

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL – UFRGS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD

Ana Cristina Moraes Warpechowski

**EM BUSCA DA DECISÃO JUDICIAL CÍVEL SATISFATÓRIA: uma
análise econômico-comportamental dos processos decisórios no Brasil pós
1988**

Porto Alegre/RS

2018

ANA CRISTINA MORAES WARPECHOWSKI

**EM BUSCA DA DECISÃO JUDICIAL CÍVEL SATISFATÓRIA: uma
análise econômico-comportamental dos processos decisórios no Brasil pós
1988**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre/RS

2018

CIP - Catalogação na Publicação

Warpechowski, Ana Cristina Moraes
EM BUSCA DA DECISÃO JUDICIAL CÍVEL SATISFATÓRIA:
uma análise econômico-comportamental dos processos
decisórios no Brasil pós 1988 / Ana Cristina Moraes
Warpechowski. -- 2018.

193 f.

Orientador: Cesar Viterbo Matos Santolim.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal do
Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de
Pós-Graduação em Direito, Porto Alegre, BR-RS, 2018.

1. indivíduo. 2. racionalidade econômica. 3.
instituições. 4. acervo de capital jurídico. 5.
governança judicial. I. Viterbo Matos Santolim,
Cesar, orient. II. Título.

ANA CRISTINA MORAES WARPECHOWSKI

**EM BUSCA DA DECISÃO JUDICIAL CÍVEL SATISFATÓRIA: uma
análise econômico-comportamental dos processos decisórios no Brasil pós
1988**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovada em ____ de _____ 2018.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Fernando Araújo
Universidade de Lisboa

Professor Doutor Eduardo Kochenborger Scarparo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Professor Doutor Manoel Gustavo Neubarth Trindade
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

Dedico este trabalho a João Carlos Ferreira de Moraes (1940-2018), pelo grande legado deixado: os valores “moraes”.

AGRADECIMENTOS

Estudar possui um fascínio que encanta os inquietos, mas que também cobra o seu preço. O espaço para o novo conhecimento requer a renúncia momentânea a certos hábitos, atividades ou momentos, que são subtraídos da rotina pela imersão nos livros e nas buscas por informações. O tempo despendido retira dos familiares e amigos uma parcela do convívio, ao mesmo tempo em que forma outras relações com professores e colegas, abrindo oportunidades inesperadas e vínculos duradouros.

Reconheço que esta dissertação só se tornou possível em virtude da colaboração de diversas pessoas, direta ou indiretamente, que, com suas atitudes, forneceram o suporte necessário à concretização do resultado final. Como forma de compensá-los, registro alguns breves agradecimentos.

Inicialmente, ao Professor Doutor Cesar Viterbo Matos Santolim, que instigou uma forma diferente de pensar nas suas aulas, trazendo elementos da Economia para interpretar o Direito. Como orientador, cumpriu com o seu papel de estabelecer limites alcançáveis ao meu processo criativo, possibilitando a organização das minhas ideias para a elaboração de um trabalho satisfatório.

Aos Professores Doutores Luciano Benetti Timm e Eduardo Kochenborger Scarparo, que participaram da banca de qualificação, ofertando, com maestria, críticas pertinentes e contribuições valiosas ao projeto inicial.

Ao Professor Doutor Fernando Araújo, que proporcionou reflexões sobre a importância do estudo de Direito e Economia, contribuindo com a sua sabedoria e obra científica.

À Letícia Ayres Ramos, que assumiu, em 2016, a parceria de realizar o Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, demonstrando confiança e amizade em todos os momentos, especialmente naqueles em que estávamos sendo testadas.

Ao Henrique Sierra Sitjá, que me introduziu no conhecimento econômico, sempre com a paciência de repetir conceitos que estavam muito distantes da minha realidade de jurista, provocando a minha evolução nos trabalhos científicos do Mestrado por meio de debates, trocas de ideias e, especialmente, de incentivo para que eu saísse da zona de conforto.

Ao Ricardo Canossa, que contribuiu com a sua perspicácia e experiência de vida, trazendo sensibilidade e disciplina ao nosso ambiente de trabalho, permitindo o

prosseguimento das atividades mesmo nas minhas ausências.

Ao Professor Doutor Octávio Augusto Camargo Conceição, que autorizou a minha participação como aluna extraoficial na Disciplina “Economia Institucional” no Programa de Pós-Graduação de Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, possibilitando melhores escolhas quanto aos referenciais teóricos que estruturaram o primeiro capítulo.

Aos meus familiares, Alexandre Warpechowski e Janina Aurora Warpechowski, que fizeram renúncias temporais comigo, trazendo suporte e incentivo durante todo o processo de aprendizado.

Ao Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, que forneceu condições adequadas para viabilizar a conciliação entre as atividades profissionais e acadêmicas.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul e ao PPGD, com seus servidores, professores e alunos, que ofereceram o ambiente institucional necessário ao cumprimento dos requisitos obrigatórios do Mestrado.

E a todos aqueles que, mesmo sem estarem diretamente nominados, fizeram parte desta história.

“Temos de aprender esta lição: apenas esperar e aguardar não é suficiente. Temos de proceder de maneira diferente, ou seja: temos de entregar-nos ao trabalho e corresponder às ‘exigências de cada dia’ – tanto no campo das nossas relações humanas, como das atividades profissionais. Esta exigência, decerto, é simples e clara, se cada um de nós encontra e obedece ao ‘demônio’ que tece as teias de sua vida.” Max Weber (1864-1920). Metodologia das Ciências Sociais. A palavra “demônio”, nos escritos de Sócrates, significava a “voz interior” ou “consciência”.

RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo geral a investigação econômico-comportamental dos principais atores de processos cíveis para se chegar a decisões judiciais satisfatórias, hábeis a fornecer uma resposta adequada e tempestiva aos jurisdicionados e, ao mesmo tempo, que possibilitem a redução dos índices de judicialização. Neste contexto, de forma mais específica, partimos de dois objetivos: primeiramente, selecionamos conceitos e métodos advindos da Economia – e das disciplinas a ela correlatas – para a análise do Direito, tendo como ponto de partida as ações e o processo decisório do indivíduo, no âmbito individual e social, trazendo ponderações sobre como isto afeta e é afetado pelas instituições; e, na sequência, examinamos os comportamentos judiciais dos litigantes e dos juízes, bem como o comportamento do sistema, sintetizado na expressão “Poder Judiciário”, com o intuito de fornecer subsídios para reavaliar o atual modelo de decisão judicial. Como principais conclusões, verificamos que: (i) a ideia de “satisfação” significa encontrar resultados que sejam bons o suficiente para gerar o sentimento de bem-estar, individual ou coletivo; (ii) os tribunais, na função de administrar a justiça, poderão revelar qual é o fundamento jurídico que irá retratar o melhor resultado para um dado caso difícil, escolhendo o argumento que represente a vontade institucional e que servirá como paradigma para a formação de um “acervo de capital jurídico”, adaptável às variações sociológicas, temporais e cognitivas; e (iii) poderá ser construído um modelo de governança judicial que revele as competências e os deveres de todos os envolvidos na solução de litígio, mas que, acima de tudo, torne possível a assunção do papel institucional do Poder Judiciário por meio da indução de condutas e da sinalização de diretrizes que produzam efeitos dentro e fora dos processos judiciais. Com isso, estaremos indo ao encontro de decisões judiciais cíveis mais satisfatórias.

Palavras-chave: indivíduo; racionalidade econômica; instituições; litigantes; juízes; acervo de capital jurídico; governança judicial; satisfação.

ABSTRACT

The present dissertation's general objective is the economical-behavioral investigation of the main civil law suits' actors in order to reach satisfactory judicial decisions, capable of providing adequate and timely response to the plaintiffs and, at the same time, enabling the reduction of the judicialization rates. In this context, in a more specific way, we start with two objectives: firstly, we have selected concepts and methods derived from the Economics – and the subjects related to it – for the analysis of Law, beginning with the actions and the decision making process of the individual, within the personal and social spheres, raising considerations about how it affects and is affected by the institutions; and, following, we examine the judicial behaviors of litigants and judges, as well as the behavior of the system, summarized in the expression “Judicial Power”, with the purpose of providing subsidies to reevaluate the current model of judicial decision. As main conclusions, we have verified that: (i) the idea of “satisfaction” means finding results that are good enough to engender a feeling of well-being, individual or collective; (ii) the Courts of justice, in their role of administering the justice, will be able to reveal the legal basis that can represent the best result for a given hard case, adopting the argument that serves to the institutional will and which can function as a paradigm for the formation of a “legal capital acquis”, adaptable to the sociological, temporal and cognitive variations; and (iii) a model of judicial governance may be built which reveals the competences and the duties of all those involved in the solution of the law suit, but above all, provides the means for the assumption of the institutional role of the Judicial Power by means of the induction of conducts and the indication of guidelines which produce effects within and outside the legal processes. With this, we will be leading towards more satisfactory civil judicial decisions.

Key-words: individual; economic reasoning; institutions; litigants; judges; legal capital acquis; judicial governance; satisfaction.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

AgInt – Agravo Interno

AREsp – Agravo em Recurso Especial

ANATEL – Agência Nacional de Telecomunicações

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

BACEN – Banco Central do Brasil

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

CPC/1973 – Código de Processo Civil instituído pela Lei Federal nº 5.869, de 11/01/1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil instituído pela Lei Federal nº 13.105, de 16/3/2015

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

Des. – Desembargador

HC – *Habeas Corpus*

INSS – Instituto Nacional de Seguridade Social

LINDB – Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro

Min. – Ministro

Nº – Número

PIB – Produto Interno Bruto

RE – Recurso Extraordinário

Rel. – Relator

REsp – Recurso Especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUS – Sistema Único de Saúde

SV – Súmula Vinculante

TCU – Tribunal de Contas da União

TRF – Tribunal Regional Federal

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 ANÁLISE ECONÔMICA DO COMPORTAMENTO HUMANO	18
1.1 O indivíduo	20
1.1.1 A evolução do <i>homo economicus</i>	22
1.1.2 Desvendando o <i>Homo sapiens</i>	27
1.1.3 A interação social dos indivíduos.....	35
1.2 A racionalidade	39
1.2.1 A hipótese da escolha racional	41
1.2.2 A racionalidade limitada	44
1.2.3 Heurística	51
1.2.3.1 <i>Heurísticas e vieses (duplo processo)</i>	51
1.2.3.2 <i>Heurística rápida e frugal (simples processo)</i>	53
1.3 O papel das instituições	57
1.3.1 A tragédia dos comuns	59
1.3.2 A comédia dos comuns	64
1.3.3 A dependência da trajetória.....	68
2 O COMPORTAMENTO JUDICIAL E A BUSCA DAS DECISÕES SATISFATÓRIAS	74
2.1 Comportamento dos litigantes	76
2.1.1 O acesso à justiça	78
2.1.2 O excesso do acesso	81
2.1.3 A litigância inautêntica.....	87
2.1.3.1 <i>Litigância frívola</i>	88
2.1.3.2 <i>Litigância habitual</i>	90
2.2 Comportamento dos juízes.....	97
2.2.1 A tomada de decisão judicial	100
2.2.2 Casos fáceis: ancoragem na certeza	106
2.2.3 Casos difíceis: mitigação da incerteza	112
2.2.3.1 <i>O modelo sócio-intuitivo de julgamento moral</i>	115
2.3 Comportamento sistêmico	120
2.3.1 A teoria brasileira de sistema de precedentes.....	127

2.3.2 A formação de um acervo de capital jurídico	140
2.3.3 Governança judicial.....	155
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	166
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	170

INTRODUÇÃO

Os seres humanos são movidos por decisões, desde os atos mais singulares até os mais refinados, de forma consciente ou inconsciente. Algumas delas podem ser acertadas e outras nem tanto; algumas são passíveis de correção e outras não. Este é o ciclo da vida pelo qual, entre erros e acertos, vamos construindo a nossa existência em uma constante evolução, pois todas as causas geram efeitos e todas as ações implicam reações, que podem trazer resultados positivos ou negativos.

A História da humanidade é repleta de exemplos de avanços e retrocessos; por isso, inúmeros estudiosos se dedicaram, e continuam se dedicando, à compreensão do complexo fenômeno do processo de tomada de decisão, na tentativa de compreender as idiosincrasias dos indivíduos, que influenciam na introspecção reflexiva e repercutem nas relações coletivas e institucionais.

Na Contemporaneidade, o principal instrumento indutor de condutas sociais é o conjunto de leis de um país. Assim sendo, a cada comando legislativo, as consequências deveriam ser presumidas antecipadamente para que se criasse um sistema legal passível de confiança, com o estabelecimento de diretrizes seguras e efetivas. Porém, não é isso o que ocorre na prática, pois muitas leis não produzem o resultado esperado ou possuem comandos abertos ou conceitos jurídicos indeterminados, propulsores das mais diversas interpretações entre destinatários diretos e juristas. Como resultado, debates acalorados vêm sendo travados acerca dos limites regulatórios do Estado e dos limites decisórios do Poder Judiciário, produzindo inquietações e incertezas acerca do modelo ideal a ser adotado.

No Direito brasileiro, temos diversas teorias que se dedicam a entender os fenômenos jurídicos; porém, poucas procuram desvendar as influências e as características comportamentais dos indivíduos nos processos de decisão, que levam à produção de atos, fatos e contratos com os consequentes desdobramentos no meio social, especialmente pelos reflexos que são sentidos no Poder Judiciário, cujos magistrados precisam decidir os conflitos submetidos a julgamento.

E foi exatamente essa lacuna doutrinária que chamou a nossa atenção para construir o presente trabalho acadêmico, voltado à compreensão do seguinte problema de pesquisa: é possível proceder à análise econômico-comportamental dos principais atores de processos cíveis para se chegar a decisões judiciais satisfatórias, que forneçam respostas adequadas e tempestivas e, ao mesmo tempo, reduzam os índices de judicialização?

Assim, com o objetivo de fixar os limites da temática a ser desenvolvida, traçamos as seguintes hipóteses ao problema de pesquisa:

- 1) É possível. O comportamento das partes, juízes e do Poder Judiciário conduzem à formação de decisões judiciais satisfatórias, produzindo resultados mais adequados e tempestivos no presente e, conseqüentemente, influenciando os processos decisórios futuros.
- 2) Não é possível. O comportamento das partes, juízes e do Poder Judiciário são irrelevantes à formação das decisões judiciais. Estas, portanto, não podem ser consideradas satisfatórias, pois inexistente liame entre os resultados presentes e os processos decisórios futuros.

Apesar da relevância do tema proposto, o nosso Direito está mais voltado para dentro de si mesmo, sendo escassas as pesquisas que incluam conceitos interdisciplinares como forma de exploração. Este fator condicionou a opção metodológica no sentido de atribuir um caráter introdutório¹ e exploratório à pesquisa, sem a pretensão de descrever ou esgotar completamente cada tópico apresentado, mas com a apresentação de bases teóricas que levem ao entendimento do problema para além da exposição meramente panorâmica.

A partir disso, assumimos o grande desafio de buscar novos conhecimentos para a formação de referenciais coerentes e aplicáveis na seara jurídica, que possibilitem a reflexão acerca das adversidades apontadas no problema de pesquisa e nas respectivas hipóteses. Por essa razão, tornou-se imprescindível a interação entre as pesquisas econômica e jurídica com o objetivo de delinear aspectos fundamentais dos processos decisórios e facilitar a compreensão daqueles que não tiveram (ou não têm) contato com a Economia. A partir daí, almejamos viabilizar o estudo de alguns obstáculos existentes no nosso meio ambiente judicial, que precisam ser compreendidos a partir de novas lentes, na tentativa de encontrar respostas mais viáveis aos problemas evidenciados.

Com essa nova perspectiva de exame acadêmico, que se revela pertinente e atual, pretendemos possibilitar a previsão de problemas e a busca de soluções para avançar na construção de bases diferenciadas da prolação de decisões judiciais mais harmônicas com o momento atual, que proporcionem o controle do aumento expressivo das demandas ajuizadas e, ao mesmo tempo, produzam maior coerência aos julgamentos de casos similares, por meio

¹ O grau de generalidade ou profundidade da escrita científica irá variar conforme o público ao qual se direciona. Em trabalhos interdisciplinares, deve-se dar preferência à importância dos resultados de uma forma efetiva e envolvente, demonstrando os principais achados das múltiplas áreas. ALIOTTA, Marialuisa. High vs. low impact-factor journals: what difference does it make to your writing style? *Academic Life*, Edinburgh, 2012. Disponível em: <<https://marialuisaaliotta.wordpress.com/2012/07/16/high-vs-low-impact-factor-journals-what-difference-does-it-make-to-your-writing-style/>>. Acesso em 10 set. 2018.

do estabelecimento de diretrizes institucionais por parte do Poder Judiciário.

Destarte, esta dissertação, muito embora tenha partido, no primeiro capítulo, de conceitos marcadamente econômicos, será plenamente aplicável no campo jurídico, como demonstraremos no segundo capítulo, em que objeto de análise estará focado no comportamento dos indivíduos (litigantes e juízes) nas relações judiciais, com ponderações acerca de como isso reflete em todo o sistema e no dever institucional do Poder Judiciário, que possui a competência de gerenciar estes vínculos. As duas partes do trabalho, por conseguinte, terão uma abordagem diferenciada, mas integrada, pois os conhecimentos econômicos serão utilizados como chaves de leitura para ampliar as fronteiras dos conhecimentos jurídicos, servindo, também, de pressupostos teóricos de sustentação ao segundo capítulo.

Para o alcance de tal desiderato, primeiramente, procederemos à análise econômica do comportamento humano, com a divisão do capítulo em três itens: o indivíduo, a racionalidade (econômica) e o papel das instituições. Três subitens irão compor cada item, com a descrição de algumas ferramentas da Economia e, de uma forma geral, o aprofundamento das matérias que levarão à melhor compreensão das interações pessoais e coletivas, destinadas à posterior inserção no campo específico das relações judiciárias.

Importante ressaltar que a escolha pela utilização de conceitos e métodos advindos da Economia – e das disciplinas a ela correlatas – para a análise do Direito implica que o estudo adotará como ponto de partida a investigação das ações e do processo decisório do indivíduo. Contudo, esta opção metodológica não invalida abordagens distintas utilizadas pelas ciências sociais, cujos métodos analíticos partam de avaliações coletivas, sociais ou históricas diferenciadas, apenas para nomear algumas.

A Economia possui uma produção científica muito rica, com linhas de pensamento diversificadas. Portanto, apesar da aparente quantidade de autores citados no primeiro capítulo, optamos por selecionar aqueles com maior afinidade e que seguem, implícita ou explicitamente, preceitos voltados ao institucionalismo. De igual forma, não fizemos o aprofundamento histórico, sociológico e filosófico dos institutos referidos, exceto em algumas oportunidades, quando sentimos a necessidade de esclarecê-los para assegurar uma melhor compreensão do assunto a ser tratado.

No segundo capítulo, iremos examinar o comportamento dos principais atores dos processos e da instituição judicial, com o intuito de fornecer subsídios hábeis a possibilitar a definição do que vem a ser a decisão judicial satisfatória e a corroborar as conclusões destinadas à confirmação de uma das hipóteses ao problema de pesquisa, acima referidas. Este

capítulo também será dividido em três itens: comportamento dos litigantes, comportamento dos juízes e comportamento sistêmico. Novamente, cada item será composto de três subitens, destinados a evidenciar os principais problemas que levam ao excesso de demandas judiciais para tentar encontrar respostas factíveis à mitigação de resultados insatisfatórios evidenciados pelo Poder Judiciário. E, como sugestões de mudanças, indicaremos duas possibilidades: (i) a formação de um “acervo de capital jurídico”; e (ii) a implementação de melhorias destinadas ao desenvolvimento de um modelo de “governança judicial” que consiga lidar com as complexidades da atualidade brasileira, induzindo condutas e sinalizando diretrizes que possuam eficácia para além dos casos concretos analisados.

Como matriz teórica de suporte à análise, utilizamos estudos nas áreas do Direito e da Economia, com alguns desdobramentos na Psicologia e Neurociência, seguindo uma metodologia interdisciplinar, plural e hermenêutica, a partir do exame e da interpretação da produção doutrinária, legislativa e jurisprudencial sobre o objeto de pesquisa. Na seara econômica, buscamos como fonte os escritos de pensadores com percepções mais institucionalistas, por trazerem abordagens que permitem a identificação de pressupostos passíveis de utilização no âmbito jurídico, com o intuito de melhor compreender o fenômeno observado. Além disso, o método científico foi predominantemente o hipotético-dedutivo, uma vez que as produções científicas disponíveis são escassas para explicar as contradições existentes entre o que está posto no nosso ordenamento jurídico e o que pode ser pressuposto² em virtude da complexidade atual das relações jurídicas e sociais.

No processo de pesquisa, buscamos referenciais bibliográficos e documentais, compostos de monografias, trabalhos acadêmicos, artigos de revistas, dentre outros materiais, encontrados, em especial, nas bibliotecas dos cursos de Direito e Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul (TCE-RS) e da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL), além de contar com acervo próprio e buscas na rede mundial de computadores (Internet). De maneira a reduzir as limitações cognitivas acerca do mundo econômico, participamos extraoficialmente das aulas do Professor Doutor Octávio Augusto Camargo Conceição, ofertadas durante o primeiro trimestre de 2018, na Disciplina “Economia Institucional” do Programa de Pós-Graduação de Economia (PPGE) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

² GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

Como o objetivo não foi exaurir todas as linhas doutrinárias envolvidas nos tópicos selecionados para a construção do conhecimento, até mesmo em razão da restrição temporal para finalização do trabalho e da inexistência de doutrina única sobre o tema, a dissertação ficou limitada aos aspectos mais relevantes e às principais concepções, sendo utilizadas obras seminais e contemporâneas, direcionadas à interpretação do fato investigado.

Ademais, o objeto também foi delimitado, pois o exame esteve mais voltado ao comportamento dos litigantes e dos juízes, que são os principais atores da relação judicial, o que significa dizer que não abordaremos de forma detalhada as condutas dos advogados, agentes ministeriais, defensores públicos, que também são importantes partes processuais, mas que precisariam de um estudo apartado para demonstrar as características peculiares de cada qual.

Adicionalmente, como todo o processo judicial é permeado de decisões, escolhemos enfocar, de modo mais genérico, naquelas que motivam as partes a ajuizarem as suas controvérsias com a utilização dos mecanismos judiciais em benefício próprio, até mesmo com um viés mais oportunista, e nos pronunciamentos judiciais que põem fim ao conflito, ou seja, sentenças e acórdãos. Portanto, não enfatizaremos as escolhas de meios alternativos ou extrajudiciais de resolução de conflitos, como tampouco as decisões judiciais mais específicas, como as interlocutórias ou que envolvam a produção de atos ou provas processuais, temas de extrema relevância e que necessitariam de um diagnóstico independente.

Por fim, tratamos, preponderantemente, de processos decisórios da área cível após a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, sem a análise comparada entre sistemas jurídicos de outros países, em virtude da necessidade de restringir o espectro da investigação e por não existir, até o momento, obra científica específica e abrangente. Esta metodologia permitiu que fossem encontrados elementos suficientes para se chegar a uma conclusão ao problema apresentado, como também propiciará que, no futuro, sejam ampliados os exames às esferas penal, trabalhista e controladora (notadamente, aos Tribunais de Contas), com as suas respectivas peculiaridades internas ou comparadas, e impulsionará novos estudos para o aprofundamento e a testagem das percepções consignadas.

À vista disso, em que pese o presente trabalho tenha sido construído com bases interdisciplinares, o principal público-alvo será o meio acadêmico das Ciências Jurídicas e Sociais, pois o que se pretende é incentivar a ampliação dos estudos dos processos decisórios e do papel dos indivíduos na formação das instituições judiciais por meio do estabelecimento

de pontos de contato com outras áreas científicas, visando a revisão dos pressupostos da teoria da decisão judicial para que, no futuro, encontremos o modelo eminentemente brasileiro.

Mas também é certo que, ao delimitar o objeto de pesquisa ao nosso Poder Judiciário, os resultados poderão ser apreciados pela sociedade e pelo Estado, visto que estaremos fornecendo subsídios para repensar a trajetória do nosso caminho com um modelo de comportamento sistêmico, onde todos fazem parte e possuem responsabilidades e deveres, a despeito das garantias e direitos constitucionais, com incentivos adequados à evolução do nosso Poder Judiciário.

1 ANÁLISE ECONÔMICA DO COMPORTAMENTO HUMANO

Homo economicus ou Homo sapiens?

A Economia tem desenvolvido importantes estudos sobre os processos decisórios dos seres humanos. Os indivíduos, em regra, respondem a incentivos e, por isso, as leis podem ser utilizadas como uma ferramenta poderosa para encorajar ou desencorajar condutas, servindo de diretrizes à indução de comportamentos sociais. Como decorrência lógica, a efetividade das regras sociais deveria ser analisada previamente para a formação de políticas legislativas adequadas, afastando-se ou, ao menos, minimizando riscos indesejados.

Porém, no Brasil do Século XXI, muitos textos são construídos e entram em vigor sem um exame mais detalhado das suas consequências ou das reações dos destinatários diretos, trazendo prejuízo à sociedade como um todo. O processo legislativo brasileiro é oneroso e inexistem limites à criatividade dos entes federativos (União, Distrito Federal, 26 Estados e 5.570 Municípios), com seus respectivos legisladores. Há um verdadeiro emaranhado de regras, muitas delas declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário, o que dificulta a tarefa dos intérpretes por não se saber ao certo quantas e quais leis estão em vigor; isto sem mencionar na abertura do sistema jurídico com a adoção da sistemática de princípios e conceitos jurídicos indeterminados, promovendo a ampliação interpretativa, não raras vezes contraditórias. De outro lado, o Poder Executivo, ao não dar conta das suas atribuições constitucionais e legais, repassa algumas das suas responsabilidades decisórias ao Judiciário, cada vez mais abarrotado, em um círculo vicioso de sobreposição de funções, demonstrando a necessidade de revisão do sentido atribuído ao princípio da separação de poderes, que consta no artigo 2º da nossa Carta Magna.

Estes fatores provocaram o aumento da litigância judicial após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Por conseguinte, a utilização de ferramentas interdisciplinares é de extrema relevância para compreender as idiosincrasias dos indivíduos, tanto na posição de litigantes quanto na de juízes, em processos judiciais cíveis, a fim de compreender o que está ocorrendo na atualidade e buscar uma alternativa para a manutenção de uma ordem social adequada, com um Judiciário que possa atender aos interesses de todos os cidadãos.

Com efeito, as instituições políticas ou públicas são criações abstratas de alguns indivíduos para organizar a sociedade por meio do estabelecimento de “realidades

intersubjetivas”³, sendo que “[...] a criação e atividade de uma sociedade equivalem à criação e à vida de um ser que, sem ter existência física, nem por isso deixa de ser uma realidade”⁴. Portanto, “[...] reconstruímos a realidade dentro dos condicionamentos biológicos (desenvolvimento do cérebro) e históricos (aprendizagem e conhecimento)”⁵.

A existência hígida das instituições, portanto, depende da crença e da vontade dos indivíduos que atuam em seu nome e defendem os seus ideais; como também depende da crença e da vontade das pessoas, físicas ou jurídicas, que exercem seus direitos com o cumprimento dos seus deveres, em benefício da coletividade. A crise de credibilidade dos indivíduos nas matrizes institucionais pode levar ao colapso de instituições, como o exemplo de impérios inteiros⁶, que simplesmente deixam de existir porque os indivíduos não acreditam mais neles.

Com relação ao Poder Judiciário, Nicola Picardi argumentou que há uma tendência mundial a revalorizar o seu papel, pois assumiu conexões simultâneas de jurisdição, legislação e administração. Afirmou que, após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a inflação legislativa, não só pela quantidade das leis que entraram em vigor, mas também pela perda da sua qualidade, com a desvalorização das regras e a apresentação de diversas lacunas, que deslocaram o poder integrativo ao Judiciário. Além disso, quanto às competências executivas, a passagem do Estado liberal clássico ao Estado social de direito fez com que aumentassem os direitos, havendo a assunção de parte das funções administrativas pelos juízes. E, por essas razões, Picardi concluiu que deve haver uma revisitação do modelo clássico de “juiz-funcionário” para o de “juiz-engenheiro social”.⁷

Em decorrência destas peculiaridades, estamos diante de um momento em que precisamos de novas explicações sobre o fenômeno judicial, visto que as relações políticas e sociais estão cada vez mais complexas e as formas tradicionais de organização e administração do Estado já não bastam mais em si mesmas. A busca pela transparência e acesso às informações é uma forma de tentar restabelecer a credibilidade perdida nas instituições políticas, administrativas e judiciais; mas precisamos ir além, com a revisitação

³ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Original publicado em inglês em 2015. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p.150.

⁴ RÃO, Vicente (1892-1978). *O direito e a vida dos direitos*. (1. ed. 1952) 5. ed. Anot. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 204.

⁵ DEMO, Pedro. *Autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 25.

⁶ HARARI, *op. cit.*, p. 151.

⁷ Nicola Picardi tratou da vocação do nosso tempo para a jurisdição na seguinte obra: PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Org. e Rev. Téc. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, cap. 1, pp. 01-27.

dos desenhos institucionais e a evolução da conduta dos indivíduos que interagem com elas ou que as representam.

Neste primeiro capítulo, apresentaremos alguns pressupostos teóricos da Economia que servirão de fundamento para o segundo capítulo, que versará sobre o comportamento judicial e a busca de decisões satisfatórias (destinadas a promover o maior bem-estar possível aos indivíduos e à sociedade).

Seguimos, portanto, com a divisão em três partes: o indivíduo, a racionalidade e o papel das instituições.

1.1 O indivíduo

Roberto da Matta afirmou que um sistema social é dividido, ou até mesmo equilibrado, entre duas unidades básicas: o indivíduo, que é o “[...] sujeito das leis universais que modernizam a sociedade”;⁸ e a pessoa, que é o “[...] sujeito das relações sociais, que conduz ao polo tradicional do sistema”⁸. O autor disse que, no Brasil, temos um universo social dualista, composto de características tanto de pessoa quanto de indivíduo, o que justifica a existência de zonas de conflito e zonas de passagens em que se misturam a casa e a rua, o privado e o público, a vertente personalista (tudo) e a vertente individualizante (lei), as relações de compadrio e as relações impessoais⁹. À vista disso, um fenômeno pode ser percebido¹⁰:

[...] a total desconfiança em relação a regras e decretos universalizantes. Essa desconfiança, entretanto, gera sua própria antítese, que é a esperança permanente de vermos as leis serem finalmente implementadas e cumpridas. Julgamos, deste modo, que a sociedade pode ser modificada pelas boas leis que algum governo venha finalmente estabelecer e fazer cumprir.

Há longa data, estudiosos tentam compreender a complexidade do ser humano e suas práticas sociais¹¹. Desde o desenvolvimento da Economia como disciplina autônoma, teorias

⁸ DA MATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986, p. 97.

⁹ *Idem*. **Carnavais, malandros e heróis**. (1. ed. 1978) 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, pp. 227-259. Esta concepção dualista é criticada por Jessé de Souza, mas não adentraremos no cerne da discussão, pelo que apenas indicamos a obra: SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, LeYa, 2015, pp. 69-88.

¹⁰ *Ibidem*, p. 247.

¹¹ Na Filosofia, tentava-se compreender a mente humana desde os gregos antigos, como em Platão (virtudes), Aristóteles (experiência empírica), René Descartes (racionalismo), John Locke e David Hume (empirismo), e Kant (combinação de experiência com capacidades mentais inatas), conforme citado por: THAGARD, Paul. **Mind**: introduction to cognitive science. (1. ed. 1996, Bradford Books) 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2005. Na atualidade, são relativamente recentes as pesquisas científicas e empíricas que se dedicam ao estudo dos aspectos

têm sido formuladas sobre o comportamento dos indivíduos, havendo diversas concepções sobre o que vem a ser o *homo economicus*, partindo, em regra, do modelo cartesiano de racionalidade¹².

Todavia, alguns economistas começaram a apresentar críticas a este modelo, trazendo visões diferenciadas de outras áreas de conhecimento para identificar formas alternativas de análise do comportamento individual. Dependendo, portanto, da abordagem interdisciplinar adotada, diversos qualificativos ao *homo* começaram a ser introduzidos pela doutrina¹³, variando, até retornar ao *Homo sapiens*.

No Direito, não foram realizados tantos estudos sobre o indivíduo, mas encontramos o *homo burocraticus*¹⁴, sinalizando que os juristas desempenham atividades de forma previsível, fungível e controlável, com uma racionalidade subjetiva, formal e calculista¹⁵, aproximando-se da ideia de *homo economicus*.

A seguir, iremos trazer algumas características intrínsecas ao ser humano que influenciam as suas tomadas de decisões, pelo que este item será subdividido em três partes: a evolução do *homo economicus*, desvendando o *Homo sapiens* e a interação social dos indivíduos.

subjetivos das decisões humanas, com a análise dos interesses, motivos, desejos, padrões morais e as experiências psíquicas. Para Pedro Demo: “De um lado, cada ser humano é irrepitível, único; de outro, entra em cena sempre o mesmo procedimento geracional. Como a evolução mostra, nada é intocável na natureza, também as ditas estruturas. Esta criatividade imprevisível é a marca maior da complexidade não linear e que obriga a rever paradigmas positivistas da ciência.”. DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 36.

¹² Para John Davis, René Descartes (1596-1650) acreditava que o conceito de indivíduo relacionava-se com a separação da subjetividade e da natureza humana, no chamado dualismo cartesiano, pois os sentidos distorceriam a natureza real das coisas e o mundo só poderia ser compreendido se houvesse a desconexão por meio da introspecção, momento em que se teria acesso às verdadeiras características dadas por Deus à natureza. DAVIS, John Bryan. **The theory of the individual in Economics: identity and value**. New York: Routledge, 2003, pp. 2-4.

¹³ Por exemplo: *Homo Behavioralis* – estudos comportamentais do ser humano. KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econométrica**, New York, v. 47, n. 2, pp. 263-292, mar. 1979; *Homo Reciprocans* – modelo econômico em que o egoísmo não é parte central da explicação. BOWLES, Samuel; BOYD, Robert; FEHR, Ernst; GINTIS, Herbert. Behavioural science: *homo reciprocans*. **Nature**, United Kingdom, v. 415, n. 6868, pp. 125-128, jan. 2002; *Homo Heuristicus* – estudos da Psicologia Evolucionária, com as regras de bolso (heurísticas) para a tomada de decisão. GIGERENZER, Gerd; BRIGHTON, Henry. *Homo heuristicus: Why Biased Minds Make Better Inferences*. **Topics in Cognitive Science**, New York, v. 1, n. 1, pp. 107-143, 1º de janeiro de 2009; *Homo Bioeconomicus* – com forte inspiração na Biologia, Neurociência e Psicologia Evolucionária. WANG, Xiao-tian. Introduction: bounded rationality of economic man: new frontiers in evolutionary Psychology and Bioeconomics. **Journal of Bioeconomics**, New York, v. 3, n. 2-3, pp. 83-89, mai. 2001; dentre outros.

¹⁴ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 65.

¹⁵ *Ibidem*.

1.1.1 A evolução do *homo economicus*

Inicialmente, entendemos importante registrar que existem diferenças de pensamento entre os teóricos da área econômica¹⁶. A Economia, tradicionalmente, é conhecida como uma ciência positiva e objetiva que se abstém de emitir juízos de valor. Porém, esta concepção implica na separação entre fatos e valores, que está cada vez mais sendo criticada porque, na verdade, os dois conceitos estão interligados.

De acordo com Mankiw, os economistas divergem, em regra, quanto ao julgamento científico em torno da busca da compreensão do mundo que nos cerca (concepção ideal descritiva de como o mundo é); mas também quanto a valores, por apresentarem visões normativas distintas sobre quais políticas públicas devem ser realizadas (concepção ideal normativa de como o mundo deve ser)¹⁷. Dessa maneira, com o intuito de contextualizar a matéria, indicaremos algumas das posições econômicas que se destacaram na história.

O primeiro trabalho de Adam Smith (1723-1790) foi o livro “Teoria dos Sentimentos Morais”¹⁸, publicado no ano de 1759, com uma abordagem sobre a motivação humana e a necessidade de haver simpatia (o que hoje chamamos de empatia) nas interações entre os indivíduos, possibilitando a criação de juízos morais, apesar da natural tendência autointeressada. O autor registrou que a consciência surge das relações sociais por meio da “observação imparcial”¹⁹ e que, por esse motivo, são necessários os sentimentos de

¹⁶ Na Economia, existe a distinção entre aqueles que adotam ou não o individualismo metodológico. Em relação às diversas abordagens institucionalistas, Octávio Conceição afirmou que existe um núcleo teórico definido e nem sempre convergente. As distinções são reveladas na própria definição de instituição, que pode significar tanto normas de comportamento, quanto normas institucionais ou padrão de organização da firma ou direito de propriedade. As escolas institucionalistas, seja de influência ortodoxa, seja heterodoxa, contribuem para avançar os estudos da abordagem tradicional da Economia, indo em direção à construção de uma “teoria dinâmica das instituições”. CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 19, n. 36, pp. 25-45, set. 2001.

¹⁷ MANKIWI, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. 3. reimp. da 3. ed. brasileira de 2013. Trad. 6. ed. norte-americana por Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. Rev. Téc. Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2016, pp. 33-34.

¹⁸ SMITH, Adam (1723-1790). **Teoria dos sentimentos morais**. Original publicado em inglês em 1759. Trad. de Lya Luft. Rev. de Eunice Ostrensky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. Livro digital do Kindle. O aprofundamento das ideias de Adam Smith foi extensivamente trabalhado por Fernando Araújo na sua tese de doutorado, publicada posteriormente: ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

¹⁹ Stewart acrescentou: “Em duas ocasiões diferentes, examinamos nossa própria conduta e tentamos vê-la à luz de um espectador imparcial. Primeiro, quando estamos na iminência de agir; segundo, depois de termos agido. Nos dois casos, nossas opiniões muito provavelmente serão parciais. Quando estamos na iminência de agir, a avidez da paixão raramente nos permite avaliar, com a imparcialidade de alguém indiferente, o que estamos fazendo. Quando a ação termina, e as paixões que a provocaram cederam, embora sem dúvida possamos partilhar dos sentimentos do espectador indiferente com muito mais frieza do que antes, é tão desagradável pensarmos mal de nós mesmos que, muitas vezes de propósito, desviamos nosso pensamento das circunstâncias que podem tornar desfavorável nosso julgamento. Daí aquele auto-engano, fonte de metade das desordens da

humanismo e solidariedade, baseados na importância de nos reconhecermos como iguais (representação mental da situação alheia) e de nos colocarmos no lugar do outro (atitude emocional e imaginativa), a fim de ampliar a moralidade do comportamento.

Dezessete anos depois (1776), a obra “Uma Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações” tornou-se conhecida por introduzir a ideia de *homo economicus*, que caracterizou o indivíduo como sendo autointeressado e maximizador das suas utilidades, como uma mistura de propensões, talentos, instintos e características individuais²⁰. Smith idealizou a emergência de uma economia complexa e de motivações e preferências, assim como propôs a noção de equilíbrio do sistema econômico para se chegar a uma situação de máxima eficiência, partindo do pressuposto de que os mercados atuariam livremente e seriam regidos por uma “mão invisível”²¹. Em consequência, os indivíduos tomariam melhores decisões porque poderiam agir por conta própria, sem a mão opressiva do governo para conduzir suas ações²².

Na mesma época, já dentro do pensamento utilitarista, Jeremy Bentham (1748-1832) se destacou por entender que o indivíduo tenderia a buscar o prazer e fugir da dor por meio de uma revisão das regras da moralidade dos costumes, devendo ser realizados cálculos para se chegar à razão. Assim, pelo princípio da utilidade, o sujeito calculador avaliaria a justeza de uma ação conforme a produção de maior prazer e tomaria a decisão.²³

Com o passar do tempo, ampliou-se a concepção de homem econômico²⁴, que ainda é a predominante no *mainstream* nos dias atuais por não ter sido criada uma teoria em substituição às correntes clássica e neoclássica. Porém, começaram a despertar críticos a este

vida humana.”. SMITH, Adam (1723-1790). **Teoria dos sentimentos morais**. Original publicado em inglês em 1759. Trad. Lya Luft. Rev. Eunice Ostrensky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. Biografia crítica, por Dugald Stewart (ortografia original).

²⁰ *Apud* MORGAN, Mary Susanna. Economic man as model man: ideal types, idealization and caricatures. **Journal of the History of Economic Thought**, Cambridge, v. 28, n. 01, pp. 01-27, mar. 2006.

²¹ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 33.

²² MANKIWI, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. Original publicado em inglês em 2012. 3. reimp. 3. ed. brasileira de 2013. Trad. 6. ed. norte-americana Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. Rev. téc. Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 12.

²³ Embora também utilitarista, John Stuart Mill (1806-1873) modelou o seu indivíduo de uma forma mais complexa do que Bentham, pois acreditava que o princípio da utilidade deveria ser derivado da natureza humana, havendo espaço para a elaboração de regras morais, pois o ser humano não poderia ser um robô dos cálculos no momento em que é dotado das leis da mente e da capacidade de agir por hábito em razão de princípios secundários da moral. DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre os conceitos de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: a moralidade como derivada das respectivas noções de natureza humana. **Princípios, Revista de Filosofia**, Natal, v. 19, n. 32, pp. 483-506, jul./dez. 2012.

²⁴ Para ampliar as informações sobre as origens da concepção de homem econômico, com abordagens antropológicas, filosóficas e históricas, ver: LUZ, Manuel Ramon Souza; FRACALANZA, Paulo Sérgio. A gênese do indivíduo e o indivíduo da gênese: uma abordagem multidisciplinar acerca do papel da ideologia cristã nas origens do homem (econômico). **Economia**, Brasília, v. 14, n. 1, pp. 189-210, jan./abr. 2013, p. 191. A concepção de homem econômico como ser racional e individualista pode ser equiparado, no nosso entender, ao “cidadão ideal” de Immanuel Kant (1724-1804) e de outros filósofos do Século XVIII.

modelo, utilizando, precipuamente, o argumento de que a obsessão pelo interesse individual acabaria por privar o indivíduo da liberdade de conduta. Thorstein Veblen (1857-1929)²⁵, por exemplo, opôs-se ao conceito canônico com o argumento de que o ser humano deste modelo se assemelhava a um autômato, sem ser dotado de personalidade ou vontade própria, agindo de forma previsível e constante, mas que falhava em situações de imperfeição.

Desta forma, Veblen introduziu as intuições e os hábitos como aspectos institucionalistas²⁶ para a análise do comportamento humano, pois entendia que o indivíduo, ao pertencer a uma sociedade que interage com as instituições, não poderia ser considerado isoladamente. Baseou-se no fato de que as escolhas humanas não são realizadas de modo estável ou mecânico, mesmo quando inspiradas por propensões e hábitos individuais, porque, para isto, deveria ser analisado o ambiente social em que estariam inseridos²⁷.

Como fundamentos que embasaram o seu pensar evolucionário, Veblen diferenciou “razão suficiente” de “causa eficiente”²⁸. A razão suficiente se refere, de forma geral, aos agentes racionais que se comportam no presente visando eventos futuros, sendo que a ação econômica é vista como teleológica. De outro lado, a causa eficiente considera as relações processuais de causa e efeito que se modificam com o passar do tempo, especialmente em virtude dos hábitos e das preferências dos indivíduos, que possuem um caráter cumulativo²⁹. Apesar de distintos os conceitos e de haver um foco maior na causa eficiente, a abordagem institucionalista de Veblen considerou os dois aspectos no exame do comportamento humano, em virtude de os indivíduos serem influenciados por fatores racionais e habituais, de forma conjunta.

²⁵ CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Thorstein Veblen: nota introdutória. **OIKOS**, Rio de Janeiro, n. 8, ano VI, pp. 181-187, 2007. COSGEL, Metin M. Consumption institutions. **Review of Social Economy**, United Kingdom, v. 55, n. 2, pp. 153-171, 1997. Disponível em: <https://econpapers.repec.org/article/tafrsocec/v_3a55_3ay_3a1997_3ai_3a2_3ap_3a153-171.htm>. Acesso em 27 set. 2018. HODGSON, Geoffrey Martin. Toward an evolutionary and moral science: remarks on receiving the Veblen-Commons award. **Journal of Economic Issues**, Arkansas, pp. 01-13, jan. 2012.

²⁶ Thorstein Veblen (1857-1929) é o fundador do pensamento institucionalista (Antigo Institucionalismo), seguido de John Rogers Commons (1862-1945) e Wesley Clair Mitchell (1874-1948). Posteriormente, o institucionalismo foi retomado por outros economistas, que trouxeram novas concepções, a exemplo da Nova Economia Institucional e do Neo-Institucionalismo. Conceição argumentou que o institucionalismo moderno tem reforçado suas origens nas ideias de Veblen, rompendo com os cânones da economia neoclássica e reiterando o caráter evolucionário da Economia. CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Além da transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os Evolucionários e Pós-Keynesianos. **Economia**, Brasília, v. 7, n. 3, pp. 621-642, set./dez. 2007.

²⁷ VEBLEN, Thorstein Bunde (1857-1929). Why is Economics not an evolutionary science? **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 12, 1898. Disponível em: <http://elegant-technology.com/resource/ECO_SCI.PDF>. Acesso em 16 abr. 2018.

²⁸ *Idem*. **The place of Science in modern civilization**. New York: B. W. Huebsch, 1919, p. 238.

²⁹ O autor referiu que: “*The wants and desires, the end and aim, the ways and means, the amplitude and drift of the individual’s conduct are functions of an institutional variable that is of a highly complex and wholly instable character.*”. *Ibidem*, p. 242-243.

Nesse sentido, o processo de causa e efeito, conforme Octávio Conceição, passa pela compreensão de que “[...] o desenvolvimento da atividade econômica não pode ser entendido como algo preestabelecido, esperado ou resultado ‘ideal’ da convergência ao equilíbrio”. A sucessão de causas e efeitos leva a um processo histórico de mudança e que pode ter resultado positivo (avanço) ou negativo (retrocesso), já que evolução é mais do que uma mera melhora da situação.³⁰

Em contraposição ao modelo ideal, também se sobressaiu John Bryan Davis³¹ com uma concepção heterodoxa, afirmando que os indivíduos não podem ser vistos como átomos fora de um contexto social, com atuação passiva e preferências fixas relativamente aos bens e suas características. A estrutura social e a ação dos indivíduos influenciam-se mutuamente e cada agente é considerado um agente ativo, socialmente integrado (*socially embedded*), o que permite descrever e distinguir os indivíduos entre si. O seu conceito de “identidades sociais” permite conciliar os aspectos cognitivos e institucionais porque considera a união das identidades pessoais (aspectos particulares de cada indivíduo, na primeira pessoa do singular, “eu”) e individuais (aspectos individualizados de cada um, agindo em sociedade, na terceira pessoa do singular, “ele”). Portanto, as identidades sociais baseiam-se na primeira pessoa do plural, “nós”, uma vez que não há como isolar os indivíduos do contexto social.³²

A partir de meados do Século XX, outras ferramentas foram trazidas das Ciências Cognitivas³³ e começaram a ser introduzidas na Economia a fim de auxiliar na construção teórica sobre o comportamento dos indivíduos. Com efeito, Claudia Dias Soares³⁴ afirmou que “[...] o indivíduo tenta maximizar o seu comportamento relativamente a uma ordem de preferências estável e consistente, mas está limitado por restrições cognitivas, por uma

³⁰ CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Instituições, crescimento e mudança na ótica institucionalista. **Teses FEE**, Porto Alegre, n. 01, 2002, p. 96. Disponível em: <http://cdn.fee.tche.br/teses/teses_fee_01.pdf>. Acesso em 27 set. 2018.

³¹ Dentre outros, que apresentaram críticas ao modelo canônico. DAVIS, John Bryan. **The theory of the individual in Economics: identity and value**. New York: Routledge, 2003, pp. 9-10.

³² ZULIAN, Aline. **Indivíduos e comportamento: aspectos cognitivos, institucionais e identidades sociais**. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Economia e Desenvolvimento) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

³³ Krecké e Krecké aduzem que, apesar de as Ciências Cognitivas possuírem diferentes métodos de investigação, todas se preocupam com a análise e a tentativa de descrição sobre o que se passa na mente dos indivíduos com o estudo da memória, raciocínio, linguagem, aprendizagem e percepção. KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ, Carine. Introduction to a cognitive methodology in economics. In: KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ Carine, KOPPL, Roger G. (Eds.) **Cognition and Economics**. Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007, cap. 1, pp. 01-27. Na mesma linha: THAGARD, Paul. **Mind: introduction to cognitive science**. (1. ed. publicada pela Bradford Books, 1996) 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

³⁴ SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional nas reformas do Estado. In: CORDEIRO, António Menezes Cordeiro; LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa. (Coords.) **Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 271-289, p. 276 (citação, ortografia original).

informação incompleta, e pela dificuldade em assegurar o cumprimento dos contratos”.

Assim, os questionamentos em relação ao modelo de *homo economicus* ganharam força. Na seara teórica, Herbert Simon (1916-2001)³⁵ se evidenciou ao defender a existência de limitações cognitivas inerentes aos indivíduos, que os levam a buscar estratégias para fazer escolhas satisfatórias. No campo empírico, Daniel Kahneman³⁶ e Amos Tversky (1937-1996) identificaram dois processos cognitivos que formam o pensamento, chamados de Sistema 1 (rápido, automático, fácil e associativo – intuição) e Sistema 2 (devagar, deliberativo, trabalhoso, serial e ponderado – reflexão). Gerd Gigerenzer³⁷, por sua vez, aliou as limitações à racionalidade aos aspectos evolutivos do ser humano, concluindo que as decisões devem ser tomadas com menor esforço mental possível.³⁸

Nesta mesma linha crítica, Richard Thaler, no ano de 2000, fez uma previsão de que o *homo economicus* iria evoluir para o *Homo sapiens*, tornando-se mais emocional. Thaler afirmou que os economistas resistiriam à ideia porque seria muito mais difícil e imprevisível estabelecer modelos comportamentais de humanos emocionais quase-rationais do que os modelos tradicionais (em que os agentes vivem em um mundo ideal de padrões medianos). Na sua concepção, como cada geração de cientistas se baseia nos estudos das gerações precedentes, os teoremas comportamentais que estavam sendo desenvolvidos (por ele e outros cientistas) tornariam a Economia mais sofisticada, com a incorporação de descobertas úteis e teorias interdisciplinares³⁹.

Ainda, Thaler diferenciou os “*Econs*” dos “*Humans*”, salientando as diferenças entre o indivíduo da Economia, preso aos axiomas de racionalidade perfeita e maximização, e o indivíduo da Psicologia, movido por diferentes sentimentos e emoções⁴⁰. No ano de 2017, ou seja, praticamente uma geração após as suas prospecções envolvendo elementos psicológicos,

³⁵ Laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 1978 por sua pesquisa pioneira no processo de tomada de decisões no âmbito das organizações.

³⁶ Laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 2002 por introduzir *insights* da Psicologia para a compreensão dos processos decisórios humanos em condições de incerteza.

³⁷ Registramos que Daniel Kahneman possui divergências em relação às teorias de Gerd Gigerenzer, e vice-versa. O primeiro possui relevantíssima importância no estudo seminal da economia comportamental ao identificar duas formas de pensar – rápida e devagar –, que lhe conferiu, inclusive, o Prêmio Nobel. O segundo, por sua vez, desenvolveu as suas pesquisas com influência na teoria da racionalidade limitada de Herbert Simon e na Psicologia Evolutiva, no sentido de que a mente também é suscetível ao processo de evolução, sendo alvo de adaptações no meio ambiente. Como os principais estudos jurídicos que encontramos partem da primeira teoria, daremos maior ênfase a esta; apesar de entendermos que deveriam ser aprofundadas as considerações evolucionistas feitas por Gerd Gigerenzer acerca da necessidade de simplificarmos os processos decisórios. De qualquer forma, não iremos adentrar nas discussões teóricas estabelecidas entre os dois autores.

³⁸ Estas concepções serão retomadas e aprofundadas no item 1.2.

³⁹ THALER, Richard H. From *homo economicus* to *Homo sapiens*. **Journal of Economic Perspectives**, New Haven, v. 14, n. 1, pp. 133-141, 2000.

⁴⁰ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass Robert. **Nudge**: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2008, pp. 6-7.

Richard Thaler foi laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel.

Na área do Direito, Alain Supiot reconheceu a influência das outras ciências para interpretar o comportamento do ser humano, que não pode ser tratado de modo puramente quantitativo (unidade) e qualitativo (unicidade), como uma simples unidade de conta⁴¹:

Fazer de cada um de nós um *homo juridicus* é a maneira ocidental de vincular as dimensões biológica e simbólica constitutivas do ser humano. O Direito liga a infinitude de nosso universo mental à finitude de nossa experiência física, cumprindo em nós uma função antropológica de instituição da razão. A loucura espreira, tão logo se negue uma ou outra das duas dimensões do ser humano, quer para tratá-lo como um animal, quer para tratá-lo como um puro espírito, livre de qualquer limite afora os que ele confere a si mesmo. [...]. Olhar o homem como um puro objeto ou olhá-lo como um puro espírito são as duas faces de um mesmo delírio.

Outros economistas de renome se destacaram no desenvolvimento de teorias institucionalistas⁴², traçando evidências empíricas de suas hipóteses sobre o comportamento humano, com a mudança do método analítico para além da mera introspecção. No tópico que segue, descreveremos as principais características do *Homo sapiens* nas visões de Thorstein Veblen e António Damásio, com obras seminais nas suas épocas e áreas de atuação.

1.1.2 Desvendando o *Homo sapiens*

O indivíduo é um ser complexo que, para além dos aspectos racionais nos seus processos decisórios, também está sujeito às interferências dos hábitos e intuições (Thorstein Veblen) e das emoções e sentimentos (António Damásio).

Veblen⁴³ realizou um trabalho pioneiro no pensamento econômico ao identificar o modo como os seres humanos se comportam em sociedade. Os dois pilares citados pelo autor

⁴¹ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Original publicado em francês em 2005. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. X-XI.

⁴² Como Gary Stanley Becker e Vernon Lomax Smith, dentre outros, que não serão examinados no presente trabalho por questões de tempo e espaço.

⁴³ Veblen concebeu duas expressões: a “classe ociosa” e o “consumo conspícuo”. A chamada “classe ociosa” surge na passagem da selvageria primitiva para o estágio da barbárie, quando é instituída a propriedade. Este segmento social é compreendido como ligado às atividades “dignas”, que são desvinculadas do aspecto produtivo das atividades rotineiras e industriais. O “consumo conspícuo” representa o comportamento de aquisição de bens, mesmo que sejam caros ou inúteis, com a utilização de recursos de herança ou oriundos de esforço próprio, para demonstrar poder pecuniário aos demais. A “emulação”, portanto, caracteriza a busca pela riqueza por meio da imitação de condutas, mas com o intuito de superar os demais indivíduos para se ter respeito e *status* na sociedade. VEBLLEN, Thorstein Bunde (1857-1929). **A teoria da classe ociosa**: um estudo econômico das instituições. Trad. Olívia Krähenbühl. Apres. Maria Hermínia Tavares de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

são os hábitos e as intuições, processos anteriores à ação e que estão sob o contexto histórico do ambiente.

Os hábitos⁴⁴ resultam de fatores passados e podem gerar padrões de vida em sociedade. Como os indivíduos são resistentes às alterações no seu modo de viver que, em regra, está pautado pelas raízes culturais, é difícil abandonar um padrão estabelecido. Não é fácil quebrar um hábito já formado, pois isto requer esforço mental e energia pessoal, sendo preferível o conservadorismo e a inércia social a fim de manter a regularidade de comportamentos, como demonstrado por Veblen⁴⁵:

[...] os hábitos mais antigos e arraigados que governam a vida do indivíduo – aqueles que afetam a sua existência como um organismo – são os mais persistentes e imperiosos. Além dessas, situam-se as exigências mais elevadas – hábitos de formação posterior do indivíduo ou da raça –, numa gradação um tanto irregular e de forma alguma invariável. Algumas dessas exigências mais elevadas, como por exemplo o emprego habitual de certos estimulantes, ou a vontade de salvação (no sentido escatológico) ou de boa reputação, podem tomar, em alguns casos, a precedência sobre as exigências mais baixas ou mais elementares. Em geral, quanto mais antigo o hábito, tanto mais inquebrantável; e quanto mais um determinado hábito coincidir com os costumes, tanto maior a persistência com que se fixará. O hábito será mais firme se as tendências especiais da natureza humana que a sua prática abranger, ou as aptidões particulares que nele encontrem a sua expressão, forem tendências ou disposições já larga e profundamente envolvidas no processo vital, ou intimamente ligadas à história da vida de um determinado grupo racial.

Apesar de os hábitos estarem condicionados aos pensamentos já existentes, é possível que a estrutura social mude, evolua ou se adapte a uma situação que implique em modificação nos hábitos mentais de várias classes da comunidade ou dos indivíduos que a compõem⁴⁶, como ocorre, por exemplo, quando há alterações de ordem econômica. No momento em que é aceito um novo padrão de vida, os indivíduos passam a ter hábitos de pensamento convergentes, propiciando a evolução social e o surgimento de novas instituições, com a vigilância daqueles que possam apresentar desvios de conduta⁴⁷.

⁴⁴ Contemporâneo a Thorstein Veblen, William James traçou os aspectos psicológicos do ser humano, como sublinhado na seguinte passagem: “*The habits to which there is an innate tendency are called instincts; some of those due to education would by most persons be called acts of reason. It thus appears that habit covers a very large part of life, and that one engaged in studying the objective manifestations of mind is bound at the very outset to define clearly just what its limits are. The moment one tries to define what habit is, one is led to the fundamental properties of matter. The laws of Nature are nothing but the immutable habits which the different elementary sorts of matter follow in their actions and reactions upon each other. [...]*”. JAMES, William (1842-1910). **The principles of Psychology**, Adelaide, v. I, 1890, p. 218. Disponível em: <<https://ebooks.adelaide.edu.au/j/james/william/principles/>>. Acesso em 18 set. 2018.

⁴⁵ VEBLEN, Thorstein Bunde (1857-1929). **A teoria da classe ociosa**: um estudo econômico das instituições. Original publicado em inglês em 1899. Trad. Olívia Krähenbühl. Apres. Maria Hermínia Tavares de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 51 (ortografia original).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 88.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 97.

Em relação aos instintos, Veblen admitiu a dificuldade em conceituá-los, mas apresentou a sua concepção no sentido de que eles possuem características fisiológicas agregadas a aspectos conscientes e teleológicos, com um propósito de atingir um fim determinado⁴⁸. Desta maneira, os instintos humanos, mesmo aqueles que não exijam um grande esforço mental, passam por um processo reflexivo de pensar e agir a fim de alcançar a finalidade desejada, porque⁴⁹:

[...] toda ação instintiva é inteligente em algum grau; embora o grau de envolvimento da inteligência possa variar amplamente de uma disposição instintiva para outra, e pode até cair em uma forma extremamente automática no caso de alguns instintos mais simples, cujo conteúdo funcional é de caráter patentemente fisiológico.

Ou seja, os instintos não possuem somente elementos inconscientes ou biológicos porque os seres humanos estão imersos em contextos sociais e históricos formados pelos hábitos culturais. Assim, a racionalidade não é dissipada por inteiro porque alguns instintos são universais, como, por exemplo, o paternal, o da curiosidade ociosa, o da produção e o predatório.⁵⁰

O instinto paternal está ligado à autopreservação e à proteção dos descendentes, com os atributos básicos de reprodução, manutenção e previdência, destinados a preservar os interesses comuns do grupo e tutelar as gerações futuras⁵¹, como no caso da preservação do meio ambiente e da administração de recursos financeiros. Por sua vez, o instinto da curiosidade ociosa empurra o homem para o conhecimento de si mesmo e do meio em que vive, sem relação monetária direta, mas com uma propensão inata que os diferencia dos animais não humanos⁵².

Já os instintos da produção e predatório figuram em polos opostos e em conflito permanente porque “[...] a eles se associa o comportamento humano ao longo da história, quer como agente da dinâmica da realização, do empreendimento, da conquista ou da organização

⁴⁸ VEBLEN, Thorstein Bunde (1857-1929). **The instinct of workmanship and the state of the industrial arts**. Original publicado em 1914. New York: The Macmillan Company, 1989, pp. 3-4.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 30. Tradução nossa. Original: “[...] All instinctive action is intelligent in some degree; though the degree in which intelligence is engaged may vary widely from one instinctive disposition to another, and it may even fall into an extremely automatic shape in the case of some of the simpler instincts, whose functional content is of a patently physiological character.”

⁵⁰ SILVA, Vagner Luís da. Fundamentos do institucionalismo na teoria social de Thorstein Veblen. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 9, n. 17, pp. 289-323, out. 2010, p. 294-295.

⁵¹ VEBLEN, 1989, *op. cit.*, p. 44.

⁵² *Ibidem*, p. 86.

ou como instrumento da destruição, da exploração ou do atraso [...]”⁵³, isto é, podem ser condutas individuais ou coletivas.

O instinto da produção existe desde as sociedades mais primitivas, que se ocupavam em sobreviver criando “[...] expedientes práticos, caminhos e meios, invenções e instrumentos de eficiência e economia, habilidades, trabalho criativo e tecnologia.”⁵⁴. E isso porque o intuito era o de melhorar as condições de vida da humanidade, em constantes processos adaptativos e de cooperação.

E, por fim, o instinto predatório possui o relevante papel de fomentar o conflito dentro dos grupos sociais por meio de “[...] aspectos constitutivos: a agressividade, a competição dos indivíduos pelas posições hierárquicas vantajosas, a guerra entre grupos, a formação de segmentos sociais com poder de exploração, o domínio de natureza sexual ou econômico e demais práticas que demandam o poder de mando e a capacidade de coerção.”⁵⁵. Assim, este instinto promove que os indivíduos rivalizem e busquem vantagens sociais com o escopo de sabotar o sistema produtivo⁵⁶.

Em suma, os hábitos e as intuições dos seres humanos precisam ser compreendidos para explicar os comportamentos humanos⁵⁷. A ação de um indivíduo, por mais simples que pareça e ainda que não exija grande esforço mental, pode envolver características que refojem à capacidade de racionalização e ao controle⁵⁸, se for uma disposição habitual que se tornou aceita pela cultura ou até mesmo normatizada pela sociedade.

Mais recentemente, outra abordagem foi suscitada por António Damásio⁵⁹, que aprofundou o estudo sobre a emoção, a razão e o cérebro humano sob a ótica da Neurobiologia, ramo da Neurociência que reúne disciplinas biológicas e estudam o Sistema Nervoso, como a anatomia, a fisiologia e a evolução do ser humano.

O trabalho de Damásio⁶⁰, desenvolvido na Universidade do Sul da Califórnia, alavancou a Neurociência no momento em que se passou a analisar cérebros e emoções de

⁵³ SILVA, Vagner Luís da. Fundamentos do institucionalismo na teoria social de Thorstein Veblen. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 9, n. 17, pp. 289-323, out. 2010, p. 295.

⁵⁴ VEBLEN, Thorstein Bunde (1857-1929). **The instinct of workmanship and the state of the industrial arts**. Original publicado em 1914. New York: The Macmillan Company, 1989, p. 33.

⁵⁵ SILVA, *op. cit.*, p. 296.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Hodgson citou a importância de reintroduzir os hábitos e instintos de Veblen para a criação de uma “teoria do comportamento humano”. HODGSON, Geoffrey Martin. The approach of institutional economics. **Journal of Economic Literature**, New Haven, v. XXXVI, pp. 166-192, mar. 1998.

⁵⁸ VEBLEN, 1989, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁹ DAMÁSIO, António Rosa. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Original publicado em inglês em 1994. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

⁶⁰ A obra referida é o trabalho seminal de António Damásio, pelo que é recomendável a leitura de outros livros de sua autoria: DAMÁSIO, António Rosa. **O mistério da consciência: do corpo e das emoções ao**

peças vivas, sãs ou doentes, com aparelhos modernos, a fim de entender os desafios da racionalidade⁶¹. A abordagem de examinar a interação do corpo e da mente enquanto o indivíduo está vivo foi revolucionária, pois, até aquele momento, os estudos científicos eram realizados somente em cérebros de pessoas mortas, como o famoso caso de Phineas Gage⁶², examinado por inúmeros neurologistas.

Avançando na compreensão do ser humano, entendemos importante distinguir que o sistema afetivo possui dois componentes: a reação emocional e a consciência emocional, correspondentes às emoções e aos sentimentos, respectivamente. Apesar de serem muitas vezes utilizados como sinônimos, emoções e sentimentos não podem ser assim definidos ou enquadrados porque acionam circuitos cerebrais diferentes.⁶³

Com efeito, emoção é uma espécie de programa que existe no nosso cérebro e faz o corpo reagir de uma forma eficiente, sem perder tempo, frente a uma necessidade imediata de sobrevivência, de “forma objetiva”⁶⁴. Por causa de estímulos externos, em átomos de segundo, o nosso organismo libera certos hormônios, sinapses neurais são desencadeadas e há a movimentação dos músculos, coração, pulmões e outros órgãos ou membros, de forma involuntária⁶⁵. Essas reações emocionais são percebidas pelos outros porque são

conhecimento de si. Original publicado em inglês em 1999. Trad. Laura Teixeira Motta. Rev. Téc. Luiz Henrique Martins Castro. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015; DAMÁSIO, António Rosa. **E o cérebro criou o Homem**. Trad. Laura Teixeira Motta. 2. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011; dentre outros.

⁶¹ Por exemplo, Elliot precisava de um diagnóstico mais preciso sobre a doença que o levou ao afastamento do trabalho, pois era coerente, inteligente, um bom trabalhador, marido e pai. Após sentir dores de cabeça fortes, diagnosticaram-no com um tumor no cérebro do tamanho de uma pequena laranja que, posteriormente, foi removido, juntamente com o tecido do lobo frontal danificado, por uma excelente equipe médica. A inteligência, a capacidade de locomoção e a fala não sofreram alterações; contudo, Elliot começou a desenvolver comportamentos inadequados no trabalho, que o levou à perda do emprego. Perambulou por diversas atividades e houve mudanças no ambiente familiar por causa da sua falta de insensatez. Houve a recusa dos pagamentos da Previdência Social referentes à invalidez, momento em que António Damásio foi consultado sobre o caso e, conforme as conclusões do seu relatório, opinou pelo restabelecimento da pensão, visto que a lesão havia afetado a forma de se relacionar no mundo. DAMÁSIO, António Rosa. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Original publicado em inglês em 1994. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pp. 61-62.

⁶² Phineas Gage era capataz de uma construção civil, sendo considerado o homem mais eficiente e capaz. Aos 25 anos, no ano de 1848, sofreu um acidente do trabalho em razão de uma detonação mal executada, que projetou uma barra de ferro pela face esquerda, trespassando a base do crânio e saindo pelo topo da cabeça. Depois da sua recuperação, passou a apresentar problemas de personalidade em virtude da lesão cerebral, levando-o à perda do emprego. Trabalhou em diversos locais, virou atração de circo, mostrando a ferida e a barra de ferro, e veio a falecer em 1861, com 38 anos de idade, após uma série de convulsões. O crânio e a barra foram guardados em um museu e diversos cientistas atribuíram a sua mudança de comportamento à região afetada no cérebro. *Ibidem*, pp. 31-32.

⁶³ *Ibidem*, pp. 109-111.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 156-172.

⁶⁵ À sua época, William James vinculava a mente e o corpo de tal maneira que não haveria separação, funcionando em perfeita sintonia e como partes de um sistema único integrado. “*Every emotion has its 'expression' of quick breathing, palpitating heart, flushed face, or the like. The expression gives rise to bodily feelings; and the emotion is thus necessarily and invariably accompanied by these bodily feelings. The*

comportamentais e estão no plano factual, como no caso da lágrima, que pode ser a materialização física de um sentimento de tristeza, raiva ou felicidade intensa.

A emoção não gera interpretação do objeto sentido (como o medo, que provoca reações físicas imediatas e perceptíveis aos outros). É um processo automático que ocorre com a ativação das “amígdalas corticais” e é fisiológico e experimentável, sendo objeto de estudo das ciências que buscam entender o comportamento humano e o “sistema límbico”⁶⁶. Jamais poderemos controlar ou racionalizar as emoções porque as reações poderão ocorrer abaixo da nossa linha de percepção, independentemente de o estímulo ser real ou mental. Conforme Harari⁶⁷, emoções são “algoritmos bioquímicos vitais” para a nossa sobrevivência e reprodução e “[...] não se trata de uma qualidade exclusivamente humana, pois são comuns a todos os mamíferos, assim como a todas as aves e provavelmente a alguns répteis e peixes.”

Os sentimentos, por sua vez, possuem “caráter subjetivo” porque só nós sabemos o que, de fato, estamos sentindo (como a ansiedade, sentimento decorrente do medo e que se alonga no tempo). Sentir é um processo psicologicamente complexo de se perceber e está relacionado com a interpretação consciente das emoções, que se desenvolve no “córtex cerebral”⁶⁸. Contudo, este processo interpretativo é limitado e parcial, pois algumas das reações emocionais são imperceptíveis ao olho humano, necessitando de instrumentos específicos para identificá-las. Daí que os sentimentos podem ser racionalizados, pois são “[...] algoritmos mais complexos e proveem significado não somente a nossas vidas privadas, mas também a processos sociais e políticos”⁶⁹.

As emoções e os sentimentos são características intrínsecas a todos humanos e estão alocados em dispositivos cerebrais distintos, mas que influenciam o funcionamento de todo o

consequence is that it is impossible to apprehend it as a spiritual state by itself, or to analyze it away from the lower feelings in question. It is in fact impossible to prove that it exists as a distinct psychic fact.”. JAMES, William (1842-1910). **The principles of Psychology**, Adelaide, v. I, 1890, Digital Library, p. 1152. Disponível em: <<https://ebooks.adelaide.edu.au/j/james/william/principles/>>. Acesso em 18 set. 2018. William James foi citado por António Damásio na obra “O erro de Descartes”, Capítulo 7, como alguém que havia apresentado uma “hipótese verdadeiramente surpreendente sobre a natureza das emoções e dos sentimentos”, mas cuja proposta “ficou aquém da variedade e da complexidade dos fenômenos que abordou”.

⁶⁶ Damásio afirmou que, embora alguns neurocientistas resistam em reconhecer o “sistema límbico”, o termo é usado para designar diversas estruturas evolutivas antigas, sendo as principais “a circunvolução cingulada (no córtex cerebral), a amígdala (cortical) e o prosencéfalo basal (dois conjuntos de núcleos)”. DAMÁSIO, António Damásio. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Original publicado em inglês em 1994. (1 ed. 1996) Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 45.

⁶⁷ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. Original publicado em inglês em 2015. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 91.

⁶⁸ DAMÁSIO, António Rosa. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Original publicado em inglês em 1994. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pp. 172-185.

⁶⁹ HARARI, *op. cit.*, p. 233.

organismo. Diante destas características, António Damásio⁷⁰ criticou a noção dualista de René Descartes de que a mente estaria separada do cérebro e do corpo, porquanto os seres humanos, com a evolução, tornaram-se cada vez mais complexos, vindo a possibilidade de pensar e de usar símbolos e linguagens para se comunicar e expressar os pensamentos. Deste modo, afirmou que “[...] existimos e depois pensamos e só pensamos na medida em que existimos, visto o pensamento ser, na verdade, causado por estruturas e operações do ser.”⁷¹.

O erro de Descartes, por conseguinte, estaria na cisão entre mente (*res cogitans*, coisa pensante, espírito) e corpo (*res extensa*, coisa extensa, matéria): “[...] de um lado, as operações mais refinadas da mente; e de outro, a estrutura e o funcionamento do organismo biológico.”. Apesar da sua complexidade, o corpo é frágil, finito e único e se os seres humanos não conseguem enxergar a fragilidade, finitude e singularidade da existência consciente, não se sentem incentivados a fazer algo para minimizar essa tragédia e podem demonstrar menos respeito pelo valor da vida.⁷²

Em síntese, no entender de Damásio, a mente é especial, mas não pode ser separada do corpo⁷³ porque os fenômenos mentais só podem ser compreendidos se estiverem em conexão com o organismo e sua enorme variedade de circuitos cerebrais, em constante interação com o ambiente que o circunda⁷⁴.

As descobertas da Neurociência e da Psicologia Cognitiva são recentes e diversos autores começaram a fazer conexões com o Direito⁷⁵. Freitas⁷⁶, por exemplo, afirmou que

⁷⁰ DAMÁSIO, António Rosa. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Original publicado em inglês em 1994. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, pp. 278-283.

⁷¹ *Ibidem*, p. 179.

⁷² *Ibidem*, pp. 280-282.

⁷³ Entendimento citado por Juarez Freitas na seguinte passagem: “[...] não retomo, nem de longe, o menor vestígio do dualismo cartesiano. Reconheço, sem hesitar, que os sistemas interagem o tempo todo, entre si e com o ambiente, descartando qualquer ‘localizacionismo’ estrito. Mais: a velha disputa filosófica entre razão e emoção não faz sentido, nos dias que correm, em face da constatação insofismável de integração de ambas, sobretudo em zonas pré-frontais do cérebro.”. FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun. 2013, p. 227.

⁷⁴ Ratificando o seu pensamento em obra posterior, Damásio afirmou: “Dado que a mente emerge num cérebro que é parte integrante de um organismo, a mente faz parte também desse organismo. Em outras palavras, corpo, cérebro e mente são manifestações de um organismo vivo. Embora seja possível dissecar esses três aspectos de um organismo sob o microscópio da biologia, a verdade é que eles são inseparáveis durante o funcionamento normal do organismo.”. DAMÁSIO, António Rosa. **Em busca de Espinosa: prazer e dor na ciência dos sentimentos**. Original publicado em inglês em 2003. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 206 (ortografia original).

⁷⁵ Exemplificativamente: BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. (1. ed. 2007) 3. reimp., Belo Horizonte: Fórum, 2016. CARLOS, Jhonatan Samuel Peña. Neurociencia y derecho: la decisión emocional del juez en el proceso judicial. **Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis**, Peru, ano 2, n. 2, pp. 61-74, enero-diciembre 2016; FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008; PARDO, Michael S.; PATTERSON, Dennis. **Minds, brains, and law: the conceptual foundations of law and neuroscience**. New York: Oxford University Press, 2013; TARUFFO, Michele; FENOL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013. No Brasil, citamos dois

“[...] os achados sobre o funcionamento do cérebro precisam, o mais cedo possível, ser incorporados pela hermenêutica jurídica, de molde a lucidamente escrutinar aquelas predisposições conducentes a erros sistemáticos de julgamento.”. Enquanto Taruffo⁷⁷, ao evidenciar a importância destes estudos para a área processual, salientou que “[...] pode-se dizer, em essência, que é necessário ter o cérebro para pensar e querer, assim como é necessário ter um cérebro para andar, mas evidentemente não é o cérebro que caminha, e não é o cérebro, ele sozinho, que pensa ou deseja.”.

De uma certa forma, o Direito é um reflexo dos processos mentais humanos, uma vez que as leis fazem parte do arcabouço jurídico-constitucional criado por determinados indivíduos para ser aplicada pela coletividade em uma dada ordem social. Assim, para exercer a sua função primordial de regular adequadamente o convívio social, o Direito deve estar aberto à introdução de novos conceitos, uma vez que “[...] as revoluções científicas dos últimos tempos implicam em consequências sociais importantes e um significativo passo na História da humanidade”⁷⁸.

Os estudos interdisciplinares, por conseguinte, resgatam características intrínsecas do *Homo sapiens*, como uma forma mais complexa de se comunicar e de se relacionar socialmente, e são de extrema relevância para que possamos compreender as bases do

expoentes nos estudos neurocientíficos: Ivan Antônio Izquierdo é um médico e cientista argentino, naturalizado brasileiro, reconhecido pelos estudos da neurobiologia da memória e do aprendizado, com extensa produção científica, como: IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. (1. ed. 2003) 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. E Jorge Moll Neto, médico neurocientista com vasta pesquisa e publicações em periódicos norte-americanos (cuja base de dados está disponível em <<http://www.idor.org/membros/jorge-moll-neto-md-phd>>. Acesso em 18 set. 2018), reconhecido por Sam Harris como um dos neurocientistas brasileiros que possui um dos trabalhos mais completos sobre a análise comportamental dos indivíduos e a cognição moral. HARRIS, Sam. **A paisagem moral**: como a ciência pode determinar os valores humanos. Trad. Claudio Angelo, São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 94.

⁷⁶ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun. 2013, pp. 223-224.

⁷⁷ TARUFFO, Michele. Proceso y neurociencia: aspectos generales. Trad. Jordi Nieva Fenoll. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 15-24, p. 24 (citação). Tradução nossa. Original: “*Se puede decir, en esencia, que es preciso tener cerebro para pensar y querer, del mismo modo que es necesario tener cerebro para caminar, pero evidentemente no es el cerebro el que camina, y no es el cerebro, él solo, el que piensa o desea.*”. Também, Daniel Goleman atribuiu à mente emocional a capacidade de identificarmos, em instantes, situações de perigo e de reagir de forma imediata porque, se fôssemos aguardar que “[...] a mente racional tomasse uma decisão, é possível não só que houvéssemos cometido erros – também teríamos sucumbido como espécie”, visto que o modo de percepção intuitivo ou racional pode gerar julgamentos “[...] equivocados e dirigidos ao alvo errado”. GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional**: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente. Trad. Fabiano de Moraes. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 306-307.

⁷⁸ Por isso, Galicia defendeu que deve haver uma mudança nos programas e planos de estudos para a formação de juristas, pois devem ser dotados de uma visão mais ampla e integral dos papéis que lhes correspondem no mundo atual. GALICIA, René Molina. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 43-82, pp. 43 e 63 (citações).

pensamento humano.⁷⁹ Ademais, este novo conhecimento possibilita, juntamente com as demais ferramentas econômicas aqui trazidas, a ampliação do estudo de como se processa o pensamento jurídico das partes envolvidas em ações judiciais, bem como auxilia a desvelar o comportamento das partes no ajuizamento de demandas e dos juízes na solução dos conflitos, matérias a serem abordadas no segundo capítulo.

A seguir, passaremos ao exame das interações sociais entre os indivíduos.

1.1.3 A interação social dos indivíduos

A sociedade, conforme a teoria neoclássica da Economia, é vista como um conjunto de unidades atomísticas e isoladas, indivíduos e empresas, que buscam maximizar a utilidade e o lucro, respectivamente, em um mercado que tende ao equilíbrio entre a oferta e a demanda.

Canotilho afirmou que “[...] as sociedades e os indivíduos autovinculam-se através de uma Constituição a fim de resolver os problemas resultantes da racionalidade imperfeita e dos desvios das suas vontades”⁸⁰. E isso porque a assunção antecipada de uma série de restrições futuras aos comportamentos individuais se transforma em um meio em que são incorporadas considerações de longo prazo às decisões feitas no presente. A ideia de autovinculação também está presente na teoria sistêmica no momento em que se considera que a escolha de restrições conduz a um “[...] sistema social organizado que pode transcender as racionalidades parciais dos vários subsistemas conducentes a resultados danosos ou perturbadores para esses sistemas”⁸¹.

Vicente Ráo referiu que o ser humano exterioriza as suas atividades por meio das relações desenvolvidas com os seus semelhantes ou com bens, materiais ou imateriais, proporcionando meios de conservação e sobrevivência⁸², o que não significa indiferença

⁷⁹ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun. 2013, p. 224. FENOLL, Jordi Nieva. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 170-184, p. 170 (citação).

⁸⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A revisão das funções da constituição e os desafios da *governance*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia. (Orgs.) **Direito penal: fundamentos dogmáticos e políticos-criminais**. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, pp. 1347-1465, p. 1347 (citação).

⁸¹ *Ibidem*, pp. 1348-1349.

⁸² RÁO, Vicente (1892-1978). **O direito e a vida dos direitos**. (1. ed. 1952) 5. ed. Anot. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

quanto à existência de preferências individuais⁸³, desde que não destoem por completo da realidade social.

A manutenção da ordem social, portanto, depende da existência de regras que possibilitem o respeito aos direitos e imponham o cumprimento dos respectivos deveres; e, para isto, o Direito tutela a vida do homem desde antes de nascer e até depois da sua morte⁸⁴, formando-se as bases para o viver social⁸⁵:

Embora não se defina como a simples soma dos indivíduos que a formam, e, sim, como um todo orgânico dotado de ações e reações próprias, a sociedade não é um ser em sentido biológico, nem é capaz de sobreviver totalmente indiferente à sorte de seus membros, que não são seus meros instrumentos, mas a sua própria finalidade, pois a vida social é uma decorrência da natureza do homem.

Ainda, Ráo descreveu, na seguinte passagem, duas espécies de instituições⁸⁶:

[...] Existem dois tipos de instituição: as que se personalizam e as que não se personalizam. As primeiras formam as *instituições-pessoas*, ou instituições dos corpos constituídos (como o Estado, as associações, os sindicatos, etc.) nas quais o poder organizado e os atos ou manifestações de comunhão se integram interiormente na ideia de obra, de tal sorte, que, depois de haver servido como objeto da instituição corporativa, a ideia passa a ser sujeito da pessoa moral que se forma no corpo constituído. Nas segundas, que se podem denominar *instituições-coisas* (em antinomia a instituições-pessoas), o poder organizado e as manifestações de comunhão entre os membros do grupo, não se concretizam interiormente na ideia de obra; também têm contudo, existência no meio social, mas fora da ideia, mantendo-se exteriores à ideia. A regra do direito (norma), socialmente estabelecida, é uma instituição, porque, sendo, apesar de tudo, uma ideia, ela se difunde e vive no meio social, embora não gere qualquer corporação, que lhe seja própria.

Harari aduziu que é difícil a compreensão de “ordens imaginadas” porque as pessoas presumem que há apenas dois tipos de realidade: a objetiva e a subjetiva. Como realidade objetiva, o ar e a gravidade podem ser citados como exemplos, já que irão existir independentemente da crença ou do sentimento das pessoas. Por outro lado, a realidade subjetiva representa aquilo que sentimos, é a forma como interpretamos aquilo que chega até nós por meio dos cinco sentidos (tato, visão, olfato, paladar e audição) e que consideramos real, embora testes objetivos possam contradizer, pois os seres humanos podem ocultar o que estão sentindo. Contudo, Harari afirmou que existe um terceiro nível, a realidade

⁸³ Sunstein argumentou que uma democracia contemporânea não deveria cuidar conscientemente, de maneira geral e compreensiva, das almas dos seus cidadãos, suprimindo todas as preferências e crenças. SUNSTEIN, Cass Robert. Preferências e política. Original publicado em inglês em 1991. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, Trad. Plínio Dentzien, n. 1, pp. 219-254, jan./jun. 2009.

⁸⁴ RÁO, Vicente (1892-1978). **O direito e a vida dos direitos**. (1. ed. 1952) 5. ed. Anot. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 53.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 54.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 202 (ortografia e grifos originais).

intersubjetiva, que não depende das crenças e dos sentimentos individuais dos humanos, mas da comunicação entre eles, como nos exemplos do valor da moeda, das leis ou dos deuses, que podem evaporar quando as pessoas perdem a credibilidade neles.⁸⁷

Ou seja, a realidade intersubjetiva é uma “rede comum de histórias” que faz sentido para as pessoas e que, por isso, passam a compartilhar essas crenças e a acreditar nelas⁸⁸. Daí a importância das ciências humanas e sociais, que tentam compreender as decisões destas entidades intersubjetivas, que estão presentes nas imaginações compartilhadas de todos que fazem parte de uma dada sociedade⁸⁹.

Carvalho⁹⁰ referiu que, além da “intencionalidade coletiva”⁹¹ de acreditar nos objetos criados, os fatos institucionais requerem: (i) a atribuição de funções – que é a capacidade dos seres humanos de conferir significado e utilizar as ferramentas com propósitos que transcendem as suas características intrínsecas; (ii) regras reguladoras – que são destinadas a regular os comportamentos; e (iii) regras constitutivas – que instituem as regras do jogo delimitadoras do caráter institucional do objeto.

Exemplificativamente, a democracia, a forma de Estado e o próprio Poder Judiciário são opções políticas estabelecidas⁹², em regra, em textos constitucionais, que variam ao longo do tempo, seja em decorrência da vontade dos governantes, seja por causa de mudanças nos costumes e comportamentos das pessoas. Isto é, as instituições são o coletivo de experiências comuns de um grupo e servem para balizar as ações dos indivíduos no meio social, pois⁹³:

⁸⁷ HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: uma breve história do amanhã*. Original publicado em inglês em 2015. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 150.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 152.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 156.

⁹⁰ CARVALHO, Cristiano. *Teoria da decisão tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

⁹¹ Salientamos que a Neurociência continua avançando e, a partir de 2001, foram analisados os cérebros de duas pessoas vivas enquanto interagem, resultando no chamado “cérebro social”. Dos experimentos, os cientistas verificaram que existe um grande número de circuitos, projetados para que possamos nos harmonizar e interagir com o cérebro de outra pessoa. Descobriram, também, os “neurônios espelho”, que atuam como uma espécie de *wi-fi* neural para proporcionar a conexão cérebro a cérebro, visto que ativam o que nós vemos nas outras pessoas, como emoções, movimentos e intenções. Esta conexão significa que há uma conexão emocional em qualquer uma das nossas interações sociais e que estamos a todo o momento influenciando os estados cerebrais dos outros, seja em dupla, seja em grupos maiores. Os neurônios espelho também nos permitem observar as sensações e emoções dos outros, sendo que os sentimentos de compaixão e as emoções morais são essenciais do homem. GOLEMAN, Daniel. *O cérebro e a inteligência emocional: novas perspectivas*. Original publicado em inglês em 2011. Trad. Carlos Leite da Silva. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016, pp. 76-79.

⁹² De acordo com Acemoglu e Robinson: “A política é o processo pelo qual uma sociedade escolhe as regras que vão governá-la. [...] Sempre que houver conflito em torno das instituições, o que acontecerá vai depender das pessoas ou grupos que vencerem o jogo político – quem conseguir mais apoio, obtiver mais recursos e formar mais alianças eficazes. Em suma, o vencedor será determinado pela distribuição de poder político na sociedade.”. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Original publicado em inglês em 2012. Trad. Cristiana Serra. 5. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Livro digital do Kindle.

⁹³ SILVA, Vagner Luís da. Fundamentos do institucionalismo na teoria social de Thorstein Veblen. *Política & Sociedade*, Florianópolis, v. 9, n. 17, pp. 289-323, out. 2010, pp. 303-304.

O delineamento da história de uma comunidade tem por referência toda a gama de valoração instituída, sem a qual não se realiza o jogo da interação social. As expectativas e soluções, que porventura brotam dos conflitos internos à coletividade, constituem apenas o resultado daquelas condições instituídas. A biografia de uma sociedade está inequivocamente amarrada ao conjunto institucional por ela produzida ao longo do tempo.

Assim sendo, a dinâmica das instituições está relacionada com a coercitividade das suas regras e do seu poder de adaptação. Caso as instituições não estejam funcionando adequadamente, haverá a substituição por outras que, novamente, irão requerer a adaptabilidade dos indivíduos e, por conseguinte, da sociedade⁹⁴, pois o “[...] reajustamento institucional é produto que se relaciona intrinsecamente à pressão exercida pelo ambiente social”⁹⁵.

Em arremate, Supiot afirmou que o *homo juridicus* é, acima de tudo, um indivíduo que faz parte de grupos sociais⁹⁶:

Ser indivisível, ele é a partícula elementar de toda sociedade humana, partícula estável e enumerável, dotada de propriedades jurídicas constantes e uniformes. Ser único, é incomparável a qualquer outro e constitui seu próprio fim para si mesmo. É um ser completo e insular, que transcende os grupos sociais diversos e variáveis dos quais participa. A “família humana” é, por conseguinte, uma imensa irmandade, uma sociedade de iguais em que o choque dos direitos individuais se rivaliza necessariamente ao “espírito de fraternidade”.

Logo, estamos em um momento de evolução da ideia de indivíduo como um ser isolado, ensimesmado e onipotente, para um modelo que reconhece a necessidade de serem agregadas outras características, com uma análise mais sistêmica, no qual os seres são mais integrados, empáticos e limitados.

Desta maneira, da análise dos referenciais teóricos registrados até o momento, temos que a concepção de *homo economicus* foi evoluindo no tempo mediante abordagens diversificadas, mas que chegam a um resultado muito próximo da previsão de Richard Thaler de que é preciso considerar as peculiaridades do *Homo sapiens* no pensamento econômico⁹⁷.

⁹⁴ SILVA, Vagner Luís da. Fundamentos do institucionalismo na teoria social de Thorstein Veblen. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 9, n. 17, pp. 289-323, out. 2010, p. 307.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 308.

⁹⁶ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Original publicado em francês em 2005. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. 234-235.

⁹⁷ THALER, Richard H. From *homo economicus* to *Homo sapiens*. **Journal of Economic Perspectives**, New Haven, v. 14, n. 1, pp. 133-141, 2000, pp. 133-141.

Considerando que, no segundo capítulo, iremos abordar o comportamento judicial e a prolação de decisões mais satisfatórias, iremos aprofundar o estudo sobre a visão econômica da racionalidade dos indivíduos e as suas restrições⁹⁸. Diante disso, o próximo item será dividido em três partes: a hipótese da escolha racional, a racionalidade limitada e Heurística⁹⁹.

1.2 A racionalidade

O comportamento racional foi concebido como um paradigma¹⁰⁰ unificador de atuação. A racionalidade está sempre presente em todas as escolhas, das mais elementares às mais complexas, porque o processo de tomada de decisão gera uma ponderação entre custos e benefícios para optar pela alternativa que apresente maiores vantagens àquele que decide. Na concepção de Adam Smith, cada indivíduo, com a sua conduta de satisfazer as próprias necessidades, colabora para que outros copiem o comportamento, fazendo nascer o equilíbrio de mercado em um universo aparentemente caótico.¹⁰¹

De acordo com esta percepção, a racionalidade da decisão poderia ser aferida em dois momentos: (i) *ex ante* – baseada nos processos mentais de previsão; e (ii) *ex post* – comparando os resultados obtidos e os objetivos previamente definidos. Sob a ótica de qualquer um destes prismas, o objetivo seria maximizar as vantagens ou valores esperados por meio de uma função numérica de utilidade para a formulação de um conceito mais

⁹⁸ Sem a pretensão de esgotar todas as doutrinas filosóficas, sociológicas, históricas ou econômicas que tratam do assunto.

⁹⁹ O termo está em maiúsculo porque se refere ao ramo da Psicologia que estuda os processos de tomada de decisão. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 52-55.

¹⁰⁰ Um paradigma pode entrar em crise, momento em que ocorrem mudanças conceituais e procedimentais dentro de um campo do saber. A crise surge dentro da chamada ciência normal, por meio de anomalias que não se conformam no modelo tradicional de conceber o processo e o produto científico, ocorrendo a revolução e a criação de um novo paradigma. Thomas Kuhn argumentou: “E quando isto ocorre – isto é, quando os membros da profissão não podem mais esquivar-se das anomalias que subvertem a tradição existente da prática científica – então começam as investigações extraordinárias que finalmente conduzem a profissão a um novo conjunto de compromissos, a uma nova base para a prática da ciência.” E acrescentou: “O próprio fato de que, frequentemente, uma novidade científica significativa emerge simultaneamente em vários laboratórios é um índice da natureza fortemente tradicional da ciência normal, bem como da forma completa com a qual essa atividade tradicional prepara o caminho para sua própria mudança.”. KUHN, Thomas Samuel (1922-1996). **A estrutura das revoluções científicas**. Original publicado em inglês em 1962. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. Rev. Alice Kyoto Miyashiro. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 25 e 92. Pedro Demo também faz referência à necessidade de formarmos paradigmas, mesmo que estejam sujeitos à mudança: “[...] precisamos forjar certezas, não porque sejam certas, mas porque precisamos nos acalmar, e para tanto geralmente apelamos para paradigmas transcendentais e lógicos. [...] a ciência autocrítica pode flexibilizar os paradigmas, porque apreende neles não só o lado da tranquilização institucional, mas igualmente a face negativa deles, quando resistem à mudança e colocam os métodos e teorias acima da realidade.”. DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento**: interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 31.

¹⁰¹ FREIRE, Paula Vaz. O comportamento econômico e o imperialismo da Economia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLIII, n. 01, pp. 417-428, 2002, pp. 417-418.

abrangente, capaz de constituir um padrão comum de decisões coletivas com uma abstração do comportamento racional perfeito.¹⁰²

Neste sentido, pensadores neoclássicos encontraram respostas a essas inquietações na “teoria da utilidade esperada”¹⁰³ de Jon von Neumann (1903-1957) e Oskar Morgenstern (1902-1977), também conhecida como a “racionalidade substantiva” do *homo economicus*, cujas ações são descritas como a busca individual da maximização do seu próprio interesse, resultando naquilo que se chama “decisão ótima”¹⁰⁴, partindo-se de um cálculo de utilidade de cada resultado possível. Esta ideia implica que o termo racionalidade possuiria somente semântica lexical sobre “o que é decidido”, sendo que a representação social dos padrões das escolhas individuais está descrita na “hipótese da escolha racional”.¹⁰⁵

De outro lado, teóricos institucionalistas¹⁰⁶ constataram que esta concepção foi útil em um primeiro momento para entender a ligação entre as regras jurídicas e a sociedade, devendo o conceito avançar no seu aspecto ontológico, no sentido de “como são tomadas as decisões”. A partir das interações multidisciplinares, estes estudiosos revelaram que a análise dos processos decisórios se mostra muitas vezes incompatível com as premissas da escolha racional, sendo necessário um novo paradigma. Portanto, considerando as limitações do ser humano e do meio ambiente em que vive, deficiências e desvios nas referidas previsões começaram a apontar para a necessidade de qualificar a racionalidade, aumentando as hipóteses em que as decisões também poderiam ser consideradas racionais.

Dessa maneira, pensamos que se revela importante diferenciar os dois posicionamentos econômicos, marcados por pressupostos metodológicos diferenciados. Primeiramente, partiremos do artigo elaborado por Korobkin e Ulen, onde é possível descrever os principais aspectos e críticas à hipótese da escolha racional. Na sequência, descreveremos a teoria da racionalidade limitada, com a retomada das propostas de Herbert Simon e a ampliação dos conceitos a partir de estudos teóricos e empíricos, que apontam para

¹⁰² FREIRE, Paula Vaz. O comportamento económico e o imperialismo da Economia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLIII, n. 01, pp. 417-428, 2002, p. 418.

¹⁰³ CUSINATO, Rafael Tiecher; PORTO JÚNIOR, Sabino. **A teoria da decisão sob incerteza e a hipótese da utilidade esperada**. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/fce/wpcontent/uploads/2017/02/TD11_2004_cusinato_portojr.pdf>. Acesso em 07 mai. 2018.

¹⁰⁴ MORGAN, Mary Susanna. The character of “rational Economic Man”. **Economic History working papers**, London, n. 34/96, 1996. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/22412/1/34_96.pdf>. Acesso em 05 out. 2018.

¹⁰⁵ A contribuição de John Forbes Nash Jr. (1928-2015), ao distinguir os “jogos cooperativos” dos “jogos não cooperativos”, também foi muito importante para o pensamento econômico. Nash foi laureado com o Prêmio de Economia em Memória de Alfred Nobel no ano de 1994, por apresentar os princípios matemáticos essenciais da teoria dos jogos não cooperativos e de equilíbrio não cooperativo. Para mais informações sobre a biografia e a obra de John Nash, ver: FREIRE, *op. cit.*, pp. 421-422; GARCIA, Humberto Martínez. John Forbes Nash, Jr. (1928-2015). **Economia Informa**, México, n. 397, pp. 139-145, mar./abr. 2016.

¹⁰⁶ A partir de Veblen, como já referido na nota de rodapé 26.

dois caminhos que podem nos levar a compreender os processos decisórios: a teoria de duplo processo (heurísticas e vieses) e a teoria de simples processo (heurísticas rápidas e frugais).

Com isso, pretendemos trazer algumas luzes sobre estudos que vem sendo desenvolvidos em outros países e que podem facilitar a compreensão dos nossos processos decisórios, com as possíveis e imprescindíveis adequações ao nosso sistema jurídico.

1.2.1 A hipótese da escolha racional

Os postulados fundamentais da hipótese da escolha racional são, conforme Cooter e Ulen¹⁰⁷: (i) os indivíduos são autointeressados e possuem o intuito de maximizar a sua utilidade em um ambiente com recursos limitados; (ii) os indivíduos realizam escolhas consistentes, conforme informações que possuem; e (iii) os indivíduos respondem a incentivos. A hipótese baseia-se, por conseguinte, nas preferências resultantes da conduta do indivíduo, sem haver questionamentos quanto aos motivos ou gostos pessoais, com base na ideia de que, na média, as pessoas se comportam racionalmente.

Nessa perspectiva, o conceito de eficiência está relacionado com a melhor utilização dos recursos para atingir um objetivo, ou seja, a coerência dos meios (humanos e financeiros) em relação aos fins visados, traduzindo-se no emprego de esforços (meios) para a obtenção de um máximo de resultados (fins).¹⁰⁸

Em suma, a “[...] escolha racional constitui-se como uma corrente que utiliza a lógica dedutiva de análise, cuja premissa básica são instituições compostas por atores individuais que tomam decisões e agem a partir de escolhas e interesses pessoais”¹⁰⁹.

Sem embargo, Korobkin e Ulen¹¹⁰ afirmaram que não há uma definição precisa do que seja exatamente a “hipótese da escolha racional”, embora esteja disseminado entre os defensores de Análise Econômica do Direito que as pessoas, em regra, agem racionalmente. Essa presunção, segundo os autores, é mais implícita do que explícita porque raramente se

¹⁰⁷ Sobre as críticas à teoria: “*This theory of decision making is called rational choice theory and has served the economics profession well over the past 60 or more years in theorizing about how people make explicitly economic decisions. But rational choice theory has been under attack over the past 30 years or so.*”. COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. (1. ed. 1992) 6. ed., New York: Addison Wesley, 2011, pp. 11-14 e 50.

¹⁰⁸ GOMES, João Salis. Governança, políticas públicas e direito: uma perspectiva integrada de avaliação. **Revista de Administração e Emprego Público**, Lisboa, n. 3, pp. 111-131, 2016, p. 126.

¹⁰⁹ FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os estudos históricos comparados. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, São Paulo, n. 53, pp.79-102, 1. semestre de 2002, p. 80.

¹¹⁰ KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: removing the rationality assumption from Law and Economics. **California Law Review**, Berkeley, v. 88, issue 4, art. 1, pp. 1051-1144, 2000, pp. 1060-1061.

discute na literatura jurídica o que viria a ser o comportamento racional, o que requer a ampliação dos estudos empíricos para se tentar buscar um sentido às variações comportamentais do ser humano.

Apesar disto, argumentaram que a escolha racional poderia ser dividida em quatro eixos¹¹¹: duas concepções atenuadas – finalística e utilidade esperada; e duas concepções densas – autointeresse e maximização da riqueza. Nas concepções atenuadas, é relativamente fácil que o comportamento das pessoas seja consistente com a hipótese da escolha racional; enquanto que, para as concepções densas, existem mais testes empíricos aferindo as previsões comportamentais e falseando a ideia de que a escolha possa ser racional.

A versão mais atenuada da escolha racional é a finalística¹¹², em que o sujeito escolhe os melhores meios para maximizar os seus fins; porém, os meios e os fins são definidos com a observação do próprio comportamento em si. A outra versão atenuada, nominada de utilidade esperada¹¹³, não explica quais preferências ou objetivos a pessoa irá perseguir e, por isso, está fora do problema da maximização. Ainda assim, é considerada menos atenuada do que a finalística porque não há uma explicação de quais os meios serão utilizados, especialmente em situações de incerteza. O indivíduo, ao tomar a decisão, faz uma análise do custo-benefício, de forma implícita ou explícita, com o objetivo de encontrar o melhor método de atingir seus interesses. Caso não haja a maximização dos benefícios e não sejam observadas as condições de comensarubidade, transitividade, invariância, cancelamento e dominância¹¹⁴, terá sido violada a previsão comportamental de utilidade esperada da escolha racional.

Assim, é possível testar as previsões do modelo de utilidade esperada, ao menos em um certo nível, visto que as pessoas tomam decisões, geralmente, analisando três possibilidades de se enfrentar o risco, de acordo com suas escolhas: (i) alguns são avessos ao risco, pois preferem a certeza à incerteza do resultado; (ii) outros são neutros, ou seja, agem

¹¹¹ KOROBKIN e ULEN adotaram a dicotomia de concepções atenuadas e densas de Donald P. Green e Ian Shapiro. KOROBKIN, Russel; ULEN, Thomas. **Pathologies of Rational Choice Theory: a critique of applications in Political Science**. New Haven: Yale Press University, 1994.

¹¹² KOROBKIN, Russel; ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: removing the rationality assumption from Law and Economics. **California Law Review**, vol. 88, issue 4, article 1, pp. 1051-1144, Berkeley: University of California, 2000, pp. 1061-1062.

¹¹³ *Ibidem*, pp. 1062-1064.

¹¹⁴ Seguem as explicações sobre cada condição: “(1) *Commensurability*: actors should be able to compare the utility consequences of all alternatives to each other; (2) *Transitivity*: if an actor prefers choice A to choice B and choice B to choice C, he should then prefer choice A to choice C; (3) *Invariance*: the preference between two or more choices should not depend on how the choice is presented or structured, so long as the outcome possibilities are constant; (4) *Cancellation*: a choice between options should not depend on features of the options that are identical; and (5) *Dominance*: an actor should never choose an option in which every feature is only as good as the features of a competing option, and at least one feature is not as good.”. *Ibidem*, p. 1064.

de forma indiferente entre a certeza e a incerteza; e (iii) há indivíduos que preferem arriscar em algo incerto a confiar no que já está estabelecido como certo.

Dentre as concepções densas da escolha racional, a versão mais tênue é a chamada de autointeresse¹¹⁵, que prevê comportamentos subjetivos, voltados não apenas aos procedimentos sobre como decidir, mas também sobre as punições que as pessoas podem receber. Os defensores da escolha racional afirmam que é considerado, adicionalmente, o bem-estar dos outros, mas esta afirmação contradiz a própria noção de interesse próprio em que são pensados os benefícios individuais, sem considerar a coletividade. E, finalmente, a versão mais densa da teoria é a maximização da riqueza¹¹⁶, em que os indivíduos sempre agem para aumentar o seu próprio acervo financeiro.

Considerando estas quatro concepções, outra linha de pesquisa com base em estudos teóricos e empíricos, desenvolvida especialmente por parte de pensadores mais voltados ao institucionalismo, tem entendido como inadequado prever comportamentos futuros, havendo a falta de plausibilidade das previsões. E isso porque as pessoas tendem a fazer as suas escolhas com base em preferências e heurísticas, o que conduz a uma racionalidade limitada resultante dos altos custos de processamento das informações e/ou das limitações cognitivas dos seres humanos. Adicionalmente, as decisões são afetadas por escolhas em que se prefere manter o *status quo*, com a análise da consistência ou não dos hábitos e tradições e da distância temporal entre os efeitos das regras.¹¹⁷

As limitações à racionalidade foram inicialmente identificadas por Herbert Simon, cujo trabalho vem sendo citado em diversas obras contemporâneas¹¹⁸, inclusive por Korobkin e Ulen, uma vez que pesquisadores de diversas áreas passaram a observar o comportamento humano com o objetivo de entender como e por que as pessoas fazem as suas escolhas e quais reflexos são reproduzidos no Direito, na Administração e na Economia, por exemplo.

¹¹⁵ KOROBKIN, Russell; ULEN, Thomas. Law and Behavioral Science: removing the rationality assumption from Law and Economics. **California Law Review**, Berkeley, v. 88, issue 4, art. 1, pp. 1051-1144, 2000, pp. 1064-1065.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 1066.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 1069-1070.

¹¹⁸ Citamos apenas algumas obras neste sentido: ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. (1. ed. 2002) 3. ed. (4. reimp. da ed. fev. 2005), Coimbra: Almedina, 2014, pp. 31-37; GUERRA, Sandra. **A caixa-preta da governança**. Rio de Janeiro: Best Business, 2017, pp. 207-208; SANTOLIM, Cesar. *Behavioral Law & Economics* e a teoria dos contratos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB**, Lisboa, ano 01, n. 03, pp. 407-430, 2015. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0407_0430.pdf>. Acesso em 14 set. 2017. SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Original publicado em inglês em 2009. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, pp. 209-227; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 79-94.

No nosso pensar, as divergências existem porque as bases metodológicas e científicas das duas formas de analisar as decisões são diferentes. Uma teoria não anula a outra, ao contrário, trazem respostas únicas e complementares ao exame do processo decisório em duas etapas: (i) “como é decidido”, fase em que são examinadas as influências, internas e externas, nas decisões, que condicionam e limitam a racionalidade; e (ii) “o que é decidido”, fase passível de cálculo e que indica se a escolha pode ser apresentada por meio de uma função de utilidade.

1.2.2 A racionalidade limitada

Herbert Simon¹¹⁹ foi o primeiro economista a tratar dos termos racionalidade limitada (*bounded rationality*) e satisfação (*satisficing*), como uma forma de relativizar o conceito de eficiência, já que a tomada de decisão possui limitações de tempo, informação e conhecimento humano¹²⁰. Satisfazer ou ser suficiente significa que o indivíduo escolheu a alternativa que oferece um resultado bom o suficiente para gerar o seu bem-estar¹²¹; contrastando, portanto, com a ideia de que ele deve otimizar e envidar esforços até encontrar a decisão ótima que maximize a sua utilidade.

Simon afirmou que “[...] as ciências sociais sofrem de esquizofrenia aguda no que tange ao tratamento dispensado à racionalidade”¹²². De um lado, estariam os economistas atribuindo ao homem econômico uma racionalidade absoluta; e, no outro, os psicólogos sociais, influenciados por Sigmund Freud (1856-1939), demonstrando que as pessoas são menos racionais do que gostariam de se imaginar. Assim, o homem tem a intenção de ser

¹¹⁹ SIMON, Herbert Alexander (1916-2001). **Administrative behavior**: a study of decision-making processes in administrative organization. 1. ed. New York: The Macmillan Company, 1947. Após uma década, foi publicada a segunda edição revisada (1957). No Brasil, a tradução da primeira edição ocorreu em 1965, com o título “Comportamento Administrativo: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas”, enquanto a segunda edição foi lançada cinco anos depois, no ano de 1970.

¹²⁰ Pedro Demo afirmou: “O senso comum não é crítico, porque é constituído para confirmar, não para contestar relações sociais. [...]. Conhecimento é fenômeno limitado, porque é produto de ser limitado, mas não reconhece limites: a tudo contesta.”. DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento**: interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 19.

¹²¹ Neste mesmo sentido: “A nonmaximizing response to uncertainty or bounded rationality is satisficing, in which a decisionmaker searches among options or choices until, but only until, one is found that meets some preset aspiration level – until, but only until, the choice is ‘good enough’.”. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, pp. 176-177.

¹²² Na introdução à segunda edição da sua obra seminal.

racional, em que pese de forma limitada, se for observado o seu comportamento dentro de uma organização ou perante os outros seres humanos.¹²³

O autor lançou dúvidas sobre o modelo tradicional econômico, questionando se o comportamento do homem “é” ou “deveria ser” racional, já que a racionalidade econômica precisa ser compatibilizada com o acesso à informação, as capacidades computacionais e as características ambientais das organizações, em que o homem está inserido. Para isto, buscou na Psicologia as respostas às suas perguntas, enfrentando a distância entre esta área e as teorias econômicas e administrativas, objetivando ampliar a racionalidade a uma maior gama de comportamentos humanos.

Como, naquele momento, existiam poucos estudos empíricos sobre os processos decisórios, que seriam exigidos para uma teoria definitiva, os casos difíceis foram utilizados por Simon de uma forma assistemática e não rigorosa, pois, como referiu, todos nós sabemos das características da escolha humana ou do ambiente em que elas ocorrem, o que lhe levou a chamar de “teoria sobre a natureza do homem e seu mundo”.¹²⁴

Dentre as mais comuns restrições, que não são objeto de cálculo racional, está o amplo espectro de alternativas abertas para escolher, pois as relações que determinam os *pay-offs* (jogadas) representam uma função da alternativa escolhida e a ordem de preferências entre eles. A eficiência, que deveria ser uma espécie de referência ao modelo tradicional, não oferece muitas pistas de como o homem precisa proceder para definir qual, dentre as opções, é a mais eficiente à sua tomada de decisão.

Ainda, Herbert Simon¹²⁵ afirmou que a teoria baseada no ótimo não é uma boa teoria normativa porque não prevê as regras de conduta que poderiam melhorar a eficiência das decisões, já que não se sabe ao certo quanto falta para alcançar o ótimo, podendo haver soluções que sejam apenas melhores do que outras. Nem sempre a eficiência pode ser definida como sinônimo de diminuição de despesas, assim como pode não haver uma subordinação entre meios e fins.

As pessoas devem levar em consideração os efeitos diretos e indiretos das suas decisões, mesmo que haja limitação de tempo ou de recursos, dentre eles os cognitivos, organizacionais, financeiros e computacionais. Por exemplo, o comandante de um corpo de bombeiros não pode ignorar a possibilidade de acidentes ao fixar a velocidade com que os

¹²³ SIMON, Herbert Alexander. **Comportamento administrativo**: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas. Original publicado em inglês em 1947. Trad. Aluizio Loureiro Pinto. 2. ed. rev. (1970). 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971, pp. XXI-XXII.

¹²⁴ SIMON, Herbert Alexander. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 69, n. 1, pp. 99-118, fev. 1955, p. 100.

¹²⁵ SIMON, 1971, *op. cit.*, pp. 191-192.

veículos devem responder aos alarmes de incêndio; assim como o administrador de uma biblioteca pública deve empregar os recursos limitados de que dispõe para formar uma coleção tão boa quanto possível, já que seria improvável a aquisição de todos os livros de uma determinada matéria.¹²⁶

Simon propôs diversos questionamentos e chegou à conclusão de que a melhor forma de definir a racionalidade seria pela dedução do contexto em que inserida, com o acréscimo de um advérbio qualificativo¹²⁷. Além disso, o autor afirmou que o comportamento real não alcança a racionalidade objetiva porque, caso contrário, teria de haver um conhecimento completo e inalcançável de todas as consequências exatas de cada escolha. Como esse conhecimento pertence ao futuro, a falta de experiência leva as pessoas a imaginarem os resultados e a antecipá-los de modo imperfeito, já que a racionalidade pressupõe que se saiba quais são os possíveis tipos de comportamentos alternativos¹²⁸.

A partir de 1952, Simon foi contratado como consultor da *Research AND Development (RAND) Corporation* e o escopo da sua pesquisa foi alterada, passando da teoria organizacional para a ciência cognitiva e a inteligência artificial¹²⁹. Houve uma revisão no pensamento de Simon, que ocorreu especialmente em virtude da publicação do artigo “*A behavioral model of rational choice*”, em 1955¹³⁰, com críticas ao postulado da teoria tradicional do homem econômico e do seu irmão, o homem administrativo. Passou, então, a entender que o indivíduo deve deter o conhecimento de todos os aspectos relevantes do seu meio ambiente e possuir um sistema de preferências bem organizado e estável, com a habilidade de calcular qual seria a alternativa que lhe permitiria alcançar o maior grau possível dentro da sua escala de prioridades para atingir o resultado mais próximo do ótimo.

¹²⁶ SIMON, Herbert Alexander. **Comportamento administrativo**: estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas. Original publicado em inglês em 1947. Trad. Aluizio Loureiro Pinto. 2. ed. rev. (1970). 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971, pp. 194-195.

¹²⁷ Conforme Herbert Simon: “[...] uma decisão pode ser objetivamente racional se representa de fato o comportamento correto para maximizar certos valores numa dada situação. É subjetivamente racional se maximiza a realização com referência ao conhecimento real do assunto. É conscientemente racional na medida em que o ajustamento dos meios aos fins visados constitui um processo consciente. É deliberadamente racional na medida em que a adequação dos meios aos fins tenha sido deliberadamente provocada (pelo indivíduo ou pela organização). Uma decisão é organizativamente racional se for orientada no sentido dos objetivos da organização; é pessoalmente racional se visar os objetivos do indivíduo. A partir desse ponto, o vocábulo racional será sempre qualificado por êsses advérbios, a menos que o sentido seja facilmente deduzido do contexto.”. *Ibidem*, pp. 79-80 (ortografia original).

¹²⁸ *Ibidem*, pp. 82-88.

¹²⁹ A biografia de Herbert Simon foi amplamente descrita por: BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações**: um estudo do comportamento econômico na obra de Herbert Simon. Prefácio de Ana Maria Bianchi. São Paulo: Ed. do Autor, 2016. Disponível em: <<https://gustavo.barros.nom.br/publicacoes/racionalidade-e-organizacoes/>>. Acesso em 14 set. 2017.

¹³⁰ SIMON, Herbert Alexander. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Econommmics**, Oxford, v. 69, n. 1, pp. 99-118, fev. 1955, pp. 99-100.

Na concepção original, a racionalidade limitada baseava-se em aspectos negativos do processo decisório; contudo, com as novas experiências e estudos desenvolvidos, Simon diferenciou os conceitos de racionalidade substantiva e racionalidade procedimental¹³¹, em uma tentativa de incorporar aspectos positivos à racionalidade limitada, apresentando distinções na forma como a Economia e a Psicologia analisavam os processos decisórios das pessoas.

No tocante à Economia, Simon traçou duas presunções centrais¹³²: o agente tem o objetivo de maximizar a utilidade ou o lucro e é substantivamente racional. Em razão disso, as análises econômicas descritivas ou normativas seriam feitas a partir de ferramentas padrão, sendo irrelevante a literatura acerca dos processos cognitivos de escolha humana. Diante dessa perspectiva, Simon classificou a racionalidade como substantiva, visto que o importante é o resultado teleológico, ou seja, qual decisão foi adotada para alcançar um fim.

De outro lado, para a Psicologia, a racionalidade é procedimental porque depende do resultado do processo deliberativo do agente, daquilo que está em sua mente. Por conseguinte, Simon afirmou que “[...] as tendências comportamentais são descritas como ‘irracionais’ na Psicologia quando representam respostas impulsivas aos mecanismos afetivos sem uma adequada intervenção do pensamento”¹³³. Isso significa dizer que o foco está em como se dá a decisão, devendo ser analisados quais processos cognitivos e intelectivos estão envolvidos para que se estabeleça determinado comportamento, em uma relação de causa e efeito.¹³⁴

Segundo March e Simon¹³⁵, os indivíduos não sabem ao certo se a opção escolhida é a melhor, especialmente por não deterem o conhecimento de todas as consequências da decisão tomada, sendo aí que reside o aspecto de *satisficing*. Esta concepção é utilizada para explicar o comportamento dos indivíduos com base na seleção e descoberta de alternativas que promovam um certo grau de satisfação no momento em que se decide, sem saber se é, de fato,

¹³¹ SIMON, Herbert Alexander. From substantive rationality to procedural rationality. In: HAHN, F.; HOLLS, M. (Eds.). **Philosophy and Economic Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1976, pp. 65-86.

¹³² *Ibidem*, p. 66.

¹³³ *Ibidem*, p. 67.

¹³⁴ Embora existam diferenças entre as abordagens de Thomas Kuhn e Herbert Simon, os dois autores se contrapuseram às concepções formais da racionalidade, que associam a escolha racional a algum algoritmo abstrato e universal, reduzindo o processo de decisão a um conjunto de operações lógicas. Alternativamente, desenvolveram noções de racionalidade aplicáveis a situações decisórias mal estruturadas, considerando que os indivíduos não conseguem inferir dedutivamente uma única linha de ação a partir dos parâmetros dos problemas decisórios. Existem pontos em comum nos seus conceitos porque partem de dois pressupostos: “[...] (i) a racionalidade das crenças, escolhas e comportamentos está assentada em atividades e práticas sociais específicas, e (ii) essas atividades e práticas evoluem no tempo histórico”. PONDÉ, João Luiz. Racionalidade, incomensurabilidade e história: um diálogo entre as obras de Herbert Simon e Thomas Kuhn, **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 27, n. 3, pp. 443-476, 2017. Disponível em: <<https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2836/2173>>. Acesso em 28 set. 2018.

¹³⁵ MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert Alexander (1916-2001). **Teoria das organizações**. Colaboração Harold Guetzkow. Trad. Hugo Wahrlich. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 198.

a “decisão ótima”. É possível que alguns busquem o ótimo, baseados na premissa de *homo economicus*; mas, para isto, são necessários processos decisórios muito mais complexos, algo que não é muito comum para grande parte dos indivíduos.

Portanto, a racionalidade deve compreender o conhecimento necessário para atingir a satisfação obtida a partir da incerteza, das regras ambientais e das metas e habilidades cognitivas dos indivíduos, como depreendemos da seguinte passagem¹³⁶:

[...] racionalidade limitada é caracterizada como uma categoria residual – a racionalidade é limitada quando lhe falta onisciência. E as faltas de onisciência são fruto, principalmente, de falhas no conhecimento das alternativas, incerteza a respeito de eventos exógenos relevantes e inabilidade no cálculo de suas conseqüências. Havia necessidade de uma caracterização mais positiva e formal, dos mecanismos de escolha em condições de racionalidade limitada. [...]. Dois conceitos são fundamentais para a caracterização: busca e satisfazimento. Se as alternativas de escolha não são fornecidas, inicialmente, ao agente decisório, então ele deve iniciar um processo de busca de alternativas. Portanto, a teoria da racionalidade limitada deve incorporar uma teoria de busca.

No ano de 1978, Herbert Simon ganhou o Prêmio de Economia em Memória de Alfred Nobel, o que lhe causou surpresa. Muitos economistas de renome ficaram consternados, já que a ideia de racionalidade limitada não parecia tão atrativa quanto as certezas da economia neoclássica, somando-se ao fato de que os conceitos não haviam sido testados de forma empírica.¹³⁷

Contudo, a partir da década de 90 do Século XX, doutrinadores¹³⁸ começaram a utilizar uma forma ou outra de limitação da racionalidade e partiram para estudos empíricos, sendo utilizada a expressão *bounded rationality* para explicar o fato de que o ser humano decide sob a influência de aspectos que, muitas vezes, desconhece. Na interpretação de Amartya Sen¹³⁹, a expressão “racionalidade limitada” significa¹⁴⁰:

[...] a possibilidade de as pessoas não considerarem escolhas totalmente racionais em todos os casos devido a sua incapacidade de ser suficientemente focadas, ou adequadamente firmes ou atentas, para buscar e utilizar as informações que seriam necessárias para exercitarem completamente a racionalidade. Vários trabalhos empíricos têm acrescentado evidências de que o comportamento real das pessoas

¹³⁶ SIMON, Herbert Alexander (1916-2001). A racionalidade do processo decisório em empresas. **Edições Multiplic**, v. 1, n. 1, pp. 25-60, 1980 (ortografia original). Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000247&pid=S0101-416120070004000080_0030&lng=pt>. Acesso em 10 jul. 2018.

¹³⁷ SENT, Esther-Mirjam. Game theorists versus Herbert Simon: playing games with bounded rationality. **Journal of Economic Behavior & Organization**, Holanda, v. 44, pp. 120-143, jan. 2001.

¹³⁸ Algumas referências foram citadas na Nota de Rodapé nº 118.

¹³⁹ Laureado com o Prêmio de Economia em Memória de Alfred Nobel no ano de 1998, devido ao seu trabalho em economia do bem-estar.

¹⁴⁰ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Original publicado em inglês em 2009. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 209.

pode afastar-se da maximização completa de suas metas e objetivos. Há boa comprovação – vigorosamente mostrada, por exemplo, por Kahneman, Slovik e Tversky – de que as pessoas podem não compreender de forma adequada a natureza das incertezas envolvidas na decisão sobre o que cabe esperar em cada caso específico, com base nas evidências disponíveis.

Sen afirmou que, muitas vezes, ocorre a fraqueza de vontade, chamada pelos antigos filósofos gregos como *akrasia*¹⁴¹, em que as pessoas sabem qual é a forma racional de agir e, ainda assim, não agem desta forma¹⁴². Com efeito, o comportamento real pode estar “[...] baseado na falha em ver as razões subjacentes às escolhas particulares, mesmo quando essas razões existem e são bastante convincentes [...]”¹⁴³, pois é possível o envolvimento de aspectos emocionais e/ou instintivos na eleição dos meios para o alcance dos fins¹⁴⁴ (conforme vimos no subitem 1.1.2).

Fernando Araújo relacionou a limitação da racionalidade à falta de tempo ou de informações completas ou certas, situações estas que geram um desequilíbrio na forma como satisfazemos nossas necessidades¹⁴⁵:

Essa ideia de “racionalidade limitada” assenta na já referida constatação de que o tempo é limitado, é um bem escasso e custoso, seja quando se pretende adquirir informação completa, seja quando se visa prestar atenção adequada à informação de que se dispõe, seja ainda quando se trata de desenvolver um plano de otimização com base na informação disponível – pois o tempo que se dedicaria a esses esforços otimizados seria, de modo muito pouco eficiente, sonogado à resolução de problemas não menos urgentes, deixando-nos marginalmente desequilibrados na satisfação de todos os nossos interesses.

Araújo aduziu que é necessário o aprofundamento da economia da conduta, para encontrar denominadores comuns e previsíveis quando há falha na racionalidade, que pode

¹⁴¹ SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Original publicado em inglês em 2009. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 210.

¹⁴² Por exemplo, um diabético sabe das suas limitações em relação à glicose e, ao passar por uma loja de doces, não resiste à tentação e acredita sinceramente que comer apenas uma das guloseimas à base de açúcar não lhe ocasionará mal algum, mas esta atitude pode vir a ser-lhe fatal se não tiver atendimento médico tempestivo.

¹⁴³ SEN, *op. cit.*, p. 211.

¹⁴⁴ O ser humano pode estar sujeito a mais de uma alternativa que possa ser considerada racional. As vias expressas, por exemplo, possibilitam um tráfego mais rápido do que estradas vicinais, gastando-se menos combustível; contudo, alguém poderia preferir dirigir pela via lateral para não pagar pedágio ou porque a velocidade mais baixa minimizaria a possibilidade de acidentes mais graves causados pela negligência, imprudência ou imperícia dos motoristas. Os dois meios são válidos e atingem a finalidade de levar o condutor até o seu destino, sendo difícil dizer qual é a escolha mais eficiente sem a tradução em cálculos matemáticos. Por isso, a ideia de satisfação simplifica a análise porque qualquer um dos meios atinge o fim desejado, não havendo necessidade de gastar mais energia em busca da explicação.

¹⁴⁵ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. (1. ed. 2002) 3. ed. (4. reimp. da ed. fev. 2005), Coimbra: Almedina, 2014, p. 32 (ortografia original). O autor também afirmou que: “A consciência das limitações da razão não é um obstáculo ao conhecimento, não é um ‘mal radical’ a prometer as trevas; é pelo contrário a via para uma consolidação purgatória – a via para a reflexão sobre as condições legitimadoras da metodologia de aquisição do saber jurídico.” ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade**. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 687 (ortografia original).

gerar erros sistêmicos ou desvios aos padrões previsíveis de conduta racional considerados como médios. Afirmou, também, que é necessária a aproximação da Economia e da Psicologia porque há um “[...] progressivo abandono do pressuposto da racionalidade ilimitada na modelação económica, tornando-se reflexo da crescente literatura sobre erros, desvios, distorções ‘heurísticas’ a condicionarem o uso da racionalidade nas escolhas.”¹⁴⁶. E isso em razão de haver cada vez mais provas das limitações do raciocínio humano em virtude da influência dos condicionamentos pessoais.

É inegável a contribuição de Simon para o estudo das decisões humanas e por seus esforços em qualificar a racionalidade, trazendo conceitos de diversas áreas a fim de entender as falhas e as limitações dos processos de escolha. Porém, também é inegável que a sociedade se tornou mais complicada, sendo necessária a ampliação e a atualização do conhecimento comportamental. Hoje, a assimetria informacional pode ser causada exatamente pelo excesso de dados disponíveis ou, ainda, pelo desvirtuamento ou oportunismo ocasionado por aqueles que detêm os meios de disponibilização dos dados¹⁴⁷, ampliando as incertezas e indecisões dos seres humanos nos seus processos decisórios.

A ideia de satisfação se revela coerente quando o processo de tomada de decisão é visto de forma dinâmica e pragmática. No mundo de escolhas, muitas vezes é difícil precisar a extensão da alternativa mais racional, pois não se sabe ao certo quantas opções ou informações deveriam ser consideradas antes de uma decisão final. Por isso, o *satisficer* faz as suas buscas até encontrar os resultados que sejam bons o suficiente para que esteja satisfeito, sem a preocupação de que poderia ter algo melhor.¹⁴⁸

Mas a racionalidade limitada de Herbert Simon cresceu para além do âmbito teórico, especialmente em virtude de estudos empíricos que corroboraram a existência de limitações nos processos decisórios quando não há certeza sobre o resultado a ser obtido com a escolha realizada, tópico a ser visto na sequência.

¹⁴⁶ ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith**: o conceito mecanicista de liberdade. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pp. 33-34 (ortografia original).

¹⁴⁷ Sobre a incompletude dos contratos: CASCAES, Amanda Celli. Análise econômica do contrato incompleto. **Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB**, Lisboa, ano 3, n. 01, pp. 163-196, 2017. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0163_0196.pdf>. Acesso em 26 set. 2018.

¹⁴⁸ Adrian Vermeule rebateu as críticas quanto aos problemas conceitual e de níveis de aspiração da concepção de *satisfacer*. Quanto ao primeiro problema, o autor referiu que satisfação não é uma estratégia de maximização porque deve ser visto de uma perspectiva mais ampla com regras diferentes de escolha: o *satisfacer* encontrará uma melhor resposta do que aquele que é insensível aos custos (diretos e de oportunidade) de procurar por soluções e, finalmente, tomar a decisão, porque o *satisfacer* irá interromper as buscas quando encontrar a opção boa o suficiente. E, no tocante ao segundo, Vermeule disse que não é necessária qualquer aspiração para conceituar satisfação, já que, se for cumprida a missão de interromper os custos de busca e decisão no ponto que é benéfico, encontrou-se o resultado bom o suficiente para uma situação de incerteza ou ignorância. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, pp. 177-179.

1.2.3 Heurística

A Heurística é o campo do conhecimento ligado à Psicologia que analisa os processos heurísticos e os vieses cognitivos relacionados às tomadas de decisões¹⁴⁹. As heurísticas são espécies de atalhos mentais que simplificam julgamentos marcados pela incerteza, reduzindo o esforço e o tempo utilizado para resolver determinada questão.

No campo doutrinário, existem duas teorias (seminais) que analisam as decisões. A primeira é chamada de “heurísticas e vieses”, em que o esforço mental se subdivide em um duplo processo de pensamento, marcado por dois sistemas decisórios. De outro lado, a segunda, nominada de “heurística rápida e frugal”, preconiza que o processo decisório deve ser simples, com a interrupção da busca no momento em que for encontrada a heurística que satisfaça o interesse do indivíduo.

Descreveremos, a seguir, as principais características de cada teoria.

1.2.3.1 Heurísticas e vieses (duplo processo)

Baseando-se em estudos empíricos, Amos Tversky e Daniel Kahneman¹⁵⁰ demonstraram, a partir de 1970, que as pessoas se baseiam em heurísticas que podem ser úteis, mas que podem levar a erros graves e sistemáticos e decisões enviesadas pelas armadilhas cognitivas. Partiram, assim, à classificação genérica de três grandes grupos de heurísticas: representatividade (julgamentos influenciados pelo que é típico ou naquilo que representa uma determinada situação), disponibilidade (julgamentos baseados naquilo que facilmente é lembrado) e ajuste/ancoragem (julgamentos que confiam naquilo que já existe).

Kahneman¹⁵¹ adotou os termos propostos pelos psicólogos Keith Stanovich e Richard West, fazendo referência a dois sistemas mentais: o Sistema 1 (rápido – intuição) reage de forma automática a situações familiares, não exigindo muito esforço; e o Sistema 2 (devagar –

¹⁴⁹ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 74.

¹⁵⁰ Artigo publicado originalmente na *Science*, v. 185, 1974, sendo que Daniel Kahneman recebeu o Prêmio Nobel de Economia em 2002 por sua obra pioneira com Amos Tversky sobre os processos de tomada de decisão. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Original publicado em inglês em 2011. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 524-555. A síntese dos conceitos consta em: SANTOLIM, Cesar. *Behavioral Law & Economics* e a teoria dos contratos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB**, Lisboa, ano 01, n. 03, pp. 407-430, 2015. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0407_0430.pdf>. Acesso em 14 set. 2017.

¹⁵¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Original publicado em inglês em 2011. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 29.

deliberação) opera atividades mentais mais elaboradas que requisitam operações e cálculos mais complexos.¹⁵²

O Sistema 1 representa as decisões intuitivas dos indivíduos (corresponde, no nosso entender, às “emoções”, com a ativação das amígdalas corticais – subitem 1.1.2), em que há pouca compreensão lógica e diversas influências de impulsos e associações, sem grandes esforços da mente, o que poderia levar a comportamentos diferentes daqueles “racionalmente” esperados. O Sistema 2, em certa medida, controla o primeiro e produz as decisões mais deliberadas e interpretativas (equivalente aos “sentimentos”, com a ativação do córtex cerebral – subitem 1.1.2), já que o ser humano possui a habilidade de refletir sobre a lógica das escolhas.

Desta forma, os “*Humans*” possuem os dois sistemas porque fazem diariamente contas mentais para gerenciar e organizar as suas vidas, já que a realidade é complexa, as habilidades cognitivas são limitadas e as informações são imperfeitas. Enquanto isso, os “*Econs*” detêm apenas o Sistema 2, pois possuem informações perfeitas, sendo “[...] de se esperar que os agentes racionais saibam quais são os seus gostos, tanto presentes quanto futuros, e presume-se que tomem decisões acertadas que irão maximizar os seus interesses”.¹⁵³

Mesmo de forma inconsciente, algumas heurísticas são naturalmente visíveis nas interações sociais dos seres humanos, como, por exemplo¹⁵⁴: (i) otimismo – todos nós tendemos a ser otimistas com relação ao futuro; (ii) excesso de confiança – em alguns assuntos, as pessoas acreditam ser melhores analistas do que realmente são; (iii) efeito do falso consenso – pensamos que os outros são exatamente como nós; (iv) maldição do conhecimento – uma vez que conhecemos algo, não conseguimos imaginar algo diverso das crenças e impressões preliminares; (v) aversão à perda – tendência a valorizar o que já temos; e (vi) manutenção do *status quo* – as desvantagens de sair da posição atual são muito maiores do que as vantagens em mantê-la.

¹⁵² Juarez Freitas recorreu a esta abordagem em: FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun. 2013, pp. 227-228. Também: NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 59-68; COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 56-78.

¹⁵³ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Original publicado em inglês em 2011. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 471-472.

¹⁵⁴ THALER, Richard H. From *homo economicus* to *Homo sapiens*. **Journal of Economic Perspectives**, New Haven, v. 14, n. 1, pp. 133-141, 2000, p. 133-134; FREITAS, *op. cit.*, pp. 233-236.

Muitos pesquisadores desenvolveram os conceitos de heurísticas e vieses de forma detalhada¹⁵⁵, demonstrando o aumento da complexidade do processo decisório, que tem chamado a atenção de diversos centros de pesquisa ao redor do mundo. Em regra, os estudos partem das ideias seminais de Herbert Simon (na esfera teórica) e de Daniel Kahneman e Amos Tversky (na esfera empírica), com aprimoramentos e novas informações sobre o comportamento humano em diversas situações da vida cotidiana, o que faz com que sejam aumentadas as possibilidades de novas heurísticas e vieses.

Esta nova concepção tem propiciado novos debates para analisar a forma como pode ser feita a intervenção estatal, com maior ou menor poder regulatório; assim como está impulsionando a revisão do pensamento econômico desenvolvimentista¹⁵⁶.

Embora não seja tão citada em trabalhos científicos quanto a teoria do duplo processo, entendemos oportuno, no próximo subitem, registrar alguns aspectos da teoria do simples processo que vem sendo desenvolvida na Alemanha, trazendo novos aspectos relevantes sobre os processos decisórios.

1.2.3.2 Heurística rápida e frugal (*simples processo*)

Neste tópico, enfatizaremos o estudo desenvolvido pelo grupo ABC (*Adaptive Behavior and Cognition*), dirigido por Gerd Gigerenzer, na *Max Planck Institute for Human Development*, com sede em Berlim, Alemanha¹⁵⁷. De forma interdisciplinar, o grupo se propôs ao exame do fato de os indivíduos decidirem sob pressão e com escassez de tempo e

¹⁵⁵ Conforme Sandra Guerra, o professor australiano David Arnott estudou os sistemas de suporte à decisão e identificou trinta e sete vieses cognitivos, organizados em seis categorias, assim resumidos: 1) Estatístico = taxa de referência, acaso, conjunção, correlação, disjunção, amostra, subconjunto; 2) Confiança = completude, controle, confirmação, desejo, excesso de confiança, redundância, seletividade, sucesso, teste; 3) Adequação = ancoragem e adequação, conservadorismo, referência, regressão; 4) Apresentação = enquadramento, linearidade, modo, ordem, escala; e 5) Situação = atenuação, complexidade, intensificação, hábito, inconsistência, regra. A autora, na Tabela 6.1, nominada de Classificação dos Vieses Cognitivos, apresentou de forma esquemática as categorias, tipos de vieses e descrições, com base no artigo de David Arnott. Para um aprofundamento de cada conceito, sugerimos a leitura: **GUERRA, Sandra**. A caixa-preta da governança. Rio de Janeiro: Best Business, 2017, pp. 217-234. No original: ARNOTT, David. Cognitive biases and decision support systems development: a design science approach. *Information Systems Journal*, United Kingdom, v. 16, n. 1, pp. 55-78, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/wo11/doi/10.1111/j.1365-2575.2006.00208x/full>>. Acesso em 14 set. 2017.

¹⁵⁶ BANCO MUNDIAL. **Visão geral: mente, sociedade e comportamento**. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2015. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Grupo do Banco Mundial, 2015, pp. 01-24. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018.

¹⁵⁷ Grupo de estudos formado por psicólogos, economistas, cientistas da computação, matemáticos, biólogos comportamentais, antropólogos, filósofos e pesquisadores de outras disciplinas e de diversos países. Informações disponíveis em: <<https://www.mpib-berlin.mpg.de/en/institute/profile>>. Acesso em 17 set. 2017.

de informações, analisando como isso pode afetar o curso da História por causa da capacidade adaptativa do ser humano ao meio ambiente.

Com efeito, Gerd Gigerenzer afirmou que o ser humano precisa se adaptar ao meio ambiente e, assim sendo, suas decisões devem ser baseadas em heurísticas rápidas e frugais (*fast and frugal heuristics*) sem o esgotamento de todas as possíveis hipóteses¹⁵⁸. Esta sistemática possibilita inferências sobre aspectos desconhecidos no mundo real e facilita o processo decisório pela interrupção das escolhas em determinado momento, melhorando a qualidade do comportamento dos seres humanos ao propor juízos mais rápidos e eficazes.

Em regra, os indivíduos decidem sem ter todas as informações e sem saber o que vai acontecer no futuro, sendo impossível sopesar todos os prós e contras de cada decisão¹⁵⁹. Desse modo, heurísticas simples deveriam ser utilizadas para se ter um melhor resultado em situações de incerteza, apenas com base em uma parte de todos os possíveis critérios e ignorando informações irrelevantes, dentro do conceito de que menos é mais efetivo¹⁶⁰ e utilizando a regra “*take the best*”¹⁶¹.

Partindo destes pressupostos, o trabalho desenvolvido por Peter Todd e Gerd Gigerenzer¹⁶² teve por objetivo relatar como e quando as heurísticas rápidas e frugais funcionam ou falham, demonstrando, de uma forma descritiva, como as mentes decidem sob situações restritas de tempo, conhecimento e recursos computacionais, fazendo escolhas

¹⁵⁸ Explicações acerca da racionalidade e da heurística rápida e frugal estão contidas no sítio: <<https://www.mpib-berlin.mpg.de/en/research/adaptive-behavior-and-cognition/key-concepts/bounded-rationality>>. Acesso em 18 set. 2017.

¹⁵⁹ Estratégias de marketing destinadas à venda de produtos frequentemente consideram o comportamento humano na indução de aquisição de produtos; e, para isso, são realizados estudos científicos e empíricos, como, por exemplo: CARVALHO, Felipe Reinoso *et al.* **Music Influences Hedonic and Taste Ratings in Beer**. 6 de maio de 2016, artigo publicado na página da Internet da US National Library of Medicine National Institutes of Health. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4858754/>>. Acesso em 26 set. 2017.

¹⁶⁰ Disponível em: <<https://www.mpib-berlin.mpg.de/en/research/adaptive-behavior-and-cognition/key-concepts/bounded-rationality>>. Acesso em 18 set. 2017.

¹⁶¹ Adrian Vermeule explicou este conceito e a restrição do seu uso: “*Take the best is obviously frugal and fast. It is also surprisingly accurate. Cognitively constrained decisionmakers who employ take the best will reach more accurate decisions, where the single best cue often points in the right direction, than they would using more complex and information-intensive decision rules. Part of the reason is that more complex decision rules demand too much of decisionmakers whose ability to process information is limited. Fast and frugal heuristics, by contrast, can be ecologically rational – well adapted to aiding boundedly rational decisionmakers as they navigate particular informational environments. This is not always so, of course; where the price for using simple decision rules is very high, fast and frugal heuristics fare poorly. Yet it is clearly wrong to assume that boundedly rational decisionmakers always do better by considering more information than frugal heuristics provide. Instead, they often do worse.*”. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 180 (grifos originais).

¹⁶² TODD, Peter M.; GIGERENZER, Gerd. Précis of simple heuristics that makes us smart. **Behavioral and brain sciences**, Cambridge, n. 23, pp. 727-780, 2000. Disponível em: <<https://www.mpib-berlin.mpg.de/sites/default/files/media/pdf/37/toddgigerenzer2000bbs.pdf>>. Acesso em 18 set. 2017. E também: GIGERENZER, Gerd; ENGEL, Christoph (Eds.). **Heuristics and the Law**. Cambridge, MA: The MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006.

adaptativas no meio ambiente real por meio de três aspectos distintos, mas inter-relacionados: racionalidade limitada, racionalidade ecológica e racionalidade social.

Dentro da sua concepção de “racionalidade limitada”, não é necessária a análise exaustiva dos recursos ou conhecimentos computacionais para determinar todas as alternativas possíveis. Ao contrário, são utilizadas simples estratégias para otimizar a procura por informações e encontrar a melhor decisão, sem exaurimento. As limitações temporais da mente humana devem ser respeitadas tanto quanto outras restrições, o que significa dizer que a busca precisa ser interrompida em determinado ponto.¹⁶³

As definições tradicionais de racionalidade preocupam-se com a manutenção de crenças e inferências, mas os organismos reais gastam muito do seu tempo lidando com a desordem externa do meio ambiente, tentando decidir entre sobreviver e reproduzir. Para se adaptar às mudanças, estas inferências devem ser rápidas, frugais e precisas, o que conduz ao conceito de “racionalidade ecológica”, envolvendo o exame das estruturas ambientais e da sua relação com as heurísticas, conforme as próprias características do mundo em que estão inseridas para a obtenção de melhores resultados. Contudo, como a utilização de heurísticas e vieses poderia levar a um processo infinito de escolhas, esta armadilha tem de ser evitada pela utilização da heurística rápida e frugal que, ao mesmo tempo, deve ser adaptativa, como se fosse uma espécie de caixa em que as ferramentas estão disponíveis ao usuário (*a toolbox*).¹⁶⁴

A “racionalidade social”, por fim, é o mais importante aspecto do meio ambiente na interação dos indivíduos, pois os predadores fazem inferências cruciais sobre o comportamento das suas presas, machos e fêmeas decidem sobre com quem vão se relacionar e os pais tentam compreender como podem ajudar os seus filhos (assim como as pessoas, físicas ou jurídicas, teriam que ponderar acerca das consequências de resolver os seus conflitos mediante o mecanismo estatal ou com a adoção de soluções extrajudiciais). Dessa forma, normas sociais e emoções devem atuar como heurísticas simples de procura, interrupção e decisão.¹⁶⁵

Estes três aspectos de racionalidade possuem o objetivo de entender o comportamento e a cognição do ser humano, assim como a forma como ele se adapta ao meio ambiente, no intuito de descobrir quais heurísticas podem guiá-lo em decisões ao mesmo tempo racionais, simples, precisas e econômicas. Após as críticas e comentários, respondidas individualmente por Todd e Gigerenzer, concluiu-se que o estudo da racionalidade é um esforço

¹⁶³ GIGERENZER, Gerd; ENGEL, Christoph (Eds.). **Heuristics and the Law**. Cambridge, MA: The MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006, pp. 731-732.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 741.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 741.

multidisciplinar, cujos resultados têm relevância para todas as ciências que tentam entender o comportamento de organismos vivos, devendo ser ampliado de forma continuada.¹⁶⁶

Trazendo estes estudos sobre os processos decisórios (duplo ou simples) para o objeto a ser analisado no segundo capítulo, vemos que muitos dos processos judiciais são baseados inteiramente na violação de uma determinada regra, o que poderia levar ao julgamento imediato e depois à justificação. Porém, nos casos envolvendo dilemas morais ou que necessitam de uma análise mais detalhada, considerados casos difíceis, as heurísticas podem ser utilizadas para proporcionar inferências razoáveis e adaptativas ao mundo que nos cerca, considerando a limitação de tempo e conhecimento. Desta forma, critérios de correspondência e consistência podem medir com maior precisão, rapidez e simplicidade as razões pelas quais a decisão é tomada, em detrimento da mera coerência¹⁶⁷.

Ademais, as novas concepções que vem sendo discutidas no âmbito econômico têm um importante papel no sentido de salientar as restrições da hipótese da escolha racional e apresentar um modelo de comportamento que traga satisfação, no momento em que são trazidos subsídios às tomadas de decisões por parte dos indivíduos (nas escolhas das suas condutas) e dos juízes (na apresentação de um resultado bom o suficiente aos casos submetidos à apreciação).

Diante disso, é salutar o estudo interdisciplinar entre diversas áreas e linhas de pensamento para compreender como o ser humano se comporta e como realiza as suas interações sociais e transações comerciais e jurídicas, temáticas que começam a ser estudadas no Brasil. Resta claro, até o momento, que a conduta das pessoas pode definir a conveniência de uma maior ou menor regulação ou interpretação mediante a simplificação dos processos decisórios e a adoção de incentivos mais adequados, que, conseqüentemente, modificará o rumo da compreensão acerca da forma como o aparelho estatal decide os casos conflituosos.¹⁶⁸

¹⁶⁶ GIGERENZER, Gerd; ENGEL, Christoph (Eds.). **Heuristics and the Law**. Cambridge, MA: The MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006, pp. 776-777.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 737.

¹⁶⁸ Juarez Freitas comentou que: “[...] embora os argumentos linguísticos, sistêmicos e consequenciais pareçam, à primeira vista, suficientes para o jurista, sobretudo se aplicados de maneira cumulativa, o certo é que costumam ocultar opções inconscientes e, não poucas vezes, representam burlas frontais ao poder de veto da razão. Quando isso ocorre, a fundamentação intersubjetiva e a coerência soçobram.” FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun. 2013, pp. 224-225.

Após detalharmos as características principais dos indivíduos e da sua racionalidade econômica, seguiremos com o exame do papel das instituições¹⁶⁹, item que será subdividido em três partes: a tragédia dos comuns, a comédia dos comuns e a dependência da trajetória.

1.3 O papel das instituições

O conceito de Douglas Cecil North (1920-2015)¹⁷⁰ de instituição é utilizado como referência doutrinária. O autor afirmou, simplesmente, que instituições formais (baseadas em leis e direitos, como o Estado) ou informais (baseadas em tabus, costumes e tradições) são as regras do jogo em uma sociedade ou, de modo mais formal, as restrições que delimitam a interação humana com o objetivo de reduzir incertezas causadas pela complexidade dos problemas e a limitação dos meios disponíveis para resolvê-los¹⁷¹. Com base nisso, North tentou mostrar as razões que explicam as diferenças de desempenho econômico entre os países.

As instituições, no entender de Antônio Fernandes, podem ser vistas como “[...] sistemas de regras capazes de superar dilemas da ação coletiva, gerados por comportamentos oportunistas em transações sociais em contextos organizacionais hierárquicos”, sendo a sua principal função economizar os custos de transação inerentes aos sistemas de mercado¹⁷².

Todavia, tanto as instituições quanto as regras do jogo dependem do comportamento dos seres humanos que as criam e, posteriormente, atuam para alcançar determinado fim pré-

¹⁶⁹ Neste capítulo, trataremos do conceito de instituição sob a percepção econômica, mas salientamos que a palavra “instituição” pode assumir significados diversos, a depender da definição de cada área científica. De acordo com a *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, sociólogos contemporâneos usam o termo para se referir a formas sociais complexas que se reproduzem, como governos, a família, línguas humanas, universidades, hospitais, corporações comerciais e sistemas jurídicos. De outro lado, filósofos contemporâneos das ciências sociais definem instituição como uma dupla estrutura entrelaçada de pessoas, como detentores de papéis ou *standards*, e de práticas sociais que envolvem objetivos e resultados expressivos e práticos, sendo exemplos escolas, lojas, correios, forças policiais, asilos e sistemas de governo, como a monarquia. SOCIAL INSTITUTIONS. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Center for the Study of Language and Information (CSLI), Stanford University, 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/social-institutions/>>. Acesso em 20 out. 2018.

¹⁷⁰ Laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 1993 por oferecer uma nova compreensão sobre como as sociedades coordenam o comportamento das pessoas. Oliver Eaton Williamson também é um dos expoentes desta linha de pensamento econômico.

¹⁷¹ NORTH, Douglas Cecil (1920-2015). **Institutions, institutional change and economic performance**. Cambridge: Cambridge University Press, 1990, pp. 3-4. O conceito no idioma original: “*Institutions are the humanly devised constraints that structure political, economic and social interactions. They consist on both informal constraints (sanctions, taboos, customs, traditions, and codes of conduct), and formal rules (constitutions, laws, property rights). Throughout history, institutions have been devised by human beings to create order and reduce uncertainty in exchange.*”. NORTH, Douglas Cecil (1920-2015). **Institutions**, *The Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991, p. 97.

¹⁷² FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os estudos históricos comparados. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, São Paulo, n. 53, pp. 79-102, 1. semestre de 2002, p. 80.

estabelecido. Ou seja, todas as instituições dependem do conjunto de indivíduos dotados de razão (item 1.1), que possuem os privilégios exclusivos de fazer escolhas, decidir e agir de forma racional, ainda que possa haver limitações de tempo e conhecimento (item 1.2), como depreendemos das palavras de Cláudia Dias Soares¹⁷³:

Tendencialmente, as instituições não são escolhidas em função do bem da sociedade mas impostas por grupos com poder político que as escolhem pelas suas consequências económicas e distributivas, *i.e.*, pelas rendas económicas que criam para os grupos politicamente mais poderosos. A estrutura institucional existente é o resultado das escolhas e poder negocial dos indivíduos e dos grupos no passado. Cada arranjo institucional cria um específico conjunto de beneficiados e um de perdedores. A forma como as instituições são moldadas depende do interesse que aqueles que detêm poder negocial têm na concepção de novas regras.

Cristiano Carvalho¹⁷⁴ afirmou que a solidez e a estabilidade das instituições promovem o maior desenvolvimento de um dado sistema social. Para entender a importância das instituições, o autor fez referências ao exemplo clássico oriundo da Teoria dos Jogos, chamado de “Caça ao Cervo”¹⁷⁵, e ao “Teorema de Coase”¹⁷⁶.

Quanto ao primeiro exemplo, os caçadores precisam unir esforços para caçar um cervo, porque, apesar de ser mais dificultoso, haverá mais benefícios do que caçar uma lebre, de forma individual. Porém, o grupo de caçadores pode se dividir, sendo que alguns irão preferir caçar lebres individualmente, enquanto outros irão cooperar para abater o cervo e auferir resultados coletivos. Este exemplo, aplicável a inúmeras situações intersubjetivas, é trazido por Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), no que veio a ser denominado como “contrato social”, em que são estabelecidas as regras de cooperação que formam as instituições sociais.¹⁷⁷

E, no que tange à segunda referência, Carvalho afirmou que, de acordo com o

¹⁷³ SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional nas reformas do Estado. *In*: CORDEIRO, António Menezes, LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Orgs). **Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 283 (ortografia original).

¹⁷⁴ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 50.

¹⁷⁵ A importância do jogo “*Stag Hunt*” para a evolução da estrutura social pode ser encontrada em: SKYRMS, Brian. **The stag hunt and the evolution of social structure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

¹⁷⁶ Este teorema foi idealizado por Ronald Coase, laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel em 1991, pelo seu trabalho de 1960 acerca do problema do custo social e da teoria da firma. De acordo com o teorema, a negociação econômica entre as partes pode reduzir as externalidades, se os direitos de propriedade forem bem definidos e se os custos de transação forem suficientemente baixos, não havendo necessidade de intervenção do governo ou de regulação para a correção da falha de mercado. Os únicos papéis do governo seriam: (i) assegurar que os direitos de propriedade estivessem bem definidos; e (ii) que a livre negociação fluísse sem custos de transação. COASE, Ronald Harry (1910-2013). The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. III, pp. 01-44, out. 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso em 04 set. 2018.

¹⁷⁷ CARVALHO, *op. cit.*, pp. 50-51.

“Teorema de Coase”, não importa a distribuição inicial de direitos, porque se as partes puderem negociar em um ambiente de custos de transação zero, elas acabarão por chegar a uma alocação eficiente dos recursos, convergindo para quem os valore mais. Isto é, somente em um mundo em que os mercados sejam totalmente eficientes, não haveria custos de transação¹⁷⁸ e seriam desnecessárias as instituições. Porém, na prática, muitas vezes, os custos de transação são altos, momento em que as instituições políticas, econômicas e jurídicas passam a ter importância crucial, pelo que são necessárias “instituições sólidas, estáveis e confirmadoras de expectativas sociais” para reduzir os custos de transação, possibilitar maior eficiência e promover o desenvolvimento social e econômico.¹⁷⁹

Seguiremos com o exame dos subitens, com o intuito de ampliar o conhecimento acerca do papel das instituições decorrente da interação dos indivíduos.

1.3.1 A tragédia dos comuns

Os recursos são naturalmente considerados escassos pela Economia e, por isso, grande parte dos estudos se dedica a entender as razões comportamentais que levam à escassez dos bens comunais¹⁸⁰.

Um deles é a “tragédia dos comuns”. Esta expressão foi introduzida durante palestra proferida pelo matemático William Foster Lloyd (1794-1852) em 1832 e publicada em 1833, mas somente tornou-se popularizada por Garret Hardin no ano de 1968 no artigo publicado na revista *Science*¹⁸¹. Outros autores também se preocuparam com a temática como, a título exemplificativo, Ludwig von Mises, que criticava o uso desmesurado dos bens comuns¹⁸²:

¹⁷⁸ A análise dos custos de transação teve origem no trabalho de Ronald Coase, com a identificação de três principais categorias de custos: (i) os custos de busca e de informação; (ii) os custos de barganha; e (iii) os custos de policiamento. Nesta última categoria, são calculados os custos para garantir que o comprador cumpra o acordo da transação e tome as providências adequadas se não for cumprido. Artigo seminal: COASE, Ronald Harry (1910-2013). The nature of the firm. *Economica*, v. 4, issue 16, pp. 386-405, nov. 1937.

¹⁷⁹ CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

¹⁸⁰ A má gestão dos recursos naturais, por exemplo, levou à extinção do povo Rapanui, natural da Ilha de Páscoa, pois, durante o período de 1250 a 1500, foram construídas 887 estátuas gigantes de pedra, chamadas de moais. O povo utilizava troncos de árvores para a rolagem das estátuas até o local onde seriam fixadas; porém, esta prática levou ao esgotamento dos recursos naturais e da própria vida humana na ilha, causando, na concepção de Jared Diamond, um verdadeiro “ecocídio” pela ausência de regras no uso dos bens comunais. DIAMOND, Jared. **Colapso: como as sociedades escolhem o sucesso ou o fracasso**. Original publicado em inglês em 2005. Trad. Alexandre Raposo. Rev. Téc. Waldeck Dié Maia. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

¹⁸¹ Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Trag%C3%A9dia_dos_comuns>. Acesso em 14 nov. 2017. Também, citada por: ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 65.

¹⁸² VON MISES, Ludwig (1881-1973). **Human action: a treatise on Economics**. New Haven: Yale University Press, 1949, p. 652. Disponível em: <https://mises.org/sites/default/files/Human%20Action_3.pdf>. Acesso em 08 nov. 2017. Tradução nossa. Original: “If land is not owned by anybody, although legal formalism may call it

Se a terra não pertence a ninguém, embora o formalismo legal possa chamá-la de propriedade pública, ela é usada sem qualquer consideração às desvantagens resultantes. Aqueles que estão em posição de apropriar-se dos rendimentos – madeira e caça das florestas, peixe das áreas aquáticas e depósitos minerais do subsolo – não se preocupam com os efeitos posteriores de seu modo de exploração. Para eles, erosão do solo, decréscimo dos recursos esgotáveis e outros danos ao uso futuro são custos externos que não entram em seus cálculos de entrada e saída. Eles cortam árvores sem qualquer consideração por mudas ou reflorestamento. Ao caçar e pescar, não abrem mão de usar métodos que evitam o repovoamento dos locais de caça e pesca.

Observando fatos como estes, Garret Hardin, ecologista que estudou o impacto do crescimento demográfico sobre a Terra, escreveu um famoso artigo, intitulado “*The Tragedy of the Commons*”¹⁸³, afirmando que não havia uma solução técnica para o problema populacional, pois era necessária uma expansão fundamental para o campo da moralidade. Sendo assim, fez uma analogia ao jogo da velha: considerando que o oponente conhece perfeitamente as regras, o jogador poderá ganhar, bater na cabeça do oponente, drogá-lo, falsificar os registros, abandonar o jogo ou se recusar a jogar – todas podem ser consideradas formas de se “ganhar” –, o que aumenta as probabilidades de decisões imorais¹⁸⁴.

Ao passo que a população estaria aumentando exponencialmente no ano de 1968, os bens mundiais diminuiriam por causa da sua característica intrínseca de finitude porque, para viver, qualquer organismo precisa de uma fonte de energia, a exemplo da comida, cujas calorias são utilizadas para manutenção, trabalho e outras formas de diversão. Hardin também salientou que as pessoas divergem sobre o que é suficiente, como, por exemplo, algumas utilizam um estuário apenas com o intuito de apreciar a beleza natural; outras, caçam animais; enquanto outras, como donos de empresas, constroem empreendimentos para explorar o potencial energético ou as riquezas minerais. É, portanto, impossível comparar bens, porque são incomensuráveis.¹⁸⁵

Não havia (naquela época) crescimento negativo no mundo que pudesse minimizar os efeitos, pelo que Hardin utilizou o sentido de tragédia cunhado pelo filósofo Alfred North

public property, it is utilized without any regard to the disadvantages resulting. Those who are in a position to appropriate to themselves the returns – lumber and game of the forests, fish of the water areas, and mineral deposits of the subsoil – do not bother about the later effects of their mode of exploitation. For them the erosion of the soil, the depletion of the exhaustible resources and other impairments of the future utilization are external costs not entering into their calculation of input and output. They cut down the trees without any regard for fresh shoots or reforestation. In hunting and fishing they do not shrink from methods preventing the repopulation of the hunting and fishing grounds.”

¹⁸³ HARDIN, Garret James (1915-2013). *The Tragedy of the Commons*. **Science**, Pennsylvania, n. 162 (3859), pp. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org>>. Acesso em 08 out. 2017.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 1243.

¹⁸⁵ *Ibidem*, pp. 1243-1244.

Whitehead (1861-1947), cuja essência estava na falta de remorso do uso das coisas, e descreveu as consequências de um pasto aberto a todos os cidadãos, que poderiam manter o rebanho que fosse possível. Este arranjo poderia durar séculos por causa de guerras tribais, pilhagens ou doenças, que manteriam o número de pessoas e de animais bem abaixo da capacidade da terra. Em sendo um ser humano racional, um pastor poderia pensar, de forma consciente ou inconsciente, sobre a utilidade de acrescentar mais uma cabeça de gado ao seu rebanho e aumentar a sua renda, sem considerar o sobrepastoreio causado no campo, suportado por todos. Seguindo o exemplo, os demais pastores também acrescentariam mais cabeças de gado em um pasto com recursos limitados, instaurando-se a tragédia dos comuns: cada um persegue o seu interesse próprio em uma sociedade que acredita na liberdade dos comuns; porém, a ausência de limites leva à ruína de todos porque a sociedade, da qual cada um faz parte, sofre.¹⁸⁶

Como solução, Hardin apontou que a educação seria a forma de neutralizar a tendência natural de fazer a coisa errada, desde que as sucessivas gerações atualizassem constantemente o conhecimento¹⁸⁷. Ademais, o cálculo da utilidade de poluir o meio ambiente deveria ser o mesmo do sobrepastoreio: o homem racional pensa que compartilhar o custo do seu lixo nos bens comuns é menor do que o custo de purificar seus resíduos antes de descartá-los e, por isso, coloca esgoto, resíduos químicos, radioativos e industriais na água, lança fumaça nociva ou perigosa no ar, bem como distrai a audição e a visão com propagandas desagradáveis. Ou seja, nós estamos em um sistema de “sujar o próprio ninho”, até aprendermos a parar de nos comportarmos como independentes, racionais e empreendedores livres.¹⁸⁸

O ar e a água que nos rodeiam não podem ser cercados e devem ser protegidos para evitar a tragédia dos comuns, mas pode haver leis coercitivas ou mecanismos tributários que tornem mais barato para o poluidor tratar seus resíduos antes de lançá-los na natureza. A lei requer constantes adaptações a novos aspectos que envolvam o uso de bens comuns, o que também leva a uma redefinição dos direitos de propriedade.¹⁸⁹

Para Hardin, o homem, no cotidiano, imita os critérios de sobrevivência e de seleção natural porque, quando decide, o julgamento precede a seleção de argumentos¹⁹⁰. A dificuldade, então, estaria em legislar temperança porque as leis da nossa sociedade seguem

¹⁸⁶ HARDIN, Garret James (1915-2013). The Tragedy of the Commons. **Science**, Pennsylvannia, n. 162 (3859), pp. 1243-1248, dez. 1968, p. 1244. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org>>. Acesso em 08 out. 2017.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 1245.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 1244.

padrões éticos antigos que não servem para governar um mundo complexo, cheio e mutável.¹⁹¹

Garret Hardin escreveu o seu ensaio em uma época em que o crescimento demográfico estava acelerado e as fontes de energia renováveis não estavam disponíveis. A preocupação com a extinção dos bens comuns foi além da famosa analogia do pasto aberto e dos excessos no seu uso, pois foram destacados diversos problemas como poluição das águas, solo e ar, pesca predatória, ausência de moderação no uso dos bens e da necessidade de regulamentação do uso com a ponderação das consequências coletivas.

Mais recentemente, Fernando Araújo ampliou a teoria Hardin, nominando-a como “Tragédia dos Baldios”¹⁹². Apesar do estilo malthusiano¹⁹³ e das intenções ideológicas, o autor referiu que a teoria ganhou vida própria por formular o problema do uso desmesurado de recursos comuns¹⁹⁴.

Na analogia do pasto comum, Araújo afirmou que “[...] o pastor externaliza sobre o recurso comum, mas internaliza apenas parcialmente, muito restritamente, a sua própria externalização”. O incentivo para que o sujeito atue desta forma é incorporado por todos, sendo, portanto, a racionalidade coletiva que “[...] levará ao incremento cumulativo e à ruína do recurso, dada a liberdade de acesso: essa liberdade acaba por ter consequências trágicas”¹⁹⁵.

Fernando Araújo criticou Hardin pela presunção de que todos os “Baldios” teriam emergido de situações de acesso livre, quando, na verdade, existiriam os “Semi-Baldios” com situações de partilha coletiva que poderiam não sofrer de problemas de falta de exclusão. Em vista disso, a solução proposta por Hardin de privatização dos bens teria um custo elevado porque não garantiria que os novos titulares seriam gestores ótimos.¹⁹⁶

Conforme Araújo, a tragédia da sobre-exploração decorrente do acesso livre¹⁹⁷:

¹⁹¹ No passado da história dos Estados Unidos, por exemplo, um búfalo poderia ser morto apenas para ser retirada a língua como iguaria do jantar, sendo descartado o resto do animal; porém, restando poucos milhares de búfalos selvagens, tal comportamento certamente seria desaprovado. HARDIN, Garret James (1915-2013). *The Tragedy of the Commons*. **Science**, Pennsylvania, n. 162 (3859), pp. 1243-1248, dez. 1968, p. 1246. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org>>. Acesso em 08 out. 2017.

¹⁹² Para Araújo, a escolha terminológica da expressão “Baldios” teve por base três argumentos: (i) é a palavra mais sugestiva; (ii) permite a compreensão elementar dos interesses em causa; e (iii) é mais facilmente retida na memória como “metáfora heurística”. ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 8-10.

¹⁹³ O malthusianismo é uma teoria demográfica criada pelo economista inglês Thomas Robert Malthus (1766-1834), no final do século XVIII. De acordo com esta teoria, a população mundial cresce em progressão geométrica, enquanto a produção de alimentos, em progressão aritmética.

¹⁹⁴ ARAÚJO, 2008, *op. cit.*, pp. 62-63.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 63.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 64.

¹⁹⁷ *Ibidem*, pp. 65-66 (ortografia e grifos originais).

[...] era acompanhado da ilusão de que o primeiro a chegar poderia servir-se ilimitadamente do recurso (o princípio “*first-come, first-served*”), criando por isso um incentivo adicional a uma “corrida de recursos”, à super-eficiência tecnológica na captura desses recursos, excedendo facilmente os limites da respectiva renovação, os limites da sua sustentação – do que resultava, igualmente, a necessidade de medidas especialmente drásticas de preservação dos recursos e de racionamento desse sector produtivo.

As consequências do acesso e da sua antítese (excesso, falta e da irrestricção) devem considerar, de um lado, a natureza dos bens (propriedade privada, comum, pública), e de outro a legitimação conferida por uma titularidade juridicamente reconhecida (p. ex., propriedade intelectual)¹⁹⁸. Entre aqueles que têm acesso aos bens, surge o problema da rivalidade no uso, no sentido de que a utilização dada por qualquer um pode conflitar, ao menos a partir de certo nível de intensidade, com a utilização que fica disponível para os demais, que é o eixo condutor do “congestionamento, degradação e esgotamento”¹⁹⁹ ou do “sobreuso e subinvestimento”²⁰⁰ dos recursos.

Não obstante, ao lado das premissas “estáticas” que fazem derivar as tendências trágicas, Araújo acrescentou um elemento “dinâmico” porque, conforme as circunstâncias, pode haver graus distintos de complexidade decorrentes das limitações racionais e informativas como, por exemplo, a “retenção estratégica de informação”. Havendo uma estratégia dominante de ocultação, as medidas políticas e jurídicas tradicionais falharão por não considerarem a conduta dos envolvidos e a assimetria informativa.²⁰¹

Transpondo estas ideias para o nosso Poder Judiciário, temos que, o excesso de acesso aos serviços conduz a uma redução na qualidade da prestação jurisdicional (rendimento marginal) com a diminuição do grau de satisfação dos direitos, gerando, conseqüentemente, um resultado trágico que atinge todos os indivíduos. O excesso pode ser causado pelo “sobreuso”, quando: (i) são ajuizadas ações mesmo que não seja o instrumento ideal para a resolução dos conflitos; ou (ii) são interpostos recursos judiciais apenas com o intuito meramente protelatório. Mas também pelo “subinvestimento”, no momento em que o benefício da gratuidade de justiça pode ser usado de forma descomedida pelos litigantes, que

¹⁹⁸ ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, pp. 68-69.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 70.

²⁰⁰ Quanto ao “sobreuso”, se um indivíduo tira proveito privado de um “Baldio”, é porque o preço dele é demasiadamente baixo, não havendo incentivos para impedir o uso. Já no tocante ao “subinvestimento”, o indivíduo reduzirá o investimento na proporção dos benefícios alcançados, manifestando-se pelo “efeito de boleia” (*free-riding*) ou pelo “efeito de retracção” (*shirking*). *Ibidem*, pp. 75-76 (ortografia dos termos destacados no original).

²⁰¹ *Ibidem*, p. 170.

o pleiteiam mesmo tendo condições de suportar as custas do processo, já que as regras de concessão não são muito rígidas.

O serviço judicial, portanto, pode ser considerado, conforme a terminologia econômica, um “recurso comum” que está sujeito às consequências da rivalidade do uso pela indefinição do “acervo de direitos”, causando a tragédia. Fernando Araújo assinalou que²⁰²:

O problema nasce em larga medida porque, havendo indefinição sobre os ‘acervos de direitos’ que cabem a cada interveniente, tenderá a gerar-se, quase inevitavelmente, uma ambiguidade entre prerrogativas de acesso e prerrogativas de uso e fruição dos rendimentos gerados pelo recurso.

A seguir, vislumbraremos como a tragédia dos comuns (ou dos Baldios) pode se tornar uma comédia.

1.3.2 A comédia dos comuns

Ao trazer a teoria da “Comédia dos Comuns”, Carol Rose partiu de um novo exemplo, demonstrando que as pessoas podem buscar resultados satisfatórios para todos, se houver cooperação. Rose referiu que, quando as coisas são deixadas abertas ao público, podem ser desgastadas pela sobreutilização ou subutilização e, a partir desta perspectiva, a propriedade pública é um paradoxo porque os bens deixados abertos ao público não são exatamente propriedade, mas a sua antítese²⁰³.

Existem bens que não podem ser privatizados, por exemplo, rodovias, rotas marítimas, terras submersas e praças públicas, devido ao seu caráter inerentemente público ou de acesso público²⁰⁴. Mas, apesar dos conhecidos problemas do acesso inorganizado a recursos – a “tragédia dos comuns” –, outros problemas difíceis também poderiam ser enfrentados pelo governo, como o custo de instituir este gerenciamento e, talvez, as tentações de redistribuição politicamente motivada²⁰⁵. Além disso, a propriedade por parte de um público desorganizado poderia equivaler a uma falta de limites aos comuns, o que não poderia ser considerado propriedade, mas somente uma massa de “coisas” passivas, esperando a redução à propriedade privada por meio de regras de captura ou, pior ainda, ao seu desperdício²⁰⁶.

²⁰² ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p. 75.

²⁰³ ROSE, Carol M. The comedy of the commons: commerce, custom, and inherently public property. *The University of Chicago*, Chicago, v. 53, n. 3, pp. 711-781, 1986, p. 712.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 718.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 721.

²⁰⁶ *Ibidem*.

Fazendo uma analogia com o comércio, Rose aduziu que algumas propriedades têm características semelhantes para inumeráveis retornos de escala, momento em que os comuns não são trágicos, mas cômicos, no sentido clássico de uma história com final feliz. E as doutrinas costumeiras sugerem que o comércio poderia ser pensado como uma comédia dos comuns, não só porque a nossa riqueza poderia ser infinitamente expandida, mas também, ao menos em parte, porque tem sido pensado na melhoria da sociabilidade dos membros de uma sociedade cada vez mais fragmentada.²⁰⁷

A principal lição da doutrina do Século XIX de “propriedade pública inerente”, no entender de Rose, foi que, apesar de podermos mudar nossas mentes sobre quais atividades são socializáveis, sempre aceitaremos que bens públicos requerem acesso a algumas locações físicas para algumas destas atividades. A nossa lei constantemente atribui que o acesso deve ser ao público, porque o acesso a estes locais é tão importante quanto a privatização geral da propriedade em outras esferas do direito. Na inexistência de atividades socializáveis que assumam o lugar deste tipo de propriedade, as pessoas se tornam uma multidão disforme, cujos membros não comercializam, não conversam e não jogam, mas somente brigam, em um cenário em que a vida é, na famosa frase de Thomas Hobbes (1588-1679), solitária, pobre, desagradável, brutal e curta.²⁰⁸

Elinor Ostrom (1933-2012) também produziu importante trabalho nesta área e, como reconhecimento, foi a primeira mulher a ganhar o Prêmio de Economia em Memória de Alfred Nobel, conjuntamente com Oliver Eaton Williamson, em 2009, pelos estudos sobre governança econômica e a importância dos arranjos institucionais. No discurso proferido na cerimônia de entrega do prêmio²⁰⁹, Elinor Ostrom afirmou que, no meio do Século XIX, o esforço acadêmico dominante era tentar encaixar o mundo em modelos simples e criticar os arranjos institucionais que não deram certo, mas que tinham sido contestadas por estudiosos do mundo inteiro, como Herbert Simon e Vincent Ostrom.²¹⁰

O mercado era visto como uma instituição ótima para a produção e troca de bens privados e, quanto aos bens públicos, precisava-se do governo para impor regras e taxas para induzir atividades de interesse próprio. Sem uma estrutura governamental para induzir o

²⁰⁷ ROSE, Carol M. The comedy of the commons: commerce, custom, and inherently public property. *The University of Chicago*, Chicago, v. 53, n. 3, pp. 711-781, 1986, p. 723.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 781.

²⁰⁹ OSTROM, Elinor (1933-2012). Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems, Nobel Prize lecture, **Workshop in Political Theory and Policy Analysis from Indiana University**, Arizona: Bloomington, IN 47408, and Center for the Study of Institutional Diversity, Arizona State University, dez. 2009, pp. 408-444. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf>. Acesso em 11 out. 2017.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 409.

cumprimento, cidadãos e funcionários públicos falhariam em gerar níveis eficientes de bens públicos, tais como a paz e a segurança, em múltiplas escalas.²¹¹

Então, foi introduzido o conceito de policentrismo²¹² em um esforço de compreender se as agências tiveram êxito no provimento e produção de serviços públicos em áreas metropolitanas caóticas ou se seriam um arranjo produtivo potencial. O termo “policêntrico” teria a conotação de duas ideias: (i) muitos centros de decisão formalmente independentes de cada um; e (ii) as diferentes jurisdições políticas funcionando de uma forma coerente com padrões consistentes e previsíveis de comportamento interativo para aumentar o seu alcance, podendo funcionar como um sistema.²¹³

As presunções clássicas sobre indivíduos racionais enfrentando a dicotomia de formas organizacionais e bens escondem os esforços produtivos potenciais de indivíduos e grupos de se organizarem e resolverem dilemas sociais, tais como a falta de provisão de bens públicos locais²¹⁴. Inúmeras pesquisas empíricas revelaram a diversidade de cenários em que os indivíduos resolvem diretamente os seus problemas de recursos de fundo comum, quando estas soluções são sustentáveis ao longo do tempo, e como os arranjos institucionais aumentaram ou diminuíram a partir das capacidades dos indivíduos, em escalas menores, de resolverem problemas de forma eficiente e sustentável²¹⁵.

Por fim, Ostrom afirmou que os seres humanos têm uma estrutura motivacional mais complexa e uma maior capacidade de resolver problemas sociais, se comparadas com o postulado da escolha racional. Grandes pesquisas empíricas levaram-na a dizer que a principal questão de uma política pública deveria ser facilitar o desenvolvimento das instituições além de salientar o melhor dos seres humanos. Assim, para explicar o mundo de interações e resultados ocorridos em diferentes níveis, nós temos que estar dispostos a lidar com a complexidade ao invés de rejeitá-la, como também temos de usar modelos simples quando

²¹¹ OSTROM, Elinor (1933-2012). Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems, Nobel Prize lecture, **Workshop in Political Theory and Policy Analysis from Indiana University**, Arizona: Bloomington, IN 47408, and Center for the Study of Institutional Diversity, Arizona State University, dez. 2009, pp. 408-444. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf>. Acesso em 11 out. 2017.

²¹² O termo policentrismo foi utilizado primeiramente por Vincent Ostrom, Charles Tiebout e Robert Warre em 1961. A noção de um sistema político policêntrico se refere a um sistema em que os cidadãos organizam não só uma, mas múltiplas autoridades de governo, em múltiplas escalas. Elinor Ostrom, por sua vez, ampliou o conceito. BURKE, Maureen. La maestra artesana. Gente del mundo de la Economía. **Finanzas & Desarrollo**, v. 48, n. 3, pp. 02-05, set. 2011, Publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional, p. 04.

²¹³ OSTROM, *op. cit.*, pp. 410-411.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 416.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 435.

eles conseguem captar de forma suficiente a estrutura central subjacente e os incentivos com que vantajosamente preveem resultados.²¹⁶

Fernando Araújo registrou que o paradigma da “Comédia dos Baldios” pode ser tido como²¹⁷:

O reconhecimento de que a multiplicidade de interesses que convergem sobre recursos comuns não é [...] sinónimo de inevitável erosão de incentivos à coordenação e à governação, de degeneração num entrechoque desenfreado de egoísmos que “correm para o fundo” atrás da miragem da captura da “renda total”, desleixando os valores de conservação, de sustentação, dos recursos.

Estes conceitos são perfeitamente aplicáveis no nosso sistema judiciário porque não há temperança e nem moderação no uso dos mecanismos judiciais por diversos litigantes e, se não for interrompido este ciclo vicioso²¹⁸, estaremos nos distanciando cada vez mais do ideal de Justiça. Como não podemos (e nem devemos) proibir o acesso, por ser garantia constitucional (inciso XXXV do artigo 5º) e cláusula pétreia (inciso IV do § 4º do artigo 60), temos de vislumbrar alternativas com o oferecimento de opções cuidadosamente enviesadas, a utilização de requisitos mais rígidos para desincentivar a litigiosidade inautêntica e a indução do comportamento das partes envolvidas, inclusive dos magistrados.

Com efeito, o direito de ação não é absoluto e sofre diversos condicionamentos durante a fase postulatória, com presunções (veracidade dos fatos não resistidos), restrições (vedações de certos meios de prova), preclusões (lógica, temporal e consumativa) e limites (coisa julgada material)²¹⁹, mas nada impede que sejam adotados critérios que transmitam uma maior credibilidade na prestação jurisdicional e franqueiem o acesso àqueles que realmente necessitam resolver os seus conflitos sob o manto estatal.

²¹⁶ OSTROM, Elinor (1933-2012). Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems, Nobel Prize lecture, **Workshop in Political Theory and Policy Analysis from Indiana University**, Arizona: Bloomington, IN 47408, and Center for the Study of Institutional Diversity, Arizona State University, dez. 2009, pp. 408-444, p. 436. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf>. Acesso em 11 out. 2017.

²¹⁷ ARAÚJO, Fernando. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios**: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008, p. 250 (ortografia original).

²¹⁸ Rodolfo Mancuso registrou que: “[...] ao invés de estimular o crescimento da riqueza nacional, o que aumentaria a arrecadação e criaria empregos, instituem-se medidas clientelistas e populistas, inclusive sob condição de o beneficiário estar desempregado, com isso dando ensejo a que a consequência retroalimente a causa, num perverso círculo vicioso. Algo próximo se passa com a prestação judiciária estatal: as causas do excessivo *demandismo judicial* não são particularmente investigadas ou diagnosticadas, e, por isso mesmo, não resultam eficazmente enfrentadas [...]”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 10-11.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 229. Também, Paulo Lucon, em artigo sobre o CPC/2015, examinou temas como os limites objetivos da coisa julgada às questões prejudiciais, a vedação de decisões-surpresa e decisões imotivadas, em: LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – RBDP**, Rio de Janeiro, v. 01, n. 01, pp. 164-192, jan./jun. 2016.

Estamos diante de um problema político²²⁰ e de administração da justiça, o que, no nosso entender, conduz à necessidade de compreender o conceito de *path dependency*²²¹.

1.3.3 A dependência da trajetória

A estrutura institucional como existe no momento presente depende da trajetória percorrida no passado, assim como a rigidez do futuro é consequência (*path dependent*) de escolhas anteriores²²². Para mudar a solução adotada no passado, existem custos e barreiras, o que pode levar à preferência pela manutenção do *status quo* da tradição, formada por hábitos, crenças, valores e instintos (como os citados por Veblen no subitem 1.1.2: paternal, curiosidade ociosa, produção e predatório), como mecanismo de autoproteção²²³:

[...] Se um governo não souber, v.g., quanto custa à sociedade a política de despesa pública que aplica, como implementar uma reforma das finanças públicas, nomeadamente, como gerir a resistência dos grupos de interesse que se opõem a essa reforma, e quanto pode ser o benefício social de uma nova afectação dos recursos,

²²⁰ Thomas Kuhn já alertava: “As revoluções políticas visam realizar mudanças nas instituições políticas, mudanças essas proibidas por essas mesmas instituições que se quer mudar. Conseqüentemente, seu êxito requer o abandono parcial de um conjunto de instituições em favor de outro. E, nesse ínterim, a sociedade não é integralmente governada por nenhuma instituição. De início, é somente a crise que atenua o papel dos paradigmas. Em números crescentes os indivíduos alheiam-se cada vez mais da vida política e comportam-se sempre mais excentricamente no interior dela.”. KUHN, Thomas Samuel (1922-1996). **A estrutura das revoluções científicas**. Original publicado em inglês em 1962. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. Rev. Alice Kyoto Miyashiro. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998, p. 127 (ortografia original).

²²¹ Na Economia, o termo *path dependence* normalmente é escrito com a letra “e” ao final da palavra *dependence* e não com a letra “y”, como normalmente é encontrado na literatura de ciência política. Semanticamente, os termos *dependence* e *dependency* são iguais. Como forma de padronização, iremos adotar a grafia *dependency*. Não faremos um estudo detalhado de todas as diferenças e contradições entre os autores que definem *path dependency*, pois o objetivo é apenas contextualizar o assunto de forma a subsidiar as conclusões do segundo capítulo desta dissertação. Para aprofundamento, sugerimos a leitura de textos da Ciência Política: BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. **Perspectivas**, São Paulo, v. 41, pp. 137-167, jan./jun. 2012; CERQUEIRA, Kleber Chagas. Dependência da trajetória e mudança institucional nos processos de desenvolvimento. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 19, pp. 253-275, jan./abr. 2016.

²²² PIAIA, Thami Covatti. **Path dependence**: as assimétricas trajetórias da institucionalização da inovação tecnológica no Brasil e nos Estados Unidos. 2013. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2013. Hannah Arendt, no prefácio intitulado “A quebra entre o passado e o presente”, aduziu que: “[A lacuna entre o passado e o futuro] bem pode ser a região do espírito, ou antes, a trilha plainada pelo pensar, essa pequena picada de não tempo aberta pela atividade do pensamento através do espaço-tempo de homens mortais e na qual o curso do pensamento, da recordação e da antecipação salvam o que quer que toquem da ruína do tempo histórico e biográfico. Este pequeno espaço intemporal no âmago mesmo do tempo, ao contrário do mundo e da cultura em que nascemos, não pode ser herdado e recebido do passado, mas apenas indicado; cada nova geração, e na verdade cada novo ser humano, inserindo-se entre um passado infinito e um futuro infinito, deve descobri-lo e, laboriosamente, pavimentá-lo de novo.”. ARENDT, Hannah (1906-1975). **Entre o Passado e o Futuro**. Original publicado em inglês em 1954. Trad. Mauro W. Barbosa. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016. Livro digital do Kindle.

²²³ SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional nas reformas do Estado. In: CORDEIRO, António Menezes, LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Orgs). **Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles**: 90 anos. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 284-285 (ortografia original).

difícilmente estará disponível para proceder a tal reforma. Este perigo é tanto maior, quanto menor for a capacidade da Administração para gerir a mudança. São por isso, de esperar maiores barreiras institucionais à reforma da política de despesa pública num Estado com uma máquina administrativa ineficiente, com um baixo nível de sofisticação técnica e de formação de recursos humanos e dotada de procedimentos com um elevado grau de rigidez.

Ou seja, o presente e o futuro são fortemente influenciados pelas decisões tomadas no passado e há uma resistência grande, tanto dos indivíduos quanto das instituições atuais, em mudar esta trajetória. Ao aprofundar o conhecimento sobre o institucionalismo, Conceição verteu o seguinte conceito sobre *path dependency*²²⁴:

Mesmo se considerando a enorme diversidade de aspectos abrigados sob o termo “instituição”, há certas questões-chave em qualquer teoria de evolução institucional. Uma é *path dependency* (as instituições de hoje têm fortes conexões com as de ontem), explicitando que sua evolução constitui um processo “plural”, que gera diferentes formas de instituição. Ou seja, as instituições não podem ser interpretadas como mecanismos de “otimização de eficiência alocativa”, mas como partes de um processo dinâmico, contínuo e incerto, indissociável de mudanças tecnológicas e sociais. Portanto, compreender “como as instituições evoluem” implica, em primeiro lugar, desagregar, radicalmente, tal conceito, o que impõe limites à compreensão de processos complexos, como a teoria econômica do crescimento.

Com efeito, a concepção de *path dependency* está sendo muito utilizada para auxiliar a compreensão das trajetórias políticas, econômicas e administrativas de um dado país (ou outra unidade de análise) porque os fatos passados condicionam a situação presente e o próprio futuro²²⁵. Desta maneira, as “[...] instituições não são vistas simplesmente como ‘mecanismos’ capazes de aumentar a eficiência do mercado, mas como ‘processos’ altamente dinâmicos e sensíveis a estímulos do ambiente circundante, os quais possibilitam a manutenção da ordem na vida política”²²⁶.

Os problemas oriundos da racionalidade limitada, do oportunismo, da incerteza e dos processos de inovação tecnológica são fatores determinantes do comportamento institucional, uma vez que as barreiras criadas por certos arranjos podem obstruir a possibilidade de reversão da escolha inicial. Ou seja, a história é importante para definir os “custos

²²⁴ CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Instituições, crescimento e mudança na ótica institucionalista. **Teses FEE**, Porto Alegre, n. 01, 2002, p. 123. Disponível em: <http://cdn.fee.tche.br/teses/teses_fee_01.pdf>. Acesso em 27 set. 2018.

²²⁵ Antônio Fernandes aduziu que: “[...] o conceito de *path dependency* tem origem na economia da tecnologia e desenvolve-se no campo da ciência política dentro da corrente institucionalista histórica. Entretanto, sua base teórico-metodológica vincula-se aos estudos históricos de sociologia política comparada, sobretudo aos trabalhos de Barrington Moore e Theda Skocpol.” FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os estudos históricos comparados. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, São Paulo, n. 53, pp. 79-102, 1. semestre de 2002, p. 92.

²²⁶ *Ibidem*, p. 81.

econômicos de transação”²²⁷ e justificar as diferenças e fraquezas de formas alternativas de governança²²⁸. Oliver Williamson arrematou²²⁹:

Todo o ambiente institucional (leis, regras, convenções, normas, etc.) dentro do qual as instituições de governança estão inseridas é produto da história. E embora o condicionamento social que opera dentro das estruturas de governança [...] seja reflexivo e muitas vezes intencional, isso também tem características acidentais e temporais.

Ainda, alguns teóricos da Economia relacionam *path dependency* com o conceito de retornos crescentes (*increasing returns*)²³⁰. De acordo com Antônio Fernandes²³¹:

Em termos gerais, retornos crescentes significam que a probabilidade de dar um passo à frente no mesmo caminho ou trajetória estabelecida aumenta cada vez que se move para dentro do próprio caminho. Isto ocorre porque os benefícios relativos da atividade corrente, comparada com outras opções possíveis, aumentam com o tempo. Para optar por outra trajetória diferente, os custos de sair da trilha de alguma alternativa previamente plausível crescem. Assim, processos de retornos crescentes também podem ser descritos como auto-reforços ou processos de *feedback* positivo.

Logo, estamos diante de um *looping* porque o “[...] efeito criado por causas, em algum período prévio, torna-se causa deste mesmo efeito em períodos subsequentes”²³². E a exploração empírica é a ferramenta a ser utilizada para “[...] verificar sob quais circunstâncias as tradições tenderão a ser preservadas, ou entrarão em decadência quebrando o *loop* casual”²³³.

As mudanças ocorrem em momentos que podem ser chamados de críticos. Para Fernandes, o momento crítico revela um contexto de profunda transição, seja decorrente de revoluções ou de reforma institucional. Esta mudança pode levar anos ou décadas, mas ao

²²⁷ Oliver Williamson ampliou o significado, afirmando que a racionalidade limitada e o oportunismo são os exemplos mais óbvios de custos econômicos de transação que têm moldado a teoria da organização. WILLIAMSON, Oliver Eaton. Transaction cost economics and organization theory. In: WILLIAMSON, Oliver Eaton (ed.). **Organization Theory: from Chester Barnard to the present and beyond**. New York: Oxford University Press, 1995, pp. 207-268, p. 215 (citação).

²²⁸ *Ibidem*, p. 236.

²²⁹ *Ibidem*. Tradução nossa. Original: “The entire institutional environment (laws, rules, conventions, norms, etc.) within which the institutions of governance are embedded is the product of history. And although the social conditioning that operates within governance structures [...] is reflexive and often intentional, this too has accidental and temporal features.”.

²³⁰ Mais informações em: PIERSON, Paul. Retornos crescentes, dependência da trajetória (*path dependence*) e o estudo da política. Original publicado em inglês em 2000. Trad. Paula Regina de Jesus Pinsetta Pavarina. Rev. Camila De Mario. **Idéias**, Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, v. 6, n. 2, pp. 335-392, jul./dez. 2015.

²³¹ FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os estudos históricos comparados. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, São Paulo, n. 53, pp. 79-102, 1. semestre de 2002, pp. 83-84 (ortografia original).

²³² *Ibidem*, p. 84.

²³³ *Ibidem*.

final é deixado um legado das escolhas políticas realizadas e que será reproduzido ao longo do tempo²³⁴, sendo que cada estágio influencia fortemente a direção do próximo estágio.

Sem embargo, Paul Allan David referiu que, apesar de algumas instituições ainda estarem fundadas em legados antigos, muito esforço humano está sendo direcionado para a reinvenção e a redescoberta de técnicas organizacionais e arranjos institucionais²³⁵. Em ambientes incertos, os indivíduos não confiam nas previsões do futuro feitas com base em dados passados ou presentes, pois permanecem as consequências aleatórias existentes na história do processo. Desta forma, como o futuro pode ser transmutado pelas ações de hoje, a dependência da trajetória pode ser considerada como um processo não-ergódico²³⁶, em que as políticas e as regras governamentais mudam conforme as circunstâncias e o tempo, possibilitando, assim, a diminuição das incertezas²³⁷.

Como alternativa à mudança, Williamson referiu que devemos seguir em direção a um *mix* de governança, buscando a aproximação entre as teorias privadas e públicas para encontrar um modelo mais consentâneo com o momento atual. Mas isso requer a evolução do pensamento porque é preciso ir além, buscando subsídios de outras áreas, com o conhecimento profundo das estruturas institucionais e das relações contratuais privadas, para melhor atender aos propósitos dos indivíduos.²³⁸

Interpretando a nossa realidade brasileira e a dependência da trajetória, é possível afirmar que ainda não foi rompido o vínculo de uma sociedade familiarista e, conseqüentemente, de uma administração pública voltada aos interesses pessoais e patrimoniais, adiando, assim, a passagem para uma sociedade moderna e mais impessoal, adaptada às inovações que se apresentam nos nossos ambientes. Roberto da Matta observou que não era fácil a compreensão, por parte dos detentores de posições públicas de

²³⁴ FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os estudos históricos comparados. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, São Paulo, n. 53, pp. 79-102, 1. semestre de 2002, pp. 85-86.

²³⁵ DAVID, Paul Allan. Why are institutions the “carriers of History”? Path dependence and the evolution of conventions, organizations and institutions. **Structural Change and Economic Dynamics**, Oxford, 1994, v. 5, n. 2, pp. 205-220, 1994, p. 219.

²³⁶ A diferença entre sistemas ergódicos e não ergódicos foi delineada por Paul Davidson. Nos sistemas ergódicos, a realidade externa é imutável e o futuro é simplesmente uma réplica estatística do passado. Do ponto de vista metodológico, a hipótese ergódica fundamenta a economia neoclássica. De outro lado, nos processos não ergódicos, a realidade é criativa. As decisões cruciais geram ambientes não ergódicos, incertos, em que o tempo é irreversível. Em um sistema não ergódico, a realidade externa é transmutável ou criativa no sentido de que o futuro econômico pode ser criado por ações humanas correntes e futuras. DAVIDSON, Paul. *Uncertainty in economics*. In: DOW, Sheila; HILLARD, John (eds.) **Keynes, knowledge and uncertainty** (Post-Keynesian Economics Study Group). Aldershot, Hampshire: Edward Elgar Pub., pp. 107-116, 1995, p. 108.

²³⁷ DAVID, *op. cit.*, pp. 208-209.

²³⁸ WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, a Division of Macmillan, 1985.

responsabilidade, da distinção fundamental entre os domínios do privado e do público²³⁹, o que ainda se mantém presente neste novo século, como observou Luís Roberto Barroso²⁴⁰:

Improviso, relações familiares e pessoais acima do dever e a cultura da desigualdade contribuem para o atraso social, econômico e político do país. Mais graves, ainda, o jeitinho importa, com frequência, em passar os outros para trás, em quebrar normas éticas e sociais ou em aberta violação da lei. Em todas essas situações, ele traz em si um elevado custo moral, por expressar um déficit de integridade pessoal e de republicanismo. [...] salvo nas hipóteses pontuais e específicas em que se manifesta por comportamentos legítimos, o jeitinho brasileiro deverá ser progressivamente empurrado para a margem da história pelo avanço do processo civilizatório.

É possível a mudança da nossa trajetória, contudo é preciso tomada de consciência, vontade política e ações direcionadas a pavimentar este novo caminho. É uma tarefa difícil e é por isto que se revela importante ampliar o conhecimento por meio de percepções interdisciplinares, ferramentas indispensáveis para a compreensão de um mundo mais complexo²⁴¹.

Diante das considerações expostas no presente capítulo, concluímos que os indivíduos não sobrevivem sem as instituições enquanto seres passivos. Contudo precisam, ao mesmo tempo, desenvolver um comportamento ativo, porque são os responsáveis pelas mudanças institucionais, destinadas a adaptar o meio social a um modelo que poderá permitir a confiança na trajetória. Para sairmos do ciclo vicioso em direção a um futuro satisfatório, entendemos que uma boa escolha é a compreensão do comportamento sistêmico, onde cada

²³⁹ Roberto da Matta salientou que o brasileiro faz a mediação entre o pessoal e a lei por meio da malandragem, do “jeitinho” e do famoso e antipático “sabe com quem está falando?”. Citou os exemplos dos Estados Unidos, França e Inglaterra em que as regras são obedecidas, havendo uma enorme coerência e adequação entre a regra jurídica e as práticas da vida diária. No Brasil, ao contrário, regulamenta-se mais o “não pode”, levando os brasileiros a descobrirem um jeito de operar o sistema legal de uma forma que se distancia da realidade social por relacionar o impessoal com o pessoal. DA MATTA, Roberto. **O que faz o Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986, pp. 97-99. Sobre as malandragens da argumentação e do oportunismo, ver: SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 248, pp. 130-157, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em 26 set. 2018.

²⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Um outro país: transformações no Direito, na Ética e na Agenda do Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 253.

²⁴¹ Esta dificuldade é sentida na seara jurídica porque não é muito comum o estudo para além do Direito, como salientou Ovídio Baptista: “Certamente a alienação dos juristas e seu confinamento no ‘mundo jurídico’ foram determinados por interesses políticos e econômicos da maior relevância. Não se pode, por isso, pretender a superação do *paradigma* racionalista sem que as atuais estruturas políticas e econômicas também minimamente se transformem. A alienação dos juristas, a criação do ‘mundo jurídico’ – lugar encantado em que eles poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores – impôs-lhes uma condição singular, radicada na absoluta separação entre ‘fato’ e ‘direito’. Como disse Gadamer, ‘todos nós somos filhos da Ilustração, enquanto juristas carregamos ainda o otimismo e a esperança de alcançarmos a certeza do Direito, embora o mundo a nosso redor esteja literalmente de pernas para o ar, em relação ao pensamento do século XVIII europeu.’”. SILVA, Ovídio Baptista da (1929-2009). **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. (1. ed. 2004) 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 301-302 (ortografia original).

um assume a sua responsabilidade como parte do processo de mudança do presente e, em consequência, do futuro das novas gerações.

Assim, considerando que o Poder Judiciário brasileiro possui relevante papel na transformação da trajetória do nosso país, passaremos ao segundo capítulo da dissertação, em que será objeto de estudo o comportamento dos litigantes e dos juízes para, então, adentrarmos no comportamento sistêmico, no qual serão feitas proposições de formação de um “acervo de capital jurídico” e de melhorias para o desenvolvimento da “governança judicial”, medidas que poderão reduzir incertezas e induzir condutas, além de possibilitar a concretização de um modelo de decisões judiciais que conduza à satisfação dos interesses individuais e coletivos.

2 O COMPORTAMENTO JUDICIAL E A BUSCA DAS DECISÕES SATISFATÓRIAS

Tandem obtinet iustitia?

A Constituição Federal de 1988 chancelou opções políticas anteriores e trouxe novos institutos e instituições para formatar o Estado Democrático de Direito. Dentre eles, destacamos o crescimento das competências do Poder Judiciário com a adoção da jurisdição una inglesa, sem contencioso administrativo; a ampliação da forma dúplice de controle de constitucionalidade, com a jurisdição constitucional concentrada de matriz europeia ao lado da jurisdição constitucional difusa de matriz americana; e a criação do Superior Tribunal de Justiça, com competências próprias e recursais, seguindo o modelo alemão²⁴².

Associada a esta costura de modelos jurídicos estrangeiros, a nossa era, conforme Nicola Picardi, pode ser definida como a época da decodificação, pois “[...] sobretudo em razão de impulsos corporativos e neocorporativos, o Código Civil foi agredido por leis especiais que extirparam da regulamentação geral toda uma série de institutos e de relações e terminaram, assim, por configurar verdadeiros e próprios estatutos de grupo”²⁴³.

Todavia, além da especialização em direito material brasileiro (como, por exemplo, os estatutos do consumidor, idoso, criança e adolescente, pessoa com deficiência, etc.), as modificações nas normas processuais também provocaram a expansão da intervenção jurisdicional, visto que hoje o juiz é chamado a desenvolver funções que, ontem, pareciam reservadas a outras instituições, como as legislativas e administrativas²⁴⁴. A expansão do Judiciário é uma das principais novidades na evolução das democracias contemporâneas, até porque aumentaram as atividades sociais jurisdicionalizadas que, ao menos em parte, eram de competência de outros agentes, acentuando o problema dos limites entre os três poderes e a própria natureza da atuação judicial²⁴⁵. Neste sentido, sublinhamos as palavras de Luís Roberto Barroso²⁴⁶:

²⁴² MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas** (1. ed. 2013) 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

²⁴³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 3.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 5.

²⁴⁵ *Ibidem*, pp. 11-12.

²⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Renovar, ano 4, n. 16, pp. 03-42, out./dez. 2009, p. 6-7. Também: BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida: e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

[A judicialização] significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico.

Assim, não é à toa que pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, transferem a solução dos seus conflitos ao Judiciário. Como efeitos reversos, podem ser identificados o crescimento exponencial dos índices de litigância e a consequente lentidão dos procedimentos judiciais, ficando cada vez mais difícil alcançar o ideal de duração razoável do processo inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, no inciso LXXVIII do artigo 5º da CRFB/88. Mas vale registrar o alerta de Barbosa Moreira²⁴⁷:

Se uma justiça lenta demais é decerto uma justiça má, daí não se segue que uma Justiça muito rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser *melhor do que é*. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem: não, contudo, a qualquer preço.

Logo, quanto à máxima de “a Justiça tarda, mas não falha”, é possível dizer que, em sendo tardia, a Justiça pode falhar para muitos que, ou não conseguem acessar o Poder Judiciário, ou não conseguem restabelecer o *status quo ante* na mesma intensidade do dano sofrido, prolongando-se por anos a fio o prejuízo ou a dor (física, moral, estética, por exemplo). De outro lado, para outros litigantes (governamentais ou privados), a demora pode ser benéfica no momento em que saem beneficiados com condutas oportunistas ou protelatórias, utilizando-se dos mecanismos procedimentais e da própria jurisdição para o fim de adiar o cumprimento dos seus deveres e obrigações, em uma espécie de “[...] apropriação privada de recursos públicos pelos interesses das partes”²⁴⁸.

Consequentemente, pensamos que a ideia de “satisfação” é algo a ser buscado frente à complexidade do mundo atual, no sentido de que podemos encontrar resultados que sejam bons o suficiente para gerar o sentimento de bem-estar (individual ou social), a depender da abrangência a ser conferida, sem a preocupação de que poderia existir alternativa melhor (conforme subitens 1.2.2 e 1.2.3).

²⁴⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 8. série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5 (grifo original).

²⁴⁸ FALCÃO, Joaquim. O Supremo contra-ataca. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV RIO, 2017, pp. 36-37. No mesmo sentido: SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Administração da Justiça entre processos repetitivos e processos coletivos. In: I Congresso Brasileiro de Administração Pública e Processo, 1, 2016, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Edipucrs, 2016. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2017/01/13/administracao-da-justica-entre-processos-repetitivos-e-processos-coletivos/>>. Acesso em 21 set. 2018.

No nosso entender, as análises judiciais poderão ser simplificadas no momento em que um dos possíveis meios atinge o fim desejado, não havendo necessidade de se gastar mais energia na tentativa de encontrar todas as explicações possíveis para encontrar uma solução ótima. E isso porque o modelo atual, com a profusão legislativa, o excesso de garantismos e o acesso ilimitado à justiça, sem filtros adequados, insufla o Poder Judiciário, promove a exclusão da população com menor renda, ocasiona a lentidão dos procedimentos e conduz à baixa efetividade dos pronunciamentos judiciais, reduzindo-se, em decorrência, os benefícios a quem pretende agir de forma proba na resolução de conflitos submetidos à intervenção estatal.

Ou seja, diversas causas poderiam ser apontadas para tentar vislumbrar o problema do excesso de judicialização cível no Brasil²⁴⁹; porém, iremos delimitar o fenômeno às análises comportamentais dos litigantes, juízes e do Poder Judiciário como sistema, buscando encontrar os principais problemas e soluções, sob a ótica das ferramentas econômicas descritas no capítulo anterior, para, ao final, traçar respostas ao objeto de pesquisa inicialmente proposto e apontar sugestões que poderão mitigar os obstáculos evidenciados.

Diante disso, o capítulo será subdividido em três partes: comportamento dos litigantes²⁵⁰, comportamento dos juízes e comportamento sistêmico.

2.1 Comportamento dos litigantes

Os litigantes, em regra, são representados em juízo por seus advogados²⁵¹. António

²⁴⁹ Rodolfo Mancuso afirmou que o agravamento do quadro judiciário nacional foi insuflado por diversos fatores, como a contenciosidade social, a massificação dos conflitos, a parca e insatisfatória divulgação quanto à existência de outras formas de resolução de conflitos e a judicialização do cotidiano. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas** (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58.

²⁵⁰ Embora o processo decisório dos litigantes (e seus advogados) também esteja sujeito a limitações, conforme descrito nos itens 1.1 e 1.2, os referenciais teóricos encontrados não tratam diretamente das suas decisões processuais, razão pela qual o material pesquisado enfoca de forma preponderante o comportamento excessivo ou oportunista em juízo. No tocante ao processo decisório dos juízes, a produção científica relativa à influência de heurísticas e vieses é mais elaborada, o que justifica o desenvolvimento maior desta matéria no item 2.2, já que existem bases teóricas que podem servir de referência. Mas salientamos que, no tocante ao processo decisório de consumidores, ou seja, na etapa anterior ao eventual ajuizamento de demandas, existem obras publicadas abordando a temática, como, por exemplo: AKERLOF, George Arthur; SHILLER, Robert James. **Pescando tolos: a economia da manipulação e fraude**. Original publicado em inglês em 2015. Trad. Eveline Machado. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

²⁵¹ Devido à extensão do assunto envolvendo os procuradores, não iremos desenvolvê-lo como item apartado nesta dissertação, mas apenas de forma incidental. Registramos que o número de advogados regularmente cadastrados e a forma habitual de remuneração dos serviços prestados (honorários contratuais e/ou sucumbenciais) também podem ser fatores de relevância a serem considerados na sobreutilização do Poder Judiciário, devido à postura mais ofensiva de captação de clientes e da possível utilização dos mecanismos processuais ao seu próprio favor, comportamentos que devem ser fiscalizados pela Ordem dos Advogados do

Menezes Cordeiro²⁵² aduziu que muitos dos representantes das partes possuem uma conduta astuta, utilizando-se de malabarismos processuais com a utilização de todos os expedientes necessários para obter vantagens e se beneficiar do sistema, a exemplo de ações espúrias, contestações inúteis e incidentes descabidos, que em nada contribuem para a descoberta da verdade e o equilíbrio das decisões.²⁵³

Com efeito, cabe ao Poder Judiciário intervir na condução dos procedimentos para que as partes desempenhem um papel adequado, sancionando manobras que destoem das expectativas de comportamento normativo ou sociais. Menezes Cordeiro salientou que²⁵⁴:

[...] o drama do processo, particularmente o do civil, é o de que o dano de uma das partes é lucro para a outra. Tomando o tema em termos pessoais, tantas pessoas lucram com a paralisia da justiça como as que, com isso, perdem. Devedores relapsos, inquilinos em mora, responsáveis por delitos económicos, causadores de acidentes de viação, ocupantes de imóveis e abusadores de toda a ordem usufruem da impunidade que lhes advém da lentidão da Justiça e, no limite, da sua incapacidade em aplicar normas claras.

Rodolfo Mancuso argumentou que, no Brasil, a “cultura demandista” não estimula a busca por outras formas de composição dos conflitos, o que levaria a especular a existência de²⁵⁵:

Brasil. Mas também, cumpre destacar que, como medida patriarcal de proteção à atividade profissional, o Conselho Federal publicou o regulamento que institui o Registro Nacional de Violações de Prerrogativas (RNVP) – Provimento nº 179/2018 –, visando à possível suscitação de inidoneidade moral baseada na violação grave ou reiterada das prerrogativas da advocacia decorrente do deferimento do desagravo público. O objetivo é a formação de um banco de dados para consulta interna e restrita, quando do pedido de inscrição na OAB por juízes, promotores ou funcionários públicos aposentados e que tiveram condutas sancionadas pela Ordem. O Provimento entrou em vigor em 29/8/2018 e pode ser consultado em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/179-2018?search=179&provimentos=True>>. Acesso em 16 set. 2018. Sobre a influência do mercado de advogados, ver: PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 68-73.

²⁵² O autor citou como exemplos de abusos: “[...] excessos de linguagem; descon siderações dirigidas a testemunhas; atos inúteis; diligências dilatórias; enxerto de questões artificiais; discussões sobre pontos que nada têm a ver com a causa; agressividade gratuita”. CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. (1. ed. 2005) 3. ed. Aum. e atual., à luz do Código de Processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 25-28.

²⁵³ Luhmann traçou uma distinção comportamental das partes, mas salientou que são as regras do jogo da interação que conduzem o rumo do processo judicial: “[...] aquele que é mais rápido, o que é típico dos participantes mais experimentados e também dos que têm de orientar relativamente poucas negociações próprias, tem naturalmente vantagem. Consegue tempo para prever consequências da sua atuação e para se orientar para resultados prováveis. Tem a chance duma maior racionalidade e duma maior influência sobre a evolução das coisas. O vagaroso, em contrapartida, está sempre sob a ação do imperativo. Tem de se orientar pelas exigências do momento, ou seja, do presente, em vez de se orientar pelas exigências do futuro; só pode encontrar a medida precisamente nas ocorrências atuais ou na sua própria condição, por exemplo, na sua obstinação, estando, assim, taticamente derrotado. Ele tem de atuar – e só depois é que pode definir aquilo que realizou, a não ser que isto tenha também sido tratado pelos seus colegas mais rápidos.”. LUHMANN, Niklas (1927-1998). **Legitimação pelo procedimento**. Original publicado em alemão em 1969. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 42-43 (ortografia original).

²⁵⁴ CORDEIRO, *op. cit.*, p. 28 (ortografia original).

²⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas** (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 59 (grifos originais).

[...] uma propensão a repassar às mãos do Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os conflitos, fazendo com que o Judiciário opere como um receptor *imediato* (uma sorte de *guichê* universal de reclamações) para toda sorte de pretensões, resistências, insatisfações e intolerâncias.

Por conseguinte, o comportamento inadequado (excessivo ou oportunista) dos litigantes é um dos fatores que podem ser considerados no exame da satisfação da prestação jurisdicional. Sendo assim, o presente item será composto de três partes: o acesso à justiça; o excesso do acesso e a litigância inautêntica.

2.1.1 O acesso à justiça

O ideal de acesso de justiça teve amplo debate no Projeto de Florença, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, produzido na década de 70 do Século XX, com o intuito de identificar as necessidades da época. O resultado foi o Relatório Geral do Projeto Florença, intitulado “*Access to Justice: the worldwide movement to make rights effective – a general report*”, que consistiu em uma obra de seis tomos, publicada no período de 1978 a 1979. No Brasil, as conclusões deste trabalho se tornaram realidade somente em 1988, sob o título de “Acesso à Justiça”²⁵⁶.

Os autores do Projeto de Florença encontraram dificuldades na conceituação de acesso à justiça, como se depreende da seguinte passagem²⁵⁷:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Influenciada por este ideal, a Constituição Federal de 1988 elevou o acesso à justiça a garantia fundamental, como podemos depreender da leitura do inciso XXXV do artigo 5º, assinalando que toda e qualquer lesão ou ameaça a direito deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, não podendo este direito ser excluído por lei infraconstitucional. E, para conferir

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro (1927-2004); GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Original publicado em inglês em 1978. Trad. Ellen Gracie Nortfleet, Porto Alegre: Fabris, 1988.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 8.

concretude, também foi garantido o direito de assistência jurídica integral aos necessitados²⁵⁸, como regra autoaplicável, e o direito de gratuidade de justiça²⁵⁹.

Mas ainda havia outra parcela que estava à margem do Poder Judiciário até 1988: as demandas de baixo valor. A Constituição Federal de 1967 previa a possibilidade de instituição de juizados de pequenas causas²⁶⁰; contudo, poucos Estados-membros haviam legislado a respeito, sendo pioneiro o Estado do Rio Grande do Sul, com a aprovação da Lei Estadual nº 9.442, em 1991. A partir da nova Constituição Federal, tornou-se obrigatória a criação dos juizados especiais pela União, Distrito Federal e Estados-membros, nos termos do inciso I do artigo 98, ampliando as competências com o ideal de assegurar a apreciação judicial em procedimentos mais rápidos e informais²⁶¹.

Desta forma, as competências do Poder Judiciário foram ampliadas significativamente com as garantias constitucionais de acesso, assistência jurídica integral, gratuidade de justiça aos necessitados e juizados especiais, o que elevou o número de demandas ajuizadas.

Com efeito, a política pública constitucional possibilitou o mais amplo acesso ao Poder Judiciário com o exercício, também, dos direitos de contraditório e ampla defesa, o que são benefícios para a sociedade. Em contrapartida, impôs-se ao Estado despesas econômicas diretas de duas ordens: (i) suportar as despesas processuais e administrativas que envolvem o ajuizamento de ações sem a contrapartida dos interessados ou, mesmo se houver o pagamento de custas em alguma das fases procedimentais, o valor desembolsado não representa, em absoluto, o efetivo custo de todos os atos processuais; e (ii) aparelhar defensorias públicas

²⁵⁸ Em breve retrospecto, verificamos que a primeira Constituição a estabelecer o tratamento diferenciado foi a de 1934, com a supressão da garantia pela de 1937. No ano de 1939, a matéria foi inserida no Código de Processo Civil, voltando a ganhar contornos constitucionais nos textos de 1946 e 1967, com a alteração dada em 1969 pela Emenda Constitucional nº 01, todavia, em dispositivos de eficácia contida.

²⁵⁹ O Código de Processo Civil de 1973 apenas ressalvou o pagamento de custas nos casos de justiça gratuita, pois as normas concessivas de gratuidade já se encontravam disciplinadas na Lei Federal nº 1.060, de 05/02/1950. Contudo, vários artigos desta lei foram revogados expressamente pelo Código de Processo Civil de 2015, passando a matéria a ser regulamentada pelo art. 98 (e seguintes), em que a gratuidade de justiça é direito da pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários. De acordo com a nova sistemática, a pessoa física não precisa comprovar a insuficiência de recursos; porém, a pessoa jurídica, com ou sem fins lucrativos, deve demonstrar que não possui condições de suportar as despesas judiciais.

²⁶⁰ Art. 136 - Os Estados organizarão a sua Justiça, observados os arts. 108 a 112 desta Constituição e os dispositivos seguintes:

§ 1º - A lei poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça:

[...]

b) Juízes togados com investidura limitada no tempo, os quais terão competência para julgamento de causas de pequeno valor e poderão substituir Juízes vitalícios.

²⁶¹ Leslie Ferraz registrou a significativa disparidade no padrão de funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis brasileiros porque, além das intensas diferenças regionais do país, possuem grandes diferenças no envolvimento dos magistrados e/ou dos tribunais no tocante às pequenas demandas. Portanto, são as políticas adotadas localmente que promovem o desenho institucional dos juizados, tendo mais peso do que os próprios comandos legais. FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à Justiça**: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010, pp. 205-206.

para a assistência técnico-jurídica de pessoas em necessidade, conforme disposição do *caput* do artigo 134 da Carta Magna. Como custos reflexos em razão do aumento da litigiosidade, além do crescimento expressivo do Poder Judiciário, outras estruturas administrativas tiveram que se adaptar, a exemplo do Ministério Público e das defensorias e advocacias públicas.

A ideia geral que se tem na Administração Pública é: mais competências, mais estrutura (juízes, servidores, prédios, computadores, etc.), maior dotação orçamentária, mais tributos. Por isso, entendemos oportuno o estudo de conceitos econômicos para melhor entender o Direito, uma vez que este muitas vezes ignora a finitude de recursos.²⁶²

A escassez, para a Economia, está relacionada com o uso subjetivo de algo, sendo que um bem se torna escasso quando não há quantidade suficiente para que todos os indivíduos possam usufruí-lo, como o tempo ou o dinheiro, importando em fazer escolhas e buscar modelos de governança que induzam à boa administração dos bens, públicos ou privados (conforme restou consignado no item 1.3). Os indivíduos e suas relações sociais estão cada vez mais intrincadas, sendo necessário repensar o modelo atual e introduzir novas diretrizes para que as competências do Judiciário sejam exercidas em sua plenitude.

Na Inglaterra, por exemplo, diversos estudos foram realizados como uma forma de rever procedimentos processuais e reduzir os custos da litigância, chegando-se à conclusão de que o acesso à justiça não poderia ser a qualquer custo, pois o juiz deve tratar a causa de forma proporcional ao valor, à importância e à complexidade, seja na interpretação das normas, seja no exercício dos seus poderes discricionários. Como resultado, duas grandes reformas foram implementadas nas “*Civil Procedure Rules*”, ocorridas em 1999 (“*The Woolf Report*”, do Lord Harry Woolf²⁶³) e 2009 (“*Report*” do Lord Rupert Jackson²⁶⁴), proporcionando melhores resultados no acesso e na solução dos conflitos.

²⁶² Sobre os custos públicos dos direitos fundamentais, Casalta Nabais afirmou que: “[...] não há direitos fundamentais de borla. Efectivamente todos eles têm custos financeiros públicos. Sendo certo que, ao contrário do que a rejeitada distinção pretende fazer crer, os clássicos direitos e liberdades não só assentam em custos públicos, como assentam em custos públicos com efeitos visivelmente regressivos.” NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, ano 3, n. 2, pp. 9-30, 2002 (posteriormente, o autor publicou o livro com o aprofundamento das suas ideias: Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre os direitos e deveres fundamentais, Coimbra: Coimbra Editora, 2007), p. 29 (ortografia original). Por sua vez, Eduardo Costa trouxe dezoito recomendações para mudar os processos decisórios judiciais, dentre ele o aumento do número de juízes. Discordamos deste aspecto porque entendemos que a organização administrativa pode revelar mecanismos que simplifiquem os julgamentos, não sendo necessário um maior investimento na estrutura judicial, como será visto no item 2.3. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 201-202.

²⁶³ Disponível em: <www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/0/.../Woolf%20report.pdf>. Acesso em 20 jul. 2017.

²⁶⁴ Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/.../Reports/jackson-final-report-140110.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2017.

No Brasil, é imprevisível o número de causas judiciais e de matérias que serão examinadas pelo Judiciário. A partir da sua provocação por meio do ajuizamento de demandas ou da interposição de recursos, os magistrados ficam obrigados a seguir em frente, inexistindo a prerrogativa de escolher se querem ou não resolver a questão posta em julgamento (exceto nas hipóteses legais previstas no CPC/2015).

Logo, pensamos que o nosso problema maior não está em garantir o acesso aos que dele necessitam, mas na forma como os litigantes usam o sistema judicial. Neste sentido, Rodolfo Mancuso asseverou que²⁶⁵:

A rigor, o problema não está (ou ao menos não tanto) na singela questão do *acesso à Justiça* (já que a instância estatal hoje é alcançável por diversas vias, valendo lembrar que o necessitado não só ao ângulo econômico, mas até mesmo o *carente organizacional* se beneficia de “assistência jurídica integral e gratuita” (CF, art. 5º, LXXIV) e sim, nos modos e meios pelos quais o Estado haverá que assegurar a finalidade última do processo, qual seja a composição justa e tempestiva do conflito judicializado, ou, se se quiser: o *acesso à ordem jurídica justa*.

Assim, considerando que muitos dos beneficiários da garantia constitucional de acesso²⁶⁶ ficam prejudicados pela conduta dos maiores litigantes judiciais, a quem não interessa a eficiência do Poder Judiciário e a segurança jurídica das suas decisões, urge a implementação de medidas que filtrem o acesso e/ou impeçam o ajuizamento de causas frívolas ou protelatórias, para que esta mudança de trajetória possibilite o efetivo exercício do direito à justiça.

Prosseguiremos analisando a problemática do excesso do acesso ao Poder Judiciário.

2.1.2 O excesso do acesso

O amplo acesso à justiça, somado à gratuidade de custas e à utilização de advogados públicos, pode incentivar indivíduos à sobreutilização das instituições, sem ponderar as consequências ou os custos envolvidos com a manutenção da estrutura judicial (como na

²⁶⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 208-209 (grifos originais).

²⁶⁶ O Superior Tribunal de Justiça e a FGV Projetos realizaram, no dia 21/5/2018, o Seminário “Acesso à Justiça: o custo do litígio no Brasil e o uso predatório do Sistema de Justiça”, com a coordenação científica de Luis Felipe Salomão, Ricardo Villas Bôas Cueva e Henrique Ávila, no qual estivemos presente. A abordagem foi notadamente interdisciplinar, com palestrantes oriundos de diversas instituições públicas e privadas, focando nos custos de litigância, gerenciamento dos processos, otimização do sistema de justiça e papel do Poder Público em juízo.

conduta de sobrepastoreio de pastos comuns citada no subitem 1.3.1). Destacamos as palavras do Ministro Teori Zavascki no julgamento do Agravo nº 729.870/RJ²⁶⁷:

Por mais honestas e sérias que pretensões como essas se apresentem, não se compreende como, em nosso País, não haja a solução por mecanismos extrajudiciais, e que, depois de judicializadas, não possam ser definitivamente resolvidas no âmbito dos juizados especiais. Só admitindo a falência desses Juizados e dos demais juízos e tribunais estaduais e federais que compõem as instâncias ordinárias é que se poderia admitir a submissão de causas como essas à apreciação do Supremo, obrigando que a mais alta Corte Judiciária do Brasil sobre ela se debruce, ainda que para afirmar que o recurso não deveria ter sido interposto. Sem falar nos custos financeiros que isso representa aos cofres da Nação (milhares de vezes superiores ao valor econômico da causa) e do gasto de tempo que impõe aos serviços judiciários, a insistência em recorrer, em situações da espécie, revela que não basta haver leis no País filtrando o acesso às instâncias extraordinárias. É preciso que haja também uma mudança de cultura, uma séria tomada de consciência, inclusive pelos representantes judiciais das partes – defensores públicos, advogados públicos e privados, ministério público –, de que a universalização de acesso ao STF, antes de garantir justiça, contribuirá ainda mais para a inviabilização do nosso sistema de justiça.

De outro lado, como a Administração Pública é a primeira devedora dos direitos fundamentais à população²⁶⁸, elencados no artigo 6º da Constituição Federal, o aumento expressivo de demandas judiciais vem sendo provocado por ela mesma, especialmente nas prestações públicas primárias envolvendo questões de saúde e previdência. Estes são exemplos de acesso legítimo à justiça e, ao mesmo tempo, de excesso, em decorrência de omissões na concretização destes direitos.

Paula Vaz Freire²⁶⁹, ao comentar sobre os comportamentos dos gestores públicos que levam ao aumento de despesa e endividamento do Estado, atribuiu três razões explicativas: (i) a maximização das probabilidades de reeleição; (ii) a influência de determinados agentes e grupos de interesse; e (iii) a ausência de responsabilização pelo não cumprimento dos encargos financeiros durante a sua gestão. Estas razões são perfeitamente aplicáveis no nosso

²⁶⁷ A ação de consumidora, em que postulava danos materiais e morais decorrentes da aquisição de um pacote de pão de queijo mofado, foi julgada parcialmente procedente pelo Juizado Especial Cível, apenas no tocante ao prejuízo material, decisão confirmada pela Turma Recursal. Contudo, a autora, representada pela Defensoria Pública, interpôs Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal para pleitear danos morais, que restou inadmitido, gerando o Agravo nº 729.870/RJ. O Ministro Relator Teori Albino Zavascki, em decisão monocrática, negou provimento ao recurso em 08/10/2013, praticamente cinco anos após o ajuizamento da demanda, sendo que a consumidora poderia ter buscado a troca do produto logo após a aquisição, evitando toda a tramitação processual. Agravo em Recurso Extraordinário nº 729.870/RJ, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, j. 08/10/2013, Supremo Tribunal Federal.

²⁶⁸ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Administração da Justiça entre processos repetitivos e processos coletivos. In: I Congresso Brasileiro de Administração Pública e Processo, 1, 2016, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Edipucrs, 2016. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2017/01/13/administracao-da-justica-entre-processos-repetitivos-e-processos-coletivos/>>. Acesso em 21 set. 2018.

²⁶⁹ FREIRE, Paula Vaz. A análise econômica do Direito e a crise. **Revista de Direito Público**: Instituto de Direito Público, Lisboa, ano 6, n. 12, pp. 147-155, jul./dez. 2014. p. 155.

país, visto que não existe uma continuidade dos planejamentos das políticas públicas, o que acaba dificultando a implementação das prestações em benefício da sociedade.

Vejamos o exemplo das políticas públicas de saúde, em que inúmeros processos judiciais são ajuizados contra Municípios, Estados e União em virtude da garantia constitucional e da inércia do Poder Público no fornecimento de medicamentos ou de indenização do valor correspondente. Duas matérias de grande relevância tramitam no Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários nº 566.471/RN (Tema nº 006)²⁷⁰ e 657.718/MG (Tema nº 500)²⁷¹, ambos com repercussão geral reconhecida, tratando, respectivamente, do fornecimento de remédio de alto custo não incluído em programas nacionais e do fornecimento de remédios não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

No primeiro caso, o Relator afirmou que o reconhecimento do direito individual de receber do Estado medicamento em tais circunstâncias, dependeria da comprovação de três requisitos: (i) imprescindibilidade do uso do remédio – adequação e necessidade; (ii) impossibilidade de substituição do fármaco; e (iii) incapacidade financeira do enfermo e dos membros solidários da família, conforme previsto no Código Civil. Contudo, em que pese tenha transcorrido mais de onze anos da interposição do recurso, ainda não houve julgamento final, permanecendo o assunto sem diretriz institucional.

²⁷⁰ O Recurso Extraordinário foi protocolado em 08/10/2007. No caso concreto, o Estado do Rio Grande do Norte recusou-se a fornecer remédios para tratamento de “miocardiopatia isquêmica” e “hipertensão arterial pulmonar” à paciente reconhecidamente hipossuficiente, nos termos consignados em sentença de procedência, confirmada em grau recursal, motivo pelo qual houve a interposição do Recurso Extraordinário. Depois da prolação do voto do Ministro Relator Marco Aurélio Mello, em que negou provimento ao recurso do Estado (15/9/2016), o Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o Relator, o Ministro Edson Fachin concedeu parcial provimento e o Ministro Teori Albino Zavascki solicitou vista dos autos, sendo que, até a data da consulta à movimentação processual, não havia o lançamento de outro voto. Foram admitidos como terceiros: o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – Anis, da Associação Brasileira de Assistência à Mucoviscidose – ABRAM, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, o Defensor Público-Geral da União, os Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Paraná, Pernambuco, Piauí, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe, o Distrito Federal e a União. Consulta realizada em 16 ago. 2018 no sítio eletrônico do STF, sem decisão final.

²⁷¹ O Recurso Extraordinário foi protocolado em 19/11/2011, visto que o Estado de Minas Gerais se recusou a fornecer remédio para tratamento de “hiperparatireoidismo secundário” em paciente com insuficiência renal em diálise. A sentença de procedência foi reformada pelo Tribunal de Justiça sob o argumento de que não seria recomendável obrigar o Estado a garantir tratamento terapêutico em tais circunstâncias. O Ministro Relator Marco Aurélio Mello proferiu seu voto pelo desprovimento do recurso (15/9/2016) e se seguiram os votos de parcial provimento do Ministro Luís Roberto Barroso, de provimento do Ministro Edson Fachin e o pedido de vista do Ministro Teori Albino Zavascki. Em 26/6/2017, o Relator deferiu liminarmente o pedido de fornecimento do remédio, sob pena de multa diária, e o recurso aguardava o pronunciamento dos demais julgadores. Foi admitida a participação, como terceiros, da União, de todos os Estados da Federação e do Distrito Federal. Conforme consulta realizada em 16 ago. 2018 no sítio eletrônico do STF, o processo foi extinto sem julgamento do mérito pelo Relator.

No segundo, o Relator proferiu voto no sentido de negar provimento ao recurso por considerar que o registro na ANVISA seria requisito inafastável para obrigar o Estado a fornecer o medicamento. Após serem lançados dois outros votos, o Ministro Marco Aurélio Mello deferiu o pedido de liminar; e, após receber a confirmação de que a recorrente estava recebendo do Estado o remédio, proferiu decisão em 08/8/2018 extinguindo o processo sem julgamento do mérito e determinando a remessa de cópia da decisão à Presidência do Supremo Tribunal Federal para que fossem oficiados os Estados para a remessa de outro recurso que eventualmente poderá vir a substituir o paradigma da repercussão geral. Isto é, a matéria também carece de diretriz, sendo plausível a demora na retomada dos debates pela Corte Suprema.

Estes exemplos²⁷² nos levam a questionar sobre o dever do Estado de garantir a saúde a todos os cidadãos, de forma ilimitada, porque, não obtendo o direito de forma direta, o Judiciário acaba sendo provocado a se manifestar, funcionando como uma espécie de “segunda instância administrativa”, sendo difícil (ou até mesmo impossível) segregar demandas legítimas de ilegítimas.

Em algumas ações judiciais envolvendo medicamentos ou tratamentos experimentais que estão fora das listas e protocolos do Sistema Único de Saúde (SUS) ou da Agência Nacional de Saúde (ANVISA), podem ser evidenciados abusos em virtude de condutas enviesadas de médicos e laboratórios farmacêuticos em dar preferência a determinadas marcas, muitas vezes mais dispendiosas ou até mesmo ineficientes ou desnecessárias.

Tais comportamentos geram consequências graves, tanto para o paciente, que não obtém a cura para a sua doença, quanto para a coletividade, em virtude da possível ofensa aos princípios da isonomia e separação de poderes. Quanto ao primeiro princípio, se forem concedidos remédios ou tratamentos diferenciados e não autorizados pelo Poder Executivo, privilegiam-se determinadas pessoas com o pagamento de despesas altas ou sem a

²⁷² A matéria também está sendo debatida no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. No REsp nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106), a 1ª Seção decidiu recurso repetitivo, em 25/4/2018, afirmando que é obrigação do Poder Público o fornecimento de remédios não incorporados em atos normativos do SUS, desde que preenchidos, cumulativamente, três requisitos: (i) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; e (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento. Houve a modulação de efeitos para considerar que os critérios e requisitos estipulados na decisão somente poderão ser exigidos para os processos distribuídos a partir da conclusão do julgamento. E, no caso concreto, foi negado provimento ao recurso do Estado do Rio de Janeiro, mantendo-se a obrigação de fornecer o medicamento. Estão pendentes de julgamento os Embargos de Declaração. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1641175&num_registro=201700256297&data=20180504&formato=PDF>. Acesso em 14 set. 2018.

comprovação científica dos resultados, podendo haver prejuízo aos demais cidadãos que também precisam de assistência pública à saúde.

Com relação à separação de poderes no mundo contemporâneo, a doutrina²⁷³ vem questionando este modelo por ter sido idealizado para um momento em que o juiz se limitaria a aplicar ou dizer o direito, de olhos vendados, sem temor, ódio ou piedade. Mesmo que adotemos o conceito de um sistema dinâmico e complexo em que há a judicialização de questões públicas, uma decisão precipitada ou sem o apoio técnico pode levar à ingerência do Judiciário nas escolhas políticas do Chefe do Poder Executivo, que lida com dotações orçamentárias e financeiras específicas e restritas, sujeitando-se às sanções da Lei de Responsabilidade Fiscal e da Lei de Improbidade Administrativa.

Um exemplo do mau uso do Judiciário ocorreu no caso “Máfia das Próteses”²⁷⁴, no Rio Grande do Sul, com grande repercussão na imprensa partir de dezembro de 2014. Diversas investigações confirmaram a conduta oportunista e fraudulenta de indústrias, fornecedores, médicos e advogados no sentido de se obter medidas liminares para a concessão pública de órteses e próteses, que eram colocadas em partes do corpo que estavam sãs ou que não correspondiam ao padrão de qualidade indicado nas ações judiciais, acarretando o prejuízo da saúde dos pacientes que buscavam garantir uma melhor qualidade de vida. Seguem destacadas as palavras do Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Ney Wiedemann Neto, sobre a necessidade de os tribunais contarem com assessoramento técnico²⁷⁵:

Ademais, não se pode desconhecer que nesse tipo de demanda há muitos atores da cena judiciária (partes interessadas) ocultos, como a indústria de medicamentos ou de órteses e próteses, associações de doentes, médicos, e fornecedores. Às vezes, isso pode levar a distorções e práticas que se prestam a desvios, com a utilização da Justiça como um meio operacional de incorporação de tecnologias e disseminação

²⁷³ Por exemplo: PERELMAN, Chaïm (1912-1984). **Lógica jurídica**: nova retórica. Original publicado em francês em 1979. (1. ed. bras. 1998) 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi, São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 30-33; PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editores, 1989, pp. 229-265; SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Original publicado em francês em 2005. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. 182-183 e p. 187. Ainda, Rodriguez fez o seguinte comentário: “A cristalização da visão de que os poderes são três e de que cada um deles tem a função de controlar o outro é apenas uma das possibilidades institucionais que mesmo a ideia original de freios e contrapesos de Montesquieu permite pensar. O sentido de *O espírito das leis* nunca foi afirmar os três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, como a essência do estado de direito, mas sim mostrar que é necessário criar poderes e contrapoderes para evitar a constituição de polos de poder absolutos, sem nenhum controle.”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, pp. 185-186.

²⁷⁴ Mais informações em: RAMOS, Pedro. **A máfia das próteses**: uma ameaça à saúde. São Paulo: Évora, 2016.

²⁷⁵ WIEDEMANN NETO, Ney. O direito à saúde e o Poder Judiciário. **O Sul**, 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/07/20/o-direito-a-saude-e-o-poder-judiciario/#>>. Acesso em 19 abr. 2018.

do seu uso em escala comercial, muitas vezes de medicamentos não essenciais ou não garantidos em termos de eficácia e segurança.

[...]

Por tudo isso, são importantes as Recomendações nº 31/2010 e nº 36/2011, do Conselho Nacional de Justiça, no sentido de os tribunais contarem com núcleos de consultoria e assessoramento técnico (médicos e farmacêuticos) para apreciar pedidos de concessão de liminares em ações judiciais. Isso permite ao magistrado avaliar a respeito da necessidade, adequação e urgência do procedimento solicitado. Ainda, que os juízes ouçam (até por meio eletrônico) os gestores de saúde, antes da apreciação de medidas de urgência.

Ou seja, inexistindo, até o momento, diretrizes claras por parte dos três Poderes em matérias como estas, que poderiam servir de âncora e filtro aos julgamentos, a alternativa a ser adotada pelos juízes está na consulta prévia à opinião técnica qualificada para que sejam fornecidas as informações específicas necessárias à formação de um juízo mais satisfatório. Como compete ao juiz conduzir o processo, é seu o dever de requisitar informações, pessoas, documentos, buscando a participação daqueles que podem contribuir para a solução mais adequada dos casos submetidos a julgamento.

Nas questões envolvendo previdência pública do regime geral, também observamos uma falta de sintonia institucional entre os atos administrativos praticados pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) e a concessão de liminares e/ou decisões definitivas da Justiça Federal destinadas ao restabelecimento de auxílios-doença, aposentadorias e benefícios assistenciais²⁷⁶. Corroborando esta assertiva, o Conselho Nacional de Justiça reconheceu que o Direito Previdenciário é o “nó central” recorrente, sendo o assunto mais demandado em todas as esferas dos cinco Tribunais Regionais Federais²⁷⁷.

Cria-se, portanto, um paradoxo: o Estado concede a garantia de acesso à Justiça aos indivíduos hipossuficientes ou vulneráveis e, de outro lado, provoca o excesso de litigância, seja por ação, na expedição de atos administrativos prejudiciais, seja por omissão, ao não implementar direitos constitucionalmente previstos, fomentando conflitos e sabotando o sistema judicial (que se aproxima do instinto predatório citado por Veblen – subitem 1.1.2).

²⁷⁶ Como exemplo de atitude interinstitucional voltada à cooperação entre órgãos, registramos que o Tribunal de Contas da União está analisando a questão da judicialização das concessões de benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Antes de levar o caso ao Plenário na Sessão de 12/9/2018, o Relator da TC nº 022.354/2017-4, Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, determinou a realização de audiência pública para ouvir os atores do sistema e a sociedade em geral, agendada para o dia 26/9/2018. Conforme levantamento da auditoria do TCU, verificou-se que, somente em 2017, foram pagos R\$ 92 bilhões em benefícios do INSS, mantidos por decisões judiciais. Além disso, a auditoria calculou que o gasto é de R\$ 4,6 bilhões, ao ano, com todo o aparelho estatal federal envolvido na análise dos benefícios, incluindo tanto as despesas do INSS quanto da Justiça Federal, Procuradoria-Geral Federal e Defensoria Pública da União. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/audiencia-publica-no-tcu-trata-da-judicializacao-dos-beneficios-do-inss.htm>>. Acesso em 23 set. 2018.

²⁷⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2017**: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017, p. 170.

Com efeito, urge um modelo de governança com uma maior colaboração e coordenação entre os órgãos públicos²⁷⁸, respeitando-se as capacidades das instituições que estão habilitadas a produzir a melhor decisão para a criação de políticas públicas efetivas. A definição de critérios razoáveis e satisfatórios para as decisões judiciais pode evitar o desequilíbrio sistêmico entre a globalidade dos serviços públicos prestados pelo Executivo e a frequente substituição de decisões administrativas por parte do Judiciário, criando um caminho no presente para a mudança de trajeto no futuro (subitens 1.3.2 e 1.3.3).

Assim, o estabelecimento de diretrizes institucionais objetivas representará o fortalecimento do órgão jurisdicional e dos seus membros, porque, muitas vezes, no afã de resolver o caso posto, os juízes acabam realizando a sua ponderação com base em sentimentos de misericórdia, compaixão ou medo de não fazer a coisa certa no tempo certo. Este é um nítido exemplo de que a racionalidade econômica encontra limites não só nas circunstâncias, fatos e provas que constam nos autos, mas também nos elementos subjetivos que envolvem a tomada de decisão, temas que serão retomados mais à frente (itens 2.2 e 2.3).

No próximo subitem, prosseguiremos o estudo com as espécies de litigância inautêntica, que permitem visualizar com maior clareza os problemas decorrentes do comportamento inadequado dos litigantes.

2.1.3 A litigância inautêntica

O acesso inautêntico ao Poder Judiciário ocorre, especialmente, em decorrência da litigância abusiva, classificada como frívola ou habitual. Tais litigantes objetivam alcançar o maior benefício próprio com a utilização de todos os mecanismos processuais disponíveis, assemelhando-se ao conceito de *homo economicus* (subitem 1.1.1), mas com um viés nitidamente oportunista.

O inadequado exercício das regras processuais gera a “litigância ímproba”, causando prejuízos ao Judiciário (e conseqüentemente ao Estado), à parte contrária, a um litisconsorte ou a terceiro estranho à lide. No nosso ordenamento jurídico, o controle da probidade sofre diversas críticas²⁷⁹:

²⁷⁸ Como, por exemplo, entre o Conselho Nacional de Justiça, Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas e União/Estados/Municípios. A audiência pública referida na nota de rodapé 276 demonstra a possibilidade de uma maior interação entre os órgãos públicos na obtenção de soluções concretas para os problemas estruturais.

²⁷⁹ MILMAN, Fabio. **Improbidade processual**: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 212-213.

Em primeiro lugar, está a timidez na aplicação das penalidades, uma vez que tem o julgador ciência de estar punindo, no mais das vezes, a parte litigante quando, com muita frequência, o ato censurado resulta de ação ou omissão do procurador. Depois, há o fato da reversão das multas em favor do adversário o que gera, também no juiz, a sensação de estar fomentando enriquecimento sem causa. Finalmente, há de se considerar que a mera aplicação de penalidades pecuniárias, ainda que agravadas como vem sendo tendência, combatem os efeitos e não as causas do mau gerenciamento, pelas partes, dos meios processuais.

O descumprimento de diversos deveres pode levar à improbidade dos litigantes²⁸⁰. No presente trabalho, iremos tratar o tema de forma genérica, destacando a conduta das partes na manutenção da litigância, sem relacionar ou aprofundar a tipologia de atos processuais sujeitos ao sancionamento. Este tópico, portanto, será subdividido em duas partes para desenvolver as temáticas da litigância frívola e habitual, realçando as consequências para o litigante eventual e demais prejudicados.

2.1.3.1 Litigância frívola

Miguel Patrício²⁸¹ conceituou “litigância frívola” como aquela com baixa probabilidade de êxito, proposta sem se levar em conta os custos acarretados ao erário. A demanda é ajuizada mesmo que o autor esteja consciente de que o benefício a ser obtido ao final do julgamento será inferior às despesas de tramitação do processo.

Patrício evidenciou algumas pistas para identificar a frivolidade²⁸²: (i) o comportamento dos indivíduos frente aos incentivos concedidos pela assimetria informativa (informações existentes ou inexistentes, a depender do cenário envolvido); (ii) o fato de que o autor inicia a ação com um custo reduzido, sabendo que irá ser beneficiado com um acordo, a não ser que o réu promova um esforço intenso para se defender; (iii) as diversas percepções das partes quanto ao resultado do julgamento, o que pode beneficiar o litigante frívolo; e (iv) a possibilidade de ocorrência de erros judiciais na condenação.

²⁸⁰ Para aprofundamento, sugerimos os seguintes referenciais teóricos: MILMAN, Fabio. **Improbidade processual**: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007, capítulo IV; TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório**: a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Editora Juspodivm, 2015. Com relação ao comportamento das partes na produção de provas: AHRENDTS, Ney da Gama (1925-2000). Comportamento processual da parte como prova. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, pp. 74-79, mar. 1976; RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 20, n. 0, pp. 01-09, 1981; SCARPARO, Eduardo Kochenborger. **Ethos e comportamento processual como prova no Processo Civil**. 2017. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2017/10/11/ethos-e-comportamento-processual-como-prova-no-processo-civil/>>. Acesso em 26 set. 2018.

²⁸¹ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 63.

²⁸² *Ibidem*, p. 65.

De forma excepcional, outros aspectos podem condicionar esta espécie de litigância, como²⁸³: (i) a existência de custos irrecuperáveis (*sunk costs*); (ii) a influência do mercado de advogados; (iii) as demandas ajuizadas para exercer o rancor (*grudge suits*), sendo suficiente a publicidade negativa sobre o réu, ainda que não seja obtido o resultado econômico pretendido; e (iv) a necessidade de verificar qual a possibilidade de uma demanda frívola resultar em ganhos.

No âmbito da responsabilidade civil extracontratual, por exemplo, não resta dúvidas que demandas frívolas ou de bagatela, fundadas na pretensão de enriquecimento a partir de meros aborrecimentos sociais, sem qualquer suporte para a configuração técnica de um dano ressarcível, autoriza a aplicação de sanções pela ausência de boa-fé²⁸⁴.

Em virtude da proliferação de danos morais²⁸⁵, as tarefas de identificar a adequação e de atribuir valor indenizatório apropriado são árduas, pois fica cada vez mais difícil discernir quais casos são legítimos e justos²⁸⁶, que ficam prejudicados pela ausência de mecanismos de triagem.

Vale lembrar que a violação de regras de direito privado deveria ensejar, em tempo razoável, a aplicação de sanção civil de natureza compensatória com a dupla finalidade de reparar o dano causado à vítima e inibir a prática de atos ilícitos por parte do ofensor, estimulando a precaução. Porém, no nosso entender, estes objetivos não estão sendo alcançados de forma ampla, pelo que a conduta frívola de litigantes pode ser considerada na adoção de medidas tendentes ao aperfeiçoamento da administração da justiça brasileira.

²⁸³ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 68.

²⁸⁴ Neste sentido, SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. (1. ed. 2007) 6. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

²⁸⁵ Anderson Schreiber citou diversos tipos de novos danos, falando, inclusive, em uma “*indústria do dano moral*”. São exemplos, na Itália: dano à vida de relação, dano pela perda da concorrencialidade, dano por redução da capacidade laboral genérica, dano sexual, dano do custo de manutenção do filho indesejado, dano existencial de emissão de ruído, dano de moto nova; na Europa: dano de férias arruinadas, dano de assédio moral (*mobbing*), dano de meios de comunicação (*mass media*), dano de processo lento, dano de brincadeiras cruéis (*bullying*), dano pelo nascimento com grave deficiência física; e no Brasil: dano de rompimento de noivado, dano pela separação após a notícia de gravidez, abandono afetivo, dano por morte de animal doméstico. *Ibidem*, p. 92-99.

²⁸⁶ Fábio Ulhoa Coelho advertiu que há dois tipos de desvirtuamentos que podem comprometer o instituto: a banalização da dor e a elevação dos valores de indenização em casos de meros desconfortos, criando-se um mundo de “não me toques”. A fim de evitar o primeiro desvirtuamento e ser fixada uma indenização, o magistrado deve ter sensibilidade para identificar que os sentimentos experimentados pela vítima se caracterizam, de fato, como uma “dor tormentosa, excepcional, significativa e não simulada”. No caso do segundo desvirtuamento, a indenização deve compensar a dor experimentada, mas não pode servir de sanção aos devedores, tendo em vista que “[...] muitos dos acidentes da era contemporânea não deixarão de acontecer com o aumento no valor das indenizações que, sempre que possível, são socializadas, prejudicando a sociedade e a economia”. Estes desvirtuamentos, portanto, devem ser reduzidos para que o instituto do dano moral seja cada vez mais prestigiado. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2, 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 444-445.

2.1.3.2 Litigância habitual

Quanto à “litigância habitual”, Moraes da Rosa e José Linhares²⁸⁷ salientaram que é um problema a ser enfrentado no âmbito judicial. Muitos litigantes conhecem os mecanismos do sistema e utilizam a judicialização dos seus deveres e obrigações como uma forma de postergar o pagamento, apostando na morosidade do Poder Judiciário e na ausência de incentivos eficientes e hábeis a inibir a conduta. No jogo processual, tais litigantes apostam no benefício do baixo valor despendido, já que, no seu cálculo, não são contabilizados os custos compartilhados por toda a coletividade para a manutenção da estrutura judicial.

Rodolfo Mancuso referiu que os habituais são aqueles que trabalham em economia de escala na sua relação com o Judiciário e que, por isso, não são propriamente prejudicados pelas deficiências evidenciadas, sendo que muitos apostam na ideia de “[...] quanto pior, melhor”²⁸⁸.

A habitualidade de judicialização é provocada com frequência pelo comportamento de grandes empresas privadas que descumprem direitos dos consumidores (em especial, operadoras de telefonia²⁸⁹ e instituições bancárias²⁹⁰, de crédito e de planos de saúde²⁹¹),

²⁸⁷ ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 81.

²⁸⁸ São os *repeat players*, na terminologia norte-americana. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas** (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 129.

²⁸⁹ No Brasil, é recorrente o ajuizamento de demandas contra as empresas privadas de telefonia por motivos variados, mas sendo predominante o desrespeito aos direitos consumeristas. Mais especificamente, no Rio Grande do Sul, inúmeros processos judiciais foram ajuizados por proprietários de linhas telefônicas em razão da privatização da Companhia Riograndense de Telecomunicações (CRT), sucedida pela Brasil Telecom, objetivando a tutela dos seus direitos como acionistas da estatal. Mesmo diante da grande quantidade de ações ajuizadas, houve casos de lesões a direitos de litigantes, provocadas pela conduta oportunista de procurador (es) investigado (s) na Operação Carmelina (2014), dando origem a diversos pedidos judiciais de indenização por danos materiais e morais, como, por exemplo, o caso do REsp nº 1.750.570, julgado em 11/9/2018 pela 3ª Turma do STJ, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1745492&num_registro=201800479571&data=20180914&formato=PDF>. Acesso em 22 out. 2018.

²⁹⁰ No AREsp nº 1.260.458/SP, julgado em 25/4/2018, em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio Bellizze reconheceu a existência de danos morais aplicando a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, aduzindo que inúmeros profissionais, empresas e o próprio Estado, ao invés de atender ao cidadão, fornecem cotidianamente produtos e serviços defeituosos e optam por realizar práticas abusivas e contrárias à lei. Para o Relator, o acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo foi acertado porque houve comprovação do ato ilícito da instituição bancária em insistir na cobrança indevida de encargos durante três anos, devendo-se reconhecer o dano moral pela demora na solução do caso. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=82056420&num_registro=201800548680&data=20180425&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em 14 set. 2018.

²⁹¹ No REsp nº 1.721.705/SP, julgado em 28/8/2018, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu julgar Recurso Especial que abordava matéria sobre o fornecimento de remédios por uma operadora de plano de saúde, mesmo depois de ter postulado a desistência. Por reconhecer o caráter de matéria de efetivo interesse social coletivo, o STJ fixou interpretação da lei federal infraconstitucional e negou provimento ao recurso para definir que o remédio, havendo indicação médica, teria de ser fornecido pela empresa. Conforme a Ministra Relatora

talvez porque seja mais econômico manter o aparelhamento jurídico especializado, destinado ao exercício da defesa nos processos judiciais, do que adotar medidas corretivas aos seus atos.

Além disso, as empresas desenvolvem o conhecimento sobre os hábitos de consumo e o comportamento médio dos consumidores, podendo prever as suas condutas futuras²⁹². Logo, considerando que nem todos os lesados estão dispostos a percorrer o caminho litigioso (eventualidade da litigância), seja por qual motivo, e que nem todos os julgamentos são desfavoráveis a tais empresas (decisões randômicas dos tribunais), não há incentivos que fomentem a precaução e a prevenção dos danos ou, então, acarretem o aumento de qualidade dos serviços ou produtos colocados em circulação.

A pesquisa empírica realizada por Luciana Luk-Tai Yeung no Fórum João Mendes²⁹³, que possui a maior movimentação no Estado de São Paulo, atestou a conduta habitual de grandes empresas. No trabalho, foram examinadas as características das ações iniciadas durante todo o ano de 2014, totalizando 11.959 casos em cinco varas judiciais cíveis, mediante a utilização de recursos computacionais de *Big Data*. Os resultados indicaram que 80% das ações foram ajuizadas por pessoas jurídicas, sendo que os dez maiores litigantes eram bancos, com uma concentração de 45% das ações, seguidos das empresas de telefonia. Com relação à natureza das ações, a maioria utilizava o procedimento ordinário e envolvia serviços de massa, com valores pequenos e complexidade relativamente baixa. Em conclusão, o estudo do fluxo de processos sinalizou a necessidade de se tratar os casos fáceis, repetitivos, de outra forma, dentro ou fora do âmbito judicial, a fim de aumentar a eficiência do Poder Judiciário e garantir o acesso àqueles que realmente precisam.

Nancy Andrichi, chancelar a desistência permitiria que o jurisdicionado manipulasse a atividade jurisdicional do STJ e os destinos da atividade de uniformização de jurisprudência. Afirmou, também, que o risco de manipulação ficaria potencialmente concentrado nas mãos daqueles que, em virtude de prática considerada lesiva por um grande número de pessoas, tornam-se réus contumazes em processos e são efetivamente condenados pelas instâncias ordinárias. Nestes casos, a parte poderia atuar no sentido de que fossem julgados apenas aqueles processos em que, pela prévia análise do posicionamento de cada Relator, Turma ou Seção, obteria resultado favorável. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1745491&num_registro=201702673838&data=20180906&formato=PDF>. Acesso em 14 set. 2018.

²⁹² Akerlof se valeu do exemplo do mercado de carros usados nos Estados Unidos. Os compradores ignoram a verdadeira condição dos veículos usados à venda, razão pela qual os vendedores irão valorizá-los pelo preço médio, resultando na subvalorização dos automóveis de boa qualidade e sobrevalorização dos de má qualidade. Os vendedores de boa mercadoria tenderão a se afastar deste mercado, já que compradores estarão orientados a pagar por qualidade média, ao passo que os vendedores de mercadoria de pior qualidade a ele são atraídos. É possível que este mercado fique inundado de má mercadoria, o que provocará contínua depressão nesse mercado. Artigo seminal: AKERLOF, George Arthur. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 84, n. 3, pp. 488-500, ago.1970.

²⁹³ YEUNG, Luciana Luk-Tai. Decifrando o Fórum de João Mendes: o que os números nos dizem? **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 4, n. 3, pp. 10-22, out. 2017.

Esta busca por dados concretos poderia ser realizada em todos os segmentos judiciais como uma forma de evidenciar quais são as verdadeiras causas da litigância brasileira e idealizar soluções factíveis para resolver o problema do excesso. No caso da pesquisa empírica referida, foi possível identificar quem são os responsáveis pelo grande número de processos ajuizados – os setores bancários e de telefonia –, o que, em tese, possibilitará uma atuação mais efetiva por parte das agências reguladoras (BACEN e ANATEL²⁹⁴, respectivamente) e do Ministério Público no sentido de ajustar as condutas e delimitar as sanções pelo descumprimento das regras estabelecidas.

Todavia, a litigância habitual não envolve somente o setor privado, porque também é uma prática corriqueira no âmbito do próprio Poder Público em seus diferentes níveis federativos e divisões organizacionais (assunto previamente desenvolvido no subitem 2.1.2). Muitas ações possuem caráter repetitivo e tramitam durante décadas, colaborando para o retardamento do Judiciário. Como há isenção das custas judiciais e não importa ao Estado quanto tempo levará para resolver os seus litígios, recorrer das decisões judiciais é uma estratégia frequente sob o pálido argumento da obrigatoriedade de se “resguardar o interesse público”, aumentando a conta de estruturas administrativas e judiciais, cada vez maiores, que é paga pelos contribuintes tributários.

Dados do Conselho Nacional de Justiça²⁹⁵ revelaram, por exemplo, que as execuções fiscais possuem um alto grau de congestionamento no Judiciário e, em regra, possuem êxito muito baixo, pois as tentativas de recuperação dos créditos foram esgotadas na via administrativa e os processos judiciais repetem as mesmas etapas e providências destinadas à localização dos devedores ou do seu patrimônio, na grande maioria, infrutíferas²⁹⁶.

²⁹⁴ Como confirmação de que a atuação das agências reguladoras não é tão boa quanto deveria ser, citamos o caso no qual a Agência Nacional de Telecomunicações foi condenada, na Ação Civil Pública nº 5019336-25-2016.4.04.7200/SC, ajuizada pelo Ministério Público Federal, a editar a regulamentação que impeça as operadoras de telefonia móvel de instituírem óbices à solução de demandas formuladas pelos consumidores nas hipóteses de ocorrência de caso fortuito externos à relação de consumo, com o emprego de meios céleres e desburocratizados de resolução dos requerimentos formulados pelos usuários. A sentença de procedência impôs obrigação de fazer com abrangência em todo o território nacional e foi confirmada em grau recursal, reafirmando a obrigação da ANATEL de controlar a execução da política pública de proteção aos direitos dos consumidores, a qual não estava sendo cumprida satisfatoriamente. Os Embargos de Declaração opostos pela ANATEL estavam pendentes de julgamento na data da consulta. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=50193362520164047200&selOrigem=TRF&chkMostrarBaixados=&todasfases=&selForma=NU&todaspartes=&hdnRefId=&txtPalavraGerada=&txtChave=&numPagina=1>. Acesso em 16 set. 2018.

²⁹⁵ Citados por: ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 81.

²⁹⁶ Recentemente, no âmbito da União, a Lei Federal nº 13.606/2018 introduziu os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E na Lei Federal nº 10.522/2002, permitindo que a Fazenda Nacional consulte os bens cadastrados nos nomes de devedores em cartórios e realize os bloqueios diretamente, no curso do processo administrativo, sem necessidade de autorização judicial. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional publicou a Portaria nº 33, em 09/02/2018, convalidando a restrição de bens sem o devido processo legal e criando sanções políticas aos

As estatísticas (do CNJ) relativas aos maiores litigantes revelam um cenário crítico e demonstram que, de fato, o grande usuário do sistema judicial é o próprio Estado²⁹⁷, seguido dos bancos privados e telefonia: (i) na Justiça Federal, o índice de litigância cível do “Setor público federal” era de 83,19% e, em relação aos “Bancos”, envolvendo a Caixa Econômica Federal, de 9,60%, totalizando 92,79%; (ii) no Juizado Especial Federal, 79,09% das ações foram ajuizadas contra o INSS e 7,12%, contra a Caixa Econômica Federal, o que resulta em 86,21%; e (iii) na Justiça Estadual, os “Setores públicos municipal, estadual e federal” somaram 17,21%, liderando o *ranking* de litigantes.

Mas além das execuções fiscais e ingressos de novas ações que o Estado se faz presente, como autor ou réu, o não pagamento de precatórios também se revela um problema grave. Segundo Nelson Nascimento Diz²⁹⁸, trata-se de um calote do Executivo, que conta com a cumplicidade do Legislativo e a visão formalista do Judiciário, pois o comando constitucional determina que o pagamento deve ser realizado até o final do exercício seguinte. Contudo, Estados e Municípios não pagam os seus débitos por vários anos consecutivos, preferindo o uso do dinheiro público para a obtenção de benefícios eleitoreiros mediante promessas de campanha. Como solução, o autor sugeriu a alienação dos bens dominicais para satisfazer os créditos dos beneficiários com o aproveitamento eficaz do patrimônio que já não é mais necessário ao uso público.

Por estas razões, a incapacidade de o sistema judicial resolver conflitos em prazo razoável pode ser considerada uma das razões de atraso de um país. Ao lado de cada prejudicado, há um sempre um beneficiado²⁹⁹, o que nos conduz à conclusão de que o congestionamento pode ser vantajoso para o litigante que não quer, efetivamente, a solução do seu caso. Sem embargo, a prática demonstra que as multas por litigância de má-fé aplicáveis

contribuintes, extrapolando do poder regulamentar. Como tanto a Lei Federal quanto a Portaria afrontam a CRFB/88 e o CPC/2015, já existem três Ações Diretas de Inconstitucionalidade em tramitação no Supremo Tribunal Federal, submetidas à relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello e autuadas sob os nºs 5.881, 5.886 e 5.890. Na ADI nº 5881 (principal), na data da consulta realizada em 17/10/2018, ainda não havia manifestação do Relator acerca da medida liminar de suspensão dos efeitos da norma, em que pese tenha sido adotado o rito do art. 12 da Lei Federal nº 9.868/99. Ou seja, diante dos mecanismos legais disponíveis, a execução fiscal produz resultados insatisfatórios, mas isso não justifica a imposição de normas ilegais ou inconstitucionais.

²⁹⁷ A análise considerou os processos ingressados entre 1º de Janeiro e 31 de Outubro de 2011. O próprio CNJ admitiu que é possível descobrir quem litiga, mas não sobre o que se litiga, sendo necessário avançar as pesquisas. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2012.

²⁹⁸ DIZ, Nelson Nascimento. *Precatórios: o calote do Executivo, a cumplicidade do Legislativo e a visão formalista do Judiciário*. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, Renovar, ano 4, n. 16, Editorial, out./dez. 2009.

²⁹⁹ CORDEIRO, António Menezes. *Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo*. (1. ed. 2005) 3. ed. Aum. e atual. à luz do Código de Processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2014, p. 17.

às partes pelos danos processuais³⁰⁰, além de serem escassas, na maioria das vezes não são exequíveis pela ausência de bens patrimoniais.

É inegável que as formas de acesso inautêntico por frivolidade ou habitualidade colaboram para a morosidade do Judiciário, sendo que já se fala, na Europa, em ajuizamento de demandas pelo dano do processo lento³⁰¹. No Brasil, em virtude do princípio constitucional da duração razoável, este tipo de demanda poderá vir a se tornar uma rotina, emperrando ainda mais a máquina administrativa com o aumento da litigiosidade pela responsabilidade extracontratual do Estado, em um verdadeiro *looping* seriado³⁰².

Em sendo realizada uma comparação entre a limitação dos recursos financeiros do Estado e o acréscimo desmesurado de demandas, seja em decorrência das garantias constitucionais advindas com a Constituição de 1988, seja pelos excessos praticados pela litigância inautêntica, o ambiente judicial estará fadado ao fracasso, tendo em vista que já podem ser identificados alguns defeitos, como a ineficiência, demora na solução dos litígios e insatisfação com os resultados obtidos.³⁰³

Logo, “[...] o Judiciário brasileiro se democratizou, abriu suas portas ao cidadão, sendo invadido por uma enxurrada de processos que o sufocou”³⁰⁴. O excesso de litigância vivenciado no Brasil³⁰⁵ é decorrente do mesmo princípio que levou à construção da parábola da “tragédia dos comuns” de Garret Hardin, conceito ampliado por Fernando Araújo (com a

³⁰⁰ A responsabilidade pela litigância de má-fé estava prevista nos arts. 16 a 18 do CPC/1973 e foi reproduzida nos arts. 79 a 81 do CPC/2015.

³⁰¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. (1. ed. 2007) 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 94. Marco Félix Jobim salientou que o Estado tem o dever de ser o responsável civil decorrente da morosidade processual; mas a doutrina e, principalmente, o Poder Legislativo, possuem o dever de encontrar meios para que o Estado não seja o único a ser responsabilizado, pois se deve evitar que a intempestividade processual seja “um salvo-conduto para atos de chicana e má-fé processual”, tendo em vista que “[...] todos são responsáveis por um processo justo, em que se dê ao jurisdicionado uma decisão adequada, dentro de uma segurança jurídica, em tempo razoável e que ainda por cima seja esta decisão efetiva.”. JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. (1. ed. 2011) 2. ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 212.

³⁰² No REsp nº 1.383.776/AM, julgado em 06/9/2018, a 2ª Turma do STJ restabeleceu sentença que condenou o Estado do Amazonas a pagar indenização a título de danos morais no valor de 30 salários mínimos, em virtude da demora injustificada na prestação jurisdicional em ação de execução de alimentos. O Ministro Relator Og Fernandes reconheceu a responsabilidade civil do Estado pela inaceitável morosidade da justiça. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201301405688&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em 16 set. 2018.

³⁰³ Neste sentido: MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à Justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Federal Editora Lumen Juris, 2016.

³⁰⁴ TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 15.

³⁰⁵ No Rio Grande do Sul, no ano de 2017, identificou-se que havia três milhões de ações em tramitação, havendo, em média, um caso para quatro habitantes. Fazendo uma comparação com a população do Uruguai, em torno de 3,4 milhões de habitantes, seria como se praticamente todos os indivíduos do país tivessem algum tipo de processo judicial tramitando. ELY, Débora. Com quase 3 milhões de processos, Judiciário gaúcho tem média de um caso para cada quatro habitantes. **Zero Hora**, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2017.

mudança terminológica para Baldios, conforme subitem 1.3.1). Tanto os litigantes frívolos quanto os habituais conhecem como funciona o mecanismo judicial e, portanto, possuem uma racionalidade maior para utilizar o sistema em benefício próprio, comportando-se como “inadimplentes eficientes” com a utilização de diversas manobras para protelar as suas obrigações ou descumprir os seus deveres, levando à exaustão do sistema³⁰⁶.

Existe, por parte dos litigantes inautênticos, uma falta de remorso no uso do Poder Judiciário, que leva à frustração das expectativas legítimas daqueles litigantes eventuais³⁰⁷, que raramente comparecem perante o Judiciário e realmente precisam contar com a estrutura estatal para resolver os seus conflitos, pesando os ônus, encargos e riscos intrínsecos aos processos³⁰⁸, como já alertava Mauro Cappelletti³⁰⁹:

Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que com frequência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial.

Adicionalmente, considerando que resta prejudicado o acesso autêntico, ou a “litigância legítima”³¹⁰ daqueles que necessitam da tutela rápida e eficaz, estamos diante de um fenômeno social que resulta em um problema a ser enfrentado, pois é necessário aumentar a governança sistêmica para que se dê efetividade ao resultado final da prestação de serviços judiciais, sob pena de haver retrocesso no papel da instituição judicial com a congestão que leva à tragédia deste “bem público comum”³¹¹ (item 1.3).

³⁰⁶ Luciano Timm elencou cinco motivos econômicos: (i) há incentivo para que as partes recorram ao Judiciário para garantir seus direitos; (ii) a indeterminação dos entendimentos jurisprudenciais e a discricionariedade judicial incentiva as pessoas a tentarem a “roleta russa”; (iii) uma justiça gratuita e barata não estimula acordos, mas a demora dos processos por parte dos devedores; (iv) os juízes, advogados e partes possuem seus interesses; e (v) os legisladores também têm seus interesses e sofrem pressões de grupos sociais. TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, pp. 45-46.

³⁰⁷ São os *one shot players*, na terminologia norte-americana, pessoas físicas ou jurídicas que ingressam em juízo sem, necessariamente, possuir uma visão comercial ou empresarial do processo. Todavia, é importante salientar que mesmo um litigante eventual pode atuar de má-fé, situação esta que demanda uma atuação efetiva por parte dos juízes no controle da probidade e na identificação e repressão da deslealdade processual, assegurando o comportamento leal das partes em conflito, proibindo-se atos que tenham por objetivo prejudicar o adversário com o uso da máquina judiciária. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas** (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 129; ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 81.

³⁰⁸ MANCUSO, *op. cit.*, p. 129.

³⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro (1927-2004); GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Original publicado em inglês em 1978. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, pp. 25-26.

³¹⁰ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 63.

³¹¹ GAROUPA, Nuno. A justiça enquanto função do Estado. **Relações Internacionais**, A Reforma do Estado, Lisboa, n. 37, pp. 15-21, mar. 2013.

Com efeito, é necessária a assunção de responsabilidades por parte dos litigantes, pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, que devem ser incentivadas a reduzirem a litigiosidade mediante a instituição de mecanismos legais e/ou jurisdicionais (assunto a ser visto no item 2.3). Vale lembrar, também, a importância do papel dos representantes judiciais, que são os primeiros “juízes” do processo quando realizam a análise prévia e fazem a triagem dos casos a serem ajuizados³¹², como sinalizava Piero Calamandrei na seguinte passagem³¹³:

Há um momento em que o advogado civilista deve encarar a verdade de frente, com um olhar desapaixonado de juiz. É o momento em que, chamado pelo cliente a aconselhá-lo sobre a oportunidade de intentar uma ação, tem o dever de examinar imparcialmente, levando em conta as razões do eventual adversário, se pode ser útil à justiça a obra de parcialidade que lhe é pedida. Assim, em matéria cível, o advogado deve ser o juiz instrutor de seus clientes, e sua utilidade social será tanto maior quanto maior for o número de sentenças de improcedência pronunciadas em seu escritório.

Em síntese, saem reforçadas as concepções de que os litigantes precisam de limites nas suas tomadas de decisões para evitar o uso desmesurado do Poder Judiciário, tanto para o setor privado quanto para o público, pois este não pode ser o garantidor incondicional de todas as vontades e interesses dos indivíduos, mas também não pode ser o causador de tantos danos, praticados por ação ou omissão³¹⁴.

As sanções processuais estão expressas no Código de Processo Civil (tanto no CPC/1973 quanto no CPC/2015), mas não bastam em si mesmas se não houver uma mudança comportamental por parte dos litigantes e dos juízes, seja na forma de atuar (item 2.1) ou de julgar (item 2.2). Joaquim Falcão ilustrou o excesso brasileiro e o desvio do objetivo precípua da corte constitucional ao registrar que estavam sendo recebidos 8.000 processos por mês no Supremo Tribunal Federal no ano de 2016, muitos deles inúteis. Em reação ao abuso processual, os Ministros passaram a multar lides temerárias, embargos protelatórios, agravos

³¹² Luciano Timm argumentou que: “[...] os pragmáticos formados pelo mercado e com noções de finanças e economia, tentarão negociar um acordo que, por definição, seja melhor (mais eficiente) para seu cliente. Se não houver acordo entre as partes e seus advogados, o que os juízes e árbitros deverão examinar, primeiramente, são as disposições contratuais. Havia mecanismos e critérios previstos no contrato de reequilíbrio econômico-financeiro do negócio, como as cláusulas de *hardship*?”. TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 36.

³¹³ CALAMANDREI, Piero (1889-1956). **Eles, os juízes, vistos por um advogado** (1. ed. 1985, trad. da 4. ed. de *Elogio dei Giudici*, publicada em 1959) 2. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015, p. 95. Neste mesmo sentido: CORDEIRO, Antônio Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. (1. ed. 2005) 3. ed. Aum. e atual. à luz do Código de Processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 26-27.

³¹⁴ O Processo Civil permanece como “[...] solução individual de controvérsias trazidas caso a caso perante os tribunais. E o Estado ocupou todos estes espaços oriundos da esfera privada. Nesse contexto, como estranhar a ‘judicialização’ do mundo da vida?”. TIMM, *op. cit.*, p. 45. Por isso temos de incentivar, cada vez mais, a autocomposição dos conflitos de forma extrajudicial, além de implementar as medidas que serão indicadas no item 2.3.

inadmissíveis ou infundados³¹⁵; porém, precisamos ir além com alterações mais profundas na forma de administrar a justiça (item 2.3).

Apenas para citar um exemplo de mudança, vejamos o exemplo da Alemanha, que modificou o rito procedimental quando o Judiciário se deparou com o ajuizamento de 2.200 demandas de investidores que receberam informações falsas. Naquele momento, sustentou-se que poderia haver o colapso no sistema alemão com decisões individualizadas e, por isso, foi criada uma forma de julgamento por amostragem, sendo selecionados alguns processos que serviriam de paradigma decisório para todos os demais.³¹⁶

Em vista disso, revelam-se importantes os estudos acadêmicos e empíricos destinados a revelar a realidade e apontar possíveis alternativas para a mudança, até mesmo para que os “gestores da justiça” possam tomar decisões mais seguras. Se a trajetória do futuro do nosso país depende do que estamos fazendo no presente (subitem 1.3.3), conhecer as fragilidades comportamentais dos litigantes é o primeiro passo para encontrar o caminho adequado para alcançarmos as decisões satisfatórias. As partes têm o dever de levar o processo a um desfecho e, para que sejam dignas de crédito, devem atuar de forma convincente, fidedigna e em conformidade com as regras processuais³¹⁷.

No próximo item, daremos seguimento com o segundo passo, revelando aspectos sobre o comportamento dos juízes.

2.2 Comportamento dos juízes

No primeiro capítulo, verificamos que as peculiaridades e potencialidades do *Homo sapiens* ainda estão sendo desveladas, com um distanciamento cada vez maior da noção de *homo economicus*. No Direito, por sua vez, não houve o desenvolvimento de uma metodologia específica sobre o comportamento jurídico, mas os estudantes são ensinados a pensar de forma analítica e racional com base em um modelo muito similar: o *homo burocraticus* de Nicola Picardi³¹⁸.

³¹⁵ FALCÃO, Joaquim. O Supremo contra-ataca. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV RIO, 2017, pp. 36-37.

³¹⁶ SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Administração da Justiça entre processos repetitivos e processos coletivos. In: I Congresso Brasileiro de Administração Pública e Processo, 1, 2016, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Edipucrs, 2016. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2017/01/13/administracao-da-justica-entre-processos-repetitivos-e-processos-coletivos/>>. Acesso em 21 set. 2018.

³¹⁷ LUHMANN, Niklas (1927-1998). **Legitimação pelo procedimento**. Original publicado em alemão em 1969. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, pp. 58-59.

³¹⁸ No capítulo “Introdução ao *Code Louis*”, Nicola Picardi referiu que Luís XIV editou, juntamente com seu Conselho, um dos primeiros códigos de processo civil do mundo. Naquela época, o juiz era o *bouche du roi* por

Ou seja, após anos de dedicação acadêmica e da realização de concursos públicos, os juízes proferem suas decisões com a concepção de que precisam se despir das emoções e sentimentos, seguindo o pensamento dualista de que a mente estaria separada do corpo. E isso porque, em geral, eles não são preparados para examinar as suas formas individuais de pensar e os aparentes preconceitos e vieses³¹⁹, vez que partem do pressuposto de uma neutralidade quanto a valores onde o “mundo jurídico” é conceitual, puramente normativo, distante e sem compromisso com a realidade social³²⁰. No entanto, como vimos no subitem 1.1.2, este modelo está sendo criticado³²¹, pois o juiz não é um autômato e exerce um papel fundamental na sociedade. Na afirmação de Alain Supiot³²²:

[...] o mito ocidental de uma sociedade reduzida a uma poeira de indivíduos racionais que maximizam seu interesse desconhece os dados básicos da antropologia. A razão humana nunca é um dado imediato da consciência: é o produto das instituições que permitem a cada homem dar sentido à sua existência, que lhe reconhecem um lugar na sociedade e permitem-lhe nela expressar seu talento próprio.

estar impedido de interpretar, competência exclusiva do rei. Com a Revolução Francesa, tornou-se célebre a expressão *bouche de la loi*, sendo que a competência interpretativa passou a ser exclusividade do legislador. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, Capítulo III. Tercio Sampaio traçou as diferenças de interpretação no pensamento de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861): “Savigny, numa fase de seu pensamento anterior a 1814, afirmava que interpretar era mostrar aquilo que a lei *diz*. A alusão ao verbo *dizer* nos faz ver que Savigny estava preocupado com o significado textual da lei. A questão, ainda meramente *técnica*, era, então, como determinar o sentido expresso nas normas. Daí a elaboração de quatro técnicas: a interpretação gramatical, que procurava o sentido *vocabular* da lei, a interpretação lógica, que visava o seu sentido *proposicional*, a sistemática, que buscava o sentido *global* ou *estrutural*, e a histórica, que tentava atingir o sentido *genético*. Após 1814, percebe-se na obra de Savigny que a questão toma outro rumo e que o problema da constituição de um saber científico do direito enquanto saber hermenêutico se esboça.” FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. (1. ed. 1987) 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 221 (grifos originais).

³¹⁹ MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law tradition: an introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. California, Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 38.

³²⁰ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (1929-2009). **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 156. Ovídio Baptista também afirmou que “[...] a influência das filosofias racionalistas dos séculos XVII e XVIII sobre o direito, e especialmente sobre o processo civil [...], foi mais notável ainda por haver determinado duas conseqüências decisivas e inteiramente dominantes na ciência moderna: (a) o confinamento dos juristas no ‘mundo jurídico’, um mundo conceitual puro, criado pelos próprios juristas, que os eliminou do mundo social, fazendo com que o direito se distanciasse, cada vez mais, da cambiante realidade histórica que lhe cabia regular; (b) a separação entre moral e direito, determinada pela filosofia kantiana, assegurou e fortaleceu a alienação dos juristas, com relação aos problemas sociais e políticos de seu tempo, e contribuiu para mantê-los na servil condição de executores da lei do Estado.” *Ibidem*, p. 155 (ortografia original).

³²¹ A crítica ao pensamento dualista pode ser encontrada na obra de William James, posteriormente ampliada por Antônio Damásio. Porém, esta mudança de paradigma é muito recente, já que os estudos mais avançados começaram a ser divulgados a partir dos anos 90 do Século XX nos Estados Unidos e Europa. Aqui no Brasil, a literatura ainda é introdutória e está mais restrita à atividade hermenêutica dos juristas, em que pese a crítica, no nosso entender, também se aplique a qualquer ser humano: litigantes, advogados, empresários, trabalhadores, etc.

³²² SUPIOT, Alain. **Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do Direito**. Original publicado em francês em 2005. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. 193-194.

Os seres humanos divergem por natureza e por isso são necessárias as convenções sociais como uma forma de criar uma ordem e evitar o caos³²³. As mudanças de opinião ocorrem a todo o momento, sendo muito difícil traçar algo estanque no tempo e no espaço. Há o lado positivo, porque sempre estaremos nos movimentando na procura de mudanças evolutivas; mas também há o lado negativo, já que a discórdia excessiva gera conflitos que podem desorganizar completamente uma sociedade.

No caso do juiz, a pluralidade de normas processuais e de ritos diferenciados favorece a possibilidade de soluções diversificadas, como também aumenta a taxa de discricionariedade das decisões. Desta forma, segundo Nicola Picardi, tutelas antecipatórias ou de cognição sumária deveriam preponderar sobre tutelas de cognição plena e exauriente³²⁴, por terem procedimentos mais céleres.

Em virtude da sua posição social, o juiz detém parcela de poder que pode ser considerado de um duplo ponto de vista: (i) como função, influenciando o comportamento de outros indivíduos quando decide uma controvérsia; (ii) como estrutura ou instituição, poder atribuído a um complexo de órgãos na chamada administração da justiça, de forma a organizar a sociedade por meio do serviço público judicial, resumido na fórmula “Poder Judiciário”.³²⁵

Ao lado da obrigação de fundamentação das decisões³²⁶ e da responsabilidade processual³²⁷, os juízes possuem deveres funcionais para desenvolver suas atividades e entregar o produto do seu trabalho de forma adequada. Estão sujeitos ao controle interno, pois a Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar Federal nº 35/1979) prevê que as Justiças da União, dos Estados e do Distrito Federal podem estabelecer órgãos com funções

³²³ E isso porque: “[...] não há dois cérebros que sejam iguais (nem sequer os de gêmeos idênticos), porque cada cérebro constrói o mundo de maneira ligeiramente distinta dos demais cérebros, não há uma interpretação definitiva do que expressa a ‘norma’, senão simplesmente uma interpretação dentro de nossas cabeças (uma construção pessoal), interpretação que se desencadeia através dos elementos externos que melhor estamos preparados para registrar. Depois, o problema que tem que afrontar o cérebro aqui é que os sinais procedentes do mundo (em nosso caso, da norma) não costumam representar uma mensagem codificada, senão que são potencialmente ambíguos, são dependentes do contexto e não vem necessariamente acompanhados de juízos prévios sobre o seu significado.”. FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 177.

³²⁴ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 4.

³²⁵ *Ibidem*, pp. 12 e 24.

³²⁶ O art. 489 do CPC/2015 ampliou o dever de fundamentação das decisões interlocutórias, sentenças e acórdãos. Adicionalmente, o art. 20 da LINDB, acrescentado pela Lei Federal nº 13.655/2018, agregou que a motivação deverá considerar as consequências práticas e demonstrar a necessidade e adequação das medidas.

³²⁷ Art. 133 do CPC/1973, com poucas alterações no art. 143 do CPC/2015.

disciplinares e de correição, mediante legislação própria³²⁸⁻³²⁹. Mas também, submetem-se ao controle externo exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, que possui competência para controlar o cumprimento dos deveres decorrentes do exercício da função jurisdicional³³⁰.

O comportamento dos juízes interfere ativamente no acesso a justiça, pois existem diversos institutos processuais referendados no CPC/2015, que podem dar uma maior efetividade, como o julgamento antecipado (art. 355) ou parcial de mérito (art. 356), a improcedência liminar (art. 332), os incentivos à solução consensual dos conflitos (art. 3º, § 3º), dentre outros. Para que estas ferramentas funcionem com maior efetividade para proporcionar o descongestionamento do Judiciário, especialmente nos casos considerados mais difíceis, precisamos de parâmetros decisórios mais estáveis e que sejam hábeis a induzir condutas, assunto que será ampliado no subitem 2.3.2.

Diante destas considerações iniciais, veremos, no presente capítulo, que os julgadores são seres humanos e que, por isso, ser-lhe-á útil entender como o organismo funciona, com vistas a encontrar a decisão judicial satisfatória como resultado do seu trabalho. Assim, este item será subdividido em três partes: a tomada de decisão judicial; casos fáceis: ancoragem na certeza; e casos difíceis: mitigação da incerteza.

2.2.1 A tomada de decisão judicial

O juiz possui um conhecimento que não é acessível à generalidade das pessoas. Além de abrir tantas “janelas de memória”³³¹ quantas forem necessárias para a solução de um caso concreto, sempre está em busca de novas tendências, doutrinas e jurisprudências, o que implica em uma maior quantidade e qualidade de estudos para o exercício das suas atividades.

³²⁸ Art. 127. Nas Justiças da União, os Estados e do Distrito Federal e dos Territórios, poderão existir outros órgãos com funções disciplinares e de correição, nos termos da lei, ressalvadas as competências dos previstos nesta.

³²⁹ Embora esta dissertação esteja focada preponderantemente na atuação cível, recente correição parcial ocorrida no Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região exemplifica a identificação e a correção de comportamento inadequado de magistrada. Nos autos do Processo nº 0002705-08.2018.5.04.0000/RS, o Desembargador Marçal Henri dos Santos Figueiredo reconheceu a prática de atos tumultuários, em 03/9/2018, visto que, após a análise de diversos fatos comprovados documentalmente, restou evidenciado que os atos de adiamentos e cancelamentos de audiências pautadas, sem respaldo fático ou jurídico, caracterizaram ausência injustificada da juíza e prejuízo ao bom andamento processual com deslocamentos inócuos de partes e/ou advogados e retrabalho da unidade judiciária. Conforme decisão, o Corregedor determinou à magistrada que se abstivesse de adiar/cancelar audiências ou de realizá-las de forma remota, sem a sua presença. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br/consulta-api/rest/download/complemento/AUe1zagGr3P7Vv0bnPwLcb8hly4cqwrhFN3BwiMkQ4Q>>. Acesso em 16 set. 2018.

³³⁰ Art. 92, I-A e art. 103-B, incluídos na CRFB/88 pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

³³¹ GARDNER, Howard *et al.* **Inteligências múltiplas ao redor do mundo**. Original publicado em inglês em 2009. Trad. Roberto Cataldo Costa e Ronaldo Cataldo Costa. Rev. Tec. Rogério de Castro Oliveira. Porto Alegre: Artmed, 2010, pp. 325-327.

Destarte, o conjunto juízes forma o “acervo de capital humano”³³² do Poder Judiciário.

Como regra geral no Brasil, que segue a tradição da *Civil Law*³³³ de forma preponderante, os juízes não são eleitos pelo voto popular³³⁴, mas são os representantes legítimos dos interesses da sociedade porque ingressam mediante concurso público no primeiro grau de jurisdição, são promovidos por mérito ou antiguidade e possuem prerrogativas constitucionais próprias, como inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos³³⁵. Em que pese a escolha guarde contornos políticos no Supremo Tribunal Federal, ainda assim deve obedecer aos requisitos constitucionais e, a partir da nomeação e posse, o magistrado desempenha (ou deveria desempenhar) função com contornos técnicos³³⁶, sem a influência de ideologias político-partidárias.

John Henry Merryman (1920-2015) descreveu o juiz do mundo do *Civil Law* da seguinte forma³³⁷: embora existissem algumas variações entre os países deste sistema, em regra geral, a carreira judicial era uma das alternativas aos alunos de Direito que precisavam se submeter a concurso público. Se fossem bem-sucedidos, iniciariam como juízes de primeira instância e seriam promovidos na hierarquia dos tribunais em virtude da alternância de critérios de tempo e merecimento. Concluiu dizendo que o serviço judicial era uma carreira burocrática; o juiz, um servidor público; e a função judicial, estreita, mecânica e não

³³² MANUELLI, Rodolfo E.; SESHADRI, Ananth. Human capital and the wealth of nations. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 104, n. 9, pp. 2736-2762, 2014.

³³³ Sobre a *Civil Law*: “Esta família agrupa os países nos quais a ciência do direito se formou sobre a base do direito romano. As regras de direito são concebidas nestes países como sendo regras de conduta, estreitamente ligadas a preocupações de justiça e de moral. Determinar quais devem ser estas regras é a tarefa essencial da ciência do direito; absorvida por esta tarefa, a ‘doutrina’ pouco se interessa pela aplicação do direito que é assunto para os práticos do direito e da administração. A partir do século XIX, um papel importante foi atribuído, na família romano-germânica, à lei; os diversos países pertencentes a esta família dotaram-se de ‘códigos’”. DAVID, René (1906-1990). **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Original publicado em francês em 1964. Trad. Hermínio A. Carvalho. (1. ed. 1986) 4. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 23.

³³⁴ Diferentemente do sistema *Common Law*. Merryman afirmou que, nos Estados Unidos, os juízes são indicados ou eleitos com base em uma variedade de fatores, incluindo o sucesso na carreira profissional, a reputação entre os advogados e a influência política. A indicação ou a eleição resulta do sucesso profissional na advocacia pública ou privada, mas ocorre relativamente tarde na vida, trazendo respeito e prestígio ao escolhido. MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law tradition: an introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. California, Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 35.

³³⁵ Ressalvadas as reservas constitucionais de vagas nos tribunais, cuja escolha também não é realizada por voto popular.

³³⁶ Ovídio Baptista criticou o sistema universitário brasileiro: “O Direito, tanto na Universidade quanto na prática, continua sendo uma ciência demonstrativa, não uma ciência da compreensão, construída dialeticamente. A retórica, enquanto ciência da argumentação forense, ainda não teve seu reingresso autorizado na Universidade brasileira. O ensino do Direito, em nosso país, tenta normatizar os *factos* dando-lhes o sentido de uma *norma*, mesmo que o processo tenha como objeto a *lide*, que é um pedaço da história humana. Nossa metodologia universitária cuida dessa parcela da história como se estivesse a tratar de um problema geométrico, como preconizara Savigny. O estudante não tem acesso aos ‘factos’, apenas às regras”. SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. (1. ed. 2004) 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 36-37.

³³⁷ MERRYMAN, *op. cit.*, p. 36.

criativa³³⁸.

De outro lado, José Isaac Pilati, ao comparar o modelo dos pretores romanos com a moderna jurisdição, destacou a carência de dois atributos: (i) o poder do magistrado era decorrente da lei de criação do cargo e a eleição era feita diretamente pelo povo e, na atualidade, é um servidor concursado do Estado; e (ii) o magistrado e as partes, como cidadãos romanos, possuíam uma condição política e atuavam como condôminos do patrimônio público e dos interesses coletivos, não havendo, hoje, estímulo institucional para pensar desta maneira.³³⁹

Para Pilati, no sistema contemporâneo, com o Estado representativo e o modelo de justiça das leis, houve a estatização do coletivo e foi reduzido o espaço político dos cidadãos por meio de abstrações³⁴⁰. De sua vez, a jurisdição passou a ser formatada para enfrentar todo e qualquer conflito de forma fragmentária, individual, mesmo no nosso modelo atual de ações coletivas (em que a liquidação e execução também são individualizadas), o que propicia o aumento de demandas e, conseqüentemente, as restrições de recursos financeiros, humanos e informacionais para a formação de juízos pelos magistrados.

Sem embargo, estudos mais recentes³⁴¹ vêm revelando que a racionalidade dos juízes é influenciada por fatores internos ou externos, como as heurísticas e as complexidades das relações sociais, que levam à tomada de decisões mais sentimentais ou enviesadas, muitas vezes desprovidas de um exame mais acurado das conseqüências (subitens 1.2.2 e 1.2.3). Segundo Cláudia Cristina Cristofani³⁴²:

São ilimitadas as condições passíveis de interferir no grau de precisão da decisão

³³⁸ MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law tradition: an introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. California, Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 39.

³³⁹ PILATI, José Isaac. Lições da *iurisdictio* romana para os dias atuais: fundamentos de uma teoria para os conflitos complexos. **Interpretatio Prudentium: direito romano e tradição romanista em revista**. Lisboa, Ano 1, n. 2, pp. 169-176, 2016, p. 173.

³⁴⁰ *Ibidem*.

³⁴¹ Além das obras referidas na nota de rodapé 75, acrescentamos: DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the national Academy of Sciences of the United States of America**, Washington, v. 108, n. 17, pp. 6899-6892, 2011; GLÖCKNER, Andreas. The irrational hungry judge effect revisited: simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated. **Judgment and decision making**, Pennsylvania, v. 11, n. 6, pp. 601-610, nov. 2016; TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para a melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 70, pp. 177-196, jan./jun. 2017; LOPES, Felipe de Mendonça. Television and judicial behavior: lessons from the Brazilian Supreme Court. **Economic Analysis Law Review - EALR**, Brasília, v. 9, n. 01, pp. 41-71, jan./abr. 2018.

³⁴² CRISTOFANI, Cláudia Cristina. **Aspectos econômicos da precisão da decisão judicial**. 2015. 215 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico Ciências Jurídico-Econômicas) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015, p. 25.

judicial – como tendência ou viés do julgador (preconceito, paternalismo e ideologia), limitações cognitivas (heurísticas e falácias cognitivas), complexidade técnica da matéria em questão, excesso de trabalho, limites na capacidade administrativa dos órgãos judiciais, desigualdades entre as partes, especialização e formação do julgador, acesso à informação, limites cognitivos e tecnológicos para o processamento de informações volumosas ou complexas etc.

Ainda, no mundo atual, de acordo com Luiz Roberto Barroso, a concretização das normas jurídicas, especialmente as constitucionais, deve considerar a influência recíproca entre direito e política, pois esta pode ser “[...] qualquer influência extrajurídica capaz de afetar o resultado de um julgamento”. O intérprete, em diversos casos, não poderá se basear somente em elementos de pura razão e objetividade, como também não poderá recair apenas em razões discricionárias ou subjetivas, porque existe um espaço entre estes dois extremos, “[...] em que a vontade é exercida dentro de parâmetros de razoabilidade e legitimidade, que podem ser controlados pela comunidade jurídica e pela sociedade”.³⁴³

Quando são ajuizadas as demandas e interpostos os recursos de forma adequada, não há opção para os juízes e tribunais, pois terão que se pronunciar sobre as matérias suscitadas (ressalvadas as exceções legais). Porém, os comandos normativos vagos e o aumento da quantidade de objetivos visados no texto constitucional aumentaram as chances de decisões com um viés mais político, em razão de existir uma indeterminação legislativa, tanto na Constituição quanto no Direito. Fernando Leal referiu que³⁴⁴:

Não há, em outras palavras, mecanismos seguros o suficiente para identificar em abstrato (i) quais são os estados de coisas efetivamente visados pelas principais normas da Constituição, (ii) quais são as medidas necessárias para promover certos princípios constitucionais, (iii) como resolver as colisões entre objetivos constitucionais e (iv) quais são as margens legítimas de atuação dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no que se refere à promoção e tutela desses objetivos. Por conseguinte, se não é possível resolver essas questões antes da ocorrência de casos concretos, as dificuldades anteriormente apontadas acabam por se tornar preliminares permanentes em qualquer contexto de decisão constitucional.

Então, os elementos comportamentais influenciam na forma como os juízes decidem, já que, além da racionalidade jurídica, há a influência das emoções, sentimentos e outros fatores biológicos, porque o “[...] raciocínio é tanto uma atividade da mente quanto um

³⁴³ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, pp. 03-42, out./dez. 2009., p. 3.

³⁴⁴ LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, pp. 87-116, out./dez. 2009, pp. 94-95.

produto desta atividade”³⁴⁵. Chaïm Perelman acrescentou que³⁴⁶:

[...] os raciocínios jurídicos são acompanhados por incessantes controvérsias, e isto tanto entre os mais eminentes juristas quanto entre os juízes que atuam nos mais prestigiosos tribunais. Tais desacordos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, obrigam, o mais das vezes, depois de eliminadas as soluções despropositadas, a impor uma solução mediante autoridade, trata-se da autoridade da maioria ou daquela das instâncias superiores [...]. É nisto que o raciocínio jurídico se distingue do raciocínio que caracteriza as ciências, especialmente as ciências dedutivas – nas quais é mais fácil chegar a um acordo sobre as técnicas de cálculo e de medição –, e daquele que encontramos em filosofia e nas ciências humanas, nas quais, na falta de um acordo e na ausência de um juiz capaz de encerrar os debates com sua sentença, cada um permanece nas suas posições. Por ser quase sempre controvertido, o raciocínio jurídico, ao contrário do raciocínio dedutivo puramente formal, só muito raramente poderá ser considerado *correto* ou *incorreto*, de um modo, por assim dizer, impessoal.

Juarez Freitas utilizou o sistema de duplo processo decisório³⁴⁷ de Daniel Kahneman (subitem 1.2.3.1) para apontar as limitações do raciocínio jurídico e argumentar que os intérpretes são os responsáveis pela tessitura do significado do sistema normativo e por isso precisam ser consideradas as descobertas científicas sobre o funcionamento do cérebro (subitem 1.1.2). Na interpretação jurídica ocorrem distorções cognitivas porque, na tomada de decisão, “[...] participam regiões ancestrais que tanto podem auxiliar como comprometer a congruência, fomentando a aversão à perda e outros enviesamentos, que colocam em cheque o julgamento racional”³⁴⁸.

³⁴⁵ PERELMAN, Chaïm (1912-1984). **Lógica jurídica: nova retórica**. Original publicado em francês em 1979. (1. ed. brasileira 1998) 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 01.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 8 (grifos originais).

³⁴⁷ Assim descritos: (i) o sistema automático economiza energia, “[...] mas cobra um preço alto ao tropeçar em questões capitais que envolvem o exercício da lógica e do discernimento sobre o que realmente proporciona o bem-estar intertemporal”; além disso, simplifica por se satisfazer com respostas fáceis para “não enfrentar o penoso trabalho requerido pela dúvida ou para não questionar as crenças prévias”; e (ii) o sistema reflexivo é mais ponderado, mas “quando debilitado ou exaurido, apresenta-se vulnerável e libera espaço para o domínio opressivo dos estereótipos, juízos superficiais e reducionismos”, pois, por questões estritamente fisiológicas, pode não funcionar por perda do autocontrole, havendo prejuízos na qualidade dos juízos. FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun. 2013, pp. 228-229. Sobre os vieses de cognição e a atividade jurisdicional: NUNES *et al.*, **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, capítulo 3.

³⁴⁸ FREITAS, 2013, *op. cit.*, p. 238. Ainda, Eduardo Costa aduziu que: “Noutras palavras: embora a ideia de um *boundedly rational judge* seja um modelo pendente de testes de falseabilidade, o simples risco de que esse modelo seja verídico justifica a reforma cautelar dos sistemas brasileiros positivos de direito processual, a fim de que prevejam procedimentos técnicos de isolamento e desenviesamento até então ignorados. Afinal, a imparcialidade judicial é o núcleo duro do devido processo legal e a nota característica essencial da própria noção de jurisdição, motivo pelo qual não se pode tolerar que os riscos potenciais de quebras inconscientes de imparcialidade sejam institucionalmente maximizados.” COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 115.

Neste aspecto, o conhecimento interdisciplinar revela a sua importância³⁴⁹ porque não há como anular a personalidade e as predisposições dos indivíduos, mas apenas mitigar as suas consequências com a ampliação de cautelas para “[...] não ceder à tirania dos próprios vieses, tampouco à dos vieses alheios, governados pelo impulsivismo”³⁵⁰. As decisões judiciais não podem ser obtidas a partir de preconceitos dos julgadores, mas devem ser fundamentadas em pré-conceitos, com argumentos que estão sujeitos a uma revisão permanente³⁵¹.

Desta forma, quando pretendemos convencer alguém a mudar de opinião, temos que nos adaptar ao esquema de pensamento do outro para tentar encontrar algo em comum³⁵². Com isso, podemos nos convencer da razoabilidade dos nossos argumentos, mas também influenciar na decisão a ser tomada pelos demais. Porém, se houver modificação no nosso entorno social, também estaremos sujeitos às mudanças de opinião dos outros, em um movimento de circularidade adaptativa dos nossos próprios condicionamentos.

Outra limitação que pode ser mitigada pelos juízes é a assimetria informativa, fator que influencia diretamente as tomadas de decisões porque, em certos casos, os custos do processamento de informações são tão grandes que tornam a intuição um método mais racional do que o raciocínio lógico passo-a-passo³⁵³. Os tribunais gastam uma grande quantidade de recursos processando dados fidedignos e qualificados (custos diretos), mas isso não elimina a margem de erro e de demora dos julgamentos (custos indiretos), que podem ser causados tanto pela falta quanto pelo excesso de informações lançadas nos processos, tendo em vista que o acesso aos dados não ocorre de forma igualitária.³⁵⁴

Os custos econômicos podem não ser conscientemente dimensionados ou considerados pelos integrantes da relação processual, inclusive pelos juízes, a quem compete

³⁴⁹ Conforme Luciano Timm: “Quando o jurista se aproveita de outros ramos da ciência social que permitem estudar o comportamento humano e suas motivações, percebe que as decisões judiciais (como outros ‘fenômenos jurídicos’ tais como as leis, os costumes) são importantes mecanismos de incentivos comportamentais. Seres humanos distinguem-se (supostamente) por sua capacidade de agir racionalmente a partir de dados normativos. A ele, sempre será facultado descumprir a norma. Por isso que do fetichismo legal e burocrático brasileiro não resulta nem eficiência nem eficácia social, mas muitas vezes ‘burla’, ‘trampa’ e algumas vezes corrupção.”. TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 93.

³⁵⁰ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun.2013, p. 243.

³⁵¹ LUHMANN, Niklas (1927-1998). **Legitimação pelo procedimento**. Original publicado em alemão em 1969. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 58.

³⁵² FENOLL, Jordi Nieva. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 170-184, p. 175 (citação).

³⁵³ POSNER, Richard Allen. **How judges think?** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010, p. 37.

³⁵⁴ Mais informações sobre a influência dos custos na obtenção de informação: PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 56-62.

a direção do processo, balizando o conflito. As partes desembolsam as custas processuais; mas a maior parcela das despesas é suportada pela sociedade por meio de pagamento de impostos, até para que seja garantido o direito de acesso aos hipossuficientes. Neste sentido, Perelman³⁵⁵ afirmou que todos devem arcar com suas responsabilidades porque o seu comprometimento é inevitável.³⁵⁶

Em suma, atualmente estamos indo em direção a uma concepção de que “[...] o processo de realização do direito por parte do juiz implica, em última análise, uma tarefa que pode considerar-se propriamente construtiva e emocional, pessoal e criativa em certo sentido, embora não como absolutamente livre ou desprovida de vínculos para o julgador”³⁵⁷.

Por isso, vemos a necessidade de serem identificados e segregados os casos fáceis, em que é possível a ancoragem na certeza daquilo que já existe e que possibilita decisões mais automáticas (sistema de duplo processo) ou rápidas e frugais (sistema de simples processo), identificadas no subitem 1.2.3.

2.2.2 Casos fáceis: ancoragem na certeza

A função típica do Poder Judiciário é resolver conflitos com a aplicação da Constituição e das leis produzidas pelos legislativos. Porém, como existem diversos textos que são abertos ou, mesmo sendo fechados, que demandam esclarecimentos interpretativos por remanescer dúvidas acerca da sua extensão, é admissível a completude das regras legais com normas jurídicas.

³⁵⁵ PERELMAN, Chaïm (1912-1984). **Lógica jurídica: nova retórica**. Original publicado em francês em 1979. (1. ed. brasileira 1998). 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 9.

³⁵⁶ José Casalta Nabais salientou a importância dos deveres fundamentais e do exame acurado dos custos dos direitos, que são a face oculta dos direitos fundamentais brasileiros, para termos liberdade com responsabilidade. E afirmou: “Os deveres ou custos dos direitos que outra coisa não são senão a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada no estado (moderno). O que faz dos indivíduos, verdadeiras pessoas, ou seja, membros ao mesmo tempo livres e responsáveis da sua comunidade.” NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, ano 3, n. 2, pp. 9-30, 2002, p. 28. No Brasil, Michele Alcântara afirmou que todo direito humano e todo direito fundamental correspondem a um dever humano e a um dever fundamental. E complementou: “Os deveres podem nascer dos direitos, podem ser restritivos de direitos, podem ser a conversão dos direitos e podem ser independentes dos direitos, mas sempre são autônomos, porque possuem valores e interesses próprios. Apesar de autônomos, os deveres fundamentais podem encontrar correspondência aos direitos fundamentais em todas as dimensões.” ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais. *In*: XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 14, 2005, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais_fortaleza2005.html>. Acesso em 04 out. 2018.

³⁵⁷ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 170. Ayres Britto, também, argumentou que é imperiosa a mudança de mentalidade dos juristas, que devem considerar os aspectos humanos nos seus processos decisórios: BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. (1. ed. 2007) 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pp. 55-58.

Daí se revela a importância dos juízos colegiados, estabelecidos por meio de uniformizações de jurisprudências, súmulas ou de diretrizes institucionais (assunto a ser tratado no subitem 2.3.2), dando-se coesão às decisões e evitando que casos iguais sejam decididos de forma diversa, como podemos evidenciar na crítica de Miguel Reale³⁵⁸:

A jurisprudência é dessas realidades jurídicas que, de certa maneira, surpreendem o homem do povo. O vulgo não compreende e nem pode admitir que os tribunais, num dia julguem de uma forma e, pouco depois ou até mesmo num só dia, cheguem a conclusões diversas, em virtude das opiniões divergentes dos magistrados que os compõem.

Com efeito, em um primeiro momento, pode parecer que todos os casos sejam difíceis, inexistindo os que sejam de fácil resolução. No entanto, admitir que isso seja possível na prática dos fóruns onde tramitam milhares de processos, é criar um *discrímen* temporal desnecessário àqueles casos em que, por uma simples triagem na distribuição³⁵⁹, poderiam ser identificados como de baixa complexidade em razão de já existirem normas jurídicas estabilizadas e que serviriam de ancoragem à solução rápida e adequada (desde que sejam testadas as âncoras com a hipótese que poderia, eventualmente, contrariar o fundamento). E isso porque, fornecer uma resposta única a situações semelhantes e que veiculam a mesma pretensão, demonstra que se pode confiar no Poder Judiciário.

Nas situações em que não estão em jogo direitos fundamentais ou procedimentos democráticos, Barroso afirmou que as escolhas feitas pelo Legislador e Executivo deveriam ser aceitas pelos juízes e tribunais, pois teriam de se abster de sobrepor a sua própria valoração política, já que “[...] o poder emana do *povo*, não dos juízes”³⁶⁰.

Nicola Picardi, embora tenha salientado que a eliminação da discricionariedade pode gerar abusos ou arbítrios, atribuiu um grau diferenciado a ela conforme a classificação em casos menos ou mais complexos, pois a própria função jurisdicional está sujeita a limites e variações no tempo e no espaço³⁶¹:

Ainda que comportem sempre um elemento de reflexão, ponderação e valoração, na maior parte dos casos (habitualmente, os menos complexos), o juiz não exerce, de

³⁵⁸ REALE, Miguel (1910-2006). **Lições preliminares de Direito**. (1. ed. 1973) 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 171 (ortografia original).

³⁵⁹ Podendo ser analisadas outras alternativas que possibilitarão uma melhor administração da justiça, como a sugerida por: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 169, ano 34, pp. 116-140, mar. 2009, p. 131.

³⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, pp. 03-42, out./dez. 2009, p. 16 (grifo original).

³⁶¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 16-17.

fato, poderes discricionários, visto que a solução do caso é predeterminada de maneira unívoca com base em uma série de “vínculos”: normas preestabelecidas, cânones interpretativos, precedentes, regras de procedimento, etc. Não existe aqui espaço para opiniões razoáveis contrárias; existe uma única solução legítima, que o juiz deve acolher, sem margens de escolha.

Ao contrário, em uma minoria de casos (habitualmente os mais complexos) abre-se ao juiz espaços de ação no seio dos quais deve escolher entre uma das possíveis alternativas de juízo – cada uma das quais legítima – sem que o conteúdo mesmo da decisão seja vinculado e assim predeterminado. Nesse sentido, e nesses limites, entende-se que o juiz seja depositário de um poder discricionário e, por consequência, termine por “criar” a *regula juris* no caso concreto.

A priori, os casos fáceis ocorrem quando há um baixo grau de controvérsia em relação às matérias consignadas, sendo que a discricionariedade³⁶² e a racionalidade dos julgadores poderiam ficar limitadas às normas já estabelecidas, pois as possibilidades legítimas de solução dos processos são finitas.

Há casos, também, em que apenas um resultado leva à tomada de decisão, sendo admissível o raciocínio silogístico de subsunção para que, após o exercício lógico-dedutivo, seja revelada a única solução correta, visto que inexistente outra resposta normativa à idêntica situação fática. Nestas situações, as normas podem ser extraídas do pensamento automático e associativo (subitem 1.2.3.1) ou da “caixa de ferramentas” que contém heurísticas rápidas e frugais (subitem 1.2.3.2)³⁶³, possibilitando que sejam interrompidas as buscas por soluções e sejam lançadas decisões minimalistas, embora deva ser resguardada a fundamentação, ainda que sucinta.

Como estamos em um momento histórico de indagações sobre os elementos que compõem os juízos humanos, coloca-se em dúvida a manutenção do modelo ideal de neutralidade emocional e objetividade do intérprete³⁶⁴. Em vista disso, até mesmo nos casos em que seja possível a mera subsunção, poderia haver um conflito na tomada de decisão em

³⁶² Para aprofundamento do conceito: GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Prefácio de Tércio Sampaio Ferra Junior. 4. ed. Rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

³⁶³ Adrian Vermeule sugere que os juízes deveriam convergir para a estratégia simples chamada *take the best* e parar a busca interpretativa quando o sentido dos textos legais forem claros e coerentes. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 181.

³⁶⁴ A noção de racionalidade habitual na ciência jurídica está sendo objeto de revisão porque está fundada na objetividade, neutralidade e racionalidade do operador do direito, algo que vem sendo questionado por cientistas cognitivos, filósofos e neurocientistas. “Um dos ‘fetiches’ mais comuns da ciência jurídica atual, herdado da concepção tradicional do método jurídico que busca resguardar os valores de ordem, verdade e segurança jurídica, é o de assegurar que os juízes devem limitar-se a aplicar aos casos individuais as normas gerais ditas pelo legislador, segundo um processo de dedução formal lógico-dedutivo e subsuntivo. Trata-se de uma operação meramente descritiva, cognoscitiva de uma norma previamente estabelecida e ‘reprodutiva’ da vontade do legislador (a quem cabe a exclusiva responsabilidade das intenções axiológico-normativas plasmadas nas leis)”. FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 168.

virtude das tendências enviesadas. Neste sentido, Juarez Freitas se manifestou³⁶⁵:

Embora as regras jurídicas continuem relevantes, são decisivas as predisposições, uma vez que é impossível ao cérebro processar uma estrita subsunção (sem participação das tendências enviesadas). Nessa medida, nas hipóteses de conflito entre os dois sistemas do cérebro (o automático e o reflexivo), o correto é saber hierarquizar de ordem a evitar os sequestros límbicos.

Perelman aduziu que as concepções modernas do direito e do raciocínio jurídico, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, “[...] constituem uma reação contra o positivismo jurídico e seus dois aspectos sucessivos, primeiro o da escola da exegese e da concepção analítica e dedutiva do Direito, depois o da escola funcional ou sociológica, que interpreta os textos legais consoante a vontade do legislador”³⁶⁶. É, por conseguinte, um sistema dinâmico em que não pode ser desprezada a segurança jurídica, mas evitada a subjetividade e a arbitrariedade dos juízes, vez que o Direito pressupõe uma ordem jurídica e as decisões devem conter motivações juridicamente válidas³⁶⁷.

De fato, o histórico de vida de qualquer pessoa demarca as suas predisposições e a forma de julgar e, para resolver esta situação, aceitamos a ideia abstrata de que os juízes são capazes de se afastar de todas as influências na hora de sentenciar. No entanto, de acordo com estudos neurocientíficos, as vivências modificam o cérebro de cada pessoa e fazem parte do seu próprio ser, o que significa dizer que a imparcialidade de um juiz singular, cientificamente falando, não poderia existir e, em decorrência, não poderia ser considerado como um guia de atuação judicial.³⁶⁸

Em consequência, não se poderia falar em irrevocabilidade ou coisa julgada das decisões de um ser humano condicionado precisamente porque estas limitações podem abrir a possibilidade de revisão dos juízos³⁶⁹, ainda que esta se dê somente no âmbito interno³⁷⁰. É

³⁶⁵ FREITAS, Juarez. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun.2013, p. 243.

³⁶⁶ PERELMAN, Chaïm (1912-1984). **Lógica jurídica: nova retórica**. Original publicado em francês em 1979. (1. ed. brasileira 1998). 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 91. Luhmann afirmou que “[...] as dificuldades em que tropeça um positivismo jurídico, que se funda a si próprio como teoria, tornam-se evidentes”. LUHMANN, Niklas (1927-1998). **Legitimação pelo procedimento**. Original publicado em alemão em 1969. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 18.

³⁶⁷ PERELMAN, *op. cit.*, p. 98.

³⁶⁸ Segundo Fenoll: “[...] não se pode ter como objetivo aquilo que não pode existir ontologicamente”. FENOLL, Jordi Nieva. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. *In*: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 170-184, p. 172. Eduardo Costa distinguiu a imparcialidade subjetiva/psicológica da objetiva/funcional: na primeira; o juiz não pode se interessar pela causa ou tomar partido por quem quer que seja; enquanto na segunda, não atua como parte, devendo manter-se equidistante. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 21.

³⁶⁹ COSTA, *op. cit.*, pp. 15-16.

neste momento que se revela a importância das instâncias recursais, em que se conta com a composição colegiada dos tribunais, como uma forma de relativizar os condicionamentos pessoais e confirmar a legitimidade das decisões monocráticas³⁷¹.

Com isso, não queremos dizer que todas as decisões individuais devam passar necessariamente por órgãos colegiados, mas confirmar que pode haver a mitigação dos vieses com a ancoragem em julgamentos já consolidados, ampliando-se a certeza de o julgador ter encontrado a solução mais adequada. É claro, desde que não seja necessário revisar o posicionamento colegiado com a produção de argumentos hábeis a desconstituí-lo ou afastá-lo no caso concreto, pois não se exclui a possibilidade de os órgãos superiores também estarem sujeitos às limitações dos seus julgadores. Ademais, em um sistema dinâmico, as decisões colegiadas também estão sujeitas à revisão, que pode surgir da provocação surgida com uma manifestação individual, movimentando o processo de mudança do entendimento paradigma.

Apesar de serem poucos os estudos empíricos concretizados no nosso país, recente pesquisa realizada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul analisou o peso do voto do relator em julgamentos colegiados. Nos limites da amostra selecionada, os demais julgadores, na grande maioria, estão sujeitos ao efeito da ancoragem das razões apresentadas pelo relator, como viés cognitivo. E isso porque o relator é o magistrado que mais tempo se dedicou ao estudo do caso concreto e, parecendo razoável à primeira vista, o raciocínio dos pares em adotá-lo é quase automático (no estudo foi referido o Sistema 1, subitem 1.2.3.1), sem que se debrucem de forma mais detalhada sobre outras opções interpretativas possíveis.³⁷²

A heurística da ancoragem, referida nesta pesquisa, encontra respaldo na doutrina de Dierle Nunes *et al.*, como podemos depreender da seguinte passagem³⁷³:

As conclusões relativas à incidência da heurística da ancoragem e ajustamento têm relevante importância no âmbito do direito processual na medida em que são capazes de afetar os julgamentos, sobretudo criminais e relacionados a indenizações

³⁷⁰ As decisões judiciais não têm o mérito revisado externamente. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 17.

³⁷¹ Conforme Dierle Nunes *et al.*: “Ademais, não se pode esquecer que o desviesamento cognitivo humano não é possível de ser evitado e obstado na sua integralidade. É uma função humana ineliminável. E mesmo que a decisão proferida fosse desprovida da influência de vieses de cognição, ainda assim poderia ser alvo de recursos para revisão de questões fáticas ou processuais, visto que no ordenamento jurídico brasileiro é garantido o direito constitucional ao recurso.”. NUNES *et al.* **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais**: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 235. Porém, o juiz de primeiro grau pode obter a colegialidade informal com a manutenção de diálogos com seus assessores ou pares, para que possa colher as suas opiniões e reduzir as incertezas. COSTA, *op. cit.*, p. 124.

³⁷² GAWSKI, Martín Barcellos. **Ancoragem da tomada de decisão judicial**: heurísticas, vieses e o processo decisório do juiz. 2018. 144 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

³⁷³ NUNES *et al.*, 2018, p. 109.

por danos morais, que são a princípio intangíveis do ponto de vista da valoração monetária do dano.

Com base em estudos científicos, existem áreas no cérebro que respondem instintivamente e geram modelos de pensamento baseados tanto na emoção como na percepção da opção que cause maior benefício, ou simplesmente a que produza ao autor o menor esforço para selecionar a opção que seja mais justificável socialmente³⁷⁴. À medida que o indivíduo vai acumulando experiência³⁷⁵, torna-se capaz de comparar a posição que vai adotar com situações análogas, o que justifica a contínua busca por jurisprudências uniformizadas, sumuladas ou diretivas institucionais, que sirvam para a estabilização e a ancoragem do modo interpretativo das normas.

Sem embargo, há um limite muito tênue em definir se um caso é fácil ou difícil. Ricardo Guastini afirmou que o juiz é quem decide se um caso cai na “zona de luz” ou na “zona de penumbra”³⁷⁶:

Os juízes, a saber, usam discricionariedade não só no decidir a solução de controvérsias que caem na “zona de penumbra”, mas também no decidir se uma controvérsia cai, ou não, na “zona de luz”. Em síntese, são fruto de decisões interpretativas as próprias fronteiras incertas entre “luz” e “penumbra”; em outras palavras, a própria penumbra é o resultado da discricionariedade dos intérpretes.

Por estas razões, a utilização de âncoras pode ser considerada pelos julgadores como uma forma de resolução célere quando há fortes indícios de certeza em razão da similitude entre o paradigma e a questão posta sob julgamento. A partir disso, estaremos mais perto do resultado satisfatório da prestação dos serviços judiciais, possibilitando o tempo necessário para uma dedicação maior aos processos em que remanesce a incerteza.

No próximo subitem iremos verificar que existem casos mais difíceis e diferenciados porque estão inseridos em cenários complexos, contendo informações parciais e incompletas

³⁷⁴ GALICIA, René Molina. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 43-82, p. 64 (citação).

³⁷⁵ O repositório de conhecimento adquirido por educação e experiência é importante para aumentar a experiência do julgador: “*The faculty of intuition that enables a judge, a businessman, or an army commander to make a quick judgment without a conscious weighting and comparison of the pros and cons of the possible courses of action is best understood as a capability for reaching down into a subconscious repository of knowledge acquired from one's education and particularly one's experiences.*”. POSNER, Richard Allen. **How judges think?** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010, p. 107. Apesar disso, “[...] mesmo juízes experientes, bem treinados e altamente motivados, podem ser vulneráveis a ilusões cognitivas. De qualquer maneira, é unânime o entendimento de que é inevitável algum influxo dessas propensões, em maior ou menor medida, em toda pessoa que haja de tomar decisões sob situação de incerteza [...]”. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério**: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivim, 2018, p. 93.

³⁷⁶ GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. Apres. Heleno Taveira Tôrres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, pp. 148-149.

ou demandando eleição moral acerca de determinada matéria controvertida, sendo necessário mitigar a dúvida.

2.2.3 Casos difíceis: mitigação da incerteza

Já vimos que os indivíduos divergem dos sentidos atribuídos às coisas. De igual forma, normas jurídicas com zonas nebulosas permitem valorações subjetivas do intérprete, envolvendo, na resolução do caso concreto, experiências ou conceitos pessoais interpretativos baseados em intuições, hábitos, sentimentos e emoções, que formam os posicionamentos filosóficos, morais, ideológicos ou religiosos (subitens 1.1.2 e 1.2.2).

Nos chamados “casos difíceis”, prevalece a incerteza, não bastando a mera subsunção do fato à regra (leis, princípios ou normas jurídicas), pois a resposta não é deduzível, é mais complicada e requer um maior juízo valorativo. Tais matérias desafiam a afirmação positivista do “ser” e do “dever ser” no Direito, sendo implausível dizer que “[...] o direito é sempre como deve ser, que todo o direito é bom” porque há ocasiões em que as regras jurídicas existentes não apontam claramente qual é o direito a ser aplicado³⁷⁷.

Barroso³⁷⁸ afirmou que existem três características que podem identificar os casos difíceis: (i) quando há divergências semânticas de sentido das normas; (ii) quando existe um “desacordo moral razoável” em que a forma de pensar dos intérpretes é “radicalmente contrária, sem conciliação possível”, como nos casos sobre pesquisas com células-tronco embrionárias³⁷⁹, aborto de fetos anencefálicos³⁸⁰, extensão do regime de união estável às relações homoafetivas³⁸¹, dentre outras complexidades que se estabelecem; e (iii) quando ocorre uma colisão de direitos fundamentais, a exemplo da polêmica e recente discussão sobre a possibilidade de prisão em segunda instância, com duas nítidas divisões na Suprema Corte: uma, no sentido de aplicação do princípio da presunção da inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória; e outra, pela incidência dos princípios da efetividade da justiça criminal e da segurança coletiva³⁸².

Em tais hipóteses, a atividade criativa do intérprete é mais forte por ter que realizar a

³⁷⁷ ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis**: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 29-31.

³⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, pp. 03-42, out./dez. 2009, pp. 23-24.

³⁷⁹ ADI nº 3.510/DF, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, julgada em 29/5/2008, STF.

³⁸⁰ ADPF nº 54/DF, Min. Rel. Marco Aurélio Mello, julgada em 12/4/2012, STF.

³⁸¹ ADPF nº 132/RJ, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, julgada em 05/5/2011, STF.

³⁸² Julgamento do HC nº 152.752/PR, ocorrido no STF em 04/4/2018, Min. Rel. Edson Fachin.

“justificação argumentativa”³⁸³ das suas escolhas, podendo utilizar elementos extrajurídicos para fundamentá-las, como o pragmatismo, a moral, a política e a influência dos múltiplos atores e instituições que compõem a sociedade.

A “autoridade do argumento”³⁸⁴, assim, é a ferramenta necessária para justificar as razões de se ter adotado um parâmetro em detrimento de outro, porque, embora ambos possam ser factíveis, é preciso convencer as partes envolvidas (efeito endoprocessual) e a sociedade (efeito extraprocessual), garantindo concretude, legitimidade e validade às decisões.

Com efeito, não basta apenas a utilização de princípios constitucionais como reforço de argumentação, pois a “mera retórica”³⁸⁵ pode levar ao esvaziamento da sua força

³⁸³ Neste sentido: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Direito e decisão racional**: temas de Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

³⁸⁴ A diferença entre “autoridade do argumento” e “argumento de autoridade” pode ser encontrada em RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, pp. 14-15. Conforme Pedro Demo: “[...] não temos como nos livrar do argumento de autoridade, porque isto suporia acabar com a politicidade da sociedade. O que cumpre fazer é controlar este tipo de argumento para que não prepondere ou se torne referência primeira e última. Acabar com a autoridade é que haveria de mais autoritário, porque o faria de modo autoritário. A dialética das relações sociais implica esta clivagem inevitável: os outros não são apenas referência eventual, justaposta, mas componente constitutivo. Precisamos dos outros, inelutavelmente.”. DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento**: interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, pp. 29-30. Hannah Arendt, no capítulo 3, “Que é autoridade?”, referiu que: “Visto que a autoridade sempre exige obediência, ela é comumente confundida com alguma forma de poder ou violência. Contudo, a autoridade exclui a utilização de meios externos de coerção; onde a força é usada, a autoridade em si mesmo fracassou. A autoridade, por outro lado, é incompatível com a persuasão, a qual pressupõe igualdade e opera mediante um processo de argumentação. Onde se utilizam argumentos, a autoridade é colocada em suspenso. Contra a ordem igualitária da persuasão ergue-se a ordem autoritária, que é sempre hierárquica. Se a autoridade deve ser definida de alguma forma, deve sê-lo, então, tanto em contraposição à coerção pela força como à persuasão através de argumentos.”. ARENDT, Hannah (1906-1975). **Entre o Passado e o Futuro**. Original publicado em inglês em 1954. Trad. Mauro W. Barbosa. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016. Livro digital Kindle.

³⁸⁵ Ovídio Baptista criticou a forma de pensamento jurídico que desvirtuou o sentido de retórica: “Ao racionalismo deve-se a primeira e mais significativa consequência desta premissa, qual seja, a revelação do pressuposto de que o direito deveria ser uma ciência *explicativa*, como qualquer ciência lógica, não uma ciência da *compreensão*, como as modernas correntes da Filosofia do Direito contemporâneas o consideram. Supõe-se que a *incidência* e, conseqüentemente, a atividade de *aplicação* da lei sirva-se do mesmo raciocínio lógico com que o matemático demonstra a correção de um teorema qualquer. Eliminando-se a “compreensão” hermenêutica, retira-se qualquer legitimidade à *retórica*, enquanto ciência da argumentação forense, que foi, de resto, como se sabe, o grande empenho inicial de Hobbes, depois abandonado, em suas obras da maturidade. Como se vê, o *racionalismo*, especialmente nos sistemas jurídicos herdeiros da tradição romano-canônica, tornou a tarefa judicial conceitualmente limitada a descobrir e *verbalizar* a ‘vontade da lei’. É necessário observar que a eliminação da *retórica* suprimiu, *ipso facto*, tanto a possibilidade de criação jurisprudencial do direito, quanto sua essencial dimensão *hermenêutica*, segunda aquela idéia ingênua de que, sendo o legislador um ser iluminado, capaz de produzir normas de sentido transparente, deve ficar vedada a seus aplicadores a tarefa de interpretá-las.”. SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (1929-2009). **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. (1. ed. 1979) 4. ed. Rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 269 (ortografia e grifos originais).

normativa, como referido por Fernando Leal³⁸⁶:

[...] O uso recorrente da norma como fundamento para qualquer tipo de resultado jurídico apenas tem se prestado para que, cada vez mais, reduza-se a importância com que ela é encarada pela comunidade como geradora de argumentos suficientemente capazes de justificar decisões, restando a ela outras funções no contexto de justificação, como a de ser critério para a identificação da fundamentalidade material de certos direitos.

Existem processos em que os juízes possuem valores opostos e conflitantes, entrando em cena a dogmática jurídica para que uma posição possa ser escolhida e fundamentada com base no Direito³⁸⁷. Nestes casos, a solução convincente pressupõe a harmonização da ordem jurídica de origem legislativa com as ideias do que é justo, equitativo, razoável e aceitável em dado meio, não sendo um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante das regras aos valores consignados nas demandas judiciais³⁸⁸, contribuindo para a evolução do direito contemporâneo em todas as sociedades democráticas³⁸⁹.

As escolhas morais são, de fato, complexas, como demonstrado por Atahualpa Fernandez e Marly Fernandez na seguinte passagem³⁹⁰:

Se é certo que a eleição moral não pode existir sem a razão (preferências individuais e razão instrumental), não menos certo é a “intuição” de que é a gama caracteristicamente humana de emoções que produz os propósitos, metas, objetivos, vontades, necessidades, desejos, medos, empatias, aversões e a capacidade de sentir a dor e o sofrimento de outro. Formulamos juízos de valor sobre o justo e injusto, não somente por sermos capazes de razão (como expressam a teoria dos jogos e a teoria da interpretação jurídica) mas, ademais, por estarmos dotados de certas intuições morais inatas e de determinados estímulos emocionais que caracterizam a sensibilidade humana e permitem que nos conectemos potencialmente com todos os outros seres humanos.

Nos casos considerados mais difíceis, portanto, a racionalidade pode ser considerada mais limitada, em extensão e profundidade, visto que o Direito não oferece uma resposta única, identificável de pronto, e muitas vezes não existem informações completas ou suficientes para a formação dos juízos.

³⁸⁶ LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, pp. 87-116, out./dez. 2009, p. 109.

³⁸⁷ PERELMAN, Chaïm (1912-1984). **Lógica jurídica: nova retórica**. Original publicado em francês em 1979. (1. ed. brasileira 1998). 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 111.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 116.

³⁸⁹ *Ibidem*, p. 229.

³⁹⁰ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 171-173 (ortografia original).

Com o intuito de aprofundar a pesquisa sobre os julgamentos morais³⁹¹ presentes em casos difíceis, seguiremos com a descrição do modelo sócio-intuitivo de Jonathan Haidt, com uma nova perspectiva sobre o assunto.

2.2.3.1 O modelo sócio-intuitivo de julgamento moral

Na construção do modelo sócio-intuicionista, Jonathan Haidt³⁹² se distanciou dos escritos filosóficos que normalmente comparavam o conflito entre a razão e a emoção com a divindade e a animalidade, pois, para os julgamentos morais, são necessários sentimentos que nos levam a valorizar a vida humana, não bastando a mera racionalidade³⁹³. Desta forma, Haidt utilizou a filosofia de David Hume (1711-1776) e revolução cognitiva de Lawrence Kohlberg (1927-1987) como pilares para a sua abordagem, partindo da ideia de que o raciocínio moral é o processo consciente de usar a linguagem moral cotidiana³⁹⁴, e é isso que levará ao pronunciamento judicial.

De acordo com Haidt, primeiro surge na mente a “intuição moral”, que é uma aparição repentina e inconsciente de um julgamento moral, incluindo valores afetivos, sem passar pelo processo de busca, sopesamento das evidências ou inferência de uma conclusão; após, vem o “julgamento moral”, uma avaliação das ações ou características de uma pessoa com base em um conjunto de virtudes estabelecido por uma cultura ou subcultura como sendo obrigatório; e, por fim, surge o “raciocínio moral”, atividade mental consciente que consiste na transformação das informações de forma intencional, controlável e esforçada para justificar o julgamento realizado de forma intuitiva.³⁹⁵

Assim, o modelo de julgamento intuitivo teria “quatro conexões” importantes a serem firmadas: (i) o “vínculo entre intuição e julgamento moral consciente” a fim de estabelecer o

³⁹¹ Salientamos que o assunto é profundo, bem como são diversificados os posicionamentos, como demonstram as palavras de Posner: “A ideia de que existe uma ordem moral acessível à inteligência humana, uma ordem atemporal e não local que forneceria critérios objetivos para se aprovarem ou condenarem as crenças e o comportamento dos indivíduos e a estrutura e o funcionamento das instituições jurídicas, reverbera ao longo de toda a história intelectual do Ocidente. A profusão de reflexões acadêmicas que essa ideia suscitou, desde a época de Aristóteles até o presente, inspirou por sua vez um sem número de teorias, em parte derivadas daquelas reflexões, em parte paralelas a elas, acerca da forma e do conteúdo das normas jurídicas.”. POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Original publicado em inglês em 1999. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 03. Desta forma, não iremos detalhar vertentes filosóficas, pois a pretensão é descrever a teoria de Jonathan Haidt para um posterior aprofundamento acadêmico que possa concluir pela aplicabilidade (ou não) à nossa realidade brasileira.

³⁹² HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. **Psychological Review**, Charlottesville, v. 108, n. 4, pp. 814-834, 2001. Versão utilizada com a seguinte numeração: pp. 01-35.

³⁹³ *Ibidem*, p. 3.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 4.

³⁹⁵ *Ibidem*, pp. 5-6.

que é certo ou errado, sem analisar outras variáveis; (ii) o “raciocínio *post hoc*”, buscando argumentos para fundamentar o julgamento moral feito anteriormente; (iii) a “persuasão racional”, que é a forma de justificar e convencer outras pessoas do julgamento realizado, provocando as intuições emocionais nos ouvintes; e (iv) a “persuasão social”, representada pela maneira de atuar conforme o comportamento social em voga, que é um fator determinante em ambientes coletivos de tomada de decisões.³⁹⁶

De modo a completar o modelo, estas conexões possuem, ainda, “dois elos”, constituindo mais duas conexões de “ordem interna do julgador”, por se tratar de um momento em que ele questiona as próprias crenças e valores. Segundo Haidt, não é algo muito comum que o juiz avance nestas conexões: (i) o “julgamento raciocinado”, quando a intuição inicial era fraca, a capacidade de processamento de informações é grande ou os valores morais estão enraizados no sujeito, prepondera uma atitude dual em que o julgamento raciocinado é expresso verbalmente, ainda que o julgamento intuitivo continue a existir no íntimo do julgador; e (ii) a “reflexão em contexto privado”, com a criação de novas intuições que podem se opor ao primeiro julgamento, como, por exemplo, colocando-se no lugar do outro (*role taking*) para observar o problema sob outra perspectiva.³⁹⁷

Deste modo, os julgamentos morais seriam racionalizações *post hoc* de sentimentos que tiveram origem em algo anterior, porque o raciocínio tem natureza instrumental no sentido de justificar a decisão que já foi feita intuitivamente. Tanto as causas intuitivas quanto as racionais interferem no julgamento moral no momento em que a interpretação ocorre de acordo com as preferências do julgador, que se aferra aos seus argumentos intuitivos quando o raciocínio fracassa.³⁹⁸

Então, o raciocínio moral poderia ser efetivo em influenciar pessoas antes que o conflito se instaurasse, com a utilização da conexão persuasiva³⁹⁹. Embora relevantes estas considerações, é necessário ponderar que este modelo⁴⁰⁰ foi pensado para os Estados Unidos,

³⁹⁶ HAIDT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. *Psychological Review*, Charlottesville, v. 108, n. 4, pp. 814-834, 2001. Versão utilizada com a seguinte numeração: pp. 01-35, pp. 6-7.

³⁹⁷ *Ibidem*, pp. 7-8.

³⁹⁸ Haidt aduziu que a vida moral é atormentada por duas ilusões: “*The first illusion can be called the ‘wag-the-dog’ illusion: we believe that our own moral judgment (the dog) is driven by our own moral reasoning (the tail). The second illusion can be called the ‘wag-the-other-dog’s-tail’ illusion: in a moral argument, we expect the successful rebuttal of an opponent’s arguments to change the opponent’s mind. Such a belief is like thinking that forcing a dog’s tail to wag by moving it with your hand should make the dog happy.*”. *Ibidem*, p. 13.

³⁹⁹ *Ibidem*, pp. 13-14.

⁴⁰⁰ Pizzaro e Bloom criticaram a teoria de Haidt, apresentando evidências de que as intuições morais rápidas e automáticas são modeladas e informadas por raciocínio prévio. Encontraram, também, indícios de fora do laboratório provando que a pessoa fica ativamente engajada no raciocínio quando enfrenta no mundo real os dilemas morais. Estes fatos, juntos, limitam o forte apelo do modelo sócio-intuicionista em relação à irrelevância

onde existem duas posições marcantes e opostas de como o dano ocorre: a dos “liberais”, com abordagem contratual, preocupando-se sobretudo com dano e justiça; e a dos “conservadores”, representando uma abordagem de colmeia com ideais voltados à lealdade de grupo, respeito à autoridade e pureza religiosa⁴⁰¹. Esta polarização, a depender do quórum e da matéria que está sendo discutida, pode gerar respostas mais liberais ou mais conservadoras, sendo que dificilmente ocorre a mudança do posicionamento moral. Como, por exemplo, em questões envolvendo sexo, os conservadores são mais propensos a serem influenciados por emoções e sentimentos nas tomadas de decisões (subitens 1.1.2, 1.2.2 e 1.2.3).

No entender de Richard Posner⁴⁰², a maioria dos juízes norte-americanos não é ideóloga, mas pragmatista, e acrescentou que⁴⁰³:

Para encontrar boas soluções pragmáticas, porém, precisam compreender a

da deliberação consciente porque seria o cachorro racional que balança o rabo emocional, e não vice-versa. PIZZARO, David A.; BLOOM, Paul. The intelligence of the moral intuitions: comment on Haidt (2001). *Psychological Review*, New Haven, v. 110, n. 01, pp. 193-196, 2003. Na mesma edição da revista, Jonathan Haidt publicou outro artigo, respondendo aos dois principais argumentos de Pizzaro e Bloom. Na réplica, afirmou que o modelo intuicionista permite maleabilidade e flexibilidade no julgamento e, conseqüentemente, as decisões morais são viáveis, baseadas no raciocínio de duplo processo (subitem 1.2.3.1). As pessoas não são prisioneiras das intuições iniciais porque o intuicionismo permite a adaptação às novas informações e circunstâncias. Mas também, o intuicionismo possibilita que as pessoas tenham profundas reflexões morais. Haidt concordou com Pizzaro e Bloom com relação aos argumentos de que a teoria pode ter um ponto inicial nos juízos deliberativos e de que a consciência do raciocínio moral pode ser usado para construir tais intuições iniciais. Mas discordou no tocante à frequência com que isso acontece e em relação à analogia com o cachorro, porque, no seu entender, ele aprendeu novos truques ao ser flexível e adaptável. HAIDT, Jonathan. The emotional dog does learn new tricks: a reply to Pizzaro e Bloom (2003). *Psychological Review*, New Haven, v. 110, n. 01, pp. 197-198, 2003.

⁴⁰¹ HARRIS, Sam. **A paisagem moral**: como a ciência pode determinar os valores humanos. Original publicado em inglês em 2010. Trad. Claudio Angelo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 92. Em relação às diferenças entre republicanos e democratas, Sunstein *et al.*, afirmou: “Hence we see significant differences in such areas as campaign finance legislation, disability discrimination, affirmative action, sex discrimination, environmental protection, labor law, and much more. In these and other domains, differences between Republican and Democratic appointees are as simple fact of life in a way that significantly affects the outcomes of lawsuits and the lives of ordinary Americans.”. SUNSTEIN, Cass Robert; SCHKADE, David; ELMANN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006, pp. 147-148.

⁴⁰² O autor apresentou algumas reflexões sobre direito e moral: “Em virtude da coincidência entre certas obrigações morais e jurídicas, pode-se ter a impressão de que a teoria moral está inextricavelmente ligada ao direito. A coincidência existe até em um sistema jurídico predominantemente positivista, como o inglês. A responsabilidade civil extracontratual e o direito penal giram em torno da responsabilidade por atos que geram dano e, também, da responsabilidade (ou, na maioria das vezes, da falta desta) pela não prevenção desses atos, como no caso em que se procura responsabilizar uma pessoa que poderia ter ajudado outra sem correr perigo, mas não o fez. No direito penal, pelo menos na maioria das vezes, a responsabilidade se baseia na culpabilidade dos estados mentais. O direito contratual gira em torno do caráter vinculante das promessas. [...] A razão da coincidência entre a moral e o direito é que os dois são métodos paralelos (sendo a moral o mais antigo) para propiciar o tipo e o grau de cooperação de que a sociedade humana precisa para prosperar.” E disse: “Muitos princípios morais não são respaldados pelo direito. Mentir não é crime nem delito civil (a menos que se minta sob juramento), nem a caridade é um dever legal. O direito é indiferente à maioria das promessas não cumpridas.”. POSNER, Richard Allen. **A problemática da teoria moral e jurídica**. Original publicado em inglês em 1999. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, pp. 169-170.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 187.

dimensão empírica das disputas judiciais submetidas à sua apreciação. A conhecida diferença entre juízes e juízas na decisão dos casos de assédio sexual não se deve a uma divergência teórica. Poucos desses magistrados são machos chauvinistas ou feministas radicais. A diferença provém antes de tudo de uma percepção diferente da incidência e dos efeitos, psicológicos e outros, desse tipo de assédio. Não é vã a esperança de que o estudo empírico desse fenômeno fizesse diminuir tal diferença.

No Brasil, a forma de julgar está mais condicionada ao excesso de trabalho e ao desenho institucional predominante de se levar votos prontos em sessões de julgamentos colegiados⁴⁰⁴. Este modelo não tem proporcionado o diálogo prévio entre os magistrados (bem como ainda são poucas as audiências ou consultas públicas⁴⁰⁵) para a formação da decisão que melhor satisfaça os interesses e direitos das partes e que poderia servir de orientação para os casos futuros como manifestação institucional (assunto a ser aprofundado no subitem 2.3.2), fator que têm dispensado críticas à forma como Supremo Tribunal Federal revela os seus julgados⁴⁰⁶.

Em que pese o modelo norte-americano seja diferente do nosso, o que vemos, na maioria dos casos, também é a manutenção do raciocínio *post hoc* ao julgamento intuitivo, externalizado pelos fundamentos jurídicos que o confirmem. Portanto, é indiscutível a contribuição de Jonathan Haidt⁴⁰⁷ em revelar o conteúdo cognitivo das emoções, o papel que elas desempenham na formação dos juízos morais e a necessária adaptação às mutações

⁴⁰⁴ STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis no Direito? In: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Org.). **Novas fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental**. Rio de Janeiro: POD/Editora PUC/Rio, 2014, p. 200.

⁴⁰⁵ Embora existam previsões legislativas para impulsionar estes diálogos, como as audiências públicas que constam no § 1º do art. 983 do CPC/2015 (para instrução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas) e no inciso II do art. 1.038 do CPC/2015 (para instrução de Recursos Extraordinários ou Recursos Especiais Repetitivos), além das consultas públicas previstas no art. 26 da LINDB, incluído pela Lei Federal nº 13.655/2018.

⁴⁰⁶ Por exemplo: “A fragmentação se revelou como estratégia política, empregada em disputas internas de poder entre os diferentes ministros – algumas das quais se cruzam com ideias, grupos, alianças formais e informais fora do tribunal e dentro da política. Um Supremo fragmentado abre as portas para o comportamento político estratégico individual. [...] Como o Supremo se apresentará? Como instituição, ou como onze – onze agendas, onze argumentos, onze vozes, onze poderes?”. FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck. **Onze Supremos: todos contra o Plenário**. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV RIO, 2017, pp. 21 e 28. Neste mesmo sentido, José Rodrigo Rodriguez argumentou que: “O caráter opinativo da nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião.”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 82. E Eduardo Costa, na nota de rodapé 158 da sua obra, referiu que hoje, no Brasil, os julgamentos partem de uma “colegialidade meramente *formal*, não interativa, cada vez mais concentrada nas decisões singulares dos relatores”, o que demonstra o enorme risco de enviesamento dos tribunais. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 124.

⁴⁰⁷ Sujeito a críticas de outras áreas científicas, como, por exemplo: ZAFRILLA, Pedro Jesús Pérez. Implicaciones normativas de la psicología moral: Jonathan Haidt y el desconcierto moral. **Revista Internacional de Filosofía**, Valencia, n. 59, pp. 9-25, 2013.

ambientais e sociais, porque, assim, poderemos evoluir na compreensão de como os magistrados se comportam e, ao final, decidem. Contudo, como esta nova perspectiva é muito recente e complexa, pensamos ser conveniente o incentivo à exploração acadêmica, especialmente com estudos empíricos hábeis a convalidar (ou não) os achados de Haidt à nossa realidade brasileira.

Como síntese dos dois primeiros itens (2.1 e 2.2), podemos afirmar que tanto a autonomia das partes quanto os poderes dos juízes possuem limites que, conforme Leonardo Greco, estão diretamente vinculadas a três fatores⁴⁰⁸:

[...] a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, estamos diante de um sistema em que cada qual tem seus direitos, mas também os seus deveres. Porém, estes são invariavelmente negligenciados pelos indivíduos, o que pode impulsionar crises nas instituições porque elas não funcionam de forma adequada se as partes não forem incentivadas a atuarem guardando respeito aos arranjos sociais estabelecidos, pois⁴⁰⁹:

O processo constitucionalizado, pressuposto da compreensão de qualquer atividade de aplicação de direitos, prima pelo respeito a três dimensões, quais sejam, a participação efetiva de todos os sujeitos envolvidos, o diálogo genuíno entre eles e, finalmente, o controle de suas atividades de modo a proporcionar uma *accountability* (fiscalidade).

Se excluirmos esta abordagem tridimensional o “processo” não servirá de contraponto ao exercício de poderes, deveres e ônus pelos sujeitos processuais e poderá servir como fonte de legitimação indevida de escolhas subjetivas (e enviesadas) do decisor ou de atividades estratégicas (abusivas) das partes.

Na última parte desta dissertação, iremos abordar o comportamento sistêmico com o objetivo de indicar o terceiro passo para um caminho em que seja possível a mudança da trajetória do fenômeno judicial com a construção de decisões satisfatórias.

⁴⁰⁸ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 07-28, out./dez. 2007. p. 10.

⁴⁰⁹ NUNES *et al.* **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 170-171.

2.3 Comportamento sistêmico

O Poder Judiciário, conforme o modelo constitucional vigente, exerce as suas atividades de modo independente e autônomo em relação aos outros poderes, ao sistema político e aos grupos de pressão organizados. No entanto, a “[...] desarticulação do modelo tradicional, a rearticulação dos poderes e, assim, a mudança das relações entre poder judiciário e os outros sujeitos e poderes institucionais [...]”⁴¹⁰ têm sido um permanente desafio, visto que os limites entre jurisdição, legislação e administração se tornaram incertos.

José Isaac Pilati atribuiu este fenômeno à existência de “conflitos complexos”⁴¹¹, envolvendo, por diversas razões, ao mesmo tempo e necessariamente, além dos sujeitos imediatos de demandas individuais tradicionais, uma rede ou teia de interesses e de protagonistas mediatos, como as autoridades estatais e a própria sociedade civil⁴¹², como no caso das questões ambientais ou envolvendo políticas públicas. Esta situação é um grande desafio porque⁴¹³:

É evidente que o sistema tradicional de justiça e a cultura jurídica milenar que se plasmaram desde o medievo, levarão algum tempo para se reestruturar e perfilhar com a nova realidade, da jurisdição complexa. Será um trabalho lento de construção no plano político-institucional e no campo dos procedimentos. Porque a jurisdição complexa não representa a eliminação do processo tradicional, e sim a ampliação de seu espectro para absorver novas formas de agir, de *iure constitutendo*; é a jurisdição a retomar seu papel a exemplo de Roma, de absorver o novo pela mediação justa dos conflitos complexos na sua casuística; e não mais, de forma exclusiva pelo menos, através da subsunção.

Ou seja, será a partir do reconhecimento das limitações das ideias de autonomia e independência dos órgãos administrativos, legislativos e jurisdicionais é que poderemos evoluir para um modelo de coordenação social e de interdependência, destinado à dissuasão de comportamentos ilícitos. Nuno Piçarra⁴¹⁴ referiu que, na atualidade, ganha progressiva

⁴¹⁰ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 28.

⁴¹¹ Fenômeno observado por Ovídio Baptista: “A utopia da neutralidade da lei, que pressupunha, no fundo, uma lei natural imutável, foi fragorosamente derrotada pela sociedade democrática e pluralista deste final de século, concebida para permitir a convivência dos contrários, a coparticipação harmônica e pacífica de toda sorte de antagonismos políticos e crenças religiosas e morais.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (1929-2009). **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 203.

⁴¹² PILATI, José Isaac. Lições da *iurisdictio* romana para os dias atuais: fundamentos de uma teoria para os conflitos complexos. **Interpretatio Prudentium**: direito romano e tradição romanista em revista, Lisboa, ano 1, n. 2, pp. 169-176, 2016, p. 170.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 172.

⁴¹⁴ PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional**: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editores, 1989, pp. 25-27. Sérgio Guerra destacou as palavras de Jacques Chevallier, na obra “O estado pós-moderno”, cujo original foi publicado em francês em

importância o conceito de “separação social de poderes”, em contraposição à tradicional interpretação do princípio da separação de poderes, porque os diversos atores que compõem o Estado, por estarem vinculados ao mesmo objetivo de efetivação dos direitos fundamentais, devem atuar de forma interativa e equilibrada.

No Brasil, a complexidade e a necessária ampliação das competências judiciárias podem ser evidenciadas pelas sucessivas reformas legislativas. Em 1996, o Banco Mundial avaliou o Poder Judiciário da América Latina e do Caribe e emitiu o Documento Técnico nº 319⁴¹⁵ com diversas recomendações para uma ampla reforma, visando a celeridade e produtividade judicial, uma vez que as deficiências constatadas dificultavam a missão constitucional de dissuadir conflitos. Este documento técnico revelou o pensamento das instituições financeiras internacionais da década de 90 do Século XX em relação à máquina pública judiciária e ao ambiente político e econômico da época, sendo que havia uma pressão externa para que se buscasse a eficiência das instituições.

As diretrizes acabaram sendo absorvidas e consolidadas por meio das mudanças constitucionais implementadas pelas Emendas nºs 19/1998 e 45/2004, coincidindo com as premissas do regime econômico neoliberal adotado naquele momento⁴¹⁶. A Emenda Constitucional nº 19/1998 introduziu a “eficiência” dentre os princípios orientadores da Administração Pública, insertos no *caput* do artigo 37, aproximando o Estado das ideias de gestão de empresa privada e de custo-benefício. Por sua vez, a Emenda Constitucional nº 45/2004 viabilizou a Reforma do Poder Judiciário com o propósito de reduzir os custos administrativos, estabelecendo a garantia da razoável duração do processo (acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º), a edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, a

2008, sendo a versão traduzida para o português em 2009 por Marçal Justen Filho: “Vê-se delinear um novo princípio de organização do aparelho do Estado, congruente com a ideia da pós-modernidade: enquanto o modelo burocrático é do tipo ‘arborescente’ (ele comporta um princípio de unidade, raízes, um centro), a existência de entidades autônomas evoca muito mais a imagem de ‘rizoma’ [...] (que não apresenta uma estrutura estável mas se desenvolve a partir das conexões livres estabelecidas entre os seus elementos constitutivos); dispondo de uma capacidade de ação autônoma, essas entidades são religadas umas às outras, não mais por liames verticais de subordinação, mas por relações horizontais de interdependência. A figura pós-moderna da *rede* tende a partir daí a se substituir àquela da *pirâmide*.” GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Pref. Tércio Sampaio Ferra Junior. 4. ed. Rev. e atualiz. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 117 (ortografia e grifos originais).

⁴¹⁵ DAKOLIAS, Maria. BANCO MUNDIAL. Documento Técnico nº 319 do Banco Mundial. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe**: Elementos para Reforma. 1996. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2017.

⁴¹⁶ Fernando Henrique Cardoso adotou a política neoliberal de forma mais aberta nos seus dois mandatos na Presidência da República brasileira (01-01-1995 a 01-01-2003). CARDOSO, Fernando Henrique. **O improvável presidente do Brasil**: recordações, com Brian Winter. Original publicado em inglês em 2006. Trad. Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. Sérgio Guerra afirmou que houve uma “adesão à moda brasileira” ao modelo neoliberal. GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Pref. Tércio Sampaio Ferra Junior. 4. ed. Rev. e atualiz. Belo Horizonte: Fórum, 2017, pp. 113-117.

serem observadas pelos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta (alteração do § 2º do art. 102) e a repercussão geral em recurso extraordinário (acréscimo do § 3º do art. 102), com o intuito de reduzir o fluxo de processos no âmbito da Corte Constitucional.

A reforma procedida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 trouxe, ainda, a já citada criação do Conselho Nacional de Justiça (referido no item 2.2), desempenhando diversas atribuições constitucionais, dentre elas a de estabelecer orientações aos órgãos do Poder Judiciário. Como exemplo desta atuação, a página da Internet do CNJ disponibiliza os Planejamentos Estratégicos, assinalando metas de efetividade na prestação jurisdicional⁴¹⁷, bem como os estudos publicados anualmente, denominados de “Justiça em Números”, com o intuito de revelar indicadores capazes de retratar o desempenho dos tribunais em termos de eficiência, sob o viés quantitativo.

Como consequências da reforma judicial promovida pelo Congresso Nacional na Constituição, foram promulgadas duas normas regulamentadoras em 19/12/2006: a Lei Federal nº 11.417, que disciplinou a edição de súmula vinculante; e a Lei Federal nº 11.418, que regulamentou a repercussão geral em recurso extraordinário e acrescentou os artigos 543-A e 543-B no CPC/1973. Posteriormente, a Lei Federal nº 11.672, de 08/5/2008, introduziu o artigo 543-C no mesmo código para estabelecer o procedimento de julgamento de recursos repetitivos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça.

Outro marco significativo que merece registro foi a alteração do CPC/1973 produzida pela Lei Federal nº 11.232/2005, evoluindo-se do regime segmentado para o de sincretismo entre as fases de cognição e execução no procedimento ordinário, com a redução de etapas para conferir maior efetividade e celeridade nas tramitações dos processos civis (mudança mantida no CPC/2015).

Com a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil em 16/3/2016, despontou grande produção doutrinária no sentido de que teria sido estabelecido o “sistema brasileiro de precedentes vinculantes”, embora já havia produção doutrinária neste sentido⁴¹⁸. Dentre outras alterações, destacamos a introdução das novas técnicas de incidentes de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas⁴¹⁹; e, como norma fundamental do

⁴¹⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/2015-2020>>. Acesso em 01 jul. 2017.

⁴¹⁸ A primeira edição do livro “Precedentes obrigatórios” foi lançada em 2010, ainda sob a égide do CPC/1973, sinalizando que o entendimento do autor já era neste sentido antes da entrada em vigor do CPC/2015. MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. (1. ed. 2010) 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴¹⁹ Conforme procedimentos previstos nos Capítulos nºs III e VIII do Título I do Livro III. Como exemplo de decisão proferida em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, citamos o julgamento ocorrido nos autos

processo civil, passou-se a incentivar a resolução consensual dos conflitos por meio de conciliação, mediação ou outros métodos de autocomposição (§ 3º do art. 3º).

Em 25/4/2018, a Lei Federal nº 13.655 acrescentou dispositivos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com regras que aprimoraram e aumentaram o ônus argumentativo das decisões judiciais, controladoras e administrativas no momento em que precisam ser analisadas as consequências legais e práticas (art. 20). Além disso, o agente tomador de decisão deverá ser empático, no mesmo sentido da “simpatia” de Adam Smith (subitem 1.1.1), porque terá de considerar os “obstáculos e as dificuldades reais”, colocando-se, portanto, no lugar do outro (art. 22). Adicionalmente, as autoridades públicas possuem o dever de aumentar a “segurança jurídica” na aplicação das normas, com a utilização de “súmulas com caráter vinculante” na sua esfera de jurisdição, até que sejam posteriormente revistas (art. 30).

Estas foram as principais modificações legislativas destinadas a conferir eficiência à Administração Pública. Comparando-se com os demais poderes, podemos perceber que o Judiciário foi aquele que teve maiores reformas institucionais visando a modelagem dos procedimentos, algumas exitosas, outras nem tanto⁴²⁰. O Executivo e o Legislativo⁴²¹, ao contrário, apenas aumentaram de tamanho após 1988, tendo sido criados 1.364 Municípios sem qualquer estudo de viabilidade econômica que, sem a produção de receitas próprias suficientes, dependem dos repasses do Fundo de Participação dos Municípios (FPM)⁴²².

do Processo nº 5052713-53.2016.4.04.0000 no dia 28/9/2018, em que foi fixada “tese jurídica” para dirimir a divergência jurisprudencial existente entre os Juizados Especiais Federais e as Turmas Previdenciárias da 4ª Região acerca da forma de cálculo do salário-de-benefício de aposentadorias e auxílios acidente do INSS. A tese deverá ser aplicada aos processos repetidos, reduzindo a incerteza sobre a aplicabilidade da Lei Federal nº 8.213/91 e a regra de transição prevista no art. 3º da Lei Federal nº 9.876/99; e, conseqüentemente, reduzirá a litigância futura.

⁴²⁰ A inovação institucional foi percebida por Vianna *et al.*: “Se são verdadeiras as proposições de que o protagonismo institucional vivenciado, hoje, pelo Poder Judiciário não o encontrou preparado para este papel, não é menos verdade que a erosão do padrão normativista, tradicional ao magistrado brasileiro, tem dado espaço para a inovação institucional do exercício da sua jurisdição.”. VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de Carvalho; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. (1. ed. 1997) 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 13.

⁴²¹ Sobre a necessária reforma política e uma agenda para o futuro: BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida**: e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 281-283 e 286-297.

⁴²² Até 1988, havia 4.200 Municípios brasileiros; e no período de 1989 a 2007, foram criados 1.364 Municípios, sendo 51,7% com menos de 5.000 habitantes e 42,7% na faixa de 5.001 a 20.000 habitantes, considerados de pequeno porte. Dados em: BRANDT, Cristina Thedim. A criação de Municípios após a Constituição de 1988: o impacto sobre a repartição do FPM e a Emenda Constitucional nº 15, de 1996. **Brasília**, ano 47, n. 187, pp. 59-75, jul./set. 2010. Após 2007, ainda foram criados outros Municípios, totalizando 5.570, sendo que, por menor que seja o Município, a estrutura legislativa mínima é de nove Vereadores para Municípios com até 15.000 habitantes, conforme inciso IV do art. 29 da CRFB/88, com redação dada pela EC nº 58/2009, isso sem contar toda estrutura administrativa e funcional que conforma os Poderes Executivo e Legislativo. E o que mais impressiona é que, mesmo diante da falência financeira de diversos Municípios, o Senado Federal aprovou em 2018 o Projeto de Lei Complementar nº 137/2015, que libera a criação de mais Municípios (entre 200 e 400, segundo estimativas constantes nos documentos anexos), sem ter sido realizada, novamente, a avaliação de

Com efeito, ao lado do critério quantitativo usado para lidar com a crise numérica do Judiciário, podemos desenvolver o critério qualitativo das decisões para reduzir a imprevisibilidade do resultado dos serviços judiciais. Ao lado disso, como as intenções políticas reformadoras no sentido de reduzir a estrutura e aprimorar a qualidade dos serviços do Executivo e do Legislativo não avançaram, a ideia de Estado eficiente ainda é uma quimera, face à limitação dos recursos públicos que levam ao não cumprimento do dever de implementar prestações públicas básicas⁴²³.

Por esses motivos, considerando os dois primeiros passos traçados nos itens 2.1 e 2.2, com a análise do comportamento dos principais indivíduos que atuam nos processos judiciais (dentro dos limites propostos nesta dissertação), seguiremos com o terceiro passo do caminho em busca das decisões satisfatórias⁴²⁴, hábeis a possibilitar o comportamento sistêmico com uma maior integração não só dos juízes de primeira instância e dos tribunais, mas também dos

sustentabilidade para o cumprimento das prestações sociais básicas, como saúde, educação e segurança. Atualmente, o PLC nº 137/2015 aguarda votação no âmbito da Câmara de Deputados. Maiores informações: <<https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594899>>. Acesso em 19 set. 2018.

⁴²³ Neste cenário, questionamos de quem é a responsabilidade. Vamos a um exemplo: em 1987 foi criado o Município de Tunas no Estado do Rio Grande do Sul, que conta com 4.395 habitantes e salário médio mensal dos trabalhadores formais de dois salários mínimos, conforme último Censo do IBGE, ocorrido em 2010 (Informações disponíveis: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/tunas/panorama>>. Acesso em 16 set. 2018). Em 31/12/2011, uma criança recém-nascida teve complicações após o parto com agravações no quadro clínico. Passados sete meses de sucessivas internações, os pais requereram, ao Poder Judiciário, medida para transferi-la a hospital com melhores recursos. A antecipação dos efeitos da tutela foi deferida em 06/7/2012, devendo o Município providenciar o transporte e a vaga em CTI. Não cumprida a ordem naquele mesmo dia, os pais levaram a criança em veículo particular e inadequado até o hospital de Passo Fundo, que não possuía leito para a internação. Então, retornaram e o seu filho veio a falecer no dia 07/7/2012. Posteriormente, os pais ajuizaram a Ação de Indenização nº 143/1130001458-0, postulando danos morais em face da negligência dos representantes do Município em atender a ordem judicial. A sentença foi de improcedência por considerar que os procedimentos padrão haviam sido adotados, dentro das possibilidades limitadas de um Município que não possuía estrutura material e recursos humanos para atendimento de saúde pública de emergência de média ou alta complexidade. O recurso de apelação nº 70076037498 teve negado provimento pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sessão realizada no dia 26/4/2018. A Relatora, Desembargadora Elisa Carpim Corrêa, fez considerações sobre a regulação hospitalar no Estado e a saúde frágil da criança, que já teria passado 150 dias na UTI de Passo Fundo antes da expedição da liminar, para concluir que os atos dos demandados não foram determinantes ao desfecho da triste história relatada nos autos. Negou-se provimento aos Embargos de Declaração e, na data da consulta, não havia esgotado o prazo recursal. Informações disponíveis: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 16 set. 2018.

⁴²⁴ As decisões judiciais satisfatórias, com a escolha da melhor opção dentro de um sistema complexo e variável, foram referidas por Luhmann como uma forma de superar as dificuldades de encontrar soluções justas: “Na medida em que cresce a complexidade da sociedade no decurso do progresso civilizacional, aumentam os problemas carecendo de solução e, portanto, têm de se ultrapassar as formas mais antigas de acordo espontâneo e confirmação do que é exato. Essas formas são substituídas por mecanismos de criação e estabilização de símbolos, mecanismos esses indiretos e mais generalizados. Isto pode acontecer em parte pela abstração interior categorizada do sistema de regulamentos, pela criação de conceitos; mas esse auxílio embate contra restrições, pois afinal cada decisão isolada tem de ser concretamente fundamentada. [...] A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimento de consenso.” LUHMANN, Niklas (1927-1998). **Legitimação pelo procedimento**. Original publicado em alemão em 1969. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 31.

litigantes, pois todos fazem parte de um sistema e, portanto, devem praticar os deveres de cooperação e colaboração⁴²⁵.

A compreensão das condutas e das motivações subjacentes é essencial para definir as regras jurídicas mais adequadas para evitar situações socialmente gravosas ou minimizar tais efeitos, e é aí que reside a contribuição da análise interdisciplinar para se tentar alcançar soluções normativas⁴²⁶ que conduzam à adoção de medidas que levem à satisfação dos interesses de todos os envolvidos, direta ou indiretamente.

Como confirmação do que foi dito até o momento, frisamos que o próprio Banco Mundial produziu estudo, em 2015, nominado “Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial – Mente, Sociedade e Comportamento”⁴²⁷, salientando que pesquisas recentes haviam aprimorado a sua compreensão acerca das influências psicológicas, sociais e culturais da tomada de decisão e do comportamento humano, bem como o impacto significativo destas influências nos resultados de desenvolvimento. Ao final do relatório, restou consignado que este é apenas o início de uma abordagem que poderá, com a consideração cuidadosa de fatores humanos, alterar o campo da economia do desenvolvimento e aumentar a eficácia das políticas e intervenções.

Para a formação das orientações do Banco Mundial, diversos estudos empíricos sobre a tomada de decisão humana foram considerados, sendo destacados três princípios fundantes da nova abordagem⁴²⁸: (i) “pensar automaticamente” – as pessoas fazem a maior parte das suas escolhas com base em julgamentos automáticos e não reflexivos; (ii) “pensar socialmente” – o modo de pensar e agir das pessoas considera com frequência o comportamento dos outros (emulação); e (iii) “pensar com modelos mentais” – em uma determinada sociedade, os indivíduos compartilham uma perspectiva comum do sentido do mundo ao seu redor e da compreensão de si mesmos. O nível de abrangência dos princípios, consignado no documento, foi assim descrito⁴²⁹:

As três formas de pensar enfatizadas aqui aplicam-se igualmente a todos os seres humanos. Não se limitam àqueles que têm níveis de renda mais altos ou mais baixos,

⁴²⁵ Conforme arts. 6º, 67 a 69, 378 e 379, do CPC/2015.

⁴²⁶ FREIRE, Paula Vaz. A análise económica do Direito e a crise. **Revista de Direito Público**: Instituto de Direito Público, Lisboa, ano 6, n. 12, pp. 147-155, jul./dez. 2014, p. 155.

⁴²⁷ BANCO MUNDIAL. **Visão geral: mente, sociedade e comportamento**. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2015. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Grupo do Banco Mundial, 2015, pp. v, vi e 22. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/OverviewPortuguese.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018.

⁴²⁸ O relatório utilizou a teoria do duplo processo citada no subitem 1.2.3.1, confirmando a nossa percepção de que esta nova forma de pensar é universal, abrangendo todos os indivíduos em qualquer nível social, ou seja, incluindo os litigantes, em que pese ainda não termos encontrado estudos específicos. *Ibidem*, p. 3.

⁴²⁹ *Ibidem*, pp. 04-05.

ou níveis educacionais mais altos ou mais baixos ou moram nos países de alta renda ou baixa renda. Vários exemplos de países de alta renda neste relatório demonstram a universalidade das influências psicológicas e sociais sobre a tomada de decisão. [...]. Os próprios profissionais do desenvolvimento pensam automaticamente, pensam socialmente e pensam com modelos mentais e, como resultado, podem identificar erroneamente as causas do comportamento e negligenciar soluções potenciais para os problemas de desenvolvimento. As organizações de desenvolvimento podem ser mais eficazes se os profissionais estiverem conscientes dos próprios vieses psicológicos e sociais e se as organizações implementarem procedimentos que possam mitigar seus efeitos.

É um novo desafio lançado aos profissionais do desenvolvimento, porque “[...] identificar influências psicológicas e sociais sobre o comportamento e construir políticas que funcionem com elas – em vez de ir contra – requer uma abordagem mais empírica e experimental na formulação de políticas [...]”⁴³⁰, o que levará ao desenho de um modelo que preveja falhas e crie ciclos contínuos de revisão de forma a melhorar as formas de intervenção social. A correção das premissas sobre como ocorre a deliberação nos processos decisórios poderá levar à formulação de políticas que simplifiquem as escolhas dos indivíduos, possibilitando que o seu comportamento seja coerente com os resultados desejados⁴³¹.

Com esta nova concepção do Banco Mundial, sai reforçado o arcabouço teórico consignado no primeiro capítulo, com o exame interdisciplinar das características dos indivíduos, da racionalidade e do papel das instituições⁴³², bem como se reafirma a importância de analisarmos o comportamento dos principais atores processuais para a busca de um Poder Judiciário que possa dar respostas boas o suficiente para mudar a trajetória do nosso país⁴³³.

Assim, seguiremos com a análise do comportamento sistêmico, subdividindo este item final em três partes: a teoria brasileira de sistema de precedentes; a formação de um acervo de capital jurídico e a governança judicial.

⁴³⁰ BANCO MUNDIAL. **Visão geral: mente, sociedade e comportamento.** Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2015. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Grupo do Banco Mundial, 2015, p. 05. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018.

⁴³¹ *Ibidem*, p. 06.

⁴³² De acordo com o relatório: “Os indivíduos não são autômatos calculadores. Ao contrário, as pessoas são atores maleáveis e emotivos cuja tomada de decisão é influenciada por indicações contextuais, redes e normas sociais locais e modelos mentais compartilhados. Todos esses elementos desempenham um papel naquilo que os indivíduos percebem como desejável, possível ou até mesmo ‘pensável’ em sua vida. As novas ferramentas baseadas nessa plena consideração dos fatores humanos não deslocam enfoques de políticas existentes baseados em afetar incentivos pessoais de interesse próprio; ao contrário, complementam e aperfeiçoam.” *Ibidem*, p. 03.

⁴³³ Sobre os modelos mentais e a mudança do modelo padrão: “A mente, ao contrário do computador, é psicológica, não lógica; maleável, não fixa. Certamente é racional tratar problemas idênticos de forma idêntica, mas frequentemente as pessoas não o fazem; suas escolhas sofrem alterações quando mudam a opção padrão ou a ordem das coisas. As pessoas baseiam-se em modelos mentais que dependem da situação e da cultura para interpretar experiências e tomar decisões.” *Ibidem*, p. 05

2.3.1 A teoria brasileira de sistema de precedentes

No Brasil, o termo “precedente” pode assumir diferentes significados, como, por exemplo, sinônimo de súmula, jurisprudência, decisão judicial ou tese jurídica, pelo que optamos por destacar a “teoria de precedentes” pela repercussão que teve (e ainda está tendo) nos debates doutrinários. Por isso, iremos descrevê-la para, ao final do subitem, fazer uma verificação da sua aplicabilidade prática pelos julgadores e tribunais.

Em relação ao instituto, existem conceitos mais amplos. Nicola Picardi, por exemplo, afirmou que os precedentes possuem diferentes graus de persuasão, sendo mais forte quando emanado por órgãos colegiados e são proferidas decisões unânimes, e mais fraco quando provêm de órgãos monocráticos e há divergências nas instâncias coletivas, no todo ou em parte, quanto à motivação ou ao dispositivo da decisão⁴³⁴. Sobre a mudança de sentido do precedente no tempo, o autor aduziu que⁴³⁵:

[...] Com efeito, o precedente adquire maior valor com o passar do tempo e com o crescer-se do número de decisões orientadas no mesmo sentido. Todavia, impõe-se reconhecer que não se trata de uma forma de costume, de tipo jurisprudencial, em sentido técnico. Antes de tudo, a juridicidade do *usus fori* prescinde completamente da *opinio iuris* geral; esta se funda unicamente sobre o comportamento dos juízes. Em segundo lugar, e sobretudo, a *ratio* extraída da decisão não é jamais assegurada definitivamente, essa pode ser sempre modificada por obra dos próprios juízes ou dos seus sucessores. À parte, o fato que, depois de um certo número de anos, o mesmo precedente pode tornar-se “obsoleto”, também quando é vinculante, são previstas diversas técnicas para superar a regra do *stare decisis* (*disregard of a precedent*) e pôr um novo e diferente precedente *in pari materia*.

Michele Taruffo⁴³⁶ distinguiu “precedente” de “jurisprudência”, como podemos observar na seguinte citação:

Os precedentes poderiam funcionar como as estruturas dissipativas das quais se fala nas teorias da complexidade, ou seja, como momentos de formação de áreas de ordem no interior do desordenado fluir do caos da jurisprudência. Eles poderiam, de fato, constituir importantes fatores de racionalização, de uniformidade de tipo flexível, de previsibilidade e de igualdade de tratamento, na incontrolável quantidade e variedade dos casos que vêm sendo decididos pelas cortes. Para que isso ocorra, porém, é necessário que eles não sejam mais um elemento de desordem e de variação casual ligada às especificidades dos casos concretos: é necessário que

⁴³⁴ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 150.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 153 (ortografia original).

⁴³⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, pp. 01-15, jul./dez. 2014, p. 15. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 20 jun. 2017.

se trate de precedentes em sentido próprio, isto é, que apresentem as características distintivas de “raridade”, autoridade e universalidade em função das quais possam emergir do caos indistinto da praxe judiciária.

No nosso país, vem sendo desenvolvida a teoria de precedentes, adotada por corrente doutrinária⁴³⁷, no sentido de que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça possuem a atribuição de Cortes Supremas, partindo do significado de precedente como *stare decisis*⁴³⁸, com a função vinculante no sentido de garantir a autoridade da *ratio decidendi* dos julgados proferidos por tais tribunais de vértice.

Luiz Guilherme Marinoni⁴³⁹ afirmou que o *Common Law*⁴⁴⁰ inglês foi convertido em um direito previsível mediante a instituição, no Século XIX, do *stare decisis* com eficácia vinculante, decorrente de amplos debates travados na *House of Lords*. A partir daquele momento, os precedentes se tornaram obrigatórios na Inglaterra para evitar a generalização e a abrangência das decisões, propiciando uma ordem jurídica coerente e com distribuição racional da justiça, mas com a limitação das condutas judiciais.⁴⁴¹

Além disso, Marinoni⁴⁴² aduziu que, até a Constituição Federal de 1988, havia predominância da lei; porém, foram incorporados valores morais, princípios e postulados no

⁴³⁷ Por exemplo, MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. v. II. (1. ed. 2015) 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 639-664; MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. (1. ed. 2010) 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. (1. ed. 2016) 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. (1. ed. 2013) 3. ed. Rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁴³⁸ Barros conceituou da seguinte forma: “O *stare decisis* é uma figura jurisprudencial, cuja locução completa é *stare decisis et non quieta movere*. Literalmente: estar com as coisas decididas e não mover as coisas quietas.” BARROS, Sérgio Resende. O nó górdio do sistema misto. In: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análises à luz da Lei nº 9.882-99**. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 128-149.

⁴³⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 15-16.

⁴⁴⁰ Conforme René David, os sistemas de direito estão se aproximando: “A *common law* foi formada pelos juízes, que tinham de resolver litígios particulares, e hoje ainda é portadora, de forma inequívoca, da marca desta origem. A regra de direito da *common law*, menos abstrata que a regra de direito da família romano-germânica, é uma regra que visa dar solução a um processo, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. [...] A *common law* conserva hoje a sua estrutura, muito diferente da dos direitos romano-germânicos, mas o papel desempenhado pela lei foi aí aumentado e os métodos mais usados nos dois sistemas tendem a aproximar-se; sobretudo a regra de direito tende, cada vez mais, a ser concebida nos países da *common law* como o é nos países da família romano-germânica. Quanto à substância, soluções muito próximas, inspiradas por uma mesma idéia de justiça, são muitas vezes dadas às questões pelo direito nas duas famílias de direito.” DAVID, René (1906-1990). **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Original publicado em francês em 1964. Trad. Hermínio A. Carvalho. (1. ed. 1986) 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 25-26 (ortografia original).

⁴⁴¹ Segundo Nicola Picardi, a “[...] jurisprudência continental tem um papel quantitativamente mais modesto, mas qualitativamente não diferente daquele próprio da jurisprudência anglo-saxônica”. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149.

⁴⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. (1. ed. 2010) 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 93-94.

raciocínio interpretativo ou decisório e, com a evolução da teoria da interpretação, houve a dissociação entre texto legal e norma jurídica; e o juiz, ao decidir, teria o papel de atribuir significado ao texto legal, expressando norma(s) jurídica(s). Como consequência lógica, o autor entendeu que seria necessário conferir às Cortes Supremas a função de dar significado à lei para completar os textos legislativos e implementar, de fato, a coerência da ordem jurídica, a liberdade, a igualdade e a segurança jurídica por meio de precedentes, a fim de orientar a sociedade na solução dos seus conflitos.

Com esta sistemática, os magistrados e tribunais ordinários estariam vinculados aos precedentes firmados pelas Cortes de vértice, com a obrigação de utilizá-los em casos idênticos ou similares, sendo que, na hipótese de afastamento, teriam o pesado ônus argumentativo a fim de evidenciar as particularidades que distinguiriam o caso concreto da tese paradigma. Desta forma, o precedente seria de interesse dos juízes e jurisdicionados, devendo o seu significado ser buscado nas razões que levaram à conclusão final consignada na parte dispositiva das decisões.

Dando seguimento, Marinoni apresentou justificativas a um sistema de precedentes⁴⁴³, que guardam estreita relação com os pressupostos teóricos econômicos trazidos no primeiro capítulo, pelo que passamos a fazer algumas associações.

As justificativas “valor e comportamento” e “respeito ao direito e responsabilidade pessoal”, relacionamos com o papel do indivíduo na sociedade (item 1.1). Considerando que casos similares não podem ser tratados diferentemente, a atitude de respeitar precedentes pode ser considerada uma forma de preservar valores indispensáveis e de determinar comportamentos, viabilizando a responsabilidade pessoal dos indivíduos, que fazem parte de um ambiente social. Em sentido contrário, a incerteza interpretativa dilui o sentimento de responsabilidade pessoal, não sendo possível desenvolver uma consciência social e uma ética de comportamento.

Já quanto ao fornecimento de subsídios para reduzir as limitações à racionalidade (item 1.2), associamos “clareza e generalidade” e “previsibilidade”. Direitos iguais devem ser aplicados sem individualismos e deve ser previsível para diminuir as assimetrias informativas,

⁴⁴³ MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes**: justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 103-116. Na obra intitulada **Precedentes obrigatórios** (MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. (1. ed. 2010) 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 93-94 e 95-152), o autor referiu treze razões para seguir precedentes: segurança jurídica, igualdade, coerência da ordem jurídica, controle do poder do juiz, possibilidade de orientação jurídica, definição de expectativas, desestímulo à litigância, favorecimento de acordos, despersonalização das demandas, racionalização do duplo grau de jurisdição, contribuição à razoável duração do processo, economia de despesas, maior eficiência do Poder Judiciário.

a fim de se evitar surpresas, possibilitar a confiança nos direitos estabelecidos e estimular investimentos econômicos pela estabilidade dos pronunciamentos.

E, no que tange às instituições (item 1.3), a “unidade e desenvolvimento do direito”, a “promoção da igualdade” e o “fortalecimento institucional” demonstram que a adoção de precedentes confere autoridade às decisões para que haja unidade do Direito, proporcionado: (i) soluções mais uniformes para casos idênticos; (ii) o afastamento do acesso inautêntico; e (iii) o aumento da credibilidade no Poder Judiciário. Como consequência, o exercício da jurisdição plena passa a fortalecer o papel do Poder Judiciário como instituição, minimizando inseguranças ou arbitrariedades.

Estes fundamentos revelam a importância dos precedentes, inobstante outros elementos também poderiam e deveriam ser revelados para a concretização de um sistema, como o fato de existirem leis com lacunas, cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados, que tornam necessária a interpretação do direito com base em garantias e princípios constitucionais. Marinoni, em 2009, já havia constatado que⁴⁴⁴:

A lei passa a encontrar limite e contorno nos princípios constitucionais, o que significa que deixa de ter apenas legitimação formal, restando substancialmente amarrada aos direitos positivados na Constituição. A lei não mais vale por si, porém depende da sua adequação aos direitos fundamentais. Se antes era possível dizer que os direitos fundamentais eram circunscritos à lei, torna-se exato, agora, afirmar que as leis devem estar em conformidade com os direitos fundamentais.

Na mesma época, Teresa Arruda Alvim Wambier também havia destacado que a rigidez do princípio da legalidade teria sido suavizada pelo emprego de algumas técnicas mais abertas na redação das leis, bem como pela frequência da utilização de princípios jurídicos, que também são vagos. Estes fatores condicionam o raciocínio dos juízes na elaboração das decisões para solucionar os casos concretos submetidos à sua jurisdição.⁴⁴⁵

Daniel Mitidiero⁴⁴⁶, por sua vez, afirmou que a fundamentação do precedente deve ser diferenciada, considerando o atual Estado Constitucional:

⁴⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 172, pp. 175-232, jun. 2009. Versão RT-Online, p. 20.

⁴⁴⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *Civil Law* e *Common Law*. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 172, pp. 121-174, jun. 2009; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Doutrinas essenciais de processo civil. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 9, pp. 1149-1200, out. 2011. Versão RT-Online, p. 11.

⁴⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 206, pp. 61-78, abr. 2012. Versão RT-Online, p. 04.

A passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional impõe fundamentação analítica para aplicação de princípios e regras mediante postulados normativos e para concretização de termos indeterminados, com eventual construção de consequências jurídicas a serem imputadas aos destinatários das normas.

Ao interpretar os artigos 926 e 927 do Código de Processo Civil, o autor⁴⁴⁷ distinguiu as funções das Cortes de Justiça – Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais – e as funções das Cortes de Precedentes – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça (também chamadas por ele de Cortes Supremas), pelo que afirmou ser necessária uma reconstrução do sistema judiciário: naquelas, o controle seria “retrospectivo” sobre as causas decididas em primeira instância, podendo ocorrer a “uniformização da jurisprudência”; enquanto nestas, o controle seria “prospectivo” com o intuito de dar “unidade ao direito e evitar a sua dispersão”, guiando as futuras decisões de todo o Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta e induzindo o comportamento de toda a sociedade. Conforme Mitidiero, duas razões motivam uma nova organização judicial com uma melhor distribuição de processos entre as cortes: de uma “perspectiva interna”, há economia processual ao se viabilizar a racionalização da atividade judiciária; e, de uma “perspectiva externa”, a tutela jurisdicional é prestada de forma tempestiva.

Assim, as Cortes Supremas reconstruiriam o sentido da legislação e formariam precedentes judiciais como “fonte primária do Direito”, cuja força vinculante decorreria da “[...] força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado [...]”⁴⁴⁸, passando a ser o derradeiro garantidor da liberdade e da igualdade do Estado Constitucional, além de propiciar segurança jurídica por meio do *stare decisis*, nas dimensões horizontal (que obriga os próprios membros da Corte que formou o precedente) e vertical (vinculando todos os juízes e tribunais ao precedente das Cortes Supremas)⁴⁴⁹, como na *House of Lords* inglesa e na *Supreme Court* dos Estados Unidos.

Em decorrência, somente as Cortes de vértice poderiam promover a técnica de superação total (*overruling*), em resposta ao desgaste da congruência social e da consistência sistêmica, ou no caso de equívoco na sua solução da matéria. Também seria possível a utilização da técnica de superação parcial (*overturning*), quando fosse necessária a sua transformação (*transformation*), em razão de aspectos fáticos-jurídicos não tidos como

⁴⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes**: da persuasão à vinculação. (1. ed. 2016) 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 75-76.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. (1. ed. 2013) 3. ed. Rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 121.

relevantes na decisão anterior, ou quando precisasse ser reescrita (*overriding*), em sendo redefinido o âmbito de incidência do precedente.⁴⁵⁰ Os demais juízes e tribunais poderiam (e deveriam) utilizar a técnica da distinção (*distinguishing*), prevista no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015, a fim de demonstrar que o caso é diferente, não aplicando o precedente no caso em julgamento ou, então, ampliando o seu alcance.⁴⁵¹

Contudo, a tarefa de identificar a *ratio decidendi*⁴⁵² é difícil e não há um acordo no *Common Law* acerca da definição e da metodologia de evidenciação, embora existam dois métodos notórios, denominados Teste de Wambaugh e Método de Goodhart, também criticados pela doutrina⁴⁵³. De uma forma simplificada, o juiz encontra as razões da decisão de forma a inserir o caso a ser solucionado na moldura do precedente, que é norma jurídica produzida pela reconstrução do texto, realizada pelas Cortes de vértice. Assim, o precedente estaria acima da jurisprudência porque as razões de decidir teriam efeito vinculante e seriam produzidas pelos intérpretes constitucionais legítimos; e o seu uso reiterado poderia vir a consolidar enunciado de súmula.

Mitidiero aduziu que o estágio atual da experiência jurídica brasileira na busca de uma solução para o problema da vinculação ao Direito reside em estabelecer a unidade do Direito mediante técnicas preventivas e repressivas por meio da teoria interpretativa da adscrição, que visa outorgar “[...] sentido a textos e a elementos não textuais da ordem jurídica para a prolação de uma decisão justa, densificada, precisada e devidamente comunicada aos seus destinatários”.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas**. (1. ed. 2013) 3. ed. Rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 122.

⁴⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. (1. ed. 2010) 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 340.

⁴⁵² Nicola Picardi esclareceu: “Para esse fim, vai, antes de tudo, analisada a decisão e distinta, nessa, a *ratio decidendi* do *obter dictum*. Com a primeira expressão se costuma designar a argumentação jurídica que é o fundamento da decisão sobre os fatos da causa; por *obter dictum* se entende, ao contrário, a consideração desenvolvida a propósito do caso decidido sem que desta descenda, direta e necessariamente a decisão. Os *obter dicta* podem representar, mais do que tudo, um aporte conceitual, mas não constituem precedente em sentido próprio. Circunscrito o campo de observação, à *ratio decidendi* é observado, depois, que a nossa temática se restringe ulteriormente ao precedente *in pari materia*, e não abraça também as decisões emanadas em casos somente similares. Trata-se, portanto, de estabelecer, em primeiro lugar, quando a *ratio decidendi* vincula o juiz *in pari materia*.”. PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149.

⁴⁵³ Para maiores esclarecimentos em relação aos métodos e críticas: MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. (1. ed. 2010) 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp. 161-164; DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. 2, 12. ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, pp. 512-514.

⁴⁵⁴ MITIDIERO, Daniel. **Precedentes: da persuasão à vinculação**. (1. ed. 2016) 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 71.

Sendo assim, como Cortes de Precedentes, a adequada interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal seria de competência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, respectivamente, em uma atuação pró-ativa e voltada para o futuro⁴⁵⁵. De igual forma, os Tribunais Superiores do Trabalho e Eleitoral seriam Cortes de vértice em matérias trabalhistas e eleitorais, e os Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais em matérias locais⁴⁵⁶.

Cabe salientar, ainda, que a efetividade de um sistema de precedentes depende de sua adequada publicidade porque as decisões devem ser reconhecidas como “[...] fonte de precedentes com força jurídica”⁴⁵⁷. A divulgação tem de ser feita, preferencialmente, pela Internet, por se tratar do meio de comunicação mais transparente e célere de disponibilização de dados na atualidade.

Todavia, na prática, o sentido dado aos precedentes pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça é diverso daquele preconizado pela corrente doutrinária destacada, até por não haver consenso na definição do que vem a ser precisamente este instituto, sendo referido, muitas vezes, como a ementa ou a parte dispositiva, e não como a *ratio decidendi* propriamente dita⁴⁵⁸.

Lucas Buril de Macêdo⁴⁵⁹ consignou que a “[...] adoção da teoria dos princípios no Brasil é a principal causa teórica pela atual preocupação com a importância e consequente construção do *stare decisis* brasileiro”. Porém, salientou que a aceitação dos princípios foi muito mais rápida do que o de “precedentes obrigatórios”, que ainda não teriam sido

⁴⁵⁵ Pugliese elencou sete justificativas consequencialistas de um sistema de precedentes: economia processual, razoável duração do processo, maior legitimidade do Poder Judiciário, importância da instrução, uniformidade de interpretação e aplicação do Direito, desestímulo à litigância e favorecimento de acordo, e responsabilidade do juiz ao decidir casos novos. PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴⁵⁶ Zaneti ampliou o conceito de Corte Suprema: “Não havendo questão infraconstitucional federal ou constitucional federal envolvida, quem terá a última palavra sobre a interpretação do direito local é o tribunal de justiça da unidade federativa correspectiva (como indica o art. 332, IV, CPC/2015). Nestes casos percebe-se que a Corte Suprema na matéria local será o tribunal de justiça e não as Cortes Supremas federais, por uma questão de hierarquia formal e de distribuição de competências no modelo federativo.”. ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. (1. ed. 2014) 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 373.

⁴⁵⁷ DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. 12. ed. Rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Juspodivm, 2017, p. 542.

⁴⁵⁸ Conforme Rodriguez: “Afim, além da votação por maioria de votos, um modelo que permite que a fundamentação varie de juiz para juiz (o que pode produzir no STF decisões unânimes, mas com 11 fundamentações diferentes), a padronização das decisões dos tribunais se faz por via de ementas e enunciados e não por meio de precedentes que podem ser reconstruídos argumentativamente.”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 23.

⁴⁵⁹ As conclusões de Macêdo foram tomadas a partir da análise das obras de Ronald Dworkin, Robert Alexy, Humberto Ávila e Marcelo Neves. MACÊDO, Lucas Buril. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Bahia: Editora Juspodivm, 2015, pp. 208-209.

acolhidos por causa da resistência advinda do sistema tradicional, ficando o sistema jurídico sem fechamento, faltando racionalidade e consistência.

Porém, quanto ao fato de ainda estarmos arraigados ao modelo continental, começaram a proliferar manifestações no sentido de aproximação entre os sistemas jurídicos *Civil Law* e *Common Law*, com uma mudança no conceito de jurisdição, conforme Rodolfo Mancuso⁴⁶⁰:

[...] impõe-se um olhar renovado no tocante aos critérios de identificação do regime jurídico-político de um país, especialmente quanto à *família jurídica* a que ele se filia, porque o crescente intercâmbio internacional, a massificação das sociedades e o fenômeno da globalização não mais permitem um cômodo enquadramento num ou noutro dos tradicionais sistemas: o do direito escrito (*civil law*) e o do precedente judiciário (*common law*).

De sua vez, Nicola Picardi (adepto de uma concepção mais abrangente) aduziu que o precedente atende mais propriamente à atividade dos órgãos judiciais, concretizando-se na decisão do juiz, e, portanto, constituindo mais uma parte da praxe processual. Enquanto esta (a praxe) se revela frequentemente em decisões jurisprudenciais e se trata de figura mais ampla por compreender também o comportamento dos tribunais na fase anterior procedimental; o precedente não poderia ser considerado fonte escrita, ao contrário do que está sendo preconizado na teoria em destaque⁴⁶¹:

⁴⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 248 (ortografia e grifos originais). Também, neste sentido: “*All such generalizations about the difference between the two traditions, however, seem simplist relative to the subtlety and complexity of reality. For example, although the United States is ostensibly a common law country, the American states have tried to obtain greater uniformity in commercial law by enacting the Uniform Commercial Code. Deciding disputes that fall under the Uniform Commercial Code in America has many similarities to deciding disputes that fall under the French Civil Code.*”. COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. (1. ed. 1992) 6. ed. New York: Addison Wesley, 2011, p. 57; MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law tradition**: an introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. California, Stanford: Stanford University Press, 1969, pp. 15-34. No mesmo sentido, citando a obra de John Henry Merryman: VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de Carvalho; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. (1. ed. 1997) 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997, pp. 07-18; UZELAC, Alan. Reformando o processo civil mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 01, pp. 02-41, jan./abr. 2017, p. 4. Em sentido contrário, Paolo Grossi afirmou que: “[...] ainda hoje, apesar das osmose produzidas pelo fluir do tempo, *common law* e *civil law* constituem planetas jurídicos plantados em fundações diferentes e portadoras de diferentes mentalidades: dois costumes jurídicos, senão opostos, certamente muito diversificados.”. GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Os ensaios foram publicados originalmente em italiano. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 86.

⁴⁶¹ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 153-154. Júlio Rossi afirmou que, da maneira como estão sendo aplicados os precedentes judiciais no Brasil, estamos longe de possuímos uma “teoria de precedentes”, não podendo ser considerados fonte de direito. Para que isso seja assim, é necessário “[...] permitir que os juízes e Tribunais possam fazer parte da experiência do direito a ser entendido e aplicado em dado caso concreto (seja repetitivo, assemelhado, individual ou coletivo), pautado pelas especificidades naturais, sob pena de tornarmos as lições de

[...] se apresenta, por outro lado, normalmente como fonte não escrita, porque, a rigor, este não se concretiza *tout court* no dispositivo ou na motivação das decisões, mas sim – como se anotou – na *ratio decidendi* que está na sua base e para qual a individualização é habitualmente obra da interpretação.

Assim, considerando os argumentos colacionados, procedemos a um exame nos sítios eletrônicos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para verificar a aplicabilidade da “teoria de precedentes”. Na análise, foi possível verificar que as “teses jurídicas” estão sendo compiladas e nominadas de “precedentes”, podendo ser pesquisadas de forma autônoma e distinta das súmulas e jurisprudências. Na pequena amostra que segue, não será examinada a adequação ou não das decisões, mas a forma como estão sendo publicizadas e se, de fato, representam a revelação da *ratio decidendi* contida nas decisões proferidas.

O Superior Tribunal de Justiça é o principal canalizador das demandas indenizatórias por dano moral em virtude do descumprimento de leis federais por empresas, apesar de algumas demandas chegarem ao Supremo Tribunal Federal, oriundas de Juizados Especiais⁴⁶². Em exame às “teses jurídicas”, a título exemplificativo, evidenciamos:

- a) Item 2 da Edição nº 39 – Direito do Consumidor I – os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 01/7/2015. “A simples aquisição do produto considerado impróprio para o consumo, em virtude da presença de corpo estranho, sem que se tenha ingerido o seu conteúdo, não revela o sofrimento capaz de ensejar indenização por danos morais.” A pesquisa vinculou 79 acórdãos⁴⁶³, sendo que o assunto constou do Informativo nº 553, de 11/02/2015; e
- b) Item 3 da Edição nº 39 – Direito do Consumidor I – os entendimentos foram extraídos de julgados publicados até 01/7/2015. “A aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho, expondo o consumidor a risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de

Carlos Maximiliano um fiel retrato do *precedente à brasileira*: ‘Copiam-se, imitam-se, contam-se os precedentes; mas de pesá-los não se cuida’. ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, ano 37, v. 208, pp. 203-240, jun. 2012 (grifos originais).

⁴⁶² Como no caso do Agravo nº 729.870/RJ, referido na nota de rodapé 267.

⁴⁶³ Um dos acórdãos de referência é o REsp 1.395.647/SC, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, julgado em 18/11/2014, DJE 19/12/2014. Constou, também, no Informativo de Jurisprudência nº 0553, publicado em 11 de fevereiro de 2015. Consulta realizada em 19 abr. 2018, no endereço: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1359227&num_registro=201302475902&data=20141219&formato=PDF>.

seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.” A pesquisa vinculou 79 acórdãos – os mesmos do item anterior. Em um dos acórdãos, reconheceu-se o dano moral, mesmo sem a ingestão do produto, em virtude do dever do fornecedor de evitar o risco à saúde do consumidor⁴⁶⁴. O assunto constou do Informativo nº 537, de 10/4/2014.

Nesta amostra, é notória a contradição de entendimentos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da aquisição de produto impróprio para consumo, independentemente da ingestão do alimento, um no sentido de que seria enriquecimento ilícito, e outro concedendo o direito à compensação pecuniária por ofensa à garantia fundamental à alimentação adequada. Ainda, ao que tudo indica, as teses não decorreram de recursos repetitivos, eram ações individuais e houve, inclusive, julgamentos contraditórios dentro de uma mesma Turma, conforme acórdãos considerados paradigmas.

Talvez essa situação decorra do fato de que os resumos das teses⁴⁶⁵ estão sendo elaboradas pela Secretaria de Jurisprudência, não consistindo em repositório oficial de jurisprudência do STJ, conforme consignado nas Edições disponibilizadas no sítio eletrônico. Mas isso não justifica que o Superior Tribunal de Justiça, como instituição, esteja admitindo a divulgação de entendimentos conflitantes sem que se possa chegar à plena cognoscibilidade do direito, deixando ao alvedrio da parte escolher aquele julgado que melhor represente o seu interesse e que passará a ser utilizado como argumentação a seu favor.

Na consulta a acórdãos mais recentes sobre idêntica matéria, verificamos que continua havendo divergência entre as decisões colegiadas ou monocráticas, ora negando⁴⁶⁶, ora concedendo⁴⁶⁷ o direito à indenização por danos morais, mesmo sem ter havido a ingestão do

⁴⁶⁴ Um dos acórdãos de referência é o AgRg no REsp 1.454.255/PB, Min. Rel. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Julgado em 21/8/2014, DJE 01/9/2014. Constou, também, no Informativo de Jurisprudência nº 0537, publicado em 10 de abril de 2014. Consulta realizada em 19 abr. 2018, no endereço: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1342247&num_registro=201401076131&data=20140901&formato=PDF>.

⁴⁶⁵ Conforme Edição nº 01, de 13/11/2013, com entendimentos extraídos de julgados publicados até 20/09/2013. A última Edição na data da consulta ao *site* do STJ (21/10/2018), é a de nº 112, cujos julgados colacionados foram publicados até 19/10/2018. Portanto, em que pese a compilação de teses tenha iniciado antes da entrada em vigor do CPC/2015, a sistemática continua a mesma, não havendo um controle sobre eventuais divergências entre as teses compiladas.

⁴⁶⁶ Por exemplo: AgInt no AREsp nº 1.018.168/SE, Min. Rel. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma do STJ, julgado em 04/4/2017: “[...] ausente a ingestão do produto considerado impróprio para o consumo em virtude da presença de corpo estranho, não se configura o dano moral indenizável.”; e AgInt no REsp nº 1.597.890/SP, Min. Rel. Moura Ribeiro, 3ª Turma do STJ, julgado em 27/9/2016.

⁴⁶⁷ Por exemplo: AgInt no REsp nº 1.558.010/MG, Min. Rel. Moura Ribeiro, 3ª Turma do STJ, julgado em 06/3/2018: “[...] a aquisição de produto de gênero alimentício contendo em seu interior corpo estranho,

produto adquirido. Ou seja, não dá para inferir qual é a diretriz institucional do STJ no tocante a esta matéria (ou outras).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, destacamos a “tese jurídica” imputando “a responsabilidade civil objetiva ao Estado pela morte de detento em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal”⁴⁶⁸, o que pode ensejar pedidos de indenizações por danos morais aos familiares dos presos, além de outros danos, visando a reparação integral.

Diferentemente do STJ, as teses são aprovadas em sessão administrativa, situação esta que, de forma aparente, conferiria maior segurança jurídica com a confiabilidade dos dados, proporcionando a calculabilidade dos custos e das condutas. Todavia, de acordo com os dados que constam no sítio eletrônico do STF, a tese jurídica foi aprovada na 12ª Sessão Administrativa, de 09/12/2015, antes, portanto, do julgamento do mérito do Recurso Extraordinário nº 841.526 pelo Plenário, considerado paradigma, que ocorreu em 30/3/2016.

Cumprе salientar que o STF vem adotando a prática de substituição de institutos. Primeiramente, as súmulas foram substituídas pelas súmulas vinculantes: a última súmula – nº 736 – foi aprovada na Sessão Plenária de 26/11/2003 e a primeira súmula vinculante – nº 1 –, na Sessão Plenária de 30/5/2007. Após o CPC/2015, apenas duas súmulas vinculantes foram aprovadas pelo STF, porque já estavam em discussão: SV nº 55 – “O direito de auxílio alimentação não se estende aos servidores inativos” – Sessão Plenária de 17/3/2016; e SV nº 56 – “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS – Sessão Plenária de 29/6/2016”. Em compensação, as “teses jurídicas”, representadas por verbetes identificados pelo número do processo, começaram a proliferar, já existindo 259 Teses de Repercussão Geral, 09 Teses de Controle Concentrado e 05 Teses em Outros Processos⁴⁶⁹, o que significa que as súmulas vinculantes estão sendo substituídas pelas referidas teses.

Além disso, há “tese jurídica” com o mesmo teor de súmula vinculante, a exemplo do RE nº 466.343 e da SV nº 25 – “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito” –, ou seja, completamente desnecessária a “tese jurídica” se já

expondo o consumidor à risco concreto de lesão à sua saúde e segurança, ainda que não ocorra a ingestão de seu conteúdo, dá direito à compensação por dano moral, dada a ofensa ao direito fundamental à alimentação adequada, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.”; e AREsp nº 1.320.851/RJ, Min. Rel. Maria Isabel Gallotti, decisão monocrática, julgado em 03/9/2018.

⁴⁶⁸ RE 841.526/RS, Min. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado o mérito em 30/3/2016, redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

⁴⁶⁹ Consulta ao Portal do STF em 10 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarTese.asp>>.

existia idêntica súmula com efeitos vinculantes. A administração pública direta e indireta já estava sendo dissuadida ao cumprimento da decisão da Suprema Corte, inclusive o próprio Poder Judiciário, visto que a não observância acarretaria a cassação das decisões por meio do instituto da reclamação⁴⁷⁰. Portanto, este é um indício de que a Súmula Vinculante pode estar perdendo o seu valor, pois está cada vez mais confuso o modo de revelação do pensamento dos Ministros do STF, como restou demonstrado no julgamento do HC nº 152.752/PR⁴⁷¹, o que, no nosso pensar, agrava a insegurança jurídica das relações sociais.

Diante deste quadro, embora um sistema de precedentes vinculantes no Brasil possa ser defensável como meio e fim de mitigar a litigância inautêntica, com a criação de incentivos e desincentivos aos comportamentos dos litigantes, dos juízes e da sociedade, ainda há um caminho a ser trilhado em busca da unidade do Direito, a começar pela própria definição do que efetivamente vem a ser o “precedente brasileiro”, que não se confunde com as “teses jurídicas” que estão atualmente sendo divulgadas nos sítios eletrônicos e que se aproximam dos verbetes sumulados com comandos do tipo sim/não, agregando-se ao fato de que não há consenso acerca da sua força como fonte escrita.

No Brasil, há uma profusão de decisões em diversos sentidos, pois juízes e tribunais, não raras vezes, formam suas convicções sem considerar o que já foi decidido e sem justificar as razões das suas escolhas. De outro lado, as partes e seus advogados selecionam a jurisprudência que melhor defende os seus interesses, omitindo os julgados que os contrariem.

Com efeito, a teoria de precedentes ora analisada poderia fornecer respostas coerentes no desenvolvimento de um novo sentido ao resultado da atividade jurisdicional⁴⁷²; contudo,

⁴⁷⁰ Vale lembrar que a reclamação foi prevista na Constituição Federal de 1988 na alínea “l” do inciso I do art. 102 para a preservação de sua competência e garantia da autoridade das decisões da Corte Suprema, regulamentada pelo arts. 13 e seguintes da Lei 8.038/1990 e arts. 156 e seguintes do Regimento Interno do STF. Após, com a Emenda Constitucional nº 45/2004, criou-se a súmula vinculante e o § 3º do art. 203-A ampliou o cabimento de reclamação para anulação do ato administrativo ou decisão judicial que a contrariasse, com regulamentação na Lei Federal nº 11.417/2006. No art. 988 do CPC/2015, previa-se, na redação originária do inciso IV, a possibilidade de reclamação de precedente proferido em julgamento de casos repetitivos ou de incidente de assunção de competência; todavia, a Lei Federal nº 13.256, de 04/02/2016, alterou a redação para acórdão. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 632.853-RG/CE, julgado em 23/4/2015, o Ministro Ricardo Lewandowski tratou, inicialmente, do cabimento de Reclamação após a promulgação do CPC/2015, entendendo como cabível a reclamação na qual se indique como parâmetro de controle um *leading case* de repercussão geral, desde que esgotadas as instâncias ordinárias.

⁴⁷¹ Ocorrido em 04/4/2018, em que se postulava o impedimento à execução provisória da pena do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Contudo, a prisão foi mantida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região por decisão majoritária (6 x 5). HC nº 152.752/PR, julgado em 04/4/2018, Min. Rel. Edson Fachin. Todavia, o STF ainda não definiu o alcance da decisão plenária sobre outros casos em tramitação, havendo variações de entendimentos nas Turmas.

⁴⁷² Perelman ressaltou a consciência das responsabilidades pelos juízes: “De fato, o juiz cômico de suas responsabilidades, ao procurar justificar a sua decisão, só se sente tranquilo quando esta prolonga e completa um conjunto de decisões que se insere em uma ordem jurídica constituída pelos precedentes e, se for o caso, pelo legislador. Foi para fornecer precedentes que servissem de guia aos juízes que foram publicadas coletâneas de

na forma como está sendo entendida e revelada, ainda remanesce na análise econômica normativa⁴⁷³, sendo uma hipótese de como deveria ser o Poder Judiciário.⁴⁷⁴

No atual momento, contamos com uma profusão legislativa intensa nas três esferas legislativas, sendo difícil saber quantas e quais leis estão, de fato, em vigor⁴⁷⁵. Esta situação, agregada à adoção de um sistema misto de controle de constitucionalidade, dificulta o trabalho do intérprete e aumenta a insegurança jurídica, o que torna imprescindível a revisão dos papéis das instituições brasileiras. Precisamos de normas jurídicas efetivas e estáveis para que seja possível constringer comportamentos oportunistas e orientar os modos de produção e as tomadas de decisões, criando expectativas legítimas nos seus destinatários e confiança no ordenamento jurídico. Mas também, as pessoas e as instituições privadas e públicas precisam saber quais são as regras e condições do jogo para que possam respeitá-las, garantindo-se uma maior estabilidade no sistema social.

O Poder Judiciário, portanto, tem a relevante atribuição de interpretar o direito posto e reduzir incertezas, dando-lhe significado, completude e efetividade de maneira a conferir incentivos aos demais agentes políticos e sociais para que atuem de forma congruente. Logo, ainda que a teoria de precedentes não esteja sendo utilizada conforme concebida pelos doutrinadores referenciados, temos que reconhecer o seu valor no sentido de fomentar o pensamento crítico e de tentar construir um caminho que possibilite a evolução do nosso sistema judicial para que haja maior coerência e satisfação no produto oferecido à sociedade.

Na sequência, seguiremos destacando a importância da formação de um “acervo de capital jurídico”⁴⁷⁶, que é um relevante elemento na prospecção de um modelo de governança adequado.

jurisprudência, como as de Bracton, no século XIII, de Coke, no século XVII, e de Blackstone, no século XVIII, que formaram a base da tradição inglesa da *common law*.” PERELMAN, Chaïm (1912-1984). **Lógica jurídica: nova retórica**. Original publicado em francês em 1979. (1. ed. brasileira 1998). 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, pp. 10-11.

⁴⁷³ Na Economia, existem duas formas de compreender o mundo: “como é” (análise positiva/descritiva) ou “como deveria ser” (análise normativa/prescritiva). A diferença entre análise positiva e análise normativa pode ser consultada em: CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 41-43.

⁴⁷⁴ Nas palavras de Fernando Leal, temos que enfrentar três barreiras à estabilização do conteúdo jurídico: (i) frequentes e distintas redefinições de sentido das suas normas; (ii) desvinculação aos precedentes formulados por seus intérpretes autorizados; e (iii) falta de clareza na definição de um método de aplicação. LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, pp. 87-116, out./dez. 2009, p. 91.

⁴⁷⁵ Conforme Ovídio Baptista: “[...] a inflação legislativa que caracteriza nossa contemporaneidade contribuiu decisivamente para demonstrar que o direito não é apenas racionalidade, e que a estrutura do sistema jurídico, como uma unidade de compreensão racional, é outra ilusão que tem de ser abandonada, em que pesem as esperanças de alguns juristas e filósofos nostálgicos, que ainda sonham com a segurança absoluta através da lei.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (1929-2009). **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 208.

⁴⁷⁶ James Buchanan foi laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel de 1986, sendo considerado um dos fundadores da escola economista *public choice*. Na obra destacada, Buchanan trouxe

2.3.2 A formação de um acervo de capital jurídico

O nosso sistema judiciário convive há longa data com o sistema de jurisprudências e súmulas, vinculantes ou não, e, mais recentemente, com as “teses jurídicas”. Mesmo assim, não houve redução de processos em virtude do acesso inautêntico.

A atuação mais livre e discricionária dos juízes e tribunais não proporciona a filtragem de demandas frívolas e nem reduz o tempo de tramitação das demandas habituais. Além disso, gera insegurança jurídica quando casos iguais são tratados de forma desigual, muitas vezes na mesma unidade judiciária e no mesmo período de tempo, abrindo a oportunidade para a criação de novos danos e, em consequência, impulsionando novas demandas judiciais em um movimento circular indefinido.

No Código de Processo Civil de 2015, estabeleceu-se que os tribunais devem uniformizar a sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, mediante a edição de enunciados de súmula, nos termos fixados nos seus regimentos internos, a serem observados pelos juízes e tribunais nas suas decisões. Em reforço, a Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro (LINDB), com os acréscimos da Lei Federal nº 13.655/2018, conferiu força vinculante à jurisprudência uniformizada para garantir uma maior segurança jurídica.

Neste sentido, embora a teoria de precedentes descrita no subitem anterior tenha buscado uma maior coerência do Direito a partir de decisões colegiadas dos tribunais e tenha construído um referencial teórico importante, pensamos que faltou uma peça no estabelecimento das regras do jogo. No colegiado, as decisões por maioria de votos carregam fundamentos que se contrapõem, apesar do quórum majoritário; e, até mesmo as decisões unânimes que aparentemente conduzem o resultado final único, podem conter argumentos diferenciados, todos válidos, mas com fundamentos, soluções ou consequências diversas, que

pela primeira vez a referência de que o conjunto de regras jurídicas corresponde a um bem de capital, possuindo características de bem público e durável. O seu principal objetivo é restringir comportamentos em períodos futuros, possibilitando o planejamento com mais precisão. BUCHANAN JR., James McGill (1919-2013). **The limits of liberty: Between Anarchy and Leviathan**. (1. ed. 1975) The Collected Works of James M. Buchanan, v. 7. Indianapolis: Liberty Fund, 2000, pp. 99-100. Ademais, esclarecemos que a expressão “acervo de capital jurídico” surgiu da fusão das concepções de “acervo de direitos” (ARAÚJO, Fernano. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação**. Coimbra: Almedina, 2008, p. 75); “acervo de capital humano” (MANUELLI, Rodolfo E.; SESHADRI, Ananth. Human capital and the wealth of nations. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 104, n. 9, pp. 2736-2762, 2014); “acervo de capital” (POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law**. (1. ed. 1973) 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, pp. 583-584); e de “capital jurídico” (GICO JR., Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, pp. 435-463, jul./dez. 2013, p. 460).

nem sempre ficam claras nos acórdãos⁴⁷⁷, dificultando especificar qual é a principal *ratio decidendi*.

Por isso, pensamos que poderemos ir além desta teoria com a criação de um modelo de “decisões institucionais”, representando qual é o entendimento dos tribunais do Poder Judiciário que irão guiar os julgamentos posteriores, como “unidades sem rosto” (*as a faceless unit*⁴⁷⁸), promovendo maior confiança. A partir deste ideal, daremos prosseguimento ao tópico com a proposta de formação de um “acervo de capital jurídico”, importante ferramenta para revelar quais são os fundamentos jurídicos institucionais que guiarão a solução de casos difíceis.

Com efeito, todos anseiam por uma maior segurança jurídica, tanto que a LINDB foi alterada recentemente (Lei Federal nº 13.655/2018) para incluí-la dentre as normas estruturantes do nosso ordenamento jurídico (art. 30). Assim sendo, começamos com a lição de Humberto Ávila⁴⁷⁹, quando destacou os três aspectos materiais deste instituto: (i) “cognoscibilidade”: as situações da vida devem ser compreendidas e conhecidas para que os indivíduos saibam como se comportar e os juízes, como decidir, sabendo o que pode ou não fazer no presente; (ii) “confiabilidade”: a ordem jurídica deve transmitir confiança a fim de evitar surpresas, fornecendo dados sobre aquilo que, do passado, deve permanecer no futuro; e (iii) “calculabilidade”: as ações e reações dentro do processo devem ser previsíveis e passíveis de cálculo, demonstrando aquilo que, do presente, deve ser mantido no futuro.

⁴⁷⁷ No exemplo trazido do HC nº 152.752/PR, os votos apresentados pelos Ministros, tanto pró como contra o voto do Relator, continham argumentos diferenciados, o que dificulta saber qual é o entendimento do STF sobre a matéria e qual é o fundamento que pode ser utilizado como paradigma em futuros julgamentos. HC nº 152.752/PR, julgado em 04/4/2018, Min. Rel. Edson Fachin.

⁴⁷⁸ Merryman aduziu que: “*Although there are exceptions, the tendency is for the decisions of higher courts in civil law jurisdictions to be strongly collegial in nature. They are announced as the decision of the court, without enumeration of votes pro and con among the judges. In most jurisdictions separate concurring opinions and dissenting opinions are not written or published, nor are dissenting votes noted. The tendency is to think of the court as a faceless unit.*”. MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law tradition: an introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. California, Stanford: Stanford University Press, 1969, p. 38.

⁴⁷⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. (1. ed. 2011) 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 264. Carlos Souza tratou da segurança jurídica do direito sob o ponto de vista filosófico, abordando aspectos como certeza, verdade e justiça. SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico**. São Paulo: LTr, 1996. De sua vez, Eros Grau afirmou: “[...] enquanto nossos juízes confundirem *princípios* com *valores* e nossa jurisprudência estiver fundada na *ponderação* entre princípios – isto é, na *arbitrária formulação de juízos de valor* – a segurança jurídica estará sendo despedaçada.”. GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes? A interpretação e aplicação do direito e os princípios**. (1. ed. 2002) 7. ed. Refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 170 (grifos originais).

Estes três aspectos podem ser compreendidos, no nosso entender, a partir dos conceitos econômicos de “racionalidade limitada” (subitem 1.2.2), “simetria informacional”⁴⁸⁰ e “custos de transação”⁴⁸¹, respectivamente.

Quanto ao primeiro aspecto – cognoscibilidade/racionalidade limitada –, Miguel Patrício explicou que o exame da racionalidade na tomada de decisões é comum em diversas áreas do conhecimento. No caso específico da litigância, “[...] a utilização da ponderação racional parece uma evidência porque o sujeito que ajuíza uma ação realiza uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes à decisão”⁴⁸². Esta ponderação engloba, de forma ampla, duas vertentes que se complementam: a microanálise – decisões dos interventores processuais, como juízes, funcionários, advogados, litigantes, visando uma escolha adequada quanto aos seus interesses; e a macroanálise – decisões aptas a produzir resultados benéficos e satisfatórios, com o objetivo de escolher decisões boas o suficiente a garantir o bem-estar social⁴⁸³.

Como já vimos anteriormente (subitens 1.3.1, 2.1.2, 2.1.3 e 2.2.1), a racionalidade não pode ser absoluta no sentido de cada um fazer o que bem entende para alcançar os seus objetivos, pois comportamentos desta espécie levam à falência sistêmica. À vista disso, as limitações da racionalidade atingem tanto as partes quanto os juízes, que devem demonstrar coerência na sua atuação, marcada, em geral, por restrições de recursos físicos, financeiros, materiais e humanos.

Assim, na microanálise, os indivíduos precisam saber de antemão o posicionamento do Poder Judiciário, o que pode reprimir a tomada de decisões que os levem à litigância frívola ou habitual. De outro lado, na macroanálise, os órgãos constitucionais necessitam desenvolver as interpretações legítimas das leis, outorgando sentido aos textos legislativos e estabelecendo normas jurídicas para tutelar os casos concretos e que sirvam à microanálise.

Desta maneira, como representação da macroanálise, sugerimos a construção de um modelo de “acervo de capital jurídico”, contendo as diretrizes institucionais dos tribunais, formadas a partir de decisões que representem o entendimento oficial da Corte sobre determinadas matérias. Os julgamentos colegiados não representam, necessariamente, a posição institucional do órgão judicial, porquanto remanescem as divergências

⁴⁸⁰ A assimetria informacional foi analisada por George Arthur Akerlof, laureado com o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel de 2001, juntamente com Michael Spence e Joseph Stiglitz. AKERLOF, George Arthur. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 84, n. 3, pp. 488-500, ago. 1970.

⁴⁸¹ O conceito se encontra na nota de rodapé 178.

⁴⁸² PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 14.

⁴⁸³ *Ibidem*.

argumentativas entre os magistrados nas suas decisões, que precisam ser mitigadas mediante a escolha do fundamento que passará a representar a vontade da instituição.

Consequentemente, entendemos que pode ser desenvolvida uma sistemática para que os casos considerados difíceis (subitem 2.2.3) sejam submetidos a um procedimento diferenciado em que o tribunal, na função administrativa de dizer o direito, fixará orientações a serem seguidas pelos juízes e jurisdicionados, com eficácia horizontal e vertical⁴⁸⁴. Estas diretrizes institucionais deverão conter não só o verbete, mas também os fundamentos jurídicos que levaram à escolha da melhor interpretação, possibilitando que sejam usados como referência nos demais casos (que passam a ser fáceis em virtude da ancoragem na certeza – subitem 2.2.2).

Com a adoção deste modelo, a discricionariedade não será afetada porque a Constituição Federal garante a liberdade de pensamento aos magistrados, enquanto o Código de Processo Civil estabelece a técnica da distinção (*distinguishing*)⁴⁸⁵, requerendo, assim, uma fundamentação consistente para afastar as diretrizes institucionais, se as decisões paradigmas não forem aplicáveis no caso sob exame. Até porque o sistema deve ser dinâmico e adaptável frente a novas circunstâncias, que levem a sua superação, transformação ou reescrita, pois as modificações de critérios podem decorrer da mudança do próprio entorno, que conduzem à construção de argumentos que possibilitem a revisão do fundamento escolhido.

Ou seja, tornar conhecidas as interpretações institucionais leva à indução das condutas dos seus destinatários e sinaliza quais são as diretrizes adotadas pelo respectivo tribunal. A compreensão e a aceitação do sentido atribuído à norma conduzem, portanto, ao

⁴⁸⁴ Pensamos que a regulamentação poderá ser feita diretamente pelos tribunais (de Justiça, STJ e STF, por exemplo), não sendo necessária a intervenção legislativa, porque a CRFB/88 assegura a autonomia administrativa, organizativa, ao próprio Poder Judiciário (*caput* do art. 99). Portanto, o acervo de capital jurídico pode ser regulado na esfera administrativa de cada tribunal e possibilita que as questões e as interpretações tipicamente regionais sejam respeitadas, a não ser que a diretriz institucional tenha de ser estabelecida pelos tribunais superiores como forma ampla de regulação social. Os novos procedimentos de resolução de demandas repetidas ou com repercussão geral aceita são importantes ferramentas para o julgamento em bloco de diversos processos; mas, para fazer parte de um acervo de capital jurídico de diretrizes institucionais destinado à indução efetiva de condutas, deverá ser escolhido o melhor fundamento (se houver mais de um) que será, de fato, a voz do tribunal.

⁴⁸⁵ A distinção está prevista no inciso VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015. É necessária manter a discussão dos argumentos porque “[...] onde há demasiado acordo, não há inteligência. Onde há desacordo em excesso, também falta inteligência”. Desta maneira, “[...] argumentar não é só questão técnica, é profundamente arte, que ganha contornos muito específicos dependendo das habilidades individuais e coletivas”. Isto é retórica na sua essência, porque é preciso convencer. DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, pp. 36-37. Juarez Freitas assinalou: “Se é certo que a interpretação sistemática tem por objeto o Direito como totalidade aberta, elegendo critérios e, sobretudo, hierarquizando sentidos, igualmente certo que tal interpretação não é, nem deve ser, inteiramente livre, tampouco inteiramente presa às deliberações ou vontades distintas das do intérprete. Trata-se da inextirpável intersubjetividade no exercício aplicativo dos pensamentos sistemático e tópico, ao mesmo tempo.”. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. (1. ed. 1995) 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 154.

estabelecimento de premissas comportamentais aos indivíduos para que estruturarem as suas expectativas de acordo com elas, diminuindo-se as resistências e as frustrações pela alteração das perspectivas de aprendizado⁴⁸⁶.

No tocante ao segundo – confiabilidade/simetria informacional –, temos que a transparência e a publicidade das decisões de um “acervo de capital jurídico” é fundamental para fornecer elementos suficientes aos jurisdicionados, que podem decidir com mais confiança por contarem, supostamente, com mais informações necessárias e relevantes à tomada de decisão. Como exemplo, citamos o jogo de xadrez, no qual cada jogador se encontra perfeitamente informado pelas regras estabelecidas e posições das peças do tabuleiro.

O modelo de informações assimétricas presume que “as partes não possuem elementos suficientes”⁴⁸⁷ para a tomada de decisão, o que pode levá-las à litigância e a assumir o risco do resultado do julgamento, pois um agente possui mais ou melhor informação do que outro, criando desequilíbrio no poder de negociação ou falhas de mercado. A assimetria informativa prejudica tanto a “observabilidade” pela parte contrária quanto a “verificabilidade” dos fatos jurídicos pelo juiz⁴⁸⁸, impossibilitando se chegar a um julgamento satisfatório.

Do ponto de vista do Poder Judiciário, a ausência de informações aumenta a duração dos trâmites processuais, havendo, em regra, uma grande distância entre o pedido e o resultado final. A morosidade causada pela assimetria informacional impacta nos incentivos e constitui um mecanismo de seleção adversa⁴⁸⁹, pois detentores legítimos de direitos são afastados do Poder Judiciário, enquanto outros são atraídos justamente para protelar o adimplemento de obrigações⁴⁹⁰, restando privilegiada a conduta daqueles que agiram com oportunismo ou má-fé. Ou, então, pode remanescer o risco moral (*moral hazard*)⁴⁹¹, uma vez

⁴⁸⁶ Mas haverá aqueles que não querem aprender: “Em todo o caso, na base do reconhecimento está um processo de estudo, uma transformação das premissas segundo as quais se elaboram os acontecimentos e se escolhem atuações em que o indivíduo procura continuar a viver em protesto contra a decisão, apresenta resistência, vai sempre buscar o seu direito lesado, volta sempre a arrancar a crosta da ferida e procura organizar auxílio e adesão contra a decisão, em resumo, não aprende: permanece com as suas anteriores expectativas frustradas.” LUHMANN, Niklas (1927-1998). **Legitimação pelo procedimento**. Original publicado em alemão em 1969. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 33.

⁴⁸⁷ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005, p. 54.

⁴⁸⁸ De acordo com Fernando Araújo: “A observabilidade e a verificabilidade se reportam ambas à revelação de um estado de coisas relevante para a execução dos deveres de um contrato, no primeiro caso uma revelação entre as partes, no segundo caso uma revelação perante um terceiro - julgador, árbitro, adjudicador”. ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 666.

⁴⁸⁹ MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. Original publicado em inglês em 2012. 3. reimp. 3. ed. brasileira de 2013. Trad. 6. ed. norte-americana Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. Rev. Téc. Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 444.

⁴⁹⁰ GICO JR., Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**, 2012, 146 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 112.

⁴⁹¹ MANKIW, *op. cit.*, p. 442.

que não há como controlar o comportamento de alguns indivíduos, e, diante de uma oferta infinita de acesso, desprovida de risco para si e com o aumento de vantagens para os grandes litigantes, o interessado não vê motivos para moderar o uso deste serviço ou atuar de forma diversa⁴⁹². Neste mesmo sentido, Marinoni assim se manifestou⁴⁹³:

[...] no que diz respeito à celeridade dos procedimentos, não é preciso dizer que a demora do processo jurisdicional sempre foi um entrave para a efetividade do direito de acesso à justiça. Sim, já que não tem sentido que o Estado proíba a justiça de mão própria, mas não confira ao cidadão um meio adequado e tempestivo para a solução dos seus conflitos. Se o tempo do processo, por si só, configura um prejuízo à parte que tem razão, é certo que quanto mais demorado for o processo civil mais ele prejudicará alguns e interessará a outros. Seria ingenuidade inadmissível imaginar que a demora do processo não beneficia justamente aqueles que não têm interesse no cumprimento das normas legais.

É fato inegável que o processo possui um “tempo fisiológico”⁴⁹⁴, que corresponde à duração normal, especialmente em virtude da concretização das garantias do devido processo legal. Contudo, o prolongamento indevido dos procedimentos pode gerar o “tempo inimigo”⁴⁹⁵, como fator de corrosão dos direitos; ou o “tempo patológico”⁴⁹⁶, resultante da procrastinação desnecessária e injustificada, provocada pelo litigante que não tem interesse em cumprir com as suas obrigações, objetivando fragilizar a parte mais fraca na relação processual.

Por estas razões, o perigo da ineficácia da tutela jurisdicional deve ser abrandado, sendo que o poder dissuasório de uma norma jurídica conhecida implica em redução de custos de tempo e dinheiro, tanto para o jurisdicionado quanto para o Estado, diminuindo a escassez destes recursos e conferindo efetividade aos julgamentos. Quanto às partes, se souberem de antemão o posicionamento do Judiciário e dos riscos em manter o processo, tendem a evitar a conduta danosa, oportunista, ou podem chegar a um acordo⁴⁹⁷; quanto aos juízes, podem, por

⁴⁹² CRUZ, Luiz Antônio Ribeiro da. Acesso à Justiça e risco moral: estudo de caso. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 56, pp. 06-14, jan./abr. 2012, p. 8.

⁴⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro (relatório brasileiro apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual Civil, promovido pela Universidade Tor Vergata em Roma). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR**, 2002. Disponível em: <revistas.ufpr.br/direito/article/download/1770/1467>. Acesso em 20 jul. 2017.

⁴⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 8. série, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

⁴⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. (1. ed. 2003) 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 65-67.

⁴⁹⁶ PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile**. Napoli: Jovene, 1999, pp. 631-633.

⁴⁹⁷ Dierle Nunes *et al.* citou a tese de doutorado de Erik Navarro Wolkart, defendida em 2018 na Universidade Federal do Rio de Janeiro, como um trabalho de fôlego, intitulado “Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro” (a tese não está disponível para consulta no sítio eletrônico da UFRJ). Em relação aos acordos judiciais, destacou a seguinte passagem da referida tese: “Quando do estudo do tema, vimos que são várias as razões pelas quais as taxas de acordo são baixas no Brasil. Uma delas é a assimetria de informação, causada por incertezas quanto aos

exemplo, antecipar a produção de provas⁴⁹⁸, julgar pela improcedência liminar do pedido ou decidir monocraticamente pelo não provimento liminar de recursos.

As pessoas (físicas ou jurídicas), em regra, querem prestação jurisdicional célere e eficaz e, portanto, a única forma de efetivamente reduzir a utilização dos serviços judiciais, sem excluir usuários, mas com o afastamento de litigantes inautênticos, é o investimento na produção de um acervo de capital jurídico⁴⁹⁹. Com a ampla publicidade e transparência dos fundamentos que conduziram à estabilização das decisões institucionais, serão aumentadas as probabilidades de solução antecipada dos processos, o que gera impactos em todo o sistema jurídico e oferta maior segurança.

Por fim, o terceiro aspecto – calculabilidade/custos de transação –, envolve os cálculos de todas as despesas de estabelecimento, manutenção e alteração da estrutura institucional, decorrentes do comportamento dos indivíduos que buscam a solução dos seus conflitos ou integram o Poder Judiciário, na função crescente em relação à sobreutilização dos serviços (equivalente a bem comum – subitem 1.3.1).

Apenas para dimensionar o custo⁵⁰⁰ da Justiça no Brasil, o estudo comparativo realizado por Luciano Da Ros revelou que, em 2013, a despesa com o Poder Judiciário era o equivalente a 1,3% do Produto Interno Bruto, sendo provavelmente o mais alto por habitante dentre todos os países federais do hemisfério ocidental e diversas vezes superior a de países

fatos (em parte por culpa do desenho atual dos ritos processuais) ou quanto ao direito (em parte em razão da ausência de precedentes estáveis e obrigatórios). Outra é o custo do processo e a forma como esse custo é distribuído ao longo do procedimento. Há também diversas razões de ordem comportamental, como a presença de otimismo (optimism bias), o efeito dotação (endowment effect) e a falácia dos custos a fundo perdido (sunk costs fallacy). Juntas, elas acabam fechando a janela de acordo, levando as partes a litigarem, muitas vezes até as últimas instâncias. Os novos desenhos proporcionados pela tecnologia para a composição de conflitos foram arquitetados tendo em conta diversos desses insights provenientes da economia e da psicologia. Por conta do status quo bias e do *path dependence*, a utilização disruptiva da tecnologia dificilmente partiria de movimento interno do Poder Judiciário ou da advocacia de qualquer lugar do mundo. [...]”. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, pp. 130-131 (redação original).

⁴⁹⁸ Ressalvando que existem informações que não são partilhadas por questões processuais como, por exemplo, sigilo, silêncio, formalidades ou alto custo na obtenção de provas. Adrian Vermeule salientou que nem sempre mais informação dentro dos autos do processo produz decisões mais acuradas, uma vez que podem ser distorcidas, inflamatórias ou onerosas, prejudicando a avaliação e reduzindo a capacidade de julgamento dos juízes. O autor aduziu que a história legislativa pode interagir com as limitações do processo de julgamento de forma a reduzir as incertezas na apreensão do sentido da lei. Por isso, as partes não possuem o direito indiscriminado de produzir provas e os juízes podem restringir o volume de informações, fontes e argumentos no processo. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, pp. 108-109.

⁴⁹⁹ Neste sentido: GICO JR., Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 112.

⁵⁰⁰ Para aprofundamento, ver as diferenças entre custo, preço e valor, sugerimos: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Análise Econômica do Direito**. Original publicado em francês em 2008. Trad. Rachel Sztajn. (1. ed. 2014) 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, pp. 117-120.

desenvolvidos como Estados Unidos (0,14%), Inglaterra (0,14%) e Alemanha (0,32%). Além disso, o orçamento anual do Poder Judiciário no ano de 2013 resultou em 62,3 bilhões de reais, superior ao PIB de doze estados considerados individualmente: Maranhão, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Paraíba, Alagoas, Rondônia, Sergipe, Piauí, Tocantins, Amapá, Acre e Roraima⁵⁰¹.

De acordo com dados do CNJ relativamente ao ano de 2015⁵⁰², as despesas totais somaram R\$ 79,2 bilhões de reais, representando um aumento de 4,7% no período de 2011-2015. No período, o custo pelo serviço de justiça resultou em R\$ 387,56 por habitante, com tendência de crescimento. Apesar desta expressiva despesa, no mesmo exercício financeiro de 2015, os cofres públicos receberam R\$ 44,7 bilhões de reais em virtude da atividade jurisdicional, havendo um retorno de 56%. Todavia, é prudente que se identifique a origem destes recursos retornados, uma vez que existe a possibilidade de decorrerem, em parte, da manutenção de depósitos judiciais em contas vinculadas às ações, o que serviria de incentivo à morosidade.

Ou seja, a estrutura judicial é cara e a eficiência do Poder Judiciário não interessa aos grandes devedores, dentre eles o próprio Estado. Com a assimetria de informações e a falta de diretrizes institucionais, os custos se elevam porque há a internalização destas externalidades negativas no cálculo das despesas a serem sustentadas pelo erário; por isso, quanto maior a incerteza, maiores os repasses orçamentários, maiores as parcelas tributárias cobradas dos contribuintes.

Em relação aos custos da litigância propriamente ditos, se houver dados disponíveis e a conduta dos magistrados for um tanto quanto previsível, haverá incentivo para que as partes resolvam os seus conflitos sem ter de recorrer ao Judiciário, passando a utilizar as formas alternativas; ou, em sendo o caso de ajuizamento, haverá a possibilidade de resultados mais satisfatórios em menor tempo.

A responsabilidade internaliza uma externalidade e isso deveria fazer com que cada um assumisse o custo integral das suas atitudes⁵⁰³. Isto é, em caso de dano, o legítimo interesse juridicamente protegido deveria ser compensado, o que não implica,

⁵⁰¹ DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Newsletter da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 2, n. 9, pp. 01-15, jul. 2015, pp. 02-04. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.9.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2017.

⁵⁰² Maiores informações em relação aos critérios utilizados nas estimativas estão disponíveis na revista publicada pelo CNJ. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016, pp. 33-34.

⁵⁰³ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Original publicado em francês em 2008. Trad. Rachel Sztajn. (1. ed. 2014) 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015, p. 379.

necessariamente, em ressarcimento monetário⁵⁰⁴. Portanto, novas formas de prevenir danos precisam ser pensadas; e, neste aspecto, um sistema idôneo de diretrizes institucionais a ser seguido pelas partes e magistrados poderá ser uma alternativa viável, gerando diversos efeitos, como, por exemplo, segurança jurídica, menores custos de transação, possibilidade de um planejamento a longo prazo, indução à melhor alocação dos riscos, desincentivo a comportamentos oportunistas e incentivo à cooperação⁵⁰⁵ entre os indivíduos⁵⁰⁶.

Richard Posner afirmou que “[...] o conjunto de decisões proferidas pelo Poder Judiciário forma um acervo de capital, representado por um conjunto de conhecimento que provê informações sobre obrigações legais durante muitos anos a potenciais litigantes”⁵⁰⁷. Ou seja, se as decisões forem previsíveis e respeitadas, a incerteza será reduzida e haverá uma maior eficácia na indução de comportamentos futuros. Em consequência, o número de litígios poderá ser reduzido porque as partes têm plenas condições de identificar qual é a decisão judicial aplicável ao caso concreto, sendo possível, até, optar pela celebração de um acordo em termos mais vantajosos do que a judicialização.

Erik Navarro Wolkart⁵⁰⁸ defendeu que ocorre a “objetivação dos processos” individuais quando incide uma súmula com efeitos vinculantes. No seu entendimento, a parametrização de entendimentos gera segurança, igualdade e previsibilidade relativa, visto que não podem ser suprimidas as competências dos julgadores de examinar e fundamentar as decisões dos casos submetidos à apreciação, com as distinções e adaptações que forem necessárias.

⁵⁰⁴ CALABRESI, Guido. **The costs of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven and London: Yale University Press, 1970, p. 18.

⁵⁰⁵ O Banco Mundial disse que “[...] sociedades com alto índice de corrupção requerem um alto grau de cooperação.” E prosseguiu: “Frequentemente as pessoas se comportam como cooperadores condicionais – ou seja, indivíduos que preferem cooperar contanto que outros estejam cooperando.” Os resultados de um “jogo de bens publicados” praticado em oito países (Colômbia, Vietnã, Suíça, Dinamarca, Federação Russa, Estados Unidos, Áustria e Japão) demonstraram que, “[...] embora a proporção de cooperadores condicionais em contraposição a oportunistas varie entre os países, os cooperadores condicionais são o tipo dominante em todos eles. Em outras palavras, em nenhuma sociedade em que esse comportamento foi estudado, prevalece essa teoria canônica de comportamento econômico.”. BANCO MUNDIAL. **Visão geral: mente, sociedade e comportamento**. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2015. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Grupo do Banco Mundial, 2015, pp. 7-9. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018

⁵⁰⁶ ORTIZ, Luis Cláudio Villani; LIRA, Cláudio Rogério Sousa; MACHADO, Filipe Molinar. Os institutos jurídicos e os custos de transação: uma abordagem da análise econômica do direito. **Revista Direito e Informação FW**, Frederico Westphalen, v. 2, n. 2, pp. 27-45, jul./2014, p. 112.

⁵⁰⁷ POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law**. (1. ed. 1973) 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007, pp. 583-584.

⁵⁰⁸ WOLKART, Erik Navarro. **Mecanismos de objetivação do processo**. 2011. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, pp. 176-178.

É incontestável que a grande vantagem dos entendimentos sumulados reside na maior fidelidade às mudanças sociais, pois os mecanismos modificativos são mais velozes e menos complexos, na maioria das vezes, do que as alterações legislativas. Todavia, no subitem anterior (2.3.1), registramos que está ocorrendo, na atualidade, o declínio da edição de súmulas vinculantes em face da introdução das “teses jurídicas” pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, o que nos levou a refletir e a sugerir a formação de acervos de capital jurídico em cada esfera de jurisdição colegiada.

A abordagem conjunta e complementar da Economia e do Direito permite a explicação e a projeção das consequências⁵⁰⁹ decorrentes das decisões judiciais tomadas, buscando soluções mais consentâneas com a realidade. A partir daí, estaremos indo em direção à concretização de uma estrutura jurídica apta à realização do bem comum a todos os indivíduos, sem privilegiar interesses.

Com efeito, decisões instáveis ou arbitrárias não promovem o incentivo financeiro aos causadores de danos para que cumpram espontaneamente os seus deveres e obrigações, bem como não induzem a alteração de comportamento no sentido de prevenir eventos lesivos, gerando uma espécie de efeito reverso, com o aumento da violação de direitos e do nível de litigância. Em vista disso, fica difícil “separar o joio do trigo”⁵¹⁰ no acesso à justiça: muitos litigantes inautênticos, frívolos ou habituais, encontram a possibilidade de êxito e até mesmo de lucro em virtude da insegurança jurídica, da morosidade ou do erro judiciário; enquanto os litigantes autênticos têm seus direitos subestimados e não obtêm a compensação integral e devida no tempo certo.

No mundo atual, as relações sociais estão marcadas pela sua complexidade⁵¹¹, não havendo como prever todas as situações em que pode haver um evento danoso, tornando mais dificultosa a prevenção e a precaução e o estabelecimento, por exemplo, de seguros para todos os possíveis eventos. A atividade jurisdicional, portanto, ao ser prudente e justa, não pode se deixar enganar por simulações, deve ser previsível em casos idênticos e proferida em período de tempo que seja, de fato, razoável, permitindo o aconselhamento jurídico antecipado. Com

⁵⁰⁹ A Lei Federal nº 13.655/2018 trouxe expressamente, nos arts. 20 e 21, que as decisões devem prever as consequências práticas, jurídicas e administrativas.

⁵¹⁰ A Parábola do Joio e do Trigo, um dos pronunciamentos de Jesus, aparece em um dos evangelhos do Novo Testamento. De acordo com Mateus 13:24-30, durante o Juízo Final, os anjos têm a incumbência de separar os “filhos do maligno” (o joio) e os “filhos do reino” (o trigo). No texto, utilizamos a expressão no sentido laico para diferenciar a dicotomia entre litigantes inautênticos e autênticos, respectivamente.

⁵¹¹ Grossi afirmou: “Hoje, o jurista vive um momento fértil e difícil: fértil, porque seu papel é por demais ativo e estimulador; e difícil não somente pelas graves responsabilidades que pesam sobre suas costas, mas também pelo extenso quociente de incerteza que envolve sua ação cognitivo-aplicativa.”. GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Os ensaios foram publicados originalmente em italiano. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 86.

isso, se novas ocorrências de danos forem evitadas, estaremos diante de uma maior função preventiva *ex ante*⁵¹², para que não seja necessário, no futuro, o exercício reiterado da função reparadora *ex post*, depois que o evento já ocorreu, momento em que há uma maior dificuldade na recomposição integral do dano.

Neste sentido, a credibilidade em todo o sistema judicial perpassa pelo estabelecimento de metodologias que garantam a eficácia e a efetividade das decisões judiciais, mediante a escolha de parâmetros decisórios mais estáveis, criando-se verdadeiros incentivos à prevenção de danos e à redução da litigância abusiva, visto que os indivíduos e as empresas, ao saberem previamente do posicionamento do Judiciário, podem calcular o risco dos seus atos e modificar a sua conduta para evitar a ocorrência de prejuízos mediante o cumprimento dos seus deveres e obrigações, o que redundará em redução tanto de procedimentos judiciais ordinários (sincréticos) quanto de execuções⁵¹³ propriamente ditas.

De outro lado, diante das atuais dificuldades do nosso sistema de justiça de lidar com a tutela coletiva⁵¹⁴, a proposta de formação de um acervo de capital jurídico também possibilitará o aprimoramento do trabalho dos órgãos reguladores e controladores na atuação preventiva. Quanto à regulação, as agências poderão agir com mais efetividade para corrigir os problemas evidenciados no âmbito administrativo. E, no que tange à esfera controladora, haverá uma melhora na forma de resolução de conflitos, permitindo que casos iguais sejam tratados conjuntamente, com a possibilidade de celebração de termos de ajustamento de condutas e/ou da obtenção de liminares em tutelas inibitórias, evitando-se a repetição de demandas individuais, que poderão ser concentradas.

Nessa lógica, Rodolfo Mancuso registrou que um dos meios para prevenir ou amenizar os riscos da litigância inautêntica está no incentivo à jurisdição coletiva, como mecanismo de

⁵¹² Para Kaplow, os efeitos de decisões judiciais mais precisas correspondem à extensão em que indivíduos estejam informados *ex ante*, supondo que maior precisão tende a interferir positivamente no comportamento dos indivíduos que já estão informados, perdendo tal eficácia se estão totalmente desinformados e não forem induzidos a obterem os dados. KAPLOW, Louis. The value of accuracy in adjudication: an economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 23, n. 1, pp. 307-401, jan.1994, p. 312.

⁵¹³ Na nota de rodapé 296, constatamos que a execução fiscal é insatisfatória, mesmo diante de todo aparato estatal. Problemática maior é enfrentada pelos executantes privados, que não contam com a estrutura estatal e ainda sofrem os efeitos do congestionamento criado pelas ações fiscais infrutíferas. Não bastasse isso, de acordo com Leonardo Greco, a crise da execução é ocasionada por outros fatores, dentre eles: (i) o excesso de processos decorrentes da democratização do crédito; (ii) inadequação dos procedimentos executórios; (iii) ineficácia das coações processuais; (iv) o novo ambiente econômico e sociológico em que é estimulado o endividamento das pessoas e o inadimplemento das dívidas pelos devedores; e (v) a progressiva volatilização dos bens, não mais voltados a bens de raiz, mas em investimentos em títulos e valores facilmente negociáveis. GRECO, Leonardo. Execução: entraves e propostas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. XII, pp. 399-445, 2013, pp. 400-402. Texto revisto da palestra proferida em 07 de outubro de 2013 no curso de aperfeiçoamento de juízes da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

⁵¹⁴ O que poderá melhorar com a aprovação de um Código de Processo Civil Coletivo, composto de regras claras e objetivas.

concentração de macrolides ao invés de se manterem as repetidas demandas individualizadas⁵¹⁵, algo que, segundo Remo Caponi, valoriza a proporcionalidade porque é escolhido um melhor meio de atingir o objetivo⁵¹⁶.

É certo que existem inúmeras demandas que dependem da análise do caso concreto pelos juízes, sendo difícil encontrar uma diretriz aplicável, pois as matérias podem ser muito específicas. Mas também é certo que existem inúmeras demandas que são recorrentes, prescindindo de um exame mais acurado se houver uma interpretação adequada e pré-existente. Com a solução mais célere e mais uniforme dos processos repetidos, sobrarão mais tempo ao juiz para que se dedique aos casos singulares, onde a solução é única e demanda uma maior atenção, tornando, assim, mais factível garantir a tão almejada segurança jurídica, pois “[...] um padrão errático de decisões judiciais acarretará necessariamente, além de outros efeitos, um excesso (improdutivo) de precaução das partes”⁵¹⁷.

Chaïm Perelman registrou que o Direito se desenvolve com o equilíbrio de uma dupla exigência, “[...] uma de ordem sistemática, a elaboração de uma ordem jurídica coerente, e outra, de ordem pragmática, a busca de soluções aceitáveis pelo meio, porque conformes ao que lhe parece justo e razoável”⁵¹⁸. Ademais, se as decisões judiciais precisam satisfazer três auditórios diferentes – as partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública –, devem ser diminuídas as decisões puramente subjetivas, carregadas de impulsos e emoções, pela valorização dos juízos colegiados⁵¹⁹.

Portanto, precisamos de um “redesenho institucional”⁵²⁰ onde o Poder Judiciário, como instituição, possa sinalizar quais são as normas jurídicas à sociedade. E o caminho é a criação de procedimentos administrativos em que seja possível estruturar um acervo de capital

⁵¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 137.

⁵¹⁶ Segundo o autor: “Uma avaliação segundo a proporcionalidade permite concluir que a resolução mais eficiente desse tipo de litígio não é tanto aquela que permite a sua conciliação, mas aquela que permite apresentá-la como objeto de uma ação coletiva ressarcitória (*class action*) perante a Justiça estatal (trata-se provavelmente de uma valoração da proporcionalidade sob o segundo teste, aquele da *Erforderlichkeit*: existe um meio melhor para atingir o objetivo!).” CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 36, n. 192, pp. 397-415, fev. 2011, Versão RT-Online, p. 8. No mesmo sentido: SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**: o paradigma racionalista. (1. ed. 2004) 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 319.

⁵¹⁷ ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith**: o conceito mecanicista de liberdade. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, pp. 119-120.

⁵¹⁸ PERELMAN, Chaïm (1912-1984). **Lógica jurídica**: nova retórica. Original publicado em francês em 1979. (1. ed. brasileira 1998). 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 238.

⁵¹⁹ *Ibidem*, pp. 238-239.

⁵²⁰ Com relação ao papel do STF na democracia brasileira e o necessário redesenho institucional, Arguelhes afirmou que “importa saber quais são as ideias e preferências dominantes, entre os Ministros do Supremo”. ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas JUS**, Brasília, v. 25, n. 1, pp. 25-45, 2014.

jurídico como “modelo mental compartilhado”⁵²¹ de argumentação, indicando qual será a interpretação dos tribunais para os casos futuros.

Este acervo de argumentos deverá ser adaptável⁵²² às variações sociológicas, temporais e cognitivas⁵²³, porque o debate permanece ocorrendo em todas as esferas, mesmo diante uma resposta jurisdicional dada⁵²⁴, a fim de possibilitar a modificação das balizas decisórias no futuro. Mas também, deverá ser diferente dos bancos de dados jurisprudenciais atualmente divulgados nos sítios eletrônicos (súmulas vinculantes, súmulas, jurisprudências e teses jurídicas, que apresentam apenas o resultado final com o verbete de “pode” ou “não pode”⁵²⁵) porque o seu objetivo é a produção de diretrizes da instituição (dos tribunais que compõem o Poder Judiciário)⁵²⁶, com a exposição dos fundamentos que as representam.

Desta forma, os membros dos tribunais precisarão se reunir, antes ou após os julgamentos colegiados, a fim de escolher o melhor argumento dentre as possíveis

⁵²¹ De acordo com o Banco Mundial: “Os modelos mentais originam-se no lado cognitivo das interações sociais, que as pessoas geralmente chamam de ‘cultura’. A cultura influencia a tomada de decisão de uma pessoa porque atua como um conjunto de esquemas inter-relacionados de significados que as pessoas usam quando agem e fazem escolhas. Esses esquemas de significados funcionam como ferramentas para habilitar e orientar a ação.” E continuou: “[...] para alcançar a mudança social em uma situação em que os modelos mentais foram internalizados talvez seja preciso influenciar não apenas a tomada de decisão cognitiva de determinadas pessoas, mas também as práticas sociais e as instituições.” BANCO MUNDIAL. **Visão geral: mente, sociedade e comportamento.** Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2015. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Grupo do Banco Mundial, 2015, p. 12. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018.

⁵²² Pedro Demo afirmou que a realidade é complexa e não linear, mas os instrumentos metodológicos de sua captação são tendencialmente lineares. Ademais, os argumentos são transitórios, como a realidade é transitória, o que faz com que as “teorias sejam construções precípuas e descartáveis, necessárias para lidarmos com a realidade, mas incapazes de traduzir certezas definitivas”. DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento: interfaces da cidadania e da epistemologia.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005, p. 32.

⁵²³ De acordo com Ulisses Viana: “É nessa complexa relação entre o fechamento normativo-operacional do direito e as forças *adaptativas* da abertura cognitiva do sistema funcional do direito para seu ambiente que surgem as possibilidades de formação dos acoplamentos estruturais entre o direito e outros subsistemas sociais. Como, por exemplo, entre o subsistema do direito e os subsistemas da economia e da política.” VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico.** Prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 266.

⁵²⁴ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 217.

⁵²⁵ Rodriguez disse que: “Diante de nossa tradição, não argumentativa, opinativa e personalista, a referência aos casos anteriores tende, ainda hoje, a ser feita apenas em função de seu resultado e não em função de seus fundamentos, ou seja, dos argumentos utilizados pelos juizes para justificar sua decisão.”. *Ibidem*, p. 15.

⁵²⁶ Como referido na nota de rodapé 406, o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, apresenta-se como onze vozes (FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o Plenário. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016.** Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV RIO, 2017, pp. 21-28), como diversidades intelectuais, e não como instituição. Portanto, é no âmbito institucional que o acervo de capital jurídico deverá ser desenvolvido, com a demonstração de que a Corte Suprema pode gerar interpretações jurídicas que produzam, de fato, eficácia horizontal e vertical, por decorrerem da concertação dos onze Ministros na escolha do melhor argumento que passará a representar o posicionamento institucional do STF nos casos futuros, independentemente da composição do quórum. Isso não significa engessamento porque a diretriz pode ser revista a qualquer tempo, especialmente quando houver alteração do pressuposto hermenêutico adotado como paradigma.

interpretações, chegando-se à aprovação de qual é o fundamento a ser adotado pela instituição. Com a definição do argumento-diretriz, livre de contradições ou dubiedades, haverá um modelo de decisão mais estável e coerente, não só para resolver as divergências relativas aos direitos em tese, mas também para auxiliar no julgamento dos casos fáticos judicializados, não absorvidos pelo caráter indutivo do parâmetro adotado.

Tercio Sampaio⁵²⁷ argumentou que existe uma tensão entre dogma e liberdade, chamado por ele de “desafio kelseniano”, sendo necessário encontrar o ponto de equilíbrio entre os pressupostos objetivos do ponto de partida e as possíveis divergências subjetivas de sentido, selecionando-se uma única interpretação preponderante. Vejamos suas palavras⁵²⁸:

[...] para a tradição da ciência jurídica, essa tensão significa que não apenas estamos obrigados a interpretar, como também que deve haver uma interpretação (e, pois, um sentido) que prepondere e ponha um fim (prático) às múltiplas possibilidades interpretativas. Eis aí o problema hermenêutico da decidibilidade, isto é, da criação das condições para uma decisão com o mínimo de perturbação social possível.

A atitude de sairmos de um paradigma de textos para outro, de caráter argumentativo, reconstrói o sentido de segurança jurídica⁵²⁹ e legitima o “princípio da decisão conforme o melhor argumento”⁵³⁰, ao explicitar as razões pelas quais se decidiu de determinada forma. Ou seja, o arcabouço institucional passará a fazer parte das “regras do jogo”, tornando possível a influência não só do comportamento dos jurisdicionados, mas também dos próprios magistrados que se defrontam com casos repetidos ou similares⁵³¹. José Rodrigues Rodriguez salientou que⁵³²:

Evidentemente, um imperativo de efetividade exige que alguma instância de caráter jurisdicional seja capaz de colocar fim ao debate jurídico em algum momento. Em

⁵²⁷ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. (1. ed. 1987) 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 219-223.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 220.

⁵²⁹ RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 214.

⁵³⁰ *Ibidem*, p. 218.

⁵³¹ Ulisses Viana utiliza outra terminologia: a microvisão e a macrovisão decisória. “Neste quadro, a decisão produzida no sistema judicial deve abandonar a ideia de que se decidem *casos isolados*, o que identificamos como a *microvisão decisória*, em decisões *ad hoc*, quando na verdade, o sistema jurídico deve operar com base em uma *macrovisão* que implica no fato de que a decisão deve, para além de decidir um conflito em um caso, aplicar os programas já ‘canonizados’ nas operações do sistema ou, na *decisão de caráter inovador*, deve voltar-se para o futuro das operações do sistema, como preparação de estruturas argumentativas para *casos iguais que devem ser decididos igualmente*, facilitando a recursividade e ‘imunizando’ [...] os mesmos conflitos em casos futuros, na justiça *funcional* do sistema *operacional* do direito, reduzindo o tempo na produção de decisões.” VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Prefácio de Tercio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015, p. 262 (grifos originais).

⁵³² RODRIGUEZ, *op. cit.*, p. 216.

sociedades capitalistas e complexas, não há tempo disponível para que o debate se prolongue ao infinito. Sempre há a fixação de limites temporais para que se tome uma determinada decisão, mesmo que eles sejam desrespeitados na prática. Nesse sentido, pode-se dizer que a autonomia do Poder Judiciário (e de qualquer instância jurisdicional) traduz-se no imperativo de decidir, no tempo adequado, os casos concretos segundo o que este poder entenda ser a melhor solução para o caso à luz do direito.

Desta maneira, a sinalização é um importante instrumento na alteração do quadro trágico de mau uso da justiça e na criação de confiança, como demonstrado ao longo do presente trabalho, porque possibilita a ancoragem em diretivas mais estáveis, confere qualidade às decisões e evita a “[...] temível *loteria judiciária*, ou, em terminologia mais amena, a *dispersão jurisprudencial excessiva*”⁵³³.

Com o aumento da segurança jurisdicional, serão diminuídas as possibilidades de os juízes serem influenciados casuisticamente e/ou induzidos em erro por litigantes⁵³⁴. Ao lado disso, tornar-se-á viável a eliminação de alternativas, a redução da incerteza e a transformação da complexidade indeterminada em uma problemática determinável e compreensível dentro do sistema social⁵³⁵, o que gera, em consequência, o aumento das possibilidades de mais processos serem identificados como casos fáceis.

Destarte, os juízes, como importantes indutores da conduta social⁵³⁶, terão o relevante papel de adotar limites na busca de informações para legitimar preceitos interpretativos que sejam “bons o suficiente”, ao invés de sempre tentar produzir o melhor regime de

⁵³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 10. E, também, encontra sintonia nas palavras de Luhmann: “Os procedimentos jurídicos públicos deveriam servir, numa relação unitária entre objetivo e meios, para o estabelecimento correto do direito e, simultaneamente, para a divulgação da opinião jurídica correta. Não haveria aí contradição alguma, porque se confiaria na posse coletiva da razão e da força de persuasão dos argumentos esclarecedores.”. LUHMANN, Niklas (1927-1998). **Legitimação pelo procedimento**. Original publicado em alemão em 1969. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 184.

⁵³⁴ Sobre o erro de julgamento: “*Litigants may fail to reference, or courts to find through independent research, relevant statutory texts, judicial precedents, or canons of construction; and even if those sources are introduced, the court may misjudge their weigh or meaning in any particular case. The possibility of error hardly justifies skepticism of a particular source unless there is some distinctive risk that courts will err in evaluating that source.*”. VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 109.

⁵³⁵ LUHMANN, *op. cit.*, p. 38.

⁵³⁶ Diferenciando-se da forma atual, em que não existem diretrizes institucionais dos tribunais e onde os juízes não debatem entre si (ou com os interessados em audiências públicas), como a melhor solução para o caso concreto e para os problemas em abstrato. Conforme José Rodrigo Rodriguez: “A transformação do direito e das instituições em geral passa, necessariamente, pela transformação do papel do Judiciário e da atuação dos juízes.”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 17. Ademais, Ricardo Guastini se manifestou no seguinte sentido: “Visto que um sistema jurídico é, em última análise, um conjunto de normas de conduta para os tribunais, pode-se concluir que um sistema jurídico vigente é, muito simplesmente, um conjunto de normas efetivamente empregadas pelos tribunais na elaboração de suas decisões. Deste ponto de vista, o direito vigente identifica-se completamente com as decisões dos tribunais.”. GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. Apres. Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 125.

interpretação⁵³⁷. Resta intocada a possibilidade de serem feitas as distinções entre as diretrizes institucionais e os casos concretos, desde que seja produzida a fundamentação adequada para excepcionar o argumento jurídico que construiu o posicionamento oficial do tribunal.

É possível que haja resistência a esta mudança (comportamento individual) e é por isto que se revela importante estabelecer as premissas que poderão conduzir à evolução do Judiciário (comportamento institucional). Por conseguinte, aos pilares passivos do sistema jurídico, temos de agregar pilares ativos, pois não são apenas os princípios e as regras que regulam a sua aplicação na esfera do comportamento humano, sendo necessário que sejam completados por um processo de concreta realização do direito, a nível institucional.⁵³⁸

A formação de um acervo de capital jurídico minimizará, também, os riscos de evasão de investidores nacionais ou estrangeiros na ordem econômica nacional, porquanto é sabido que, antes de aplicarem os seus ativos, as empresas avaliam o desempenho do Judiciário⁵³⁹.

Logo, este é um importante passo na quebra da nossa trajetória atual (subitem 1.3.3) em matéria de serviços judiciais. Com a criação de um novo caminho a partir do redesenho institucional, estaremos proporcionando um futuro melhor, mais próximo da concepção de “comédia dos comuns” (ou dos Baldios, conforme Fernando Araújo, subitem 1.3.2), em que a governança gera resultados benéficos e satisfatórios para todos.

No próximo tópico, examinaremos a governança judicial como última etapa do item relativo ao comportamento sistêmico.

2.3.3 Governança judicial

Fernando Araújo lecionou que “[...] o mundo como é não tolhe, nem deve tolher, o nosso desejo de o retificarmos, de o melhorarmos de acordo com valores que representamos naquilo que ele não é, mas poderia ser e seria bom que fosse”⁵⁴⁰.

⁵³⁷ VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 179.

⁵³⁸ FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008, pp. 164-165.

⁵³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas** (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 76. “[...] quanto melhor as instituições, mais desenvolvido será o mercado, devido aos baixos custos de transação.” No mesmo sentido: TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 53. Ivo Gico Jr. assim referiu: “Quanto maior o estoque de capital jurídico de uma sociedade, mais segurança sobre o resultado provável de conflitos – e, portanto, mais preparados estarão seus integrantes para elaborar planejamentos de longo prazo e cooperar. O acúmulo ótimo de capital jurídico seria, então, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico.” GICO JR., Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012, p. 460.

Até o momento, vimos que o comportamento dos atores processuais destacados (itens 2.1 e 2.2) influencia no congestionamento do serviço público de resolução de conflitos, havendo dificuldades de responder em tempo razoável e de executar as próprias decisões. Esta situação se distancia do ideal de o Poder Judiciário gerar o bem-estar social porque é incentivado o oportunismo decorrente das falhas evidenciadas. Por conseguinte, cabe o repensar da sua metodologia de atuação mediante ferramentas interdisciplinares para tornar mais viável o comportamento sistêmico (item 2.3).

Conforme anotações de Nuno Garoupa sobre o sistema judiciário português⁵⁴¹, o problema das reformas implementadas reside no fato de que não foi alterado o paradigma do sistema judicial e nem foram atacados os problemas estruturais. No seu entender, a mudança somente ocorrerá quando houver uma “política de justiça”; todavia, para isso, é necessário o confronto de ideias, projetos e, até mesmo de ideologias, o que, em Portugal, é feito apenas na regulação econômica, na regulação social, nas políticas públicas de educação e saúde e nas funções primordiais do Estado, mas não na justiça⁵⁴².

Ademais, Garoupa afirmou que o desenho das instituições jurídicas ao longo do Século XX não observaram os critérios de racionalidade econômica, eficiência e eficácia, mas tão somente critérios políticos⁵⁴³:

As instituições acabam por desenvolver práticas, agendas e políticas que visam satisfazer o interesse da corporação ou do grupo de interesse que as governa em detrimento do bem-estar social. Por outras palavras, os interesses privados

⁵⁴⁰ ARAÚJO, Fernando. **Introdução à Economia**. (1. ed. 2002) 3. ed. (4. reimp. da ed. fev. 2005), Coimbra: Almedina, 2014, p. 81.

⁵⁴¹ Em Portugal, o novo Código de Processo Civil entrou em vigor em 26/6/2013 por meio da Lei nº 41. Mesmo após, continuaram as críticas. GAROUPA, Nuno. A justiça enquanto função do Estado. **Relações Internacionais**, A Reforma do Estado, Lisboa, n. 37, pp. 15-21, mar. 2013; e CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. (1. ed. 2005) 3. ed. Aum. e atual. à luz do Código de Processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2014, pp. 25-28. Alan Uzelac, ao realizar um diagnóstico sobre os países integrantes da União Europeia, dividiu-os em sistemas “mediterrâneo” e “não-mediterrâneo”, com características peculiares, e afirmou que: “Em alguns países do Sul e do Sudeste da Europa, as reformas da justiça vêm sendo frequentemente anunciadas há vários meses ou anos. O objetivo habitual é reduzir os atrasos, acelerar e aumentar a eficiência dos processos judiciais. Algumas dessas reformas estão relacionadas ao processo civil, uma vez que os atrasos e as ineficiências estão mais presentes e são mais notórias em matéria de resolução de litígios civis. No entanto, muito poucas dessas reformas aparentemente obtiveram resultados positivos decisivos.” UZELAC, Alan. Reformando o processo civil mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 01, pp. 02-41, jan./abr. 2017, p. 9.

⁵⁴² Garoupa atribuiu a crise judicial portuguesa a três fatores: (i) desajustamento histórico – a justiça foi pensada para uma outra sociedade, aquela que existia na década de 1930 pelo Estado Novo, com uma concepção de separação de poderes que não se ajusta mais à realidade; (ii) estrutural – a administração e o governo da justiça obedecem a um modelo caduco e ultrapassado, não diferente dos modelos francês, italiano e espanhol; e (iii) incapacidade de superar os estrangulamentos conceituais que levam à crise na justiça – as mudanças falham sempre e sistematicamente pela incapacidade de elaborar uma reforma coerente, estruturada e planejada. GAROUPA, Nuno. **O governo da justiça**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, pp. 13-25.

⁵⁴³ *Ibidem*, pp. 26-27.

sobrepõem-se ao bem comum que justificou inicialmente a própria configuração ou desenho da instituição.

Como o Brasil herdou o sistema processual civil de Portugal, com larga influência do ordenamento italiano⁵⁴⁴, a nossa administração da justiça tem revelado problemas similares aos apontados por Nuno Garoupa⁵⁴⁵. Mesmo com a recente reforma processual, a base da resolução dos conflitos continua sendo a individualista, com a solução caso a caso, modelo ultrapassado que pode evoluir em direção à consolidação de um Código de Processo Civil Coletivo, de modo a melhorar a governança judicial⁵⁴⁶. Ovídio Baptista alertou sobre os problemas nacionais⁵⁴⁷:

Aos que se dêem o trabalho de meditar sobre o fosso criado entre o “mundo jurídico” e a realidade social poderá parecer, no mínimo, curiosa a crença que envolve a doutrina processual contemporânea de que teríamos conseguido manter o processo civil identificado com o novo mundo deste início do século XXI, valendo-nos dos mesmos princípios, das mesmas estruturas e mesmos instrumentos processuais utilizados pelos juristas do ocaso do império romano. Este prodígio tornou-se possível pela redução do Direito a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, enfim ao processo civil abstrato e conceitual.

Em que pese a produção científica empírica seja incipiente, o diagnóstico realizado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul⁵⁴⁸ revelou importantes dados sobre o aumento da judicialização no nosso país. A abordagem considerou dois planos

⁵⁴⁴ OLIVEIRA, Celso Marcelo. Moderno Direito Processual Civil do Brasil e Portugal. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 4, n. 151. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/903/moderno-direito-processual-civil-brasil-portugal>>. Acesso em 22 out. 2018.

⁵⁴⁵ O sistema jurídico brasileiro foi analisado por Eduardo Scarparo na seguinte passagem: “O diagnóstico é inequivocamente uma péssima aplicação de recursos humanos e financeiros na gestão da justiça. Há inegáveis problemas quando grande parte da força de trabalho do Poder Judiciário – servidores, magistrados, estagiários etc. – e da sua estrutura de produção – prédios, salas, sistemas de informática etc. – está alocada para a produção de decisões sobre as mesmas questões, por diversas e incontáveis vezes. Notadamente a operação se mostra inócua e pouco inteligente em termos de efetividade. Os problemas eram sentidos inclusive nas demandas não repetidas que restavam também tomadas pela ineficiência do sistema jurídico, pois competiam pelos mesmos recursos, perdendo invariavelmente celeridade na resolução e, muitas vezes, qualidade no decidir e aprofundar de questões de maior indagação.”. SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Administração da Justiça entre processos repetitivos e processos coletivos. In: I Congresso Brasileiro de Administração Pública e Processo, 1, 2016, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Edipucrs, 2016. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2017/01/13/administracao-da-justica-entre-processos-repetitivos-e-processos-coletivos/>>. Acesso em 21 set. 2018.

⁵⁴⁶ Neste sentido, Scarparo salientou quais são os principais problemas do nosso processo civil brasileiro: “Os problemas estruturais da processualística brasileira atual de solução de demandas coletivas são, em suma, a ausência de regulação: da representação adequada, da organização legal para justificar soluções referentes a ações coletivas passivas, da formação da coisa julgada coletiva, dos meios de publicidade e divulgação dos processos coletivos, da execução coletiva de direitos.”. *Ibidem*.

⁵⁴⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. (1. ed. 1979) 4. ed. Rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 90 (ortografia original).

⁵⁴⁸ SANTOS FILHO, Hermílio Pereira dos; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Demandas judiciais e a morosidade da justiça civil**: relatório final ajustado. Edital do Conselho Nacional de Justiça nº 01/2009. Porto Alegre: PUC/RS, 2011.

distintos de análise, com uma abordagem interdisciplinar⁵⁴⁹: (i) a “oferta” da prestação jurisdicional, em que foi feita uma comparação entre a eficiência relativa dos tribunais e a análise gerencial dos cartórios judiciais; e (ii) a “demanda” por estes serviços, que consistiu em entrevistas a diversos atores do mundo jurídico com a finalidade de estudar as motivações que levam as pessoas, físicas e jurídicas a acionar o Judiciário.

Diversas conclusões foram extraídas do trabalho empírico⁵⁵⁰, sinalizando, em síntese, que são necessárias melhorias no modelo de gestão dos serviços judiciais. Dentre as propostas extensivamente detalhadas⁵⁵¹, constou a ressalva de que outros estudos poderiam ser desenvolvidos para comprovar a eficácia das medidas. Apesar disso, restou evidenciado que é o comportamento sistêmico de todos os atores judiciais que levará ao uso mais racional do Poder Judiciário, com a assunção das respectivas responsabilidades.

Assim como o tempo, o dinheiro e o conhecimento, o poder também é um bem exaurível. No momento em que foram ampliadas as competências do Judiciário, o Executivo e o Legislador⁵⁵² perderam uma parcela correspondente, e isso porque “[...] um incremento de poder a um dos sujeitos, ou a uma instituição, deverá necessariamente ser obtido a custa de outro sujeito ou outra instituição”⁵⁵³.

Sem embargo, a concepção de Estado como ser imortal e onipotente, representado por meio de uma tripartição horizontal de poderes destinada ao exercício soberano da autoridade⁵⁵⁴, não consegue mais se ajustar às “metamorfozes contemporâneas”⁵⁵⁵. A razão do

⁵⁴⁹ SANTOS FILHO, Hermílio Pereira dos; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Demandas judiciais e a morosidade da justiça civil**: relatório final ajustado. Edital do Conselho Nacional de Justiça nº 01/2009. Porto Alegre: PUC/RS, 2011, p. 3.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, pp. 183-186.

⁵⁵¹ *Ibidem*, pp. 187-200.

⁵⁵² Rodriguez afirmou que: “O objetivo do processo legislativo [...] deveria ser criar textos normativos os mais precisos possíveis, capazes de dar conta da diversidade social expressa nos mais diferentes conflitos apresentados ao Poder Judiciário. Essa proposta, ao invés de pensar em uma alternativa à visão corrente de segurança jurídica e de racionalidade jurisdicional, busca restaurar o formalismo em seus termos consagrados. Chamarei os defensores desta posição de partidários da *restauração*, em contraposição aos *reformistas*, que procuram reformular o significado da segurança jurídica nos termos propostos neste texto.”. RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013, p. 207 (grifos originais).

⁵⁵³ PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 30.

⁵⁵⁴ Daniel Vargas comentou que o Brasil vive a iminência de uma crise constitucional, em especial por causa da incapacidade de o regime democrático solucionar seus velhos problemas estruturais, de mudança geracional e de desarmonia entre os três poderes. VARGAS, Daniel. Crise constitucional brasileira? A desarmonia entre os poderes. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos**: o supremo em 2016. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV RIO, 2017, pp. 130-133.

⁵⁵⁵ Como exemplo de metamorfose contemporânea, Paolo Grossi citou que: “O exemplo mais forte é oferecido pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (hoje União). Em uma realidade comunitária em que o princípio da divisão dos poderes não assumiu a rigidez estrategicamente quista pelos Estados nacionais, em que a presença de países secularmente ligados à tradição da *common law* realmente não deve ser subestimada, o Tribunal interpretou o próprio papel indo muito além de um organismo judiciário, e, portanto, foi um dos

poder não pode ser mais buscada em uma instância soberana, que transcende a sociedade, mas deve ser revelada em regras de funcionamento que levam à governança eficaz, a partir do comportamento em rede e da transformação profunda nas suas formas de exercício.⁵⁵⁶

Isso significa dizer que estamos indo em direção a uma nova definição do que serão, nos próximos anos, a sociedade e o Estado⁵⁵⁷, em que ganha identidade própria a ideia de governança (*governance*)⁵⁵⁸ como forma de estabelecer estruturas cooperativas e negociais, contrapondo-se ao conceito de governo (*government*), autônomo e soberano. Na avaliação da governança, diante da diversidade de instrumentos de análise possíveis, devem ser escolhidos os mais adequados, o que comprova o caráter obsoleto da perspectiva de *rational problem solving* centrada nos resultados, dominante por muito tempo⁵⁵⁹.

Bruno Miragem afirmou que a correta interpretação do que vem a ser governança depende de um exame interdisciplinar destinado a definir um modelo de gestão. Em sendo

motores principais – se não o principal – do formando direito europeu. [...] o Tribunal, composto por juristas munidos por adequada cultura, se fez leitor atento e sensível das necessidades emergentes, valorizou ao máximo as tradições constitucionais comuns, e conseguiu, lenta, mas progressivamente, identificar e fixar várias categorias de direitos fundamentais do *civis* europeu.”. GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Os ensaios foram publicados originalmente em italiano. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 133.

⁵⁵⁶ SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Original publicado em francês em 2005. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, pp. 183-184.

⁵⁵⁷ Mattei e Nader criticaram o modelo atual: “Consideramos que a imagem dominante do Estado de Direito foi falsa ao longo da história e continua sendo no presente, uma vez que não admite de modo pleno seu lado obscuro. A representação falsa começa com a ideia de que o bom direito (que ‘falta’ aos outros) é autônomo, independente da sociedade e de suas instituições, técnico, não político, não distributivo e mais reativo do que proativo – de modo mais conciso, uma estrutura tecnológica para um mercado ‘eficiente’. Devido a essas representações falsas, a boa governança que aparentemente caracteriza os objetivos do Direito transforma-se na espinha dorsal de argumentos profissionais incorporados e organizados tendo em vista a legitimação da pilhagem.”. MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem**: quando o Estado de Direito é ilegal. Original publicado em inglês em 2008. Trad. de Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. Márcio Manoel Maidame. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013, p. 8. Casalta Nabais apontou as seguintes mudanças: “Uma conclusão que, por paradoxal que pareça nestes tempos aparentemente dominados pelo egoísmo irresponsável, está, todavia, de algum modo em sintonia com o momento presente em que se faz um apelo muito forte à solidariedade, à solidariedade simultaneamente universal e intergeracional. Uma ideia que, na opinião de alguns autores, suportaria mesmo uma nova forma de estado – o estado solidário, cuja marca residiria na solidariedade com todos os homens, sejam os homens de hoje, sejam os homens de ontem, sejam os homens de amanhã. Ou, numa outra fórmula, todos temos deveres no que respeita à humanidade presente, à humanidade passada e à humanidade futura.”. NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, ano 3, n. 2, pp. 9-30, 2002, p. 28.

⁵⁵⁸ Bruno Miragem registrou que um tema a ser considerado é a governança da Administração Pública, que adotou as técnicas do setor privado de gestão pública. E arrematou: “O tema da governança no setor público possui forte carga de mudança conceitual e ideológica do conteúdo e do modo de exercício da função administrativa pelo Estado.”. MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Administrativo aplicado**: a nova administração pública e o Direito Administrativo. (1. ed. 2011) 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 59.

⁵⁵⁹ GOMES, João Salis. Governança, políticas públicas e direito: uma perspectiva integrada de avaliação. **Revista de Administração e Emprego Público**, Lisboa, n. 3, pp. 111-131, 2016, p. 115.

assim, acrescentou que é necessário atualizar o referencial teórico e os institutos para que possamos ir em direção a uma nova fase de relacionamento entre o Estado e a Sociedade⁵⁶⁰:

A ideia de governança orienta-se por uma lógica distinta do direito. Enquanto este se exprime por intermédio de imperativos, comandos obrigatórios provenientes de autoridade, a governança parte da ideia de pluralismo, interatividade e participação, com a finalidade de obter compromissos aceitáveis das partes envolvidas. A governança aplicada ao setor público vai promover desde as esferas locais, a institucionalização de mecanismos de participação no processo de tomada de decisão dos agentes públicos, bem como a transparência das informações.

Para Alain Supiot, “[...] a governança é para o governo o que a regulação é para a regulamentação e a ética, para a moral: uma técnica de normatização dos comportamentos que tende a preencher a distância entre a lei e o sujeito de direito”⁵⁶¹. É uma forma de levar os seres humanos a se comportarem espontaneamente de acordo com as necessidades da ordem estabelecida, o que pressupõe uma alteração no modelo de contrato da cultura jurídica ocidental⁵⁶².

Por sua vez, Canotilho conceituou governança de duas formas⁵⁶³: (i) conceito descritivo – é o fato de as decisões coletivas nas sociedades modernas serem tomadas sob a forma de colaboração não hierárquica entre atores públicos e privados, o que não acontece nas formas tradicionais de Poderes Legislativo e Executivo; e (ii) conceito normativo – é o modelo de “bem governar” por meio de novas formas de atuação em que estejam presentes, por exemplo, a “[...] responsabilidade democrática do governo, transparência e independência da política e da administração de interesses específicos de grupos ou de clientelas”.

Em vista disso, *governance* não é uma teoria, mas um conceito-ponte para várias constelações de configuração de estruturas de decisão, levando a profundos processos de transformação para os atores e seus atos – dos cidadãos ao legislador, ao juiz e ao

⁵⁶⁰ MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Administrativo aplicado**: a nova administração pública e o Direito Administrativo. (1. ed. 2011) 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 60-62.

⁵⁶¹ SUPIOT, Alain. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do Direito. Original publicado em francês em 2005. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007, p. 209.

⁵⁶² Para ilustrar, Alain Supiot citou as mudanças nos contratos trabalhistas. *Ibidem*, pp. 209-224. Acrescentamos como exemplos as novas formas de compartilhamento de bens e de contratações de transportes, viagens e hospedagens por meio de plataformas na Internet, que mudaram as bases contratuais.

⁵⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A revisão das funções da constituição e os desafios da *governance*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia (Orgs.). **Direito penal**: fundamentos dogmáticos e políticos-criminais. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, pp. 1347-1465, pp. 1359-1360 (citação).

administrador – que confiam em um quadro normativo definidor de comportamentos, atividades e controles.⁵⁶⁴

Desta maneira, o desenho de uma política de governança judiciária eficaz necessita considerar uma visão integrada e coordenada dos diversos ciclos que a compõe⁵⁶⁵, bem como deve traçar objetivos definidos a curto, a médio e a longo prazos, adotando-se medidas estruturais que não podem ser ignoradas em um processo de reforma: a revisão das legislações que levam a comportamentos econômicos e sociais indutores de litigância, a intermediação dos operadores do Direito (tanto juízes quanto advogados) e o controle da legalidade *ex ante facto* pela administração e *ex post facto* pelos tribunais.⁵⁶⁶

Quanto à instituição judiciária, a qualidade dos serviços guarda relevância, sendo indispensável “[...] um equilíbrio adequado entre um poder judicial independente e competente, mas responsável e responsabilizado, isto é, sujeito aos limites das suas competências, da própria lei e das suas obrigações democráticas”⁵⁶⁷. Garoupa acrescentou⁵⁶⁸:

Certamente não existe um “modelo ótimo” ou uma solução milagrosa que permita obter sempre e de forma eficiente e eficaz um equilíbrio [...]. Na verdade, dado que estas duas forças andam em sentidos opostos, é bem provável que o governo adequado da justiça seja diferente em momentos políticos distintos. Por exemplo, as reformas institucionais recentes em vários países reflectem a tensão inevitável entre uma necessidade de despolitizar a judicatura e a tendência crescente de judicialização da política (isto é, a execução das políticas públicas sujeita ao aval dos tribunais). Contudo, o grau de judicialização da política e da politização da justiça é marcadamente distinto no espaço e no tempo.

A independência do poder judicial possui quatro definições, conforme Nuno Garoupa⁵⁶⁹: (i) pessoal – a capacidade de o juiz decidir o processo com base na lei e no seu

⁵⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A revisão das funções da constituição e os desafios da *governance*. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia (Orgs.). **Direito penal: fundamentos dogmáticos e políticos-criminais**. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, pp. 1347-1465, pp. 1361-1363 (citação).

⁵⁶⁵ Vejamos também o que disse o Banco Mundial: “[...] peritos, formuladores de políticas e profissionais do desenvolvimento estão, como todo mundo, sujeitos aos preconceitos e erros que podem resultar do pensamento automático, pensamento social e uso de modelos mentais. Eles precisam ter mais consciência desses preconceitos, e as organizações devem implementar procedimentos para mitigá-los.” Porém, “[...] nem todas as percepções psicológicas ou sociais exigem mais intervenção do governo, algumas, até menos. Como os próprios formuladores de políticas estão sujeitos a preconceitos, eles devem buscar e basear-se em evidências sólidas de que suas intervenções tenham os efeitos planejados e permitam que as pessoas revisem e examinem suas políticas e intervenções, especialmente aquelas que se destinem a moldar a escolha individual.” BANCO MUNDIAL. **Visão geral: mente, sociedade e comportamento**. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2015. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Grupo do Banco Mundial, 2015, pp. 19 e 22. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018.

⁵⁶⁶ GAROUPA, Nuno. **O governo da justiça**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 20.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 33 (ortografia original).

⁵⁶⁹ *Ibidem*, pp. 34-35.

convencimento, de forma imparcial; (ii) coletiva – a capacidade de o Poder Judiciário não estar sujeito aos Poderes Executivo e Legislativo; (iii) processual – a escolha dos mecanismos nas variadas fases processuais deve competir ao juiz; e (iv) administrativa – a gestão não pode sofrer interferências nas questões orçamentárias, salariais e de recursos físicos e humanos.

De outro lado, a responsabilidade (*accountability*) também perpassa por quatro conceitos, seguindo a lógica anterior⁵⁷⁰: (i) pessoal – o magistrado pode responder pelas suas decisões enviesadas; (ii) coletiva – o Poder Judiciário deve prestar contas dos recursos consumidos perante os demais Poderes; (iii) processual – os magistrados podem ser responsabilizados por suas escolhas processuais, inclusive aquelas que causem o congestionamento judicial; e (iv) administrativa – a responsabilização (dos juízes e tribunais) pelos recursos desperdiçados.

O conhecimento dos limites da independência judicial e da responsabilidade leva a um repensar do papel do Judiciário no cenário institucional. Ivo Gico Jr. referiu que⁵⁷¹:

O Judiciário desempenha um papel central dentro desse arcabouço institucional. Do ponto de vista privado, a ele compete proteger os direitos atribuídos a cada cidadão, inclusive o direito de propriedade, bem como as alocações de tais direitos realizadas pelo próprio agente na realização de contratos. Enquanto o primeiro papel evita o desperdício de recursos com atividades predatórias meramente redistributivas, o segundo, ao eliminar ou mitigar a possibilidade de comportamentos oportunistas, permite a superação do problema de desconfiança recíproca e viabiliza a realização de contratos complexos.

Contudo, é preciso, no entender de João Salis Gomes, equacionar o conceito de racionalidade subjacente à governança, visto que estamos diante de questões cada vez mais complexas. A pressão exercida por grupos de interesse, os valores prevalecentes na sociedade, os imperativos econômicos e a cultura institucional dominante são fatores que conduzem à imprescindibilidade de se redefinir o conceito de interesse público como fundamento legítimo da tomada de decisão⁵⁷²:

Torna-se hoje cada vez mais difícil, por um lado, integrar num modelo coerente as contradições sociais e agregar a procura social em torno de objetivos comuns; e, por outro lado, lidar com a multiplicação de níveis e estruturas de poder, dotados de estatutos jurídicos diversificados, que são levados a colaborar na definição e concretização das políticas públicas. A pertinência da avaliação como resposta aos problemas levantados pela governança assenta num conjunto de pressupostos quanto ao papel que desempenha enquanto instância de mediação, ao facilitar a troca de

⁵⁷⁰ GAROUPA, Nuno. **O governo da justiça**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 35.

⁵⁷¹ GICO JR, Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, pp. 435-463, jul./dez. 2013, p. 442.

⁵⁷² GOMES, João Salis. Governança, políticas públicas e direito: uma perspectiva integrada de avaliação. **Revista de Administração e Emprego Público**, Lisboa, n. 3, pp. 111-131, 2016, p. 127 (ortografia original).

informação e a coordenação dos atores sociais envolvidos nas diferentes políticas. Dentre estes pressupostos parece avultar um: a avaliação – avaliação das políticas públicas, avaliação legislativa – pode permitir aumentar o grau de racionalidade dos sistemas de ação face realidades mais complexas. Há, pois, que equacionar o conceito de racionalidade subjacente à governança: racionalidade das políticas públicas em geral e racionalidade dos direitos das políticas públicas.

Desta maneira, temos que considerar os avanços interdisciplinares para o melhor desenvolvimento dos nossos sistemas jurídicos e de governança⁵⁷³, de modo a não nos limitarmos somente a castigar os maus comportamentos, mas também a promovermos os bons comportamentos e proteger os cidadãos. A sociedade pode ser conformada por normas que possibilitem compreender a complexidade para mitigar os seus efeitos; permitindo, assim, uma vida mais harmônica entre os indivíduos. De acordo com René Molina Galicia, o Direito é⁵⁷⁴:

[...] um sistema de regras e instituições, avaliativo e prático, que é socialmente construído e visa orientar o comportamento para ajudar os seres humanos a viver melhor juntos. É um sistema que precisa dar boas razões para as pessoas se comportarem de uma determinada maneira, devendo estabelecer as consequências que implicariam o não cumprimento das regras e possibilitar a compreensão das razões que sustentam uma determinada norma.

Assim é que, na linha dos estudos promovidos pelo Banco Mundial no Relatório de 2015, a melhor compreensão da mente e do cérebro constitui uma oportunidade de rever nossos modelos de governança judicial, baseando-se em padrões e critérios metodológicos

⁵⁷³ Na Europa, este conceito interdisciplinar de governança ainda está sendo construído porque os estudos começaram praticamente no ano 2000, como podemos identificar em: NG, Gar Yein. A discipline of judicial governance? *Utrecht Law Review*, Budapest, v. 7, n. 1, pp. 102-116, 2011. No nosso país, também é recente o estudo. Akutsu e Guimarães embasaram a sua proposta na Teoria da Agência de Michael Jensen e William Meckling (Theory of the firm: managerial behavior, agency costs, and ownership structure, 1976) e na Teoria dos Custos de Transação, introduzida por Coase (The nature of the firm, 1937), complementada por Oliver Williamson a partir de 1970. Os autores utilizaram o modelo esquemático de governança de Williamson (Mechanisms of governance, 1996), com a interação entre a instituição, as regras do jogo e os indivíduos para a criação do ambiente institucional. AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Thomas de Aquino. Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, pp. 937-958, jul./ago. 2015. Outros estudos acerca de governança judicial: AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Thomas de Aquino. Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, pp. 183-202, jan./jun. 2012; SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. *Opinião Pública*, Campinas, v. X, n. 1, pp. 01-62, mai. 2004. VERONESE, Alexandre. Projetos judiciais de acesso à justiça: entre assistência social e serviços legais. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 1, pp. 13-34, jan./jun. 2007.

⁵⁷⁴ GALICIA, René Molina. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). *Neurociencia y proceso judicial*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 43-82, p. 44. Tradução nossa. Original: “[...] un sistema de reglas e instituciones, evaluativo y práctico, que se construye socialmente y pretende guiar la conducta para ayudar a los seres humanos a vivir mejor juntos. Es un sistema que tiene que dar buenas razones a las personas para que se comporten de un modo determinado, estableciendo las consecuencias que conllevaría el no cumplimiento de las normas y haciendo entender las razones que apoyam a una norma particular”.

mais firmes e consistentes⁵⁷⁵. A tomada de consciência de que é necessário um processo de mudança nas condutas dos litigantes, dos juízes e dos administradores da justiça, levando-os a um comportamento sistêmico, juntamente com os demais atores que fazem parte do mundo judicial, provavelmente irá causar desconfortos, inquietudes e o acionamento da heurística do *status quo* (subitem 1.2.3.1). Nas palavras de Alan Uzelac, a mudança pode não ser aceita de imediato⁵⁷⁶:

Especialmente para os “de dentro”, isto é, para os profissionais do Direito, o estilo de procedimentos lentos, formais, impessoais, com uma responsabilidade difusa e efeitos retardadores pode ter vantagens significativas. Há advogados que não precisam se esforçar enquanto lutam vigorosamente para realizar sua oportunidade única na corte. Há juízes de cortes superiores que são poupados de encontrar as partes ou seus advogados no tribunal. Todos eles podem tender a pensar que as mudanças não são necessárias, ou que, mesmo sendo necessárias, não são possíveis. Não obstante, alguns exemplos de países que conseguiram virar a página, introduzindo mudanças reais, concretas, substantivas que soavam “chocantes” para muitos, provam que uma mudança é possível e que esta pode melhorar dramaticamente a situação em benefício do público.

A construção de um novo caminho, portanto, perpassa pela reapreciação de hábitos, algo a ser edificado por cada juiz no desempenho do seu papel institucional; pois, conforme Carlos Ayres Britto⁵⁷⁷:

[...] o Sistema Jurídico brasileiro tem virtualidades emancipatórias que há muito estão à espera de aplicadores que se disponham a auscultá-lo com o tensiômetro da consciência. Consciência que tem como ponto de partida, não o Congresso Nacional, não o Palácio do Planalto, menos ainda a *Casa Branca* ou o Palácio de Buckingham, mas o sensível e ao mesmo tempo destemido coração de cada juiz.

Não obstante, é necessária a ampliação das pesquisas empíricas e estudos interdisciplinares que conduzam o Poder Judiciário ao exercício de duas funções inter-relacionadas: (i) decidir os casos submetidos à jurisdição, atribuição que faz parte da

⁵⁷⁵ Gwin Bevan e Barbara Fasolo fizeram referência a um modelo de governança baseado em usuários e provedores como *humans* (em contraposição aos *econs*), em que estes (provedores) estariam motivados a agirem bem porque irão responder às ameaças reputacionais devido à publicação da sua *performance* de forma ampla e facilmente compreensível. BEVAN, Gwin; FASOLO, Barbara. Models of governance of public services: empirical and behavioral analysis of econs and humans. In: OLIVER, Adam. **Behavioural Public Policy**. New York: Cambridge University Press, pp. 38-62.

⁵⁷⁶ UZELAC, Alan. Reformando o processo civil mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 01, pp. 02-41, jan./abr. 2017, p. 37.

⁵⁷⁷ BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. (1. ed. 2007). 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 116 (grifo original). Ovídio Baptista assim se manifestou: “Os juristas em geral, e os processualistas particularmente, têm de trabalhar nesse mundo, com suas carências, suas expectativas, lamentações e esperanças. Não é mais possível que continuemos a esconder-nos em nosso tranqüilo mundo conceitual, transferindo a outrem a responsabilidade pelo fracasso na administração de uma justiça condizente com os padrões contemporâneos.”. SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. (1. ed. 2004) 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, pp. 316-317 (ortografia original).

“independência judicial”⁵⁷⁸, mas com a produção de diretrizes institucionais; e (ii) assegurar o comportamento sistêmico entre os políticos, o público e os juízes, ampliando a “responsabilidade judicial”⁵⁷⁹. Estas incumbências, no nosso entender, poderão começar a ser construídas com a implementação de procedimentos administrativos tendentes à produção de um acervo de capital jurídico (subitem 2.3.2) e de um modelo de governança judicial (subitem 2.3.3) que atendam aos anseios da sociedade brasileira.

Com isso, estaremos indo em direção a uma reformulação das teorias decisórias brasileiras para, enfim, encontrarmos a satisfação dos serviços judiciários cíveis mediante o fomento de duas atitudes: (i) a assunção dos deveres pelos indivíduos (direta ou indiretamente envolvidos); e (ii) o exercício pleno do papel institucional de um Poder Judiciário indutor de mudanças sociais. Todos nós temos uma parcela de responsabilidade no desenvolvimento de um círculo virtuoso de condutas e hábitos (individuais e sociais) para que possamos mitigar o modelo dualista damattiano e mudar o grau de dependência desta trajetória brasileira, rumo a um futuro mais promissor em que será possível a construção de um paradigma decisório hábil a lidar com a complexidade contemporânea, fornecendo resultados judiciais bons o suficiente e, portanto, satisfatórios.

⁵⁷⁸ GAROUPA, Nuno. **O governo da justiça**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011, p. 34-35.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 35.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Explorar o campo jurídico a partir de conceitos econômicos pode ser considerado um desafio intelectual, pois o espectro de análise é ampliado de forma significativa. Assim sendo, nesta dissertação, procuramos fazer escolhas destinadas a propiciar o encadeamento lógico dos referenciais teóricos e das ideias lançadas, considerando, naturalmente, as nossas limitações decorrentes de um aprendizado básico e inicial na área econômica, algo que tentamos minimizar com literatura especializada e aulas no Programa de Pós-Graduação de Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

No âmbito da pesquisa, vimos que o Direito procura colmatar as lacunas decorrentes da complexidade contemporânea observando os fatos jurídicos; enquanto a Economia produz *insights* sobre como o mundo é (análise positiva/descritiva) ou como deveria ser (análise normativa/prescritiva), proporcionando uma maior integração entre a teoria e a aplicação prática mediante a compreensão das bases de formação dos processos decisórios dos seres humanos.

No Brasil, ainda são escassos os estudos que aproximam estas duas disciplinas, conectando-as com as peculiaridades comportamentais do homem brasileiro. O que observamos, em regra, é o transplante de institutos jurídicos de outros países como modelo legislativo ou decisório, sem haver o exame factual da conformidade destes ideais estrangeiros, gerando inconsistências sistêmicas e aumentando os níveis de incerteza, imprevisibilidade e chances de erro nas escolhas realizadas. Portanto, o exame interdisciplinar é uma importante ferramenta que possibilita compreender os pilares do pensamento humano, sempre em evolução.

No primeiro capítulo, observamos que a própria Economia tem apresentado concepções diferenciadas sobre o indivíduo, especialmente em virtude dos avanços científicos produzidos por áreas como a Psicologia Cognitiva e a Neurociência. Ao fim e ao cabo, o indivíduo continua sendo o elemento essencial para a estruturação e manutenção das instituições, resultantes do convívio social e da necessidade de se estabelecerem as regras do jogo como realidades intersubjetivas.

Desta forma, avançamos com o estudo da racionalidade demonstrando que as teorias econômicas da “hipótese da escolha racional” e da “racionalidade limitada” possuem bases metodológicas e científicas diversas, trazendo respostas únicas e complementares ao processo decisório. A primeira é utilizada para o exame “daquilo que é decidido”, etapa passível de

cálculo e que indica se a escolha pode ser apresentada por meio de uma função de utilidade; e a segunda, na forma “como é decidido”, fase em que são verificadas as influências internas e externas que recaem sobre as decisões, que condicionam e limitam a racionalidade.

À vista disso, como a nossa opção foi a de realizar uma análise do comportamento judicial, trouxemos elementos que embasassem, de forma preponderante, a segunda teoria, ampliando o conhecimento com a exposição das duas vertentes que analisam os processos heurísticos e os vieses cognitivos relacionados às tomadas de decisões.

Neste momento, verificamos que a ideia de “satisfação” significa encontrar resultados que sejam bons o suficiente para gerar o sentimento de bem-estar, individual ou coletivo, sem a preocupação de que poderia existir alternativa melhor. A análise precisa ser simplificada no momento que um dos possíveis meios atinge o fim desejado, não havendo mais necessidade de se gastar energia em busca de todas as possíveis explicações, peculiares da complexidade do mundo atual.

Na sequência, apresentamos o conceito de “tragédia dos comuns” (ou Baldios, conforme Fernando Araújo) para demonstrar que tanto a sobreutilização quanto a subutilização de bens comuns pode levar ao esgotamento dos recursos. Por isso, é inevitável a adoção de medidas de governança para que estes bens sejam gerenciados de forma a evitar a escassez, mudando-se a dependência da trajetória para uma “comédia”, produzindo-se melhores resultados no presente para que o futuro seja mais sustentável.

No segundo capítulo, por sua vez, iniciamos tratando do comportamento dos litigantes com a identificação de algumas problemáticas decorrentes do acesso à justiça sem filtragem, que perpassam do excesso de acesso à litigância inautêntica, fatores que obstaculizam a produção de serviços judiciais mais tempestivos. Mas também, analisamos o comportamento dos juízes, que possuem condicionamentos internos e externos nos seus processos decisórios e que, por conseguinte, poderiam utilizar técnicas de ancoragem e de redução de incertezas por meio da segregação entre casos fáceis e difíceis.

No último item do trabalho, constatamos que os comportamentos dos litigantes e dos juízes refletem na instituição que é o Poder Judiciário. Todos são responsáveis pela trajetória do caminho, pois estamos diante de um sistema que depende da integral cooperação dos indivíduos. Todavia, mesmo diante de várias alterações legislativas e propostas doutrinárias (como a da teoria de precedentes), os serviços judiciais ainda não fornecem a duração adequada e nem a segurança jurídica, havendo a necessidade de ser repensado o modelo vigente com o sopesamento das condutas dos diversos atores processuais.

Neste sentido, vislumbramos a possibilidade de criação de um “acervo de capital

jurídico”, a ser construído na esfera administrativa de cada tribunal, para que sejam estabelecidas as diretrizes institucionais formadas a partir de decisões que simbolizem o entendimento oficial das cortes sobre determinadas matérias. Sabemos que os julgamentos colegiados não representam, necessariamente, a posição institucional do órgão judicial porque remanescem as divergências argumentativas entre os magistrados, replicadas em outras ações judiciais ou julgamentos, algo que pode ser modificado.

Por conseguinte, na função de administrar a justiça, os tribunais precisam revelar qual é o fundamento jurídico que irá retratar o melhor resultado para um dado caso difícil, escolhendo o argumento que represente a vontade institucional e que servirá como paradigma decisório. Com esta medida, estará sendo aberto o caminho para que a governança judicial se instaure, baseando-se em um modelo de gestão que revele as competências e os deveres de todos os envolvidos na solução de litígio; mas que, acima de tudo, torne possível a assunção do papel institucional do Poder Judiciário por meio da indução de condutas e da sinalização de diretrizes, promovendo o comportamento em rede e produzindo efeitos dentro e fora dos processos judiciais.

A partir destas reflexões, consideramos confirmada a primeira hipótese em resposta ao problema de pesquisa e afirmamos que é possível considerar o comportamento das partes, juízes e da instituição na produção de decisões judiciais cíveis satisfatórias, proporcionando resultados mais adequados e tempestivos no presente e, conseqüentemente, influenciando os processos decisórios futuros.

Apesar disso, reconhecemos que são necessárias mudanças na definição e institucionalização de regras simplificadoras, capazes de engendrar níveis satisfatórios de certeza e previsibilidade das normas jurídicas reveladas por meio do “acervo de capital jurídico”, o que revela o caráter de análise econômica normativa desta proposição. Como dito no princípio, o presente trabalho tem o caráter introdutório e exploratório, sendo que futuros estudos merecem ser desenvolvidos com o aprofundamento e a testagem das propostas aqui consignadas. Esperamos, também, que novas indagações sejam formuladas e que novas respostas venham à tona, pois somente com a reflexão sobre o passado e o presente é que poderemos nos direcionar para um futuro melhor, mediante o exame acurado das idiossincrasias que influenciam as nossas tomadas de decisões.

Sabemos, por fim, que estas tarefas não são simples porque requerem a integração da dogmática jurídica com a teoria do direito, como também a compreensão de como os indivíduos agem e reagem no seu meio ambiente e de como isso interfere na modelagem das instituições, com a necessária interação do conhecimento de outras áreas científicas. A partir

daí, será possível, no nosso entender, delimitar uma Teoria da Decisão Judicial própria, brasileira, dentro de um sistema circular que proporcione coerência e segurança nos processos decisórios, em sentido amplo, criando uma trajetória a ser seguida, com a ampliação da confiança nas relações jurídicas, sociais e comerciais, pronta para enfrentar a complexidade do Século XXI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **Por que as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza.** Original publicado em inglês em 2012. Trad. Cristiana Serra. 5. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Livro digital do Kindle.

AHREND, Ney da Gama (1925-2000). Comportamento processual da parte como prova. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 3, n. 6, pp. 74-79, mar. 1976.

AKERLOF, George Arthur. The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 84, n. 3, pp. 488-500, ago. 1970.

AKERLOF, George Arthur; SHILLER, Robert James. **Pescando tolos: a economia da manipulação e fraude.** Original publicado em inglês em 2015. Trad. Eveline Machado. Rio de Janeiro: Alta Books, 2016.

AKUTSU, Luiz; GUIMARÃES, Thomas de Aquino. Dimensões da governança judicial e sua aplicação ao sistema judicial brasileiro. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, pp. 183-202, jan./jun. 2012.

_____. Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 49, n. 4, pp. 937-958, jul./ago. 2015.

ALCÂNTARA, Michele Alencar da Cruz. A face oculta dos direitos humanos: os deveres fundamentais. *In*: XIV Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito (CONPEDI), 14, 2005, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/anais_fortaleza2005.html>. Acesso em 04 out. 2018.

ALIOTTA, Marialuisa. High vs. low impact-factor journals: what difference does it make to your writing style? **Academic Life**, Edinburgh, 2012. Disponível em: <<https://marialuisaaliotta.wordpress.com/2012/07/16/high-vs-low-impact-factor-journals-what-difference-does-it-make-to-your-writing-style/>>. Acesso em 10 set. 2018.

ARAÚJO, Fernando. **Adam Smith: o conceito mecanicista de liberdade.** Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

_____. **Introdução à Economia.** (1. ed. 2002) 3. ed. (4. reimp. da ed. de fev. 2005). Coimbra: Almedina, 2014.

_____. **Teoria econômica do contrato.** Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **A tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: o problema económico do nível ótimo de apropriação.** Coimbra: Almedina, 2008.

ARENDDT, Hannah (1906-1975). **Entre o Passado e o Futuro**. Original publicado em inglês em 1954. Trad. Mauro W. Barbosa. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2016. Livro digital do Kindle.

ARGUELHES, Diego Werneck. Poder não é querer: preferências restritivas e redesenho institucional no Supremo Tribunal Federal pós-democratização. **Universitas JUS**, Brasília, v. 25, n. 1, pp. 25-45, 2014.

ARNOTT, David. Cognitive biases and decision support systems development: a design science approach. **Information Systems Journal**, United Kingdom, v. 16, n. 1, pp. 55-78, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1365-2575.2006.00208.x/full>>. Acesso em 14 set. 2017.

ARRUDA, Thais Nunes de. **Juízes & Casos difíceis**: o pragmatismo de Richard Posner e a crítica de Ronald Dworkin. Curitiba: Juruá, 2014.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. (1. ed. 2011) 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BANCO MUNDIAL. **Visão geral: mente, sociedade e comportamento**. Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 2015. Washington: Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento/Grupo do Banco Mundial, 2015. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/Publications/WDR/WDR%202015/Overview-Portuguese.pdf>>. Acesso em 28 set. 2018.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da Justiça: alguns mitos. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. 8. série, São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROS, Gustavo. **Racionalidade e organizações**: um estudo do comportamento econômico na obra de Herbert Simon. Pref. Ana Maria Bianchi. São Paulo: Ed. do Autor, 2016. Disponível em: <<https://gustavo.barros.nom.br/publicacoes/racionalidade-e-organizacoes/>>. Acesso em 14 set. 2017.

BARROS, Sérgio Resende. O nó górdio do sistema misto. *In*: TAVARES, André Ramos; ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental**: análises à luz da Lei nº 9.882-99. São Paulo: Atlas, 2001, pp. 128-149.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil Contemporâneo. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, pp. 03-42, out./dez. 2009.

_____. **A judicialização da vida**: e o papel do Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

_____. **Um outro país**: transformações no Direito, na Ética e na Agenda do Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BERNARDI, Bruno Boti. O conceito de dependência da trajetória (*path dependence*): definições e controvérsias teóricas. **Perspectivas**, São Paulo, v. 41, pp. 137-167, jan./jun. 2012.

BEVAN, Gwin; FASOLO, Barbara. Models of governance of public services: empirical and behavioral analysis of econs and humans. *In*: OLIVER, Adam. **Behavioural Public Policy**, New York: Cambridge University Press, pp. 38-62.

BRANDT, Cristina Thedim. A criação de Municípios após a Constituição de 1988: o impacto sobre a repartição do FMP e a Emenda Constitucional nº 15, de 1996. **Brasília**, ano 47, n. 187, pp. 59-75, jul./set. 2010.

BOWLES, Samuel; BOYD, Robert; FEHR, Ernst; GINTIS, Herbert. Behavioural science: *homo reciprocans*. **Nature**, United Kingdom, v. 415, n. 6868, pp. 125-128, jan. 2002.

BRITTO, Carlos Ayres. **O humanismo como categoria constitucional**. (1. ed. 2007) 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BUCHANAN JR., James McGill (1919-2013). **The limits of liberty: Between Anarchy and Leviathan**. (1. ed. 1975) The Collected Works of James M. Buchanan. v. 7. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.

BURKE, Maureen. La maestra artesana. Gente del mundo de la Economía. **Finanzas & Desarrollo**, v. 48, n. 3, pp. 02-05, set. 2011. Publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Argumentação Contra Legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. **Teoria do Direito e decisão racional: temas de Teoria da Argumentação Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALABRESI, Guido. **The costs of accidents: a legal and economic analysis**. New Haven and London: Yale University Press, 1970.

CALAMANDREI, Piero (1889-1956). **Eles, os juízes, vistos por um advogado** (1. ed. 1985. Trad. 4. ed. Elogio dei Giudici, publicada em 1959). Trad. Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A revisão das funções da constituição e os desafios da *governance*. *In*: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; MONIZ, Helena; FIDALGO, Sónia (Orgs.). **Direito penal: fundamentos dogmáticos e políticos-criminais**. Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld. Coimbra: Editora Coimbra, 2013, pp. 1347-1465.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 36, n. 192, pp. 397-415, fev. 2011. Versão RT-Online.

CAPPELLETTI, Mauro (1927-2004); GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Original publicado em inglês em 1978. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Fernando Henrique. **O improvável presidente do Brasil: recordações**, com Brian Winter. Original publicado em inglês em 2006. Trad. Clóvis Marques. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CARLOS, Jhonatan Samuel Peña. Neurociencia y derecho: la decisión emocional del juez en el proceso judicial. **Cuadernos Jurídicos Ius et Tribunalis**, Perú, año 2, n. 2, pp. 61-74, enero-diciembre 2016.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Felipe Reinoso *et al.* **Music Influences Hedonic and Taste Ratings in Beer**. 2016. Publicado na página da Internet da US National Library of Medicine National Institutes of Health. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4858754/>>. Acesso em 26 set. 2017.

CASCAES, Amanda Celli. Análise econômica do contrato incompleto. **Revista Jurídica Luso-Brasileira – RJLB**, Lisboa, ano 3, n. 01, pp. 163-196, 2017. Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0163_0196.pdf>. Acesso em 26 set. 2018.

CERQUEIRA, Kleber Chagas. Dependência da trajetória e mudança institucional nos processos de desenvolvimento. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 19, pp. 253-275, jan./abr. 2016.

COASE, Ronald Harry (1910-2013). The nature of the firm. **Economica**, Oxford, v. 4, issue 16, pp. 386-405, nov. 1937.

_____. The problem of social cost. **The Journal of Law & Economics**, Chicago, v. III, pp. 01-44, out. 1960. Disponível em: <<https://www.law.uchicago.edu/files/file/coase-problem.pdf>>. Acesso 23 jun. 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: obrigações e responsabilidade civil**. v. 2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONCEIÇÃO, Octávio Augusto Camargo. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista? **Revista Análise Econômica**, Porto Alegre, ano 19, n. 36, pp. 25-45, set. 2001.

_____. Instituições, crescimento e mudança na ótica institucionalista. **Teses FEE**, Porto Alegre, n. 01, 2002. Disponível em: <http://cdn.fee.tche.br/teses/teses_fee_01.pdf>. Acesso em 27 set. 2018.

_____. Thorstein Veblen: nota introdutória. **OIKOS**, Rio de Janeiro, n. 8, ano VI, pp. 181-187, 2007.

_____. Além da transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os Evolucionários e Pós-Keynesianos. **Economia**, Brasília, v. 7, n. 3, pp. 621-642, set./dez. 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2012.

_____. **Justiça em números 2016:** ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016.

_____. **Justiça em números 2017:** ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. (1. ed. 1992) 6. ed. New York: Addison Wesley, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa in agendo**. (1. ed. 2005) 3. ed. Aum. e atual. à luz do Código de Processo civil de 2013. Coimbra: Almedina, 2014.

COSGEL, Metin M. Consumption institutions. **Review of Social Economy**, United Kingdom, v. 55, n. 2, pp. 153-171, 1997. Disponível em: <https://econpapers.repec.org/article/tafrsocec/v_3a55_3ay_3a1997_3ai_3a2_3ap_3a153171.htm>. Acesso em 27 set. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério:** proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

CRISTOFANI, Cláudia Cristina. **Aspectos econômicos da precisão da decisão judicial**. 2015. 215 f. Dissertação (Mestrado Acadêmico Ciências Jurídico-Econômicas) – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2015.

CRUZ, Luiz Antônio Ribeiro da. Acesso à Justiça e risco moral: estudo de caso. **Revista CEJ**, Brasília, ano XVI, n. 56, pp. 06-14, jan./abr. 2012.

CUSINATO, Rafael Tiecher; PORTO JÚNIOR, Sabino. **A teoria da decisão sob incerteza e a hipótese da utilidade esperada**. 2017. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/fce/wpcontent/uploads/2017/02/TD11_2004_cusinato_portojr.pdf>. Acesso em 07 mai. 2018.

DA MATTA, Roberto. **O que faz o brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

_____. **Carnavais, malandros e heróis**. (1. ed. 1978) 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DA ROS, Luciano. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Newsletter da Universidade Federal do Paraná**, v. 2, n. 9, pp. 01-15, jul. 2015. Disponível em: <<http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.9.pdf>>. Acesso em 17 jun. 2017.

DAKOLIAS, Maria. BANCO MUNDIAL. Documento Técnico nº 319 do Banco Mundial. **O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe:** Elementos para Reforma. 1996. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em 12 jun. 2017.

DAMÁSIO, António Rosa. **O erro de Descartes:** emoção, razão e o cérebro humano. Original publicado em inglês em 1994. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

_____. **Em busca de Espinosa:** prazer e dor na ciência dos sentimentos. Original publicado em inglês em 2003. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **E o cérebro criou o Homem.** Original publicado em inglês em 2009. Trad. Laura Teixeira Motta. 2. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **O erro de Descartes:** emoção, razão e o cérebro humano. Original publicado em inglês em 1994. (1 ed. 1996) Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

_____. **O mistério da consciência:** do corpo e das emoções ao conhecimento de si. Original publicado em inglês em 1999. Trad. Laura Teixeira Motta. Ver. Téc. Luiz Henrique Martins Castro. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the national Academy of Sciences of the United States of America**, Washington, v. 108, n. 17, pp. 6899-6892, 2011.

DAVID, Paul Allan. Why are institutions the “carriers of History”? path dependence and the evolution of conventions, organizations and institutions. **Structural Change and Economic Dynamics**, Oxford, v. 5, n. 2, pp. 205-220, 1994.

DAVID, René (1906-1990). **Os grandes sistemas do direito contemporâneo.** Original publicado em francês em 1964. Trad. Hermínio A. Carvalho. (1. ed. 1986) 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DAVIDSON, Paul. Uncertainty in economics. *In*: DOW, Sheila; HILLARD, John (eds.) **Keynes, knowledge and uncertainty** (Post-Keynesian Economics Study Group). Aldershot, Hampshire: Edward Elgar Pub., pp. 107-116, 1995.

DAVIS, John Bryan. **The theory of the individual in Economics:** identity and value. New York: Routledge, 2003.

DEMO, Pedro. **Autoridade do argumento:** interfaces da cidadania e da epistemologia. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.

DIAMOND, Jared. **Colapso:** como as sociedades escolhem o sucesso ou o fracasso. Original publicado em inglês em 2005. Trad. Alexandre Raposo. Rev. Téc. Waldeck Dié Maia. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

DIDIER, Fredie Jr; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil:** teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. v. 2. 12. ed. Rev., ampl. e atual., Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

DIAS, Maria Cristina Longo Cardoso. As diferenças entre os conceitos de moral no utilitarismo de Bentham e John Stuart Mill: a moralidade como derivada das respectivas noções de natureza humana. **Princípios, Revista de Filosofia**, Natal, v. 19, n. 32, pp. 483-506, jul./dez. 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Nova era do Processo Civil**. (1. ed. 2003) 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

DIZ, Nelson Nascimento. Precatórios: o calote do Executivo, a cumplicidade do Legislativo e a visão formalista do Judiciário. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, Editorial, out./dez. 2009.

ELY, Débora. Com quase 3 milhões de processos, Judiciário gaúcho tem média de um caso para cada quatro habitantes. **Zero Hora**, Porto Alegre, jun. 2017. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br>>. Acesso em 20 jun. 2017.

FALCÃO, Joaquim. O Supremo contra-ataca. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze Supremos: o Supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV RIO, 2017, pp. 36-37.

FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck. Onze Supremos: todos contra o Plenário. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV RIO, 2017, pp. 21-28.

FENOLL, Jordi Nieva. Proceso judicial y neurociencia: una revisión conceptual del derecho procesal. In: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 170-184.

FERNANDES, Antônio Sérgio Araújo. *Path dependency* e os estudos históricos comparados. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB**, São Paulo, n. 53, pp.79-102, 1. semestre de 2002.

FERNANDEZ, Atahualpa; FERNANDEZ, Marly. **Neuroética, direito e neurociência**. Curitiba: Juruá, 2008.

FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à Justiça: uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação**. (1. ed. 1987) 9. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FREIRE, Paula Vaz. O comportamento económico e o imperialismo da Economia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Lisboa, v. XLIII, n. 01, pp. 417-428, 2002.

_____. A análise económica do Direito e a crise. **Revista de Direito Público: Instituto de Direito Público**, Lisboa, ano 6, n. 12, pp. 147-155, jul./dez. 2014.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. (1. ed. 1995) 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 40, n. 130, pp. 223-244, jun.2013.

GALICIA, René Molina. Neurociencia, neuroética, derecho y proceso. *In*: TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 43-82.

GARCIA, Humberto Martínez. John Forbes Nash, Jr. (1928-2015). **Economia Informa**, México, n. 397, pp. 139-145, mar./abr. 2016.

GARDNER, Howard *et al.* **Inteligências múltiplas ao redor do mundo**. Original publicado em inglês em 2009. Trad. Roberto Cataldo Costa e Ronaldo Cataldo Costa. Rev. Téc. de Rogério de Castro Oliveira. Porto Alegre: Artmed, 2010.

GAROUPA, Nuno. **O governo da justiça**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.

_____. A justiça enquanto função do Estado. **Relações Internacionais**, A Reforma do Estado, Lisboa, n. 37, pp. 15-21, mar. 2013.

GAWSKI, Martín Barcellos. **Ancoragem da tomada de decisão judicial: heurísticas, vieses e o processo decisório do juiz**. 2018. 144 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2018.

GICO JR., Ivo Teixeira. **A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. 2012. 146 f. Tese (Doutorado em Economia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

_____. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, pp. 435-463, jul./dez. 2013.

GIGERENZER, Gerd; BRIGHTON, Henry. *Homo heuristicus: Why Biased Minds Make Better Inferences*. **Topics in Cognitive Science**, New York, v. 1, n. 1, pp. 107-143, jan. 2009.

GIGERENZER, Gerd; ENGEL, Christoph (Eds.). **Heuristics and the Law**. Cambridge, MA: The MIT Press in cooperation with Dahlem University Press, 2006.

GLÖCKNER, Andreas. The irrational hungry judge effect revisited: simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated. **Judgment and decision making**, Pennsylvania, v. 11, n. 6, pp. 601-610, nov. 2016.

GOLEMAN, Daniel. **Inteligência emocional: a teoria revolucionária que redefine o que é ser inteligente**. Original publicado em inglês em 1995. Trad. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

_____. **O cérebro e a inteligência emocional: novas perspectivas**. Original publicado em inglês em 2011. Trad. Carlos Leite da Silva. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016.

GOMES, João Salis. Governança, políticas públicas e direito: uma perspectiva integrada de avaliação. **Revista de Administração e Emprego Público**, Lisboa, n. 3, pp. 111-131, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

_____. **Por que tenho medo dos juízes?** A interpretação e aplicação do direito e os princípios. (1. ed. 2002) 7. ed. Refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, pp. 07-28, out./dez. 2007.

_____. Execução: entraves e propostas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. XII, pp. 399-445, 2013. Texto revisto da palestra proferida em 07 de outubro de 2013 no curso de aperfeiçoamento de juízes da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

GROSSI, Paolo. **O direito entre o poder e o ordenamento**. Os ensaios foram publicados originalmente em italiano. Trad. Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Trad. Edson Bini. Apres. Heleno Taveira Tôres. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GUERRA, Sandra. **A caixa-preta da governança**. Rio de Janeiro: Best Business, 2017.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade, regulação e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Pref. Tércio Sampaio Ferra Junior. 4. ed.. Rev. e atualiz. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

HADIT, Jonathan. The emotional dog and its rational tail: a social intuitionist approach to moral judgment. **Psychological Review**, Charlottesville, v. 108, n. 4, pp. 814-834, 2001. Versão utilizada com a seguinte numeração: pp. 01-35.

_____. The emotional dog does learn new tricks: a reply to Pizzaro e Bloom (2003). **Psychological Review**, New Haven, v. 110, n. 01, pp. 197-198, 2003.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. Original publicado em inglês em 2015. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HARDIN, Garret James (1915-2013). The Tragedy of the Commons. **Science**, Pennsylvania, n. 162 (3859), pp. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <<http://science.sciencemag.org>>. Acesso em 08 out. 2017.

HARRIS, Sam. **A paisagem moral**: como a ciência pode determinar os valores humanos. Original publicado em inglês em 2010. Trad. Claudio Angelo. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

HODGSON, Geoffrey Martin. The approach of institutional economics. **Journal of Economic Literature**, New Haven, v. XXXVI, pp. 166-192, mar.1998.

_____. Toward an evolutionary and moral science: remarks on receiving the Veblen-Commons award. **Journal of Economic Issues**, Arkansas, pp. 01-13, jan. 2012.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. (1. ed. 2003) 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

JACKSON, Lord Rupert. **Review of civil litigation costs**. Disponível em: <<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/.../Reports/jackson-final-report-140110.pdf>>. Acesso em 20 jul. 2017.

JAMES, William (1842-1910). **The principles of Pshychology**, Adelaide, v. I, 1890, Digital Library. Disponível em: <<https://ebooks.adelaide.edu.au/j/james/william/principles/>>. Acesso em 18 set. 2018.

JOBIM, Marco Félix. **O direito à duração razoável do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual**. (1. ed. 2011) 2. ed. Rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Original publicado em inglês em 2011. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (1937-1996). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econométrica**, New York, v. 47, n. 2, pp. 263-292, mar. 1979.

KAPLOW, Louis. The value of accuracy in adjudication: an economic analysis. **The Journal of Legal Studies**, Chicago, v. 23, n. 1, pp. 307-401, jan. 1994.

KOROBKIN, Russel; ULEN, Thomas. **Pathologies of Rational Choice Theory: a critique of applications in Political Science**. New Haven: Yale Press University, 1994.

_____. Law and Behavioral Science: removing the rationality assumption from Law and Economics. **California Law Review**, Berkeley, v. 88, issue 4, article 1, pp. 1051-1144, 2000.

KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ, Carine. Introduction to a cognitive methodology in economics. In: KRECKÉ, Elisabeth; KRECKÉ Carine, KOPPL, Roger G. (Eds.). **Cognition and Economics**. Amsterdam, Oxford: Elsevier, 2007, Capítulo n. 1, pp. 01-27.

KUHN, Thomas Samuel (1922-1996). **A estrutura das revoluções científicas**. Original publicado em inglês em 1962. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. Rev. Alice Kyoto Miyashiro. 5. ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 1998.

LEAL, Fernando. Todos os casos jurídicos são difíceis? Sobre as relações entre efetividade, estabilidade e teorias da decisão constitucional. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 16, pp. 87-116, out./dez. 2009.

LOPES, Felipe de Mendonça. Television and judicial behavior: lessons from the Brazilian Supreme Court. **Economic Analysis Law Review - EALR**, Brasília, v. 9, n. 01, pp. 41-71,

jan./abr. 2018.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Tutela do contraditório no novo Código de Processo Civil: vedação à decisão-surpresa; requisito para extensão dos limites objetivos da coisa julgada; identificação das decisões imotivadas. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 01, n. 01, pp. 164-192, jan./jun. 2016.

LUHMANN, Niklas (1927-1998). **Legitimação pelo procedimento**. Original publicado em alemão em 1969. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUZ, Manuel Ramon Souza; FRACALANZA, Paulo Sérgio. A gênese do indivíduo e o indivíduo da gênese: uma abordagem multidisciplinar acerca do papel da ideologia cristã nas origens do homem (econômico). **EconomiA**, Brasília, v. 14, n. 1, pp. 189-210, jan./abr. 2013.

MACÊDO, Lucas Buriel. **Precedentes judiciais e o direito processual civil**. Bahia: Editora Juspodivm, 2015.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. Original publicado em francês em 2008. Trad. Rachel Sztajn. (1. ed. 2014) 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas (1. ed. 2012) 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MANKIW, Nicholas Gregory. **Introdução à Economia**. Original publicado em inglês em 2012. 3. reimp. 3. ed. brasileira de 2013. Trad. 6. ed. norte-americana Allan Vidigal Hastings e Elisete Paes e Lima. Rev. Téc. Manuel José Nunes Pinto. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MANUELLI, Rodolfo E.; SESHADRI, Ananth. Human capital and the wealth of nations. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 104, n. 9, pp. 2736-2762, 2014.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. **Análise econômica do acesso à Justiça**: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico. Rio de Janeiro: Federal Editora Lumen Juris, 2016.

MARCH, James Gardner; SIMON, Herbert Alexander (1916-2001). **Teoria das organizações**. Colaboração Harold Guetzkow. Trad. Hugo Wahrlich. 2. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.

MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro (relatório brasileiro apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual Civil, promovido pela Universidade Tor Vergata em Roma). **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná – UFPR**, 2002. Disponível em: <revistas.ufpr.br/direito/article/download/1770/1467>. Acesso em 20 jul. 2017

_____. Aproximação crítica entre as jurisdições de *Civil Law* e *Common Law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 172, pp. 175-232, jun. 2009. Versão RT-Online.

_____. **Precedentes obrigatórios.** (1. ed. 2010) 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **A ética dos precedentes:** justificativa do novo CPC. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHARDT, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil.** v. II. (1. ed. 2015) 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. Original publicado em inglês em 2008. Trad. Jefferson Luiz Camargo. Rev. Téc. Márcio Manoel Maidame. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law tradition:** an introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America. California, Stanford: Stanford University Press, 1969.

MILMAN, Fabio. **Improbidade processual:** comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MIRAGEM, Bruno Nubens Barbosa. **Direito Administrativo aplicado:** a nova administração pública e o direito administrativo. (1. ed. 2011) 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 206/2012, pp. 61-78, abr. 2012. Versão RT-Online.

_____. **Precedentes:** da persuasão à vinculação. (1. ed. 2016) 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Cortes superiores e cortes supremas.** (1. ed. 2013) 3. ed. Rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MORGAN, Mary Susanna. The character of “rational Economic Man”. **Economic History working papers**, London, n. 34/96, 1996. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/22412/1/34_96.pdf>. Acesso em 05 out. 2018.

_____. Economic man as model man: ideal types, idealization and caricatures. **Journal of the History of Economic Thought**, Cambridge, v. 28, n. 01, pp. 01-27, mar. 2006.

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, ano 3, n. 2, pp. 9-30, 2002.

NG, Gar Yein. A discipline of judicial governance? **Utrecht Law Review**, Budapest, v. 7, n. 1, pp. 102-116, 2011.

NORTH, Douglas Cecil. **Institutions, institutional change and economic performance.** Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. Institutions, **The Journal of Economic Perspectives**, Nashville, v. 5, n. 1, pp. 97-112, 1991.

NORTH, Douglas Cecil (1920-2015); WALLIS, John Joseph; WEINGAST, Barry Robert. **Violence and social orders: a conceptual framework for interpreting recorded human History**. New York: Cambridge University Press, 2009.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Eficiência processual: algumas questões. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 169, ano 34, pp. 116-140, mar. 2009.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

OLIVEIRA, Celso Marcelo. Moderno Direito Processual Civil do Brasil e Portugal. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 4, n. 151. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/903/moderno-direito-processual-civil-brasil-portugal>>. Acesso em 22 out. 2018.

ORTIZ, Luis Cláudio Villani; LIRA, Cláudio Rogério Sousa; MACHADO, Filipe Molinar. Os institutos jurídicos e os custos de transação: uma abordagem da análise econômica do direito. **Revista Direito e Informação FW**, Frederico Westphalen, v. 2, n. 2, pp. 27-45, jul. 2014.

OSTROM, Elinor (1933-2012). Beyond markets and states: polycentric governance of complex economic systems, Nobel Prize lecture, **Workshop in Political Theory and Policy Analysis from Indiana University**, Arizona: Bloomington, IN 47408, and Center for the Study of Institutional Diversity, Arizona State University, dez. 2009, pp. 408-444. Disponível em: <https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2009/ostrom_lecture.pdf>. Acesso em 11 out. 2017.

PARDO, Michael S.; PATTERSON, Dennis. **Minds, brains, and law: the conceptual foundations of law and neuroscience**. New York: Oxford University Press, 2013.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PERELMAN, Chaïm (1912-1984). **Lógica jurídica: nova retórica**. Original publicado em francês em 1979. (1. ed. brasileira 1998) 2. ed. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PIAIA, Thami Covatti. **Path dependence: as assimétricas trajetórias da institucionalização da inovação tecnológica no Brasil e nos Estados Unidos**. 2013. 261 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2013.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e processo**. Org. e rev. téc. trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução.** Coimbra: Coimbra Editores, 1989.

PIERSON, Paul. Retornos crescentes, dependência da trajetória (*path dependence*) e o estudo da política. Original publicado em inglês em 2000. Trad. Paula Regina de Jesus Pinsetta Pavarina. Rev. Camila De Mario. **Idéias**, Revista do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas, v. 6, n. 2, pp. 335-392, jul./dez. 2015.

PILATI, José Isaac. Lições da *iurisdictio* romana para os dias atuais: fundamentos de uma teoria para os conflitos complexos. **Interpretatio Prudentium: direito romano e tradição romanista em revista**, Lisboa, ano 1, n. 2, pp. 169-176, 2016.

PISANI, Andrea Proto. **Lezioni di diritto processuale civile.** Napoli: Jovene, 1999.

PIZZARO, David A.; BLOOM, Paul. The intelligence of the moral intuitions: comment on Haidt (2001). **Psychological Review**, New Haven, v. 110, n. 01, pp. 193-196, 2003.

PONDÉ, João Luiz. Racionalidade, incomensurabilidade e história: um diálogo entre as obras de Herbert Simon e Thomas Kuhn. **Nova Economia**, Belo Horizonte, v. 27, n. 3, pp.443-476, 2017. Disponível em: <<https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/2836/2173>>. Acesso em 28 set. 2018.

POSNER, Richard Allen. **Economic Analysis of Law.** (1. ed. 1973) 7. ed. New York: Aspen Publishers, 2007.

_____. **How judges think?** Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

_____. **A problemática da teoria moral e jurídica.** Original publicado em inglês em 1999. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law brasileira: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RAMOS, Pedro. **A máfia das próteses: uma ameaça à saúde.** São Paulo: Évora, 2016.

RÁO, Vicente (1892-1978). **O direito e a vida dos direitos.** (1. ed. 1952) 5. ed. Anot. e atual. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel (1910-2006). **Lições preliminares de Direito.** (1. ed. 1973) 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIGHI, Ivan. Eficácia probatória do comportamento das partes. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**, Curitiba, v. 20, n. 0, pp. 01-09, 1981.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV Editora, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROSE, Carol M. The comedy of the commons: commerce, custom, and inherently public property. **The University of Chicago**, Chicago, v. 53, n. 3, pp. 711-781, 1986.

ROSSI, Júlio César. O precedente à brasileira: súmula vinculante e o incidente de resolução de demandas repetitivas. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, ano 37, v. 208, pp. 203-240, jun./2012.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, Campinas, v. X, n. 1, pp. 01-62, mai. 2004.

SANTOLIM, Cesar. *Behavioral Law & Economics* e a teoria dos contratos. **Revista Jurídica Luso-Brasileira - RJLB**, Lisboa, ano 01, n. 03, pp. 407-430, 2015. Disponível em <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/3/2015_03_0407_0430.pdf>. Acesso em 14 set. 2017.

SANTOS FILHO, Hermílio Pereira dos; TIMM, Luciano Benetti (Coord.). **Demandas judiciais e a morosidade da justiça civil**: relatório final ajustado. Edital do Conselho Nacional de Justiça nº 01/2009. Porto Alegre: PUC/RS, 2011.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Administração da Justiça entre processos repetitivos e processos coletivos. *In*: I Congresso Brasileiro de Administração Pública e Processo, 1, 2016, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre: Edipucrs, 2016. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2017/01/13/administracao-da-justica-entre-processos-repetitivos-e-processos-coletivos/>>. Acesso em 21 set. 2018.

_____. **Ethos e comportamento processual como prova no Processo Civil**. 2017. Disponível em: <<http://www.eduardoscarparo.com.br/2017/10/11/ethos-e-comportamento-processual-come-prova-no-processo-civil/>>. Acesso em 26 set. 2018.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. (1. ed. 2007) 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 248, pp. 130-157, 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41531/40881>>. Acesso em 26 set. 2018.

SEN, Amartya. **A ideia de justiça**. Original publicado em inglês em 2009. Trad. Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. 4. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SENT, Esther-Mirjam. Game theorists versus Herbert Simon: playing games with bounded rationality. **Journal of Economic Behavior & Organization**, Holanda, v. 44, pp. 120-143, jan. 2001.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da (1929-2009). **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Sentença e coisa julgada**: ensaios e pareceres. (1. ed. 1979) 4. ed. Rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Processo e ideologia:** o paradigma racionalista. (1. ed. 2004) 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Vagner Luís da. Fundamentos do institucionalismo na teoria social de Thorstein Veblen. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 9, n. 17, pp. 289-323, out. 2010.

SIMON, Herbert Alexander (1916-2001). **Administrative behavior:** a study of decision-making processes in administrative organization. 1. ed. New York: The Macmillan Company, 1947.

_____. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 69, n. 1, pp. 99-118, fev. 1955.

_____. **Comportamento administrativo:** estudo dos processos decisórios nas organizações administrativas. Original publicado em inglês em 1947. Trad. Aluizio Loureiro Pinto. 2. ed. rev. (1970). 2. tiragem. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1971.

_____. From substantive rationality to procedural rationality. *In:* HAHN, F.; HOLLS, M. (Eds.). **Philosophy and Economic Theory**. Oxford: Oxford University Press, 1976, pp. 65-86.

_____. A racionalidade do processo decisório em empresas. **Edições Multiplic**, v. 1, n. 1, pp. 25-60, 1980. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000247&pid=S0101-4161200700040000800030&lng=pt>. Acesso em 10 jul. 2018.

SKYRMS, Brian. **The stag hunt and the evolution of social structure**. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

SMITH, Adam (1723-1790). **Teoria dos sentimentos morais**. Original publicado em inglês em 1759. Trad. Lya Luft. Rev. Eunice Ostrensky. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015. Livro digital do Kindle.

SOARES, Cláudia Dias. A relevância da estrutura institucional nas reformas do Estado. *In:* CORDEIRO, António Menezes, LEITÃO, Luís Menezes; GOMES, Januário da Costa (Orgs). **Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos**. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 271-289.

SOCIAL INSTITUTIONS. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, Center for the Study of Language and Information (CSLI), Stanford University, 2016. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/entries/social-institutions/>>. Acesso em 20 out. 2018.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Segurança jurídica e jurisprudência:** um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira:** ou como o país se deixa manipular pela elite. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, LeYa, 2015.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis no Direito? *In:* STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Org.). **Novas**

fronteiras da teoria do direito: da filosofia moral à psicologia experimental. Rio de Janeiro: POD/Editora PUC/Rio, 2014, Capítulo VII.

SUNSTEIN, Cass Robert. Preferências e política. Original publicado em inglês em 1991. Trad. Plínio Dentzien. **Revista Brasileira de Ciência Política**, Brasília, n. 1, pp. 219-254, jan./jun. 2009.

SUNSTEIN, Cass Robert; SCHKADE, David; ELMANN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. **Are judges political?** An empirical analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus:** ensaio sobre a função antropológica do Direito. Original publicado em francês em 2005. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para a melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 70, pp. 177-196, jan./jun. 2017.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. **Civilistica.com – Revista Eletrônica de Direito Civil**, Rio de Janeiro, ano 3, n. 2, pp. 01-15, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 20 jun. 2017.

_____. *Proceso y neurociencia: aspectos generales*. Tradução de Jordi Nieva Fenoll. *In: Neurociencia y proceso judicial*, TARUFFO, Michele; FENOLL, Jordi Nieva (dirs.), Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 15-24.

TARUFFO, Michele; FENOL, Jordi Nieva (dirs.). **Neurociencia y proceso judicial**. Madrid: Marcial Pons, 2013.

THAGARD, Paul. **Mind:** introduction to cognitive science. (1. ed. publicada pela Bradford Books, 1996) 2. ed. Cambridge: MIT Press, 2005.

THALER, Richard H. From *homo economicus* to *Homo sapiens*. **Journal of Economic Perspectives**, New Haven, v. 14, n. 1, pp. 133-141, 2000.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass Robert. **Nudge:** improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. **Artigos e ensaios de Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TODD, Peter M.; GIGERENZER, Gerd. Précis of simple heuristics that makes us smart. **Behavioral and brain sciences**, Cambridge, n. 23, pp. 727-780, 2000. Disponível em: <<https://www.mpib-berlin.mpg.de/sites/default/files/media/pdf/37/toddgigerenzer2000bbs.pdf>>. Acesso em 18 set. 2017.

TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório: a proibição de *venire contra factum proprium*** no direito processual civil brasileiro. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

UZELAC, Alan. Reformando o processo civil mediterrâneo: existe necessidade de terapia de choque? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 11, v. 18, n. 01, pp. 02-41, jan./abr. 2017.

VARGAS, Daniel. Crise constitucional brasileira? A desarmonia entre os poderes. *In*: FALCÃO, Joaquim; ARGUELLES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe. **Onze supremos: o supremo em 2016**. Belo Horizonte: Letramento, Casa do Direito, Supra, Jota, FGV RIO, 2017, pp. 130-133.

VEBLEN, Thorstein Bunde (1857-1929). Why is Economics not an evolutionary science? **The Quarterly Journal of Economics**, Oxford, v. 12, 1898. Disponível em: <http://elegant-technology.com/resource/ECO_SCI.PDF>. Acesso em 16 abr. 2018.

_____. **A teoria da classe ociosa: um estudo econômico das instituições**. Original publicado em inglês em 1899. Trad. Olívia Krähenbühl. Apres. Maria Hermínia Tavares de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

_____. **The instinct of workmanship and the state of the industrial arts**. Original publicado em 1914. New York: The Macmillan Company, 1989.

_____. **The place of Science in modern civilization**. New York: B. W. Huebsch, 1919.

VERMEULE, Adrian. **Judging under Uncertainty**. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

VERONESE, Alexandre. Projetos judiciais de acesso à justiça: entre assistência social e serviços legais. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, pp. 13-34, jan./jun. 2007.

VIANA, Ulisses Schwarz. **Direito e justiça em Niklas Luhmann: complexidade e contingência no sistema jurídico**. Prefácio de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2015.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de Carvalho; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **Corpo e alma da magistratura brasileira**. (1. ed. 1997) 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VON MISES, Ludwig (1881-1973). **Human action: a treatise on Economics**. New Haven: Yale University Press, 1949. Disponível em: <https://mises.org/sites/default/files/Human%20Action_3.pdf>. Acesso em 08 out. 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *Civil Law e Common Law*. **Revista de Processo – REPRO**, São Paulo, v. 172, pp. 121-174, jun.2009.

_____. Doutrinas essenciais de processo civil. **Revista de Processo – REPRO**, São

Paulo, v. 9, pp. 1149-1200, out.2011. Versão RT-Online.

WANG, Xiao-tian. Introduction: bounded rationality of economic man: new frontiers in evolutionary Psychology and Bioeconomics. **Journal of Bioeconomics**, New York, v. 3, n. 2-3, pp. 83-89, mai. 2001.

WEBER, Max (1864-1920). **Metodologia das Ciências Sociais**. Original publicado em alemão em 1949. (1. ed. 1973). 5. ed. Trad. Augustin Wernet, São Paulo: Cortez; Campinas: Editora da Unicamp, 2016.

WIEDEMANN NETO, Ney. O direito à saúde e o Poder Judiciário. Porto Alegre: **O Sul**, 2015. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/2015/07/20/o-direito-a-saude-e-o-poder-judiciario/#>>. Acesso em 19 abr. 2018.

WILLIAMSON, Oliver Eaton. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, a Division of Macmillan, 1985.

_____. Transaction cost economics and organization theory. *In: Organization Theory: from Chester Barnard to the present and beyond*. Ed. Oliver E. Williamson. New York: Oxford University Press, 1995, pp. 207-268.

WOLKART, Erik Navarro. **Mecanismos de objetivação do processo**. 2011. 242 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

WOOLF, Lord Harry. **The Woolf Report: a summary of the main findings and recommendations of the inquiry into prison disturbances**. Disponível em: <www.prisonreformtrust.org.uk/Portals/0/.../Woolf%20report.pdf>. Acesso em 20 jul. 2017.

YEUNG, Luciana Luk-Tai. Decifrando o Fórum de João Mendes: o que os números nos dizem? **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, São Paulo, v. 4, n. 3, pp. 10-22, out. 2017.

ZAFRILLA, Pedro Jesús Pérez. Implicaciones normativas de la psicología moral: Jonathan Haidt y el desconcierto moral. **Revista Internacional de Filosofía**, Valencia, n. 59, pp. 9-25, 2013.

ZANETI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes**. (1. ed. 2014) 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

ZULIAN, Aline. **Indivíduos e comportamento: aspectos cognitivos, institucionais e identidades sociais**. 2015. 102 f. Dissertação (Mestrado em Economia e Desenvolvimento) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.

Legislações

BRASIL. **Constituição do Brasil, 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. **Constituição do Brasil, 18 de setembro de 1946.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. **Constituição do Brasil de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 01, 17 de outubro de 1969.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-9.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. **Constituição do Brasil, 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 23 jun. 2017.

_____. **Lei Complementar Federal nº 35/1979,** que regulamenta a magistratura. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em 23 mai. 2018.

_____. **Lei Complementar Federal nº 101/2000,** que trata da responsabilidade fiscal dos agentes públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm>. Acesso em 23 mai. 2018.

_____. **Lei Complementar Federal nº 135/2010,** que alterou a Lei Complementar Federal nº 64/2010, regulamentando os casos de inelegibilidade. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm>. Acesso em 23 abr. 2018.

_____. **Lei Federal nº 7.492/1986,** que regulamentou os crimes contra o sistema financeiro nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L7492.htm>. Acesso em 23 abr. 2018.

_____. **Lei Federal nº 8.429/1992,** que regulamentou a improbidade administrativa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em 13 mai. 2018.

_____. **Lei Federal nº 9.868/1999,** que regulamenta a ADI e a ADINO. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm>. Acesso em 13 mai. 2018.

_____. **Lei Federal nº 10.522/2002,** em que teve acrescentados os arts. 20-B, 20-C, 20-D e 20-E pela Lei Federal nº 13.606/2018, possibilitando a Fazenda Pública Nacional a realizar bloqueios de bens em processos administrativos sem o devido processo legal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm>. Acesso em 17 out. 2018.

_____. **Lei Federal nº 11.232/2005,** que alterou o CPC/1973 para estabelecer a fase de cumprimento de sentença. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11232.htm>. Acesso em 13 mai. 2018.

_____. **Lei Federal nº 11.417/2006,** que regulamentou o art. 103-A da CRFB/88 e alterou a Lei nº 9.784/1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado

de súmula vinculante pelo STF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111417.htm>. Acesso em 13 mai. 2018.

_____. **Lei Federal nº 11.418/2006**, que acrescentou dispositivos ao CPC/1973 para regulamentar o § 3º do art. 102 da CRFB/88. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11418.htm>. Acesso em 13 mai. 2018.

_____. **Lei Federal nº 11.672/2008**, que acrescentou o art. 543-C ao CPC/1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em 13 mai. 2018.

_____. **Lei Federal nº 13.606/2018**, que acrescentou dispositivos na Lei Federal nº 10.522/2002, dentre outras matérias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13606.htm>. Acesso em 17 out. 2018.

_____. **Lei Federal nº 13.655/2018**, que acrescentou dispositivos à Lei de Introdução das Normas do Direito Brasileiro, Decreto nº 4.657/1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em 13 mai. 2018.

_____. **Lei Estadual nº 9.422/1991**, que dispôs sobre a composição do Sistema Estadual dos Juizados Especiais e de Pequenas Causas Cíveis. Disponível em: <<http://www.al.rs.gov.br/filerepository/repLegis/arquivos/09.442.pdf>>. Acesso em 22 out. 2018.

PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL. **Portaria nº 33/2018**. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028&visao=anotado>>. Acesso em 17 out. 2018.

Decisões

BRASIL. **Súmula Vinculante 01**. Aprovada na Sessão Plenária do STF de 30 mai. 2007.

_____. **Súmula Vinculante 25**. Aprovada na Sessão Plenária do STF de 16 dez. 2009.

_____. **Súmula Vinculante 55**. Aprovada na Sessão Plenária do STF de 17 mar. 2016.

_____. **Súmula Vinculante 56**. Aprovada na Sessão Plenária do STF de 29 jun. 2016.

_____. **Súmula 736**. Aprovada na Sessão Plenária do STF de 26 nov. 2003.

_____. **ADI nº 3.510/DF**, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno do STF, julgada em 29 mai. 2008.

_____. **ADPF nº 132/RJ**, Min. Rel. Carlos Ayres Britto, Tribunal Pleno do STF, julgada em 05 mai. 2011.

_____. **ADPF nº 54/DF**, Min. Rel. Marco Aurélio Mello, Tribunal Pleno do STF, julgada em 12 abr. 2012.

_____. **RE 466.343/SP**, Min. Rel. Cezar Peluso, Tribunal Pleno do STF, julgado em 03 dez. 2008.

_____. **RE com Agravo nº 729.870/RJ**, Min. Rel. Teori Albino Zavascki, julgado em 08 out. 2013.

_____. **RE nº 632.853-RG/CE**, Min. Rel. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno do STF, julgado em 23 abr. 2015.

_____. **RE 841.526/RS**, Min. Rel. Luiz Fux, Tribunal Pleno do STF, julgado o mérito em 30/3/2016, redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa, realizada em 09 dez. 2015.

_____. **HC nº 152.752/PR**, Min. Rel. Edson Fachin, Tribunal Pleno do STF, julgado em 04 abr. 2018.

_____. **RE nº 657.718/MG (Tema nº 500)**, Min. Rel. Marco Aurélio Mello, decisão monocrática de extinção do processo sem julgamento do mérito, julgado em 08 ago. 2018.

_____. **RE nº 566.471/RN (Tema nº 006)**, Min. Rel. Marco Aurélio Mello, sem decisão final até a data da consulta realizada em 16 ago. 2018.

_____. **REsp 1.395.647/SC**, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma do STJ, julgado em 18 nov. 2014.

_____. **AgRg no REsp 1.454.255/PB**, Min. Rel. Nancy Andrichi, 3ª Turma do STJ, julgado em 21 ago. 2014.

_____. **AgInt no REsp nº 1.597.890/SP**, Min. Rel. Moura Ribeiro, 3ª Turma do STJ, julgado em 27 set. 2016.

_____. **AgInt no AREsp nº 1.018.168/SE**, Min. Rel. Antonio Carlos Ferreira, 4ª Turma do STJ, julgado em 04 abr. 2017.

_____. **AgInt no REsp nº 1.558.010/MG**, Min. Rel. Moura Ribeiro, 3ª Turma do STJ, julgado em 06 mar. 2018.

_____. **AREsp nº 1.260.458/SP**. Min. Rel. Marco Aurélio Bellize, decisão monocrática, julgado em 05 abr. 2018.

_____. **REsp nº 1.657.156/RJ (Tema nº 106)**. Min. Rel. Benedito Gonçalves, 1ª Seção do STJ, julgado em 04 mai. 2018.

_____. **REsp nº 1.721.705/SP**, Min. Rel. Nancy Andrighi, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 28 ago. 2018.

_____. **REsp nº 1.383.776/AM**, Min. Rel. Og Fernandes, 2ª Turma do STJ, julgado em 06 set. 2018.

_____. **AREsp nº 1.320.851/RJ**, Min. Rel. Maria Isabel Gallotti, decisão monocrática, julgado em 03 set. 2018.

_____. **REsp nº 1.750.570/RS**, Min. Rel. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma do STJ, julgado em 11 set. 2018.

_____. **Ação Civil Pública nº 5019336-25-2016.4.04.7200/SC**, Des. Rel. Luís Alberto de Azevedo Aurvalle, 4ª Turma do TRF-4, julgado em 25 jul. 2018.

_____. **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 5052713-53.2016.4.04.0000**, Des. Rel. Fernando Quadros da Silva, 3ª Seção do TRF-4, julgado em 26 set. 2018.

_____. **Processo nº 0002705-08.2018.5.04.0000 (CORPAR)**. Des. Corregedor Marçal Henri dos Santos Figueiredo, decisão monocrática, TRT-4, julgado em 03 set. 2018.

_____. **Recurso de Apelação nº 70076037498**. Des. Rel. Elisa Carpim Corrêa, 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 26 abr. 2018.

_____. **Tomada de Contas nº 022.354/2017-4**, Ministro-Substituto André Luís de Carvalho, Plenário do TCU, sessão de 12 set. 2018.

Sítios eletrônicos

PORTAL DA ADAPTIVE BEHAVIOR AND COGNITION (ABC), Max Planck Institute for Human Development. Dados disponíveis: <<https://www.mpib-berlin.mpg.de/en/research/adaptive-behavior-and-cognition>>. Acesso em 26 set. 2017.

PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS FEDERAIS. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade_tramitacao?idProposicao=1594899>. Acesso em 19 set. 2018.

PORTAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/1792018?search=179&provimentos=True>>. Acesso em 16 set. 2018

PORTAL DA WIKIPEDIA. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Trag%C3%A9dia_dos_comuns>. Acesso em 14 nov. 2017.

PORTAL DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/2015-2020>>. Acesso em 01 jul. 2017.

PORTAL DO INSTITUTO D'OR DE PESQUISA E ENSINO. Disponível em: <<http://www.idor.org/membros/jorge-moll-neto-md-phd>>. Acesso em 18 set. 2018.

PORTAL DO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/rs/tunas/panorama>>. Acesso em 16 set. 2018.

PORTAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarTese.asp>>. Acesso em 10 abr. 2018.