

REDUZINDO AS DESPESAS: OS PRECEDENTES JUDICIAIS EN- QUANTO UMA EXTERNALIDADE POSITIVA DO LITÍGIO

José Borges Teixeira Júnior¹

1. INTRODUÇÃO.

O Sistema de Direito Positivo brasileiro passa por insofismáveis reformas no campo de suas fontes e órgãos produtores de enunciados prescritivos, especialmente após o advento da Lei Federal n.º 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil – NCPC.

Já com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/2004 (a dita “Reforma do Judiciário”) e o acréscimo do Art. 103-A ao texto constitucional, restou possibilitada a criação, pelo Poder Judiciário, de enunciados não só dotados de natureza cogente (o que não é novo, dado o caráter mandatário e sancionatório próprio da linguagem jurídica), mas também de caráter geral e abstrato, inovação inquestionável, posto ser esse o campo do Estado ao qual era usualmente relegado a emissão exclusiva de normas concretas, isto é, apenas para a solução de um específico caso, que lhe era posto à luz de um processo judicializado.

O NCPC deu um passo adiante nesta escalada, mencionando em seu art. 927 que a observância aos ditos “precedentes judiciais”² é mandamental, seja pelos tribunais regionais (tribunais de justiça, tribunais regionais federais e etc.), pelos juízes de primeira instância ou mesmo pelas próprias cortes superiores, estabelecendo requisitos – ainda que de uma fluidez semântica manifesta – destinados à estabilização do entendimento, como se vê o §4º do dispositivo em questão.

1 Mestrando em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo – UFES e em *International Business Law* pela Steinbeis University Berlin – SIBE. Juiz de Direito no Estado no Espírito Santo.

2 Tomamos de empréstimo o conceito de precedentes do professor HERMES ZANETI JR., no sentido de que eles “[...] consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas. No momento da aplicação, deste caso-precedente, analisado no caso-atual, se extrai a *ratio decidendi* ou *holding* como o *core* do precedente. Trata-se, portanto, da solução jurídica explicitada argumentativamente pelo intérprete a partir da unidade fático-jurídica do caso-precedente (*material facts* somados a solução jurídica dada para o caso) com o caso-atual” (ZANETI JR., 2017. p. 328-330).

Desse modo, temos que os precedentes judiciais são uma realidade em nosso direito e, enquanto tal, merecem uma análise acurada sobre todas as óticas possíveis, a fim de que a comunidade científica possa produzir conhecimento acerca desse novo fenômeno, suas implicações e consequências para o sistema em si e para a sociedade.

O objetivo deste trabalho é o de analisar os precedentes sob uma ótica econômica do sistema processual, entendendo-o como uma *externalidade positiva* fruto do litígio submetido ao Poder Judiciário, o que mitiga seu custo para a sociedade.

Apenas para termos uma base de trabalho e ilustrar a situação ao leitor, o Ministério da Justiça, nos idos de 2004, estimou que o custo médio por processo judicial julgado no Brasil era de R\$1.848 (mil oitocentos e quarenta e oito reais)³.

Mantendo-se o mais constante – *i.e.*, ignorando-se qualquer possível encarecimento ou redução deste preço, o que poderia se dar diante de um deslocamento da curva da demanda, por exemplo (a oferta assume-se estável, por certo, e não cogitamos uma elasticidade em qualquer dos polos) – a incidência da inflação no período elevaria este valor para a monta de R\$4.022,75 (quatro mil, vinte e dois reais e setenta e cinco centavos), um pouco mais de quatro salários mínimos atualmente vigentes.

Muito se discute hoje acerca da importância de se reduzir este custo, existindo trabalhos, inclusive deste autor⁴, analisando o fenômeno da litigância no Brasil e seu custo sob a ótica da *tragédia dos comuns*⁵.

Este trabalho, porém, visa um ângulo mais “otimista” do problema, uma vez que sua intenção é, através do método dedutivo axiomático, próprio da economia, demonstrar como o sistema de precedentes mitiga os custos do processo (“reduz as despesas”, como instiga o título deste artigo), em quantidade exata ainda imprecisa – tal levantamento, sobre ser relevante, escapa aos limites de nossa cognição – mas que pode ser levado em consideração pela sociedade quando da formulação de políticas públicas relativas ao sistema processual brasileiro.

3 As despesas naquele ano, do Poder Judiciário (na casa dos milhões), foi de R\$16.280 ou, com idêntica atualização monetária – igualmente pelo IPCA (IBGE) – a significativa quantia de R\$35.632,48.

4 *A isenção tributária nos juizados especiais cíveis de Vitória/ES e sua influência sobre o acesso à justiça: uma análise econômica do Direito* (inédito).

5 Situação em que indivíduos agindo de forma independente e racionalmente de acordo com seus próprios interesses se comportam em contrariedade aos melhores interesses de uma comunidade, esgotando, ou usando para além do limite da eficiência, algum recurso comum.

Uma vez que consideramos o percorrer analítico um bom termo para o discurso científico, seja porque facilita o leitor, seja porque permite a fixação gradual de “pactos semânticos”, assegurando o rigor necessário para tal linguagem⁶, antes de explicitarmos nossas conclusões a respeito do tema, deixaremos claras (ou melhor, o mais claro que nossa capacidade permitir, uma vez que a tal “clareza” já é uma postura pós interpretativa) as definições dos termos que serão utilizados e o processo de raciocínio adotado.

2. DESENVOLVIMENTO.

PONTES DE MIRANDA nos ensina desde os idos de 1970 que no momento em que alguém se sente ferido em algum direito, tal circunstância se dá no plano puramente psicológico, de maneira que o Poder Judiciário recebe esta pessoa “não porque tenha direito subjetivo, de direito material, nem, tampouco, ação”, mas sim como um cidadão que presta perante os órgãos estatais a sua declaração de vontade (MIRANDA, 2016. p. 94).

Ou seja, neste momento embrionário, o que se tem é uma disputa revelada, por um lado, pelo *sentimento* de ofensa da parte autora e, de outro, pelo *sentimento* de nada ter a prestar perante seus pares, por parte do réu.

Somente com a formação do processo em si é que a solução desta situação da vida (comumente chamada de *lide* pelos processualistas, ou lide social, em razão da pluralidade de sentidos que tal expressão adquiriu ao longo dos anos) passará a ser discutida através da linguagem jurídica, momento em que efetivamente entrarão em jogo – a fim de sustentar aqueles “sentimentos” na esfera pública processual – os direitos subjetivos, os deveres jurídicos, as regras e as normas jurídicas.

Em suma, o Estado se põe diante dos sujeitos com o fulcro de solucionar aquelas questões complexas cujo monopólio da força impede uma solução direta pelos interessados, o que se dá através da prestação de um *serviço público*: a jurisdição.

Encontra-se no pórtico das noções de microeconomia a questão de que qualquer decisão econômica, no seu nível mais basilar, envolve uma escolha individual ou, em outras,

6 No âmbito da análise econômica do direito e do discurso científico em geral consideramos que um dos principais papéis e, epistemologicamente, uma das únicas possibilidades e de assegurar à ciência jurídica o altiplano das ciências, é se assegurar um discurso redutor de ambiguidades e de complexidades, ou, como afirma RUDOLF CARNAP, evitando-se uma “falta de concepção clara de que o objeto da discussão é a linguagem da ciência” (CARNAP, 1992. p. 60, tradução livre).

palavras, decisões de um indivíduo sobre o que fazer e o que não fazer em uma dada situação da vida (KRUGMAN e WELLS, 2007. p. 05).

Tais decisões, segundo o modelo axiomático⁷ dedutivo da economia, se dão à luz sempre de duas premissas (indemonstráveis e inquestionáveis; axiomas, portanto): a escassez dos recursos disponíveis e a maximização da utilidade.

Ambos são deveras intuitivos. O primeiro deles pontifica que a sociedade possui recursos limitados e, portanto, a ninguém é dado possuir e deter todos os bens (e, por isso, gozar de toda utilidade) desejados. O segundo deles indica que, nestas situações de escassez, em que as escolhas são feitas, os sujeitos comportam-se racionalmente⁸, isto é, buscam os meios de aumentarem sua utilidade (através da satisfação de suas preferências) ao menor custo possível.

Diante destas premissas axiomáticas, é possível deduzir as escolhas que o indivíduo (chamemo-lo de S_1) tomará diante do *sentimento* – puramente psicológico, como visto acima – de ter sido ferido por terceiro (doravante S_2) em algo que entendia ser “seu direito”.

Primeiramente, a oposição da S_2 já impede que S_1 goze de toda utilidade possível. Porém, este conflito é solúvel, isto é, S_1 ainda possui a expectativa de que tal bem da vida lhe seja assegurado. Todavia, e isso é insofismável, o *tempo* também é um bem escasso e, ainda que tudo corra conforme esperado, S_1 não terá a utilidade pretendida ao tempo que gostaria.

7 Conforme lições de J. FERRATER MORA, axiomas são “[...] proposições irreduzíveis, princípios gerais aos quais e reduzem todas as outras proposições e nos quais estas necessariamente se baseiam. O axioma possui, por assim dizer, um imperativo que obriga ao assentimento uma vez que seja enunciado e entendido [...] Hoje, não se hesita em tratar os axiomas como enunciados hipotéticos. Os próprios sistemas axiomáticos são definidos às vezes como sistemas hipotético-dedutivos” (MORA, 2004. p. 243-244). Ou seja, o método de aproximação do seu objeto de estudos, para a economia, é, ter por base um rol explícito de proposições não refutáveis (“enunciados-mãe”) através das quais, em abstrato, se deduz logicamente uma série de outras proposições (“enunciados-filhos”), cujo objetivo é tentar explicar o mundo da vida da forma mais simples possível, como já nos ensinava o *Doctor Invincibilis* de Ockham em sua máxima de que as pluralidades não devem ser postas sem necessidade (*pluralitas non est ponenda sine neccesitate*).

8 É importante asseverar que em nenhum momento os economistas – ou os teóricos da análise econômica do direito – acreditam, de fato, na assumpção de que as pessoas calculem exatamente a busca por seus objetivos em um sentido literal. Na verdade, a maioria dos analistas acredita, como bem apontado por STEVEN SHAVELL, que um indivíduo pode sequer perseguir um único objetivo fixo, ou seja, seus propósitos, ânimo e estado psicológico em geral podem ser alvos de alterações de fatores os mais diversos e, com isso, seus objetivos alterarem-se imprevisivelmente (SHAVELL, 2004. p. 661-662). Isso se dá porque a análise econômica do direito se vale do método dedutivo, partindo de premissas hipotéticas não demonstráveis para assim tecer sua visão de mundo acerca do objeto estudado. Seu objetivo é apenas o de apresentar um modelo científico de escolha, nas palavras de CRISTIANO DE CARVALHO, que seja elegante e preciso (ainda que nem sempre realista), não pretendendo ser uma descrição fidedigna e exaustiva do mundo. Na verdade, conclui o autor, que uma teoria da escolha racional “[...] que buscasse levar em conta toda a magnitude das vicissitudes humanas não lograria obter modelos causais úteis para explicação e predição do comportamento humano. Não somente não seria uma boa teoria ‘descritiva’, como certamente não seria uma teoria normativa útil” (CARVALHO, 2013. p. 58).

Mas não é esta a única escolha de S_1 . Ele deverá ainda decidir se a composição da querela é possível de solução sem que se mostre preciso um socorro ao poder jurisdicional (a dita autocomposição, através dos tão falados meios alternativos de solução de conflitos, próprios à Justiça Multiportas, um dos institutos que compõem a base no novo Código de Processo Civil).

A par dos instrumentos que o sistema de direito positivo oferece a S_1 , a decisão de solução extrajudicial da lide fora resumida por RICHARD POSNER na seguinte inequação:

$$P_p J - C + S > P_d J + C - S$$

Onde: P_p é a probabilidade do autor, segundo por ele estimado, de ganhar a causa⁹, P_d a igual estimativa de probabilidade, mas da parte contrária. J é o *quantum* do pedido que o autor deseja (o qual, acaso outorgado seria suportado pela parte *ex adversa*). C e S são os custos de cada parte para litigar em Juízo e para fazer a composição extrajudicial, respectivamente (POSNER, 2014. p. 781).

Como se verifica da fórmula, os custos da litigância em Juízo são suportados pelas partes e possuem intrínseca importância em sua escolha de buscar uma solução “amigável” à controvérsia ou submeterem sua lide ao Poder Judiciário.

Dito de outras palavras, S_1 não litigará com S_2 – à luz da maximização de sua utilidade – se as despesas do litígio forem tais que a decisão de compor extrajudicialmente sua lide se mostrar menos custosa para a satisfação de seus interesses (assumindo-se um custo de transação, a dita “baganha”, igual a zero, evidentemente).

Observe o leitor que esta afirmação não importa na nefelibática assertiva de que S_1 conseguiria a integralidade do bem da vida pretendido por ele.

Ao contrário, a presença de uma expectativa de êxito (usualmente inferior a 100%) e a existência de *custos* para o atingimento da utilidade pretendida (que já não será, em nenhuma hipótese, idêntica àquela imaginada inicialmente, na melhor das hipóteses, em fun-

9 Interessante notar que, apesar das bases epistemológicas absolutamente diferentes, como sói ocorrer às melhores mentes, POSNER e PONTES DE MIRANDA tecem conclusões que culminam por ter diversos pontos de contato. Ambos, apesar da sensível diferença dos fundamentos de suas teorias, tiveram a arguta percepção de que a decisão de litigância – ainda que composta extrajudicialmente – é uma noção psicológica que somente é vertida em linguagem jurídica com a propositura da ação, mas que, ao fim e ao cabo, encontra no Direito só o fundamento de argumentação na esfera pública mas, no seu âmago, é apenas um sentimento de utilidade não gozada que busca justificação no discurso jurídico. Esta uma das razões da mera estimativa de vitória.

ção do tempo dispendido para o acordo ser entabulado) traz na inequação uma margem de barganha situada entre o ganho de S_1 e a perda de S_2 .

Tais custos, segundo a fórmula de POSNER, são suportados pelas partes, posto que ele não leva em consideração – não por desatenção, evidentemente, mas por não ser o objeto de sua análise naquele momento – que, muito embora os *custos do litígio* sejam de encargo de cada uma das partes litigantes, as despesas da manutenção do aparato judicial se dá, em ampla maioria, pelo financiamento de cunho coletivo, através dos tributos recolhidos da população em geral¹⁰.

Por isso, tem-se aqui um problema de cunho econômico.

O Estado, através do dinheiro retirado coercitivamente de seus cidadãos, patrocina um serviço público à coletividade.

Todos podem dele se valer¹¹ e, a bem da verdade, seu financiamento se dá pela coletividade de cidadãos, prioritariamente, e apenas uma pequena parcela da sua manutenção é arcada pelos litigantes, por aqueles que *efetiva e realmente* encontram-se gozando dos benefícios diretos de seu funcionamento (*i.e.*, a jurisdição).

A questão realmente começa a adquirir foros daquilo que a doutrina econômica se prestou a chamar de a *tragédia dos comuns*.

Para a microeconomia, os bens públicos (*public goods*) recebem uma classificação diferente daquela que a ciência do direito outorga aos mesmos, merecendo, por isso, que um parêntese seja traçado apenas para que em breves linhas seja exposta a visão da ciência econômica (com a qual trabalharemos).

Conforme nos ensina PINDYCK e RUBINFELD, os bens públicos possuem duas características: não rivais (*nonrival*) e não exclusivos (*nonexclusive*), sendo que a primeira aduz ser zero o custo de seu provisionamento a um consumidor adicional e a segunda que as pesso-

10 Mais uma vez, apenas a título de ilustração para o leitor, a proposta de orçamento para o ano de 2017 do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo (Projeto de Lei n.º 293/2016) contemplou uma despesa total aproximada de 1.113 bilhões de reais. Deste montante, advirão exclusiva e diretamente do tesouro do erário estatal o valor estimado de 948 milhões de reais, *correspondentes a 85,14% do total*, ao passo que os demais valores sairão de arrecadações próprias do Poder Judiciário, a saber, as custas judiciais (tributos, em nosso entendimento, apesar de reconhecermos a existência de divergência no campo doutrinário) e emolumentos.

11 E, como visto, independentemente de um “direito” violado, posto que o Poder Judiciário recebe a todos tal qual integrantes da união nacional que prestam declarações de vontade perante si.

as não podem ser excluídas de consumi-lo, de modo que é difícil ou impossível que se dê a cobrança por seu uso (PINDYCK e RUBINFELD, 2013. p. 690).

Paralelamente à noção de bens públicos, há ainda os chamados *recursos comuns*.

Os recursos comuns, igualmente aos bens públicos, não são exclusivos. Realmente é bastante difícil (se não impossível) impedir o seu uso, tornando a cobrança praticamente um ato inviável. Todavia, *eles não são rivais*, ou seja, o uso de um recurso comum por uma pessoa reduz a possibilidade que outras pessoas têm de usá-lo, gerando a chamada *tragédia dos comuns*.

Como bem explica MANKIW, a *tragédia dos comuns* se dá quando, fornecido um bem não exclusivo, porém rival, surge a necessidade dos formuladores de políticas públicas de se preocuparem com a quantidade usada desse recurso, uma vez que os incentivos sociais e privados são diferentes e o uso desse recurso diminui o desfrute que as outras pessoas podem ter dele, gerando uma *externalidade negativa* (MANKIW, 2013. p. 222).

Aplicando-se ao processo judicial, não é de hoje a verificação que o serviço público judicial é um recurso comum e que o seu financiamento internacionalmente se dá pela coletividade e não por aqueles que efetivamente dele se usam, gerando um incentivo privado que motiva um uso “excessivo” do bem por algumas pessoas em detrimento do patrimônio estatal, formado pelos contribuintes em geral¹².

Observando-se a questão apenas por este ângulo, parece-nos realmente evidente que a solução de conflitos – enquanto, de *per se*, um bem da vida dotado de utilidade – possui um custo que não é arcado, integralmente ou sequer em maior parte, por aqueles que efetivamente levam suas questões ao Poder Judiciário, mas sim por uma totalidade de outros indivíduos.

Ademais, a estrutura do Poder Judiciário é finita e finitos também são os recursos plausíveis de apropriação pelo Poder Público para destinação à atividade jurisdicional, razão pela qual seu uso aparenta, de fato, ser rival: o uso em um litígio demanda tempo, trabalho e o emprego de materiais e força de trabalho que não serão utilizados em outro.

Noutra voz, o custo marginal de mais um litígio *não* é nos parece ser igual a zero.

12 Com relação à primeira afirmação, vide o trabalho de COOTER e RUBINFELD chamado *Economic analysis of legal disputes and their resolution* e, acerca da conclusão, o artigo de ZYWICKI intitulado *Public Choice and Tort Reform*.

E é aqui que o sistema de precedentes judiciais parece atuar de maneira incisiva.

A sua importância à luz da análise econômica já fora percebida pela doutrina nacional, como se verifica do trabalho de JOÃO MÁXIMO RODRIGUES NETO, concluindo textualmente “[...] que um sistema de precedentes vinculantes ao lado da instituição de determinados filtros recursais nas instâncias superiores auxilia a otimização dos custos, *na perspectiva interna*, e apresenta ao jurisdicionado alternativas para resolução da controvérsia de modo mais vantajoso” (RODRIGUES NETO, 2015. p. 211-212, grifamos).

Como se verifica da análise do citado autor – bastante precisa e fundamentada – o escopo dos precedentes se prestaria a assegurar o nivelamento das expectativas de vitória entre as partes, estabilizando a interpretação do conteúdo mandamental das normas jurídicas no seio da sociedade. O citado processualista faz uma análise *interna* de sua importância.

Apesar do autor que aqui escreve possuir certas indagações a essas conclusões, calcadas na teoria da escolha pública (*public choice*)¹³, que não serão o foco deste trabalho, o processo de positivação, para utilizar o léxico de LOURIVAL VILANOVA, é sim uma atividade própria do Direito a fim de outorgar a ele maior *força prescritiva* à sua linguagem.

Todavia, a observação que nos propomos a expor neste trabalho é um tanto quanto diversa, pois nosso escopo não mira para o interior de um litígio específico, mas sim para a dita *tragédia dos comuns* e o custo do recurso comum da atividade jurisdicional, sobre a qual considero que a sistemática dos precedentes também veio a prestar um significativo socorro.

Afirmamos acima que as partes litigantes (ainda que somássemos todos os litigantes) não arcam com a totalidade do pagamento do serviço público que gozam: um aparato estatal pronto e acabado, especializado na solução de conflitos, aplicação das normas jurídicas, com profissionais treinados, procedimentos de gestão pré-definidos e estrutura material (ao menos em tese).

13 Conforme ensina TULLOCK, as “pessoas são pessoas” e, portanto, sujeitas às mesmas motivações na vida pública que em sua vida privada, de maneira que os mesmos incentivos que às motivam em sua vida privada também as movem na esfera pública, com a diferença de que, particularmente, atuam como consumidores e, publicamente, como formuladores de políticas públicas ou eleitores (TULLOCK, SELDON e BRADY. 2002. p. 3-6). De uma forma ou de outra, seu objetivo, à luz dos axiomas acima indicados, é a maximização de *sua própria utilidade ao menor custo*, o que inclui também os magistrados, desembargadores e ministros. Nesse diapasão, a estabilidade dos precedentes restará tão preservada quanto os integrantes das cortes superiores tiverem em como norte de suas preferências tal estabilização, sob pena de que, acaso outros interesses a sobrepuserem (v.g., a “justiça” naquele caso concreto ou a prevalência de uma tese jurídica que mais adequada se lhes mostre), será decorrência clara daquele axioma a constante revisão da norma jurídica e do chamado *stare decisis*, extirpando algumas das importantes conclusões do processualista brasileiro.

A maior parte é arcada com o dinheiro dos contribuintes em geral (inclusive aquele dos próprios litigantes, mas em ínfimo percentual, uma vez que repartem o encargo com a coletividade), que terminam por não utilizar o serviço pelo qual pagam, circunstância esta que se revela capaz de gerar um uso não eficiente de tais recursos por uma minoria, uma vez que os recursos públicos são finitos, tornando a atividade jurisdicional um bem rival.

Outrossim, é bom que se relembre, a atividade judicante também é praticamente não exclusiva, posto que o art. 5º, inciso XXXV da CF/88 prevê a proibição de exclusão da apreciação do Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito, figurando as condições da ação e os pressupostos processuais como *filtro mínimo* ao uso desse recurso comum, fato este condizente ao monopólio da força estatal e às funções que se espera do Estado moderno.

Por essa mesma razão, difícil seria a assumir a possibilidade de as custas forenses abarcarem a totalidade do orçamento do Poder Judiciário, pois tomaria o litígio por demais caro, em violação a esses princípios.

Assim, tem-se a rigor o cenário de que o litígio individual – cujo produto interessa somente às partes – impede igual uso do recurso comum (a jurisdição) pelos demais.

É aqui que os precedentes fazem toda a diferença.

Aquele litígio, cujo resultado interessaria somente ao caso concreto, com o advento do art. 927 do CPC/15 (e mesmo, ainda que em menor grau, à luz do art. 103-A da CF/88), passa *não mais a outorgar utilidade apenas às partes litigantes*, mas, como um possível subproduto seu, gerar uma externalidade positiva que aumenta a utilidade de toda a sociedade, a qual passa a ter *todo seu ordenamento jurídico revisado e adaptado às novas realidades sociais, com o advento de normas jurídicas atualizadas e em melhor situação de serem aplicadas não só ao caso que interessou aos litigantes, mas a um sem número de agentes*.

Como bem sustenta VARIAN, as externalidades surgem porque há bens com os quais as pessoas se importam e que não são vendidos nos mercados, tal qual a fumaça produzida por indústrias, um bonito jardim de flores na residência vizinha e, é claro, um sistema jurídico que acompanhe, *pari passu*, a evolução social (VARIAN, 2006. p. 671).

A importância à sociedade de um sistema jurídico compatível com suas alterações já fora amplamente narrada por CRISTIANO CARVALHO em sua dissertação de mestrado. Nela consta a seguinte passagem:

“[...] numa democracia, o sistema emissor de mensagens prescritivas, i.e., o sistema normativo, via de regra, em maior ou menor proporção, é harmônico com os valores que o sistema social, como um todo, estima. Assim, os subsistemas operam em harmonia, sem causar ruído causador de *feedback* positivo uns aos outros. Por outro lado, um sistema totalitário tende sempre a contrastar com esses valores extrajurídicos, o que causa ruído a todo o sistema social que, por sua vez, também gera ruído no sistema normativo. Se este não consegue alterar-se, a fim de vencer o ruído, sofrerá *feedback* positivo, e poderá vir a se romper. O *quantum* de abertura cognitiva do sistema normativo ao ambiente é que dará a medida de sua capacidade homeostática, i.e., quanto mais o sistema normativo for capaz de perceber as expectativas do meio social, melhor será capaz de adaptar-se a ele. Se o sistema é fechado cognitivamente, a sua ruptura ocorrerá com grande probabilidade; é quando ocorrem as chamadas revoluções sociais. O sistema normativo se rompe e é substituído por outro” (CARVALHO, 2005. p. 244-245).

A citação foi longa, mas oportuna.

De fato, o sistema de direito positivo recebe afluxos de comunicações dos mais diversos sistemas sociais (político, moral, religioso, etc.) bem como, ao prescrever as condutas que nele restam positivadas como valiosas, também entrega um contínuo de mensagens para a sociedade, na qualidade de normas jurídicas (unidades mínimas de significação deontica, no léxico de PAULO DE BARROS DE CARVALHO).

Ambos sistemas, como bem aponta o Professor da UNISINOS/RS, não são estáticos, mas sim dinâmicos e sofrem transformações ao longo do tempo. Na medida em que os sistemas sociais se aperfeiçoam, com o nascimento de novas tecnologias, maneiras diferentes de se realizar o câmbio de riquezas e valores até então não apoiados tornam-se desejados pela maioria, é possível um choque entre as mensagens prescritivas (*i.e.*, de dever-ser) provenientes do Direito e a realidade social.

Em situações como essa – que se repetem e se reproduzem inúmeras vezes ao longo da história de uma dada sociedade – o sistema do direito positivo necessita adaptar-se, uma vez que é à sociedade, aos indivíduos, que ele se destina e, como visto, a única forma que ele possui de se manter é estar consoante aos desejos de seus “súditos”, sob pena de um *feedback* positivo e uma possível ruptura.

Um direito legislado (*estatute law*), cujas normas jurídicas gerais e abstratas – que ao fim e ao cabo terminam por servir de fundamento de validade para as decisões proferidas aos indivíduos litigantes, estas usualmente concretas e individuais¹⁴ – são provenientes quase

14 Acerca da classificação das normas jurídicas e o sentido dos termos aqui usado, remetemos o leitor, para fins de simplicidade, às conclusões do professor TÁREK MOYSÉS MOUSSALLEM em sua tese de doutorado que consta das referências bibliográficas a este trabalho, páginas 115 a 133.

que exclusivamente de um processo legislativo oriundo de um conjunto parlamentar, possuem um sério atraso na adaptação do sistema de direito positivo à realidade social subjacente.

Isso porque, como afirma CRISTIANO DE CARVALHO, sua capacidade homeostática é menor, seja pelas limitações próprias ao processo legiferante, às barganhas políticas necessárias à aprovação das leis ou mesmo por seu caráter determinístico *a priori* da realidade (CARVALHO, 2005. p. 212-215).

Em meu sentir, a ordenação lógica de tal sistema de direito positivo realmente se presta a possibilitar uma análise mais rígida e estruturada do sistema, o que auxilia sim em sua compreensão e na absorção de suas mensagens – ainda que em caráter conotativo – por parte dos sujeitos que são seus destinatários, o que, ao menos em certa medida, mitiga parte da ineficiência apontada.

Ocorre que o direito positivo brasileiro, especialmente após a promulgação do Art. 103-A da CF e do novo Código de Processo Civil, *não possui um sistema de direito legislado puro*, havendo a clara possibilidade de edição de normas jurídicas gerais e abstratas por parte do Poder Judiciário.

Nestas situações, o poder judicante não exara tais normas através de um processo legiferante, de propostas legislativas fixas ou de debates políticos custosos (não só financeira mas política e socialmente).

O sistema, a meu ver inteligentemente, se valeu da célebre ideia de ADAM SMITH¹⁵ para utilizar o interesse privado dos indivíduos na produção de bens úteis a toda coletividade, sem nada majorar seu custo social. Ilustramos.

Em nosso singelo exemplo acima, quando S_1 decidiu litigar com S_2 seu raciocínio foi apenas e exclusivamente dos seus custos privados e, igualmente, seu *ex adverso* não pensou no custo coletivo daquele litígio. Apenas as despesas que eles suportariam, individual e pessoalmente, foram consideradas. Este era o incentivo privado que os moviam.

Sem a sistemática dos precedentes, o litígio realmente interessaria praticamente só a eles mesmos. De fato, ao Estado interessa prover um sistema de solução de litígios útil, pois só assim terá os cidadãos em uma relação de confiança para si em vez de em constante busca

15 “Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro e do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que ele têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter.”

por um Estado que lhes conceda maior segurança. Entretanto, salvo isso, para a coletividade que suporta tributariamente o Poder Judiciário, o uso da estrutura por S_1 e S_2 serve apenas ao fim de impedir o uso pelos demais (S_n).

O julgamento do caso de S_1 e S_2 poderia, no máximo, ser utilizado futuramente por outros órgãos do Poder Judiciário para fundamentar sua decisão mas nunca poderia ser utilizado por S_n como uma mensagem prescritiva reguladora de condutas. Auxilia a interpretação? Sim, inquestionável. Possui força cogente? Não, e isso também era irrefutável.

Na sistemática dos precedentes, julgamento do litígio de S_1 e S_2 não interessará a eles somente. Isso porque a chamada *ratio decidendi*¹⁶ (ou *holding*) daquele julgamento poderá ser usado na formação de uma norma jurídica geral e abstrata¹⁷ (ou seja, de força prescritiva) que será aplicada doravante a um sem número de casos.

Tal norma, proveniente de um caso concreto atual, diretamente referente a situações presentes naquela quadra histórica da sociedade, atualiza o sistema de direito positivo, colocando as regras jurídicas em uma frequente harmonia com os sistemas sociais recebedores de afluxos e dos quais também recebe influência, permitindo com isso uma maior capacidade de calibração homeostática sem perder em nada os atributos próprios de uma estruturação ordenada, rígida e estruturada de sistema, próprio da *estate law*.

16 Não é, definitivamente, o escopo deste trabalho ingressar sobremaneira na chamada teoria dos precedentes, ainda que o tema seja rico e mereça sim uma visão analítica. Uma vez que nosso objetivo é exclusivamente o de ilustrar ao leitor as externalidades positivas decorrentes dos precedentes, como já mencionado acima, basta dizer que consideramos por *ratio decidendi* como fez ARTHUR L. GOODHART ao dizer que “o princípio de um caso (expressão sua aqui chamada de *ratio decidendi*) é encontrado tomando por conta: (a) os fatos tratados pelo juiz como materiais, e (b) sua decisão baseada neles. Para encontrar o princípio é também necessário estabelecer quais fatos são tomados por imateriais pelo juiz, pois o princípio pode depender tanto na exclusão quanto na inclusão” (GOODHART, 1930. p. 182. Tradução livre). Tudo isso, é bom que se diga, identificado meramente no plano meramente textual (vide observação abaixo). Não cabe aqui entrar em maiores detalhes como o que seriam os ditos “fatos materiais”, mas apenas pontuar o cerne da questão, que possui complexidade própria e merece outro trabalho exclusivamente destinado a esse fim.

17 Apenas uma observação que visa esclarecer o leitor o porquê de mencionarmos que o *holding* será usado na formação de uma norma jurídica geral e abstrata e não de que ele é, de *per se*, a norma a ser aplicada. Isso tem a ver com fundamentos de teoria do direito que seguimos mas, por questões de simplicidade, escapa por completo aos limites deste trabalho iniciarmos uma exposição sobre todas as categorias basilares do direito segundo nossa visão (lógica-constitutivista). Para não deixar o leitor em uma cavernal escuridão, cabe apenas dizer que diferenciamos o texto legal (ou o texto do Acórdão, acompanhado dos votos proferidos, no caso de um precedente), do seu significado estabelecido pelo intérprete (uma pessoa do povo, um operador do direito ou um cientista do direito) e, finalmente, da norma jurídica construída à luz de um conjunto de significações extraídas não de um texto legal específico, mas da totalidade do sistema de direito positivo, enquadrada na moldura lógica condicional do dever-ser. Como se dá, infelizmente, na maior parte dos casos da ciência jurídica brasileira, os processualistas não possuem o rigor esperado ao mencionarem a expressão *ratio decidendi*, ora sendo ela a norma jurídica abstrata (que chamamos aqui de precedente) ora o texto legal (suporte físico) ora as interpretações, as significações atribuídas pelo intérprete em seu primeiro contato com o texto, o que gera uma confusão danosa ao progresso da ciência e que, nesta humilde observação, tentamos, exclusivamente para os liames deste artigo, sanear.

Veja, esta utilidade – da qual aproveita toda a sociedade e não somente os litigantes – se dá independentemente da vontade das partes envolvidas no litígio e, arrisco-me a dizer, ocorrerá ainda que eles não desejem ou não concordem pessoalmente com o precedente a ser formado.

É literalmente um subproduto positivo (uma *externalidade positiva*) o processo judicial brasileiro sob a nova sistemática dos precedentes.

3. CONCLUSÕES.

Este singelo trabalho visou apenas mostrar ao leitor algumas percepções acerca da teoria dos precedentes sob a ótica da análise econômica do direito.

Seu foco foi o de visualizar os custos do processo à luz da *tragédia dos comuns*, tratando a atividade judicial como um recurso comum e exibindo o estado da arte no momento, no sentido de que há relatos estatísticos e trabalhos científicos sólidos no sentido de que a jurisdição pode ser alvo de um uso pouco eficiente, própria do descolamento entre os incentivos privados e coletivos que lhe são pertinentes.

Contestar tais conclusões não é seu objeto, até mesmo porque concordamos que seja este o caso.

O propósito deste labor foi o de buscar exhibir, à luz do método axiomático dedutivo da economia que, com o advento dos precedentes no direito brasileiro, pelos artigos 103-A da CF/88 e 927 do CPC/15, o legislador, inteligentemente, possibilitou que do litígio individual – que a princípio somente produziria utilidade às partes litigantes – possa se extrair uma utilidade de interesse social, sem nada majorar o custo do processo individual aos litigantes (o que poderia restringir o acesso à justiça) ou aos demais cidadãos (o que agravaria o cenário da tragédia dos comuns)¹⁸.

E que utilidade inovadora seria esta? *A contínua atualização do sistema de direito positivo paralelamente às alterações providenciadas no seio dos demais sistemas sociais (político, econômico, moral, religioso, etc.).*

18 Não temos dúvidas de que o sistema de precedentes não se encontra órfão neste *munus* de produzir externalidades positivas em decorrência de um só processo judicial. À sistemática dos recursos repetitivos e ao próprio processo coletivo tal fundamento se aplica inteiramente.

E tal utilidade (o precedente), em sendo uma criação *espontânea* do processo individual, figura, no modelo teórico aqui exposto, como *externalidade positiva* do litígio.

É bem verdade que este trabalho não trouxe levantamentos estatísticos ou financeiros para verificar como e quanto esta utilidade influenciou ou influenciará no seio da sociedade ou mesmo se ela realmente possui o condão de mitigar efetivamente a tragédia dos comuns que assola o Poder Judiciário.

E assim fizemos porque seu objeto é, para utilizar o léxico de MISES, elaborar um simples “tipo ideal” com lastro nos axiomas que tecemos, com o fim de tentar compreender (dentro dos horizontes da linguagem, aqui acrescentamos) uma parcela do “real”.

Uma vez que a logicidade ou não da vida é de tudo irrelevante, posto ser ela apenas um dado e não uma proposição, como afirma o economista austríaco, a força das teorias advém do ponto de partida de suas deduções e de sua progressão do que é individual e específico para o que é mais universal, criando um modelo que não visa “espelhar” a natureza, como afirmaria RORTY, mas apenas buscar uma explicação coerente às premissas estabelecidas pelo sujeito cognoscente.

No caso deste trabalho, nossos fundamentos, quando impulsionados pelo método dedutivo, dão conta de uma *externalidade positiva* decorrente dos precedentes, a qual poderá ser levada em consideração na análise dos custos e racionalização da atividade judicante brasileira, um dos desafios que se põe neste novo projeto de nação que hoje se desenha nesta terra.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

CARNAP, Rudolf. On the character of philosophic problems. In: RORTY, Richard M. *The linguistic turn: essays in philosophical method*. Chicago: Chicago Press, 1992.

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

_____. *Teoria do sistema jurídico: direito, economia, tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Fundamentos Jurídicos da Incidência Tributária*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

COOTER, Robert D. e RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*. Vol. XXVII. Sept 1989. p. 1067-1097.

GOODHART, Arthur L. Determining the Ratio Decidendi of a Case. *The Yale Law Journal*. New Haven, 1930, vol. 40, n.º 2.

KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MANKIWI, N. Gregory. *Princípios de microeconomia*. 5ª ed. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. vol. 1. São Paulo: RT, 2016.

MISES, Ludwig Von. *Ação humana: um tratado de economia*. 4ª ed. Campinas: Vide Editorial, 2015.

MORA, J. Ferrater. *Dicionário de filosofia*. Tomo I. 2ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Revogação em matéria tributária*. 2ª ed. São Paulo: Noeses, 2011.

POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 9th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

PINDICK, Robert S. e RUBINFELD, Daniel L. *Microeconomics*. 8th ed. New Jersey: Pearson, 2013.

RODRIGUES NETO, João Máximo. A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância – um estudo de law and finance. *Revista on line de Política e Gestão Educacional*. Porto Alegre, 2015. Vol. 36. n.º 76. p. 193-215.

RORTY, Richard. *A Filosofia e o espelho da natureza*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law*. New York: Foundation Press, 2004.

TULLOCK, Gordon; SELDON, Arthur e BRADY, Gordon L. *Government Failure: a primer in public choice*. Washington: Cato Institute, 2002.

VARIAN, Hal R. *Microeconomia. Princípios Básicos: uma abordagem moderna*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e Relação no Direito*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2000.

ZANETI JR., Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 3ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ZYWICKI, Todd J. Public Choice and Tort Reform. *George Mason Law & Economics Research Paper n.º 00-36*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=244658>.