

# DOIS LIMITES PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: a necessidade de superação do paradigma do *homo economicus* e a barreira de fogo dos direitos fundamentais

*TWO LIMITS TO THE ECONOMIC ANALYSIS OF CIVIL PROCEDURAL LAW: the need to overcome the paradigm of homo economicus and the firewall of fundamental rights.*

Guilherme Mazarello Nóbrega de Santana<sup>1</sup>

<sup>1</sup>Universidade de Paris 1 (Panthéon-Sorbonne), França

## Resumo

O estudo se propõe a responder ao seguinte problema de pesquisa: de que forma deve o juiz identificar o objeto de uma colisão de princípios antes de efetuar a ponderação entre eles para possibilitar uma fundamentação adequada da decisão em tais casos? O objetivo principal deste estudo é a compreensão do procedimento de densificação normativa necessário para definir os parâmetros iniciais do dever de justificação do objeto da colisão de princípios na fundamentação de decisões. A problemática está relacionada à dificuldade que alguns casos apresentam de definir quais são os princípios efetivamente colidentes e em que medida ocorre essa colisão. A variação no nível de abstração e de generalidade dos princípios jurídicos, a elevada carga axiológica dessas normas e a redação aberta fazem com que essa não seja atividade simples e objetiva. A identificação precária desse objeto acarreta problemas graves na fundamentação da decisão, podendo os distorcer resultados da ponderação ou abrir caminhos para arbitrariedades.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Direito Processual Civil; Economia Comportamental; Direitos Fundamentais

## Abstract

*The present work aims to outline limits for the application of Law & Economics in procedural law. Far from the stigmatization of this technique of interpretation, it seeks to show that economic interpretation – although capable of bringing adequate legal solutions – is bounded to limits, whether internal to economic theory itself, or external, with a purely legal content. To this end, the bibliographic review method (critical-dialectical study) was adopted, along with the application of the hypothetical-deductive method, in order to provide a new theoretical formulation to the proposed problems. From the economic point of view, Law & Economics needs to absorb the contributions made by the behavioral economic current, as well as include new variables for determining human behavior. Entering a complex society, economic agents are subject to several variables capable of guiding their decision-making process, such as those of a psychological, social and cultural nature. The limit from the legal point of view, on the other hand, derives from the constitutional force of fundamental rights as a limitation of the economic analysis of the civil procedure. At this point, it is argued that economic analysis can not serve as a mechanism for violating fundamental rights of a procedural nature, such as the fundamental guarantees of the process – adversarial, natural judge, among others – and the right of access to justice.*

*Keywords: Law and Economics; Civil Procedural Law; Behavioral Economics; Fundamental rights*

**Como citar:** SANTANA, Guilherme Mazarello Nóbrega de. DOIS LIMITES PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL: a necessidade de superação do paradigma do *homo economicus* e a barreira de fogo dos direitos fundamentais. **Revista ANNEP de Direito Processual**, [S. l.], v. 6, n. 1, p. 01–11, 2025. DOI: 10.34280/annep/2025.v6i1.195. Disponível em: <https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/195>.

**Recebido em:** 22/Junho/2024. **Aceite em:** 30/Janeiro/2025. **Publicado em:** 16/Fevereiro/2025.



## 1. Introdução

A disciplina Direito e Economia compreende a leitura das instituições centrais do sistema jurídico por meio da aplicação de teorias e métodos econômicos.<sup>1</sup> Bruno Meyerhof Salama alerta para a necessidade de superação do mito de que a análise econômica do Direito presta-se tão somente à análise de eficiência como critério de determinação das normas jurídicas. Muito ao revés, a disciplina serve “para iluminar problemas jurídicos e para apontar implicações das diversas possíveis escolhas normativas”.<sup>2</sup> Em sua dimensão positiva, a disciplina cuida de conceitos como escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivos e eficiência para interpretação dos institutos jurídicos.

A disciplina ingressou na academia brasileira principalmente a partir dos debates engajados por autores estadunidenses, ao ponto de ocupar nevrálgica posição no pensamento jurídico nacional. Como sói, o direito processual não escapa dessa análise e diversos são os institutos jurídicos processuais cuja concepção e aplicação valem-se da interseção entre Direito e Economia.<sup>3</sup> Flávio Galdino explica que ao menos duas linhas de compreensão do processo civil podem ser fornecidas com a utilização da análise econômica, quais sejam: a de auxiliar estrategicamente o comportamento dos litigantes em um processo, bem como compreender o comportamento dos agentes envolvidos no processo.<sup>4</sup>

Nessa toada, diversas produções insurgiram-se no afã de interpretar os institutos jurídicos processuais a partir das lunetas da análise econômica do Direito. Em miúdos, podem-se identificar duas abordagens distintas. Na primeira, os estudos, em geral, centram-se em interpretar comportamentos das partes tendo em vista motivações econômicas. É o que se passa, por exemplo, com as análises de custo financeiro do processo, como ocorre com o ônus econômico da sucumbência como critério importante para a decisão de oferecimento de uma ação judicial ou a interposição de um recurso.

Na segunda, investiga-se a racionalidade econômica por detrás de determinados institutos jurídicos, compreendo-os de maneira metajurídica a partir do caráter econômico que os informam. É o que ocorre, por exemplo, com as análises econômicas da coisa julgada, que contrapõem posições de juristas como Bruce Hay e Posner, a respeito de seu fundamento econômico.<sup>5</sup>

Direito e Economia, em seu embrião, foi forjada ao arpejo de análises culturais, sociológicas ou psicológicas acerca do processo de tomada de decisão. Ainda nos anos 70, a disciplina partia de uma análise econômica demitida da influência de fatores extraeconômicos nos processos decisórios, por meio de modelos matemáticos que simplificavam a realidade humana e concebiam uma figura humana economicamente racional a todo instante. Grande expoente dessa corrente de pensamento, Posner defendia que os modelos simplificadoros eram mais adequados para análise econômica do Direito, por entender ser demasiada complexa a introdução de novas variáveis para compreensão, como seria o caso da sociologia ou cultura.<sup>6</sup>

1 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia?: uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. 2007. Disponível em: file:///C:/Users/Pichau/Downloads/Bruno%20Salama%20-%20O%20que%20e%CC%81%20direito%20e%20economia.pdf; Acesso em: 01/06/2024.

2 SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia?: uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. 2007. Disponível em: file:///C:/Users/Pichau/Downloads/Bruno%20Salama%20-%20O%20que%20e%CC%81%20direito%20e%20economia.pdf; Acesso em: 01/06/2024.

3 Para mais sobre o tema, Luiz Fuz e Bruno Bodart conceberam obra dedicada à análise econômica do processo, aprofundando-se na análise dos institutos processuais a partir da luneta econômica: FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Forense, 2019.

4 GALDINO, Flávio. Introdução à análise econômica do processo civil – os métodos alternativos de solução de controvérsias. *Revista Quaesto Iuris*. vol.01, nº 01, Rio de Janeiro, 2005. p. 170.

5 Para uma visão panorâmica do debate: FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Forense, 2019, pp. 129-152.

6 ELLICKSON, Robert C., *Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics*, Chicago-Kent Law Review 65, no. 1 (1989): 23-56

No campo da aplicação, a análise econômica do Direito estendeu-se pelos mais diversos ramos do Direito. No Direito Processual Civil, sua aplicação encontra — e deve encontrar — limitações, como é de ser em qualquer técnica interpretativa. Nesse sentido, pode-se observar a existência de dois limites principais merecedores de destaque. Ambos encontram fundamento em diferentes proposições.

O primeiro, advindo da própria teoria econômica, busca ressaltar as contribuições da economia comportamental para análise econômica do Direito. Já o segundo, de natureza jurídica, encontra guarida na barreira de fogo imposta pelo arcabouço constitucional dos direitos fundamentais — na hipótese, de natureza processual — impositores de uma limitação hermenêutica.

O presente trabalho busca endereçar esse debate, no bojo do processo, com dois motivos principais, quais sejam: demonstrar a importância da economia comportamental para análise econômica do direito processual, e, por conseguinte, a influência de fatores metajurídicos e metaeconômicos no processo de tomada de decisão; e a barreira de fogo imposta pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais no processo como limite à aplicação da análise econômica do processo.

A disciplina Direito e Economia, ao aplicar teorias e métodos econômicos para a análise de instituições jurídicas, frequentemente enfrenta críticas por sua ênfase na eficiência como critério normativo. Este trabalho problematiza essa abordagem tradicional ao indagar: em que medida a análise econômica do Direito pode incorporar variáveis comportamentais e preservar os direitos fundamentais sem comprometer a consistência jurídica? Como hipótese central, sustenta-se que a análise econômica do Direito Processual Civil, ao adotar contribuições da economia comportamental e respeitar os limites impostos pelos direitos fundamentais, pode oferecer soluções mais adequadas para o Direito Processual Civil.

A pesquisa adota a metodologia de revisão bibliográfica, com enfoque crítico-dialético, e emprega o método hipotético-dedutivo para propor uma reformulação teórica da aplicação da análise econômica ao processo civil. Inicialmente, serão analisados os limites econômicos da abordagem clássica, destacando a necessidade de superação do paradigma do *homo economicus*. Em seguida, discutir-se-á o limite jurídico, representado pela “barreira de fogo” dos direitos fundamentais, com foco na proteção constitucional e na eficácia horizontal desses direitos. Por fim, a conclusão sintetiza os argumentos e reitera a viabilidade de uma análise econômica integrada a valores constitucionais e comportamentais.

## 2. Limite Econômico: A Necessidade De Uma Abordagem Comportamental Na Análise Econômica — Superação Do Paradigma Do *Homo Economicus*

Na sua origem, a análise econômica do Direito era realizada à luz de compreensão comportamental equivocada das escolhas econômicas humanas, em especial por ignorar a influência de fatores extraeconômicos no processo de tomada de decisão. Nesse sentido, correntes críticas desse pensamento introduziram uma análise econômica do Direito que tomasse conta das influências psicológicas e sociais no comportamento humano.<sup>7</sup> Não apenas isso, a título de exemplo, as assimetrias informacionais igualmente exercem papel fundamental no processo de tomada de decisão, mas, por vezes, são ignoradas pelo pensamento jurídico convencional.<sup>8</sup>

7 “Objections to the rational actor model in law and economics are almost as old as the field itself. Early skeptics about the economic analysis of law were quick to marshal arguments from psychology and other social sciences to undermine its claims” (CHRISTINE, Jolls; SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. *A behavioral approach to Law and Economics*. *Stanford Law Review* 50: 1471–1550. 1998, p. 1473).

8 Vários outros fatores influenciam: “Por tais motivos, as escolhas não são racionais, mas sim limitadas a uma série de fatores que bloqueiam a opção ótima. A disposição de manter o status quo (inertial), o sentimento de apego e posse (endowment effect), o equívoco no julgamento sobre os efeitos ao longo do tempo (hyperbolic discount), a insistência em escolhas ruins (sunk cost) etc. são manifestações neurocognitivas que podem ser estimuladas ou evitadas de acordo com os incentivos aos quais os agentes econômicos são expostos (arquitetura dos incentivos)”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 456-471, 2018, p. 462).

Do ponto de vista de evolução paradigmática, a economia comportamental põe em crise premissas da economia ortodoxa, em especial a aplicação frígida da Teoria da Racionalidade das Escolhas, em que as motivações do agente foram descartadas para fins de tomada de decisão.<sup>9</sup> Essa evolução, por óbvio, não se deu de maneira abrupta, mas foi devida a um longo processo de maturação do pensamento econômico, o qual, dada a limitação do escopo da presente pesquisa, não será minudenciado.

Na concepção de Sustain, Thaler e Christine, a abordagem comportamental é capaz de elucidar três funções: a positiva, prescritiva e normativa. A positiva busca investigar os efeitos e o conteúdo do Direito, de que maneira ele altera o comportamento humano. A prescritiva investiga de que maneira o Direito alcança finalidades, impelindo seres humanos a determinados comportamentos. Já a normativa busca uma abordagem mais abrangente dos objetivos do sistema jurídico, aproximando-se da abordagem prescritiva na análise econômica.<sup>10</sup>

A introdução da análise comportamental para análise econômica do processo, contudo, não pode incorrer no equívoco de que os processos decisórios são indicados tão somente por análises rigorosas de maximização econômica. Conforme previamente assinalado, o comportamento humano é impelido por diversos fatores, vários deles antieconômicos. Nesse sentido, a cisão do *homo economicus*<sup>11</sup> da “pessoal real” é ponto incontornável para compreensão da questão.

Essa afirmativa verifica-se também no processo. Nele, diversas condutas são orientadas por interesses metajurídicos e extraeconômicos. É o que ocorre, por exemplo, com a conduta do devedor executado que, não obstante o aumento do valor da dívida pela incidência dos juros, protela o pagamento com fim de provocar sofrimento no credor exequente. É possível dizer que o comportamento humano exibe-se por meio de limites que operam no campo da racionalidade, força de vontade e autointeresse, mas que restaram obnubilados por parte da literatura econômica durante certo tempo.<sup>12</sup>

O limite da racionalidade impõe a compreensão de que as habilidades cognitivas humanas não são infinitas e, portanto, estão sujeitas a equívocos. Nesse sentido, não raramente as decisões tomadas violam premissas de racionalidade econômica ou comportamentos utilitários por simples limitação da racionalidade. Tomando conta desse fato, um recurso manifestamente incabível pode ter sido interposto tão somente porque a parte acreditou no seu cabimento, ignorando os custos maximizados com essa péssima escolha.

O limite relativo à força de vontade diz com as decisões tomadas em conflito com os interesses do decisor a longo prazo, em razão da limitação da força da vontade. Já o limite de autointeresse relaciona-

---

9 “De acordo com a Teoria das Preferências Reveladas, um agente revelava suas preferências no momento da escolha, e essa conclusão de que os agentes “escolhem o que preferem” era derivada do argumento circular de que os agentes racionais “preferem o que escolhem”. Essa simplificação retórica fundamentou o afastamento dos contributos da Psicologia na ciência econômica, uma vez que não era mais necessário investigar as motivações humanas subjacentes às escolhas, como faziam os primeiros economistas clássicos. A partir de então, as motivações do agente econômico não seriam mais consideradas para calcular os desdobramentos da formação da vontade e do exercício da escolha”. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 456-471, 2018, p. 461).

10 CHRISTINE, Jolls; SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50: 1471–1550. 1998, p. 1474.

11 O termo é empregado para designar o “homem econômico”, figura ideal (não ontológica), tomadora de decisões com base em estritos critérios econômicos, e portanto insubmisso a fatores externos incompatíveis com a racionalidade que dirige suas escolhas.

12 “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.<sup>7</sup> People can be said to display bounded rationality, bounded willpower, and bounded self-interest. All three bounds are well documented in the literature of other social sciences, but they are relatively unexplored in economics (although, as we noted at the outset, this has begun to change)”. ( CHRISTINE, Jolls; SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50: 1471–1550. 1998, p. 1476).

se com o comportamento dos agentes: eles se importam, ou agem como se assim fosse, com os outros e com estranhos em determinadas situações.<sup>13</sup>

Ellickson pontua duas abordagens enriquecedoras das teorias econômicas comportamentais. A primeira delas advém da psicologia e sua capacidade de compreensão da influência de fatores sociais no comportamento humano. A influência da psicologia é bastante devida pelo alargamento da influência de teorias behavioristas e da psicologia social. Na visão de Ellickson, teorias recentes de psicologia devem provocar algum repensar por parte dos teóricos cujos modelos assumem que os agentes são facilmente racionais.<sup>14</sup> Nesse sentido, esse autor estressa a importância de inserção das limitações das capacidades cognitivas na análise econômica.

A segunda dela é o enriquecimento pela sociologia e a importância das análises culturais para o pensamento econômico. Aliás, tantos os ambientes microsociais, como família, amigos e vizinhança, e macrosociais, como associações e nação, exercem influência fundamental.<sup>15</sup> Um exemplo facilmente identificável no processo a esse respeito é a cultura de recurso que se nota na prática judiciária brasileira.<sup>16</sup> A valoração desse traço cultural serve, por exemplo, para compreensão das limitações recursais verificadas no CPC — e a tentativa de contenção das interposições recursais imoderadas —, bem como do recurso adesivo previsto no art. 997.

A contribuição comportamental para análise econômica é questão incontornável para compreensão profunda dos fatores que movem a tomada de decisão. Na história da evolução do pensamento na análise econômica do Direito, a economia tida como liberal e centrada das teses de Pareto de utilidade demonstraram-se ser insuficientes para compreensão dos fenômenos decisórios em uma sociedade complexamente organizada. No processo civil, diversas são as disposições legais que se encontram sujeitas a essa valoração. É o que ocorre, por exemplo, com o custo financeiro do processo, em que o legislador acrescenta um fator econômico para a tomada de decisão do agente processual. Essa decisão estende-se desde o cálculo quanto ao oferecimento da ação, até à interposição de recursos. Nada disso, contudo, é capaz de eliminar a expressiva quantidade de ações infundadas ou na interposição imoderada do recurso.

Por óbvio, é preciso cingir o comportamento da parte com o comportamento do advogado. Há tempos, demonstrou-se que igualmente os advogados estão sujeitos a vieses, ainda que em menor escala. Não apenas os advogados, vieses também são verificados em diferentes atores que participam do processo, como juízes.<sup>17</sup> A despeito disso, sabe-se que os agentes atuantes no processo são sujeitos aos fatores micro e macrosociais que guiam qualquer processo decisório para além da racionalidade aritmética do agente econômico utilitarista.

Avaliando a importância da inclusão desses fatores comportamentais para análise econômica no bojo do processo, Erik Navarro Wolkart se dedicou ao tema em tese de doutoramento, defendendo a importância de análises desse jaez para estudo da cooperação. A respeito do custo financeiro do processo, por exemplo, Wolkart defende o substancial aumento das custas processuais e sua redistribuição ao longo do processo como forma de remediar a litigância frívola.<sup>18</sup>

13 CHRISTINE, Jolls; SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50: 1471–1550. 1998.

14 ELLICKSON, Robert C. Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics, *Chicago-Kent Law Review* 65, no. 1. 1989; p. 35.

15 ELLICKSON, Robert C. Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics, *Chicago-Kent Law Review* 65, no. 1. 1989; p. 43.

16 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) — Centro e Estudos e Pesquisa no Ensino de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 465.

17 CHRISTINE, Jolls; SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50: 1471–1550. 1998, p. 1504.

18 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) — Centro e Estudos e Pesquisa no Ensino de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

Compreendendo os estímulos a que estão sujeitos os advogados, Wolkart sustenta, por exemplo, a alteração do regime de remuneração dos advogados públicos, em razão da sua dupla remuneração sem qualquer variável de risco, em que as vitórias do Poder Público em juízo geram titularidade da verba honorária judicial, sem qualquer tipo de desconto nos casos de sucumbência.<sup>19</sup>

Um outro exemplo que se pode citar diz respeito à consecução dos objetivos do princípio da cooperação no processo civil. Para além de toda a controvérsia que cinge o debate acerca do conteúdo normativo desse princípio, nota-se que os agentes estão sujeitos a diversos estímulos no manejo das tecnologias processuais que não estão compreendidos nas meras asserções econômicas restritas ao binômio custo-benefício. A cooperação envolve uma série de estímulos e por vezes ímpetus meramente subjetivos são capazes de criar óbices incontornáveis para sua consecução. Como já se pontou, por vezes o mero regozijo de impor sofrimento na parte *ex adversa* é suficiente para prolongamento do estado litigioso.

Ademais, a própria disposição sancionadora de litigância de má-fé e de atos atentatórios à dignidade da Justiça representa forma de criar desincentivos em relação a determinados comportamentos no curso do processo. Wolkart defende a insuficiência dessas normas processuais, porquanto não representam sanções suficientemente rigorosas, além das reais possibilidades de serem aplicadas não serem elevadas.<sup>20</sup>

Do que se pode depreender dessa análise, a introdução de uma abordagem comportamental na análise econômica é fundamental não apenas para extração da norma insculpida no texto legal, mas igualmente para compreensão da racionalidade econômica dos agentes processuais e os estímulos a que estão sujeitos. Como buscou-se evidenciar, a abordagem comportamental também conduz à assertiva de que os estímulos que informam o processo de tomada de decisões estão submetidas a vieses, bem como por fatores por vezes ignorados na economia dita liberal.

### 3. Limite Jurídico: Os Direitos Fundamentais Como Barreira De Fogo Da Análise Econômica Do Direito No Processo

Uma outra volta paradigmática que se impõe de observar no âmbito da análise econômica do Direito é a necessidade de sua compatibilização com os princípios informadores da dignidade da pessoa humana e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Não é de nós a crítica segundo a qual as análises de cunho econômico por vezes obnubilam o conteúdo de direitos fundamentais que cinge determinada questão. Ainda na década de 80, Duncan Kennedy tece importantes críticas às análises econômicas meramente pautadas no julgamento de custo-benefício e eficiência.<sup>21</sup>

Como forma de compreensão do sistema jurídico, a análise econômica não pode servir de tal forma como prisma central de interpretação das normas jurídicas ao ponto de desvirtuar o conteúdo normativo a elas pertencente. Isso porque como sistemas funcionalmente diferenciados, ainda que a Economia seja útil para interpretação do Direito, um não pode se deixar corromper pelo outro, sob pena de desbotamento das fronteiras que indicam a distinção. Por óbvio, em uma sociedade complexamente organizada, Direito, Economia e Política por vezes encerram zonas de disputa e de influências múltiplas e recíprocas, não raramente capazes de influir positivamente na compreensão de um ou de outro. Essa interação, contudo, não pode ser confundida com sobreposição.<sup>22</sup>

19 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro e Estudos e Pesquisa no Ensino de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

20 Para Wolkart, nota-se um “desprezo às pequenas probabilidades” ante WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da justiça no processo civil brasileiro*. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro e Estudos e Pesquisa no Ensino de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

21 KENNEDY, Duncan. *Cost-benefit analysis of entitlement problems: critique*. Stanford Law Review, 33(3), 387-446.1981.

22 Aqui vale-se do paradigma luhmaniano de sistemas sociais a partir do paradigma moderno. é na modernidade a diferenciação funcional dos sistemas sociais, cada qual com sua consistência interna. (LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais – esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016).

Daí por que a consistência interna do sistema jurídico não pode ser solapada com argumentos puramente econômicos. Não é novidade que argumentos de ordem meramente econômica e calçados em compreensões analíticas de custo, benefício e eficiência são capazes de conduzir a interpretações equivocadas de injustiça. Nesse sentido, não se pode olvidar os limites impostos por um sistema de regras e princípios juridicamente aplicáveis e de conteúdos normativos incontornáveis.

O advento do Estado Democrático de Direito, como superação à concepção meramente liberal de Estado demonstra a superação de uma concepção de igualdade reduzida e formal, para um discurso centrado na eficácia normativa dos princípios, bem como importância da Constituição para interpretação de todo sistema jurídico.<sup>23</sup> Atualmente, é truísmo a afirmação acerca da constitucionalização de todos os ramos do Direito, bem como da assertiva de que toda interpretação é, rigorosamente, constitucional. No caso brasileiro, importante papel foi desempenhado pelos adeptos ao neoconstitucionalismo no sentido de que “toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Lei Maior”.<sup>24</sup>

A respeito do discurso de princípios, não se pode ignorar a deturpação de que foi vítima por força da prática judiciária. Ao contrário do que se pode cogitar, os princípios não são normas que realizam fechamento no sistema. Muito ao revés, em razão do conteúdo dos princípios, eles geram abertura no sistema jurídico. É da natureza das regras a objetividade, não dos princípios. Esse grau de abstrativização inerente às normas principiológicas conduziram a uma abertura indesejada do sistema jurídico. Sobre essa deturpação, melhores são as palavras de Marcelo Neves:

No caso brasileiro, o fascínio pelos princípios sugere a superioridade intrínseca destes em relação às regras. A essa compreensão subjaz a ideia de que as regras constitucionais (completas, quando já superadas as questões de exceções e eventual ponderação) podem ser afastadas por princípios constitucionais em virtude da justiça inerente às decisões neles fundamentadas. Mas um modelo desse tipo implica uma negação fundamental de um dos aspectos do sistema jurídico que possibilita o processamento de decisões “justas”: a consistência. Um afastamento de regras a cada vez que se invoque retoricamente um princípio em nome da justiça, em uma sociedade complexa com várias leituras possíveis dos princípios, serve antes à acomodação de interesses concretos e particulares, em detrimento da força normativa da Constituição.<sup>25</sup>

Não obstante essas críticas, é fato objetivo ao recrudescimento da importância do discurso principiológico e da constitucionalização do Direito. Bem entendido, o princípio da dignidade da pessoa humana, apesar da controvérsia que colore seu significado,<sup>26</sup> conduz a um debate normativo impossibilitado de ignorar as conquistas humanitárias carregadas pelo constitucionalismo

---

23 Nas palavras de Carlos Roberto Siqueira Castro: “Em realidade, o humanismo solidarista que conquistou a filosofia política e a teoria do Estado neste século findante operou sobretudo o fenômeno da constituição alizção de inúmeras categorias do direito privado, através de sua inserção no culminante e seletivo conjunto de normas e princípios constitucionais”. (CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense. 2010, p. 16.)

24 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 70, jul/dez. 2006.

25 NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013., p.191-192.

26 Sobre a força simbólica dos direitos humanos: “No segundo caso, no concernente a ‘direitos humanos’, o problema diz respeito sobretudo (não apenas!) à dimensão normativa. A ideia da “essencialidade”, fundamentalidade e universalidade dos direitos humanos conduz a uma luta para incluir certos conteúdos e excluir outros do seu âmbito semântico, de acordo apenas com os valores particulares dos respectivos grupos e o contexto histórico correspondente. Em uma postura de certa maneira cínica ou, no mínimo, irônica, poder-se-ia dizer com relação a ‘direitos humanos’, recorrendo-se à terminologia de Lévi-Strauss (1973: XLIX s., nota 1 – tr. br., 1974: 35, nota 37), que se trata de “significante flutuante” ou “valor simbólico zero”, cuja função ou eficácia seria “a de opor-se à ausência de significação sem comportar por si mesma qualquer significação”. (NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, v. 4, p. 1-35, 2005. “que é” (Eco, 1984: 199 s. – tr. br., 1991: 196; cf. Lalande, org., 1992: 1079-81, p.2)

contemporâneo. Como pontua Scarlet, a dignidade da pessoa humana é um “predicado tido como inerente a todos os seres humanos”, em uma pretensão explícita de universalidade.<sup>27</sup>

Nesse movimento, o direito processual não passa indene dessa contribuição. Muito ao revés, não só o processo passa a ser observado a partir da luneta da Constituição, como igualmente adquire estrato constitucional ele mesmo.<sup>28</sup>Essa verdade revela-se em duplo sentido. O primeiro relaciona-se às previsões normativas de cunho processual entabuladas na própria Constituição, atribuindo-lhes status constitucionais ao menos pela forma. Na Constituição brasileira de 1988, verifica-se um rosário de normas constitucionais de conteúdo processual, dos quais se pode citar o direito fundamental ao contraditório, ampla defesa e os meios e recursos a ela inerentes; a inadmissão do uso de prova ilícita; e a publicidade do processo. Demais disso, a Constituição ocupou-se de prever remédios constitucionais para preservação desses direitos, os quais podem ser definidos como vias processuais privilegiadas para preservação dos direitos, mas também definiu as regras de competência, limitando a jurisdição pela matéria, pessoa e território.

Já a segunda via se opera pela necessidade de compreender as bases do direito processual como constitucionais em virtude sua substância. O direito processual destina-se à consecução das premissas indelévels do Estado Democrático de Direito, consubstanciado na desconcentração do poder, eliminação dos autoritarismos e garantia dos direitos fundamentais. Ainda que o conteúdo dos direitos humanos encabece uma controvérsia entre teóricos, parece mais certa e objetiva a percepção dos momentos em que esses direitos são hostilizados.<sup>29</sup>

Nesse sentido, pode-se afirmar que os direitos humanos exercem um papel de barreira de fogo em relação a atos contrários ao seu conteúdo, rejeitando-os normativamente e impondo sua expulsão do ordenamento jurídico.

Daí por que ser inconcebível uma análise econômica indene dos direitos fundamentais, ao ponto de se afirmar que, a rigor, toda análise desse jaez é uma análise econômica do Direito condicionada pelos direitos humanos e os direitos fundamentais. A bem da verdade, a eficácia horizontal dos direitos fundamentais configura verdadeiro lugar-comum e explicita a inescapável certeza de que o ordenamento constitucional inadmite violações aos preceitos do constitucionalismo contemporâneo.

Compreender que esse conteúdo normativo de proteção das garantias e direitos fundamentais constitui barreira de fogo ao intérprete não conduz à rejeição automática da análise econômica do Direito. Como já se buscou demonstrar, a visão da análise econômica do Direito como mera replicação dos valores liberais efficientistas vem se tornando cada vez mais superada. Dada a complexidade inerente à sociedade, impõe-se uma análise econômica sintonizada com os múltiplos fatores que influenciam o processo de decisão, como valores de sociedade, psicologia e limitações cognitivas. Nesse sentido, afirmar que análise econômica encontra limite na força vinculante dos direitos fundamentais não é de provocar espanto. Muito ao revés, essa barreira de fogo põe limite às interpretações econômicas puristas e preservam a consistência interna do sistema jurídico.

---

27 SARLET, Wolfgang Ingo. A dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 84- 94, 1998, p. 15.

28 Sobre essa perspectiva: “Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e priteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às nomras constitucionais, mas de empregar-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Este último aspecto, ressalte-se, de modo geral é descurado pela doutrina. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o a fastametne do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a consequente intensificação dos pirncpio , sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não. (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da AJURIS*: Porto Alegre. Doutrina e Jurisprudência. Nº 87, tomo I. Setembro de 2002. p. 38)

29 SARLET, Wolfgang Ingo. A dignidade da pessoa humana. *Revista de Direito Administrativo*, v. 212, p. 84- 94, 1998, p. 20.

No processo, nenhuma interpretação oriunda da análise econômica do Direito pode representar cerceamento dos valores fundamentais incrustados na Constituição. É o caso do direito ao contraditório substancial, à imparcialidade, à segurança jurídica, ao não julgamento por tribunal de exceção, dentre vários dos quais cabe destacar o direito a acesso à justiça. Cappelletti afirmou que “o movimento por ‘acesso à justiça’ tem representado, nos últimos decênios uma importante, talvez a mais importante, expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais em um número crescente de países”.<sup>30</sup>

Esse mesmo autor alerta para o duplo programa de reformas e métodos de pensamento a partir do direito ao acesso à justiça., quais sejam: como movimento de alcance mundial, proposto para fazer efetivos os direitos sociais do Estado de Direito; e como racionalização e controle do aparato governamental e como proteção contra abusos do Estado.<sup>31</sup>

Esse movimento não escapa a obstáculos à concretização do acesso à Justiça, como é o obstáculo econômico, em razão da exclusão de setores da sociedade.<sup>32</sup> Ora se é de sabença a existência de severos obstáculos econômicos para concretização do acesso à Justiça, por óbvio que a análise econômica do Direito não pode representar um fato multiplicador dessa mazela. Exemplo mais saliente disso é o custo financeiro do processo: não é admitido no ordenamento constitucional atento aos direitos fundamentais uma racionalização meramente econômica do custo financeiro do processo em detrimento do direito ao acesso à Justiça pelas partes.

Outro exemplo em que isso se verifica é a majoração da sucumbência no recurso. Decerto que deva existir mecanismos coibidores da litigância imoderada e desarrazoada. Mas essa limitação do ponto de vista econômico não pode ser definida de tal maneira que torne imprestável a prestação jurisdicional aos mais hipossuficientes. Ainda que incipiente — dada a novidade do instituto — a recente alteração promovida pela Emenda Constitucional nº 125/2022, ao adicionar o filtro de relevância como requisito de admissibilidade do recurso especial, já inaugura debates acerca do impacto socioeconômico de limitações dessa natureza, não raramente sujeitas aos privilégios socioeconômicos de determinada classe.

#### 4. Conclusão

O presente trabalho tem o singelo objetivo de traçar esboços para aplicação da análise econômica do direito no processo civil. Longe da estigmatização dessa técnica de interpretação, buscou-se evidenciar que a interpretação econômica — ainda que capaz de trazer soluções jurídicas adequadas — está submetida a limites, sejam eles internos à própria teoria econômica, sejam eles externos, de conteúdo puramente jurídico.

Com esse afã, demonstrou-se que a análise econômica não pode ser reduzida à aplicação estrita da lógica do custo, benefício, e eficiência, sob pena de alcançar conclusões desarrazoadas e imprecisas. Nesse sentido, a análise econômica do Direito precisa absorver as contribuições havidas pela corrente

30 CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo, São Paulo, n. 61, jan. 1991, p. 1.

31 CAPPELLETTI, Mauro. “*O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento*.” Fórum, 2008, p. 375.

32 Mauro Cappelletti cita três dos principais problemas: “Os problemas principais do movimento reformador tem sido os seguintes: a) o obstáculo econômico, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, aonde seus direitos correm o risco de serem puramente aparentes; b) o obstáculo organizador, através do qual certos direitos ou interesses “coletivos” ou “difusos” não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual, transformações essas que possam ter uma coordenação, uma “organização” daqueles direitos ou interesses; c) finalmente, o obstáculo propriamente processual, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela”. (CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época*. Revista de Processo, São Paulo, n. 61, jan. 1991, p. 4).

econômica comportamental, bem como incluir novas variáveis para determinação do comportamento humano.

É de ver que o arquétipo do “homem econômico”, com percepções racionais e orientado pela lógica aritmética da decisão econômica eficiente é uma falácia. Ingresso em uma sociedade complexa, os agentes econômicos estão sujeitos a diversas variáveis capazes de orientar seu processo decisório, como aquelas de cunho psicológico, social e cultural. Não raramente, decisões humanas são economicamente irracionais, ainda que movidas por objetivos econômicos, como ocorre pelas limitações cognitivas, por exemplo.

Já o limite do ponto de vista jurídico deriva da força constitucional dos direitos fundamentais como limitador da análise econômica do processo civil. Nesse ponto, defendeu-se que a análise econômica não pode servir de mecanismo de violação de direitos fundamentais de natureza processual, como as garantias fundamentais do processo – contraditório, juiz natural, dentre outros –, e o direito de acesso à Justiça.

## 5. Referências

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Revista da AJURIS*: Porto Alegre. Doutrina e Jurisprudência. Nº 87, tomo 1. Setembro de 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *THEMIS: Revista da ESMEC / Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*. Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 70, jul/dez. 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 61, jan. 1991.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O acesso à justiça como programa de reformas e método de pensamento*. Fórum, 2008.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaio sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*. Rio de Janeiro: Forense. 2010.
- CHRISTINE, Jolls; SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H. A behavioral approach to Law and Economics. *Stanford Law Review* 50: 1471–1550. 1998.
- ELLICKSON, Robert C. Bringing Culture and Human Frailty to Rational Actors: A Critique of Classical Law and Economics, *Chicago-Kent Law Review* 65, no. 1. 1989.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. Forense, 2019.
- GALDINO, Flávio. Introdução à análise econômica do processo civil – os métodos alternativos de solução de controvérsias. *Revista Quaesto Iuris*. vol.01, nº 01, Rio de Janeiro, 2005.
- KENNEDY, Duncan. Cost-benefit analysis of entitlement problems: critique. *Stanford Law Review*, 33(3), 387-446. 1981.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas Sociais – esboço de uma teoria geral*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.
- NEVES, Marcelo. A força simbólica dos direitos humanos. *Revista eletrônica de Direito do Estado*, v. 4, p. 1-35, 2005. “que é” (Eco, 1984: 199 s. – tr. br., 1991: 196; cf. Lalande, org., 1992: 1079-81.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, p. 456-471, 2018.

- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é 'Direito e Economia'?: uma introdução à epistemologia da disciplina para o estudante, o profissional e o pesquisador em direito. **Artigos Direito GV Working Papers**. 2007.
- SARLET, Wolfgang Ingo. A dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 84-94, 1998.
- WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro e Estudos e Pesquisa no Ensino de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.