

A Ineficiência do Poder Judiciário como um Fator de Estímulo ao Descumprimento dos Contratos: reflexões à luz da análise econômica do direito

Victor Guedes Trigueiro*

Introdução. 1 Panorama sobre a análise econômica do direito. 2 A análise econômica dos contratos de Cooter e Ulen. 3 A ineficiência do Poder Judiciário no Brasil. Conclusão.

Resumo

O presente artigo busca, a partir da teoria econômica dos contratos de Cooter e Ulen, analisar se a ineficiência do Poder Judiciário pode gerar um cenário de desestímulo ao cumprimento dos contratos. Os referidos autores, ao trabalharem o tema, levam em consideração a executabilidade dos contratos perante o Poder Judiciário como um elemento persuasório importante, a garantir a expectativa positiva de seu cumprimento voluntário. No entanto, não consideraram como variável a ineficiência do Poder Judiciário, que pode gerar externalidades negativas. A análise quanto à ineficiência do Judiciário será apresentada na forma de dados publicados pelo Relatório Anual Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, bem como através de estudo promovido pelo Banco Mundial. Para demonstrar o pretendido, serão utilizados instrumentos teóricos inerentes à economia e à teoria dos jogos. Ao final, pretende-se apresentar soluções legislativas ou administrativas, que objetivaram promover a eficiência na prestação jurisdicional, com vistas a concretizar o direito fundamental à prestação jurisdicional célere e garantir um cenário favorável ao cumprimento dos contratos.

Palavras-chave: Judiciário. Eficiência. Contratos. Economia.

* Mestre em Direito, Estado e Constituição pela UnB. Advogado da União. Diretor do Departamento de Acompanhamento Estratégico da Secretaria-Geral de Contencioso/AGU. Professor de Direito Processual Civil da Graduação e Pós-Graduação do IDP, Instituto Brasiliense de Direito Público. Membro-Fundador e Diretor Financeiro da Associação Brasiliense de Direito Processual Civil (ABPC).

Judiciary's inefficiency as an incentive to breach of contracts: reflections under law and economics

Abstract

The Judiciary Inefficiency as an Impulse to Breach of Contract: reflections under Law and Economics. This article examines if the Brazilian Judiciary inefficiency creates a discouragement scenario for the contracts performance. Such analysis is made under Robert Cooter e Thomas Ulen's Law and Economics contractual approach. Both consider that the executability of contracts before the courts is a positive influence for their performance. However, Judiciary's efficiency is not in their concerns, even though we know they can create negative externalities for the market. The Judiciary efficiency data examined was provided by Brazilian's Nacional Council of Justice and by the World Bank. To show that an inefficient Judiciary can reduce market's trust, economical concepts will be used. At the end, some legislative and administrative solutions will be pointed out. Solutions created with the aim of speeding the conclusion of lawsuits, assuring a best scenario for contracts implementation in Brazil.

Keywords: Judiciary. Efficiency. Contracts. Economy.

Introdução

O serviço jurisdicional praticado pelo Poder Judiciário no Brasil é ineficiente. Esse fato é inegável. Levantamentos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça, que serão abordados em capítulo próprio deste artigo, demonstram, através de dados, algo que a comunidade jurídica e a população de uma forma geral já sabiam: temos uma máquina judicial lenta, ineficaz e cara (GICO JR., 2014, p. 2), que não cumpre a contento a sua missão constitucional.

Dados extraídos de relatórios produzidos pelo Banco Mundial¹ procuram relacionar a eficiência de um sistema jurídico e a sua propensão para a realização de negócios². Pretende-se analisar se e em que medida a ineficiência do Poder Judiciário gera um ambiente de desestímulo ao cumprimento voluntário dos contratos. A análise econômica do direito e a teoria econômica dos contratos de Cooter e Ullen serão utilizadas como fundamento.

Várias razões podem ser determinantes para se chegar à conclusão a que se pretende. Excessiva "independência" dos magistrados, amplo e descontrolado acesso à assistência judiciária gratuita, desnecessidade de patrocínio por advogado em juizados especiais e Justiça do Trabalho, custas relativamente baratas, ausência de uma cultura de conciliação, mão de obra pouco qualificada e numericamente insuficiente, são exemplos. Apesar de importantes, a análise dessas razões não será objeto deste trabalho.

A ineficiência do sistema judicial brasileiro não passou despercebida pelo legislador constituinte nem pelo legislador ordinário, que envidaram esforços nas últimas duas décadas para propor soluções legislativas³ que pudessem de alguma forma contribuir para a melhoria desse cenário.

¹ Relatório "Doing Business – 2018", disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>.

² Para Oliveira e Garoupa (2005, p. 251), o sistema jurídico brasileiro tem estado sob pressão em razão de sua falta de eficácia. Por exemplo, a qualidade do sistema judicial tem sido documentada pelo Banco Mundial como não propícia para o crescimento econômico.

³ Segundo Gico Jr. (2014, p. 2), "procedimentos foram simplificados, juizados especiais foram criados, defensorias públicas montadas, competências constitucionais alteradas e o acesso aos serviços públicos adjudicatórios continua sendo restrito e a morosidade judicial um problema nacional".

Do ponto de vista constitucional, a Emenda Constitucional nº 45 alçou a nível de direito fundamental a duração razoável do processo, seja ele administrativo ou jurisdicional. Trata-se do art. 5º, LXXVIII, que assim dispõe: “Art. 5º - LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. (BRASIL, 1988)

Naturalmente, a exigência constitucional não é capaz, por si só, de transformar o processo judicial brasileiro, moroso e ineficiente, em um processo judicial efetivamente capaz de solucionar as lides a tempo e modo. Cumpre ao legislador ordinário, e também ao próprio Poder Judiciário, agirem.

Do ponto de vista legislativo, há iniciativas no campo do direito processual civil, que demonstram a preocupação do legislador com a criação de mecanismos processuais voltados à abreviação, do ponto de vista cronológico, do processo.

Reformas foram realizadas ainda na vigência no Código de Processo Civil de 1973, visando encurtar procedimentos, restringir o uso de recursos, possibilitar julgamentos monocráticos em recursos repetitivos. Novos procedimentos foram criados, como o sistema dos juizados especiais, que, no papel, pretendiam conferir ao jurisdicionado um processo mais célere, o que efetivamente não aconteceu.

Veio então o Código de Processo Civil de 2015, que, reconhecendo a difícil situação enfrentada pelo Poder Judiciário, buscou na eficácia vinculante dos precedentes e no estímulo à mediação e à conciliação uma saída para o problema.

No campo administrativo, o Poder Judiciário, especialmente via Conselho Nacional de Justiça, tem adotado medidas em prol da melhoria do serviço jurisdicional. O regime de metas, a crescente virtualização dos processos e também a simples preocupação com os dados do Poder Judiciário demonstram o intuito de estimular a eficiência na prestação da jurisdição.

Cumpre-nos, portanto, feita essa reflexão inicial, analisar a teoria econômica dos contratos de Cooter e Ullen, para, a partir dela, entendermos a relação que existe entre a morosidade do Poder Judiciário e o estímulo ao cumprimento dos contratos. Segundo Ribeiro e Campos (2013, p. 37):

O Poder Judiciário é uma organização jurídica fundamental ao desempenho econômico, na medida em que é um dos principais responsáveis por garantir a propriedade, o cumprimento dos contratos e conferir segurança jurídica e previsibilidade às relações de cunho econômico. Sendo assim, é importante que os institutos processuais que impactam na atuação do Poder Judiciário sejam examinados também sob a perspectiva econômica, de modo a verificar sua correspondência com a função econômica do instituto.

Para Silveira (2007, p. 88):

O Judiciário aparece como um componente importante justamente por ser uma instituição que promove, pela sua atuação, garantias. Para o empresariado, as principais garantias são: a observância do princípio *pacta sunt servanda*, que quer dizer que os contratos deverão ser cumpridos; a proteção aos direitos de propriedade, especialmente a propriedade intelectual (que abrange marcas, patentes e descobertas científicas) pela razão óbvia de que parte do lucro é investida nesse setor, como observado acima; o controle dos abusos por parte do Governo na implementação e condução de sua política econômica, e também nas concessões e permissões de serviços, do qual detém o controle regulamentar por meio das agências reguladoras; a rapidez com que vai solucionar contendas que envolvam essas garantias.

Urge perceber a relação que existe entre o direito e a economia, mais especificamente entre o serviço prestado pelo Poder Judiciário e a atividade econômica, e as consequências que um serviço judicial ineficiente acarretam para o mundo dos negócios.

1 Panorama sobre a análise econômica do direito

A análise econômica do direito é um tema interdisciplinar que reúne dois grandes campos de estudos e facilita um melhor entendimento de ambos. A economia nos ajuda a perceber a lei de uma nova maneira que seja extremamente útil para advogados e para qualquer pessoa interessada em políticas públicas (COOTER; ULEN, 2007, p. 11).

Segundo Roemer (2000, p. 5), “*el derecho y la economia se define como la aplicación de la teoria económica y de los métodos econométricos para examinar la formación, estructura, procesos e influencia de la ley y de las instituciones jurídicas*”.

As raízes históricas mais modernas da análise econômica do direito remontam aos anos 1950 e 1960, a partir da publicação de trabalhos acadêmicos de Gary Becker (1957), Guido Calabresi (1961) e Ronald Coase (1960). Após as referidas publicações, a análise econômica do direito termina por ganhar espaço desde a Escola de Direito de Chicago, tendo como principal referência o juiz Richard Posner.

A partir dessa expansão, a análise econômica do direito deixa de estar restrita às áreas de antitruste, setores regulamentados, impostos e da determinação de indenizações monetárias (COOTER; ULLEN, 2010 p. 23), passando a ser aplicada a diversos ramos do direito, como a responsabilidade civil, o direito dos contratos, o direito penal, o direito processual, direito internacional, entre outros.

No presente artigo, a abordagem será concentrada no direito civil e no direito processual civil. Isto é, serão abordados, do ponto de vista econômico, a interação entre o direito dos contratos e os serviços adjudicatórios⁴.

A análise econômica do direito, grosso modo, consiste em um mecanismo de interpretação das normas jurídicas a partir da utilização de conceitos classicamente utilizados pela economia⁵. Visa, ao fim e ao cabo, aplicar soluções jurídicas que possibilitem atingir resultados mais eficientes do ponto de vista econômico.

É preciso mencionar que o papel central exercido pela ideia de eficiência por si só perdeu intensidade⁶ com o amadurecimento da doutrina da análise econômica, especialmente no que se refere ao posicionamento de Richard Posner, um de seus maiores expoentes.

Segundo Vasquez (1996, p. 152), “*La equidad y la justicia deben prevalecer sobre la eficiencia y el mercado cuando lo que se pone en juego es la autonomia y la dignidad de las personas*”.

Para Salama (2010, p. 1), há pelo menos duas razões teóricas que explicam a razão pela qual o critério de eficiência não pode ser determinante para explicar as vantagens da interpretação do direito pela economia: i) o direito é um sistema baseado em valores de justiça e a maximização de riqueza não é, em si mesma, um valor de justiça. A eficiência e a maximização de riqueza devem ser utilizados como um meio para a obtenção de outros fins humanos; ii) elevar a eficiência à condição

4 Termo utilizado por Ivo Teixeira Gico Junior quando se refere aos serviços prestados pelo Poder Judiciário, em, GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez, 2014.

5 Segundo Ribeiro e Campos (2013, p. 41), o movimento da Análise Econômica do Direito caracteriza-se pelo estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, trazendo para o direito noções eminentemente econômicas, tais como eficiência, redução de custos, valor e utilidade.

6 Segundo Salama (2010, p. 1), a economia não pode ser restringir a ser um guia normativo, um horizonte ético para a aplicação do direito. Não se pode transformar o tema da eficiência em paradigma de justiça. A eficiência não pode ser a condição de fim do direito.

de horizonte ético esbarra nos problemas clássicos da economia política, dentre os quais destaca-se a determinação sobre o que seja valor econômico, qual sua relação com o bem-estar humano, se a eficiência deve ser mensurada pelo critério paretiano ou de maximização total da riqueza e por fim, se consideraremos eficiência estática ou eficiência dinâmica.

Arremata o referido autor, ao afirmar que (2010, p. 6): “O ponto central da análise econômica do direito não é saber se a eficiência pode ser igualada à justiça; ela não pode. A questão é pensar como a busca da justiça pode ser beneficiar do exame de prós e contras, dos custos e benefícios”.

O próprio Richard Posner, que defendeu durante anos a manutenção de seu critério de justiça baseado na maximização de riqueza da sociedade, terminou por rever a sua posição após as críticas de Ronald Dworkin, colocando-a como um dos valores a serem sopesados quando da interpretação do direito (SALAMA, 2008, p. 8).

Com efeito, a mudança de posicionamento adotada por Richard Posner o colocou numa posição intermediária, influenciada por valores utilitaristas, consequencialistas e pragmáticos. Na prática, o protagonismo da noção de eficiência e maximização de riqueza perdeu força, cedendo a outros valores, tão importantes quanto a eficiência, dentre os quais, destaca-se a noção de justiça.

Naturalmente, a influência de outros fatores não diminui ou torna desnecessário que o direito busque comportamentos eficientes. Em razão disso, mantem-se útil e necessária a interpretação do direito sob uma perspectiva econômica, ainda que seja para confrontá-la com outras experiências⁷.

Para a corrente da *Law and Economics*, a teoria da “escolha racional”⁸, como um modelo de comportamento humano considerado como padrão do homem médio (*homo economicus*), em um mundo de recursos limitados, passou a ocupar posição de destaque na interpretação do direito. Segundo Posner (2010, p. XII):

Desde a publicação das obras de Jeremy Bentham, no século XVIII, existe uma corrente da ciência econômica que concebe a economia não como o estudo de fenômenos econômicos particulares, mas como a teoria das escolhas racionais, de como os seres racionais moldam seu comportamento em face dos incentivos e restrições que nem sempre tem uma dimensão monetária.

Entretanto, a teoria das escolhas racionais, base da análise econômica do direito, deixou de ser encarada como um dogma absoluto, tendo ganhado proeminência outras teorias acerca da tomada de decisões (FERREIRA FILHO, 2017, p. 42).

Richard H. Thaler, recentemente agraciado com o Prêmio Nobel da Economia, relativiza o dogma do comportamento racional, ao refletir a respeito de influências psicológicas do comportamento humano⁹ que o afastam de posições reconhecidamente racionais.

Segundo Jolls, Sustain e Thaler (1998, p. 1476), as pessoas exibem limitações ao comportamento racional, que podem ser classificadas como: *bounded rationality*, *bounded self-interest* e *bounded wilpower*. Portanto, comportamentos racionais podem não ser observados na prática, em razão das limitações acima mencionadas.

7 Para Salama (2010, p. 5), nada disso invalida a possibilidade de que o profissional ou estudioso do direito se valham de contribuições da econômica. Muito pelo contrário. Parece-me que a economia seja, no mínimo, uma ferramenta crítica imprescindível nos dias de hoje. Em particular, a economia ilumina a relação entre meios jurídicos e fins normativos.

8 Para a teoria econômica clássica, a conduta individual é pautada pela avaliação racional de benefícios e prejuízos que podem decorrer da ação ou omissão, de modo que, ao se deparar com mais de uma escolha, o homem avaliará e escolherá a opção que lhe for mais benéfica.

9 Segundo Jolls, Sustain e Thaler (1998, 1476), “the task of behavioral law and economics, simply stated, is to explore the implications of factual (not hypothesized) human behavior for the law. How do ‘real people’ differ from *homo economicus*? We will describe the differences by stressing three important ‘bounds’ on human behavior, bounds that draw into question the central ideas of utility maximization, stable preferences, rational expectations, and optimal processing of information. People can be said to display, bounded rationality, bounded wilpower and bounded self-interest”.

Há ainda outro campo, ainda incipiente, a Neuroeconomia, explorada por Robert Shiller, da Universidade de Yale, que busca identificar a explicação para o comportamento humano a partir do funcionamento do cérebro.

A despeito dos questionamentos teóricos apontados, a escolha racional ainda exerce posição de influência na literatura de *Law and Economics*.

Do ponto de vista econômico, o ser humano tende a atuar com o objetivo de maximizar as suas utilidades. Nessa medida, as normas devem ser criadas/interpretadas levando-se em consideração os estímulos/desestímulos que elas provocam no comportamento humano. Segundo Forgioni (2005, p. 248):

As normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos.

Sendo assim, segundo Pinheiro e Saddi (2005, p.13):

As normas jurídicas consubstanciam comandos que se prestarão como indutores dos comportamentos individuais, por meio de estruturas de estímulo e desestímulo. Pode-se afirmar que, de uma maneira geral, o Direito influencia a conduta das pessoas valendo-se tanto de instrumentos de sanção como de instrumentos de caráter premial.

Segundo Cooter e Ulen (2010, P. 25), a economia ofereceu uma teoria científica que prevê os efeitos das sanções legais no comportamento. Ainda segundo os autores, a economia oferece uma teoria comportamental para prever como as pessoas responderão às normas (COOTER; ULEN, 2007, p. 25).

Reflexões sobre custo-benefício, custos de transação, externalidades, entre outros, moldaram a análise econômica do direito, que passou a se utilizar desses conceitos para interpretar normas jurídicas postas – análise econômica do direito positiva, bem como para projetar soluções futuras adequadas para regulação do comportamento humano – análise econômica do direito normativa¹⁰.

A ideia de custos de transação¹¹ é fundamental para o Teorema de Coase, segundo o qual o uso eficiente de recursos não depende da atribuição de direitos de propriedade em situações nas quais os custos de transação são iguais a zero¹². Sendo assim, a legislação pode incentivar os negócios jurídicos a partir de normas que reduzam os custos de transação.

Considerando-se, no entanto, que a anulação dos custos de transação é algo utópico, entra em ação o teorema normativo de Coase¹³, segundo o qual a função das normas¹⁴ seria lubrificar as negociações¹⁵, reduzindo os custos de transação para a realização de negócios jurídicos. Para Forgioni (2005, p. 243):

10 Segundo Roemer (2010, p. 12), “la distinción entre análisis económico positivo y normativo del derecho, entre explicar el mundo tal cual es y tratar de cambiarlo para hacerlo mejor, es básica para la comprensión del movimiento del derecho y la economía”.

11 Cooter e Ulen (2010, p. 105) desmembram os custos de transação em 3 etapas: i) custos da busca para a realização dos negócios; ii) custos da negociação; e iii) custos do cumprimento do que foi negociado.

12 Cooter e Ulen (2010, p. 108).

13 Estructure a lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados, cf., Cooter e Ulen (2007, p. 110).

14 Diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, o papel do direito – das instituições jurídicas – volta-se à redução dos custos envolvidos nas relações econômicas (RIBEIRO; CAMPOS, 2013, p. 45).

15 Segundo Cooter e Ulen (2010, p. 111), um objetivo jurídico importante é lubrificar as negociações privadas diminuindo os custos de transação.

Um dos pilares sobre os quais se funda a AED liga-se à verificação de que o incremento do grau de segurança e de pre-visibilidade proporcionado pelo sistema jurídico leva ao “azeitamento” do fluxo de relações econômicas. Em outras palavras, os mercados funcionam de forma mais eficiente se ligados a um ambiente institucional estável, no qual os agentes econômicos podem calcular, isto é, razoavelmente prever o resultado de seu comportamento e o daqueles com quem se relacionam.

Dentro desse cenário, sob o influxo dos conceitos acima trabalhados, será analisada, a seguir, a teoria econômica dos contratos de Cooter e Ulen, para em seguida, demonstrar que a ineficiência do Poder Judiciário gera externalidades negativas¹⁶ para o cumprimento dos contratos e que a legislação processual pode servir como uma espécie de “lubrificante”, reduzindo os custos de transação na terceira etapa mencionada por Cooter e Ulen.

2 A análise econômica dos contratos de Cooter e Ulen

A análise econômica do direito aplicada aos contratos nada mais é do que o esforço intelectual de aplicar o ferramental das ciências econômicas às relações jurídicas contratuais, visando extrair dessas relações um resultado eficiente, promovendo um cenário favorável ao cumprimento voluntário dos contratos.

Conforme visto, essa análise pode ser feita do ponto de vista positivo, através da análise das normas que atualmente regem o direito contratual, buscando identificar se elas incentivam as partes a entabularem contratos e a cumprirem-nos voluntariamente. Pode ainda ser feita do ponto de vista normativo, adotando-se uma postura legislativo-reformadora, visando atingir os fins econômicos a que os contratos se prestam.

O tema se reveste de importância ímpar, na medida em que o direito dos contratos é figura essencial para o bom funcionamento da economia (TIMM; GUARISSE, 2014, p. 160). É intuitivo crer que o ser humano não é capaz de produzir tudo que necessita, de modo que o instrumento contratual é ferramenta essencial para que seja possível a troca de bens e mercadorias entre as pessoas, facilitando o acesso aos bens necessários à sobrevivência digna.

Sendo assim, é preciso que as normas que regem as relações contratuais facilitem (lubrifiquem) as relações contratuais, reduzindo os custos de transação (Teorema de Coase) e facilitando a alocação de recursos entre as partes, atribuindo os bens àqueles que mais os valorizam.

Robert Cooter e Thomas Ulen dedicam o capítulo seis do livro *Law and Economics*, para desenvolver o que denominam de teoria econômica do contrato.

A metodologia utilizada pelos autores se repete nos diversos capítulos que compõem o livro, que basicamente tem o objetivo de introduzir o tema da análise econômica em diversas áreas do direito, tais como propriedade, contratos, responsabilidade civil, processo civil e penal. Tal metodologia consiste na apresentação da perspectiva tradicional do tema e, posteriormente, no desenvolvimento de uma teoria econômica.

No capítulo referente aos contratos, os autores buscam construir a teoria econômica dos contratos a partir de dois questionamentos básicos: i) quais promessas deveriam ser executadas?; ii) qual deveria ser o remédio jurídico para a quebra de promessas executáveis? (COOTER; ULEN, 2010, p. 201)

¹⁶ Externalidades devem ser concebidas como as consequências de determinado ato econômico, capazes de afetar terceiros estranhos à relação inicial. Serão negativas quando as consequências forem prejudiciais aos terceiros não afetados diretamente com o ato.

Referindo-se à perspectiva tradicional, Cooter e Ulen abordam o fundamento utilizado pelos tribunais dos Estados Unidos para responder às perguntas acima elencadas, qual seja: a teoria da barganha contratual, segundo a qual “a lei deveria fazer cumprir as promessas feitas numa barganha” (COOTER; ULEN, 2010, p. 202).

Relativamente ao primeiro questionamento, Cooter e Ulen concluem, a partir da teoria do Professor Mel Eisenberg, que uma promessa é juridicamente executável se é feita como parte de uma barganha; do contrário, uma promessa não é executável, sendo a barganha um diálogo sobre valor para chegar a um acordo quanto ao preço.

Em outras palavras, a teoria da barganha sustenta que promessas garantidas por contraprestações são executáveis, enquanto que promessas sem contraprestação são inexecutáveis. Verifica-se que essa teoria não explica os contratos com obrigações apenas para uma das partes (doações), que são plenamente executáveis, e também não explica a possibilidade de o Poder Judiciário negar executabilidade a um contrato que opõe contraprestações desproporcionais para um dos lados.

Quanto ao segundo questionamento, a resposta é simples. De acordo com a teoria da barganha, o promissário tem direito ao “benefício da barganha” – ou seja, à vantagem que teria obtido com o cumprimento da obrigação. Em outras palavras, deverá ser indenizado pelos prejuízos sofridos, que podem se revestir da natureza de lucros cessantes ou danos emergentes.

A partir das reflexões acima, Cooter e Ulen demonstram que a teoria da barganha não é uma teoria contratual satisfatória. Prosseguem os autores afirmando que:

Ela é tanto inclusiva demais (ao sustentar a executabilidade de contratos que, pela maioria das outras razões, não deveriam ser executados) quanto inclusive de menos (ao não sustentar a executabilidade de promessas que ambas as partes verdadeiramente querem ver cumpridas). Além disso, a teoria não descreve o que os tribunais efetivamente fazem. Isto é, ela não prediz com exatidão que promessas são juridicamente reconhecidas e quais não o são (COOTER e ULEN, 2010, p. 207).

Concluem, portanto, que a eficiência econômica exige que se faça cumprir uma promessa se tanto o promitente quanto o promissário queiram a executabilidade quando ela foi feita (COOTER; ULEN, 2010, p. 208).

De tudo que foi exposto até o momento, verifica-se que a eficiência dos contratos está relacionada à existência de um cenário que favoreça o seu cumprimento voluntário. Esse cenário pode ser atingido pelo estabelecimento de regras contratuais que estimulem o seu adimplemento.

Essencial, ainda, é dotar o sistema jurídico de uma ferramenta eficiente e capaz de executar os contratos que porventura tenham sido descumpridos. Essa ferramenta é o Poder Judiciário. É ele que, através do monopólio do uso da força, tem a competência para coagir o devedor a cumprir a sua contraprestação na avença ou, caso reste frustrada a contraprestação, ingressar no seu patrimônio jurídico (princípio da responsabilidade patrimonial) para ressarcir o credor dos prejuízos experimentados.

Para exemplificar o papel da executabilidade dos contratos perante o Poder Judiciário no estímulo ao seu cumprimento, Cooter e Ulen utilizam a Teoria dos Jogos¹⁷, que diz respeito à análise de comportamentos estratégicos em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros. Em outras palavras, é a ciência

¹⁷ “Game Theory is a set of tools and a language for describing and predicting strategic behavior.” (PICKER, Randal C., The Coase Lecture Series, 1993, Chicago Law School, p. 4)

do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência entre os agentes (HILBRECHT, 2014, p. 115).

Através do jogo do agente e do principal¹⁸, os autores demonstram que os resultados esperados pelos agentes envolvidos na relação contratual são diferentes quando os contratos são executáveis. A executabilidade das promessas incentiva a troca e a cooperação entre as pessoas (COOTER e ULEN, 2010, p. 208).

A figura a seguir demonstra os resultados esperados num cenário em que os contratos não são executáveis, na hipótese em que o primeiro jogador, agente, decidir se irá fazer um investimento equivalente a 1.

Segundo jogador¹⁹

Primeiro jogador²⁰

	Cooperar		Apropriar-se	
	Primeiro jogador	Segundo jogador	Primeiro jogador	Segundo jogador
Investir	0,5	0,5	-1	1
Não investir	0	0	0	0

Nesse cenário, diante da incerteza quanto à executabilidade dos contratos, e prevendo riscos de não cumprimento por parte do segundo jogador (agente ou promitente), o primeiro jogador (principal ou promissário) tende a optar por não investir.

Caso ele invista, assumindo o risco, o comportamento mais provável do segundo jogador é apropriar-se, pois o seu *payoff* é maior.

O cenário altera-se sensivelmente quando os contratos são executáveis, conforme a figura a seguir.

	Cumprir		Quebrar	
	Primeiro jogador	Segundo jogador	Primeiro jogador	Segundo jogador
Investir	0,5	0,5	0,5	-0,5
Não investir	0	0	0	0

Nesse cenário, pode-se concluir que a melhor opção para o primeiro jogador é investir, pois o seu investimento trará um excedente à sua riqueza, ao passo que para o segundo jogador, a melhor opção é cooperar; caso contrário, ele sofrerá prejuízos com a indenização devida ao primeiro jogador.

Em resumo, o confronto entre os cenários acima configurados demonstra, segundo Cooter e Ulen, que:

¹⁸ Segundo (COOTER e ULEN, 2010, p. 209), neste jogo, o primeiro jogador decide se irá colocar ou não um ativo valioso sob o controle do segundo jogador. O primeiro jogador poderia ser um investidor numa empresa, um consumidor que esteja pagando antecipadamente para comprar bens, um depositante num banco, o comprador de uma apólice de seguros ou um expedido de mercadorias, para listar algumas possibilidades. Se o primeiro jogador coloca o ativo sob o controle do segundo, este decide se irá cooperar ou se apropriar. A cooperação é produtiva. A produtividade poderia tomar a forma do lucro proveniente de um investimento, do excedente resultante do comércio ou dos juros decorrentes do empréstimo. As partes dividem o produto da cooperação entre elas, de modo que ambas se beneficiam. A apropriação é redistributiva. A redistribuição beneficia o segundo jogador às expensas do primeiro.

¹⁹ Principal ou promissário.

²⁰ Agente ou promitente.

A primeira finalidade do direito contratual é possibilitar que as pessoas convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes. (COOTER; ULEN, 2010, p. 211)

Como se pode perceber, as figuras acima demonstram cenários em que a executabilidade dos contratos e a intervenção do Poder Judiciário oferecem a segurança necessária aos agentes de mercado de que eles serão indenizados em caso de descumprimento dos contratos.

É possível, no entanto, imaginar um cenário em que não exista segurança jurídica quanto à efetiva executabilidade do contrato pelo Poder Judiciário. Algumas razões podem ser apontadas: i) tribunais corruptos; ii) legislação dúbia; iii) Judiciário ineficiente.

A ineficiência dos tribunais pode ser observada por diversos ângulos. Os tribunais podem não zelar por uma jurisprudência uniforme, o que gera insegurança jurídica quanto ao resultado dos julgamentos. Essa, infelizmente, tem sido a realidade no Poder Judiciário brasileiro. Não raras vezes, deparamo-nos com decisões judiciais conflitantes, que aplicam entendimentos diversos quanto à mesma matéria de direito.

Essa situação tem consequências nefastas para o próprio funcionamento do Poder Judiciário, especialmente no que se refere à multiplicidade de ações judiciais com o mesmo objeto, e à protelação do encerramento dos processos, pela interposição temerária de recursos.

Pode ainda, ser moroso²¹, burocrático, o que se torna um empecilho para a solução de questões jurídicas que atravancam a conclusão de negócios. Segundo Gico Jr (2014, p. 26):

A incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário. Todo e qualquer grupo que tenha como interesse a expansão de direitos e sua efetividade deve ter na morosidade judicial um de seus piores inimigos. Não importa se nominalmente um determinado grupo é titular ou não de um direito, se o Judiciário for excessivamente moroso (t for muito grande), o valor presente desse direito tende a zero, ou seja, semelhante à situação de o mesmo grupo não ser titular do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado.

Segundo Moreira (2015, p. 7):

Os óbices enfrentados pelo Poder Judiciário concernentes à morosidade da jurisdição, na maior parte dos países em desenvolvimento e em transição, prejudicam o desempenho econômico de várias maneiras: estreitam a abrangência da atividade econômica, desestimulando a especialização e dificultando a exploração de economias de escala.

Prossegue afirmando que:

Especificamente nos negócios jurídicos empresariais, a ineficiência da prestação judicial acaba por ocasionar a diminuição dos investimentos e a utilização do capital disponível e, por fim, diminui a qualidade da política econômica.

Percebe-se que a inclusão da variável eficiência do Poder Judiciário no jogo do agente e do principal acima ilustrado tem o potencial de alterar os estímulos à cooperação entre as partes.

21 Segundo Silveira (2007, p. 147), a importância do tempo na relação processual passou a ser tão grande que hoje a tutela jurisdicional prestada a destempo em um litígio é inefetiva, é uma não tutela. Ou seja, o decurso do tempo aplaca a finalidade da prestação jurisdicional, que é a verdadeira solução da controvérsia.

Ora, na medida em que a indenização é improvável ou, ainda que efetivamente venha a ocorrer, seja atingida em um espaço temporal dilatado, o agente pode adotar medidas economicamente mais rentáveis do seu ponto de vista exclusivo, protelando o cumprimento da sua parte no negócio jurídico entabulado.

Diversos atores que litigam no Poder Judiciário brasileiro notoriamente utilizam-se da morosidade da Justiça para protelar o cumprimento de suas obrigações, mesmo sabendo que são devedores e que o direito não lhes socorre. Instituições financeiras e entes públicos figuram entre os maiores litigantes do país²² e postergam o cumprimento das suas obrigações, apostando na morosidade do Judiciário.

Portanto, é verdade que contratos são eficientes, conforme defendem Robert Cooter e Thomas Ulen, quando executáveis. No entanto, para além disso, é imprescindível a existência de um Poder Judiciário eficiente, caso contrário, a executabilidade dos contratos não se concretizará no mundo real.

A ineficiência do Poder Judiciário, portanto, é uma externalidade negativa, que aumenta os custos de transação para a realização de negócios jurídicos, em contrariedade ao teorema de Coase, que exige cenários com custos de transação próximos a zero como ideais para o atingimento de resultados eficientes.

3 A ineficiência do Poder Judiciário no Brasil

Conforme dito, o Banco Mundial publica anualmente um relatório denominado *Doing Business*²³, que tem por objetivo avaliar e classificar a aptidão de diversos países espalhados pelo mundo para a realização de negócios. O Brasil foi um dos países pesquisados, e os resultados não são nada animadores.

Entre os diversos itens que são avaliados, consta uma análise sobre o Poder Judiciário, o que por si só já demonstra a importância de um Judiciário eficiente para a configuração de um cenário adequado para a realização de negócios.

De acordo com citado relatório, no item “Execução de contratos”, o Brasil ocupa a posição de nº 47 no *ranking* mundial, atrás de países como Bielorrússia, Butão, Antígua e Barbuda, Azerbaijão, Uzbequistão, entre outros.

Segundo a publicação, a classificação refere-se ao nível de facilidade para a realização de negócios no país. Uma posição próxima ao topo do *ranking* significa que o ambiente regulatório é mais propício para a criação e operação de uma empresa local.

O item “Execução de contratos”, segundo o relatório, mede o tempo e custo para a resolução de disputas comerciais através de um tribunal de primeira instância local. Com base no caso de uma disputa comercial sobre a qualidade de bens vendidos a uma empresa, o Banco Mundial analisa o tempo e o custo, a partir do momento em que o queixoso entra com uma ação até que o pagamento é recebido. Além disso, o índice de qualidade dos processos judiciais avalia se cada economia adota uma série de boas práticas que promovem a qualidade e eficiência do sistema judicial.

É notório que um país como o Brasil, que representa uma das maiores economias do mundo, não pode figurar no *ranking* numa posição modesta como a apontada pelo Banco Mundial. Naturalmente, há externalidades para o mercado.

²² <http://www.gazetadopovo.com.br/justica/estado-congestiona-o-judiciario-no-pais-quem-perde-e-o-cidadao-bkyvzcz1ylmckd5cnu9zuqzr3>

²³ Relatório *Doing Business* – 2018, disponível em <http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/enforcing-contracts>.

Pesquisas sobre a eficiência do Poder Judiciário também são objeto de preocupação do Conselho Nacional de Justiça, que publica anualmente o *Relatório Justiça em Números*.

O referido relatório, segundo a Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, Ministra Carmem Lúcia:

Cumpra o dever deste órgão com o cidadão, cujo direito à informação é constitucionalmente assegurado, sendo também instrumento de conhecimento de dados essenciais para a definição de políticas públicas do Poder Judiciário²⁴.

Ainda segundo a Ministra Presidente:

Tem-se, no Relatório, os problemas que precisam ser resolvidos para a prestação da jurisdição em tempo razoável, como constitucionalmente assegurado ao cidadão. Principalmente, busca-se entender em que áreas o Poder Judiciário há de atentar prioritariamente para sua mudança em benefício do jurisdicionado, por ser indiscutível que a tardia prestação jurisdicional é inaceitável.

Verifica-se, de logo, a preocupação da Chefe do Poder Judiciário com o tema celeridade, que nos remete diretamente ao problema central deste artigo, que diz respeito à eficiência do Poder Judiciário.

O primeiro ponto digno de nota é o custo da Justiça no Brasil. Segundo o *Relatório Justiça em Números*, a despesa total do Poder Judiciário no Brasil, no ano de 2017, atingiu impressionantes R\$87 bilhões. Trata-se de valor considerável, que certamente poderia ser diminuído numa grande reforma que envolvesse a alteração da sua estrutura, composta de diversos ramos a partir da matéria enfrentada, especialmente no âmbito federal.

Há outros dados relevantes, todos condensados no tópico da conclusão do relatório. A Justiça brasileira hoje tem em tramitação cerca de 80 milhões de processos, o que representa um aumento de 4,5% ao ano desde 2009, quando os dados começaram a ser pesquisados. Apenas no ano de 2016, cerca de 29,4 milhões de processos ingressaram nos órgãos do Poder Judiciário.

A taxa de congestionamento permanece em níveis altos, com pouca variação desde o ano de 2015, atingindo o percentual de 73%, o que significa que tão somente 27% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados.

Chama atenção, ainda, o tímido índice de conciliação alcançado pelo Poder Judiciário brasileiro, mesmo considerando-se o estímulo previsto no CPC de 2015. Das 30,7 milhões de sentenças e decisões terminativas, apenas 11% foram homologatórias de acordos. Nesse aspecto, deve-se destacar a atuação da Justiça do Trabalho, que alcançou um índice de 39,7% de conciliações.

No que se refere à questão da morosidade, um dos pontos centrais deste artigo, conforme já dito, reputa-se oportuno transcrever as conclusões a respeito, dado que demonstram o grau de comprometimento da solução de conflitos por intermédio do Judiciário:

A análise do tempo médio de tramitação aponta onde está a morosidade da Justiça: na fase de execução. O tempo médio das sentenças de 1º grau proferidas em 2016, na fase de execução, foi de quatro anos e seis meses. Já as sentenças na fase de conhecimento levaram uma média de um ano e quatro meses da autuação ao julgamento de mérito, o que representa mais de três anos de diferença entre as fases.

24 Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>.

O 2º grau também é mais célere que o 1º grau. No 2º grau, o tempo médio da decisão terminativa foi de nove meses, e no 1º grau, de dois anos e sete meses. Tais diferenças foram observadas em quase todos os segmentos de Justiça.

Na Justiça Estadual, o 1º grau apresentou média de três anos e dois meses e o 2º grau, sete meses. Na Justiça Federal o 1º grau teve média de quatro anos e dois meses e 2º grau, um ano e dez meses. Na Justiça do Trabalho o 1º grau teve média de um ano e o 2º grau, quatro meses. Na Justiça Militar Estadual o tempo médio no 1º grau foi de um ano e no 2º grau, três meses. Já na Justiça Eleitoral a diferença foi menor: três meses no 1º grau e dois meses no 2º grau.

Nos tribunais superiores, o tempo médio até a sentença foi de 11 meses no STJ, um ano e dois meses no TST e oito meses no TSE. Há de se considerar que o volume de processos novos originários nos tribunais superiores e no 2º grau é relativamente baixo (16% no STJ; 0,4% no TST; 2% no TSE; 5% nos TRFs; 3% nos TRTs e 20% nos TJs).

A conclusão acima colacionada revela algo extremamente pertinente para o objeto do presente estudo. O grande gargalo da Justiça é a execução. É aqui que o Poder Judiciário demonstra a sua ineficiência, pois, apesar de apresentar a solução para o caso concreto (fase de conhecimento) em prazo relativamente aceitável, a efetiva concretização do direito material protegido não acontece no tempo adequado.

Ciente dessa dificuldade, não é difícil concluir que os agentes econômicos podem se utilizar da morosidade do Poder Judiciário para não cumprir os seus deveres, visto que o tempo do processo aliado a um custo baixo de manutenção de processos em tramitação gera estímulos para o descumprimento dos contratos.

Conclusão

A partir da reflexão sobre uma teoria geral da análise econômica do direito e também da análise econômica dos contratos de Cooter e Ulen, fomos capazes de identificar a importância de um Poder Judiciário eficiente para a criação de um cenário favorável à realização de negócios.

A Justiça é o último recurso do cidadão, aquele em que se pode encontrar a proteção do Estado, seja para garantir o cumprimento dos contratos, para fazer valer o seu direito de propriedade. Falhas nos serviços adjudicatórios geram insegurança jurídica, o que é, conforme se demonstrou, prejudicial a uma sociedade de mercado.

Não basta que contratos sejam executáveis, conforme exposto por Cooter e Ulen. A utilização da teoria dos jogos demonstrou que contratos executáveis perante o Estado-Juiz podem converter negócios jurídicos não cooperativos em negócios jurídicos cooperativos, ou seja, em negócios que geram nos contratantes estímulos para o seu adimplemento.

É imprescindível, para além da executabilidade, que o Poder Judiciário seja efetivamente capaz de: i) adotar meios executivos que induzam o adimplemento das obrigações, como a imposição de medidas coercitivas; ii) tornar indene aquele que experimentou prejuízos a partir do descumprimento de determinado contrato, caso os meios executivos coercitivos se mostrem incapazes de solucionar a questão. Essa capacidade gerará nos atores de mercado a segurança necessária para entabular contratos, e a confiança de quem tais contratos serão cumpridos.

A análise dos dados expostos pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo relatório *Doing Business* do Banco Mundial revela que o Poder Judiciário no Brasil é ineficiente, e essa ineficiência é um fator de desestímulo ao cumprimento dos contratos, uma externalidade negativa gerada pelo sistema

de Justiça para o mercado. Com efeito, o excessivo acúmulo de processos, um sistema processual favorável a manobras procrastinatórias, e um sistema executivo absolutamente lento e ineficiente são elementos que influenciam no aumento dos custos de transação, tornando os negócios jurídicos mais caros, dado que a insegurança jurídica quanto ao seu cumprimento e quanto a sua execução forçada estão presentes.

Diante dessa constatação, é preciso que o legislador atue para transformar o Poder Judiciário Brasileiro, tornando-o eficiente, célere. O direito processual civil deve servir como um mecanismo de lubrificação do sistema de Justiça, reduzindo os custos de transação e proporcionando um cenário mais seguro para a realização de negócios.

A eficiência na tramitação de processos judiciais e a isonomia do tratamento de questões idênticas podem contribuir decisivamente para que o Brasil se torne mais competitivo, atraindo investimentos e fomentando a realização de negócios no país. Diversas iniciativas legislativas ao longo dos últimos anos e a própria edição do Código de Processo Civil de 2015 demonstram essa intenção. Os precedentes vinculantes e o estímulo à conciliação, pedras angulares do novo código, caminham nesse sentido.

É preciso diminuir essas externalidades, dotando o Poder Judiciário de instrumentos que possibilitem o exercício da sua missão constitucional. O objetivo maior é estimular o ambiente de negócios no Brasil, acelerando assim o crescimento econômico do país.

Bibliografia

BANCO MUNDIAL. **Doing Business: Economy Profile: Brazil**, 2018

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF : Senado Federal, 1988.

BECKER, Gary. **The Economics of Discrimination**, Chicago, University of Chicago Press, 1957.

C775. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ**, 2017.

CALABRESI, Guido. **Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts**, 70 Yale Law Journal 499 (1961).

COASE, Ronald. **The Problem of Social Cost**, 3 Law & Economics 1 (1960).

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**; tradução: Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. – 5. Ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010.

FERREIRA FILHO, Paulo Sérgio. **Ministério Público e a Regularização Fundiária urbana em áreas de preservação permanente: análise econômica e comportamental**, Ed. Lumen Juris: São Paulo, 2017.

FORGIONI, Paula A. Análise econômica do direito (AED): paranoia ou mistificação? **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, v. 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

GICO Jr, Ivo. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set/dez. 2014, p. 2.

HILBRECHT, Ronald O. **Uma Introdução à Teoria dos Jogos, em Direito e Economia no Brasil** / Luciano Benetti Timm (org). 2 ed, São Paulo: Atlas, 2014.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; and THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics (1998). **Faculty Scholarship Series**. Paper 1765.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial – **Steven Shavell e o Preço do Processo**: notas para uma análise econômica do direito processual, Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.

MOREIRA, Samantha Caroline Ferreira. Os reflexos da intempestividade da prestação jurisdicional nos negócios jurídicos empresariais e os fundamentos da análise econômica do direito. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 13, n. 50, p. 229-243, abr./jun. 2015.

PICKER, Randal C. **The Coase Lecture Series**, 1993, Chicago Law School.

POSNER, Eric. **Análise Econômica do Direito Contratual**: sucesso ou fracasso? Tradução e adaptação ao direito brasileiro: Luciano Benetti Timm, Cristiano Carvalho e Alexandre Viola. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard A. **A Economia da Justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. Revisão da tradução Anibal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência Recursal no novo CPC: uma análise econômica. **Revista de Informação Legislativa**, ano 50, n. 199, jul. set, 2013.

RODRIGUES NETO, João Maximo. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado**, Porto Alegre, v. 36, n. 76, p. 193-215, 2015.

ROEMER, Andre. **Introducción al Análisis Económico del Derecho**. Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedade Mexicana de Geografia e Estadística y Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **De que Forma a Economia Auxilia o Profissional e o Estudioso do Direito?** EALR, V. 1, nº 1, p. 4-6, jan-jun, 2010.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **Direito, Justiça e Eficiência**: a perspectiva de Richard Posner, Latin American and Caribbean Law and Economics Association, agosto de 2008.

SILVEIRA, Fabiana Rodrigues. **A Morosidade no Poder Judiciário e Seus Reflexos Econômicos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. **Análise Econômica dos Contratos**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VASQUEZ, Rodolfo. **Comentarios sobre Algunos Supuestos Filosóficos del Analisis Económico del Derecho**. Texto lido em el primer congreso anual sobre Justicia y Eficiencia, organizado pela asociación mexicana de derecho y economia y el instituto tecnológico autónomo de Mexico, Mexico, D.F., 16 de febrero de 1996.