor.⁴⁴³ Consideram que a redução dos custos dos litígios, dos custos de decisão, dos

(Courts): An Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (Org.) **Regulation vs. Litigation: Perspectives from Economics and Law**. Illinois: University of Chicago Press, 2012, p.11-26.

⁴⁴⁰ Em sentido próximo: “De fato, a decisão judicial não é, em regra, de iniciativa do próprio Poder Judiciário, mas, sim, das partes em conflito. A exigência de inércia na atividade jurisdicional – agir, em questões de direito privado, apenas mediante provocação – se incorporou ao patrimônio jurídico ocidental como algo capaz de contribuir para a imparcialidade do Judiciário. Assim, para que se chegue à decisão judicial em um caso envolvendo a aplicação de um contrato, as partes – credor ou devedor – levam normalmente a julgamento cláusulas por elas mesmas negociadas e pactuadas. Esse ato complexo – a seleção das cláusulas, a definição final de seu conteúdo e de sua redação e, sobretudo, a demanda pela apreciação de sua legalidade – interfere decisivamente no resultado da decisão judicial. No entanto, nenhuma das diferentes ações acima descritas cabe ao Estado. Ao contrário, cabem ao credor e ao devedor, ao autor e ao réu, aos agentes econômicos responsáveis pela negociação e redação do contrato.” (FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006, p.102.)

⁴⁴¹ Sobre o conceito de equilíbrio bayesiano e a sua aplicação a situações em que haja informações privadas: BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994, p.79-158.

⁴⁴² POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013.

⁴⁴³ VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **Chicago Public Law and legal Theory Working Paper n. 75**, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=612342. Acesso em: 17/03/2020; SUNSTEIN, Cass R.

custos de administração são a meta por excelência da análise econômica que desenvolverão. No modelo de Shavell, a acurácia – ausência de erro – das decisões judiciais serviria à imposição de *standards* de precaução eficientes na esfera material. No modelo de Gico Jr., por seu turno, a certeza jurídica, capaz de aproximar as estimativas das partes acerca do sucesso no litígio, seria a certeza com relação às regras de direito material, isto é, com relação às regras que regulariam os estados do mundo vinculados ao conflito. Modelos dessa espécie, contudo, deixam de considerar que as regras de processo possuem autonomia e “valor jurídico” próprio. São as regras de processo que limitam a sentença e, portanto, são elas que limitam os entendimentos que podem virar jurisprudência, precedente, súmula, decisão a resolver casos repetitivos. Não são raras, dessa maneira, as situações nas quais o entendimento “vazado no precedente” não guarda relação direta e imediata com o caso de direito material em discussão.⁴⁴⁴

A soma de informações privadas com a dinâmica do processo – com a regulação das atitudes do Judiciário pelas regras de processo – e também com a complexidade dos procedimentos de interpretação e aplicação de normas gerais a casos concretos permite concluir que a incerteza não é exterior ao direito; não é exógena. A incerteza é estrutural, endógena. Mas qual a relação disso com o tema do trabalho? Pode-se estabelecer essa relação por dois caminhos. Primeiro: modelos de risco explicam muito pouco as razões pelas quais os indivíduos buscam a Justiça. Segundo: o valor das decisões judiciais talvez esteja menos no conteúdo – no estabelecimento de *standards* ótimos de cuidado – que na forma.

No que concerne ao primeiro ponto, calha estender a crítica não só aos modelos de Gico Jr. e Shavell mas a muitos dos outros *papers* de AED que estipulam, no seu início, modelos de certeza, risco, tomada de precaução unilateral para, tão somente na conclusão, relaxar essas premissas e dizer o quão mais complexo é o mundo real. Modelos de certeza, risco, tomada de precaução unilateral são elegantes porque dizem muito a respeito do objeto de estudo. Permitem conclusões peremptas neste ou naquele sentido. Quando, contudo, se acrescentam a eles as

Must Formalism Be Defended Empirically? **The University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 3, p.636-670, 1999. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1600421>. Acesso em: 06/02/2012; POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016, p.384-418.

⁴⁴⁴ Costa e Streck, no site Conjur, descrevem, nesse sentido, o caso que deu origem ao HC 126.292, responsável pelo entendimento, hoje superado, segundo o qual condenados em segunda instância poderiam ser recolhidos à prisão. Não se está, obviamente, a colocar em discussão a validade do entendimento, mas, sim, a se apontar o quanto um entendimento pode-se distanciar, em razão da dinâmica do processo, da situação da vida regada pela decisão. (COSTA, Marcos da. Distorções na condenação de segunda instância. **Conjur**, 08/08/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-08/marcos-costa-distorcoes-condenacao-segunda-instancia>. Acesso em: 17/04/2020; STRECK, Lenio L. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. **Conjur**, 11/08/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>. Acesso em: 17/04/2020.)

complicações inafastáveis do mundo real – informações privadas, custos de transação bilaterais e díspares, custos de precaução bilaterais e díspares, preferências inescrutáveis, comportamento estratégico –, muitas de suas conclusões ficam por terra. Apostar, então, na promoção de certeza por meio de tribunais e juízes parece pouco promissor. Assumir o direito como um fenômeno necessariamente incerto ajudaria a explicar, por exemplo, por que esforços de unificação de entendimento, esforços processuais de certeza no Brasil não têm deixado de causar perplexidades nos operadores do direito. Institutos jurídicos que deveriam atacar justamente as filas de processo, a demora no julgamento dos casos têm criado mais demora. Existem, agora, filas de casos com repercussão geral, filas de *leading cases* de demandas repetitivas, filas de casos nos quais os tribunais têm chamado para si a competência, tudo isso a atravancar processos nas instâncias inferiores que, é possível imaginar, darão ocasião a recursos a sustentar distinção (*distinguish*), a questionar a constitucionalidade das decisões proferidas nos *leading cases*, etc.⁴⁴⁵

No que concerne ao segundo ponto, a crítica pode ser dirigida especificamente ao texto de Shavell, que sugere, como alternativa ao Judiciário, sistemas de seguros para promover recomposição patrimonial (indenização) e sistemas de taxas para promover dissuasão (*deterrence*, *i.e.* incentivos à tomada de precaução na esfera material). A primeira pergunta que cabe é: as decisões tomadas por esses sistemas seriam não revisáveis pela Justiça? Não se poderiam discutir no Judiciário as indenizações estipuladas pelos sistemas de seguros e os tributos cobrados dos causadores de dano? Shavell aponta para a Nova Zelândia como um caso de sucesso de sistemas de seguros para indenizações por danos pessoais somadas à exclusão dos casos do Judiciário.⁴⁴⁶ Ainda que isso seja verdade, um caso de sucesso é suficiente para comprovar uma teoria? Que efeitos colaterais a implementação dessas ideias em países desiguais, plurais, heterogêneos teria?

Falcão, Schuartz e Arguelhes, depois de criticar os reclamos de economistas acerca da demora da Justiça e de desenvolver o conceito de incerteza estrutural, afirmam que, nas sociedades modernas, complexas por natureza, a importância dos procedimentos está menos no conteúdo das decisões que produzem e mais na forma que estabelecem para a tomada dessa

⁴⁴⁵ TELLES, Cássio L. Repercussão geral, IRDR e IAC vêm gerando mais demora e insegurança jurídica. **Conjur**, 05/03/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/cassio-telles-repercussao-geral-irdr-iac-vem-gerando-demora>. Acesso em: 20/03/2020.

⁴⁴⁶ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997, p.591-592. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

decisão.⁴⁴⁷ O referente teórico dos autores, como se pode imaginar, é a teoria dos sistemas autopoieticos. Não se quer, no presente texto, avançar sobre esse assunto. O que se quer questionar é a premissa dos textos de análise econômica dos litígios de que, sempre e sempre, quanto menos processo – quanto menos custos de administração, decisão, dos litígios –, melhor. A positivação de procedimentos participativos para a tomada de decisão pode possuir importância própria, inclusive do ponto de vista econômico. Existe literatura nesse sentido.⁴⁴⁸ Os subsídios às adjudicações – a não exclusão das adjudicações será discutida adiante – podem ser justificados pelo conceito de incerteza estrutural, endógena ao direito. Será que o valor de uma Justiça estatal, a aplicar as regras de direito promulgadas pelo Estado, não estaria menos na promoção de certeza e previsibilidade jurídicas que nos procedimentos estipulados para se discutir as tais regras de direito do Estado? Será que sistemas privados de adjudicação cumpririam essa mesma função? Se a resposta for não, não seria esse um motivo para subsídios públicos ao Judiciário, mesmo que este esteja a enfrentar a concorrência de outros sistemas de adjudicação (multiplicação dos tribunais arbitrais, mecanismos de resolução de disputas online,

⁴⁴⁷ “A própria positividade do direito moderno, i.e., o fato de toda norma jurídica valer apenas por força e em virtude de uma decisão contingente – do legislador, do regulador, do juiz etc. –, podendo igualmente deixar de valer por força e em virtude de uma decisão da mesma natureza, pode ser vista como resposta institucional às exigências de um ambiente social que requer flexibilidade interpretativa e, em princípio, ampla possibilidade de revisão do conteúdo de qualquer norma jurídica. Isso não significa, por outro lado, que o direito perca a sua função de generalizador e estabilizador de expectativas normativas. O ponto é que, na sociedade moderna, essa função deixa de se deslocar dos conteúdos das normas para os procedimentos de criação de normas: os conteúdos normativos podem variar e variam continuamente, mas isto somente deverá ocorrer tal como previsto nos correspondentes procedimentos.

“Contudo, a importância da institucionalização de procedimentos no direito não se esgota aí. Diante da incerteza estrutural e subdeterminação que caracterizam os processos de interpretação e aplicação de normas jurídicas, o respeito ao procedimento pode aparecer também, sob condições de estrita obediência ao princípio do contraditório, como um fator essencial para a garantia da racionalidade e legitimidade das decisões que resultam do procedimento como seus outputs. Os procedimentos judiciais poderiam funcionar como mecanismos de filtragem, servido à separação entre argumentos consistentes e inconsistentes, e entre decisões justificáveis e injustificáveis juridicamente. Conforme antecipado, a interpretação desses procedimentos como mecanismos de generalização e estabilização de expectativas subjetivas e, a partir daí, de garantias da aceitabilidade racional das decisões que resultam dos mesmos, requer a definição e a vigência de normas processuais que permitam conceber tais procedimentos como espécies de mecanismos de separação e de filtragem de bons argumentos. Apenas sob tal condição é razoável presumir que aquelas expectativas subjetivas que resistirem ao processo de formulação de hipóteses e objeções baseadas em expectativas subjetivas contrárias merecem de fato ser generalizadas e assumir o papel de premissas racionalmente aceitáveis das decisões que serão efetivamente tomadas. Essas observações devem servir de alerta no que se refere às propostas de alteração da legislação processual no sentido do aumento da celeridade dos processos. Se, por um lado e como já apontado, há um consenso de que a reforma processual é uma condição necessária para o aumento da eficiência do Judiciário não se deve deixar de outro lado, que a obtenção de ganhos de velocidade na tramitação dos processos venha eventualmente a ser paga com a redução das garantias inerentes ao devido processo legal.” (FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. *Jurisdição, incerteza e estado de direito. Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v.243, 2006, p.106-107.)

⁴⁴⁸ Abaixo falar-se-á da tese de Acemoglu e Robinson segundo a qual a principal causa da prosperidade são as instituições econômicas e políticas inclusivas. Talvez se possa encarar o amplo acesso à Justiça – subsidiado pela coletividade – como uma garantia nesse sentido. (ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.)

sites como o “ReclameAqui”)? Menos litígios é sempre melhor? E o reclamo por menos litígios é um reclamo factível?

4.2. EXCLUSÃO

Os indicadores da exclusão são as barreiras físicas e, sobremaneira, institucionais que impedem o acesso a um bem. Dá a medida da robustez dos indicadores a dificuldade de violação dessas barreiras. Como o presente trabalho dispõe-se a examinar os serviços, prestados pela Justiça, de adjudicação e regras judiciais (os “produtos” da Justiça recortados pelo presente texto), deve-se questionar quais barreiras, se existentes, impedem o acesso dos indivíduos aos serviços judiciais de adjudicação e às regras judiciais. É essa a análise que se fará nesta seção.

A exclusão, já se disse, pode-se dar como potência ou como ato. Com isso, quer-se dizer que é comum na literatura se categorizar os bens como excludentes (ou não) em abstrato e em concreto. Talvez se possa traduzir isso, em se tratando de barreiras institucionais, pelos termos *law in* [*in the, on the*] *books* e *law in action*. Como potência, a exclusão por barreiras institucionais importa a existência de regras que limitem o acesso dos indivíduos a um bem ou serviço. Como ato, a exclusão por barreiras institucionais questiona a efetividade dessas regras, isto é, a sua capacidade de, na prática, vincular condutas. É fácil a violação das barreiras? Como, na prática, se dá a limitação (ou não) do acesso a determinado bem ou serviço?

Como fatos institucionais, adjudicação judicial e regras judiciais, se for o caso, estarão protegidas por barreiras institucionais (regras). Isto é, o consumo desses serviços será vedado por regras. Pode, é claro, haver seguranças e policiais em frente dos prédios dos fóruns e tribunais. Fóruns e tribunais podem também estar protegidos por portões, cadeados, muros. Mas impedir alguém de entrar num fórum nada tem a ver com excluir esse mesmo alguém dos serviços judiciais de adjudicação e regras. É, sob essa óptica, que se afirma aqui que, como fatos institucionais, adjudicação e regras, se for o caso, estarão protegidas por barreiras institucionais.

A literatura da análise econômica não costuma, note-se, fazer essa distinção. Na palestra de Fernando Araújo a respeito do ponto ótimo de adjudicação, a partir da qual se levantou o problema de pesquisa ora investigado, o palestrante afirmou que a Justiça promove adjudicação e cria regras. Fernando Araújo, no entanto, quando assevera que a Justiça está sujeita à “Tragédia dos Comuns”, parece querer restringir essa afirmação ao serviço de adjudicação, já que, na mesma palestra, Araújo afirma que a Justiça cria regras e que estas possuem as características de bem público em sentido econômico (sendo, portanto, não excludentes).

Seguem a mesma linha Gico Jr., Pimentel e Wolkart. Cada qual, à sua maneira, quando fala da “Tragédia dos Comuns”, do Judiciário como recurso comum, ou quando se queixa do congestionamento do Judiciário no Brasil e de sua demora, parece querer restringir as suas afirmações ao serviço de adjudicação. E, no entanto, também não escapa a esses autores a circunstância de a Justiça também produzir regras de conduta.⁴⁴⁹

Será que não seria uma contradição em termos dizer que a Justiça produz regras de conduta, produz informação, é capaz de produzir certeza em favor do jurisdicionado e ao mesmo tempo dizer que a Justiça está sujeita à “Tragédia dos Comuns”? Depois de se examinar se as adjudicações e as regras judiciais são, no Brasil, excludentes ou não, que é o que se fará nos tópicos seguintes, o trabalho se encerrará com uma discussão que se proporá, conceitualmente, a responder essa pergunta.

4.2.1. A (não) exclusão nas adjudicações

4.2.1.1. A (não) exclusão como potência

Na Constituição Federal, as regras que disciplinam o potencial ingresso de litigantes no Judiciário (o acesso à Justiça) são as dos artigos: 5º, XXXV,⁴⁵⁰ LIV,⁴⁵¹ LV,⁴⁵² LXXIII,⁴⁵³

⁴⁴⁹ Não é por outra razão que Gico Jr. pede investimentos em certeza jurídica. (GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. University Center of Brasilia Working Paper, 2018. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.) Pimentel, de outra parte, cita Cooter e Ulen para falar da razão econômica para se subsidiar os litígios – ressaltando, é verdade, que talvez o subsídio não faça tanto sentido em sistemas de baixa vinculação a precedentes. (PIMENTEL, Wilson. **Acesso responsável à justiça**: o impacto dos custos na decisão de litigar. 109 fls. Dissertação (mestrado em direito da regulação). Escola de Direito do Rio, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.) Por fim, buscando-se pelo termo “precedentes” na obra de Wolkart, o leitor da Amazon retorna 265 entradas. (WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n.p.)

⁴⁵⁰ Vedação a que a lei exclua de apreciação judicial lesão ou ameaça a direito.

⁴⁵¹ Exigência de (devido) processo para ingresso na esfera jurídica dos indivíduos.

⁴⁵² Asseguração de contraditório e ampla defesa, que, senão dizem diretamente com o ingresso no Judiciário, dão a “extensão da permanência” – para cada manifestação de uma parte deve-se oportunizar a manifestação da parte contrária, salvo raras exceções –, inclusive em âmbito recursal.

⁴⁵³ Amplitude extrema da ação popular: é geral (‘qualquer cidadão’) é inclusiva (salvo má-fé, no caso de derrota do autor, este não é obrigado a arcar com custas e honorários de sucumbência).

LXXIV,⁴⁵⁴ LXXVII;⁴⁵⁵ 37, *caput*,⁴⁵⁶ XI, §12;⁴⁵⁷ 93, XII;⁴⁵⁸ 98, *caput*, I, ⁴⁵⁹ §1º;⁴⁶⁰ 125, §6º,⁴⁶¹ §7º;⁴⁶² 134, *caput*;⁴⁶³ 217, §1º.⁴⁶⁴ De todas essas regras, só esta última (justiça desportiva) consiste em barreira ao ingresso. Todas as outras fazem a abertura da Justiça. Por seu turno, no CPC, demarcam a inclusão e a exclusão da Justiça como prestadora de adjudicação os seguintes artigos: 3º, *caput*,⁴⁶⁵ §1º;⁴⁶⁶ 9º; 10;⁴⁶⁷ 19; 20;⁴⁶⁸ 70; 71;⁴⁶⁹ 82, *caput*,⁴⁷⁰ §2º;⁴⁷¹ 84;⁴⁷² 85, *caput* e parágrafos;⁴⁷³ 95, *caput*;⁴⁷⁴ 98, *caput* e parágrafos;⁴⁷⁵ 103;⁴⁷⁶ 138, *caput* e parágrafos;⁴⁷⁷ 185

⁴⁵⁴ Dever de o Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita a quem precisar, do que se uma ordem de inclusão (não exclusão) econômico-social.

⁴⁵⁵ Gratuidade das ações de *habeas corpus* e *data*.

⁴⁵⁶ Remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) por subsídio, não sendo o acaso a determinar o uso do termo “subsídio”: trata-se da ideia econômica de subsídio cruzado (a importar custo social, custo de administração da máquina pública de adjudicação de conflitos, sob o fundamento de que essa máquina produz externalidades positivas). A esse respeito: “*corrective subsidy*: A subsidy given to a firm as an incentive for internalizing an externality, a payment to cover the social costs borne by a firm.” (RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. 2. Ed. Nova Iorque: Routledge, 2002, n.p.)

⁴⁵⁷ Na mesma linha da nota anterior mas agora com relação aos desembargadores.

⁴⁵⁸ Atividade jurisdicional ininterrupta, não se excluindo os litígios do exame judicial por motivo de férias.

⁴⁵⁹ Juizados especiais com competência para causas cíveis de menor complexidade, do que se extrai que a Justiça no Brasil chama para si as causas sem cogitar da complexidade (jurídica, econômico-financeira, política) dos casos.

⁴⁶⁰ Juizados especiais federais.

⁴⁶¹ Possibilidade de funcionamento descentralizado dos tribunais de justiça por meio de câmaras regionais.

⁴⁶² Dever de instalação da justiça itinerante.

⁴⁶³ Dever de a Defensoria defender integral e gratuitamente os necessitados.

⁴⁶⁴ Vedação a que o Judiciário se imiscua em matéria desportiva antes do esgotamento da discussão na via administrativa.

⁴⁶⁵ Extensão da vedação à exclusão do exame judicial de lesão ou ameaça a direito. Se a regra do artigo 5º, XXXV, da CF proíbe à lei a exclusão, o CPC não faz menção à lei, do que se pode extrair que pretende ampliar a garantia constitucional. Em sentido contrário, contudo, Jordão defende a possibilidade de o juiz modular a intensidade do seu controle (mas e o CPC?). (JORDÃO, Eduardo. A leitura e as ‘leituras’ do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Jota**, 05 nov. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/publicistas/a-leitura-e-as-leituras-do-art-5o-xxxv-da-constituicao-federal-05112019>. Acesso em: 06/11/2019.)

⁴⁶⁶ Permissão legal da arbitragem.

⁴⁶⁷ Regulação legal do contraditório e ampla defesa (inclusive exceções).

⁴⁶⁸ Admissão de ações meramente declaratórias.

⁴⁶⁹ Qualquer pessoa capaz pode estar em juízo, os incapazes sendo representados ou assistidos pelos capazes indicados.

⁴⁷⁰ Dever de adiantar despesas requeridas.

⁴⁷¹ Possibilidade de reaver despesas se vencedor.

⁴⁷² Definição do conceito de despesas.

⁴⁷³ Dever de pagar honorários de sucumbência a serem fixados, como regra geral, entre 10% e 20% sobre o benefício econômico da parte, valor da causa.

⁴⁷⁴ Dever de custar perícia.

⁴⁷⁵ Gratuidade da Justiça aos necessitados.

⁴⁷⁶ *Jus postulandi*. Vedação à autorrepresentação em juízo, salvo se a parte for detentora de *jus postulandi* e estiver a atuar em causa própria.

⁴⁷⁷ Poderes e faculdades dos *amici curiae*.

a 187;⁴⁷⁸ 485, VII;⁴⁷⁹ 515, incisos.⁴⁸⁰ O que se falou a respeito da Justiça desportiva na CF vale para a arbitragem no CPC.⁴⁸¹ Trata-se da única hipótese legal a afastar litigantes da Justiça.⁴⁸²

Da interpretação da Constituição, contudo, a doutrina costuma extrair outras hipóteses de exclusão da Justiça: questões *interna corporis* concernentes à Administração e ao Legislativo; temas discricionários da Administração;⁴⁸³ questões políticas; questões de soberania nacional; méritos de projeto de lei. Contudo, segue essa mesma doutrina, considerando que cumpre ao Judiciário aplicar regras tais como a da proporcionalidade e princípios como o do devido processo legal substancial, excepcionalmente a Justiça poderá ingressar nas matérias cujo conhecimento é vedado pelos textos constitucional e/ou legal.⁴⁸⁴

⁴⁷⁸ Representação dos necessitados pela Defensoria, gratuita por natureza.

⁴⁷⁹ Extinção do processo sem exame de mérito quando houver convenção de arbitragem.

⁴⁸⁰ Títulos executivos judiciais, dentre eles a sentença arbitral.

⁴⁸¹ “A garantia de acesso ao Poder Judiciário não é infringida pela Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307, de 23-9-1996). A eficácia da sentença arbitral é legitimada pela vontade das partes, manifestada ao optarem por essa forma de solução de litígio. Só resta a possibilidade de recorrer à via judicial para a declaração de nulidade da sentença arbitral nos casos previstos.” (LUNARDI, Soraya Gasparetto. Acesso à Justiça. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coord.-Geral.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.).

⁴⁸² A esse respeito: “Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo Plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o art.5º, XXXV, da CF. [SE 5.206, AgR, rel. min. Sepúlveda Pertence, j.12-12-2001, P, DJ de 30-4-2004.]” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018, p.159-160.)

⁴⁸³ A propósito: “Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da administração.” [RMS 24.699, rel. min. Eros Grau, j. 30-11-2004, 1ª T, DJ de 1º-7-2005.] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018, p.159.)

⁴⁸⁴ “Da interpretação da Constituição, surgem temas que não podem ser objeto de apreciação judicial, permanentemente, tais como: questões interna corporis dos outros poderes, temas discricionários ou facultativos, questões políticas, questões atinentes à soberania, e mérito de projetos de lei. Mas nessas matérias excepcionalmente é possível acessar o Judiciário, seja no vício formal (ou de legalidade), seja no mérito, pois o Judiciário poderá analisar questões que ofendem direitos fundamentais, razoabilidade ou proporcionalidade, ou ainda moralidade e demais princípios da Administração Pública e da República (p. ex., parlamentar poderá recorrer ao Judiciário para discutir a pena de perda de mandato aplicada pela Casa Legislativa se não lhe for assegurado o direito de defesa, bem como o Judiciário pode declarar inconstitucional medida provisória quando manifestamente não for observado o requisito de relevância ou urgência). Matéria sujeita à arbitragem regularmente convencionada, na forma da legislação de regência, também fica excluída da apreciação do Poder Judiciário.

“Há temas que impedem o imediato acesso à jurisdição. Em regra, não é necessário pleitear direitos litigiosos na via administrativa, já que o Brasil adota o sistema de unidade de jurisdição (diversamente de países como a França, que adota a dualidade de jurisdição, com o contencioso administrativo submetido exclusivamente ao Conselho de Estado, e os demais temas litigiosos acessíveis ao Judiciário), motivo pelo qual, havendo lide, o interessado pode propor ação judicial para fazer valer seus interesses. Porém, por força de entendimentos extraídos da Constituição, impõe-se prévio requerimento administrativo em matéria desportiva (art.217, §1º) e matérias sujeitas a habeas data (jurisprudência do STF e do STJ e a Lei n. 9.507, de 12-11-1997) exigem que o interessado pleiteie as informações desejadas inicialmente na via administrativa, como condição da

Disse-se acima que o indicador da exclusão são as barreiras ao acesso a um bem. No que respeita à Justiça, a doutrina constitucional contemporânea fala em barreiras mas pela via negativa. Do artigo 5º, XXXV, da CF, que seria uma espécie de macrorregra, a influenciar todas as demais da Constituição que digam respeito à Justiça, a doutrina extrai o dever de remoção de barreiras (sobremaneira socioeconômicas) ao acesso à Justiça.⁴⁸⁵ Ou seja, como potência, o serviço de adjudicação prestado pela Justiça no Brasil é robustamente não excludente.

4.2.1.2. A (não) exclusão como ato

4.2.1.2.1. Jurisprudência

Se se considerar adequado o conceito de jurisprudência como tradição, isto é, como interpretação tradicional da lei num determinado sentido,⁴⁸⁶ pode-se retirar do documento a “Constituição e o Supremo” a interpretação corrente das regras constitucionais pelo responsável último por essa interpretação, o STF. O documento mesmo, a propósito, afirma conter os julgados que guardam maior pertinência com o texto constitucional.⁴⁸⁷ No que respeita, então,

ação para a impetração desse writ). Nesses dois casos, não é necessário ‘esgotar’ a via administrativa, mas apenas demonstrar que houve requerimento administrativo seguido de negativa ou omissão na apreciação do requerimento.” (FRANCISCO, José Carlos. Inafastabilidade da Apreciação Jurisdicional. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coord.-Geral.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.)

⁴⁸⁵ “O acesso à justiça é um conceito que sofre mudanças. Inicialmente incluía somente o acesso à proteção judicial como direito formal do indivíduo de propor e contestar a ação. A CF em vigor procura assegurar também a efetivação dessa garantia formal, como se depreende da obrigação de organizar a carreira pública de defensores públicos e da assistência jurídica aos que comprovem insuficiência de recursos (arts.5º, LXXIV, e 134).

“O chamado acesso efetivo à justiça exige a remoção de certos obstáculos, como ocorre com a isenção das custas judiciais e a criação de juizados de pequenas causas que visam a adequar o tipo de procedimento ao custo e ao tempo despendidos. A tutela dos interesses difusos também decorre da ideia de acesso efetivo à justiça. Esses interesses, fragmentados em razão de sua natureza, referem-se muitas vezes a valores insignificantes para se buscar a correção de forma individual, o que impede o acesso ao Poder Judiciário. É o caso típico de lesão em relações de consumo pela diminuição do volume de um produto. Os interessados estão dispersos, sendo muito difícil combinar uma estratégia comum para um ressarcimento. O problema se resolve pela legitimação para representar interesses difusos coletivos e individuais homogêneos por entidades como o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e as associações legalmente constituídas conforme requisitos legais (CDC, art.82).” (LUNARDI, Soraya Gasparetto. Acesso à Justiça. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coord.-Geral.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.). Em sentido próximo: SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 30.ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p.430-432.

⁴⁸⁶ JURISPRUDÊNCIA. In: AULETE digital: o dicionário da língua portuguesa na internet. Disponível em: <http://www.aulete.com.br/jurisprudência>. Acesso em: 22/11/2019.

⁴⁸⁷ “A coletânea A Constituição e o Supremo, prestes a completar dez anos de edição, é obra indispensável para quem se dedica ao Direito. Contém a íntegra do texto constitucional atualizado até a última emenda, Emenda Constitucional n/99/2017, acompanhado pela jurisprudência do Supremo Tribunal sobre o alcance e a aplicação dos preceitos da Constituição da República.

[...]

ao artigo 5º, XXXV, da CF, o documento aponta, inicialmente, para a Súmula Vinculante 28 e para a Súmula 667, a primeira a declarar inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial que discuta a admissibilidade de crédito tributário; e a segunda, dizendo que viola o acesso à Justiça a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa. Na mesma linha, vai o entendimento firmado na ADI 1.772, segundo o qual as taxas judiciárias devem guardar relação com o proveito pretendido na ação.⁴⁸⁸

De outra parte, o documento faz referência ao entendimento proferido no julgamento da ADC nº 4, em que se declarou constitucional regra legal (Lei 9.494/1997) a proibir a antecipação de tutela contra o Poder Público em determinados casos.⁴⁸⁹ Na sequência, faz referência ainda ao entendimento proferido no processo de extradição 1.082, a dar por constitucionais as limitações à extensão do procedimento de extradição passiva criadas pelo art.85, §1º, do Estatuto do Estrangeiro.

O que se conclui de tudo isso? Que, no Brasil, se admitem barreiras na extensão dos ônus e faculdades processuais, mas não se admitem – a jurisprudência do STF não admite – barreiras no ingresso na Justiça, que é a ideia que mais se adequa à linha de raciocínio desenvolvida até aqui a respeito do conceito de exclusão (levantamento de barreiras a impedir o acesso).

“O livro A Constituição e o Supremo divulga a jurisprudência deste Tribunal. Compõe-se do texto constitucional seguido de excertos de decisões monocráticas ou de acórdãos, além de Informativos STF, os quais são elaborados com base nos julgamentos já concluídos, mas com acórdãos ainda não publicados. O critério para seleção da jurisprudência do livro é a pertinência verificada com os dispositivos constitucionais.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018, p.4-6.)

⁴⁸⁸ Taxa judiciária e custas (...). Necessidade de existência de limite que estabeleça equivalência entre o valor da taxa e o custo real dos serviços, ou do proveito do contribuinte. Valores excessivos: possibilidade de inviabilização do acesso de muitos à Justiça, com ofensa ao princípio da inafastabilidade do controle judicial de lesão ou ameaça a direito. [ADI 1.772 MC, rel. min. Carlos Velloso, j. 15-4-1998, P, DJ de 8-9-2000.] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018, p.154.)

⁴⁸⁹ Importância do controle jurisdicional da razoabilidade das leis restritivas do poder cautelar deferido aos juízes e tribunais. Inocorrência de qualquer ofensa, por parte da Lei 9.494/1997 (art.1º), aos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade. Legitimidade das restrições estabelecidas em referida norma legal e justificadas por razões de interesse público. Ausência de vulneração à plenitude da jurisdição e à cláusula de proteção judicial efetiva. Garantia de pleno acesso à jurisdição do Estado não comprometida pela cláusula restritiva inscrita no preceito legal disciplinador da tutela antecipatória em processos contra a Fazenda Pública. Outorga de definitividade ao provimento cautelar que se deferiu, liminarmente, na presente causa. Ação declaratória de constitucionalidade julgada procedente para confirmar, com efeito vinculante e eficácia geral e extunc, a inteira validade jurídico-constitucional do art. 1º da Lei 9.494, de 10-9-1997, que ‘disciplina a aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública’. [ADC 4, rel. p/ o ac. min. Celso de Mello, j. 1º-10-2008, P, DJE de 30-10-2014.] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018, p.153.)

4.2.1.2.2. Custeio do sistema público de adjudicação

Se a Justiça se regesse pelas leis de mercado (fosse muito excludente), competiria aos interessados pagar inteiramente pelo ingresso na Justiça – pelo uso e fruição dos serviços que ela presta. O preço de ingresso reger-se-ia pela oferta e demanda. No entanto, não é assim que as coisas se passam. O custeio do sistema público de adjudicação, no Brasil, é misto. A Justiça no Brasil é custeada em parte pelos impostos recolhidos de toda a coletividade (os subsídios corretivos ou cruzados, mencionados nas notas de rodapé nºs 458 e 459, acima) e em parte por custas e emolumentos cobrados das partes dos processos (a menção e eles, na CF, está no artigo 98, §2º, que determina a sua aplicação aos custeios dos serviços da Justiça).⁴⁹⁰

Na prática, é possível dizer que os litígios no Brasil são bastante subsidiados. Em 2018, o Judiciário do Brasil custou à sociedade R\$93,7 bilhões. Desse montante, apenas 12 bilhões (20,4%) foram recolhidos diretamente das partes dos litígios (custas, emolumentos e taxas).⁴⁹¹ Somadas, portanto, as análises da jurisprudência (seção anterior) e do custeio, não só como potência mas também como ato o serviço de adjudicação prestado pelo Poder Público é não excludente. Se quem ingressa no Judiciário não arca com todos os custos do litígio, está a ingressar num bem cujo custo é subsidiado.

Não se pode desconsiderar, porém, que a competência para o regramento da matéria das custas é concorrente (entre estados e União, conforme o artigo 24, IV, da CF). Em razão disso, afirmações peremptas e generalizantes sobre a (não) exclusão da Justiça no Brasil ou das adjudicações no Brasil são problemáticas. Tenham-se em conta, nesse sentido, as seguintes discrepâncias em matérias de custas iniciais – que, para os efeitos do que segue, são aquelas

⁴⁹⁰ “O financiamento da prestação jurisdicional poderia, teoricamente, ser feito pelos usuários deste serviço, mas como os valores cobrados destes usuários são, via de regra, insuficientes para o custeio do Poder Judiciário, acaba-se tendo, de fato, um financiamento misto desta prestação, sendo a maior parte financiada pela totalidade da sociedade [...]. Apesar disso, as custas processuais não deixam de constituir uma importante fonte de recursos para a viabilização dos serviços judiciários.

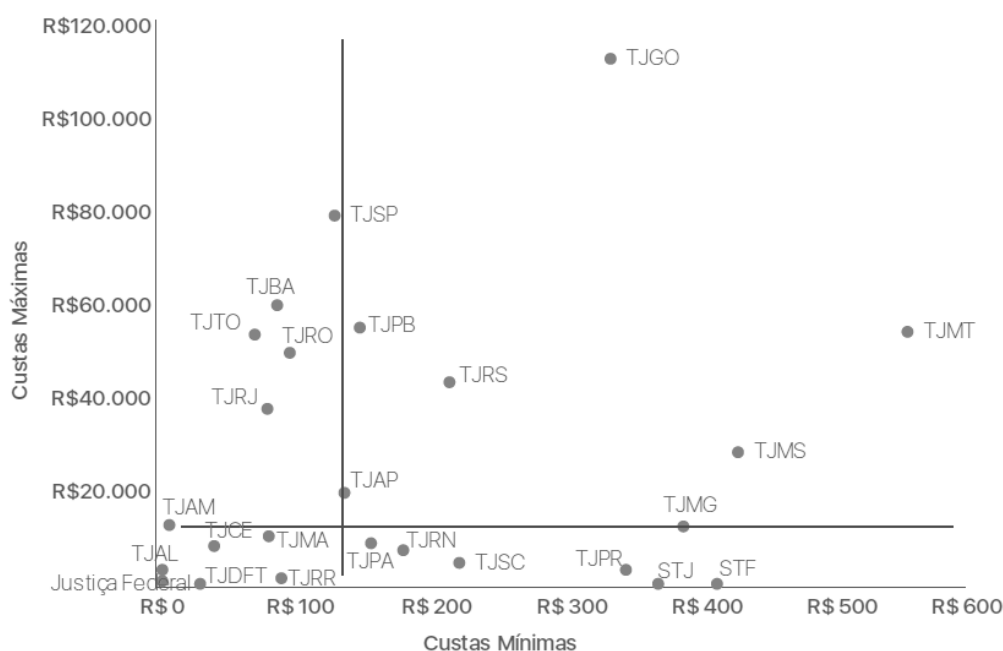
[...]

“Tanto as custas judiciais, quanto a taxa judiciária têm natureza tributária de taxa, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [...], visto que são valores devidos ao Estado que surgem de uma prestação específica deste. O que diferencia essas duas taxas não é a natureza da cobrança, mas o tipo de serviço que está sendo financiado por cada uma delas. As custas judiciais, sendo devidas pelo processamento do feito, englobam, portanto, o financiamento do serviço prestado pelos distribuidores, escrivães, secretarias de tribunais, oficiais de justiça, contadores etc. A taxa judiciária, por se turno, é devida em razão da atuação dos serviços dos magistrados e dos membros do Ministério Público. Ainda de acordo com a jurisprudência do STF, as taxas resultam da prestação de serviço público específico e divisível, cuja base de cálculo é o valor da atividade estatal deferida diretamente ao contribuinte [...]” (CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico das custas processuais praticadas nos tribunais**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais2019.pdf. Acesso em: 01/04/2020, p.10-11.)

⁴⁹¹ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019, p.61 e 65.

imputadas sobre os feitos comuns assim denominadas pelos respectivos tribunais de justiça ou as que remuneram o trabalho do escrivão e que devem ser pagas quando do ajuizamento da ação⁴⁹² –: quanto aos valores mínimos, vão de R\$5,32 na Justiça Federal a R\$556,94 no Mato Grosso (TJMT); já no que concerne aos valores máximos, variam entre R\$372,22, no STJ (ações originárias), e R\$113.460,39, em Goiás (TJGO).⁴⁹³ O seguinte gráfico explora a relação entre custas mínimas e máximas por tribunal:

Figura 5 – Valores das custas iniciais e das taxas judiciárias mínimas e máximas



(Fonte: CNJ. **Diagnóstico das custas** [...]. Brasília, 2019, p.18.)

Relacionar o tema da (não) exclusão da Justiça com o valor das custas judiciais por tribunal (incluídos os superiores quanto às ações originárias) seria um trabalho de difícil realização. Não bastaria apenas relacionar a forma de fixação das custas com o valor da causa. Precisar-se-ia operacionalizar estatisticamente (abstrair de) conceitos como capacidade de pagamento, o que talvez não seja fácil em sociedades desiguais. Nessa linha, calha lembrar que embora os estados legislem concorrentemente sobre custas processuais, a sua legislação, é

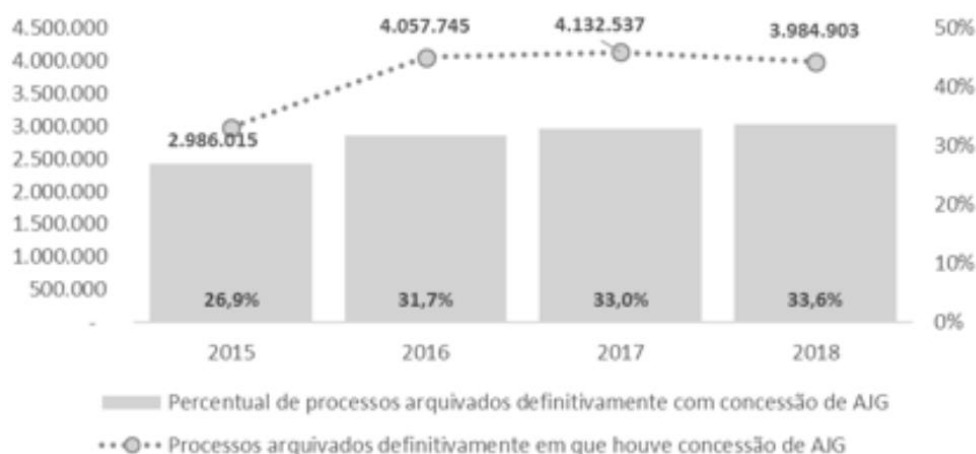
⁴⁹² CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico das custas processuais praticadas nos tribunais**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais2019.pdf. Acesso em: 01/04/2020, p.14.

⁴⁹³ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019, p.14 e 15.

claro, não se aplica apenas aos litigantes residentes nos respectivos territórios. Todo e qualquer indivíduo – inclusive estrangeiros sem residência no território nacional – pode(m) ajuizar ações perante a justiça dos estados. De resto, ainda que as custas se relacionem de maneira razoável com o valor da causa, isso dirá muito pouco a respeito da sua “razoabilidade”. Pessoas com pouca capacidade de pagamento podem-se ver envolvidas em litígios de altos valores, como os que versem sobre indenizações por ricochete, perda de uma chance (a morte prematura de um parente que, estima-se, seria um atleta promissor, por exemplo).

Em todo caso, a não exclusão das adjudicações da Justiça no Brasil, na prática, parece ser corroborada pelo percentual de casos em que se concede a assistência judiciária gratuita em face do total de casos. Em 2018, por exemplo, em 33,6% dos casos arquivados pelo Judiciário, houve a concessão de assistência judiciária gratuita. A tendência desde 2015, vale notar, é de crescimento:⁴⁹⁴

Figura 6 – Número de processos arquivados entre 2015 e 2018 em que houve a concessão da gratuidade da justiça em relação ao total de casos não criminais arquivados



(Fonte: CNJ. **Diagnóstico das custas** [...]. Brasília, 2019, p.27.)

Nesses dados, entretanto, não estão incluídos os casos: i) que correm perante os juizados especiais, que, em primeiro grau de jurisdição, são gratuitos (artigo 54, parágrafo único, da Lei 9.099/95); e ii) as execuções fiscais, nas quais também não há a cobrança de custas (artigo 39 da Lei 6.830/80). Considerando-se que, do total de casos a correrem perante o Judiciário, 19,6% consistem em processos dos juizados especiais e 11,6%, em execuções fiscais, é possível

⁴⁹⁴ CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico das custas processuais praticadas nos tribunais**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais2019.pdf. Acesso em: 01/04/2020, p.26-28.

afirmar que aproximadamente dois terços (66%) dos processos que correm perante a Justiça no Brasil não são custeados pelos litigantes (*i.e.* são integralmente subsidiados).⁴⁹⁵

4.2.1.2.3. Defensoria pública

Ainda que as adjudicações públicas no Brasil possam ser consideradas potencialmente não excludentes – pela existência das regras constitucionais de que se falou acima –, pode consistir em barreira ao acesso à Justiça a incapacidade de certos indivíduos de pagar pelos serviços de um advogado. Quando se falou da (não) exclusão das adjudicações como potência, mencionaram-se, então, também as normas da Constituição de 1988 a tratar da Defensoria Pública como instituição dirigida a prestar assistência integral e gratuita aos necessitados.

No entanto, apontamentos bem próximos dos que se fizeram a respeito da autonomia federativa dos estados cabem para a Defensoria Pública. As distintas unidades federativas têm autonomia para criar as suas defensorias, cada qual com atribuição para pleitear perante os juízes e tribunais respectivos (dos estados e da União). Na prática, em 2013, o IPEA estimou em 10.578 o número absoluto do déficit de defensores públicos no Brasil, concluindo ainda que, ao tempo da pesquisa, 95,4% das comarcas brasileiras ou não possuíam defensor público ou, tendo-se em conta o número de pessoas a receber até três salários-mínimos para cada 10.000 habitantes (as pessoas que, na visão do IPEA, mais se inclinariam para pleitear os serviços dos defensores públicos), possuíam defensores públicos em número insuficiente para atender à demanda.⁴⁹⁶

O STF, vale notar, já teve de lidar com a questão. A Segunda Turma do Tribunal, no julgamento do AI 598.212/PR, deu provimento a pedido realizado pelo Ministério Público do Paraná para determinar ao Estado do Paraná a instalação de Defensoria Pública na comarca de Apucarana.

⁴⁹⁵ Essa afirmação, contudo, não leva em conta as custas recursais nos juizados, muito embora o diagnóstico de custas do CNJ não faça essa distinção. Mais que isso, o diagnóstico de custas do CNJ inclui no percentual de processos integralmente subsidiados os casos criminais (9,5%) para afirmar que aproximadamente 75% (3/4) dos casos que correm perante o Judiciário não implicam custos aos litigantes. O diagnóstico, contudo, não distingue as ações penais públicas – que, de fato, são integralmente subsidiadas – das ações penais privadas, nas quais se admite a cobrança de custas (*v. e.g.* procedimento de controle administrativo 002497-02.2009.2.00.000, do próprio CNJ). (CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico das custas processuais praticadas nos tribunais**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais2019.pdf. Acesso em: 01/04/2020, p. 28.)

⁴⁹⁶ IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Mapa da Defensoria Pública no Brasil**. 1. ed. Brasília, 2013. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_defensoria_publica_no_brasil_19_03.pdf. Acesso em: 01/03/2020.

De outra parte, ainda que da norma não conste motivação explícita, não parece absurdo concluir que a Emenda Constitucional 80/2014 tomou por base o estudo do IPEA a respeito do déficit de defensores, acrescentando então o artigo 98, *caput* e parágrafos, ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). A regra dispõe que cumpre ao Estado fornecer defensores públicos em conformidade com a demanda na unidade jurisdicional e com base na respectiva população, imposição a ser atendida em até 8 anos, prazo durante o qual a lotação dos defensores dever-se-á dar, prioritariamente, nas regiões com maior exclusão social e adensamento populacional.

Afirmar, porém, o quanto são ou não excludentes as adjudicações prestadas pela Justiça no Brasil em razão da existência ou não de defensores públicos suficientes é algo de difícil realização. A inexistência de defensores pode estar a ser (ou não) compensada pelo número cada vez maior de advogados a entrar no mercado – quanto mais profissionais, menor tende a ser o preço do serviço (honorários). Ainda, a inexistência de defensores em número suficiente pode estar a ser compensada pela expansão dos juizados especiais. Para se ingressar com uma ação perante os juizados especiais dos estados, por exemplo, não se exige a representação por advogado quando o valor da causa não superar vinte salários mínimos. Como saber se essas compensações estão a ocorrer? Mesmo que a operacionalização dessas variáveis fosse praticável – não é –, ainda assim não se poderiam fazer afirmações peremptas sobre a exclusão (ou não) corrente das adjudicações no Brasil já que outros fatores poderiam estar a desempenhar papel importante, como a baixa educação – como uma pessoa vai pleitear um direito se sequer souber que possui tal ou qual direito? –, as dificuldades de deslocamento, *i.e.* custos de transação – para se encontrar com um defensor público –, etc.

4.2.1.3. Discussão

4.2.1.3.1. Recurso comum e unidades apropriáveis (consumíveis)

Neste momento, vale a pena retomar uma distinção traçada na seção 2.4.1 a respeito do recurso comum e das unidades consumíveis do recurso. O recurso comum, no caso da Justiça, é... é a Justiça, é o Judiciário. É nesse sentido que a doutrina (Gico Jr, *e.g.*, cita Capelleti e Garth⁴⁹⁷) fala em políticas de amplo acesso à Justiça, ao Judiciário. As unidades consumíveis,

⁴⁹⁷ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.24. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

por seu turno, são as adjudicações. As adjudicações são a razão pela qual os indivíduos ingressam na Justiça.

Adjudicações são fatos institucionais. São, portanto, disciplinadas por regras jurídicas, como se viu acima. Se, por um lado, as políticas de amplo acesso de amplo acesso à Justiça tornam esta última não excludente, as adjudicações são excludentes. Só podem-nas requerer os envolvidos nos conflitos ou os substitutos legais (artigo 18 do CPC, *caput* e parágrafo único). A entrada na Justiça, portanto, não é inteiramente livre – como o é a entrada dos pecuaristas na alegoria da “Tragédia dos Comuns” –, mas exige um conflito de interesses anterior, a exigir a manifestação da Justiça (pelo artigo 5º, XXXV, da CF, exige lesão ou ameaça a direito).

A constatação inicial pelos juízes de um conflito de interesses, é verdade, depende das alegações das partes. Na linguagem forense, diz-se que o juiz deve, quando diante de uma petição inicial, examinar a existência de um conflito de interesses (*i.e.* as condições da ação) no estado em que asseveradas (“*in status assertionis*”, teoria da asserção). De todo modo, as asserções hão de ser checadas ao menos no momento da sentença, caso em que o ingresso de uma parte na Justiça pode ser tido por ilegítimo (falta de interesse ou de legitimidade, conforme o artigo 17 do CPC). O conflito de interesses, portanto, pode ser pensado como o passaporte a permitir a entrada de alguém na Justiça. As teorias da lide, da pretensão resistida dariam conta da possibilidade de alguém acessar o Judiciário e requerer a adjudicação de um conflito.

Se é assim, há de se ver com ressalvas a transposição automática do conceito de recurso comum para a Justiça – e, consequentemente, da “Tragédia dos Comuns” à Justiça. A entrada na Justiça não é inteiramente livre. Ou melhor, a possibilidade de se consumir uma unidade apropriável da Justiça – adjudicação – não é inteiramente livre. Se se somar aos argumentos acima: i) a necessidade de, na maioria dos casos, se fazer representar por advogado (*jus postulandi*, artigo 1º, I, da Lei 8.906/94); ii) a necessidade de se recolher custas; iii) a necessidade de se demonstrar o direito em juízo, de se estabelecer uma estratégia processual, de coleta de provas e apresentação ao juízo competente (custos de oportunidade); iv) a possibilidade de se ser condenado em sucumbência; e v) a possibilidade de se ser condenado em litigância de má-fé, parece pouco razoável a aplicação automática do conceito de recurso comum à Justiça.

Pleitear a aplicação mais severa, na prática, de institutos como os da litigância de má-fé pode ser algo desejável. Requerer uma utilização “de boa-fé” do Judiciário também. O problema é definir o conteúdo de conceitos necessariamente valorativos como boa e má-fé. Uma empresa, por exemplo, que, ciente de que não possui o direito material, busca deixar marcada a sua posição de litigante inflexível para evitar ser demandada em ações futuras está a

litigar de boa ou de má-fé? A resposta a essa pergunta dependeria de se saber se essa empresa possuirá ou não razão nas ações futuras. Saber isso é possível?⁴⁹⁸ Até que ponto se pode admitir que, externamente, um terceiro determine que estratégias os indivíduos e empresas podem adotar na administração dos seus negócios privados?

Requerer, como faz Shavell, que aqueles que são condenados em juízo sejam-no não somente na recomposição do patrimônio do lesado mas também nos custos de administração do Estado e nos custos que impõem à parte adversa para defender os seus interesses em juízo – também estes últimos custos devendo reverter em favor do Estado, a fim de que se evite o paradoxo da compensação – significa confiar por demais nas capacidades da Justiça de determinar *standards* ótimos de conduta na esfera material. O subsídio aos litígios pode ser pensado como a admissão do ordenamento de que a Justiça não possui essas capacidades informacionais. As capacidades informacionais da Justiça são limitadas. Existem, como se disse, grupos de respostas jurídicas cabíveis para cada caso concreto, cada uma dessas respostas sendo justificáveis a depender de um referente teórico, das concepções que um julgador tenha a respeito do seu papel enquanto julgador, das teorias jurídicas em voga no momento de prolação da sentença, das alegações das partes, da qualidade dos advogados de cada uma das partes. Os subsídios aos litígios – o custeio da Justiça por impostos na sua maior parte – podem ser pensados como o reconhecimento de que o direito – *i.e.* a realização judicial do direito – é necessariamente incerto(a); que o Judiciário, como mecanismo extramercado de alocação de bens, direitos e riscos, é necessariamente imperfeito, sobremaneira em sociedades complexas, tributárias que são de valores no mais das vezes divergentes (eficiência *vs.* justiça).

4.2.1.3.2. Exclusão conceitual e exclusão econômica

4.2.1.3.2.1. Exclusão conceitual

Uma outra distinção possível acerca da exclusão das adjudicações realizadas pela Justiça é entre exclusão conceitual e exclusão econômica. A exclusão conceitual seria aquela realizada

⁴⁹⁸ Na jurisprudência, o próprio STJ chegou a distinguir má-fé de estratégia processual: “8. A litigância de má-fé deve ser distinguida da estratégia processual adotada pela parte que, não estando obrigada a produzir prova contra si, opta, conforme o caso, por não apresentar em juízo determinados documentos, contrários à suas teses, assumindo, em contrapartida, os riscos dessa postura. O dever das partes de colaborar com a Justiça, previsto no art. 339 do CPC, deve ser confrontado com o direito do réu à ampla defesa, o qual inclui, também, a escolha da melhor tática de resistência à pretensão veiculada na inicial. Por isso, o comportamento da parte deve sempre ser analisado à luz das peculiaridades de cada caso.” (STJ – Superior Tribunal de Justiça: REsp 1286704/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013)

por regras que visam a evitar a entrada de casos a discutir determinadas matérias na Justiça. Por exemplo: justiça desportiva, arbitragem, matérias discricionárias da Administração, questões *interna corporis* dos outros poderes, etc. A exclusão econômica, por sua vez, seria a exclusão pelo preço de ingresso, *i.e.* por aquilo que se deve pagar para acessar a Justiça (custas, emolumentos, honorários contratuais).

A exclusão conceitual não é apenas dificultada pelas teorias jurídicas que atribuem ao Judiciário o dever de aplicar regras como a da proporcionalidade e de ser o último guardião dos princípios fundamentais. A exclusão conceitual é muito difícil pela descrição que se fez linhas acima da dinâmica do processo. No processo, são as alegações das partes que dão o molde da causa. Como se disse, juízes não são reguladores diretos de estados do mundo que lhes chegam imediatamente. Juízes, em última análise, são reguladores das manifestações das partes. Se, a partir de uma estipulação estática dos ônus da prova, uma parte que tenha o direito não o consiga demonstrar, pouco importará a posse do direito.⁴⁹⁹ Não seria equivocado, sob essa perspectiva, qualificar casos como conjuntos de informações, públicas e privadas, estas últimas observáveis ou não e verificáveis ou não.

Se casos são informação, a relação se inverte. As partes passam a ser fornecedoras de informação e a Justiça, consumidora. O problema é que o consumo de informações é sempre custoso.⁵⁰⁰ A observação e a verificação das informações não se dão sem custos. O consumo de informações é, no mínimo, marcado por custos de busca.⁵⁰¹ Pode também ser marcado por custos de confrontação, sempre que for necessária a confrontação de uma alegação de fato com as provas “acostadas aos autos”. Daí por que a exclusão conceitual é, senão impossível, muito difícil. Para que um juiz ou um tribunal conclua que, por exemplo, uma discussão se deve desenrolar perante um tribunal arbitral, deve “consumir” tal informação em primeiro lugar, examinando, em todo e qualquer caso, se não há de incidir a regra do artigo 337, §6º, do CPC, que atribui ao réu o ônus de suscitar a existência de convenção de arbitragem em sua primeira manifestação nos autos, sob pena de aceitar a jurisdição estatal. Logo, por mais que a

⁴⁹⁹ Como afirmou o policial Alonzo Harris no filme “Dia de Treinamento”, “não importa o que você sabe, mas o que você pode provar” (“*it’s not what you know, it’s what you can prove*”). DIA de treinamento. Direção: Antoine Fuqua. Village Roadshow Pictures, 2001. 1 DVD (122 min.).

⁵⁰⁰ Moon discute o quanto a expansão das mídias digitais aumenta as possibilidades dos consumidores de informação, reduzindo os seus custos de oportunidade de consumo das informações relevantes para o voto nas eleições (MOON, Kenneth. **Information & Identity: An Application to Political Campaign Media**. Stanford University, 2005. Disponível em:

<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.568.8162&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 1º/04/2020.)

⁵⁰¹ Em sentido próximo: COEIRA, Enrico. Information economics and the Internet. **J Am Med Inform Assoc.** v. 7, n.3, p.215–221, 2000, p.219. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC61423/#__sec2title. Acesso em: 16/12/2019.

jurisprudência a respeito das convenções de arbitragem se firme neste ou naquele sentido, não é possível se excluir um caso sujeito à arbitragem do Judiciário. Mas juízes e tribunais, note-se bem, não devem apenas “consumir” as informações dos casos que lhes chegam. Depois do consumo, devem devolver informações às partes, *i.e.* devem dar às partes e ao jurisdicionado as razões pelas quais estão tomando tais ou quais decisões (o dever de fundamentação está, primariamente, no artigo 93, IX, da Constituição Federal, sendo esmiuçado em uma série de dispositivos do CPC). E a redação de decisões judiciais implica também custos. Gastam-se o tempo dos juízes, a energia elétrica dos computadores, a conexão à Internet para se lançar as decisões nos repositórios de jurisprudência, etc. Como não bastasse, por mais que se queira excluir conceitualmente determinada matéria do Judiciário, cabe a este, em última análise, o exame, sempre e sempre, da validade das manifestações de vontade (plano da validade).⁵⁰² Ou seja, ainda que determinado contrato contenha cláusula compromissória, as partes contratantes poderão ajuizar ações, antes, durante ou depois da arbitragem, perante o Judiciário questionando a validade da convenção de arbitragem.

Falcão, Schuartz e Arguelhes apontam, como um dos motivos pelos quais se deve concluir que a realização judicial do direito é necessariamente incerta, para o problema da construção da premissa maior do raciocínio silogístico de aplicação de regras gerais a casos concretos. A premissa maior das subsunções jurídicas, dizem os autores, não é fornecida, pronta e acabada, pelo ordenamento ao juiz. Antes, deve ser construída a partir de fragmentos de diversos dispositivos legais.⁵⁰³ O mesmo se dá com a premissa menor. Como saber, por exemplo, no caso do artigo 590 do Código Civil, se tais ou quais fatos consistem em “notória mudança de situação econômica”? Quantas pessoas precisam constatar um fato para ele ser considerado notório?⁵⁰⁴ Os problemas, no entanto, não param por aí. Os autores rememoram que são as partes que “levam” os fatos ao juiz. O juiz, nos ordenamentos modernos, é inerte (princípio da inércia). O juiz se manifesta sobre os pedidos das partes, examinando a adequação jurídica de suas alegações. Não acessa, portanto, os fatos do mundo imediatamente.⁵⁰⁵

⁵⁰²Sob o ponto de vista econômico, essa atribuição do Judiciário pode ser encarada como uma garantia exterior de que os acordos de vontade estão, de fato, a gerar bem-estar. O Judiciário, ao examinar a validade das manifestações de vontade, estaria a “garantir a qualidade paretiana dos acordos de vontade”. Direito e Economia, sob essa perspectiva, estariam a prestar tributo ao “conceito de liberdade”.

⁵⁰³FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006, p.93-94.

⁵⁰⁴FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006, p.93-94.

⁵⁰⁵FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006, p.105-107.

Em certo sentido, Falcão, Schuartz e Arguelhes desenvolvem uma teoria informacional do direito. Primeiro, quando falam do problema da construção das premissas maior e menor do raciocínio silogístico, indicam que existem custos de busca das informações e de verificação (confrontação) das informações. E, segundo, quando apontam para o princípio da inércia, sugerem que as decisões judiciais sempre tomam em conta informações privadas – casos como informação –, reveladas ou não estrategicamente caso a caso. O texto dos autores permite entender por que a exclusão conceitual de casos do Judiciário é tão difícil. Se a construção das premissas do raciocínio jurídico é necessariamente fragmentária e se casos sempre contêm informações privadas, as partes dos casos – dos conflitos – sempre podem formular (e reformular) as suas alegações de maneira a afastar o seu caso específico do conceito cujo exame a legislação tenta afastar do Judiciário. Um contrato de compra e venda de imóvel submetido à arbitragem, por exemplo, pode virar: a) uma discussão relativa à dignidade da pessoa humana, que faz jus, por exemplo, ao instituto do adimplemento substancial; b) um debate a exigir a aplicação da máxima da proporcionalidade, porque, por exemplo, estão em jogo a livre iniciativa de um lado e a redução das desigualdades sociais do outro; c) um litígio respeitante à manifestação de vontade da pessoa jurídica consumidora, a demandar ou não a revisão da “teoria da aparência”; etc. O menu que o ordenamento oferece para a formulação (e reformulação) de casos neste ou naquele sentido é farto.⁵⁰⁶

4.2.1.3.2.2. Exclusão socioeconômica

É possível entender as políticas de livre acesso à Justiça – implementação de defensorias públicas, regras de gratuidade da Justiça –, pela óptica econômica, a partir da ideia de eficiência, e não só como uma questão distributiva. De fato, é conhecida a tese de Acemoglu e Robinson segundo a qual o principal motor da prosperidade das nações são as instituições políticas e econômicas inclusivas, e não extrativistas.⁵⁰⁷ O que é isso? Com esses termos, os autores estão

⁵⁰⁶ Como provocação, não seria errado dizer que, a partir do texto de Falcão, Schuartz e Arguelhes, fazer mais pelo direito é escrever menos a respeito do direito, tanto doutrinária quanto legislativa como ainda judicialmente. Se existem tantos fatores capazes de causar incerteza estrutural no direito, talvez o melhor a fazer seja deixar de oferecer raciocínios geradores de incerteza. (FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006.) Sendo esse o caso, depois de redigir a presente nota-de-rodapé, o autor do presente texto sequer poderá suscitar alguma causa de justificação ou exculpação.

⁵⁰⁷ Não se desconhece que a explicação monista de Acemoglu e Robinson atraiu críticas, como as de Jeffrey Sachs, para quem falar em instituições é muito pouco, porque instituições possuem um poder preditivo baixo e porque existem vários caminhos rumo à prosperidade. Sachs, aliás, diz que o livro de Acemoglu e Robinson ora referido é, quando muito, um livro ruim. (JEFFREY Sachs (full) / Conversations with Tyler. Produção de Mercatus Center, 2015. Disponível em:

querendo se referir às regras de participação no poder político e às regras de propriedade, contratos, liberdade⁵⁰⁸ (os mesmos conceitos que se viu no capítulo 2 com Ogus).

Instituições inclusivas permitiriam que mais e mais pessoas participassem do jogo econômico, investissem esforços de produção, na expectativa de enriquecer com esses esforços. Formar-se-iam círculos virtuosos, a partir dos quais as sociedades prosperariam. Nas palavras dos autores:

Instituições econômicas inclusivas, como as encontradas na Coreia do Sul ou nos Estados Unidos, são aquelas que possibilitam e estimulam a participação da grande massa da população em atividades econômicas que façam o melhor uso possível de seus talentos e habilidades e permitam aos indivíduos fazer as escolhas que bem entenderem. Para serem inclusivas, as instituições econômicas devem incluir segurança da propriedade privada, sistema jurídico imparcial e uma gama de serviços públicos que proporcionem condições igualitárias para que as pessoas possam realizar intercâmbios e estabelecer contratos, além de possibilitar o ingresso de novas empresas e permitir a cada um escolher sua profissão.

[...]

O asseguramento dos serviços públicos, leis, direitos de propriedade e da liberdade de firmar contratos e relações de troca depende do Estado, instituição detentora da capacidade coerciva de impor a ordem, impedir roubos e fraudes e fazer valer contratos entre partes privadas. Para ter seu bom funcionamento garantido, a sociedade requer também outros serviços públicos: estradas e uma rede para o transporte de bens; infraestrutura pública para que a atividade econômica tenha condições de florescer; algum tipo de regulamentação básica para a prevenção de fraudes e má conduta, sobretudo por parte das autoridades. Embora muitos dos serviços públicos possam ser prestados pelos mercados e por cidadãos particulares, o grau de coordenação necessário para seu funcionamento em larga escala, em geral, requer a intervenção de uma autoridade central. Assim, o Estado apresenta vínculos inexoráveis com as instituições econômicas, como impositor da lei e da ordem, da propriedade privada e dos contratos, e em geral como prestador fundamental de serviços públicos. As instituições econômicas inclusivas precisam do Estado e fazem uso dele.

[...]

As instituições políticas de uma sociedade são determinantes cruciais do resultado do jogo. São as regras que regem os incentivos políticos. Definem como o governo é escolhido e que parte de sua estrutura possui o direito de fazer o quê. As instituições políticas definem quem são os detentores de poder na sociedade e para que fins ele pode ser utilizado. Se a distribuição de poder for estreita e irrestrita, as instituições políticas serão absolutistas, como ilustrado pelas monarquias absolutas que imperaram por todo o mundo durante boa parte da história. Sob instituições políticas absolutistas, como as da Coreia do Norte e da América Latina colonial, os detentores do poder dispõem de meios para implementar instituições econômicas visando ao próprio enriquecimento e aumento de seu poder, em detrimento da sociedade. Em contrapartida, as instituições políticas promotoras de ampla distribuição de poder na sociedade e sujeitas às suas restrições são pluralistas. Em vez de ser investido em um único indivíduo ou grupo limitado, o poder político é depositado nas mãos de uma coalização ampla ou uma pluralidade de grupos.

Há, obviamente, íntima relação entre pluralismo e instituições econômicas inclusivas. Entretanto, a chave para entender por que a Coreia do Sul e os Estados Unidos contam com instituições econômicas inclusivas não consiste tão somente em suas instituições

https://www.youtube.com/watch?v=w8pEgvzJ7p4&list=PLS8aEHTqDvpInY9kslUOOK8Qj_-B91o_W&index=22&t=0s. Acesso em: 12/12/2018.)

⁵⁰⁸ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

políticas pluralistas, mas também em um Estado centralizado e poderoso o bastante. Uma comparação significativa pode ser feita com a Somália, país no leste da África. Como veremos mais adiante neste livro, o poder político na Somália goza, há muito, de ampla distribuição – quase pluralista. Com efeito, não há uma autoridade real que possa controlar ou sancionar qualquer ato. A sociedade divide-se em clãs inimigos que não conseguem impor-se uns aos outros. O poder de um clã só é cercado pelas armas de outro. Uma distribuição de poder com tais características leva não a instituições inclusivas, mas ao caos; em sua origem encontra-se a falta de uma centralização política ou estatal de qualquer ordem por parte do Estado somali, bem como sua incapacidade de fazer valer a lei e a ordem, mesmo em dose mínima, suficiente para dar sustentação à atividade econômica, comércio ou segurança básica dos cidadãos.⁵⁰⁹

Gico Jr. explica, de maneira inventiva, que os direitos materiais e os direitos formais – processuais, procedimentais –, são bens complementares, os primeiros pouco valendo sem os últimos. Se o autor estiver certo, então é possível, como se disse, encarar as políticas de livre acesso ao Judiciário não só como uma questão distributiva mas também de eficiência (dinâmica). O estabelecimento de instituições inclusivas, materiais e formais, seria responsável pelos ciclos virtuosos de que falam Acemoglu e Robinson, geradores da prosperidade das nações. Direitos processuais, que permitam aos indivíduos participar da vida em sociedade (ações coletivas, ações populares, audiências públicas em casos com repercussão geral) e defender as suas titularidades em juízo colocam-se nessa linha. Já a resolução judicial dos conflitos pode ser percebida pela perspectiva da centralização e do robustecimento do Estado, a impor a todos as mesmas normas de conduta, o mesmo sistema de incentivos.

4.2.1.3.3. Configurações do direito de ação e provisão de bens substitutos

Marinoni qualifica o direito de ação como um direito fundamental processual.⁵¹⁰ Nesse sentido, afirma que, embora surta efeitos sobre a esfera jurídica do réu, dirige-se contra o

⁵⁰⁹ ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.58-63.

⁵¹⁰ “Se o direito de ação pode ser enquadrado nas várias funções dos direitos fundamentais antes referidas, falta ainda definir o que vem a ser o direito fundamental de ação.

“Como visto o direito de ação pode permitir a tutela dos direitos de liberdade ameaçados ou lesados pelo Estado (mandado de segurança), a realização dos direitos fundamentais sociais (direito à educação), a satisfação dos direitos fundamentais de proteção (direito do consumidor), ou mesmo servir de canal para a participação no poder e na reivindicação dos direitos fundamentais (ação popular e ação coletiva).

“O direito de ação cobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, ou seja, pode ser utilizado conforme as necessidades funcionais dos direitos fundamentais. Portanto, é um direito que se coloca sobre todas essas funções e, na verdade, sobre todos os direitos fundamentais materiais. É que os direitos fundamentais materiais dependem, em termos de efetividade, do direito de ação. Mesmo quando se pensa na ação como conduto de participação, e se considera que a participação pode se dar por outros diversos meios, não há como deixar de concluir que sem ela (a ação coletiva) a participação do cidadão na reivindicação dos direitos fundamentais ficaria severamente prejudicada.

Estado-juiz, servindo de instrumento ao direito material, sobretudo aos direitos fundamentais materiais.⁵¹¹ O direito de ação, nessa linha, como contrapartida da tutela privada, exigiria, em todo e qualquer caso, um posicionamento fundamentado do Estado a respeito das causas que lhes são apresentadas.⁵¹² Duas coisas podem ser extraídas dessas ideias. Primeira: o acesso ao Judiciário, é claro, não se confunde com ter razão.⁵¹³ Eis aí uma razão pela qual se pode dizer que a Justiça, quando provê adjudicações, é não excludente. A Justiça há de se posicionar sobre todo e qualquer litígio, vedando o ordenamento pátrio o *non liquet*.⁵¹⁴ Segunda: na verdade, quem busca o Judiciário não busca apenas um posicionamento para a sua causa. Busca um posicionamento garantido pela força (monopólio do uso da força). Como contrapartida da tutela privada, o direito de ação pode dar lugar ao legítimo uso da força – aquele levado a cabo pelo Estado.⁵¹⁵

“O direito de ação é um direito fundamental processual e não um direito fundamental material, como são os direitos de liberdade, à educação e ao meio ambiente. Portanto, ele pode ser dito o mais fundamental de todos os direitos, já que imprescindível à efetiva concreção de todos eles.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.204-205.)

⁵¹¹ “[...] Por isso mesmo, o direito fundamental de ação não tem efeitos sobre o réu; o que tem efeito sobre o réu é o direito fundamental material (por exemplo, direito do consumidor) mediatizado pela decisão jurisdicional.

“Contudo, o direito fundamental de ação não incide somente contra o Estado-juiz, mas igualmente sobre o legislador, [podendo] ser concebido como um direito à fixação das técnicas processuais idôneas à efetiva tutela do direito material.” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.207.)

⁵¹² “O direito de ação aparece exatamente no momento em que o Estado proíbe a tutela privada ou o uso da força privada para a realização e proteção dos direitos. A partir daí o Estado assume o monopólio da solução dos conflitos e da tutela dos direitos e, por consequência lógica, dá ao privado o direito de acudir a ele. Esse último direito, antes denominado de direito de agir e agora chamado de direito de ação, é a contrapartida da proibição da realização privada dos direitos e, portanto, é devido ao cidadão como um direito à proteção de todos e quaisquer direitos. Ou seja, é um direito fundamental não apenas à tutela dos direitos fundamentais, mas sim à proteção de todos os direitos, como o direito de receber quantia em dinheiro devida em razão de um empréstimo ou como o direito de cobrar os aluguéis que não foram pagos pelo locatário.

“É exatamente por isso que o direito de ação não pode ser obstaculizado por entraves como o do custo do processo. Mas não adianta simplesmente proclamar que o direito de ação não pode ser inviabilizado por questões sociais. Na verdade, o direito fundamental de ação requer uma postura ativa do Estado não somente voltada à supressão dos obstáculos sociais ao seu uso, mas também à sua plena efetividade e tempestividade (art.5º, XXXV e LXXVIII, CF).” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**: teoria geral do processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.207.)

⁵¹³ “A garantia de acesso ao Judiciário não pode ser tida como certeza de que as teses serão apreciadas de acordo com a conveniência das partes.” [RE 113.958, rel. min. Ilmar Galvão, j. 15-10-1996, 1ª T, DJ de 7-2-1997.] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018, p. 160.)

⁵¹⁴ Nesse sentido, dispõe o artigo 140 do CPC: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico.”

⁵¹⁵ Em sentido próximo, Falcão diz que, se a Justiça institucionalizada não é inclusiva, o efeito é o aumento da violência (não institucionalizada): “Outros, muitos, sem qualquer acesso, que se exaurem por estes tempos de insuficiência econômica local, continuam a não experimentar justiça. De primeira, quanto mais de segunda instância. Só terão acesso à justiça quando tiverem acesso ao mercado dos negócios ou das liberdades. Receiam o Estado democrático de direito e o Poder Judiciário.

“O resultado é evidente: a história da administração de justiça afogou a legítima necessidade de previsibilidade jurídica de cidadãos e empresas num pesadelo caracterizado pela exclusão e insegurança de muitos. Não se percebeu que a exclusão social de muitos não assegurou -- muito pelo contrário: dificultou -- a

Se o direito de ação é o direito processual que pode dar lugar ao uso da força, e se o Estado detém o monopólio do uso da força, não é então inteiramente acertado dizer que existe um mercado concorrencial de serviços de adjudicação, no qual, ao lado do Estado, colocar-se-iam a arbitragem, as *Online Dispute Resolution (ODRs)*, os tribunais marítimos. Ou há monopólio ou há mercado competitivo. Afinal, existe um mercado de serviços de adjudicação? Em parte, sim. Existe, por assim dizer, um mercado de cognição. As adjudicações providas pelo Estado e as adjudicações providas por tribunais arbitrais, por exemplo, são bens substitutos uns dos outros até o momento em que se encerra a cognição. A partir daí, caso não haja o cumprimento voluntário das sentenças arbitrais, os serviços processuais de execução do Estado passam a ser bens complementares dos serviços privados de adjudicação – assim como a execução estatal é um bem complementar da própria cognição processual estatal.

Mas, se é assim, com o que as adjudicações do Estado concorrem? Não haveria um bem substituto que permitisse pensar numa alternativa institucional factível (Ostrom, Gardner e Walker, como se viu na seção 2.4.1, acima) às adjudicações? Qual o bem substituto das adjudicações? Pensar o direito de ação como um direito a um posicionamento (sentença) garantido pela força permite, conceitualmente, imaginar que o que se substitui à ação é a não-força, isto é, é a opção voluntária dos litigantes por não se valer do uso da força, por negociar em lugar de conflitar, por confiar reciprocamente, por fazer concessões. Aqui, pode-se retomar uma hipótese lançada linhas acima, de que a principal causa para o congestionamento do Judiciário no Brasil está fora do Judiciário. Linhas acima, levantou-se a hipótese de que, na esfera material, os custos de transação seriam altos no Brasil, de tal sorte que, quando em conflito, os indivíduos prefeririam acessar à Justiça em lugar de negociar. O Brasil é um país heterogêneo e desigual, variáveis que geralmente são associadas a altos custos de transação.

Mas o Brasil é também um país plural, em que existem múltiplos ordenamentos sociais dentro dum mesmo território, os quais nem sempre estão em acordo entre si e com o ordenamento positivo. O que é isso? Normas sociais. Na presente seção, quer-se levantar a

segurança jurídica de poucos. Pareciam realidades compatíveis. A curto prazo, talvez. A longo, impossível. Perceber essa incompatibilidade é decisivo para uma nova administração de justiça. Faces amargas da mesma moeda. Moeda do aumento da violência e barbárie. Pois é o aumento da violência -- o mais básico e brutal dos caminhos alternativos para se resolver conflitos -- que está em jogo quando uma sociedade não administra a justiça com igualdade no acesso e legitimidade na coerção.

[...]

“Na verdade, dizemos que o futuro é plural porque temos já praticados e ainda não delineados pelo menos três subsistemas de resolução dos conflitos: a administração judicial do Poder Judiciário, a administração parajudicial ou social, com múltiplas arenas comunitárias e negociais, e a administração ilegal pelo aumento da violência física e econômica. O futuro será moldado pela maneira como essa pluralidade se organizará.” (FALCÃO, Joaquim. O futuro é plural: administração de justiça no Brasil. *Revista USP*, n. 74, p. 22-35, 1 ago. 2007, p.25-26 e 31.)

hipótese de que a alta litigância no Brasil é reflexo de normas sociais díspares umas das outras e, não raro, distantes dos valores postos no ordenamento positivo. Em razão disso, continua a hipótese que se está a levantar, o grau de confiança entre os indivíduos tende a ser baixo, aumentando, em contrapartida, os incentivos para a adoção de estratégias não cooperativas, oportunistas, que visam o presente em detrimento de relações futuras. Mais uma vez, não se trata de invencionice do presente texto. A hipótese encontra suporte na literatura. Pedindo-se licença para uma citação mais extensa, veja-se o que diz Fukuyama a respeito da relação entre direito comercial e normas sociais:

“[...] Indeed, isn’t the very essence of modern economic life the replacement of informal moral obligations with formal, transparent legal ones?”

“The answer to these questions is that although property rights and other modern economic institutions were necessary for the creation for modern businesses, we are often unaware that the latter rest on a bedrock of social and cultural habits that are too often taken for granted. Modern institutions are a necessary but not a sufficient condition for modern prosperity and the social well-being that it undergirds; they have to be combined with certain traditional social and ethical habits if they are to work properly. Contracts allow strangers with no basis for trust to work with one another, but the process works far more efficiently when the trust exists. Legal forms like joint-stock companies may allow unrelated people to collaborate, but how easily they do so depends on their cooperativeness when dealing with nonkin.”

[...]

“[...] There is no question that institutions like contract and commercial law are necessary preconditions for the emergence of a modern industrial economy. No one would argue that trust or moral obligation alone can take their place. But if we presume that such legal institutions exist, the presence of a high degree of trust as an additional condition of economic relations can increase economic efficiency by reducing what economists call transaction costs, incurred by activities like finding the appropriate buyer or seller, negotiating a contract, complying with government regulations, and enforcing that contract in the event of dispute or fraud. Each of these transactions is made easier if the parties believe in each other’s basic honesty: there is less need to spell things out in lengthy contracts; less need to hedge against unexpected contingencies; fewer disputes, and less need to litigate if disputes arise. Indeed, in some high-trust relationships, parties do not even have to worry about maximizing profits in the short run, because they know that a deficit in one period will be made good by the other party later.”⁵¹⁶

Mas não é só isso. Fukuyama trata também dos limites da teoria da decisão racional para explicar as relações comerciais que se desenrolam no dia a dia, sobretudo aquelas que têm lugar em mercados de *spot* (*spot markets*):

We often take a minimal level of trust and honesty for granted and forget they pervade everyday economic life and are crucial to its smooth functioning. Why, for example, do people not walk out of restaurants or taxicabs without paying their bills more often, or fail to add the customary fifteen percent tip to restaurant meals in the United States? Not paying your bills is, of course, illegal, and in some cases people might be

⁵¹⁶ FUKUYAMA, Francis. **Trust**: The Social Virtues and the Creation of Prosperity. Nova Iorque: Free Press Paperback, 1996, p.149-151.

*deterred by the thought of getting caught. But if they were intent, as economists assert, simply on maximizing their incomes unconstrained by noneconomic factors like convention or moral considerations, then they ought calculate every time they go into a restaurant or cab whether they could be away without paying. If the cost of cheating (in terms of embarrassment or, at worst, a minor legal run-in) were higher than the expected gain (a free meal), then a person would stay honest; if not, he or she would walk out. Were this kind of cheating to become more prevalent, businesses would have to bear higher costs, perhaps by stationing someone at the door to make sure customers did not leave before they paid or by demanding a cash deposit in advance. The fact that they typically do not do so indicates that a certain basic level of honesty, practiced as a matter of habit rather than rational calculation, is fairly widespread throughout the society.*⁵¹⁷

Não sem algum divertimento, não seria descabido, com base nas palavras de Fukuyama, definir direito positivo e normas sociais como bens substitutos – do que se extrairia que o aumento da demanda por um diminuiria a demanda pelas outras e vice-versa –;⁵¹⁸ e, mais que isso, definir a confiança, enquanto uma heurística decisória, e a teoria da decisão racional como bens substitutos também.⁵¹⁹ Dessas ideias, se retiraria que os indivíduos tendem a buscar a

⁵¹⁷ FUKUYAMA, Francis. **Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity**. Nova Iorque: Free Press Paperback, 1996, p.152.

⁵¹⁸ Estendendo a hipótese, poder-se-ia dizer que as normas sociais dialogam com o sistema rápido, ao passo que o direito positivo, com o sistema devagar. (KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio Arantes Leite. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.)

⁵¹⁹ Talvez se possa extrair isso da ontologia que Giannetti faz das normas sociais em comparação com as normas formais de conduta: “A regra impessoal formalizada em lei retira da esfera de competência dos cidadãos a faculdade de julgar, em seu próprio caso, se e quando determinada conduta é proibida ou permitida, obrigatória ou facultativa. Ela define o domínio do possível (tudo o que é lícito) e do necessário (tudo o que é impositivo) na convivência humana e, desse modo, nos protege, pelo menos em alguma medida, da parcialidade de cada um por si próprio. Excetuando os extremos da patologia médica criminal, o transgressor tem alguma noção do que está fazendo, tanto que esconde o ato que pratica e sente vergonha ao ser pego. A semente da culpa que é imputada a ele de fora, quando ele é pego e condenado, já está plantada em sua própria mente.

“No caso das normas informais de conduta, como por exemplo os princípios de veracidade (não mentir) e da pontualidade (não atrasar), a demarcação não é tão rígida e nítida quanto na esfera da lei, mas a função da regra impessoal é essencialmente a mesma. As normas são padrões definidos de julgamento, baseados em algum tipo de acordo intersubjetivo entre os cidadãos, e que servem para prevenir e neutralizar, em alguma medida, o viés espontâneo da nossa subjetividade quando se trata de julgar o que seria certo e apropriado fazer na situação particular em que nos encontramos.

“Se as pessoas passassem, por exemplo, a calcular as vantagens de mentir ou dizer a verdade todas as vezes que abrissem a boca, a comunicação interpessoal se tornaria um pandemônio labiríntico e desnorteante. Nem tudo o que se diz se faz e nem tudo o que se faz se diz; mas a presunção de veracidade na absoluta maioria das trocas verbais é condição indispensável da comunicação e da sociabilidade humanas.

“O mentiroso teme o opróbrio, cuida para que a consistência interna de sua fala seja preservada em todas as suas ramificações e sente vergonha ao ser pilhado. Enquanto a lei formal tem no risco de sanção penal (multa e prisão) um poderoso elemento de reforço, o mecanismo equivalente no caso das normas informais é a ameaça de perda afetiva e reprovação social – o desprezo por parte de quem se preza e a frieza por parte de quem se estima. A sanção do transgressor da norma reverte em duplo prejuízo para ele. Sofre a sua reputação no espelho da mente dos que o cercam e sofre a sua auto-imagem no espelho da própria consciência.

“A extensão do poder das regras impessoais na convivência humana pode ser avaliada pelos efeitos provocados por sua ausência. As leis e normas de uma dada sociedade não têm uma existência apartada, ou seja, acima e além dos indivíduos que a compõem. O que a experiência de alguns episódios críticos de adversidade coletiva sugere, contudo, é que a percepção das circunstâncias em que se vive e do comportamento dos que estão à nossa volta pode alterar de forma aguda o grau de adesão dos cidadãos às regras impessoais de convivência [...].” (GIANNETTI, Eduardo. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p.203-204)

Justiça institucionalizada quando as normas sociais deixam, por que motivo for, de vincular o comportamento,⁵²⁰ o mesmo valendo para a teoria da decisão racional: os indivíduos passam a se comportar, intencionalmente, de maneira estratégica – examinando o conteúdo das leis positivadas – sempre que a “demanda pela confiança cair”, isto é, toda vez que tiverem motivos para desconfiar uns dos outros. No que concerne ao Brasil, o alto congestionamento da Justiça, seguindo essa hipótese, seria sintoma da heterogeneidade da coletividade; dos valores nem sempre convergentes dos grupos de indivíduos; da dissonância entre normas sociais e direito positivo. Haveria um *tradeoff* entre pluralidade social (cultural) e conflitos no interior de uma coletividade.⁵²¹ Se a hipótese for verdadeira, caberia saber: como produzir confiança? Como entrelaçar as diversas ordenações sociais entre si e com o ordenamento positivo? Como trabalho teórico a respeito dos recursos comuns, o presente tem muito pouco a oferecer.

O que não pode passar sem menção é que, tratando do conceito de confiança, Fukuyama chega mesmo a abordar a problemática dos bens públicos em sentido econômico e a tratar, citando Mancur Olson, da proliferação dos grupos de interesses nas sociedades democráticas:

There is another reason that societies manifesting a high degree of communal solidarity and shared moral values should be more economically efficient than their more individualistic counterparts, which has to do with the so-called 'free rider' problem. Many organizations produce what economists call public goods, that is, goods that benefit the members of the organization regardless of the amount of effort they contribute to their production. National defense and public safety are classic examples of public goods that are provided by the state and accrue to its citizen simply by virtue of citizenship. Smaller organizations also produce goods that are public with respect to its members. A labor union, for example, negotiates a higher wage that benefits all of its members, regardless of how militant they as individuals were, or even whether they paid their union dues.

As the economist Mancur Olson has pointed out, all organizations producing public goods of this sort suffer from the same inner logic: the larger they become, the greater the tendency is for individual members to become free riders. A free rider benefits from the public goods produced by the organization but fails to contribute his or her individual share to the common effort. In a very small group, like a partnership of half a dozen lawyers or accountants, the free rider problem is not severe. A single partner

⁵²⁰ Na Shasta County estudada por Ellickson, por exemplo, fazendeiros e boiadeiros não buscavam a Justiça institucionalizada e sequer conheciam o direito positivo, que era dissonante das normas sociais que fazendeiros e boiadeiros utilizavam para resolver seus conflitos. (ELLICKSON, Robert C.. Of Coase and cattle: dispute resolution among neighbors in Shasta County, **Faculty Scholarship Series, Paper 466**. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1465&context=fss_papers. Acesso em: 21/06/2018.)

⁵²¹ Quando descreve os grupos de indivíduos no interior dos quais há maior vinculação, Fukuyama afirma, de certa forma, a hipótese do presente texto: “[...] *In general, the more demanding the values of the community's ethical system are and the higher are the qualifications for entry into the community, the greater is the degree of solidarity and mutual trust among those on the inside. Thus Mormons and Jehovah's Witnesses, who have relatively high standards for community membership like temperance and tithing, would feel stronger mutual bonds than, for example, contemporary Methodists or Episcopalians, who allow virtually anyone into their communities. Conversely, communities with the strongest internal ties will have the weakest bonds with those outside. Hence the gulf between a Mormon and non-Mormon will be greater than between a Methodist and non-Methodist.*”

slacking off will be noticed immediately by colleagues, and the failure to perform will have relatively large and noticeable consequences for the profitability of the group as a whole. But as the size of organization increases, the output of the group affected by the actions of any one of its members decreases at the margin. At the same time, the probability that the free-riding individual will be caught and stigmatized falls. It is much easier for an assembly line worker in a factory employing thousands to fake sickness or to take extra-long breaks than in the small partnership, where the group members are highly dependent on one another.

The free rider problem is a classic dilemma of group behavior. The usual solution is for the group to impose some form of coercion on its members to limit the free riding they can do. [...] Needless to say, this also explain why governments resort to criminal sanctions to get people to serve in the military or to pay their taxes.

The problem of free riding could be mitigated in another way, however, if the group possessed a higher degree of social solidarity. People become free riders because they put their individual economic interests ahead of that of the group. But if they strongly identified their own well-being with that of the group, or even put the group's interests ahead, then they would be much less likely to shirk work or responsibilities. This is why family businesses are a natural for of economic organization [...].

It is particularly easy for an individual to identify with the aims of an organization over his or her narrow self-interest if the purpose of the organization is not primarily economic. [...] This is perhaps one reason that Weber's early Puritan entrepreneurs, or recent converts to Protestantism in Latin America, do so well: it is much harder to be a free rider when God (rather than, say, an accountant) is watching [...].

While groups exhibiting a high degree of trust and solidarity can be more economically efficient than those lacking either, not all forms of trust and solidarity are necessarily advantageous. If loyalty overrides economic rationality, then communal solidarity simply leads to nepotism or cronyism [...].

[...]

[...] In fact, Mancur Olson has formulated a theory that maintains that economic stagnation can be traced to the growing proliferation of interest groups that occurs in stable democratic societies. In the absence of shocks from the outside – wars, revolutions, or market-opening trade agreements – a society's organizational ability tends to grow increasingly into the creation of new distributional cartels that inject stifling rigidities into the economy. Olson suggests that one of the reasons for British economic decline over the past century is the fact that, unlike its continental neighbors, Britain experienced continuous social peace in a way that permitted the steady accretion of efficiency-destroying groups.

[...]

Clearly, social solidarity is not always beneficial from the standpoint of economic well-being. In Schumpeter's phrase, capitalism is a process of 'creative destruction,' in which older economically harmful or inefficient organizations have to be modified or eliminated and new ones created in their place. Economic progress demands the constant substitution of one kind of group for the other.

Traditional sociability can be said to be loyalty to older, long-established social groups. Medieval producers following the economic doctrines of the Catholic church fall into this category. Spontaneous sociability, by contrast, is the ability to come together and cohere in new groups, and to thrive in innovative organizational settings. Spontaneous sociability is likely to be helpful from an economic standpoint only if it is used to build wealth -creating economic organizations. Tradicional sociability, on the other hand, can frequently be an obstacle to growth.⁵²²

Saber o quanto dessa descrição serve para o Brasil, inclusive no que concerne à multiplicação de grupos de interesse, é matéria de constatação empírica. Saber o quanto dessa descrição pode ser transposta para o problema do congestionamento da Justiça, também. O que

⁵²² FUKUYAMA, Francis. **Trust: The Social Virtues and the Creation of Prosperity**. Nova Iorque: Free Press Paperback, 1996, p.155-159.

o presente texto quer deixar vincado é que não é absurdo, em teoria, cogitar da hipótese de que o congestionamento da Justiça, no Brasil, é sintoma, e não causa. É sintoma de uma sociedade, que, parece possível dizer, é plural e heterogênea. É sintoma de um ordenamento que talvez esteja a meio caminho dos ordenamentos que dão corpo à razão instrumental e dos ordenamentos que se fundam na razão objetiva. É sintoma de um ordenamento que por vezes destoa das normas sociais, estas por seu turno dissonantes entre si mesmas quando se colocam frente a frente grupos distintos com valores destoantes. Citando Platão, a Giannetti coloca a questão em termos de ética individual e moralidade pública:

A arte da convivência externa em sociedade está ligada à arte da convivência interna de cada um a só consigo. As regras impessoais da ética cívica são um mal necessário. Elas existem não para nos salvar, mas para nos proteger uns dos outros e de nós mesmos. ‘Poderia alguma coisa revelar uma falta de formação mais vergonhosa’, indaga Platão na República (405 b), ‘do que possuir uma tão pouca justiça dentro de nós mesmos que se torna necessário obtê-la dos outros, que desse modo e tornam nossos senhores e juízes?’

O grande desafio é encontrar um equilíbrio entre as exigências da ética cívica e as demandas da ética pessoal – uma gramática de convivência que de alguma forma encontre o ponto adequado para a inevitável tensão entre os dois imperativos da melhor sociedade: liberdade e justiça. É somente no solo de uma ética cívica legítima, enraizada e bem constituída que uma ética pessoal agressiva – livre, ousada e pluralista – pode prosperar e florescer.

O ideal é busca preservar, de um lado, a máxima liberdade para o exercício ativo da autonomia individual na procura, expressão e afirmação de valores pessoais; mas também garantir, de outro, o respeito às regras impessoais que reduzem ao mínimo o dano e o atrito injustificado nas relações interpessoais. A gramática da justiça equivale a um conjunto de regras morais – leis formais e normas informais – que definam os parâmetros e demarquem as fronteiras do proibido/permitido e do impositivo/facultativo na convivência humana. O que se busca é um acordo intersubjetivo coletivamente sancionado, que, sem restringir além do estritamente necessário a esfera da autonomia individual na procura e definição de planos de vida, seja capaz de prevenir e conter de forma clara e neutra os desacordos e conflitos que inevitavelmente permeiam a interação humana numa sociedade pluralista e complexa.⁵²³

Com os olhos voltados para o caso americano, Shavell, como se disse acima, desmerece a função da Justiça de incutir moralidade pública nos indivíduos. Ou melhor, Shavell diz que essa função dificilmente consiste em razão para se subsidiar os litígios, já que outras instituições sociais podê-lo-iam fazer de melhor maneira. Que instituições sociais, no Brasil, poderiam desempenhar esse papel melhor que a Justiça? Consistiriam elas em alternativas institucionais factíveis, a apontar, paretianamente, para equilíbrios superiores (Introdução e seção 2.4.1)?

⁵²³ GIANNETTI, Eduardo. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997, p.213-215.

4.2.2. A (não) exclusão nas regras

4.2.2.1. Como potência e como ato

Para se saber se as regras judiciais – decisões judiciais generalizáveis e suscetíveis à abstração – são excludentes, cumpre saber se é possível o levantamento de barreiras ao acesso a elas e se, na prática, essas barreiras existem. Ogu, como se viu no capítulo 2, diz que não é possível excluir terceiros de teorias científicas, porque é impossível – custos de *enforcement* proibitivos – checar o uso de teorias científicas por terceiros. O mesmo vale para regras. Como saber se terceiros estão a usá-las?

No ordenamento, o artigo 8º, I, II e IV da Lei 9.610/98 diz que não se protegem por direitos autorais – *i.e.* não se erguem barreiras institucionais de proteção sobre – procedimentos normativos, regras de jogos e de negócios e textos de leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais. Buscando-se, no banco de jurisprudências do STJ, pelo artigo 8º, IV, que é dispositivo que faz menção às decisões judiciais, chegam-se a apenas duas entradas, uma a excluir da proteção autoral as regras da ABNT⁵²⁴ e outra a excluir da proteção autoral um modelo de contrato de seguro⁵²⁵.

⁵²⁴ AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. COMERCIALIZAÇÃO DE IMPRESSOS CONTENDO NORMAS TÉCNICAS DA ABNT. INAPLICABILIDADE DA LEI 9.610/98. COBRANÇA INDEVIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

1. A Lei nº 9.610/98 excluiu expressamente os procedimentos normativos da proteção dos direitos autorais (artigo 8º).

2. No procedimento de elaboração de normas técnicas não existe criação artística e manifestação da individualidade intelectual, pois os especialistas participantes se restringem a captar informações técnicas já propagadas ao longo dos anos, com estabilidade suficiente para consubstanciar uma padronização.

3. Não se pode negar o uso das normas técnicas àqueles que se proponham à sua produção e comercialização industrial, pois deve ser garantido amplo conhecimento da normalização à coletividade. Desse modo, não há que se falar em apropriação indevida ou enriquecimento sem causa decorrente da comercialização de impressos contendo normas técnicas da ABNT.

4. Agravo interno desprovido.

(STJ – Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1621370/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018.)

⁵²⁵ RECURSO ESPECIAL. CIVIL. CORRETORA DE SEGUROS. CRIAÇÃO DE NOVA ESPÉCIE SECURITÁRIA. PROTEÇÃO AUTORAL. INEXISTÊNCIA. IDEIAS, PROJETOS E PLANOS DE NEGÓCIO. PATRIMÔNIO COMUM DA HUMANIDADE.

PROPOSTA DE PARCERIA. ENTE SEGURADOR. RECUSA. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTO SIMILAR. POSSIBILIDADE. USURPAÇÃO DE KNOW-HOW E CONCORRÊNCIA DESLEAL. DESCARACTERIZAÇÃO. QUEBRA DE CONFIANÇA E ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. NÃO OCORRÊNCIA. RELAÇÃO TÍPICA ENTRE CORRETORA E SEGURADORA. COMERCIALIZAÇÃO DE APÓLICE DIVERSA.

1. Cinge-se a controvérsia a definir (i) se a criação de nova espécie de seguro (RC TRANS AMBIENTAL) possui a proteção da Lei de Direitos Autorais e (ii) se a seguradora, ao recusar parceria com a

4.2.2.2. Discussão

Falcão, Schuartz e Arguelhes, a partir de concepções razoavelmente bem assentadas na teoria do direito acerca da complexidade da aplicação de regras gerais a casos concretos, caracterizam o direito – sobremaneira judicial – como um empreendimento necessariamente incerto. E, no entanto, o direito judicial brasileiro hoje parece ir na contramão dessas concepções teóricas já bem assentadas, pensando ser possível regular de antemão agentes e estados do mundo de maneira a escapar ao problema da incerteza. De fato, o ordenamento judicial pátrio conta hoje com: 56 súmulas vinculantes; 736 súmulas do STF; 641 súmulas do STJ; 146 edições do informativo “Jurisprudência em teses”, do STJ, a organizar as “teses” do tribunal por assunto; 643 enunciados de direito civil, aprovados nas Jornadas de Direito Civil patrocinadas pelo Conselho da Justiça Federal; 158 enunciados de direito processual civil, aprovados nas Jornadas de Direito Processual Civil patrocinadas pelo Conselho da Justiça

corretora de seguros que desenvolveu o seguro inédito e comercializar apólice similar, praticou conduta vedada, como a concorrência desleal por desvio de clientela e por uso de conhecimentos e informações sigilosos (know-how), enriquecendo ilicitamente.

2. O art. 7º da Lei nº 9.610/1998 garante a proteção de obras intelectuais, isto é, as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro. 3. Para não haver o engessamento do conhecimento bem como o comprometimento da livre concorrência e da livre iniciativa, a própria Lei de Direitos Autorais restringe seu âmbito de atuação, elencando diversas hipóteses em que não há proteção de exclusividade (art. 8º da Lei nº 9.610/1998).

4. O direito autoral não pode proteger as ideias em si, visto que constituem patrimônio comum da humanidade, mas apenas as formas de expressá-las. Incidência do princípio da liberdade das ideias, a proibir a propriedade ou o direito de exclusividade sobre elas.

5. Não há proteção autoral ao contrato por mais inovador e original que seja; no máximo, ao texto das cláusulas contido em determinada avença (isto é, à expressão das ideias, sua forma literária ou artística), nunca aos conceitos, dispositivos, dados ou materiais em si mesmos (que são o conteúdo científico ou técnico do Direito). 6.

A Lei de Direitos Autorais não pode tolher a criatividade e a livre iniciativa, nem o avanço das relações comerciais e da ciência jurídica, a qual ficaria estagnada com o direito de exclusividade de certos tipos contratuais. 7. É possível a coexistência de contratos de seguro com a mesma temática (seguro de responsabilidade civil com cobertura para danos ambientais em transporte de cargas), comercializados por corretoras e seguradoras distintas sem haver violação do direito de autor. Lícitude do aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras sem ocorrer infração à legislação autoral, sendo livre o uso, por terceiros, de ideias, métodos operacionais, temas, projetos, esquemas e planos de negócio, ainda que postos em prática, para compor novo produto individualizado, não podendo ser exceção a exploração de determinado nicho no mercado securitário, que ficaria refém de eventual monopólio.

8. Não há falar em concorrência entre corretora de seguros e entidade seguradora, já que atuam em ramos econômicos distintos, sendo descabida qualquer alegação de competição desonesta. Falta de demonstração de concorrência desleal no uso de conhecimentos e informações e no desvio de clientela.

9. Inexiste usurpação de know-how quando seguradora e corretora trabalham em conjunto para desenvolver produto com a expertise de cada uma, não havendo também confidencialidade das informações técnicas envolvidas, típicas da atividade de corretagem, a gerar apenas aviamento.

10. Não configura quebra de confiança legítima ou enriquecimento ilícito a comercialização, por seguradora, de apólice nova, diversa da idealizada por corretora, mesmo sendo de mesma temática.

11. Recurso especial não provido.

(STJ – Superior Tribunal de Justiça: REsp 1627606/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 05/05/2017.)

Federal; 171 enunciados civis do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE); 129 enunciados criminais do FONAJE; 14 enunciados da fazenda pública do FONAJE.⁵²⁶

Se existem todas essas teses e enunciados, é porque chegaram aos tribunais prolatores casos em que se debatiam as matérias contidas nesses enunciados. E, se chegaram casos, é porque as regras legisladas não deram conta de evitar a judicialização da matéria. Por quais razões, então, há de se crer que os enunciados advindos da Justiça obterão melhores resultados? Aos apontamentos de Falcão, Schuartz e Arguelhes, um estudo futuro poderia acrescentar as ideias debatidas na teoria econômica da informação (*information economics*). Pensar os litígios – casos concretos – como conjuntos de informações públicas e privadas, estas últimas observáveis ou não e verificáveis ou não, talvez possa reanimar, inclusive a partir dos conceitos da AED, a ideia de que o direito é uma questão de caso concreto; e talvez possa, com o devido respeito aos posicionamentos em sentido contrário, retirar o crédito de soluções normativas para o congestionamento da Justiça que foquem em promoção de certeza e em modelos abstratos que não tomem em consideração as dificuldades de operacionalização extramercado das preferências individuais, das capacidades de consumo de informações (regras), das estratégias disponíveis aos indivíduos caso a caso

Mesmo que nada disso fosse problemático, contudo, ainda assim há razões conceituais para se duvidar do sucesso dos projetos teóricos que acreditam na capacidade de o Judiciário antecipar, nas decisões que profere, os problemas da vida em sociedade, definindo condutas permitidas e proibidas e, portanto, aproximando as estimativas individuais das partes acerca da probabilidade de êxito no litígio. Que razões conceituais são essas? Elas dizem com a ideia de “Tragédia dos Anticomuns” e com o problema da fragmentação de titularidades. Se a “Tragédia dos Comuns” se caracteriza pelo sobreuso das utilidades de um bem em razão da ausência de poderes de exclusão (veto), a “Tragédia dos Anticomuns” se caracteriza pela inutilização dos bens econômicos em virtude da multiplicação, além do ótimo social, dos poderes de exclusão (veto).

A atribuição de poderes, ao Judiciário, de formular regras gerais e abstratas pode ser pensada como uma multiplicação dos poderes de exclusão sobre as atividades cotidianas levadas a cabo pelos indivíduos nas suas vidas privadas. Hoje no Brasil, talvez se possa dizer,

⁵²⁶ Não se desconsidera que os enunciados de Jornadas de Direito e os do FONAJE aproximam-se muito mais do conceito de doutrina que de jurisprudência. Trata-se, no entanto, de uma doutrina muito peculiar. Enunciados são teses que se querem gerais e abstratas, a, precisamente, abstrair dos fatos que possa caracterizar os casos concretos. De resto, ainda que se trate de doutrina, não são raras as decisões judiciais que fazem menção aos tais enunciados como consistissem em dispositivos de lei. Sequer se apontam as razões pelas quais está-se a aplicar a tese deste ou daquele enunciado. Algo do tipo: “decido desta maneira com fundamento no enunciado tal ou qual desta ou daquela Jornada de Direito, patrocinada por este ou aquele ramo da Justiça.”

os indivíduos não devem apenas observar o princípio da legalidade (artigo 5º, II, da Constituição Federal). Antes, quando se propõem a tomar determinadas atitudes no dia a dia, têm de saber se as suas atitudes estão em acordo com as súmulas vinculantes, as súmulas do STF, as súmulas do STJ, as súmulas dos tribunais regionais federais e tribunais de justiça, as decisões em casos com repercussão geral, os informativos de “jurisprudência em teses”, as decisões proferidas nos julgamentos de casos repetidos. Duas perguntas cabem. Primeira: que indivíduo, antes de praticar uma atividade sua do dia a dia, possui capacidades informacionais para computar todas as razões de decidir contidas nessas decisões? Segunda: todas essas razões de decidir são convergentes, isto é, todas elas formam um discurso normativo unívoco e unidirecional, não sofrendo dos problemas de que falam Falcão, Schuartz e Arguelhes a respeito da legislação (contradição entre textos normativos, conflitos entre finalidade absconsa da regra e texto normativo categórico)?

A multiplicação dos poderes de regramento da vida em sociedade, diz a teoria econômica, tem efeitos deletério sobre uma das premissas de fundamental importância para que o Teorema de Coase tenha lugar: a de que as titularidades – os direitos e deveres, inclusive os direitos e deveres sobre coisas – estejam bem definidos. A multiplicação dos poderes de regramento da vida em sociedade fragmenta as titularidades.⁵²⁷ E poder-se-ia concluir isso, aliás, a partir do conceito de escassez. O que têm mais valor: um conjunto de regras estáveis, bem definidas e conhecidas dos destinatários; ou uma malha jurídica infundável e pouco coerente, a conter regras e regras sobre regras, e regras que se sobrepõem, e conceitos normativos que ora apontam numa direção e ora noutra? Mais regras nem sempre significa mais certeza.

O que importa notar, entretanto, é que o efeito disso sobre o jurisdicionado é precisamente o reverso daquele pretendido por quem promove a multiplicação dos poderes de regramento. Quanto mais regras, menor o valor de cada uma, mais incerteza e, paradoxalmente,

⁵²⁷ Em sentido próximo: “Os próprios fenómenos da burocracia e da sobre-regulamentação são geradores de efeitos de ‘Anti-Baldios’, e a simples hesitação na definição de critérios políticos -- por indolência, por inépcia, por ‘captura’ -- pode acabar por traduzir-se numa indiscriminada atribuição de prerrogativas de interferência em processos que de outro modo poderiam ter desfechos mais eficientes: no ambiente, na propriedade intelectual, no mercado da habitação, e em tantos outros -- tudo sob a marca comum do empolamento dos custos de transação a estrangular (quando devia descongestionar) a alternativa ‘coaseana’.

“Aliás, uma advertência básica contra a generosidade política na multiplicação de direitos, no adensamento da ‘linguagem dos direitos’ e da ‘juridite aguda’, nem sequer tem que se basear na ameaça de ‘Tragédia dos Anti-Baldios’, bastando apontar-se para o facto, acabado de demonstrar, de que a atribuição de direitos individuais ‘dissonantes’ da norma colectiva pode prejudicar, mesmo que mitigadamente, o interesse colectivo de uma forma unidireccional e ‘viscosa’, propiciando externalizações e ‘holdouts’ que impedem a reafecção de alguns recursos em direcção à sua maior utilidade social.” (ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível ótimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p.176.)

mais conflitos, mais litígios, mais espaço para a adoção de estratégias não cooperativas. Retomando um raciocínio lançado linhas acima,⁵²⁸ talvez o presente trabalho devesse concluir com um pedido de desculpas – não só pelo trabalho conceitual pouco conclusivo e obtusamente redigido, mas, principalmente, por consistir em mais um trabalho na área do direito. Se a incerteza é imanente ao direito, quanto mais se escreve sobre o direito, mais campo se cria para se argumentar, diante de juízes e tribunais, que “existem fortes razões para o provimento” de tais ou quais ações, pouco especadas na lei; que, “por medida de Justiça”, devem juízes e tribunais ingressar no exame de matérias sobre as quais não se deveriam manifestar (deferência), afinal de contas, “como já dizia o doutrinador sicrano...”; que são “pouco razoáveis” tais ou quais condutas, até porque se deve concluir, “a partir do dilema do prisioneiro”, que... etc.

⁵²⁸ Veja-se a nota de rodapé nº 506, acima.

5. CONCLUSÃO

Entre premissas, modelos, indicadores e discussões, não se é de descartar que os argumentos do texto possuam pouca coerência entre si – bem ao estilo de uma “Tragédia dissertativa dos Anticomuns” –, de maneira que, nesta conclusão, retomar-se-ão os raciocínios de maior importância lançados no corpo do texto a partir da pergunta de pesquisa: é a Justiça no Brasil um recurso comum?

O primeiro apontamento que cabe fazer, a partir das conclusões lançadas sobre a (não) exclusão nos serviços de adjudicação judicial, é que não se pode falar de uma “Justiça no Brasil”. Se se quiser manter a análise apenas na Justiça comum, o Brasil conta com 27 unidades federativas, cada qual a possuir o seu próprio Judiciário, as suas próprias regras a respeito de custas judiciais, as suas próprias defensorias públicas, a sua própria população local (é claro), a qual tem tal ou qual perfil socioeconômico, tais ou quais características, tal ou qual demanda por Justiça. Mas o Brasil conta também com a sua Justiça federal e com os seus tribunais superiores, cada qual, também, a possuir regras de custas, regras sobre a produção de regras judiciais, regras sobre as matérias que se permite sejam discutidas perante os seus julgadores. Como abstrair de todas essas peculiaridades e fazer afirmações peremptas sobre a Justiça no Brasil?

Para além dessa ressalva metodológica, contudo, há também uma ressalva conceitual, a merecer tanta ou mais atenção: a Justiça no Brasil produz, pela óptica da AED, dois serviços, quais sejam a adjudicação de conflitos (utilidade particular da Justiça) e regras de conduta (externalidade positiva da Justiça). Se é assim, cada um desses serviços deve ser examinado de maneira individual, para se afirmar as configurações da Justiça no Brasil como bem econômico.

Pois bem. Como aparelho público de julgamento de casos, a Justiça produz, sim, um serviço rival e não excludente. O acesso à Justiça no Brasil é, conceitualmente, livre e a prática encaminha-se para a ausência de barreiras de exclusão (*e.g.* Emenda Constitucional 80/2014), bem como a entrada de novos litígios a adjudicar reduz a disponibilidade, no presente, do serviço de adjudicação para outros “consumidores” da Justiça (rivalidade). Enquanto prestadora do serviço de adjudicações, então, é a Justiça um recurso comum? Depende. Como se demonstrou ao longo do texto, do exame da literatura revisada, não fica clara a maneira pela qual o tempo, como problema econômico, consiste numa externalidade resultante da rivalidade das adjudicações prestadas pela Justiça. Primeiro, porque as filas de casos a julgar aproximam-se mais do conceito de filas figurativas que do conceito de filas reais, não trazendo consigo, portanto, custos de oportunidade consideráveis. Segundo, porque o problema do tempo no

consumo das adjudicações da Justiça é absorvido pelas partes do conflito (afinal, os casos substanciais postos a julgamento são sempre, bipolares – polos ativo e passivo –, bilaterais, isto é, sempre contrapõem autores e réus). Afirmar que a redução do valor presente das utilidades resultantes das adjudicações implica a redução do valor presente dos próprios direitos implica dizer que os autores dos litígios sempre têm razão. Por quê? Porque, se num caso concreto, o réu estiver com a razão, a demora da Justiça há de ser vista como algo objetivamente benéfico, afinal, quanto mais demorada uma decisão judicial, mais se está a afastar da esfera jurídica do réu o risco de uma decisão equivocada.

O principal empecilho conceitual, entretanto, para se afirmar o caráter de recurso comum da Justiça reside no problema do número ótimo de litígios. Qual o número ótimo de litígios no Brasil. Com Posner,⁵²⁹ viu-se o quão complicada é a operacionalização desse cálculo. É que, como se viu linhas acima, a AED assume como meta da análise econômica dos litígios a redução dos custos diretos dos litígios (de administração da Justiça e investimentos das partes nos litígios) e de erro (na aplicação da lei substancial). Ocorre que – e para ficar apenas numa relação intrincada entre as variáveis em jogo –, se, de um lado, o número de casos litigados relaciona-se de maneira direta com os custos diretos, de outro, relaciona-se de maneira inversa com os custos de erro. Isto é, quanto mais litígios, mais custos diretos, é verdade, mas menos custos de erro. Quanto menos litígios, de outra parte, mais custos de erro – quanto menos casos litigados, maior a chance de juízes e tribunais se equivocarem na aplicação do direito material – mas menos custos diretos. Diante disso, como saber de antemão qual o número ótimo de litígios? Aliás, uma pergunta desse tipo chega mesmo a consistir num problema digno de investigação? Erro é sempre erro com relação a alguma coisa. Como saber se uma decisão judicial foi equivocada sem se definir, antes e acima, que concepção de direito deve valer numa determinada coletividade regida pelo direito?

O raciocínio a respeito da relação emaranhada entre custos diretos e custos de erro foi reformulado, ao longo do texto, nos seguintes termos: a Justiça, no Brasil, pode ser pensada como um mecanismo de retroalimentação de informações. Produzindo adjudicação e regras, a Justiça no Brasil precisa das informações providas pelas partes dos litígios para minudenciar o direito legislado, produzindo as “regras judiciais de conduta”. Quando, contudo, produz as “regras judiciais” de conduta, a Justiça no Brasil devolve informações para os indivíduos que olham para o direito positivo brasileiro quando, tomando atitudes no dia a dia, estimam a

⁵²⁹ POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973, p.441-442. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013.

probabilidade de as suas atitudes resultarem num litígio e estimam as suas chances particulares de êxito nesse litígio. Mais uma vez, então: como calcular qual o número ótimo de litígios? Qual o número ótimo de informações de que a Justiça precisa para produzir o número ótimo de informações de que os indivíduos precisam para estimar otimamente que atitudes devem tomar no dia a dia?

O presente trabalho, conceitual que é, não avançou empiricamente sobre essas questões. Apenas constatou que a Justiça no Brasil produz, de fato, adjudicações e regras, fornecendo um bem econômico rival e não excludente, no primeiro caso, e não rival e não excludente, no segundo. O trabalho, no entanto, não deixou de afirmar o quão longe estão da realidade prática os modelos da análise econômica dos litígios que buscam tocar o tema do congestionamento da Justiça, quer porque não consideram o quão complexo é o fenômeno da realização judicial do direito – o quanto o direito é um empreendimento necessariamente incerto –, quer porque colocam em debate variáveis que não são passíveis de medição, quer ainda porque deixam de lado fatores externos que talvez possuam maior poder explicativo. Nesse último sentido, o presente trabalho lançou como hipótese que, mormente, o congestionamento da Justiça no Brasil é sintoma, e não doença. É sintoma do fato de o Brasil ser um país heterogêneo, desigual, complexo, plural. Possuindo essas condições, não é descabido afirmar que as normas sociais, a vincularem a conduta dos diversos grupos de indivíduos que se submetem às leis do Brasil, são múltiplas e, não raro, colidentes. Mas essas normas não colidem apenas entre si. Colidem também com o direito positivo, com os valores do direito positivo. A hipótese é a de que o congestionamento da Justiça no Brasil é resultado desses atritos normativos – o que, aliás, a depender da extensão que se dê ao conceito de custos de transação, encontra suporte na condição fundamental de litígio.⁵³⁰

Não se quer, é lógico, no presente texto, desconsiderar o papel dos incentivos. São sempre bem-vindas correções aos sistemas de incentivos, sobremaneira se impuserem tomadas ótimas de precaução pelos indivíduos nas atitudes que tomam nas suas vidas diárias. O problema, mais uma vez, é que o cálculo da dissuasão ótima é complexo. De um lado, tem-se um regulador de condutas, a julgar externamente como determinado indivíduo se deve comportar sem ter testado se o comportamento desejado é praticável, se não é muito custoso, se, diante dos “pontos de estrangulamento da economia” de tal ou qual nação, não implicará no

⁵³⁰ GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018, p.30. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020; POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011, p.764-765.

fechamento dos negócios, etc. De outro, tem-se um indivíduo a ser regulado, a possuir informações privadas, nem sempre certas e confiáveis; a possuir preferências nem sempre reconduzíveis às preferências do regulador; a mudar de preferências e atitudes por motivações pouco escrutáveis,⁵³¹ nem mesmo pela própria consciência.

Se o presente trabalho não permite afirmações peremptas neste ou naquele sentido, ao menos pode ser visto como um reclamo por cautela. Além das cautelas redigidas acima, viu-se que, por exemplo, a razão para se subsidiar os litígios pode estar mais na forma, pública e participativa, pela qual eles se desenrolam que no conteúdo das decisões. Pode estar também na promoção dinâmica de instituições econômicas e políticas inclusivas. Como se viu, Shavell sugere que, em lugar da Justiça, a implicar altos custos de administração, podem desempenhar as funções: de compensação dos lesados, os sistemas seguros;⁵³² e de dissuasão dos lesadores, os sistemas de tributação.⁵³³ Embora Shavell tenha os olhos voltados, é claro, para o direito americano, as suas asserções são teóricas, de tal sorte que não parece descabido perguntar: tais sistemas cumpririam todas as funções, estáticas e dinâmicas, inclusive econômicas – de inclusão e participação –, que cumpre a Justiça?

⁵³¹ “*For such is the stuff that man is made of: in principle and in practice, in a right track and in a wrong one, the rarest of all human qualities is consistency*”. BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Londres: Ed. J. H. Burns e H. L. A. Hart, 1970, p.14.

⁵³² SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 26, Illinois: **The University of Chicago Press**, p.575-612, 1997, p.594-595. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

⁵³³ SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. *Journal of Legal Studies*, v. 26, Illinois: **The University of Chicago Press**, p.575-612, 1997, p.603. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019

REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam**: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza. Tradução de Cristina Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

ARAKE, Henrique; GICO JR., Ivo. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. **Economic Analysis of Law Review (EARL)**, v. 5, n. 1, p.166-178, 2014. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/download/5%20EARL%20166/5%20EARL%20166>. Acesso em: 02/03/2020.

ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos baldios e dos anti-baldios**: o problema económico do nível ótimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.

ARAÚJO, Fernando. O Direito Administrativo na perspectiva da análise econômica. In: ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO – CURRÍCULO PERMANENTE MÓDULO II – DIREITO ADMINISTRATIVO, 2014, Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul: Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=OkHxaVldFfs>. Acesso em: 13/05/2019.

ARAÚJO, Fernando. O problema econômico da adjudicação ótima: a natureza do bem “adjudicação”. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 2014, Brasília. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mbCG2x-XQE8>. Acesso em: 13/05/2019.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise econômica do direito no Brasil**: uma leitura à luz da teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando Ângelo Ribeiro. Pragmatismo como [Meta]Teoria da Decisão Judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações. In: SARMENTO, Daniel; CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Orgs.). **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.171-211.

ARISTÓTELES. **Aristotle in 23 Volumes**. Traduzido por Hugh Tredennick. MA: Harvard University Press, 1989. v. 17, 18. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Aristot.+Met.+5&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0052>. Acesso em: 09/02/2020.

ARISTÓTELES. **A Política**. Traduzido por Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

ARROW, Kenneth J. Information and the organization of industry. In: CHICHILNISKY, Graciela. (Org.) **Markets, information, and uncertainty**: Essays in economic theory in honor of Kenneth J. Arrow. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999, p.19-25.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Trad. Maria Cristina G. Cupertino. 3ª edição. São Paulo: Landy, 2003.

AUDI, Robert. **The Cambridge dictionary of philosophy**. 2 ed. Cambridge University Press, 199, p.949.

AULETE digital: o dicionário da língua portuguesa na internet. Disponível em: <http://www.aulete.com.br>. Acesso em: 22/11/2019.

BAIRD, Douglas G; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Massachusetts: Harvard University Press, 1994.

BALDWIN, Robert/ CAVE, Martin; LODGE, Martin. **Understanding Regulation**: Theory, Strategy, and Practice. 2ª ed. Oxford [u.a]: Oxford University Press, 2012.

BECKER, Gary S.. A Theory of the Allocation of Time. **The Economic Journal**, v. 75, n. 299, p.493-517, 1965.

BECKER, Gary S.. Crime and Punishment: An Economic Approach. **Journal of Political Economy**, vol. 76, n. 2, p.169-217, 1968. Disponível em: www.jstor.org/stable/1830482. Acesso em: 15/12/2018.

BECKER, Gary S.. Nobel lecture: the economic way of looking at behavior. **Journal of Political Economy**, v.101, 1993.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation**. Londres: Ed. J. H. Burns e H. L. A. Hart, 1970.

BIKHCHANDANI, Sushil; HIRSHLEIFER, Jack; RILEY, John G. **The Analytics of Uncertainty and Information**. 2. ed. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013.

BLACK, John. **A Dictionary of Economics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

BLACK, Julia. Proceduralizing regulation: part I. **Oxford Journal of Legal Studies**, v.20, p.597-614, 2000.

BODIN DE MORAES, Maria C.. Risco, solidariedade e responsabilidade civil. **Revista dos Tribunais**, v. 95, p.11-37, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/13812801/Risco_solidariedade_e_responsabilidade_civil. Acesso em: 1º/01/2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. Coordenação de Edições Técnicas. **Código de processo civil e normas correlatas**. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015.

BUCHANAN, James M. An Economic Theory of Clubs. **Economica**, v. 32, n. 125, 1965, pp. 1–14. Disponível em: www.jstor.org/stable/2552442. Acesso em: 19/03/2020.

BUCK, Pedro. Poder Judiciário. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coord.-Geral.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. **Harvard Law Review**, Boston, v.85, 1972, pp.1089-1128.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ Serviço: Saiba a diferença entre repercussão geral e recurso repetitivo. **CNJ – Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, sem data. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-saiba-a-diferenca-entre-repercussao-geral-e-recursos-repetitivos/>. Acesso em: 02/04/2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Diagnóstico das custas processuais praticadas nos tribunais**. Brasília, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/11/relatorio_custas_processuais2019.pdf. Acesso em: 01/04/2020.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2019**: Sumário Executivo. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 20/11/2019.

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Painel de Consulta ao Banco Nacional de Demandas Repetitivas e Precedentes Obrigatórios. **CNJ – Conselho Nacional de Justiça**, Brasília, 2020. Disponível em:

https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l\painelcnj.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true. Acesso em: 02/04/2020.

COASE, Ronald H. The Federal Communication Commission. **The Journal of Law & Economics**, v.2, p.1-40, outubro, 1959. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724927>. Acesso em: 08/10/2019.

COASE, R.H. The Nature of the Firm. **Economica**, v. 4, p.386-405, 1937. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1468-0335.1937.tb00002.x>. Acesso em: 17/05/2019.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. **The Journal of Law & Economics**, vol. 3, pp.1–44, 1960. Disponível em: <https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>. Acesso em: 17/03/2019.

COEIRA, Enrico. Information economics and the Internet. **J Am Med Inform Assoc.** v. 7, n.3, p.215–221, 2000, p.219. Disponível em: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC61423/#__sec2title. Acesso em: 16/12/2019.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

CORTÉS, Pablo. Introduction. In: _____ (Org.). **The New Regulatory Framework for Consumer Dispute Resolution**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2016, p.2-5.

COSTA, Marcos da. Distorções na condenação de segunda instância. **Conjur**, 08/08/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-08/marcos-costa-distorcoes-condenacao-segunda-instancia>. Acesso em: 17/04/2020.

CURSO Sobre Blindagem Patrimonial Familiar (Aspectos Societários e Tributários). **Migalhas**, 9 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/eventos/278293/curso-sobre-blindagem-patrimonial-familiar-aspectos-societarios-e-tributarios>. Acesso em: 02/04/2020.

DIA de treinamento. Direção: Antoine Fuqua. Village Roadshow Pictures, 2001. 1 DVD (122 min.).

DIMOULIS, Dimitri. (Coord.-Geral.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

DINAMARCO, Cândido R. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido R. Reflexões sobre o Direito e o Processo. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v.14, p.45-71, 1971, p.50. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/7193/5148>. Acesso em: 26/03/2019.

DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p.191-226, 1980. Disponível em: <http://liberpedia.net/t/Dworkin-Wealth.pdf>. Acesso em: 15/03/2018.

ELLICKSON, Robert C.. Of Coase and cattle: dispute resolution among neighbors in Shasta County, **Faculty Scholarship Series**, Paper 466. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1465&context=fss_papers. Acesso em: 21/06/2018.

ESGATE, Anthony; GROOME, David; BAKER, Kevin. **An Introduction to Cognitive Psychology**. Taylor & Francis Routledge, 2005.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivan A.; CHAVES, Vitor P. **III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o Tempo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014, 151 p.

FALCÃO, Joaquim. O futuro é plural: administração de justiça no Brasil. **Revista USP**, n. 74, p. 22-35, 1 ago. 2007.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luis Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, incerteza e estado de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.243, 2006.

FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst: a toolkit for thinking about the law**. Illinois: The University of Chicago Press, 2007.

FIANI, Ronaldo. **Teoria dos Jogos: com aplicações em Economia, Administração e Ciências Sociais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

FIELD, Barry C.; FIELD, Martha K.. **Environmental Economics: An Introduction**. 6ª ed. Nova Iorque: McGraw-Hill Education, 2013.

FRANCISCO, José Carlos. Inafastabilidade da Apreciação Jurisdicional. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coord.-Geral.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

FREAKONOMICS EP.405. Policymaking Is Not a Science (Yet). Locutor: Stephen J. Dubner. Entrevistados: Dana Suskind, John List, Patti Chamberlain, Lauren Supplee. **Freakonomics Radio**, 12/02/2020. Podcast. Disponível em: <https://freakonomics.com/podcast/scalability/>. Acesso em: 03/03/2020.

FREDE, Michael. Aristotle's Notion of Potentiality in Metaphysics Θ . In: SCALSAS, Theodore; DAVID, Charles; GILL, Mary Louise (Orgs.). **Unity, Identity, and Explanation in Aristotle's Metaphysics**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1994.

GENN, Hazel. **Judging Civil Justice**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.

GIANNETTI, Eduardo. **Auto-engano**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GIANNETTI, Eduardo. **O livro das citações**: um breviário de ideias replicantes. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GIANNETTI, Eduardo. **O valor do amanhã**: ensaio sobre a natureza dos juro. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

GIANNETTI, Eduardo. **Trópicos utópicos**: uma perspectiva brasileira da crise civilizatória. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

GICO JR., Ivo T. The Tragedy of the Judiciary. **University Center of Brasilia Working Paper**, 2018. Disponível em: https://mafiadoc.com/the-tragedy-of-the-judiciary_5c9509b3097c47ac1f8b456e.html. Acesso em: 17/03/2020.

GOERTZ, Gary; MAHONEY, James. **A tale of two cultures**: qualitative and quantitative research in the social sciences. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2012.

GOERTZ, Gary. **Social Science Concepts**: A User's Guide. Nova Jérsei: Princeton University Press, 2006.

GOLDBERG, John C. P. Ten Half-Truths about Tort Law. **Valparaiso University Law Review, Vol. 42. Vanderbilt Public Law Research Paper No. 08-08**. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1122324. Acesso em: 1º/01/2020.

GRAU, Eros R. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

HANSON, Jon D., HANSON, Kathleen & HART, Melissa. Game Theory and the Law. In: Kalyan Chatterjee & William Samuelson (eds.). **Game Theory and Business Applications**. 2ª ed. Springer, 2013

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, v.162, n. 3859, 1968, p.1243-1248. Disponível em: www.jstor.org/stable/1724745. Acesso em: 15/05/2019.

HELLER, Michael A. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. **Harvard Law Review**, vol. 111, no. 3, 1998, p. 621–688. Disponível em: www.jstor.org/stable/1342203. Acesso em: 15/05/2019.

HESS, Charlotte; OSTROM, Elinor. Ideas, artifacts, and facilities: information as a common-pool resource. **Law and Contemporary Problems**, v.66, p.111-145, 2003. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1276&context=lcp>. Acesso em: 18/03/2020.

IPEA – INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Excesso de prisão provisória no Brasil**: um estudo empírico sobre a duração da prisão nos crimes de furto, roubo e tráfico (Bahia e Santa Catarina, 2008-2012). Brasília, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Pod_54_Rogério_final_web-1.pdf. Acesso em: 20/02/2020.

JEFFREY Sachs (full) / Conversations with Tyler. Produção de Mercatus Center, 2015. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=w8pEgvzJ7p4&list=PLS8aEHTqDvpInY9ksIUOOK8Qj_-B91o_W&index=22&t=0s. Acesso em: 12/12/2018.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H.. A Behavioral Approach to Law and Economics, **Stanford Law Review**, v. 50, n. 1471, 1998, pp. 1476-1480. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2292029>. Acesso em: 21 jun.2018.

JORDÃO, Eduardo. A leitura e as ‘leituras’ do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. **Jota**, 05 nov. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/a-leitura-e-as-leituras-do-art-5o-xxxv-da-constituicao-federal-05112019>. Acesso em: 06/11/2019.

JORDÃO, Eduardo. The three dimensions of administrative law. **A&C -- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n.75, 2019, p.21-38, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1092.

KAHAN, Dan. M. On the sources of ordinary science knowledge and extraordinary science ignorance. In: JAMIESON, Kathleen H; KAHAN, Dan M.; SCHEUFELE, Dietram A.. **Oxford Handbook on the Science of Science Communication**. Oxford Handbooks Online, 2017. Disponível em: <https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190497620.001.0001/oxfordhb-9780190497620-e-4>. Acesso em: 01/11/19.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cássio Arantes Leite. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 5, n. 1, p.193-206, 1991, p.197-198. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1942711>. Acesso em: 11/11/2012.

KRONMAN, Anthony T. Wealth Maximization as a Normative Principle. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p.227-242, 1980. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724130?seq=1>. Acesso em: 15/03/2018.

LEAL, Fernando. Consequencialismo, racionalidade e decisão jurídica: o que a teoria da decisão e a teoria dos jogos podem oferecer? In: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coords.). **Direito e Economia: diálogos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2019.

LEAL, Fernando. Considerar as consequências das decisões resolve? Uma análise crítica do PL 349/15. **Revista de Direito do Estado**, n.218, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-leal/considerar-as-consequencias-das-decisoes-resolve-uma-analise-critica-do-pl-34915>. Acesso em: 16/02/2020.

LEAL, Fernando. Em decisões judiciais, (escrever) menos é mais. **Jota**, 02 de maio de 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/stf/supra/em-decisoes-judiciais-escrever-menos-e-mais-02052019. Acesso em: 15/05/2019.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. O caso do PL 349/15. In: LEAL, Fernando; MENDONÇA, José Vicente Santos de (Organizadores). **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2016. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18009>. Acesso em: 29/10/2019.

LEAL, Fernando. Propostas para uma abordagem teórico-metodológica do dever constitucional de eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo (REDAE)**, n. 15, 2008. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/24278/Propostas_para_uma_abordagem_teorico-met.pdf. Acesso em: 27/03/2020.

LEAL, Fernando. O projeto metodológico do não positivismo de Alexy. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v.10, n.1, p.258-273, 2017.

LEITER, Brian. Book Review (reviewing Ronald Dworkin, ed., Justice in Robes 2006) & Scott Hershovitz, ed., Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin, 2006)). **Journal of Legal Education**, n.56, p.675, 2006.

LEMPEREUR, Alain P. A evolução das relações de forças em negociação – 10 casos de reviravolta. In: LEMPEREUR, Alain P.; SEBENIUS, James; DUZERT, Yann (Orgs.). **Manual de negociações complexas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

LUFT, Celso P. **Dicionário prático de regência verbal**. São Paulo: Ática, 1987.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Acesso à Justiça. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coord.-Geral.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Devido processo legal. In: DIMOULIS, Dimitri. (Coord.-Geral.) **Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, n.p.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução de Allan Vidigal Hastings, Elisete Paes e Lima, Ez2 Translate. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

MANKIW, N. Gregory. **Principles of microeconomics**. 8ª ed. Boston: Cengage Learning, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de processo civil: processo cautelar**. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MEET the ‘rocket man’ helping the UK’s Lawtech sector take off. **The Guardian**, 6 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/legal-horizons/2017/dec/06/meet-the-rocket-manhelping-the-uks-lawtech-sector-take-off>. Acesso em: 26/04/2019.

MENKEL-MEADOW, Carrie. Roots and Inspirations: A Brief History of the Foundations of Dispute Resolution. In: MOFFIT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (eds.) **The handbook of dispute resolution**. 1ª ed. Califórnia: Jossey-Bass, 2005.

MENKEL-MEADOW, Carrie; Wheeler (Orgs.). **What’s fair**: Ethics for Negotiators. Califórnia: Jossey-Bass, 2004.

MICHAELIS dicionário de língua portuguesa. Disponível em: <http://michaelis.uol.com.br>. Acesso em: 22/11/2019.

MITCHELL, Gregory. Case studies, counterfactuals and causal explanations. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 152, n. 5, p.1517-1608, maio de 2004. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3191&context=penn_law_review. Acesso em: 20/11/2019.

MOFFIT, Michael L.; BORDONE, Robert C. (eds.) **The handbook of dispute resolution**. 1ª ed. Califórnia: Jossey-Bass, 2005.

MOON, Kenneth. **Information & Identity**: An Application to Political Campaign Media. Stanford University, 2005. Disponível em: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.568.8162&rep=rep1&type=pdf>. Acesso em: 1º/04/2020.

NASH, John F. Equilibrium points in n-person games. **Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America**, v.36, n.1, 1950, p.48-49. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/88031>. Acesso em: 08/05/2019.

NÓBREGA, Mailson da. A crise da Justiça, o cidadão e a economia. **Folha de São Paulo**, 3 de janeiro de 1997. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/1997/1/03/dinheiro/3.html>. Acesso em: 1º/04/2020.

OGUS, Anthony. **Regulation**: Legal Form and Economic Theory. Oregon: Hart Publishing, 2004.

OSTROM, Elinor. **Governing the commons**: The evolution of institutions for collective action. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2015, n.p.

OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. **Rules, Games & Common-Pool Resources**. The University of Michigan Press, 1994.

PEREIRA, Thomaz. A tragédia no STF. **Folha de São Paulo**, 20 de setembro de 2017. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2017/09/1919967-a-tragedia-no-stf-shtml>. Acesso em: 08/05/2019.

PIMENTEL, Wilson. **Acesso responsável à justiça**: o impacto dos custos na decisão de litigar. 109 fls. Dissertação (mestrado em direito da regulação). Escola de Direito do Rio, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017.

PINHEIRO, Armando Castelar; BARBOSA, Fernando de Holanda Filho. Os determinantes da demanda pelo Judiciário. In: VELOSO, Fernando; BONELLI, Regis (Orgs.). **Ensaaios IBRE de economia brasileira**. 1ª Ed. Rio de Janeiro, Elsevier, 2015, capítulo 10.

PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de Análise Econômica do Direito**. 2019. No prelo.

PORTO, Antônio Maristrello; FRANCO, Paulo Fernando. Uma Análise Também Econômica do Direito de Propriedade. **Economic Analysis of Law Review EALR**, v. 7, n. 1, p.207-232, 2016. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/6473/pdf>. Acesso em: 18/01/2020.

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela; QUIRINO, Carina de Castro. **Resolução de conflitos on-line no brasil**: um mecanismo em construção. Revista de Direito do Consumidor. Ano, v. 26, 2017.

POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v.2, n.2, p.399-458, jun., 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 20/08/2013.

POSNER, Richard A. Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): An Analytical Framework. In: KESSLER, Daniel P. (Org.) **Regulation vs. Litigation**: Perspectives from Economics and Law. Illinois: University of Chicago Press, 2012, p.11-26.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 8 ed. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2011.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Harvard University Press, 2005.

POSNER, Richard A. Natural Monopoly and Its Regulation. **Stanford Law Review**, n.548, 1968. Disponível em: https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/jrepale9§ion=33. Acesso em: 20/06/2018.

POSNER, Richard A. Norms and values in economic approach to law. In: HATZIS, Aristides N.; MERCURO, Nicholas. **Law and Economics: Philosophical issues and fundamental questions**. New York: Routledge, 2015.

POSNER, Richard A. The Value of Wealth: A Comment on Dworkin and Kronman. **The Journal of Legal Studies**, v. 9, n.2, p.243-252, 1980. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724131?seq=1>. Acesso em: 15/03/2018.

RASKIN, Max. The Law and Legality of Smart Contracts. **Georgetown Law Technology Review**, 304, 2017, n.p. Disponível em: <https://www.lawsociety.org.uk/policy-campaigns/consultation-responses/documents/electronic-execution-of-documents-consultation-law-society-response/>. Acesso em: 29/05/2019.

RASMUSEN, Eric. **Games and information: An Introduction to Game Theory**. 4 ed. 2006. Disponível em: <http://www.rasmusen.org/GI/>. Acesso em: 02/03/2020.

RESNIK, Michael D. **Choices: An introduction to decision theory**. Minnesota: The University of Minnesota Press, 1987.

RESNIK, Michael D. **Mathematics As a Science of Patterns**. Nova Iorque: Oxford University Press, 1997.

RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business: B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts**. California: Jossey-Bass, 2002.

RUTHERFORD, Donald. **Routledge Dictionary of Economics**. 2. Ed. Nova Iorque: Routledge, 2002.

SCOCUGLIA, Livia. STJ define que data de entrada em vigor do Novo CPC será 18 de março. **Jota**, 02 de março de 2016. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/justica/plenario-do-stj-define-que-o-novo-cpc-entra-em-vigor-no-dia-18-de-marco-02032016. Acesso em: 1º/01/2020.

SEARLE, John R. **The construction of social reality**. Nova Iorque: The Free Press, 1995.

SEIDENFELD, Mark. **Microeconomic predicates to law and economics**. Anderson Publishing Company (OH), 1996.

SHAVELL, Steven. **Economic analysis of litigation and the legal process**. Cambridge, 2003. Disponível em: <http://www.nber.org/papers/w9697>. Acesso em: 26/11/2018.

SHAVELL, Steven. Is breach of contracts immoral? **The Harvard John M. Olin Discussion Paper Series** (Discussion Paper n. 531). MA: Harvard Law School, 2005.

SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p.575-612, 1997. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 25/04/2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. 30.^a ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

STF – Supremo Tribunal Federal: RE 870947/SE, Rel. Ministro LUIZ FUX, TRIBUNAL PLENO, julgado em 20/09/2017, DJe 20/11/2017.

STRECK, Lenio L. O estranho caso que fez o STF sacrificar a presunção da inocência. **Conjur**, 11/08/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-ago-11/senso-incomum-estranho-fez-stf-sacrificar-presuncao-inocencia>. Acesso em: 17/04/2020.

STJ – Superior Tribunal de Justiça: AgInt no REsp 1621370/SP, Rel. Ministro LÁZARO GUIMARÃES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 5^a REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/06/2018, DJe 29/06/2018.

STJ – Superior Tribunal de Justiça: REsp 1627606/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 05/05/2017.

STJ – Superior Tribunal de Justiça: REsp 1286704/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2013, DJe 28/10/2013.

SUNSTEIN, Cass R. Beyond the precautionary principle. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 151, n. 3, p. 1003-1058, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. Must Formalism Be Defended Empirically? **The University of Chicago Law Review**, v. 66, n. 3, p.636-670, 1999. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1600421>. Acesso em: 06/02/2012.

SUNSTEIN, Cass R. On Academic Fads and Fashions (with Special Reference to Law). **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper n.118**, 2001. Disponível em: <http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:13614522>. Acesso em: 15/01/2020.

SUNSTEIN, Cass R.; ULLMANN-MARGALIT, Edna. Second-order decisions. **Ethics**, v. 110, n. 1, p. 5-31, 1999.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and institutions. **Michigan Law Review**, v. 101, n. 4, p. 885-951, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). **A Constituição e o Supremo**. 6. ed. atual. até a EC 99/2017. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2018.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow's Lawyers: An Introduction to Your Future**. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

TALEB, Nassim N.. The Intellectual Yet Idiot. In: _____. **Skin in the Game: Hidden Asymmetries in Daily Life**. Nova Iorque: Random House, 2018. Disponível em: <https://medium.com/incerto/the-intellectual-yet-idiot-13211e2d0577>. Acesso em: 07/01/2020.

TAN, Soo T. **Matemática aplicada a administração e economia**. Tradução de Foco Traduções. São Paulo: Cengage Learning, 2014.

TELLES, Cássio L. Repercussão geral, IRDR e IAC vêm gerando mais demora e insegurança jurídica. **Conjur**, 05/03/2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-05/cassio-telles-repercussao-geral-irdr-iac-vem-gerando-demora>. Acesso em: 20/03/2020.

TEUBNER, Gunther. (org.). **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**. Berlim; Nova Iorque: Walter de Gruyter, 1987.

TEUBNER, Gunther. Direito e teoria social: três problemas. Tradução de Patrícia da Silva Santos. **Tempo social, Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, v.27, n. 2, p.75-101, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702015000200075&lng=en&nrm=i so>. Acesso em: 5 ago. 2018.

TEUBNER, Gunther. Evolution of Autopoietic Law. In: _____ (org.). **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**. Berlim; Nova Iorque: Walter de Gruyter, p.217-241, 1987.

TEUBNER, Gunther. Introduction to Autopoietic Law. In: _____ (org.). **Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society**. Berlim; Nova Iorque: Walter de Gruyter, p.1-11, 1987.

TEUBNER, Gunther. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law & Society Review**, v. 17, n. 2, 1983, p. 239-286. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/3053348>>. Acesso em: 27 jul. 2018.

THE LAW SOCIETY. **Lawtech Adoption Research**. 2019, 64p, p.26. Disponível em: <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/lawtech-adoption-report/>. Acesso em: 18/04/2019.

TODOROVA, Tamara. The Transaction-cost Roots of Market Failure. **Munich Personal RePEc Archive Paper n. 66757**, 2014. Disponível em: https://mpa.ub.uni-muenchen.de/66757/1/MPRA_paper_66757.pdf. Acesso em: 18/03/2020.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Availability: A heuristic for judging frequency and probability. **Cognitive Psychology**, v. 5, n.2, p.207-232, 1973.

ULEN, Thomas. The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies. **Michigan Law Review**, v. 83, n. 2, 1984, p.341-403.

VERMEULE, Adrian. Three Strategies of Interpretation. **Chicago Public Law and legal Theory Working Paper n. 75**, 2004. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=612342. Acesso em: 17/03/2020.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: cognição jurisdicional (processo comum de conhecimento e tutela provisória)**, 17 ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018, v.2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Brazilian Precedentes”. **Migalhas**, 24 de junho de 2014. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/203202/brazilian-precedentes>. Acesso em: 26/03/2020.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction Cost Economics Meets Posnerian Law and Economics. **Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift Für Die Gesamte**

Staatswissenschaft, vol. 149, no. 1, 1993, pp. 99–118. Disponível em: www.jstor.org/stable/40751586. Acesso em: 20/11/2019.

WILLIAMSON, Oliver E. Transaction Cost Economics: An Introduction. **Economics Discussion Papers**, n. 2007-3, Kiel Institute for the World Economy. Disponível em: <http://www.economics-ejournal.org/economics/discussionpapers/2007-3>. Acesso em: 16/12/2019.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, n.p.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. Legal decision and its justification. **Logique et Analyse**, vol.14, n. 53/54, 1971, p.409-419. Disponível em: www.jstor.org/stable/44074477. Acesso em: 15/05/2019.

YOUNG, Peyton H. Social norms. In: **The New Palgrave Dictionary of Economics**. 3.ed. Reino Unido: Palgrave Macmillan, 2018.

ZACHARIAS, Manif. **Dicionário Auxiliar de Composição Literária**. Santa Catarina: Ed. Garapuvu, 2006.