

A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância

- um estudo de Law and Finance –

The relevance of precedents on economic analysis of litigation

- A study of Law and Finance -

Sumário: Introdução; 2 Análise Interna; 3 Análise Externa; 4 Considerações Finais; 5 Referências

RESUMO: Tendo em vista que os litigantes agem conforme agentes econômicos, no sentido de que decidem pelo ajuizamento ou não de demandas em virtude do seu custo/benefício, o presente trabalho tem como escopo analisar os custos envolvidos em um processo judicial e como um sistema de precedentes vinculantes pode auxiliar na minoração destes prejuízos, ao mesmo tempo que desestimula a litigância.

PALAVRAS-CHAVE: Direito; Economia; Precedentes; Litigância.

ABSTRACT: Considering that litigants acting as economic agents, in the sense that decide the filing or no demands because of their cost/benefit, this work has the objective to analyze the costs involved in legal proceedings and as a system of a binding precedents can assist in mitigation of these losses, while discouraging litigation.

KEYWORDS: Law; Economy; Precedents; Litigation.

RESUMEN: Teniendo en cuenta que los litigantes que actúan como agentes económicos, en el sentido de decidir la presentación o ninguna demanda a causa de su costo/beneficio, este trabajo tiene como objetivo analizar los costos involucrados en los procesos judiciales y como sistema de precedentes puede ayudar en la reducción de estas pérdidas, mientras que desalentar los litigios.

PALABRAS CLAVE: Derecho; economía; Precedente; Litigios.

INTRODUÇÃO

É interessante notar que a análise da racionalidade do processo pode ser estudada através de diversos enfoques, que não exclusivamente o jurídico. Especialmente no que tange à Economia, ela traz uma importante contribuição na avaliação dos meios pelos quais o processo pode ser literalmente otimizado.

Não diretamente no sentido de uma prestação jurisdicional mais qualificada, mas no que tange à diminuição do número de demandas. É claro que um menor número de processos poderia contribuir para a qualidade da atividade jurisdicional, mas o que se pretende ressaltar é que a análise econômica do direito traz mecanismos para enfrentar de modo mais direto a questão da diminuição ou incentivo à litigância.

Porque se vislumbrarmos os litigantes sob o enfoque econômico, veremos que eles são verdadeiros agentes econômicos racionais, na medida em que qualquer pessoa em sua consciência só ajuizará uma ação se o custo/benefício for favorável.

Evidentemente, ninguém pretende gastar mais com o processo do que espera ganhar com ele, e gastos aqui não se resumem às custas processuais, obviamente, mas aos honorários, tanto do próprio advogado como da sucumbência, a incerteza sobre o resultado, o tempo gasto pelo processo, etc.. Todos estes são fatores que influenciam e integram esse “cálculo” do custo/benefício do processo.

Nesse sentido, é possível realizar uma análise econômica de diversos aspectos processuais, como da sucumbência, da distribuição do ônus da prova, dos julgamentos, dos acordos e também dos precedentes. A análise deste viés econômico dos precedentes, aliás, é muito comum na comparação da eficiência econômica do processo entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*.

Entretanto, não é este o propósito do presente trabalho. A intenção é demonstrar em que medida um sistema de precedentes vinculantes auxilia na otimização da prestação jurisdicional, incentivando ou não o ajuizamento de demandas.

Em princípio, por meio de uma análise econômica interna do processo, serão estudados alguns fatores que compõem o custo da ação, propiciando um panorama geral para aferição do impacto econômico de uma lide.

Posteriormente, abordaremos o aspecto mais externo da lide, chegando aos meios pelos quais, com base nas informações obtidas com os eventuais custos do processo, é possível incentivar ou não a litigância, especificamente no que tange a um sistema vinculante de precedentes.

Por fim, apresentaremos as conclusões que poderemos extrair destas ideias ao verificar se os precedentes realmente poderão auxiliar ou não na diminuição do ajuizamento de ações.

2 ANÁLISE INTERNA

Para realizar uma análise econômica do processo é preciso ter em mente quais os parâmetros de cálculo dos seus custos e quais são estes custos. Custo este denominado pela doutrina como Custo Social do Processo. Evidentemente, o objetivo econômico é minorar ao máximo este custo.

Nesse sentido, os parâmetros são basicamente dois: custo administrativo e custo dos erros. O custo administrativo diz respeito a todos os custos que envolvem o processo (custas judiciais basicamente). Custos dos erros diz respeito ao erro das decisões. Decisões que são tecnicamente erradas e geram custo em razão da necessidade de recurso e/ou porque distorcem os incentivos das condutas dos jurisdicionados.

Nesse sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen lecionam que:

Da mesma maneira, uma medida simples dos custos sociais do processo jurídico ajuda a orientar a análise das regras e práticas processuais. Para desenvolver uma medida simples, considere as regras processuais como instrumentos para a aplicação do direito substantivo. O uso dos instrumentos tem seu custo, chamado 'custo administrativo' (...) Além disso, a utilização desses instrumentos pode causar erros na aplicação do direito substantivo. Por exemplo, a parte errada pode ser responsabilizada, ou a parte certa pode ser responsabilizada pela quantia errada. Os erros distorcem os incentivos e impõem diversos custos à sociedade.¹

No entanto, é necessário destacar que o custo dos erros não são fáceis de mensurar. Eles exigem um padrão de perfeição que é difícil de ser averiguar. Em regra é preciso analisar a jurisprudência de determinado tribunal para identificar este padrão e daí extrair um parâmetro de aferição.

Consoante Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau:

¹ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª Edição. Ed. Bookman. 2010, p. 405.

O erro judiciário pode atenuar as funções preventiva e indenizatória da responsabilidade civil. Um bom número de regras, embora aumentem o custo do procedimento, parece ter sido ideado para diminuir esse risco. Assim, por exemplo, a regra da melhor prova e do impedimento da prova por ouvir dizer; da obrigação de apresentar testemunhas e do direito da parte contrária de as interrogar; do direito de apelar; da imparcialidade da justiça, o que obriga o juiz a se considerar impedido se houver possível conflito de interesse.²

Ou seja, a diferença entre a sentença com informações perfeitas (padrão identificado no tribunal analisado) e a sentença real é igual ao tamanho do erro do tribunal em relação ao resultado de determinada ação.

A soma destes parâmetros, então, vai dar como resultado o custo social do processo. Evidentemente, a análise a ser feita pelo litigante é se este custo social é menor ou maior do que o valor por ele esperado com a vitória no processo.

Se o valor esperado é maior ou igual ao custo do processo, ele vai decidir ajuizar a ação. Agora, se o valor esperado é menor do que o custo do processo, ele vai decidir não ajuizar a ação.

Nesse sentido, Robert Cooter e Thomas Ulen:

Para apresentar uma petição, o autor da ação normalmente contrata um advogado e paga taxas ao tribunal. A apresentação de uma petição cria uma reivindicação judicial. Para decidir se deve ou não iniciar um processo, o autor racional de ações compara o custo da petição ao valor esperado da reivindicação. O valor esperado da reivindicação judicial depende do que o autor da ação acha que vai acontecer depois da petição ser apresentada.³

Analisando a questão sob uma perspectiva macro, é possível identificar mais um fator de incentivo ou não ao ajuizamento das demandas, que é a causa de processos. Este fator, aliás, está intimamente ligado a questão do custo dos erros.

A variação destes fatores (causa de processos, custo do processo e valor esperado pelo processo) influenciará diretamente o número de demandas. Evidentemente, o número de

² MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª Ed. Atlas. 2015. P. 390/391.

³ *Ibidem*. P. 408

demandas aumentará, por exemplo, se as causas de processos também aumentarem, se o custo do processo diminuir e se o valor esperado subir.

Logo, observa-se que tais parâmetros, muitas vezes negligenciados, exercem efeito direto e importante no incentivo ou desestímulo à litigância. Mas é importante notar que a relação entre valor esperado e causa dos processos, ao longo do tempo, pode inverter o resultado.

Isso porque quanto mais causas, mais processos. Quanto maior a indenização esperada, maior o número de processos. Porém, o causador do processo começará a perceber que será mais vantajoso tomar medidas de precaução, já que os valores gastos em indenização estarão muito altos.

Então, as causas passarão a diminuir e, conseqüentemente, o número de processos. Por isso, é verdade a relação inicialmente mencionada, mas ao longo do tempo, em relação a estes dois fatores, o resultado pode ser a diminuição do número de processos.

É o que lecionam Robert Cooter e Thomas Ulen:

Assim, aumentos em indenizações para autores de ações de sucesso tendem a aumentar o número de petições judiciais apresentadas ao aumentarem o valor esperado do julgamento. O aumento das indenizações monetárias também tem efeitos na direção oposta. Réus em potencial normalmente podem evitar disputas jurídicas com a prevenção das lesões que causam. Se as indenizações concedidas aos autores de ações de sucesso aumentam (ou a se a probabilidade dos autores vencerem suas ações aumenta, ou ambos, o que resumimos por um aumento da indenização esperada), os réus em potencial tomaram mais precauções, dando menor oportunidades a autores de ações em potencial de apresentarem petições judiciais.⁴

Nessa esteira, o que se observa, além dos custos administrativos e dos erros, é que a causa de processos é também um fator a ser levado em conta em uma visão macro no incentivo ou coibição ao ajuizamento de demandas. A redução dos erros vai influenciar diretamente na diminuição do número destas causas, na medida em que estimula maior precaução por parte do ofensor. Influencia o seu comportamento. É o chamado valor social da redução dos erros.

⁴ Ibidem. P. 412

Na mesma esteira, Robert Cooter e Thomas Ulen aduzem que:

À medida que as indenizações aumentam, mais autores de ações em potencial apresenta petições. Mas à medida que elas aumentam ainda mais, os réus em potencial respondem com a oferta de menos causas para ações judiciais a autores de ações em potencial. Com o tempo, a situação chega a um ponto no qual o número de petições começa a diminuir à medida que as indenizações aumentam.⁵

No que tange aos custos administrativos mencionados alhures, há de se levar em conta qual o sistema legal que estamos analisando. Isso porque existem aqueles ordenamentos nos quais cada parte paga as suas custas, como nos EUA, por exemplo, e existem aqueles, como no Brasil, onde o perdedor paga tudo. Claro que aqui tem a questão da sucumbência recíproca, em caso de parcial procedência, mas tomemos por base a regra geral. Estes fatores também influenciarão na escolha do litigante.

Nos sistemas onde o perdedor paga tudo, já haverá uma diminuição, em tese, de lides temerárias, ou frívolas, como refere a doutrina. Porque se o sujeito ajuíza a ação sabendo que não tem muito sucesso a sua tese, mas está diante de um sistema no qual cada um paga seus custos, a desvantagem pode não ser grande, já que é possível a sua vitória. Ou seja, ele pagará apenas as suas custas, mas poderá ganhar a ação. Porém, se for em um sistema onde o perdedor paga tudo e a sua tese não é muito sólida, ele certamente pensará duas vezes em ajuizar a demanda, já que o prejuízo poderá ser grande.

Através de todos estes parâmetros, portanto, é possível ter uma noção aproximada dos custos e eventuais benefícios com o ajuizamento de uma demanda. Estas informações são de extrema importância, já que, segundo Márcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos:

Na perspectiva da teoria econômica clássica, a conduta individual é pautada pela avaliação racional de benefícios e prejuízos decorrentes da ação ou da omissão. Assim, ao se deparar com mais de uma escolha possível, o ser humano avaliará que opção lhe oferece maior benefício, considerando os prejuízos, e optará pela que lhe for mais benéfica.⁶

⁵ Ibidem. P. 412

⁶ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. *Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.50, n.199, p. 42, jul./set. 2013.

Neste panorama, elementos que auxiliem uma escolha racional evidentemente contribuem para maior eficiência econômica do processo. Por isso, um sistema de precedentes vinculantes, como será exposto a seguir, mostra-se uma excelente alternativa para dar maior segurança jurídica e estabilidade nas decisões judiciais, permitindo aos jurisdicionados uma avaliação mais precisa de alguns parâmetros que integram o cálculo do custo social do processo, como o valor do benefício esperado com a ação, e a minoração de outros, como a margem de erro jurídico.

3 ANÁLISE EXTERNA

Nessa esteira, de posse das informações acima indicadas, o jurisdicionado pode dispor de alguns mecanismos ou aproveitar certos instrumentos que o sistema jurídico proporciona para realizar a melhor escolha possível para resolução do seu conflito de interesse.

Por isso, em uma análise externa da atividade jurisdicional, apresentam-se como interessantes soluções para otimizar a eficiência econômica do processo, por exemplo, a realização de acordos, a utilização de ações coletivas e, especialmente, um sistema de precedentes vinculantes.

Não se pode olvidar que, conforme Márcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos:

(...) o Poder Judiciário deve ser visto também como instrumento de desenvolvimento, na medida em que o acesso à justiça, a previsibilidade das decisões judiciais, as decisões sendo proferidas em tempo adequado e a existência de vias processuais adequadas são pré-requisitos para o desenvolvimento, considerando que “ninguém vem investir, a longo ou médio prazo, em áreas de risco e de imprevisão”, salvo especuladores (JOBIM, 1997, p.17). De fato, tais atributos são essenciais para o bom funcionamento do mercado na medida em que implicam diminuição dos custos de transação, minoração dos riscos e, conseqüentemente, estímulo ao fluxo econômico, pois os agentes, utilizando-se da racionalidade que lhes é própria, sentem-se mais estimulados a negociar em um ambiente estável e ágil do que em um ambiente de incertezas, no qual seus recursos estão mais expostos a riscos.⁷

⁷ Ibidem. P. 48. *APUD* JOBIM, Nelson Azevedo. As tendências do direito e do poder judiciário no Brasil e no mundo. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1997.

Não restam dúvidas que tais hipóteses contribuem para maior celeridade da prestação jurisdicional, minorando, assim, custos administrativos, bem como proporcionam melhor qualidade à atividade judicial, afastando ao máximo a insegurança jurídica e os erros de julgamento.

Segundo Samantha Caroline Ferreira Moreira:

Assim, patente que a demora na resolução ou pacificação do conflito é prejudicial à atividade econômica de forma que prolonga os danos ocasionados, causando graves reflexos econômicos, como a diminuição da competitividade da empresa no mercado.⁸

Nessa toada, os acordos aparecem como alternativas interessantes dentro de uma perspectiva de análise econômica do direito, porque resolvem a questão de modo célere e, teoricamente, dentro de uma situação mais vantajosa para as partes em relação à decisão judicial descartada.

No entanto, para que os jurisdicionados sintam-se incentivados a encerrar a lide por meio de transações, é importante haver uma simetria de informações. Evidentemente, se o sujeito tem todas as informações necessárias sobre todos os elementos e/ou parâmetros que influenciarão na tomada de decisão, fica muito mais fácil tomar esta decisão e há uma chance talvez maior de realização de acordos.

Tanto é assim que, como sabemos, nos EUA, uma porcentagem muito pequena de processos chega a julgamento. Não raro eles terminam em acordo, justamente porque há uma troca de informações prévia entre os litigantes que praticamente afasta a assimetria de informações e, portanto, auxilia e facilita a composição. Especialmente no que tange à revelação das provas que cada parte tem.

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen:

Apesar de haver diversas linhas de argumentação, a explicação mais simples é que os julgamentos ocorrem porque as partes têm expectativas diferentes sobre o valor do julgamento: o autor da ação espera uma sentença maior no

⁸ MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. Revista de Direito Público da Economia : RDPE, Belo Horizonte , v.13, n.50, p. 241, abr./jun. 2015.

juízo, enquanto o réu espera uma menor. Nessas circunstâncias, as partes são relativamente otimistas. Dado o otimismo relativo, o autor da ação exige um acordo maior, o réu oferece um menor e as duas partes não conseguem chegar a um acordo sem o envolvimento do tribunal.⁹

Por isso que a revelação de informações é tão importante. Ela visa a afastar essa assimetria de dados que confunde as partes e causa estas impressões equivocadas sobre o possível resultado da demanda ou sobre as chances de sucesso da sua tese.

É nesse quadro também que surge a necessidade de verificar como se dá o compartilhamento destas informações. Dependendo de como ocorre, poderá haver um estímulo ou não à realização do acordo.

Veja-se que esta é uma situação interessante que deve ser avaliada pelo próprio legislador no momento da confecção de regras, pois ele pode direcioná-las de modo a incentivar acordos, com a necessidade de um compartilhamento compulsório de informações, por exemplo.

Mas além disso, vejam como um sistema de precedentes vinculantes também poderia auxiliar neste aspecto, já que as decisões serão públicas e todos os jurisdicionados já saberão de antemão qual o posicionamento do Tribunal sobre determinada questão e até mesmo qual o resultado econômico da decisão. Assim, fica bem mais crível analisar a possibilidade ou não de um acordo.

Nessa toada, embora o escopo principal deste trabalho seja a demonstração da utilidade de um sistema de precedentes vinculantes para atribuir maior eficiência econômica ao processo, ainda resta observarmos rapidamente outra situação que também auxiliaria neste mesmo propósito, que são as ações coletivas.

Nas palavras de Nelson Rodrigues Netto:

A justificação de nossa posição é baseada no argumento de que indivíduos são racionais, o que significa que eles procuram seu máximo bem-estar. Assim, o ordenamento jurídico ideal deve incrementar o bem-estar dos indivíduos, melhorando o cumprimento da lei. Como consequência, atinge-se a prosperidade social ideal. Esta tarefa é mais bem alcançada pela reunião

⁹ Ibidem. P. 422

de pretensões e defesas, as últimas por meio de incentivos para encorajar o uso de ações coletivas passivas.¹⁰

Esta alternativa mostra-se vantajosa na medida em que há uma reunião de pretensões, o que minora os custos transacionais e pode otimizar a utilidade esperada do julgamento.

Alerte-se que esta condição não incentivaria a litigiosidade, uma vez que, como vimos anteriormente, o efeito dissuasório do direito multiplica-se com o aumento da probabilidade de uma ação vir a ser proposta. Assim, diminuiria as causas das demandas.

Ademais, as ações coletivas também aumentam o poder de barganha dos litigantes, o que igualmente incentiva a realização de acordos, cujas vantagens já foram acima mencionadas.

Por isso, Nelson Rodrigues Netto conclui:

É lícito afirmar-se, portanto, que a ação coletiva passiva compulsória implementa o modelo referido porque confere o máximo bem-estar dos indivíduos, uma vez que considera a função dissuasória do direito, assim como seu objetivo de seguro. O resultado é que o ideal de efetividade do processo é mais bem servido.¹¹

Nessa mesma esteira da busca pela maior efetividade do processo, que consequentemente gera maior eficiência econômica, chega-se à análise de mecanismos processuais que contribuem para tal fim.

Como é cediço, o sistema jurídico brasileiro ainda padece de muitos problemas que proporcionam morosidade no julgamento das ações e absoluta instabilidade das decisões. Como podemos perceber até aqui, estes fatores incrementam o custo social do processo.

Por isso, na medida em que o legislador cria incentivos legais para o desaparecimento destes obstáculos, a solução dos litígios torna-se mais adequada economicamente também.

¹⁰ RODRIGUES NETTO, Nelson. *Uma análise econômica do direito: estudo de direito comparado da ação coletiva passiva compulsória*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrônio (org.). *Bases científicas para um renovado direito processual*. 2. ed. Salvador : Jus Podivm, 2009. p. 407.

¹¹ *Ibidem*. P. 426

Nesse sentido, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira e Nuno Garoupa aduzem que:

O sistema jurídico brasileiro tem estado sob pressão em razão de sua falta de eficácia. Por exemplo, a qualidade do sistema judicial tem sido documentada pelo Banco Mundial como não propício para o crescimento econômico ou para atrair mais investimento estrangeiro. Os dois novos mecanismos, a súmula vinculante e o requisito da repercussão geral, podem ser considerados como uma reforma substancial do processo para promover cortes mais eficientes e melhoras a jurisprudência, aumentando, assim, a segurança jurídica.¹²

Nesse sentido, antes mesmo de um sistema vinculante de precedentes, a instituição de filtros recursais e técnicas de julgamento também ajudam a racionalizar o sistema jurídico e, assim, otimizar o trâmite processual.

Alguns destes mecanismos já foram implementados, causando impacto imediato, por exemplo, no número de recursos julgados pelos tribunais superiores. Citamos aqui duas reformas, que foram a Emenda Constitucional 45/04, a qual introduziu a repercussão geral no Recurso Extraordinário e a Lei 11.672/08, que regulou a técnica de julgamento dos recursos repetitivos.

Esta Emenda Constitucional introduziu o parágrafo terceiro no art. 102 da Constituição Federal, posteriormente regulada pela Lei 11.418/06, tendo sido criados os arts. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil, os quais versam sobre a necessidade de o recorrente demonstrar a repercussão geral do tema em debate. Ou seja, o sujeito precisa demonstrar a relevância da questão (política, econômica, jurídica ou social) e a sua transcendência, isto é, que a decisão a ser tomada não estará restrita às partes, mas atingirá os demais jurisdicionados.

Já a lei 11.672/08 introduziu o art. 543-C no Código de Processo Civil, determinando que em questões identificadas como repetitivas, devido ao grande número de processos que versam sobre elas, o tribunal escolherá um ou mais recursos representativos destas

¹² OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. *Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil - Uma abordagem pela análise econômica do direito*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte, v.21, n.84, p. 158, out./dez. 2013.

controvérsias e a decisão que neles for tomada, deverá ser replicada a todos os outros casos idênticos.

Além destes dois exemplos, ainda merecem referência o art. 557 (julgamento monocrático), Art. 518, §1º (não recebimento de apelação) e Art. 285-A (julgamento liminar), todos do Código de Processo Civil, que também representam hipóteses onde o processo é abreviado em razão da existência de súmula ou jurisprudência dominante.

Ou seja, tanto a repercussão geral como a técnica dos recursos repetitivos estenderão as suas decisões aos processos iguais, resolvendo de uma só vez milhares de demandas.

Estes mecanismos, portanto, além de proporcionarem estas decisões em massa, ajudam a evitar comportamentos processuais inadequados e prejudiciais ao bem comum, como recursos protelatórios, por exemplo, e também o desperdício de recursos públicos, na medida em que abreviam a atividade judicial.

Apenas para se ter uma ideia do resultado obtido após a introdução do requisito da repercussão geral, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira e Nuno Garoupa informam que: “De 2007 a 2008, houve uma diminuição de 40,8% no número de casos distribuídos no Supremo Tribunal Federal, seguida por uma queda de 36,1% em 2009.”¹³

No entanto, o filtro recursal ainda não representa um grande avanço na diminuição de recursos que chegam às Cortes Supremas, já que este decréscimo se estabilizou a partir de 2010. Isso porque já havia muitos recursos nos tribunais aguardando julgamento, o que ajuda a manter um número ainda muito grande de decisões.

Na verdade, o que ajuda o sistema jurídico a se aproximar do ideal, no que tange à eficiência econômica, é realmente um sistema vinculante de precedentes. Porém, apenas para esclarecer ao leitor, passamos a uma sucinta explicação do que vem a ser o precedente.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni:

¹³ Ibidem. P. 170

Seria possível pensar que toda decisão judicial é um precedente. Contudo, ambos não se confundem, só havendo sentido falar de precedente quando se tem uma decisão dotada de determinadas características, basicamente a potencialidade de se firmar como paradigma para a orientação dos jurisdicionados e dos magistrados.¹⁴

Ou seja, aquela decisão tomada pelas Cortes Supremas que contenha uma *ratio decidendi* potencialmente capaz de orientar condutas configura um precedente. Porém, necessário destacar que esta decisão, dependendo do sistema observado, pode ser apenas persuasiva ou vinculante.

Na verdade, para maior eficiência econômica do processo, o ideal é que o precedente seja vinculante, mas não absoluto, isto é, que existam mecanismos que possibilitem a sua superação, dependendo da situação em julgamento.

Isso porque, se o precedente não puder ser modificado, com o tempo, poderão surgir certos prejuízos ao direito dos jurisdicionados, na medida em que a decisão tornar-se-á obsoleta, não atendendo mais à realidade e congruência sociais. Dessa forma, também a eficiência econômica do processo será atingida.

Já por outro lado, se o precedente for apenas persuasivo, os julgadores poderão facilmente dele se afastar, apenas justificando eventual não incidência. Assim, na verdade, seria como se não existisse precedente. Igualmente desvantajoso na ótica econômica.

Por isso, a obrigatoriedade dos precedentes é importante para que os efeitos desta vinculação sejam aproveitados pelo sistema jurídico. No caso do viés econômico, a análise sobre o sistema de precedentes já foi feita, especialmente em países de tradição de *Common Law*, como os Estados Unidos.

Deste estudo surgiu até mesmo a chamada Teoria da Eficiência da *Common Law*. O juiz americano Richard Posner argumentou que as doutrinas do direito consuetudinário fornecem um sistema coerente e estável de incentivos que induzem a um comportamento eficiente. Ou seja, regras mais eficazes são mais propensas a sobreviver por meio de um mecanismo de precedentes.

¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. Revista dos Tribunais. 4ª Ed. 2015. Pág. 156.

No entanto, é preciso alertar que o estudo levou em consideração um sistema absoluto de precedentes, onde eles não poderiam ser modificados. Esta característica não modifica os pontos positivos, mas traz alguns negativos, como a possibilidade de erro judicial, engessamento da jurisprudência, etc.

Dessa forma, adotando-se um sistema vinculante de precedentes, mas que seja possível a sua modificação, de acordo com determinados requisitos, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz Oliveira e Nuno Garoupa lembram as seguintes vantagens:

- (i) há uma redução substancial da insegurança jurídica, pois os resultados são previsíveis, reforçando, portanto, a estabilidade do direito.
- (ii) o precedente absoluto promove a igualdade de todos perante a lei, porquanto ele “trata casos semelhantes de maneira semelhante” (equidade).
(...)
- (iv) o precedente absoluto induz a uma redução substancial da carga de trabalho para o judiciário (ajudando na formação de expectativas convergentes nos litigantes) e do tempo consumido no julgamento (eficácia decisional).¹⁵

No entanto, podem parecer questões eminentemente jurídicas, mas também impactam a economia, como dito. Segundo Luciano Benetti Tim e Manoel Gustavo Neubarth Trindade:

Nesse contexto, podemos compreender as decisões judiciais, sobremaneira oriundas dos Tribunais Superiores, como bens públicos, vez que podem atingir não só aqueles diretamente integrantes das demandas individualmente consideradas, mas também aqueles que estejam em situações análogas ou que potencialmente possam vir a assim se encontrar, e é exatamente aí que encontramos a racionalidade econômica motivando a eficiência, no caso, aplicada ao processo judicial.¹⁶

Vejam que as decisões dos Tribunais Supremos, além de servirem de orientação aos demais órgãos julgadores, direcionam a conduta dos jurisdicionados. Isso evidentemente influencia os custos de transação e ajuda a minorar a assimetria de informação.

¹⁵ *Ibidem*. P. 193/194

¹⁶ TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics*. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n.178, p. 166, dez. 2009.

Os precedentes vinculantes, portanto, ao lado de filtros recursais constituem importantes ferramentas não só para a racionalização do processo, como também para a melhora da eficiência econômica da ação.

Márcia Carla Pereira Ribeiro e Diego Caetano da Silva Campos também concordam, ao mencionarem que:

Portanto, a atuação do Poder Judiciário é adequada, na perspectiva econômica, a partir do momento em que seus pronunciamentos: (i) se coadunam com a adequada proteção do direito contratual; (ii) conferem segurança e previsibilidade às relações econômicas, de modo que as partes saibam, de antemão, quais as consequências de suas condutas; (iii) resolvem os conflitos de forma célere e ágil, obstando o comportamento oportunista dos devedores e conferindo maior dinamicidade ao mercado.¹⁷

Nessa esteira, recentemente o sistema processual brasileiro vem assistindo a algumas alterações legislativas, como anteriormente mencionado, que estão proporcionando aos poucos os benefícios processuais e econômicos adrede mencionados.

No que tange aos precedentes, destaque-se o novo Código de Processo Civil que entrará em vigor em março de 2016. Nele existem dois artigos expressos sobre precedentes: Arts. 926 e 927:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

¹⁷ Ibidem. P. 48

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

§ 1º Os juízes e os tribunais observarão o disposto no art. 10 e no art. 489, §1º, quando decidirem com fundamento neste artigo.

§ 2º A alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese.

§ 3º Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

§ 4º A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

§ 5º Os tribunais darão publicidade a seus precedentes, organizando-os por questão jurídica decidida e divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores.

Muito embora estes dispositivos contenham alguns equívocos que não cabe aqui delinear, já que não faz parte do objetivo deste trabalho, talvez auxiliem na adoção pelo nosso País de um sistema de precedentes vinculantes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nessa senda, foi possível observar, portanto, que para analisar a vantagem econômica do ajuizamento de um processo são diversos os fatores que devem ser levados em conta.

Em princípio, mostra-se importante verificar a ação em um a perspectiva interna, isto é, calcular os custos envolvidos no processo: custos administrativos e custos do erro judicial. Assim, é possível obter um parâmetro em relação ao ganho econômico esperado com a demanda e, dessa forma, verificar se será vantajoso ou não movimentar a máquina judiciária.

De outro lado, partindo destes dados, em uma análise externa, mostra-se possível verificar qual o meio mais vantajoso de demanda e os instrumentos processuais ou extraprocessuais que podem ser utilizados para otimizar a eficiência econômica da ação.

Através do estudo de todos estes parâmetros, verificou-se que um sistema de precedentes vinculantes ao lado da instituição de determinados filtros recursais nas instâncias

superiores auxilia a otimização dos custos, na perspectiva interna, e apresenta ao jurisdicionado alternativas para resolução da controvérsia de modo mais vantajoso.

Evidentemente, o fator econômico também é importante no contexto jurídico. Os litigantes são agentes racionais e não balizarão suas condutas apenas de acordo com os caminhos jurídicos a trilhar.

Conforme Artur César de Souza:

Pensar o processo sem o inserir no contexto social, econômico, político-ideológico, é correr o risco de se ter em mãos um magnífico aparelho de ressonância magnética, de última geração, instalado numa palafita, no meio do rio Amazonas, a quinhentos quilômetros de Manaus, e, o que é mais impressionante, sem que a energia elétrica ali estivesse chegado.

Pensar o processo desvinculado dessa circunstâncias sociais e econômicas, seria o mesmo que “o autoritário pensamento de Kant e sua tentativa de sistematizar o conhecimento, em detrimento de seus aspectos Políticos-Ideológicos, a procura de uma razão pura, tentativa infrutífera, mas nem por isso deixada de ser tentada na história, que procura adstringir os antagonismos sociais a um imaginário ideal.¹⁸

Por isso a importância também da visão econômica sobre o processo. O direito é constituído de fatos sociais, os quais inegavelmente são condicionados por diversos fatores que não só aqueles pertencentes ao contexto jurídico.

Dessa forma, o legislador deve estar atento não só à racionalização das regras processuais, mas também à inclusão de técnicas que minorem os custos sociais da ação, os custos de transação, diminuam a assimetria de informação, ou seja, aumentem a eficiência econômica do processo.

¹⁸ SOUZA, Artur César de. *Análise econômica das decisões judiciais: STF: ADIn 4/DF e ADIn 2.591/DF*. Revista de Processo, São Paulo, v.34, n.176, p. 283-306, out. 2009. P. 102/103.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERNARDES, Patrícia; FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. *A moderna concepção de norma jurídica como estrutura de incentivos*. Revista de Direito Público da Economia: RDPE, Belo Horizonte , v.6, n.23, p. 141-157, jul./set. 2008.

BRANDÃO, Mark Yshida. *Análise econômica do direito e processo*. Coleção Jornada de Estudos ESMAF, Brasília , v. 2, p. 329-330, abr. 2010.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª Edição. Ed. Bookman. 2010.

FÉRES, Marcelo Andrade. *Julgamento sumaríssimo dos processos repetitivos: Uma análise jurídico-econômica do art.285-A do Código de Processo Civil*. Revista Dialética de Direito Processual Sao Paulo, oliveira rocha, n. 42, p. 105-125, set, 2006.

GALDINO, Flávio Antônio Esteves. *Introdução a análise econômica do processo civil (I) - os métodos alternativos de solução de controvérsias*. Quaestio Iuris: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ, Rio de Janeiro , n.1, p. 171-203, dez. 2004.

GAROUPA, Nuno. PARGENDLER, Mariana. *A Law and Economics Perspective on Legal Families*. Illinois Public Law and Legal Theory. Research Paper No. 13-11. University of Illinois College of Law.

MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª Ed. Atlas. 2015.

MATOS, João César Otoni de. *Análise econômica e a redução da litigiosidade do Poder Público*. Coleção Jornada de Estudos ESMAF, Brasília , v. 5, p. 135, nov. 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. Revista dos Tribunais. 4ª Ed. 2015.

MENEGUIN, Fernando Boarato. *As indenizações por danos morais nas relações de consumo sob a ótica da análise econômica do direito*. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte , n.61, p. 255-285, jul./dez. 2012

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. *Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito*. Revista de Direito Público da Economia : RDPE, Belo Horizonte ,

v.13, n.50, p. 229-243, abr./jun. 2015.

OLIVEIRA, Maria Ângela Jardim de Santa Cruz; GAROUPA, Nuno. *Stare decisis e certiorari chegam ao Brasil - Uma abordagem pela análise econômica do direito*. Revista Brasileira de Direito Processual, Belo Horizonte , v.21, n.84, p. 155-201, out./dez. 2013.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. *Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica*. Revista de Informação Legislativa, Brasília , v.50, n.199, p. 35-54, jul./set. 2013.

ROCHA, Dartanhan Vercingetórix de Araújo e. *Análise econômica de execuções fiscais de reduzido valor e os efeitos da Lei nº 12.514/11*. Revista CEJ, Brasília , n. 56, p. 102-110, jan. /abr. 2012.

RODRIGUES, Igor Fonseca. *Análise econômica da conciliação previdenciária*. Revista da AGU, Brasília , v. 9, n. 26, p. 185-202, out. /dez. 2010

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Uma análise econômica do direito: estudo de direito comparado da ação coletiva passiva compulsória*. In: CARNEIRO, Athos Gusmão; CALMON, Petrónio (org.). Bases científicas para um renovado direito processual. 2. ed. Salvador : Jus Podivm, 2009. p. 405-429.

SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL 2014, Brasília, DF. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Seminário *Teoria da Decisão Judicial*. Cadernos do CEJ, Brasília , v.30, p. 15-173, abr. 2014.

SOUZA, Artur César de. *Análise econômica das decisões judiciais: STF: ADIn 4/DF e ADIn 2.591/DF*. Revista de Processo, São Paulo , v.34, n.176, p. 283-306, out. 2009.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. *As recentes alterações legislativas sobre recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da law and economics*. Revista de Processo, São Paulo , v.34, n.178, p. 153-179, dez. 2009