



ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO

Benjamin Miranda Tabak
José de Lima Ramos Pereira

Resumo

O presente estudo possui o objetivo de demonstrar ser viável e relevante a incidência da Análise Econômica do Direito ao processo judicial, utilizando-se do método dedutivo ao analisar as posições doutrinárias existentes a partir de premissas gerais no alcance da conclusão, realizando-se uma abordagem da Teoria e da Evolução da Análise Econômica do Direito, delineando a Teoria da Litigância. A contribuição do presente artigo é a de definir e demonstrar a utilidade da aplicação da Economia nos problemas jurídicos, analisando os pressupostos dessa abordagem de forma a explicar a racionalidade dos agentes, a existência do mercado e os custos e os riscos pertinentes e seus aspectos mais recorrentes como a decisão de litigar, a proposição ou aceitação de acordo judicial e a interposição de recurso, além de verificar as implicações no Acesso à Justiça e os custos financeiros do Processo, apresentando soluções para a atenuação desses custos, de forma a verificar o alto custo do processo judicial, a morosidade da justiça e a existência de demandas frívolas.

Palavras-chave

Análise Econômica do Direito. Direito e Economia. Teoria da Litigância. Análise Econômica do Processo. Custos Financeiros do Processo.

ECONOMIC ANALYSIS OF THE PROCESS

Abstract

The objective of this study is to demonstrate the feasibility and relevance of the Economic Analysis of the Right to Judicial Process, using the deductive method when analyzing the existing doctrinal positions based on general assumptions in the scope of the conclusion, Theory and Evolution of Economic Analysis of Law, outlining the Theory of Litigation. The contribution of this article is to define and demonstrate the usefulness of the application of Economics to legal problems, analyzing the assumptions of this approach in order to explain the rationality of the agents, the existence of the market and the relevant costs and risks and their aspects Such as the decision to litigate, the proposition or acceptance of a judicial agreement and the lodging of an appeal, in addition to verifying the implications of the Access to Justice and the financial costs of the Process, presenting solutions for the mitigation of these costs, in order to verify the high Cost of the judicial process, the length of justice and the existence of frivolous lawsuits.

Keywords

Economic Analysis of Law. Law and Economics. Theory of Litigation. Economic Analysis of the Process. Financial Costs of the Process.

1 Introdução

O presente estudo possui o objetivo de demonstrar ser viável e relevante a incidência da Análise Econômica do Direito ao processo judicial, utilizando-se do método dedutivo ao analisar as posições doutrinárias existentes a partir de premissas gerais no alcance da conclusão. O assunto é de enorme importância, pois afeta a própria validade da existência do processo, justificando-o, havendo a intenção de demonstrar que existem processos que sequer deveriam estar tramitando.

Na primeira seção, realiza-se uma abordagem da Teoria e da Evolução da Análise Econômica do Direito (também denominada de *Law and Economics* – LaE – pela doutrina norte-americana), mostrando a sua concepção nos EUA como uma aplicação das correntes do realismo jurídico, onde nos anos 60 eclodiam os movimentos sociais, as disputas políticas, além da preocupação da política externa, quando surgiram escolas de pensamento, dentre as quais, a AED.

Ainda, discute-se a interpretação do Direito pela Economia e as dimensões da AED, positiva e normativa, a primeira, alguns entendendo como uma função prospectiva da Economia na análise de fatos passados e outros como uma proposição vinculada a fatos, e a segunda, na visão de alguns, como objetivo de analisar os fatos sociais com ênfase na ética e na moral, e outros, entendendo-a no mundo dos valores.

Termina delineando a Teoria da Escolha Racional, na qual se presume que a pessoa realiza suas escolhas na forma que lhe seja mais adequada com o melhor meio disponível para atingir aos seus objetivos, demonstrando, assim, o seu caráter empírico.

Na segunda seção, busca-se enfatizar a integração entre Direito e Economia, definindo-os, o Direito como uma ciência autônoma, de caráter normativo, ou como conjunto de as normas jurídicas que vigem em um país, e a Economia como a ciência da escolha racional em que os recursos são escassos e as necessidades humanas, infinitas, de modo a demonstrar a utilidade da aplicação da Economia nos problemas jurídicos apresentados, analisando os pressupostos dessa abordagem de forma a explicar a racionalidade dos agentes, a existência do mercado e os custos e os riscos pertinentes.

Expõe-se, de igual forma, a aplicação da AED em Países do Civil Law que, na visão de Posner, entende ser possível existir, inclusive, indicando que a AED pode trazer muitas contribuições para a evolução do pensamento jurídico no Brasil, sendo necessária apenas que seja dado um enfoque diferente, dando uma atenção maior a valores como, os direitos de propriedade, a garantia de liberdade contratual, a prevenção da corrupção, a independência do Judiciário, e a limitação do poder regulador do Estado na Economia, demonstrando ser compatível a aplicação da AED no Brasil.

Na terceira e última seção, resta tratada a Teoria Econômica da Litigância (também denominada de Teoria Econômica do Processo Judicial), definindo-a e seus aspectos mais recorrentes, como a decisão de litigar, a proposição ou aceitação de acordo judicial e a interposição de recurso, além de verificar as implicações no Acesso à Justiça e os custos financeiros do Processo, tais como, o pagamento de custas, honorários advocatícios, despesas processuais diversas.

A contribuição do presente artigo consiste em lançar uma reflexão sobre as consequências do excesso de processo judicial, tornando a justiça mais demorada e morosa, apresentando algumas soluções para atenuar esses custos, uma vez que o Brasil vive uma busca incessante à Justiça onde tudo está sendo judicializado¹ sem se buscar avaliar o custo do processo. Em tempos de crise, deve-se verificar se o uso do processo tenha se tornado elevado inclusive na solução de conflitos sem muita importância, encontrando-se soluções que possam tornar o processo menos oneroso.

2 A Análise Econômica do Direito

2.1 Teoria e Evolução da Análise Econômica do Direito

Como área emergente do direito, surge a Análise Econômica do Direito (AED) como reação ao jus positivismo que era mais formalista em que o direito resultava de ações da vontade do homem, sendo o seu conteúdo desvinculado da moral ou de outro campo do conhecimento, e, com isso, criava-se um sistema hermético em que as decisões judiciais reproduziam a lógica do direito vigente.

As respostas aos conflitos levados ao Judiciário tinham uma conotação objetiva em que o juiz aplicava a lei ao caso concreto sem uma análise de valor, pois esta teria um caráter subjetivo, e o direito não poderia oferecer essa possibilidade. Em vista disso, surgiu a necessidade de o direito passar a dialogar com outras áreas de conhecimento, dentre elas a Análise Econômica do Direito, aumentando a busca à interdisciplinariedade, aproximando o direito à realidade social em que estava inserido, principalmente nos Estados Unidos da América (GIGO JÚNIOR, 2014).

Aliás, nos Estados Unidos da América, nos anos 60, havia muitos movimentos sociais, disputas políticas e um histórico de decepção política externa, onde tudo trazia a uma mudança de inserção da *Common Law* aos padrões econômicos como uma solução. A Análise Econômica de Direito aparece como uma escola liberal em que os enunciados vislumbram um direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades em um modelo econômico (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010).

A partir de então, com a fragilidade da ciência do Direito como disciplina autônoma, passou o operador do direito a ter uma necessidade de ampliar o leque de opções em outras ciências, dentre as quais a Economia, é tanto assim que Posner

¹ Luiza de Carvalho Fariello relata que: "Com o objetivo de proporcionar dados confiáveis para aprimorar o planejamento da Justiça, bem como dar transparência perante a população, em 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF) publicou o primeiro Relatório Justiça em Números, com base em números de 2003. A pesquisa, assumida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano seguinte, tornou-se o principal instrumento de gestão do Poder Judiciário, apontando no último relatório, referente ao ano de 2013, o total de 95,1 milhões de processos em tramitação na Justiça brasileira. De acordo com projeções feitas pelo CNJ, esse número pode alcançar a marca de 114,5 milhões em 2020". In: Portal do CNJ.

empregou a Teoria Econômica para analisar os ramos do Direito como Família, Propriedade, Contratos, Reparação de Ilícitos Cíveis, Penal e Constitucional, dentre outros (GONÇALVES E STELZER, 2005).

A Análise Econômica do Direito busca a resposta de perguntas essenciais, tais como, quais são os efeitos das regras jurídicas sobre as decisões dos agentes? Esses critérios são socialmente desejáveis? Como elaborar e criar leis e instituições que gerem os incentivos certos aos agentes econômicos?

TABAK responde esses questionamentos ao prever a possibilidade de utilização de ferramentas disponíveis na Economia. Os agentes são racionais e se preocupam com o futuro e tomam decisões considerando os custos e benefícios privados sempre com o objetivo de maximizar esses benefícios com um menor custo possível, sendo certo dizer que o objetivo do direito sob a visão da AED é o de analisar as normas legais de modo a promover a eficiência, maximizando o bem-estar social (TABAK, 2015).

Aliás, SALAMA cita que Bentham já sustentava que os indivíduos agem maximizando seu bem-estar nas interações sociais ao expressar que todos os homens calculam, alguns mais precisos e outros menos (SALAMA, 2010).

A pergunta que se faz é se toda atividade humana pode ser analisada economicamente e a resposta é que toda atividade humana relevante será passível dessa análise. Exemplificando: ao se realizar uma análise econômica do direito, aplicar-se-á o método econômico de investigação e será visto que o objeto desse método poderá ser uma questão que envolve escolhas humanas, tais como, litigar ou fazer acordo ou celebrar ou não um contrato (GICO JÚNIOR, 2011).

2.2 Interpretação do direito pela Economia, Dimensões da AED e a Teoria da Escolha Racional

Há uma diferença entre as interpretações das normas jurídicas, uma vez que os clássicos operadores do direito utilizam a hermenêutica na busca do conteúdo e do alcance dessas normas, enquanto o que podem ser chamados de juseconomistas interpretam essas normas pautando as condutas dos agentes, considerando as regras como incentivos, calculando os custos e os benefícios nessa interpretação (GICO JÚNIOR, 2014).

Enquanto na interpretação tradicional o direito é interpretado como instrumento de realizar a justiça na solução dos conflitos, a interpretação do direito pela economia é realizada com base na conduta racional da pessoa em um sistema de preços, supondo que as escolhas sejam realizadas em um ambiente caracterizado pela falta de recursos, mas da forma mais proveitosa possível com a otimização dos recursos disponibilizados.

Então, pode ser considerado que o papel do juseconomista é o de utilizar o método analítico/interpretativo da Análise Econômica do Direito, permitindo a aproximação do ser e do dever ser e a sua verificação no comportamento das pessoas envolvidas.

Para isso, devem ser diferenciadas as dimensões da Análise Econômica do Direito em positiva (do ser), como função prospectiva da Economia, analisando os fatos passados e o comportamento das pessoas, e em normativa (do dever ser), que analisa os fatos sociais na perspectiva da moral e da ética sempre com a intenção de garantir benefícios a toda a coletividade (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010).

Existe outra diferenciação dessas dimensões, considerando a Análise Econômica do Direito positiva como sendo aquela que se vincula ao mundo dos fatos e a Análise Econômica normativa que se vincula aos valores, não estando sujeita às investigações empíricas e nem se submete às provas ou às análises da verdade.

Entretanto, a melhor dimensão foi Posner que apresentou, ao mesclar o direito antigo com o novo direito, originando uma teoria econômica com poder explicativo e com apoio empírico, com contornos e dimensões normativas e positivas (POSNER, 2007).

Para o mesmo Posner, a Análise Econômica do Direito possui aspectos positivos ou descritivos como aspectos normativos, de forma que tanto explique e preveja a estrutura doutrinária, procedimental e institucional do sistema, como busque aperfeiçoar o direito, assinalando as consequências decorrentes (POSNER, 2011).

Nesse contexto, existem duas situações que podem ocorrer na utilização dessas dimensões da Análise Econômica de Direito, ou seja, se a interpretação for realizada com uma análise positiva, haverá um prognóstico dos fatos, identificando-se as alternativas legais e as consequências correspondentes, comparando-se a eficiência de cada alternativa a ser escolhida com a demonstração do custo-benefício decorrente.

Porém, se a interpretação for realizada com uma análise normativa, o interprete deverá optar dentre as alternativas previamente estabelecidas, escolhendo a que for mais vantajosa (GIGO JÚNIOR, 2014).

Como se vê, a racionalidade deve ser preservada na interpretação do direito e isso traz à tona a Teoria da Escolha Racional que presume que a pessoa escolha a oportunidade que lhe for mais adequada conforme a realidade que lhe apresenta. Então, uma pessoa somente age racionalmente ao optar pelo melhor meio mais disponível para atingir o objetivo pretendido (POSNER, 2011), ainda que os fins sejam importantes, o que realmente vale é a preocupação com os meios para concretizar o objetivo final na ponderação entre os custos e os benefícios.

Assim a Teoria da Escolha Racional atuará quando o interprete colher o comportamento médio da pessoa, em regra, maximizador, dentre as suas preferências que correspondem ao valor que o agente confere às suas opções, preferências essas que devem ser estáveis (sem alternância na escolha) e consistentes (completa e racional).

SALAMA alertou que o cerne do postulado da instrumentalidade racional ocorre ao se julgar os modelos econômicos aplicáveis à conduta não pela veracidade da premissa da racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões (SALAMA, 2008), sendo certo que essa escolha racional não irá comportar toda a complexidade do comportamento humano, porém servirá para ser um norte da análise das condutas permitindo a simplificação dessa realidade em um modelo de

escolha racional, o que demonstra o caráter empírico da referida Teoria (CARVALHO, 2013).

3 Direito e Economia

3.1 Pressupostos

Como se percebe, o Direito e a Economia podem e devem interagir. Inicialmente, devem ser apresentadas as suas definições respectivas para depois haver o enfoque nos pressupostos dessa interação. O Direito, na visão de Kelsen, é considerado como uma ciência autônoma, de caráter normativo, baseada na ideia de ser uma conduta humana normada, ou seja, uma ordem coativa da conduta humana indispensável para o alcance da paz social (KELSEN, 1998), ou ainda pode ser definido como um complexo orgânico constituído por preceitos, por regras e por leis, com as sanções correspondentes, com a finalidade reger as relações humanas permitindo o convívio em sociedade (SILVA, 2000).

A Economia já seria a ciência que estuda o comportamento humano baseada em uma relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos com usos alternativos (ROBBINS, 1935). Pode ser também definida como a ciência da escolha racional em um mundo em que os recursos são limitados em relação às necessidades humanas (POSNER, 2007).

Inicialmente, tem-se que o pressuposto básico para aplicar a Economia ao Direito, sem sombra de dúvida, consiste no comportamento racional das pessoas, entendendo que as normas jurídicas devem consideradas preços com o intuito de maximizar o bem-estar dessas pessoas. Em sendo entendido o Direito como a normatização do comportamento humano por um sistema de normas cogentes, fácil verificar que para a incidência da Economia no Direito, mister se faz definir e estabelecer pressupostos que permitam essa aplicação.

Esses pressupostos podem e devem ser concebidos doutrinariamente. Para Becker citado por Arenhart, a abordagem econômica a qualquer comportamento humano (evidentemente aqui incluído o Direito) necessita de dois requisitos: 1) o comportamento maximizador dos indivíduos; e 2) na existência de mercados que coordenem as ações dos participantes (ARENHART, 2009).

Pode-se entender como pressupostos ou premissas básicas para a aplicação da Análise Econômica ao Direito (ARENHART, 2009) que as pessoas ajam como maximizadoras racionais de suas satisfações (a racionalidade dos agentes) e que as regras de direito ajam de forma a impor preços às atividades que regula, ou seja, exista mercado com recursos escassos que possa coordenar as ações dos participantes (a existência de mercado).

A racionalidade se apresenta como condição essencial para que a Economia seja utilizada na análise do Direito, uma vez que a pessoa deve agir conforme os seus interesses escolhendo o que deseja, e se for racional terá um objetivo evidenciado de forma a empregar os meios disponíveis para o alcance desses objetivos. Mas não basta apenas utilizar os meios disponíveis para alcançar os objetivos estabelecidos,

pois devem também fazer o menor desperdício possível a fim de otimizar os recursos existentes.

Essa racionalidade não significa, necessariamente, que ocorra a maximização da riqueza individual, nem tampouco, exige que sempre seja consciente e nem absoluta. O importante é que, em qualquer situação, seja racional, ainda que inconscientemente (por uma questão de sobrevivência, por exemplo) ou que tenha a racionalidade como regra, e isso porque o direito tem que ser efetivo e para isso as regras têm que ser obedecidas e isso não ocorreriam se a irracionalidade fosse a regra geral, por isso, a moderna Análise Econômica utiliza a racionalidade limitada.

O comportamento maximizador das pessoas é decorrência natural da racionalidade, ou seja, se a pessoa age com racionalidade, seu objetivo será o de obter o máximo proveito possível, maximizando, assim, a utilidade ao tomar uma decisão conforme o valor que entenda pertinente, tal como, a utilidade, os ganhos econômicos, o prazer e a liberdade.

O importante é que as condutas sejam verificadas com base em um juízo de racionalidade ainda que limitado, garantindo que as ordens coercitivas do direito garantam condutas reconhecidas como ideais, pois essa coerção irá vincular as demais pessoas exatamente pelo uso do juízo de racionalidade.

O outro pressuposto para a abordagem econômica do Direito, diz respeito à existência de mercados que coordenem as ações dos diferentes participantes de forma que os seus comportamentos se tornem mutuamente consistentes. Esse mercado termina medindo o custo de oportunidade do uso de determinado recurso por intermédio de preços.

Quando se fala em preços quer dizer que os operadores do direito com inclinação econômica possuem uma tendência em ter um alicerce dos temas jurídicos trazidos para serem analisados economicamente com uma ótica dos preços, onde até mesmo as penas do Código Penal são vistas como preços, apesar de não o serem, em função do impacto sobre a conduta das pessoas (POSNER, 2009).

Registre-se que dos estudos em análise econômica do direito, a pena é equivalente a um preço que se paga pela realização de uma atividade ilegal, devendo o sistema penal, então, prover um conjunto de mecanismo que, de modo similar a qualquer outra atividade de natureza econômica, fixe preços para inibirem as atividades economicamente ineficientes, dificultando a realização dos delitos (RIBEIRO, 2011).

Observe-se que alguns preços são implícitos como o valor de uma indenização correspondente ao preço implícito de uma ação de reparação de danos, sendo que as normas jurídicas terminam impondo um preço (condição, encargo, ônus) a algumas atividades, a ponto de serem verificados os custos e os benefícios na prática de uma conduta ou na decisão a ser tomada.

E isso se faz em um mercado que definirá as condições desse equilíbrio, por exemplo, os custos existentes em processo judicial que podem ser tratados como preços, seja quanto o excesso de litigância relacionado com o mercado de serviços de advogado, seja com o valor das custas processuais relacionado com o mercado referente à litigância.

3.2 Aplicação da AED em Países do Civil Law: Visão de Posner

Ainda que a Análise Econômica do Direito tenha surgido em um sistema *common law*, típico dos EUA, não há qualquer óbice para seja aplicada no sistema *Civil Law*, encontrado no Brasil, até mesmo porque desde a década de 1970, percebe-se uma expansão da Análise Econômica do Direito tanto pela Europa como pela América Latina (POSNER, 2010).

Inicialmente, o Judiciário brasileiro possuía uma atitude positivista, mas seguindo a tendência moderna, principalmente após a segunda grande guerra, o constitucionalismo brasileiro passou a adotar uma visão mais não positivista (POSNER, 2010), em regra, das normas constitucionais, baseando as decisões judiciais em princípios e valores, tais como, o juízo de ponderação, o princípio da proporcionalidade, a consolidação do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

Dentre o positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional, pode-se enquadrar a Análise Econômica do Direito em que seriam utilizados os princípios econômicos e os parâmetros objetivos da análise econômica. Diferente da *common law* em que existe uma maior liberdade para a discricionariedade do juiz, que cria o direito, no sistema *civil law* existe a lei e todo um processo legislativo que pauta o Poder Judiciário brasileiro, mas isso não significa que exista um engessamento na formação do direito, tanto é assim, que o juiz pode e deve decidir nas lacunas da lei, conforme a sua experiência e conforme as provas dos autos.

Na visão de Posner, não há qualquer restrição para que a Análise Econômica do Direito seja aplicada, inclusive podendo ser em uma posição intermediária entre a limitação total e a liberdade irrestrita desde que se utilize dos princípios econômicos e dos parâmetros objetivos da Análise Econômica do Direito (POSNER, 2010). Aliás, para Posner (POSNER, 2010), a Economia e o Direito teriam afinidades profundas, embora incompletas, que se materializariam na relação entre o processo e as escolhas racionais, entendendo que a Análise Econômica do Direito tem muito a oferecer ao Brasil, contribuindo para a evolução do pensamento jurídico no País.

Mas que essa aceitação deve ter início nos campos universitários e que a importação da Análise Econômica de Direito no Brasil deve possuir um enfoque diferente do que é dado nos países desenvolvidos, dando-se atenção a valores, como os direitos de propriedade, a garantia de liberdade contratual, a prevenção da corrupção, a independência do Judiciário e a limitação do poder regulador do estado sobre a economia (MARCELINO JÚNIOR, 2014).

4 Teoria Econômica da Litigância e a Análise Econômica do Processo

4.1 Decisão de litigar: custos sociais do processo judicial

A interação entre Direito e Economia é uma realidade e necessita cada vez mais de ser aperfeiçoada tanto no sistema jurídico como no sistema econômico e dentre as matérias jurídicas que melhor assimilam a análise econômica, encontra-se

o direito processual, é tanto assim que a Teoria Econômica da Litigância também é denominada de Teoria Econômica do Processo Judicial.²

O processo como mecanismo social de organização das relações socioeconômicas, possui benefícios e desvantagens, mas deve ser estruturado a ponto de que sejam minimizados os seus custos e maximizados os seus benefícios, embora que benefícios e prejuízos devem ser prognosticados e quantificados com relação a cada uma das alternativas de atuação do juiz (BODART, 2015).

Alguns doutrinários, como Arenhart, tem que a expressão litigância possui um alcance ainda mais amplo a ponto de contemplar situações em que, apesar de existir o problema, ainda não teria havido o litígio propriamente dito, estando a pessoa ainda na esfera da ponderação se ajuíza ou não a ação (ARENHART, 2009).

Como se vê, a Teoria da Econômica da Litigância já possui reflexo antes mesmo de ser instalado o litígio judicial, e, para isso, mister se faz utilizar as ferramentas da análise econômica para verificar a viabilidade desse litígio e como diz Arenhart, o termo *litigation* está ligado a todo o caminho percorrido por um processo judicial, desde a ocorrência do fato danoso até a resolução da questão (ARENHART, 2009).

Na Teoria Econômica da Litigância serão utilizados conceitos e premissas da Análise Econômica do Direito sempre prontos para responderem as questões essenciais que irão surgir no processo, atendendo ao fato de que as pessoas são racionais e possuem um olhar para o futuro, considerando os custos e os benefícios existentes na demanda, ou seja, o objetivo de quem irá discutir judicialmente uma ameaça ou um direito violado reside na otimização do seu bem-estar, empregando os meios disponíveis para o alcance dos seus objetivos com o menor desperdício de recurso possível.

As fases da litigância, em regra, são a formação, a resposta, a conciliação, a instrução, o julgamento, o recurso, o julgamento final, a liquidação e execução da sentença, e o arquivamento. Certo, porém, que o litigante promoverá atos processuais se e quando esperar que deles resulte benefícios superiores ao custo dessa promoção (ARENHART, 2009).

Para Steven Shavell, citado por Jordão e Adami (JORDÃO e ADAMI, 2008), na sua Teoria Básica da Litigância, existem 03 momentos decisórios: a) a eventual propositura da ação; b) a eventual transação; c) a eventual incursão em gastos adicionais da litigância, como, por exemplo, a produção de novas provas (aqui incluso, a interposição de recurso).

A melhor classificação, pois, deve ser a que reconhece 3 fases do processo judicial: a decisão de litigar, aqui verificando os custos sociais dessa judicialização; a proposição ou aceitação de acordo; e a interposição de recurso.

² No sentir de HESSEL, TABAK e AGUIAR: “a fim de contextualizarmos o tema, pertinente tratar-se da definição da denominada *Teoria Econômica da Litigância*, ou *Teoria Econômica do Processo Judicial*, a qual, segundo Cooter; Ulen (2010, p. 403). Consiste em aplicar a Economia aos aspectos processuais das disputas civis, desde que a pretensão é apresentada em Juízo, até a resolução da contenda”. *O Litígio estratégico à luz da Teoria Econômica da Litigância. In: O Ministério Público e os desafios do Século XXI: uma abordagem juseconômica*, p. 139.

A primeira fase consiste naquela iniciada antes mesmo da litigância instalada, ou seja, ocorre com a ameaça ou violação a direito da pessoa, em que o pretense autor irá analisar os custos e os benefícios da litigância.

BAGGENSTOSS (s.d) citando Posner denomina os custos principais envolvidos no ajuizamento de uma ação como custos sociais do processo judicial, dividindo-os em custos diretos e custos de erro. Custos diretos, também denominados de custos administrativos ou imediatos, referem-se aos valores a serem gastos com o ajuizamento da ação, envolvendo os custos com os honorários de advogado, as custas do processo e as despesas com a produção de provas, ou seja, consiste em todo o valor dispendido para utilizar-se do processo judicial. Nos custos imediatos também estão enquadradas as expectativas de ganho com a propositura da ação.

Tabak e Aguiar entendem que as custas processuais, os honorários advocatícios, os honorários periciais e eventuais valores de sucumbência, constituem os custos de apresentação que, tradicionalmente, funcionam como filtros, citando Cooter e Ulen (2010), em que as disputas de valores altos passam pelo filtro e produzem processos judiciais, enquanto as disputas de valores mais baixos não possuem o condão de formar demandas judiciais (TABAK e AGUIAR, 2015 e CORREIA e MENDES, 2013).

Custos de erros são aqueles decorrentes de equívocos na aplicação do direito substantivo, sendo difíceis de compreensão e aferição. A mensuração do erro requer um padrão de perfeição de acertos judiciais de acordo do caso concreto e a legislação vigente. Nesses custos, analisa-se as chances de êxito com a verificação do valor econômico do conjunto de precedentes judiciais se utilizando bastante a jurisprudência para estimar a possibilidade de sucesso (BAGGENSTOSS, s.d).

O grande problema a ser enfrentado é que a dimensão dos custos e benefícios de uma decisão judicial não pode ser antecipada aprioristicamente, dependendo a sua extensão e materialização do desempenho dos tribunais, aparecendo, então, a questão do erro judicial como problema concreto, sendo considerado erro aqui entendido como aquela decisão que foge de um parâmetro de eficiência, apenas registrando que existem fatores que colaboram para minimizar o erro judicial, tais como, a maturidade institucional, o elevado capital humano e a independência dos juízes (NÓBREGA, 2012).

Nesse sentido, será na equalização das vantagens e desvantagens da ida ao Judiciário, com a análise dos custos sociais do processo e os benefícios que serão esperados, é que será possível analisar se valerá litigar ou não. A atribuição de custos torna-se fator decisivo para o ajuizamento ou não da ação, considerando-se os custos iniciais do processo. Se os custos sociais forem menores então será válida a litigância, ou seja, quando maior for o custo do processo, menor será a taxa de apresentação de demandas em um sistema judicial de atribuição. Já, o contrário também é verdadeiro, ou seja, quanto menor a despesa, maior será a taxa de apresentação (MACHADO e DIAS, 2014).

A essa operação lógica é que se denomina de racionalidade individual e que indicará se a pessoa escolherá determinada alternativa desde que se verifique se ocorrerão os benefícios esperados ou até mesmo se serão superados. Valendo salientar que não serão apenas os custos financeiros do processo que irão inibir ou não a

busca ao Judiciário, isso porque pode ocorrer também com a expectativa de reconhecimento da pretensão do autor, que se for verificada que a jurisprudência possui posição contrária à sua pretensão, o futuro autor poderá desistir desistência da litigância, ainda que não se analisem os aspectos puramente financeiros da demanda.

Idêntica conduta pode ser tomada pelo réu, pois este irá responder à ação apenas se o custo esperado da decisão judicial for inferior ao pedido do autor, em contrapartida, se o pedido do autor for inferior ao custo esperado da demanda, a decisão melhor para o réu será não contestar a ação e pagar o valor da indenização pleiteada. Já se houver igualdade entre o valor da indenização pedida e o custo esperado da demanda, o réu se for racional estará indiferente entre contestar ou não (ARENHART, 2009).

Não há dúvida que o valor social da redução dos erros deve ser prestigiado de modo que a redução desses erros irá influenciar diretamente na diminuição da quantidade de demandas, pois servirá de estímulo por parte do ofensor que terá mais precaução em evitar determinada conduta por saber que poderá arcar com uma condenação que lhe será custosa.

Outra situação comum e que já funciona como filtro processual reside na ausência das condições da ação, caso em que poderá resultar em economia processual, mas, evidencia-se que apenas em sete das sessenta decisões analisadas foi possível identificar com precisão esse benéfico de economia processual, por outro lado, constatou-se que o volume maior de reformas das decisões por carência de uma das condições da ação, com o retorno dos autos à origem para o julgamento do mérito, acarretou um efeito adverso da economia processual, qual seja, o aumento da duração do processo (GOBBO, 2013).

4.2 Proposição ou aceitação de acordo

A Análise Econômica do Direito também resta utilizada no Processo no momento em que se discute a escolha pelo acordo, seja extrajudicial seja conciliação judicial, quando deverão ser equacionados os eventuais benefícios que ocorrerão com a continuidade do processo com os custos sociais decorrentes.

Além dessa compatibilização entre benefícios e custos sociais do processo, também merece avaliação o fator temporal como variável determinante, pois o tempo do processo irá ser fundamental para que um acordo possa ser aceito ou não (BAGGENSTOSS, s.d), posto que a morosidade do processo deva servir como catalisador de negociações e consenso.

Analisa-se, de igual forma, a força relativa dos argumentos que cada parte possui ou alega possuir e isso por intermédio das provas decorrentes, pois se não há provas ou se o conjunto probatório for frágil, a força dos argumentos será fraca ou até mesmo nula. Tais situações conferem uma maior valia no acordo, tanto para autor como para réu, muito embora a margem limitada de argumentação defensiva não deve impor a aceitação ou o oferecimento de qualquer negociação (BAGGENSTOSS, s.d).

Os termos do acordo tendem a ser menores do que eventual decisão judicial sob pena de inviabilizar a avença, pois inexistirá qualquer incentivo para tanto. É bem verdade que as partes, autor e réu, irão buscar maximizar os seus interesses, em que o autor buscará ter atendido o máximo possível da sua pretensão, enquanto o réu tentará atender ao mínimo dos pedidos do autor. Uma constatação clássica tenderá a avaliar apenas as linhas argumentativas de cada parte, mas isso não seria suficiente para estimular a composição ((BAGGENSTOSS, s.d).

Daí a importância da Análise Econômica do Direito no Processo que atrai uma busca mais realista na resolução dos conflitos. Inicialmente, deve-se realizar um estudo mais aprofundado na jurisprudência, na doutrina e na legislação, para que se obtenha o que se chama de expectativa de condenação, e esse estudo trará um resultado que estimulará ou não a realização do acordo (BAGGENSTOSS, s.d).

Se for constatada que a jurisprudência, por exemplo, condena casos similares em um montante de R\$50.000,00, evidenciasse que o réu estará propenso a realizar um acordo desde que inferior ao valor estimado, pois tanto foi confirmado que o direito do autor é reconhecido pelos juízes e tribunais, tornando mais provável uma condenação, como existe a real possibilidade dessa condenação ser superior à média esperada, mas isso somente será verdade se houver como ser tomado um valor de referência médio que servirá de parâmetro para o réu.

Para o autor, por sua vez, o ideal é que possua a capacidade de obter as informações do réu quanto ao posicionamento da jurisprudência como do valor médio das condenações judiciais em casos similares, tornando, assim, melhor avaliação do fechamento ou não do acordo. Se, porém, o autor não tiver essa condição de obter essas informações que são cruciais para a avaliação econômica da vantagem ou não de uma avença, então o autor fará uma estimativa, e o acordo somente deverá ser realizado se houver um encontro positivo de expectativas, ou seja, o valor pretendido pelo autor esteja dentre as expectativas definidas pelo réu (BAGGENSTOSS, s.d).

Evidentemente, que não apenas esses dados são suficientes para a celebração do acordo, pois tanto autor como réu devem analisar o custo do processo, abrangendo as custas processuais, as despesas com a prova e os honorários advocatícios, até mesmo porque, em algumas situações esses custos do processo podem representar um valor que torne inviável a realização do acordo.

Por outro lado, esses mesmos custos do processo podem servir para estimular a conciliação, pois deverão ser contabilizados para o futuro, em caso de impossibilidade de acordo, e isso abrange o custo com advogado e com a própria oneração do uso da máquina judicial. Muitas vezes, manter o conflito judicializado, torna-se muito oneroso, e um acordo termina sendo favorável a ambas as partes.

Observe-se que se o autor ajuizar uma ação com um pedido aquém da média, ou seja, o valor pretendido na inicial é bem inferior ao que se demanda em média em casos análogos, o réu ficará mais do que estimulado a resolver a pendência, ocorrendo uma subestimação por parte do autor.

Também existem fatores exógenos que podem influenciar na lide, e que de modo voluntário o autor subestima o valor esperado, como por exemplo, se o autor

possui uma necessidade premente de obter recursos financeiros mais rápido para atender a uma emergência, evidencia-se que a possibilidade de acordo aumenta. Da mesma forma, o próprio desconhecimento dos valores que são pagos em situações semelhantes pode ensejar que o autor aceite um valor bem inferior proposto pelo réu, de modo involuntário também subestimar o valor esperado, o que torna importante obter a informação correta e atual (MACHADO e DIAS, 2014).

Por isso a importância do compartilhamento de informações, tão utilizado no sistema *commom law* em que as partes participam de uma audiência preliminar que pode ser, inclusive, extrajudicial, para que apresentem as provas que possuem e isso existe tanto para facilitar um acordo como para que as partes possam identificar a correspondência entre as expectativas e os dados efetivos, aumentando consideravelmente a chance de conciliação (MACHADO e DIAS, 2014).

Essa troca de informações seria muito bem recebida no sistema *civil law* utilizado no ordenamento brasileiro, até mesmo porque quando mais informadas estiverem as partes dos dados constitutivos dos elementos que baseiam a construção das expectativas recíprocas de autor e réu, maior é a tendência de que as conciliações alcancem valores que reflitam de forma efetiva uma compensação dos danos sofridos (BAGGENSTOSS, s.d).

O ideal é que as informações fossem até mesmo públicas, de conhecimento de ambas as partes para favorecer um acordo mais justo e próximo da realidade. Entretanto, o que se verifica é que, comumente, uma das partes possui uma facilidade maior em obter as informações, caracterizando a assimetria da informação, em que uma parte possui mais e melhor conhecimento do que a outra, o que torna uma vantagem na mesa de negociação.

Para evitar isso, a própria legislação em algumas vezes aplica a inversão do ônus da prova, como é o caso das relações entre consumidor e fornecedor, em que o CDC no seu art. 6^a, inciso VIII, prevê o direito básico do consumidor em ter facilitado a defesa dos seus interesses em juízo com a inversão do ônus da prova, até mesmo porque a empresa é que geralmente detém a informação necessária na relação de consumo.

A questão do tempo também se apresenta fundamental para a escolha do acordo, posto que a demora da entrega da prestação jurisdicional corresponde à não entrega dessa prestação, e isso se verifica na chamada morosidade do Judiciário, que, aliás, tornou-se um assunto tão relevante que é objeto de um princípio constitucional, da duração razoável do processo previsto expressamente no inciso LXXVIII do art. 5^o da Constituição Federal. Então, se o tempo for muito prolongado, a tendência é que o acordo possa ocorrer, pois as partes podem preferir solucionar a demanda consensualmente do que esperar uma decisão judicial.

Podem ser divididas as causas da morosidade do Judiciário, em causas internas e causas externas, sendo as primeiras, aquelas relacionadas à gestão da unidade jurisdicional, à organização administrativa, aos recursos humanos e de informática e ao espaço físico; as externas, destacando-se a cultura da litigiosidade, a legislação processual, o formalismo e as dificuldades orçamentárias (FOCHEZATTO, 2013).

4.3 Interposição de recurso

A AED, tradicionalmente, preocupa-se em tornar mais precisos os julgamentos judiciais, até mesmo porque essas decisões podem influenciar terceiros no ajuizamento de demandas similares. O que dizer, ainda, de julgamentos equivocados, que também são aptos à produção desses mesmos efeitos. Para isso, o sistema recursal também pode e deve ser visto na aplicação da Análise Econômica do Direito, exatamente por propiciar uma correção de decisões imprecisas que possa inibir efeitos multiplicadores de expectativas (MACHADO e DIAS, 2014).

É bem verdade que essa análise econômica não pode criar e garantir uma teoria de julgamentos corretos, mas pode visualizar o sistema recursal com objetivos distintos.

Primeiro, para possibilitar a correção pelos tribunais de equívocos cometidos pelas decisões de instâncias inferiores, exatamente para desestimular futuras demandas que se baseiam nessas decisões equivocadas de forma a minimizar os custos da sociedade pela repetição dessas demandas. Em segundo lugar, pela orientação que representa uma decisão revisional de um tribunal, depurando, cada vez mais, as decisões de sorte a consolidar entendimentos em casos futuros, baseados agora, em decisões que sofreram a revisão de um colegiado de instância superior, sendo um importante fator de segurança jurídica (MACHADO e DIAS, 2014).

O sistema recursal propicia também um conhecimento pelos tribunais de instância superior do que está sendo decidido pelos juízes e tribunais de instâncias inferiores, criando uma espécie de fiscalização eficiente do desempenho do juiz, de forma que as instâncias superiores são informadas pelo próprio sistema recursal de como e quando estão julgadas as demandas nas esferas anteriores (MACHADO e DIAS, 2014).

De outra feita, a parte apenas irá recorrer se verificar que tenha chance de revisão da decisão atacada, até mesmo existem custos do processo para adentrar à fase recursal, seja com o pagamento de custas judiciais seja com o recolhimento de depósito recursal, como essenciais para superar o juízo de admissibilidade inferior.

Com a utilização dos recursos também se propicia a formação de jurisprudência consolidada seja pela repetição das decisões seja pela edição de súmulas de forma a consolidar a jurisprudência sobre determinados assuntos, criando, assim, obstáculos para que decisões em casos similares, já julgados pelos tribunais superiores, sequer consigam chegar à instância revisora, desafogando, assim, o Judiciário.

Infelizmente, o nosso sistema recursal ainda possui diversas falhas, principalmente pelo alto índice de divergência jurisprudencial em que, às vezes, um mesmo assunto resta julgado por um mesmo tribunal de forma diversa (MACHADO e DIAS, 2014), bastando para isso, haver alteração na composição do colegiado, por diversos motivos, como afastamentos legais dos seus integrantes, impedimentos e suspeição, ou convocação quase sistemática de magistrados de instâncias inferiores para comporem os tribunais de instância superior.

Como bem enfatizam Machado e Dias, a jurisprudência como consulta, não oferece respostas claras e confiáveis que caracterize uma decisão racional dos litígi-

os, restando prejudicada a calculabilidade como um dos elementos chaves para uma decisão racional dos litígios (MACHADO e DIAS, 2014).

Isso importa, pois, que essa alta carga de divergência das decisões, impede a realização dos cálculos efetuados para verificar a conveniência e a oportunidade de serem ou não interpostos os recursos, por não se ter uma ideia de uniformidade de entendimento sobre o referido tema, estimulando o manuseio dos recursos, indo no sentido contrário de se buscar uma maior celeridade processual, pois se transforma em estímulo para recorrer.

4.4 Acesso à Justiça e os Custos Financeiros do Processo

O acesso à justiça possui natureza de princípio constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF) e pode ser definido como um direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesses (SILVA, 2000), devendo ser prestigiado pelos operadores do direito, estando ancorado na universalidade e na gratuidade, mas isso não significa que os ideais de justiça e de eficiência sejam atingidos.

A gratuidade, aliás, gera uma maior utilização do processo muitas vezes desnecessária, devendo ser repensada e não extinta, de forma que sejam evitadas as demandas frívolas e demandas com baixa probabilidade de êxito (MARCELINO JÚNIOR, 2014).

Considera-se demanda frívola aquela em que a motivação está ligada a uma fundamentação com baixa probabilidade de êxito e se o autor entender que não perderá nada no ajuizamento da ação, então será estimulado a continuar demandando em juízo, ainda que o seu direito seja frágil.³

É possível criar barreiras para que sejam evitadas essas demandas frívolas, sendo cabível a exigência do pagamento de despesas processuais ou a diminuição nos casos de gratuidade, uma vez que esta gera uma certa facilidade na busca do Judiciário ainda que o direito seja inexistente ou de baixa expectativa de resultado, valendo registrar que essas demandas frívolas dão ensejo a uma externalidade negativa por utilizar o Judiciário ao invés das demandas de maior relevância social.

A externalidade, em seu aspecto econômico, tem lugar quando os efeitos de uma transação atingem pessoas fora da relação inicial seja gerando um custo externo (externalidade negativa) seja acarretando um benefício externo (externalidade positiva). Essa externalidade negativa é considerada uma falha do mercado, prejudicando toda a sociedade e deve ser combatida com a criação de mecanismo para que o responsável absorva o custo externo provocado e seja desestimulado a permanecer praticando o ato (MILHOMEM, TABAK e AGUIAR, 2016).

³ Para Fernando Santos Arenhart: "A litigância frívola, aparentemente ilógica. Tem algumas explicações: 1) assimetria informacional; 2) o fato de o queixoso iniciar a litigância com um custo reduzido e ter ciência de que irá ganhar algo através de acordo, a não ser que o infrator faça um esforço extraordinário em sua defesa (processar para conseguir um acordo compensador); 3) a já comentada diferença de percepção das partes acerca do resultado do julgamento; 4) a possibilidade de ocorrência de erros judiciais do Tipo II (erro na condenação)".

In: **A Análise Econômica da Litigância: teoria e evidências**. Porto Alegre: 2009. 117f. Monografia (TCC) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Ciências Econômicas

Podem ser considerados como custos financeiros do processo, as despesas processuais, os honorários advocatícios e as despesas extraprocessuais. As despesas processuais podem ser divididas em despesas iniciais e despesas eventuais, sendo as primeiras, aquelas que são taxadas no início do processo, como as custas; as despesas eventuais são aquelas que existem apenas como contraprestação de serviços prestados como as diligências e as perícias. Os honorários advocatícios são pagos pela sucumbência ou por contratação direta. Já as despesas extraprocessuais são as despesas com viagens, reprodução de documentos, autenticações, pagamento de serviços de assistentes técnicos (ABREU, 2003).

O certo é que o litígio onera as partes, cada uma delas suportando as despesas do processo, mas que devido à premissa de onerosidade do Judiciário, as partes têm que ser racionais com a finalidade de evitar desperdício de recursos. Também é certo afirmar que o acesso à justiça no Brasil pode não apresentar características de bem público, sendo afetado por circunstâncias individuais, além de se mostrar longe das pessoas, mas algumas medidas podem servir para a redução dos custos processuais, como a redução de exigências para a contratação de advogados, dentre outras (FRANÇA, DUENHAS e GONÇALVES, 2014).

Nesse sentido, diante do inequívoco fato de que o sistema jurídico brasileiro apresenta uma grave falta de eficácia, tem-se que algumas medidas podem ser tomadas para que esse sistema seja mais eficiente e a solução dos litígios torne-se mais adequada economicamente falando, podendo citar a adoção de súmulas vinculantes, o incentivo para as ações coletivas e a instituição de filtros recursais (como é o caso da repercussão geral no Recurso Extraordinário e o Incidente de demandas repetitivas), tudo isso utilizado para a racionalização do processo e para a melhoria da eficiência econômica da ação (RODRIGUES NETO, 2015).

Uma solução apresentada por MACHADO e DIAS (2014) para conter as demandas frívolas seria a concessão de um aumento dos custos de interposição, mas ensejaria, com certeza, em uma afronta ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição, uma vez que estaria sendo criado um obstáculo ao acesso à Justiça, ferindo o princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

5 Considerações conclusivas

Como derradeira parte do estudo, apresenta-se uma síntese da pesquisa, com as conclusões extraídas e apresentada:

A Análise Econômica do Direito (AED) surgiu como uma reação ao jus positivismo que era mais formalista em que o direito resultava de ações da vontade do homem, sendo o seu conteúdo desvinculado da moral ou de outro campo do conhecimento, e, com isso, criava-se um sistema hermético em que as decisões judiciais reproduziam a lógica do direito vigente.

Toda a atividade humana relevante será passível de análise econômica, existindo uma diferença entre as interpretações das normas jurídicas, uma vez que os clássicos operadores do direito utilizam a hermenêutica na busca do conteúdo e do alcance dessas normas, enquanto os que podem ser chamados de juseconomistas

interpretam essas normas pautando as condutas dos agentes, considerando as regras como incentivos, calculando os custos e os benefícios nessa interpretação.

Devem ser diferenciadas as dimensões da Análise Econômica do Direito em positiva (do ser), como função prospectiva da Economia, analisando os fatos passados e o comportamento das pessoas, e em normativa (do dever ser), que analisa os fatos sociais na perspectiva da moral e da ética sempre com a intenção de garantir benefícios a toda a coletividade.

Enquanto na interpretação tradicional o direito é interpretado como instrumento de realizar a justiça na solução dos conflitos, a interpretação do direito pela economia é realizada com base na conduta racional da pessoa em um sistema de preços, supondo que as escolhas sejam realizadas em um ambiente caracterizado pela falta de recursos, mas da forma mais proveitosa possível com a otimização dos recursos disponibilizados.

A Análise Econômica do Direito possui aspectos positivos ou descritivos como aspectos normativos, de forma que tanto explique e preveja a estrutura doutrinária, procedimental e institucional do sistema, como busque aperfeiçoar o direito, assinalando as consequências decorrentes.

A racionalidade deve ser preservada na interpretação do direito e isso traz à tona a Teoria da Escolha Racional que presume que a pessoa escolha a oportunidade que lhe for mais adequada conforme a realidade que lhe apresenta. Assim a Teoria da Escolha Racional atuará quando o interprete colher o comportamento médio da pessoa, em regra, maximizador, dentre as suas preferências que correspondem ao valor que o agente confere às suas opções, preferências essas que devem ser estáveis (sem alternância na escolha) e consistentes (completa e racional).

O Direito e a Economia podem e devem interagir. O Direito, na visão de Kelsen, é considerado como uma ciência autônoma, de caráter normativo, baseada na ideia de ser uma conduta humana normada, ou seja, uma ordem coativa da conduta humana indispensável para o alcance da paz social. A Economia já seria a ciência que estuda o comportamento humano baseada em uma relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos com usos alternativos.

Pode-se entender como pressupostos ou premissas básicas para a aplicação da Análise Econômica ao Direito que as pessoas ajam como maximizadoras racionais de suas satisfações (a racionalidade dos agentes) e que as regras de direito ajam de forma a impor preços às atividades que regula, ou seja, exista mercado com recursos escassos que possa coordenar as ações dos participantes (a existência de mercado).

Ainda que a Análise Econômica do Direito tenha surgido em um sistema *commom law*, típico dos EUA, não há qualquer óbice para seja aplicada no sistema *Civil Law*, encontrado no Brasil, até mesmo porque desde a década de 1970, percebe-se uma expansão da Análise Econômica do Direito tanto pela Europa como pela América Latina.

A Teoria da Econômica da Litigância já possui reflexo antes mesmo de ser instalado o litígio judicial, e, para isso, mister se faz utilizar as ferramentas da análise econômica para verificar a viabilidade desse litígio, observando que o termo *litiga-*

tion está ligado a todo o caminho percorrido por um processo judicial, desde a ocorrência do fato danoso até a resolução da questão.

A melhor classificação, pois, deve ser a que reconhece 3 fases do processo judicial: a decisão de litigar, aqui verificando os custos sociais dessa judicialização; a proposição ou aceitação de acordo; e a interposição de recurso. A atribuição de custos torna-se fator decisivo para o ajuizamento ou não da ação, considerando-se os custos iniciais do processo. Se os custos sociais forem menores então será válida a litigância, ou seja, quando maior for o custo do processo, menor será a taxa de apresentação de demandas em um sistema judicial de atribuição. Já, o contrário também é verdadeiro, ou seja, quanto menor a despesa, maior será a taxa de apresentação.

A Análise Econômica do Direito também resta utilizada no Processo no momento em que se discute a escolha pelo acordo, seja extrajudicial seja conciliação judicial, quando deverão ser equacionados os eventuais benefícios que ocorrerão com a continuidade do processo com os custos sociais decorrentes. Além dessa compatibilização entre benefícios e custos sociais do processo, também merece avaliação o fator temporal como variável determinante, pois o tempo do processo irá ser fundamental para que um acordo possa ser aceito ou não, posto que a morosidade do processo serve como catalisador de negociações e consenso.

A AED, tradicionalmente, preocupa-se em tornar mais precisos os julgamentos judiciais, até mesmo porque essas decisões podem influenciar terceiros no ajuizamento de demandas similares.

O que dizer, ainda, de julgamentos equivocados, que também são aptos à produção desses mesmos efeitos. Para isso, o sistema recursal também pode e deve ser visto na aplicação da Análise Econômica do Direito, exatamente por propiciar uma correção de decisões imprecisas que possa inibir efeitos multiplicadores de expectativas.

O acesso à justiça possui natureza de princípio constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF) e pode ser definido como um direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesses (SILVA, 2000), devendo ser prestigiado pelos operadores do direito, estando ancorado na universalidade e na gratuidade, mas isso não significa que os ideais de justiça e de eficiência sejam atingidos.

São considerados como custos financeiros do processo, as despesas processuais, os honorários advocatícios e as despesas extraprocessuais. As despesas processuais podem ser divididas em despesas iniciais e despesas eventuais, sendo as primeiras, aquelas que são taxadas no início do processo, como as custas; as despesas eventuais são aquelas que existem apenas como contraprestação de serviços prestados como as diligências e as perícias.

Os honorários advocatícios são pagos pela sucumbência ou por contratação direta. Já as despesas extraprocessuais são as despesas com viagens, reprodução de documentos, autenticações, pagamento de serviços de assistentes técnicos. O certo é que o litígio onera as partes, cada uma delas suportando as despesas do processo,

mas que devido à premissa de onerosidade do Judiciário, as partes têm que ser racionais com a finalidade de evitar desperdício de recursos.

Nesse sentido, diante do inequívoco fato de que o sistema jurídico brasileiro apresenta uma grave falta de eficácia, tem-se que algumas medidas podem ser tomadas para que esse sistema seja mais eficiente e a solução dos litígios torne-se mais adequada economicamente falando, podendo citar a adoção de súmulas vinculantes, o incentivo para as ações coletivas e a instituição de filtros recursais (como é o caso da repercussão geral no Recurso Extraordinário e o Incidente de demandas repetitivas), tudo isso utilizado para a racionalização do processo e para a melhoria da eficiência econômica da ação (RODRIGUES NETO, 2015).

Uma solução apresentada por MACHADO e DIAS (2014) para conter as demandas frívolas seria a concessão de um aumento dos custos de interposição, mas ensejaria, com certeza, em uma afronta ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição, uma vez que estaria sendo criado um obstáculo ao acesso à Justiça, ferindo o princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

Referências Bibliográficas

ABREU, Frederico do Valle. **O custo financeiro do processo.** *In: Revista dos tribunais*, v. 92, n.818, p. 65-71, dez. 2003.

ARENHART, Fernando Santos. **A Análise Econômica da Litigância: teoria e evidências.** Porto Alegre: 2009. 117f. Monografia (TCC) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Ciências Econômicas, Programa de Graduação em Direito, Porto Alegre 2009.

BAGGENSTOSS, Graziely Alessandra. **Breves considerações acerca da Análise Econômica do Direito.** Sem data. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e . Acesso em 01º. Maio.2017.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Velocidade e justiça: uma análise econômica do direito processual.** *In: Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC.* WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). 2. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 72-83.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária.** São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57..

DIAS, Jean Carlos. **A Análise Econômica dos Custos do Processo.** *In: Análise Econômica do processo civil brasileiro.* São Paulo: Editora Método, p. 63-70.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Justiça em Números permite gestão estratégica da Justiça há 10 anos.** *In: Portal do CNJ – Agência CNJ de Notícias.* Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>. Acesso em 11.Maio.2017.

FOCHEZATTO, Adelar. **Gestão Pública no Poder Judiciário: análise da eficiência relativa dos tribunais estaduais usando o método DEA.** *Economic Analysis of Law Review*, v. 4,n.2, 2013, p. 377-392.

FRANÇA, Marco Túlio Aniceto; DUENHAS, Rogério Allon; GONÇALVES, Flávio de Oliveira. **O acesso ao judiciário é para todos? Uma análise utilizando o índice**

de oportunidades no acesso para os estados brasileiros. *In*: Economic Analysis of

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>. Acesso em: 01º maio. 2017.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, 2. Ed. México: FCE, 2007, p.57-58.

_____. **Economic analysis of law**. 7th. Austin: Wolters Kluwer, 2007. p. 3.

_____. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 462/464.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.223.

_____. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XVII.

_____. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.8

e 320.

RIBEIRO, Ricardo. **Preferências, custos da Decisão e Normas Jurídicas no Processo Decisório das Cortes: o modelo de múltiplos comportamentos**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v.2, n. 2, 2011, p. 264-296.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic Science**. 2nded. Londres: Macmillan, 1935, p. 16.

RODRIGUES NETO, João Máximo. **A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância: um estudo da *law and finance***. In: *Revista da Procuradoria Geral do estado do Rio Grande do Sul*, v. 36, n. 76, p. 193-215, jul./dez. 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?**. *Caderno Direito GV*, v.5, n.2, mar. 2008. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/CadernosDireitoGV_PesquisaDireitoEEconomia.pdf. Acesso :01ºmaio. 2017. p. 20.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. Ed.Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.268.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.150.

TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito – Proposições legislativas e políticas públicas**. In: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 52, número 205, jan./mar. 2015, p. 321-323.

