

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A natureza econômica do direito
e dos tribunais**

**The economic nature of law and
courts**

Ivo Teixeira Gico Junior

Sumário

A NATUREZA ECONÔMICA DO DIREITO E DOS TRIBUNAIS	13
Ivo Teixeira Gico Junior	
DAS CONDIÇÕES (OU CONTRAPARTIDAS) QUE O PODER CONCEDENTE PODE EXIGIR PARA A REALIZAÇÃO DA CHAMADA “PRORROGAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO” DAS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO	41
Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
PACTO FEDERATIVO E A INTERVENÇÃO FEDERAL NA SEGURANÇA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO: O INCREMENTO DA VIOLÊNCIA E DA SELETIVIDADE PUNITIVAS	62
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori	
POR QUE EXISTEM VIESES COGNITIVOS NA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL? A CONTRIBUIÇÃO DA PSICOLOGIA E DAS NEUROCIÊNCIAS PARA O DEBATE JURÍDICO	84
Ricardo Lins Horta	
A SEGURANÇA JURÍDICA COMO PARÂMETRO LEGAL DAS DECISÕES ESTATAIS	124
Cintia Barudi Lopes e Simone Tomaz	
SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (SAS). EXPERIENCIAS INTERNACIONALES Y, DESAFÍOS EN MÉXICO	140
Martha Luisa Puente Esparza, Miguel Angel Vega Campos e Guadalupe del Carmen Briano Turrent	
LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN COLOMBIA: UNA NUEVA VÍA DE INFORMALIDAD EN LAS RELACIONES LABORALES	155
Giraldo Yanitza	
IN DEFENSE OF PRO-CARCERAL ANIMAL LAW: UNDERSTANDING THE DICHOTOMY BETWEEN EMPIRICAL CRIMINOLOGICAL PERTURBATION AND SOCIAL MOVEMENT VALUES AND DEVELOPMENT	173
Mary Maerz	
PROFISSIONAIS JURÍDICOS E ACESSIBILIDADE NA JUSTIÇA RESTAURATIVA: ALTERNATIVA REAL OU MECANISMO DE CONTROLE? REFLEXÕES DESDE A EXPERIÊNCIA DE MEDIAÇÃO PENAL NO CHILE....	190
Bianca Baracho	
A PERSECUÇÃO PENAL DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE SERES HUMANOS NO SISTEMA DE JUSTIÇA FEDERAL	212
Luciano Ferreira Dornelas e Bruno Amaral Machado	

IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: DESAFIOS PARA INTEGRAÇÃO DOS PLANOS DIRETORES, DE SANEAMENTO BÁSICO E DE BACIA HIDROGRÁFICA.....	231
Maria Luiza Machado Granziera e Daniela Malheiros Jerez	
A ISENÇÃO DE LICENCIAMENTO E A APROVAÇÃO TÁCITA PREVISTAS NA DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DE LIBERDADE ECONÔMICA: REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO AMBIENTAL E URBANÍSTICA.....	250
Pedro Niebuhr	
A INTERVENÇÃO FEDERAL NOS ESTADOS UNIDOS: O EMPREGO DA CLÁUSULA DE SEGURANÇA, VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E PODERES PRESIDENCIAIS DE EMERGÊNCIA.....	274
José Adércio Leite Sampaio	
THE CONSTITUTIONALITY OF THE EARLY PROROGATION OF THE PUBLIC SERVICE CONCESSIONS	295
Odone Sanguiné e Felipe Montenegro Viviani Guimarães	
ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO E PROPORCIONALIDADE: SEMELHANÇAS ESTRUTURAIS, MESMOS PROBLEMAS REAIS?	313
Fernando Leal	
“GOVERNO VERSUS JURISDIÇÃO”: APORTES PARA COMPREENSÃO DA CRISE NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS	350
Carlos Alberto Simões de Tomaz, Jamile Bergamaschine Mata Diz e Roberto Correia da Silva Gomes Caldas	
CONSENTIMIENTO LIBRE PREVIO E INFORMADO EN EL CONTEXTO DE PROYECTOS EXTRACTIVOS EN TERRITORIO INDÍGENA ¿REGLA GENERAL Y DERECHO CONSUECUDINARIO INTERNACIONAL?	373
Cristóbal Carmona Caldera	
SUÍTE MÚSICO-JURISPRUENCIAL - PEQUENAS CONSIDERAÇÕES HERMENÊUTICAS PARA VIOLINO, VIOLONCELO, PIANO E CONSTITUIÇÃO	401
Marcílio Toscano Franca	

A natureza econômica do direito e dos tribunais*

The economic nature of law and courts

Ivo Teixeira Gico Junior**

Resumo

Este artigo explora a natureza econômica do direito e dos tribunais como uma explicação para o problema endêmico de congestionamento judicial. A Teoria Econômica de Bens e Serviços é usada para demonstrar que o direito como coerção é um bem de clube, os tribunais são bens privados e ambos são bens complementares. Esses resultados são usados para mostrar que as políticas tradicionais de acesso irrestrito à justiça transformam a natureza econômica dos tribunais de bem privado em recurso comum, o que gera congestionamento. Tal congestionamento natural decorrente do livre acesso ao sistema pode levar à negativa de acesso efetivo aos direitos, a Tragédia do Judiciário.

Palavras-chave: Congestionamento Judicial. Teoria do Direito. Natureza do Direito. Natureza dos Tribunais. Tragédia do Judiciário.

JEL: K40; K41; K49.

Abstract

This paper explores the economic nature of law and courts as an explanation for the endemic problem of court congestion. The Economic Theory of Goods and services is used to show that law as coercion is a club good, courts are private goods and both are complementary goods. These results are used to show that traditional unrestricted access-to-justice policies transform the economic nature of courts from private goods to a common pool resource and that will lead to congestion. This natural congestion can lead to effective access denial to rights, the Tragedy of the Judiciary.

Keywords: Judicial Congestion. Legal Theory. Nature of Law. Nature of Courts. Tragedy of the Judiciary.

* Recebido em 27/04/2019

Aprovado em 24/07/2019

** Professor de Análise Econômica do Direito, Contratos, Antitruste e Regulação no Centro Universitário de Brasília – UniCeUB. E-mail: gico@ghdadvogados.com.br.

1 Introdução

Quem suportará os golpes do destino, Os erros do opressor, o escárnio alheio, A ingratidão no amor, **a lei tardia**, [...] Quando podia procurar repouso Na ponta de um punhal?

(SHAKESPEARE, Hamlet, Ato 3, Cena 1).

O Judiciário é uma tecnologia institucional desenvolvida ao longo de milhares de anos de experimentação humana com um único propósito: resolver disputas aplicando as regras jurídicas¹. Há debate sobre o fato de o sistema adjudicatório, também, se prestar a outras funções, como o controle social (aplicação local de regras formuladas por um governo central) ou a criação das próprias regras². No entanto, na minha opinião, a função de controle social não é uma característica própria dos tribunais em si, mas sim do sistema jurídico como um todo — do qual os tribunais são apenas um elemento — e a ideia de controle social está embutida na condição “aplicando as regras jurídicas”. Quanto à função legislativa³, mesmo em sistemas de direito consuetudinário, as regras criadas pelos tribunais (precedentes) são, na verdade, apenas subprodutos de suas atividades de resolução de disputas. Além disso, a função legislativa é normalmente limitada por leis e — via de regra — requer o surgimento de uma disputa prévia⁴. Normalmente, os precedentes não podem afastar as leis e, portanto, a atividade legislativa judicial limita-se às ambiguidades e às lacunas do direito positivo. Em qualquer caso, o fato de o Judiciário servir ou não a outras funções é irrelevante para o argumento aqui desenvolvido, já que minha preocupação principal é com a natureza econômica do direito e dos tribunais.

Um Judiciário que funcione bem é essencial para o desenvolvimento de qualquer nação. De uma perspectiva pública, a existência de um mecanismo imparcial de resolução de controvérsia permite aos grupos políticos alcançar soluções de compromisso *ex ante* (ou seja, leis) que, se violadas, serão devidamente impostas *ex post* por esse mecanismo externo (*enforcement*). Do ponto de vista privado, o Judiciário não apenas protege os direitos dos cidadãos contra possíveis violações pelo próprio governo (freios e contrapesos) e por terceiros, mas também permite que os indivíduos cooperem uns com os outros para atingir seus objetivos por meio da geração de compromissos críveis (ou seja, contratos). No entanto, a função institucional do Judiciário requer que qualquer violação de direito seja corrigida em tempo hábil. Nesse contexto, o congestionamento dos tribunais é um problema socioeconômico que reduz a efetividade do Judiciário como mecanismo de promoção de cooperação e de desenvolvimento⁵ e, em longo prazo, o valor de coordenação do próprio direito.

Em quase todo o mundo, é comum dizer que o Judiciário está em crise⁶. Em muitos países, o Judiciário

¹ A pergunta “quem faz as regras?”, em uma abordagem da ciência política, ou, mais tradicionalmente na literatura jurídica “quais são as fontes do direito?” são assuntos diversos do aqui discutido.

² SHAPIRO, Martin. *Courts, a comparative and political analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

³ Sobre a função legislativa do Judiciário em um sistema romano-germânico, vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, maio/ago. p. 55-84, 2018.

⁴ Mesmo no caso excepcional em que algum tribunal possa ter jurisdição *suo moto*, isto é, a capacidade de iniciar casos, como no Paquistão (QAZI, Asher A. “Suo Motu: Choosing Not to Legislate.” *In*: CHEEMA, Moeen H.; GILANI, Ijaz S. *Politics and Jurisprudence of the Chaudhry Court*. Islamabad: Oxford University Press, 2015), essa competência ainda é limitada pela necessidade de existência de uma disputa.

⁵ Por exemplo, há alguma evidência de que a morosidade judicial aumenta a criminalidade, na medida em que criminosos aplicam uma taxa de desconto ao processo punitivo e/ou estão cientes da probabilidade de prescrição decorrente da demora judicial. Nesse sentido, vide PELLEGRINA, Lucia Dalla. “Court delays and crime deterrence: an application to crimes against property in Italy.” *European Journal of Law & Economics*, p. 267-290, Sept. 2008.

⁶ Cfr. DAKOLIAS, Maria. *Court Performance around the World: a comparative perspective*. Washington, D.C.: World Bank Publications, 1999. FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, Justice and Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003. BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria. *Judicial reform in Latin American courts: the experience in Argentina and Ecuador*, Washington, D.C.: World Bank, 1996. (The World Bank Technical Paper n° 350). VAN RHEE, C.H. (Remco); FU Yulin, . *Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties*. Dordrecht: Springer, 2014. v. 31.

é considerado lento, ineficiente e caro.⁷ Várias reformas foram executadas para tentar acelerar os tribunais⁸ e muitas outras estão em andamento,⁹ mas os resultados até agora não foram satisfatórios e é razoável dizer que o número de casos e o congestionamento nos tribunais podem estar aumentando em muitas jurisdições, inclusive no Brasil.

Inúmeras razões foram oferecidas para explicar o congestionamento dos tribunais: falta de recursos,¹⁰ procedimentos complexos,¹¹ incentivos dos advogados,¹² incentivos dos juízes,¹³ má gestão,¹⁴ cultura de litígio,¹⁵ baixa qualidade das leis¹⁶, número excessivo de leis,¹⁷ baixo investimento em segurança jurídica,¹⁸ entre outros. Esforços têm sido feitos para tentar identificar a relevância de cada uma dessas possíveis explicações e, então, resolvê-las.¹⁹ Todavia, a ideia de que a própria natureza do direito e do sistema adjudicatório possam contribuir para o problema do congestionamento ainda não foi explorada, e é justamente essa ideia que proponho desenvolver neste artigo.

O conhecimento da natureza econômica do direito e dos tribunais é um passo importante para compreender, plenamente, o comportamento dos sistemas adjudicatórios em todo o mundo e pode ser um passo substancial em direção a uma teoria econômica positiva do direito. Uma vez que se percebe que o direito

⁷ Um relatório do *Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA* concluiu que o atual sistema romano-germânico, prevalente na América Latina e em grande parte da Europa continental, criou um processo que é “*lento, escrito, formal y burocrático*” BURBANO, Carolina Villadiego. “Bases Generales para una Reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe.” *Justice Studies Center of the Americas*, 2009. p. 188.

⁸ A reforma processual mais antiga de que tenho notícia foi realizada pelo Rei Sumério Shulgi de Ur, filho do Rei Ur-Namma, entre 2.094 e 2.047 AEC (cfr. ROTH, Martha Tobi. *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*. 2. ed. Piotr Michalowski. Atlanta, Georgia: Society of Biblical Studies, 1997. v. 6. p.13; MICHLOWSKI, Piotr; WALAKER, C.B.F. *A New Sumerian “Law Code”*. Vol. Occasional Publications of the Samuel Noah Kramer Fund, em *Dumu-e2-dub-ba-a: Studies in Honor of Åke W. Sjöberg*, edição: Hermann Behrens, Darlene Loding e Martha T. Roth, 383-396. Philadelphia: The University Museum, 1989. Ao que tudo indica, ainda estamos tentando melhorar o Judiciário desde então.

⁹ É fácil encontrar contínuas reformas dos sistemas judiciais ao redor do mundo, normalmente pelas mesmas razões. Por exemplo, dezoito países da União Europeia adotaram algum tipo de reforma processual em 2017, enquanto dezenove outros estavam negociando reformas adicionais (European Commission 2018, 4). Também é possível identificar reformas em países como o Brasil, que acabou de adotar um novo Código de Processo Civil, ou relatórios como o *Making Justice Work: Courts Reform (Scotland) Bill – A Consultation Paper*, do Governo da Escócia (Scottish Government, The 2013) e o *Report Card on the Criminal Justice System: Evaluating Canada’s Justice Deficit*, do Macdonald-Laurier Institute (PERRIN, Benjamin; AUDAS, Richard. *Report Card on the Criminal Justice System: Evaluating Canada’s Justice Deficit*. Report Card, Ottawa: MacDonal-Laurier Institute, 2016).

¹⁰ Por exemplo, a *Task Force on Administration of Justice* americana afirmou que “[a]s causas para a morosidade são várias: falta de recursos, gestão ineficiente e número crescente de casos a serem julgados”, ou, no original, “[t]he causes of delay are manifold: lack of resources, inefficient management and an increasing number of cases to be decided” NCJRS. *Task Force Report: the Courts*. Task Force on the Administration of Justice, Washington: The U.S. Pres. Comm’n on Law Enforcement and Admin. of Justice, 1967.

¹¹ DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. “Courts.” *The Quarterly Journal of Economics*, May, p. 453-517, 2003.

¹² MARCHESI, Daniela. *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*. Studi e Ricerche. Il Mulino, 2003.

¹³ BEIM, Deborah; CLARK, Tom, S.; PATTY, John W. “Why Do Courts Delay?” *Journal of Law and Courts*, Fall p. 199-241, 2017.

¹⁴ BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria. *Judicial reform in Latin American courts: the experience in Argentina and Ecuador*, Washington, D.C.: World Bank, 1996. (The World Bank Technical Paper n° 350).

¹⁵ GINSBURG, Tom; HOETKER, Glenn. “The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan’s Turn to Litigation.” *Journal of Legal Studies*, p. 31-59, Jan. 2006.

¹⁶ Há mais de cem anos, Hargis afirmou que “[a] principal fonte da morosidade do direito são os defeitos da lei, originários imediatamente da venalidade, negligência e incapacidade dos legisladores [...]”, no original, “[t]he principal source of the law’s delay is the law’s defects, originating immediately in the venality, neglect, or incapacity of legislators [...]” (1885, 309). Para uma discussão da qualidade das leis como uma explicação para a morosidade judicial vide também VEREECK, Lode; MÜHL, Manuela. “An Economic Theory of Court Delay.” *European Journal of Law and Economics*, p. 243-268. 2000.

¹⁷ DI VITA, Giuseppe. “Production of laws and delays in court decisions.” *International Review of Law and Economics*, p. 276-281, 2010

¹⁸ Cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “A Tragédia do Judiciário.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica.” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

¹⁹ MESSICK, Richard E. “Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues.” *The World Bank Research Observer*, p. 117-136, fev. 1999.

e os tribunais são bens complementares, mas o primeiro é um bem de clube, enquanto o segundo é um bem privado, será mais fácil compreender o resultado contraintuitivo de que a implementação irrestrita de políticas de acesso à justiça com o objetivo de aumentar o acesso das pessoas aos tribunais pode, na realidade, impedi-las de ter acesso a seus direitos.

Não é coincidência que, paralelamente ao aumento da demanda por serviços públicos adjudicatórios, muitos países também vêm adotando reformas que diminuem substancialmente os custos de utilização do Judiciário para resolver todos os tipos de litígios, incluindo a simplificação de procedimentos, a criação de tribunais de pequenas causas (juizados especiais), a criação de defensorias públicas, entre outros. No entanto, na prática, o acesso aos serviços públicos adjudicatórios continua limitado e o congestionamento judicial permanece sendo um problema endêmico. Inesperadamente, a investigação realizada neste artigo prevê que essa condição é o resultado natural dessas políticas, devido à natureza econômica do direito e dos tribunais.

Para demonstrar o argumento, após essa breve introdução, a discussão se inicia na Seção 2 com a apresentação da tradicional Teoria Econômica de Bens e Serviços. Em seguida, a dualidade da natureza do direito é explicada na Seção 3 e, então, a complementariedade entre o direito (enquanto coerção) e os tribunais é explorada na Seção 4. Essa relação é complementada na Seção 5 com a demonstração da natureza de bem privado dos tribunais. Uma vez estabelecida a natureza econômica do direito e dos tribunais, explica-se como as políticas de livre acesso à justiça transformam a natureza econômica dos tribunais de um bem privado em um recurso comum e que tal transformação resultará em sua sobreutilização (portanto, em um congestionamento judicial endêmico) — o que chamo de a Tragédia do Judiciário (Seção 5.1). Breves conclusões seguem na Seção 6.

2 A natureza econômica dos bens e serviços

Como juristas e economistas frequentemente usam as mesmas palavras com significados diferentes, é útil ter alguma uniformidade conceitual. Por muito tempo, a discussão básica sobre bens públicos *versus* bens privados tem sido um esforço para distinguir entre que tipo de bem deveria ser provido por mercados e que tipo deveria ser provido pelo Estado. Se algo fosse classificado como **bem privado**, deveria ser fornecido pelo mercado, se fosse **bem público**, pelo Estado.²⁰ Essa distinção era baseada, única e exclusivamente, no atributo de “rivalidade” do bem, tal qual identificado originalmente por Samuelson (1954). Entretanto, nossa compreensão evoluiu para abranger mais do que apenas o atributo de rivalidade e incluir também um segundo atributo chamado “excludabilidade”, como explicado por Ostrom e Ostrom (1999 [1977]).

Nessa abordagem moderna, a **excludabilidade de acesso** refere-se à possibilidade de o possuidor de um determinado bem ou prestador de determinado serviço excluir, a baixos custos, outras pessoas da fruição do bem ou serviço fornecido. Um computador é um bem exclusivo porque o seu possuidor pode impedir a baixos custos que outros o utilizem. Por outro lado, a segurança nacional é um bem não exclusivo, pois, uma vez fornecida a alguém, não é viável impedir a baixos custos que outras pessoas dela também gozem. É amplamente aceito que a possibilidade de exclusão é um requisito para o fornecimento de qualquer bem ou serviço pelo mercado, uma vez que é a excludabilidade que permite ao fornecedor impedir que o cliente em potencial tenha acesso ao bem ou serviço sem uma contraprestação. É a excludabilidade que impõe a uma das partes a necessidade de apresentar a outra parte algo de interesse desta; em outras palavras, é a característica de exclusividade que possibilita o surgimento de um mercado.

Por outro lado, a **rivalidade** ocorre quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa impede, substancialmente, que o mesmo bem ou serviço seja consumido por outra pessoa, i.e., o consumo por um

²⁰ Confira, *por exemplo*, MUSGRAVE, Richard A. *The Theory of Public Finance: a study in public economy*. Bombay: Tata-McGraw-Hil Book Company, 1959.

agente diminui significativamente a utilidade do mesmo bem para os demais. Uma maçã e um copo de água são bens rivais, uma vez que seu consumo por um indivíduo impede que outros deles usufruam. Quando um bem não é passível de consumo simultâneo por mais de uma pessoa, ele é considerado rival. Quando pode ser desfrutado por uma pessoa sem reduzir, substancialmente, a sua utilidade para outrem, ele é considerado não rival. A segurança nacional e as previsões meteorológicas são exemplos de bens não rivais, porque o consumo desses serviços por um indivíduo não impede que outros usufruam dos mesmos benefícios, que permanecem disponíveis para uso e gozo por outros em quantidade e qualidade substancialmente inalteradas.

Embora normalmente falemos sobre essas duas características em termos binários para tornar a discussão mais fácil, na verdade, elas variam, significativamente, em grau de um extremo a outro, de acordo com o bem e seu contexto. De qualquer forma, exclusividade e rivalidade são duas características independentes que podem ser combinadas para criar quatro tipos diferentes de bens: (i) os **bens públicos** são, ao mesmo tempo, não rivais e não excludentes;²¹ (ii) os **bens privados** se opõem aos bens públicos por serem rivais e excludentes; (iii) os **recursos comuns** (*common pool resources* ou CPR) compartilham a não exclusividade dos bens públicos, mas seu consumo por alguém diminui, substancialmente, a utilidade do bem para outros usuários, tornando-os rivais em uso assim como os bens privados; e (iv) os bens de clube ou de pedágio são exclusivos como os bens privados, mas são não-rivais, como os bens públicos.²² Para fins de clareza, podemos resumir essa classificação da seguinte forma:

Figura 1: Tipos Econômicos de Bens

		Rivalidade no Consumo	
		Baixa	Alta
EXCLUDABILIDADE DE ACESSO	Difícil	Bens Públicos Saneamento Básico Defesa Nacional	Recursos Comuns Peixes no Oceano Água de uma bacia hidrográfica
	Fácil	Bens de Clube Escolas <i>Video streaming</i>	Bens Privados Sapatos Computadores

Agora, a tradicional discussão sobre quem deve fornecer determinado bem ou serviço, se o Estado ou os mercados, se torna mais sutil. É relativamente claro que os bens privados podem ser eficientemente fornecidos pelos mercados. “Eficiência”, nesse contexto, significa, apenas, que, em um mercado perfeitamente competitivo, esse tipo de bem seria fornecido para todos aqueles que estariam dispostos a pagar pelos custos de provisão do bem. Também é claro que os mecanismos de mercado podem ser usados para fornecer bens de clube, já que o provedor pode facilmente exigir um preço para o acesso ao serviço ou bem.²³ O bem continua podendo ser desfrutado coletivamente (não rivalidade), mas seu acesso pode ser restringido

²¹ É importante notar que, apesar de ser comumente aceito que os bens públicos são simultaneamente não rivais e não excludentes, alguns livros técnicos ainda definem um bem público na tradição de Samuelson, considerando apenas o atributo da rivalidade (e.g., Mas-Colell, Whiston e Green 1995, 350). Além disso, é possível encontrar alguma imprecisão conceitual, por exemplo, quando Stiglitz e Rosengard afirmam que “bens públicos são caracterizados por consumo não rival e não excludabilidade”, ou, no original, “*public goods are characterized by non-rival consumption and non-excludability*” (2015, 102), apenas para, logo em seguida, afirmarem que bens públicos podem ser excludentes ou não (2015, 103). Esse tipo de dispersão conceitual reforça a importância dessa seção.

²² Cfr. Buchanan (1965). Uma outra forma de abordar a questão é dizer que um bem público não possuiria limite superior ao tamanho do clube, enquanto os bens de clube (bens públicos impuros) teriam um tamanho de clube ótimo.

²³ É possível argumentar que a cobrança por um bem não rival pode ser ineficiente, pois tal cobrança resultaria em subconsumo do bem (preço acima do custo marginal). No entanto, a não cobrança pelo bem não rival resultaria em sua não oferta ou em sua oferta não ótima (suboferta). Se sua provisão for custeada por um tributo, então, se estará cobrando pelo bem de qualquer forma, apenas não se estará alocando o ônus do custeio sobre os efetivos usuários do serviço, dado que nem todos os contribuintes usufruirão dos serviços igualmente.

àqueles que, realmente, pagaram o pedágio, a menos que o provedor decida arcar sozinho com os custos e ofereça o bem ou serviço de graça.

Já os bens públicos nos oferecem um tipo diferente de desafio. Como, uma vez fornecido o bem público, o fornecedor será incapaz de excluir potenciais consumidores (baixa excludabilidade), a não ser que haja algum tipo alternativo de mecanismo de cooperação,²⁴ haverá o risco de usuários oportunistas desfrutarem do bem ou serviço sem arcarem com sua quota-parte nos custos do fornecimento. Esse risco é conhecido como o **problema de caroneiro** (*free-rider*). Uma das soluções possíveis para o problema do carona é a coerção pelo Estado; se o Estado impuser um imposto sobre todos os possíveis usuários do bem, então, ele poderá fornecer o bem, gratuitamente, a todos os usuários em potencial, e aqueles que usufruírem do bem ou serviço terão arcado ao menos com parte dos custos de provisão. No entanto, se permitirmos que o Estado o faça (como todos os países do mundo provavelmente fazem), então, nos tornaremos vulneráveis à possibilidade de que pequenos grupos organizados capturem o Estado para fazê-lo fornecer bens e serviços para eles mesmos, ainda que tal provisão não beneficie a sociedade como um todo. Tal possibilidade é uma maneira de expressar o **problema de ação coletiva**.²⁵

É útil fazer uma distinção entre o problema do caroneiro e uma externalidade positiva. Em um problema de carona puro, se um bem público for fornecido, então, aqueles que não suportaram parte dos custos de provisão poderão usufruir dos benefícios do bem, devido a sua não excludabilidade. O cerne da questão neste artigo é a não excludabilidade do bem. Como os usuários em geral não podem ser obrigados a pagar para ter acesso, o bem público pode não ser fornecido pelo mercado, já que eventuais provedores não serão capazes de cobrar dos potenciais usuários e recuperar os custos de provisão do bem (ou seja, *não há mercado*).

Um fenômeno próximo, mas diverso, ocorre quando uma transação de mercado cria um benefício a um terceiro, que não fazia parte da transação original, como um subproduto. Nesse caso, teremos uma **externalidade positiva**. Em um cenário de externalidade positiva, o bem é efetivamente fornecido pelo mercado, uma vez que os caroneiros podem ser excluídos, dado que o bem é excludente (ou seja, há um mercado). No entanto, o efeito de transbordamento (a externalidade positiva) é não excludente, o que significa que o benefício externo será criado independentemente, enquanto o mercado original continuar a funcionar. Considere a polinização de culturas próximas como resultado da alimentação de abelhas criadas por um apicultor vizinho. O mercado de mel e produtos relacionados claramente leva em consideração todos os custos associados à produção de mel em si, caso contrário, os produtores teriam prejuízos e deixariam o mercado. No entanto, o mercado de mel não leva em consideração o benefício externo criado para os produtores vizinhos que não participam do mercado de mel (ou seja, a externalidade positiva)²⁶.

A questão aqui não é se o bem ou serviço deixará de ser fornecido pelo mercado, pois o bem ou serviço *será* fornecido. No entanto, como o mercado é incapaz de capturar todos os benefícios criados pela atividade (externalidade), a quantidade ofertada do bem ou serviço não é eficiente do ponto de vista social. Deparamo-nos com um problema de suboferta de um bem. A literatura, às vezes, usa a expressão “problema do caroneiro” para se referir a ambos os fenômenos, mas acho muito útil distinguir o problema do caroneiro (não há mercado) de um problema de externalidade positiva (suboferta). A distinção também é importante

²⁴ Não é correto pressupor que bens públicos sempre serão vulneráveis aos caroneiros. A literatura demonstra que, dadas certas condições, algumas sociedades pequenas e homogêneas ou grupos coesos conseguem criar meios sociais de superação do problema de ação coletiva e cooperar. Cfr. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 [1990].

²⁵ Apesar de a essência do problema da ação coletiva aparecer nos escritos de muito pensadores, foi Mancur Olson quem generalizou o resultado em seu livro *A Lógica da Ação Coletiva* (1971 [1965]), a partir dos resultados apresentados por Samuelson (1954).

²⁶ Por questão de simplicidade, aqui eu estou ignorando o mercado de polinização que é um negócio crescente por todo o globo. Nesse caso, haverá um mercado de mel, produzido pelas abelhas, e um mercado de serviços de polinização para culturas dependentes de polinização, como as maçãs. Para os fins da presente discussão, o fato relevante é que a produção de abelhas gerará polinização gratuita para as culturas vizinhas independentemente do surgimento de um mercado de polinização e isso é uma externalidade positiva.

porque a dinâmica e as possíveis soluções para cada caso são diferentes, o que é um aspecto que devemos ter em mente de agora em diante.

Se os bens públicos já representam um desafio, a discussão se torna ainda mais interessante quando focamos nos recursos comuns ou bens congestionáveis. Assim como no caso dos bens públicos, a exclusão a baixo custo não é uma opção em um cenário de CPR, e um número substancial de usuários terá acesso irrestrito ao bem, caso seja oferecido. Todavia, ao contrário dos bens públicos, os CPRs são rivais; portanto, o uso por qualquer usuário impedirá que outra pessoa desfrute do mesmo bem ou serviço integralmente. Isso significa que um grande número de usuários tem acesso irrestrito ao recurso e o uso por cada usuário pode impedir que outros desfrutem dos mesmos recursos. Nesse cenário, a concorrência entre usuários pode criar uma espécie de “corrida ao fundo do poço” (*race to the bottom*), onde cada usuário possui incentivo para explorar o recurso o mais rápido possível, tanto quanto possível, devido ao medo justificado de que outros também explorarão, em demasia, o recurso e de que não haverá o suficiente para si no futuro. Em função dessa estrutura de incentivos, mesmo os agentes agindo racionalmente, o recurso será sobreexplorado e, em última instância, destruído ou terá sua utilidade substancialmente reduzida para todos. Esse problema de ação coletiva passou a ser conhecido como a **Tragédia dos Comuns**.²⁷

Em geral, a Tragédia dos Comuns surge quando é difícil ou caro excluir usuários potenciais de um recurso (baixa excludabilidade) que produz um fluxo finito de benefícios (rivalidade). Nesse cenário, os agentes racionais podem sobreexplorar o recurso, em vez de conservá-lo.²⁸ Nesse sentido, a Tragédia dos Comuns pode ser modelada como um **Dilema do Prisioneiro** não cooperativo, no qual cada jogador recebe um retorno maior se desertar ao invés de cooperar, embora a cooperação resulte em um resultado positivo para ambos os jogadores. Como o outro jogador tem uma matriz de recompensa (*pay-off*) simétrica, sua estratégia dominante também envolve a não cooperação. Quando ambos os jogadores jogam suas estratégias dominantes, eles convergem para um terceiro resultado que é pior para ambos em comparação com as estratégias de cooperação. Se você generalizar o jogo para n pessoas, temos um modelo geral para a tragédia. Nesse jogo não cooperativo com informações perfeitas, a estratégia dominante também envolve desertar, o que levará à superexploração e destruição total do recurso — daí a tragédia.

Agora que os termos e conceitos foram equalizados, podemos explicar como a aplicação da teoria econômica de bens e os tópicos discutidos acima podem iluminar nossa busca pela natureza econômica do direito e dos tribunais e, assim, auxiliar a compreensão de fenômenos jurídicos.

3 A natureza econômica do direito

A questão sobre o que é o direito ou, melhor, a definição de direito, é um tema recorrente na filosofia jurídica que estimulou e estimula vários tipos de resposta.²⁹ Não é o propósito deste artigo abordar a questão

²⁷ Cfr. HARDIN, Garrett. “The Tragedy of the Commons.” *Science*, p. 1.243-1.248, Dez. 1968. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “A Tragédia do Judiciário.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014.

²⁸ OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. *Rules, Games & Common-Pool Resources*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1994.

²⁹ Consulte, por exemplo: AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Edição: Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995 (1832); HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. “The Path of the Law.” *Harvard Law Review*, p. 457-478, Mar. 1897; KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005 (1967); HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd. Oxford: Oxford University Press, 2012 (1961); DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 5th. Massachusetts: Harvard University Press, 1977; MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978; ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: wmfmartins fontes, 2011 [2005]; RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: an introduction to the Theory of Legal System*. New York: Oxford University Press, 1997 [1980] e SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015. Em qualquer caso, é razoável afirmar que a indagação acerca da natureza do direito tem sido essencialmente uma investigação acerca das três perguntas propostas por HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd. Oxford: Oxford University Press, 2012 (1961). — quais

de uma perspectiva filosófica, mas sim usar a Teoria dos Bens para compreender melhor a natureza econômica do que, normalmente, chamamos de “direito” e dos sistemas de adjudicação, a fim de avançarmos em direção a uma Teoria Econômica Positiva do Direito.

Via de regra, a maior parte da discussão acerca da natureza econômica do direito enquadra-se, primariamente, como um argumento dentro de um debate mais amplo sobre a viabilidade de uma sociedade anarquista (sem Estado)³⁰ ou a necessidade de criação de um Estado para impor a ordem. Para os que argumentam a favor da provisão pública do direito, ou seja, pela sua criação e execução pelo Estado, o direito é considerada um bem público. Buchanan, por exemplo, usou a teoria do bem público e privado em linha com a abordagem tradicional de Samuelson para afirmar que, como o direito é uma espécie de bem público heterodoxo (gera externalidade), ele não seria fornecido pelo mercado.³¹

Mencionando expressamente o trabalho de Buchanan, Landes e Posner (1976) também defenderam que o direito é um bem público, mas seu argumento para apoiar essa afirmação implicava que precedentes poderiam ser usados por uma pessoa sem diminuir substancialmente sua utilidade, enquanto precedente, para terceiros.³² Podemos observar aqui que o argumento oferecido é, na realidade, baseado somente no atributo de não rivalidade do precedente. Em um artigo posterior, Landes e Posner (1979, 248) também defenderam que o direito criado por um precedente seria um bem público, embora, dessa vez, o fundamento se baseasse no fato de o precedente criado por uma lide privada poder ser útil no futuro para aqueles que não participaram da disputa original. Pode-se observar que o argumento agora é no sentido de que o direito criado pelo precedente geraria uma externalidade positiva para quem não participou do litígio, além de ser não rival. Curiosamente, Landes e Posner argumentaram que, se o precedente fosse útil apenas para as partes originais do litígio, então, o precedente seria, em realidade, considerado um bem privado³³ (1979, 261). O mesmo tipo de argumento é apresentado por outros autores, como Carvalho, para quem algo é um bem público se gera uma externalidade positiva, ou mais diretamente que o direito é um bem público (2018, 146 et 283). Independentemente do raciocínio, a ideia do direito como um bem público é bastante difundida na literatura.

Em sintonia com essa tradição, embora ligeiramente divergente, eu gostaria de argumentar que o direito pode, de fato, se comportar tanto como um bem público quanto como um bem de clube. Em sua concepção mais simples, o direito nada mais é do que informação sobre como os sistemas adjudicatórios

sejam: (i) como o direito difere de, e como ele se relaciona com, ordens baseadas em ameaças? (ii) como as obrigações legais se diferem de, e como se relacionam com, obrigações morais? e (iii) o que são regras e em que medida o direito é um assunto de regras? Não é minha intenção responder a qualquer dessas perguntas aqui.

³⁰ Veja, por exemplo: FRIEDMANN, David. “Private Creation and Enforcement of Law: a Historical Case.” *The Journal of Legal Studies*, Mar. p. 399-415, 1979; COWEN, Tyler. “Law as a Public Good: The Economics of Anarchy.” *Economics & Philosophy*, Oct. p. 249-267, 1992 e BENSON, Bruce L. *The Enterprise of Law: justice without the state*. Oakland, California: The Independent Institute, 2011 (1990).

³¹ “Em um linguajar mais técnico, ‘o direito’ do tipo aqui analisado se qualifica como um bem público ou de consumo-coletivo puro, e um bem para o qual ajustes independentes geram soluções de canto para cada pessoa. Ninguém proverá, por seu próprio comportamento restrito, os benefícios de seguir o direito para outros.” No original, “[i]n somewhat more technical language, ‘law’ of the sort analyzed here qualifies as a pure collective-consumption or public good, and one for which independent adjustment yields corner solutions for each person. No person will provide, by his own restricted behavior, the benefits of law-abiding to others.” Cfr. BUCHANAN, James M. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975]. v. 7.

³² Os autores estavam tentando usar a Teoria do Capital-Investimento para avaliar o comportamento dos precedentes e eles definiram o capital jurídico como o conjunto de regras jurídicas imbuídas nos precedentes disponíveis em um dado momento. Dado que precedentes podem ser usufruídos por mais de uma pessoa sem a diminuição de sua utilidade como precedente para outrem, eles argumentaram que o capital jurídico era um bem público por natureza (LANDES, William M.; POSNER, Richard A. “Legal Precedent: a Theoretical and Empirical Analysis.” *The Journal of Law & Economics*, Aug. p. 249-307, 1976. p. 264. Em outro trabalho GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013, demonstrei que o mesmo modelo poderia ser utilizado para incluir leis escritas e também seria aplicável a sistemas romano-germânicos.

³³ Note que esse argumento é incorreto, dado que um bem público não se torna privado apenas por não ser útil a outrem, nem um precedente se torna rival apenas porque ele não é invocado por outras partes. Um vídeo de minha última composição musical livremente disponível na Internet é um bem público (não rival e não excludente), ainda que eu seja a única pessoa no planeta a realmente achar que ele seja útil.

provavelmente se comportarão quando diante de uma disputa (coerção - *enforcement*), bem como informação sobre como as pessoas provavelmente se comportarão em geral (conformidade - *compliance*). Como demonstrarei em breve, assim como a luz pode se comportar como uma partícula ou como uma onda (a dualidade onda-partícula),³⁴ o direito também pode se comportar como um bem de clube quando estamos discutindo coerção, enquanto pode se comportar como um bem público quando estamos lidando com conformidade espontânea. Essa é a **dualidade do direito**.

Na perspectiva mais tradicional, do direito como coerção,³⁵ reconheço o fato de que, quando alguém se dirige a um advogado e o consulta sobre seu direito, essa pessoa está na realidade perguntando sobre como os tribunais se comportarão caso uma determinada disputa surja, como o Estado espera que ele ou sua empresa se comportem, ou, de outro modo, como o Estado pode empregar seu poderoso aparato para fazê-lo se comportar — portanto, fazendo valer o direito (coerção). Por essa razão, é possível dizer que a primeira natureza do direito é informar em qual direção a coercitividade irá e **a utilidade que o direito fornece é justamente o conhecimento acerca dessa direção** (bem como a forma de canalizá-la ou evitá-la).

Nessa perspectiva, é fácil perceber que, quando os doutrinadores afirmam que o direito é um bem público, eles normalmente assumem que o direito é um bem público da mesma forma que qualquer informação é um bem público.³⁶ O fato de alguém saber como os tribunais se comportarão e de usar tal conhecimento para conduzir seus interesses no dia a dia não impede que você possua o mesmo conhecimento e conduza seus interesses de acordo. No entanto, esse tipo de análise não revela a verdadeira característica objeto da discussão, que não é a natureza econômica do direito, e sim **a não rivalidade do direito**.³⁷ Quando dizemos que o consumo do direito por uma pessoa não exclui seu consumo por um terceiro estamos apenas dizendo que esse conhecimento pode ser consumido tanto por um quanto por outro. Nada estamos dizendo sobre sua excludibilidade e eu gostaria de argumentar que o direito, enquanto coerção, é, na realidade, altamente excludente.

Os teóricos do direito estão constantemente envolvidos com a questão da jurisdição, referindo-se ao poder geral do Estado de exercer autoridade sobre todas as pessoas e coisas dentro de seu território ou o poder de um tribunal de decidir um caso ou emitir uma ordem judicial válida.³⁸ A palavra-chave aqui é **poder**. O simples fato de que a aplicação das normas legais requer jurisdição significa que, às vezes, um Estado ou um tribunal é juridicamente impotente para fazer cumprir suas regras. Nesse caso, embora as partes possam saber qual regra jurídica seria teoricamente aplicada *de jure*, a falta de jurisdição significa que a regra considerada não será aplicada; logo, o direito é inaplicável *de facto*. Considere uma sentença arbitral internacional a ser executada em outro país que, por sua vez, não reconheça parte do direito material usado com fundamento para resolver a disputa. De fato, embora ambas as partes da arbitragem saibam qual é a regra aplicável ao seu caso, sua aplicação é efetivamente negada. Essa situação hipotética é apenas um exemplo de como o direito

³⁴ “Mas o que é a luz de fato? É uma onda ou um feixe de prótons? [...] Não parece haver esperança de se formar uma descrição consistente do fenômeno da luz pela escolha de uma das duas linguagens possíveis. Parece que devemos usar uma teoria algumas vezes e a outra teoria outras vezes, enquanto de vez em quando podemos usar ambas. Nós nos deparamos com um tipo de dificuldade. Temos dois retratos contraditórios da realidade que, separadamente, não explicam a realidade, mas, em conjunto, explicam!” No original, “[i]t seems as though we must use sometimes the one theory and sometimes the other, while at times we may use either. We are faced with a new kind of difficulty. We have two contradictory pictures of reality; separately neither of them fully explains the phenomena of light, but together they do!” (EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. *The Evolution of Physics: the Growth of Ideas from the Early Concepts to Relativity and Quanta*. London: Cambridge University Press, 1938).

³⁵ Para uma revisão da literatura do direito como coerção, cfr. RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: an introduction to the Theory of Legal System*. New York: Oxford University Press, 1997 [1980], e para uma discussão mais moderna, vide SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

³⁶ Note que uma informação pode ser rival, se é de fato um segredo e o seu compartilhamento destruirá seu valor estratégico para o detentor original, como nos casos de *know-how*. Nesse cenário, o uso de uma informação por um agente reduz a utilidade da informação para o outro agente, logo, é rival.

³⁷ Obviamente, se se define bem público como qualquer coisa que seja não rival, independentemente da excludibilidade, como se fazia antigamente, então, o direito será um bem público.

³⁸ Cfr. GARNER, Bryan A. (ed.). *Black's Law Dictionary*. 7th. St. Paul, Minn: West Group, 1999. p. 855.

pode ser excluído do consumo por um indivíduo. No entanto, vou oferecer mais dois exemplos históricos para tornar o ponto ainda mais claro.

Originalmente, quando Roma era apenas uma cidade-estado, os romanos denominavam o direito aplicado a si próprios de *ius civilis* (direito civil), e esse direito se aplicava, exclusivamente, aos cidadãos de Roma. Assim, embora a maioria dos moradores no território romano soubesse sobre o *ius civilis*, aqueles que não eram romanos eram efetivamente excluídos de sua aplicação e proteção. Logo, tais pessoas foram excluídas do consumo do *ius civilis*. Com o crescimento do império romano, os romanos gradualmente introduziram regras jurídicas também aplicáveis àqueles que não eram cidadãos romanos. Tais regras ficaram conhecidas como *ius gentium*: o corpo de instituições e princípios jurídicos comuns a todos os súditos romanos, independentemente de suas origens.³⁹ Nesse sentido, embora tanto o *ius civilis* quanto o *ius gentium* sejam não rivais por natureza e, portanto, sejam considerados bens públicos pelos autores tradicionais, o primeiro era de fato excluído do consumo por não romanos, enquanto o segundo era consumido livremente.

Outro exemplo claro da excludabilidade do direito é a história do direito comercial no Brasil. Antes da promulgação do Código Civil de 2002,⁴⁰ os cidadãos brasileiros eram divididos em dois grupos diversos: os cidadãos comuns, cujos negócios e ações eram considerados de natureza civil e estavam devidamente regulamentados pelo Código Civil de 1916,⁴¹ e os comerciantes, que normalmente exploravam o comércio e a indústria e, como resultado, foram regulados por um conjunto diferente de regras, conforme estabelecido pelo Código Comercial de 1850.⁴² Observe que um ato estritamente idêntico, em todos os aspectos relevantes, como a compra e venda de um bem, quando realizado por um comerciante, seria regulado pelo Código Comercial, enquanto, se nenhum dos participantes fosse comerciante, o ato seria regulado pelo Código Civil. Como na dicotomia *ius civilis/ ius gentium*, os autores tradicionais diriam que o direito embutido nos Códigos Civil e Comercial seria um bem público, pois sua aplicação a um sujeito não impediria sua aplicação a outro. Todavia, novamente, isso reflete apenas seu atributo de não rivalidade. De fato, o Código Comercial continha muitas prerrogativas, como a possibilidade de pedido de falência (artigo 797 e seguintes), o poder de emissão de procuração pública sem intervenção de notário (artigo 21) e o poder de executar contratos específicos (e.g., os artigos 140 e segs.), que os cidadãos comuns não podiam desfrutar. Como resultado, os não comerciantes eram impedidos de utilizar o direito embutido no Código Comercial (excludabilidade), embora, em princípio, o consumo por um agente não impedisse o outro de usufruir dele (não rivalidade)⁴³.

Nesse sentido, embora todos concordemos que o direito é não rival, assim como a informação em geral, é bastante claro que **o direito enquanto coerção é altamente excludente**; ergo, o direito não é um bem público por natureza, mas sim um bem de clube.⁴⁴ Alguém pode perguntar: quais são as implicações de se reconhecer que o direito é um bem de clube, se isso significa dizer que ele é não rival de qualquer forma? A resposta mais simples é que, como a coerção é excludente, a nossa discussão na seção anterior demonstra que o direito poderia ser fornecido por mercados, pois o sistema adjudicatório poderia negar acesso a todos os clientes que se recusassem a pagar pelos custos de provimento do serviço. Como resultado da excludabilidade do direito como coerção, pode haver um mercado para o direito mesmo na ausência de um Esta-

³⁹ Cfr. MARTINS, Pedro. *Historia Geral do Direito Romano, Peninsular e Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906. p. 114 et seq.; MONCADA, Luís Cabral de. *Elementos de História do Direito Romano*. Parte Geral: teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 1924. v. 2. p.32 et seq.; RIGGSBY, Andrew M. *Roman Law and the Legal World of the Romans*. New York, NY: Cambridge University Press, 2010. p. 215 et seq.) e MOUSOURAKIS, George. *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*. Auckland: Springer, 2015. p. 27 et seq.

⁴⁰ Cfr. BRASIL. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*.

⁴¹ Cfr. BRASIL. *Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916*.

⁴² Cfr. BRASIL. *Lei nº 556, de 25 de janeiro de 1850*.

⁴³ O mesmo tipo de argumento poderia ser feito, por exemplo, para as relações civis puras e as relações civis envolvendo relações de consumo.

⁴⁴ O argumento de que o direito poderia ser excluído dos agentes fora de uma coalizão foi previamente feito pelo próprio (BUCHANAN, James M. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975]. v. 7. p. 100), apesar de ele classificar o direito de bem público devido à sua não rivalidade. Àquela época, não estava claro que a excludabilidade também era uma dimensão relevante.

do.⁴⁵ De um modo mais técnico, o direito como coerção não é vulnerável ao problema do caroneiro, pois é excludente. No entanto, a questão aqui não é que o direito seria vulnerável ao problema do caroneiro e, por isso, não seria provido por mercados, como argumentou Buchanan, mas sim que o direito é fortemente caracterizado por uma externalidade positiva (*suboferta pelo mercado*).

Agora quando digo que o direito é a informação acerca de como os órgãos estatais se comportarão (coerção), podemos separar dois aspectos dessa afirmação, sendo um deles para o consumidor dessa informação (o jurisdicionado) e o outro para o empregador dessa informação (o adjudicador).⁴⁶ Por um lado, os jurisdicionados sabem como se comportar e podem prever o comportamento dos demais jurisdicionados simplesmente por possuírem o conhecimento acerca do direito (regras aplicáveis). Esse conhecimento permitirá aos jurisdicionados que façam escolhas e coordenem seus comportamentos. Por outro lado, os adjudicadores saberão como resolver uma disputa simplesmente por saberem qual é o direito (regras aplicáveis) e aplicarem essas regras aos fatos diante deles (silogismo). Em ambos os casos, o direito é a informação sobre qual regra é mais provável de ser aplicada em um determinado caso.⁴⁷ Esse sistema cria um ciclo de retorno (*feedback loop*), segundo o qual, quanto mais uma regra jurídica é aplicada ao mesmo conjunto de casos, maior será o valor dessa regra para a sociedade e mais o comportamento espontâneo ou imposto se encaixará na conduta esperada (retorno positivo). Essa é a economia de escala do lado da demanda do Estado de Direito, ou seu efeito de rede (*network effect*).⁴⁸ Quanto mais pessoas souberem qual é a regra aplicável a um determinado caso, e quanto mais elas puderem manter uma expectativa racional de que essas serão as regras aplicadas na hipótese de surgimento de uma disputa, mais as pessoas tenderão a seguir tais regras espontaneamente (conformidade) — logo, mais útil e importante o direito será.⁴⁹

O efeito de rede associado ao direito reforça a importância das leis criadas pelo parlamento, que nada mais é do que um sistema legislativo especializado, financiado publicamente, e que pode pôr em xeque a altamente controversa hipótese de eficiência do sistema da *common law*.⁵⁰ De qualquer forma, a afirmação de que a produção do direito cria uma externalidade positiva ou de que o direito como coerção é altamente caracterizado por efeitos de rede não altera sua natureza econômica, o que significa dizer que o direito con-

⁴⁵ Um dos melhores exemplos do direito sem Estado é a *lex mercatoria*, o corpo de direito comercial construído e empregado pelos mercantes na Europa medieval, que era adjudicado por tribunais mercantis ao longo das principais rotas de comércio. Para uma discussão da produção descentralizada do direito, cfr. COOTER, Robert D. “Structural Adjudication and the New Law Merchant: a model of decentralized law.” *International Review of Law and Economics*, p. 215-231, 1994.

⁴⁶ Em trabalho anterior: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “A Tragédia do Judiciário.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014, demonstrei que para compreendermos plenamente o comportamento do sistema jurídico, devemos levar em consideração a estrutura de incentivos tanto das partes quanto dos magistrados.

⁴⁷ O sistema jurídico não precisa ser perfeito, ele pode ser probabilístico, mas ele será tão mais eficaz quanto mais previsível for. Nesse sentido, cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013.

⁴⁸ Note que no Estado de Direito o juiz será um consumidor do direito tanto quanto as partes em um litígio, enquanto os tribunais seriam tanto consumidores quanto provedores (precedentes), nos termos do art. 927 e do *caput* e do §2º do art. 926 do Código de Processo Civil. No sistema da *common law*, a função legislativa dos tribunais é autoevidente, enquanto no sistema romano-germânico ela é de alguma forma mitigada, mas ainda assim existente. Cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018.

⁴⁹ Essa expectativa racional de como o direito será aplicado é um elemento essencial do Estado de Direito e foi chamado por mim de “**ciclo da litigância**”. Para uma discussão acerca de como essa característica de *feedback* positivo tende a criar um comportamento homeostático no sistema judicial, vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013. Para uma discussão sobre as consequências de o Judiciário não seguir o Estado de Direito e da interrupção desse *feedback* positivo — o chamado “**anarquismo judiciário**”, vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica.” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

⁵⁰ Cfr. COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost.” *Journal of Law and Economics*, Oct. p. 1-44, 1960. EHRlich, Isaac; POSNER Richard A. “An Economic Analysis of Legal Rulemaking.” *The Journal of Legal Studies*, jan. p. 257-286, 1974. POSNER, Richard A. *The Federal Courts: challenge and reform*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999 e PARISI, Francesco. “The Efficiency of the Common Law Hypothesis.” In: SCHNEIDER F.; ROWLEY C.K. *The Encyclopedia of Public Choice*. Boston, MA: Springer, 2004. p. 519-522. Para uma opinião divergente sobre a eficiência da *common law*, cfr. COOTER, Robert D. “Structural Adjudication and the New Law Merchant: a model of decentralized law.” *International Review of Law and Economics*, p. 215-231, 1994.

tinua a ser não rival e altamente excludente—ergo, um bem de clube.

O foco no direito como conhecimento de como o sistema adjudicatório se comportará quando diante de uma disputa explica seu valor em contextos sociais onde a coerção desempenha um papel importante. Essa explicação, no entanto, não revela o motivo pelo qual observamos tanta aderência às regras jurídicas, mesmo em contextos em que a coerção é improvável. Para entender esse fenômeno social, é preciso reconhecer que o direito também serve como um ponto focal de como as pessoas provavelmente se comportarão e, ao fazê-lo, induz o comportamento coletivo em direção a certas condutas que gerarão equilíbrios autossustentáveis, criando **conformidade sem coerção**.

Nessa segunda perspectiva menos tradicional do direito, refiro-me ao fato de que as pessoas às vezes seguem as normas jurídicas mesmo na ausência de uma ameaça crível de coerção (na improbabilidade de *enforcement*). Cientistas sociais têm se esforçado para explicar porque isso acontece e alguns argumentam que, quando os indivíduos percebem que a ordem jurídica é legítima, eles, naturalmente, seguirão as regras ou seu comportamento será restringido pelas crenças sociais.⁵¹ Já alguns autores mais modernos tentam explicar o mesmo fenômeno empregando a Teoria dos Jogos para demonstrar como o comportamento social pode emergir naturalmente da interação humana e a própria existência do direito pode fornecer **pontos focais**⁵² que atrairão o comportamento coletivo e gerarão equilíbrios comportamentais.⁵³ De acordo com essa abordagem mais recente, é razoável dizer que a segunda natureza do direito (dualidade do direito) é a informação de como as pessoas normalmente se comportam e, dado que a maioria das pessoas provavelmente se comportará dessa maneira, não há, em última análise, nenhum ganho em se comportar de forma diversa. Assim, a conformidade torna-se um equilíbrio autossustentável, sem a necessidade de coerção (*compliance* sem *enforcement*). Nesse caso, a utilidade do direito seria fornecer o conhecimento dessa direção social (e como se comportar de acordo).⁵⁴

É importante ressaltar que o equilíbrio de Nash é definido como um estado estável de um sistema envolvendo a interação de diferentes agentes nos quais nenhum participante pode aumentar o seu retorno (*pay-off*) por meio de uma mudança unilateral de comportamento, se as estratégias dos demais permanecerem inalteradas. Em outras palavras, um estado social é considerado um equilíbrio de Nash quando nenhum indivíduo aumentaria seu retorno ao mudar, isoladamente, o próprio comportamento, a não ser que outra pessoa também mude seu comportamento, e, o estado social (equilíbrio) se torna estável justamente porque

⁵¹ WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999 [1920]. v. 2, tentou explicar como a legitimidade pode levar à conformidade na medida em que os agentes percebam a regra (costumeira ou jurídica) como a coisa correta a se fazer, enquanto DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. 10. ed. Tradução: Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895], tentou explicar como a coletividade poderia criar crenças e como tais crenças estruturariam e limitariam comportamentos.

⁵² Na linguagem da Teoria dos Jogos, um ponto focal ou ponto de Schelling é um equilíbrio saliente em um jogo de múltiplos equilíbrios que atrai jogadores justamente por ser saliente, significando que esse ponto focal se torna um equilíbrio mais comum do que os demais equilíbrios como uma solução prática para o jogo, ainda que não seja uma estratégia dominante. Nesse sentido, cfr. SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict: with a new Preface by the Author*. Cambridge: Harvard University Press, 1981 [1960].

⁵³ Empregando Teoria dos Jogos, GREIF, Avner. *Institutions and the Path to the Modern Economy: lessons from medieval trade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, demonstrou que ao invés de assumir que indivíduos seguem certos comportamentos, comportamentos sociais podem ser gerados endogenamente desde que limitados a comportamentos que sejam equilíbrios autossustentáveis. Em sentido similar, MCADAMS, Richard H. *The Expressive Powers of Law: theories and limits*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017, explica como o direito pode produzir comportamento coordenado mesmo na ausência de uma ameaça crível de coerção simplesmente por apresentar um ponto focal saliente que atrairá comportamento.

⁵⁴ É muito interessante imaginar como ambas funções do direito corrigem comportamentos divergentes. Obviamente, a coerção incluiria punição com prisão, penas, castigos físicos ou custos adicionais para mudar o *trade-off* do comportamento divergente, enquanto a divergência (não conformidade) levaria à desconexão e a custos morais e sociais, tais como estigmas e acidentes. De qualquer forma, ao fim e ao cabo, espera-se que ambas complementarmente induzam comportamentos convergentes, de outra forma o sistema entraria em colapso. Para uma discussão sobre como cooperação pode ser alcançada mesmo na ineficácia de instrumentos jurídicos, cfr. DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and Economics: alternative modes of Governance*. 1ª. Princeton: Princeton University Press, 2007 e, para uma discussão sobre a importância da coerção nessa segunda concepção de direito, cfr. SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

não há ganho individual na mudança unilateral de comportamento.

Pode-se observar como o efeito de rede do direito é ainda mais relevante quando se lida com o direito enquanto conformidade, pois, quanto maior o número de pessoas se comportando de determinada maneira, maior a probabilidade de que os outros ajustem sua conduta de acordo. Assim, o papel do comportamento saliente como um ponto focal é mais forte e aquele equilíbrio particular é mais provável de ser alcançado.

No entanto, se o direito enquanto coerção é claramente um bem de clube (não rival e excludente), o mesmo não pode ser dito sobre o direito enquanto conformidade. O direito como conformidade também é não rival porque o conhecimento por um indivíduo de como a maioria das pessoas se comporta dentro de uma determinada sociedade não impede que outro indivíduo detenha o mesmo conhecimento e também aproveite os benefícios resultantes desse conhecimento. No entanto, como o direito enquanto conformidade não requer coerção, é pura informação e, uma vez disponível, não pode ser retirado do domínio público, temos que sua natureza é não excludente. Como resultado, concluo que **o direito como conformidade é um bem público por natureza**, pois é não rival e não excludente.

É curioso notar que o direito seria um bem público única e exclusivamente quando não há necessidade de coerção (direito como conformidade), mas a literatura em geral considera o direito como bem público justamente no contexto adjudicatório, logo, quando o direito é, na realidade, um bem de clube. Acredito que essa sutileza é uma das razões pelas quais os fenômenos discutidos no presente artigo e a sua interrelação permaneceram ocultos dos doutrinadores em geral por tanto tempo.

De qualquer forma, considerando que neste artigo estou realmente interessado na relação entre o direito e os tribunais e o direito como conformidade não exige coerção, ou seja, o direito como conformidade não exige um sistema adjudicatório para funcionar, embora isso seja discutível, doravante, me concentrarei no direito como coerção. Ao analisar a natureza econômica dos sistemas adjudicatórios e sua relação com o direito como coerção, é meu objetivo explicar aspectos interessantes dos sistemas jurídicos em geral.

4 A complementariedade do direito e dos tribunais

Na seção anterior, foi demonstrado que o direito enquanto coerção é não rival, embora excludente do consumo a baixo custo (excludabilidade) e, portanto, o direito é um bem de clube. Agora, eu gostaria de explicar como esse *insight* revela algo muito importante sobre a relação entre o direito e os sistemas adjudicatórios—isto é, que **o direito e os tribunais são bens complementares**. Um bem é considerado complementar quando o seu consumo requer o consumo de um outro bem. Daí decorre que, quando o consumo de um bem complementar aumenta, o consumo de seu complemento também aumenta. Assim, se o direito e os sistemas adjudicatório são bens complementares, então, quanto mais se consome direito, mais se usa o sistema adjudicatório e, quanto mais se usa o sistema, mais se consome direito. Exploremos essa ideia.

Quando me refiro ao direito enquanto coerção, deve ficar claro que estou me referindo ao direito como o conjunto de regras⁵⁵ aplicadas (ainda que potencialmente) por um sistema adjudicatório para resolver disputas dentro de uma determinada jurisdição⁵⁶ e, conseqüentemente, moldar o comportamento coletivo. Nesse sentido, a utilidade informacional do direito reside, precisamente, na indicação de como o sistema adjudicatório se comportará se uma dada disputa lhe for levada.⁵⁷ Essa função informacional pode, de fato,

⁵⁵ Aqui a discussão sobre se princípio integram o ordenamento jurídico ou não é irrelevante, pois eles serão convertidos em regras se aplicados, como demonstrado em Gico Jr. (2018); ou eles serão incapazes de orientar comportamento, resultando em anarquia judicial, como discutido em GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica.” *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

⁵⁶ Jurisdição aqui é usada como a habilidade ou o poder de fazer valer uma decisão, como mencionado anteriormente.

⁵⁷ Esse argumento já foi oferecido por Holmes Jr., nos E.U.A., quando afirmou que: “[o] objeto de nossos estudos, então, é a previsão, a previsão de incidência da força pública por meio instrumental das cortes”. No original “[*The object of our study, then, is*

ser aproveitada apenas se houver um mecanismo efetivo de coerção e se esse mecanismo for capaz de impor sua decisão. Em outras palavras, o direito somente é útil nesse sentido se houver um sistema adjudicatório eficaz para apoiá-lo, assim como um medicamento intravenoso somente é útil quando acompanhado por uma seringa ou outro mecanismo de injeção. Do ponto de vista econômico, essas afirmações equivalem a dizer que o direito e os sistemas adjudicatórios são complementos. De fato, eu gostaria de argumentar neste artigo que o direito enquanto coerção e os sistemas adjudicatórios são complementos perfeitos, o que significa dizer que eles devem ser consumidos em conjunto para serem considerados úteis.

Por um lado, um sistema adjudicatório que não segue qualquer regra (tribunal sem direito) não seria diferente de um sistema estocástico ergódico⁵⁸. Independentemente do caso apresentado, haveria uma probabilidade aleatória de sucesso do reclamante e, em qualquer disputa, a chance de prevalecer seria independente do estado inicial do sistema. Nesse cenário, não haveria necessidade de um juiz ou qualquer mecanismo de decisão alternativo que não fosse um computador com uma semente aleatória⁵⁹ para resolver a disputa. O serviço de resolução de disputas seria fornecido quase instantaneamente, mas o resultado seria um completo desperdício social, pois os agentes seriam incapazes de coordenar o comportamento *ex ante* (não há como saber qual regra será aplicada) e o resultado seria inútil para coordenar o comportamento *ex post* (como este caso foi decidido é irrelevante para casos futuros). Em outras palavras, o objetivo de se ter um sistema jurídico é coordenar o comportamento estabelecendo uma expectativa racional do comportamento dos outros, incluindo do Estado.⁶⁰ Se o mecanismo de resolução de controvérsia é aleatório, essa função básica do direito é negada, e se pode afirmar tanto que não há direito algum, quanto que os tribunais são inúteis. É por isso que afirmo, no início deste trabalho, que o Judiciário é uma tecnologia institucional desenvolvida por milhares de anos de experimentação humana com um único objetivo: resolver disputas **impondo as regras**. Se as regras não forem aplicadas, esse propósito do direito e dos tribunais é negado.

Por outro lado, um sistema jurídico sem um mecanismo de coerção (direito sem tribunal) seria ineficaz para coordenar o comportamento quando as pessoas discordassem sobre o direito ou a conformidade não fosse um equilíbrio autossustentável. Em primeiro lugar, se dois agentes *ex ante* concordam que seu curso de ação é a melhor opção para seus próprios interesses, não haverá necessidade de direito para estabelecer a conduta a ser seguida por eles. Não há disputa. O comportamento acordado é uma estratégia dominante e, portanto, resultará em cooperação. Isso também é verdade se os agentes já estiverem em um equilíbrio de Nash, embora, *ex post*, eles possam discordar sobre essa situação ser a melhor opção para um deles. Como

prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts? (1897, 61). Na França, uma observação semelhante foi feita por Planiol ao afirmar que: “[q]uando o Código era novo, as faculdades de direito tinham suas opiniões e várias vezes cada professor tinha a sua; de seu lado, a jurisprudência buscava de forma meio aleatória a solução para questões que recebia para resolver. Então, era formada em nossas Faculdades uma *doutrina*, muitas vezes original, mas raramente seguida na prática. Hoje a jurisprudência está fixada em vários pontos. Que vantagem há em ainda se ensinar, como se fossem fórmulas do verdadeiro direito francês, teorias que não estão nem escritas na lei, nem foram admitidas na jurisprudência? [...] Tomemos a jurisprudência pelo que ela é, um direito costumeiro de criação recente e ensinemos suas soluções, sujeitando-nos a dizer o que pensamos sobre ela.” No original, “[q]uand le Code était nouveau, l’École avait ses opinions, qu’elle enseignait, et souvent chaque professeur avait les siennes: de son côté la jurisprudence cherchait un peu à l’aventure la solution des questions qu’on lui donnait à résoudre. Ainsi s’est formée dans nos Facultés une doctrine, souvent originale, mais rarement suivie dans la pratique. Aujourd’hui que la jurisprudence est fixée sur beaucoup de points, à quoi bon enseigner encore, comme étant la formule du droit français actuel, des théories qui ne sont ni écrites dans les lois, ni admises en jurisprudence? [...] Prenons donc la jurisprudence pour ce qu’elle est, pour un droit coutumier de formation récente, et enseignons ses solutions, sauf à dire ce que nous en pensons.[...]” PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Paris: F. Pichon, Ducesseur, Éditeur, 1904. Tome Premier. v. 3. p. 10.

⁵⁸ Por exemplo, mesmo no sistema jurídico Busoga, em Uganda, que supostamente não possui uma teoria de precedentes, quando se discutem casos e se litiga, os membros da comunidade esperam que casos semelhantes serão tratados de forma semelhante e, por tanto, que mesmo o direito costumeiro Busoga guarde algum grau de coerência interna. Cf. FALLERS, Lloyd A. *Law Without Precedent: legal ideas in action in the courts of colonial Busoga*. Chicago: The University of Chicago Press, 1969. p.19.

⁵⁹ Alguém poderia se desesperar ao descobrir que números aleatórios criados por computadores não são, na verdade, aleatórios, dado que usam algum tipo de algoritmo para criar tais números. Verdadeira aleatoriedade é alcançada, apenas, se mensurado algum fenômeno externo ao próprio sistema.

⁶⁰ Para uma maior discussão do papel do Judiciário na viabilização de cooperação *ex ante*, vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Anarquismo Judicial e Teoria dos Times.” Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013.

nenhum agente pode melhorar seu retorno mudando unilateralmente seu próprio comportamento, o equilíbrio é autossustentável e nenhuma coerção adicional é necessária.

O direito é útil quando há mais de uma conduta interessante possível antes ou depois da interação para ao menos uma das partes. Se o direito impede que uma das partes se engaje *ex post* em comportamento divergente, a outra parte pode *ex ante* confiar que o acordo seguirá o seu curso e a cooperação será viabilizada. No entanto, a fim de fazê-lo, o direito deve ser capaz de impedir de forma coercitiva tal comportamento divergente; portanto, a coerção — ainda que potencial — é necessária. Pode-se argumentar que, quanto mais frequentemente essas regras de conduta forem internalizadas, menos coerção será exigida, mas, a menos que se possa construir uma sociedade de seres humanos perfeitos, algum nível de coerção, ainda que leve, será necessário.

Em segundo lugar, do ponto de vista social, o direito também é relevante quando, embora as partes envolvidas concordem entre si com o comportamento em questão, sua cooperação produz efeitos negativos sobre terceiros (externalidades). Nesse cenário, supondo que os custos de transação sejam elevados,⁶¹ é do interesse público que o direito seja capaz de impedir, limitar ou exigir uma compensação adequada para tal comportamento. Uma vez que os agentes envolvidos podem não estar dispostos a adotar comportamento convergente com esse desejo social, novamente, a coerção será necessária.

Em terceiro, as pessoas às vezes podem discordar entre si sobre o que realmente foi acordado, qual a regra jurídica aplicável ou se existe uma regra jurídica para o caso. Nessas hipóteses, é necessário um mecanismo de resolução de disputa — que normalmente é a outra função do sistema adjudicatório — para resolver ambiguidades e preencher lacunas. Ainda assim, embora normalmente consideremos essas funções de redução de ambiguidade e preenchimento de lacunas como atribuídas aos tribunais na maioria dos sistemas jurídicos, se não em todos, esses papéis não são realmente uma função necessária dos sistemas adjudicatórios.

Por exemplo, em 1603, as Ordenações Filipinas de Portugal permitiam aos tribunais portugueses resolver ambiguidades do direito e preencher lacunas usando muitas técnicas, incluindo a aplicação subsidiária do *Corpus Iuris Civilis* ou do direito canônico.⁶² No entanto, devido à excessiva “liberdade” na interpretação, a Lei da Boa Razão de 1769 retirou a maioria dessas funções dos tribunais e as alocou de volta à Coroa Portuguesa.⁶³ Outro exemplo semelhante é a Constituição Imperial Brasileira de 1824, que separou o papel da apuração de fatos para o júri popular, o papel da adjudicação de leis para os tribunais e restringiu os papéis de elaboração de regras e interpretação legal para a Assembleia Geral.⁶⁴ Em qualquer caso, mesmo se o papel de preenchimento de lacunas for atribuído aos tribunais, algum grau de coerção (exercício da força) será exigido para tornar efetivas tais regras criadas pelos magistrados, e, mesmo se a tarefa de resolução de ambiguidades for atribuída aos tribunais, a coerção continuará sendo necessária para fazer valer interpretação escolhida. Nesse sentido, a **hermenêutica das escolhas**⁶⁵ também exige coerção. Portanto, em qualquer caso, o direito e os tribunais são complementares.

Em suma, qualquer que seja a estratégia que os tribunais adotem para resolver uma disputa (mera adjudicação, redução de ambiguidade ou preenchimento de lacunas), fato é que o resultado, provavelmente, se

⁶¹ COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost.” *Journal of Law and Economics*, p. 1-44, Oct. 1960.

⁶² GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018. p. 60.

⁶³ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018. p. 61.

⁶⁴ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018. p. 62.

⁶⁵ Eu chamo de “hermenêutica das escolhas” o papel essencial que os juízes desempenham em países de sistema romano-germânico quando reduzem ambiguidades em leis e contratos na resolução de disputas e, ao fazê-lo, estabelecem regras jurídicas que prevalecerão, excluindo-se todas as outras possibilidades de interpretação, apesar de compatíveis com o texto legal — logo, regras potenciais —, ou quando preenchem as lacunas. Cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário.” *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, p. 55-84, maio/ago. 2018.

tornará direito e a imposição coercitiva será necessária, se o cumprimento espontâneo não advier. Em qualquer caso, o direito será útil para os agentes sociais somente se um mecanismo adjudicatório viável (coerção) estiver disponível, logo, o direito e os tribunais são bens complementares.

5 A natureza econômica dos tribunais

Uma vez estabelecido que o direito é um bem de clube e sua excludabilidade está profundamente relacionada à sua complementaridade com os tribunais, a investigação sobre a natureza econômica do sistema adjudicatório deve nos ajudar a entender alguns aspectos da dinâmica do sistema jurídico, o que levará à conclusão surpreendente de que, em vez de viabilizar o acesso aos direitos, políticas irrestritas de acesso à justiça podem resultar em sua negação.

Semelhante ao direito enquanto coerção, **qualquer sistema adjudicatório é excludente por natureza**. Considere um tribunal de arbitragem e a exigência de que, antes do início do processo arbitral, o reclamante ou ambas as partes paguem as custas processuais e/ou os honorários do árbitro. Sem pagamento, a arbitragem não se inicia. Logo, até que os usuários paguem pelo serviço, o prestador de serviços adjudicatórios não fornecerá o serviço desejado. O mesmo pode ser dito sobre os tribunais públicos. Em muitas jurisdições, deve haver o pagamento de custas iniciais para cada ação protocolada, caso contrário, o processo não se iniciará. As custas iniciais podem cobrir, integralmente ou não, os custos da prestação do serviço, mas, em ambos os casos, sem pagamento dos valores exigidos, o serviço adjudicatório não será fornecido. A ideia aqui não é discutir se custas processuais realmente existem ou não ou se o serviço é subsidiado ou não, mas deixar claro que tal taxa poderia ser facilmente implementada para regular o acesso ao serviço, ergo, serviços adjudicatórios são excludentes a custos muito baixos.

Para tornar o ponto ainda mais claro, a exclusão do serviço adjudicatório não precisa ocorrer na forma de uma taxa de protocolo, nem expressamente por um preço expresso em moeda. O acesso aos serviços pode ser racionado usando outros mecanismos, como cotas ou análises de custo-benefício. Por exemplo, desde a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o Supremo Tribunal Federal – STF somente conhecerá casos constitucionais por meio de recurso extraordinário se o Tribunal considerar que a questão em discussão tem repercussão geral.⁶⁶ Mesmo que um caso realmente envolva uma violação constitucional, se a questão é restrita às partes, o STF pode se recusar a conhecê-lo. Pode-se observar que **o requisito jurídico de repercussão geral é, na verdade, uma investigação acerca da presença ou não de externalidade positiva associada ao assunto constitucional em debate**. Se o julgamento da questão gerar uma externalidade positiva, ou seja, for útil para outras pessoas, reais ou potenciais, além das partes, então, os recursos escassos do STF poderão ser alocados para resolvê-la. Se não, o caso não será conhecido e, para todos os efeitos, será negado aos litigantes o acesso aos serviços adjudicatórios do Supremo Tribunal. Nessa hipótese o serviço adjudicatório é racionado sem o uso de um mecanismo de preço, e sim pelo emprego de uma análise implícita de custo-benefício chamada “repercussão geral”.

O mesmo tipo de poder discricionário de negação de acesso a serviço adjudicatório foi concedido à Suprema Corte dos Estados Unidos pelo *Judiciary Act*, de 1925 e pelo *Supreme Court Case Selections Act*, de 1988. De acordo com tais leis, a maioria dos potenciais consumidores do direito é impedida de ter acesso aos serviços adjudicatórios da Corte Suprema americana e, portanto, não tem direito a tais serviços. Assim como no caso de repercussão geral no Brasil, uma parte que deseja que a Suprema Corte Americana reveja uma decisão de um tribunal federal ou estadual deve apresentar um pedido de *writ of certiorari*, e a Corte terá o

⁶⁶ Nos termos do art. 1.035 *caput* e §1º do CPC: “Art. 1.035. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. §1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico **que ultrapassem os interesses subjetivos do processo.**” Cfr. BRASIL, *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*.

poder discricionário de decidir se concede ou não o *certiorari*. Na vasta maioria dos casos o *certiorari* é negado. Mais uma vez, o acesso ao serviço adjudicatório é racionado, a baixos custos, sem o uso de um mecanismo de preços. De qualquer forma, tais exemplos demonstram que os tribunais são excludentes.

Dado que os serviços adjudicatórios são excludentes, a próxima pergunta é se seriam ou não rivais. Ao discutir o direito, observamos que, como o direito é informação, ele não é rival. O conhecimento do direito por uma pessoa não impede que outra goze dos mesmos benefícios e conduza seus negócios de acordo. O mesmo pode ser dito sobre os magistrados. O fato de um magistrado aplicar uma lei ou um precedente a um caso não impede outro magistrado de aplicar a mesma regra jurídica a outro caso. De fato, em ambos os casos, a aplicação do direito por um agente apenas reforça a utilidade do direito para os outros (efeito de rede). O caso dos sistemas adjudicatórios é diverso, pois eles são rivais por natureza, embora a discussão seja um pouco mais sutil.

Se entendermos que o Judiciário possui alta rivalidade, então, devemos concluir que é um bem privado (rivalidade + excludabilidade). Se entendermos que não é rival, então, semelhante ao direito como coerção, será um bem de clube (não rivalidade + excludabilidade). A rigor, o Judiciário pode ser ambos, dependendo do contexto. Considere um único magistrado chamado para resolver uma única disputa. Dependendo da complexidade do caso, o magistrado poderia analisar, simultaneamente, outro processo sem diminuir, substancialmente, o tempo de análise do primeiro. Lembre-se que um processo é uma série de procedimentos, nem todos simultâneos ou exclusivamente executados pelo magistrado; portanto, há várias oportunidades para o magistrado realizar outros atos paralelos enquanto ele ou ela espera que as outras partes executem seus respectivos atos. Nesse cenário, pelo menos inicialmente, os serviços adjudicatórios não seriam rivais e, portanto, o Judiciário seria um bem de clube, assim como o direito. Em contraste, se a análise simultânea de dois ou mais processos resultar em complexidade excessiva ou se o número de processos for maior do que a capacidade instalada, então, **os serviços adjudicatórios se tornam rivais em uso** e o Judiciário começa a se comportar de maneira semelhante a um bem privado. Nesse sentido, é razoável dizer que, a princípio, o Judiciário é um bem de clube se a capacidade instalada for superior à demanda percebida e, à medida que a demanda aumenta, ele passa a atuar mais como um bem privado, tornando-se rival e propenso a congestionamento, salvo se seu uso for racionado de alguma forma. Em outras palavras, o Judiciário é um bem altamente congestionável.

Figura 2: O Judiciário como Bem Privado

		RIVALIDADE NO CONSUMO	
		Baixa	Alta
EXCLUDABILIDADE DE ACESSO	Difícil	Bens Públicos	Recursos Comuns
	Fácil	Bens de Clube	Bens Privados

Nesse ponto, deve ficar claro que, mesmo em um estágio anterior, quando a oferta é maior do que a demanda percebida, o Judiciário é um bem de clube, nunca um bem público. No entanto, quando um descompasso entre oferta e demanda passa a gerar rivalidade, o Judiciário, gradualmente, começará a se comportar como um bem privado, pois cada novo caso protocolado se somará ao estoque de casos em andamento e retardará o provimento do serviço público adjudicatório na média. Doravante, cada caso adicional protocolado diminuirá a utilidade do sistema judiciário para todos os demais usuários efetivos ou potenciais.

Nesse sentido, embora o consumo não seja totalmente rival, inicialmente,⁶⁷ cada caso adicional impõe uma externalidade negativa aos demais usuários do sistema. Se nenhum outro mecanismo de racionamento for instalado, essa externalidade negativa se materializará na forma de filas, o que, combinado com o menor tempo disponível para os magistrados considerarem cada caso, resultará em crescente degradação da quantidade e qualidade dos serviços prestados. Para os propósitos do presente artigo, esse efeito de redução de utilidade significa que o Judiciário começará a se comportar como um serviço rival.⁶⁸ O fato de o Judiciário estar congestionado em tantos lugares no mundo apenas corrobora a ideia de que os tribunais são, em realidade, um recurso rival.

5.1 A tragédia do judiciário

Uma vez demonstrado que os tribunais se comportam como bens privados enquanto o direito é um bem de clube, é relativamente fácil entender que o acesso irrestrito aos serviços adjudicatórios levará à formação natural de filas para racionar o suprimento do serviço. Qualquer uso adicional do serviço adjudicatório por um agente impedirá ou diminuirá substancialmente a utilidade do serviço para os demais usuários, assim como a inclusão de um carro adicional diminui a utilidade de estradas congestionadas para outros motoristas.

Como os tribunais são bens privados, a solução mais simples para o problema de congestionamento seria a exclusão de alguns usuários do serviço. Isso já é feito, por exemplo, por meio de instrumentos processuais como a repercussão geral ou o *writ of certiorari*. Alternativamente, poder-se-ia deixar o livre mercado funcionar e o mecanismo de preços regularia a demanda, da mesma forma como pode ser feito com tribunais arbitrais. A concorrência entre usuários aumentaria os preços dos serviços adjudicatórios, e o aumento de preços resultante racionaria naturalmente os recursos escassos, excluindo os usuários que atribuísem menor valor ao serviço. Assim, seria alcançado um equilíbrio entre oferta e demanda e não haveria congestionamento. Como resultado, haveria um menor número de ações ajuizadas e aqueles litigantes que atribuísem menor valor a suas ações, de acordo com sua disposição para pagar, não teriam suas ações julgadas ou seriam atendidos a um tempo maior de espera.⁶⁹

Naturalmente, uma vez que o mercado apenas capta as preferências daqueles que são capazes de e dispostos a expressar suas preferências por meio de pagamento (preferências reveladas), o mecanismo de preço resolveria o problema de congestionamento às expensas do elo mais vulnerável da sociedade, i.e. os pobres, que seriam excluídos do uso e do gozo do serviço, ainda que o valorizassem subjetivamente mais do que seu custo. Além disso, como o direito e os tribunais são bens complementares, a exclusão de alguns usuários do acesso aos serviços adjudicatórios implica, necessariamente, que eles também serão excluídos do gozo dos benefícios do direito em si. Em outras palavras, ao excluir alguns cidadãos do acesso aos tribunais, estaríamos, também, a excluí-los do acesso aos seus direitos, o que é inaceitável. Nesse sentido, do ponto de vista econômico, os serviços públicos adjudicatórios podem ser considerados **bens meritórios**, isto é, que são tão importantes para o desenvolvimento humano que todo indivíduo deve ter acesso a eles com base em algum conceito de necessidade, ao invés de habilidade ou disposição a pagar.

⁶⁷ Note que, diferentemente do caso de bens privados tradicionais, nesse caso, não temos necessariamente uma relação de proporcionalidade direta entre a quantidade consumida por uma pessoa e o montante disponível para consumo pelos demais.

⁶⁸ Para uma discussão usando a Teoria Econômica dos Clubes para identificar o tamanho ótimo dos clubes e que poderia ser usada para investigar o tamanho ótimo do Judiciário e das custas processuais, mas que está além do escopo do presente trabalho, vide MUELLER, Dennis C. *Public Choice III*. New York, NY: Cambridge University Press, 2003 [2005]. p. 183 et seq) e CORNES, Richard; SANDLER, Todd. *The theory of externalities, public goods, and club goods*. New York, NY: Cambridge University Press, 1999 [1996]. p.347 et seq).

⁶⁹ A título de exemplo, a Câmara de Comércio Internacional – ICC possui um Calculador de Custos e Arbitragem em seu sítio, onde é possível estimar quanto custará uma arbitragem por meio de um sistema adjudicatório privado, e o usuário pode optar por pagar mais se desejar mais árbitros (menor probabilidade de erro) ou se quiser uma decisão mais célere (procedimento expresso). Disponível em: <https://www.international-arbitration-attorney.com/pt/icc-arbitration-cost-calculator/>.

A ideia de que o Judiciário é um bem meritório é praticamente uma unanimidade, já que a maioria dos países decidiu que o acesso aos serviços públicos adjudicatórios é um direito fundamental e, portanto, deve ser garantido o livre acesso a todos em igualdade de condições. Segundo as Nações Unidas:⁷⁰

O acesso à justiça é um princípio básico do Estado de Direito. Na ausência de acesso à justiça, as pessoas são incapazes de ter sua voz ouvida, exercer seus direitos, desafiar a discriminação ou responsabilizar os tomadores de decisão. A Declaração da Reunião de Alto-Nível sobre o Estado de Direito enfatiza o direito de acesso à justiça igual para todos, incluindo membros de grupos vulneráveis, e reafirma o compromisso dos Estados-Membros de adotar todas as medidas necessárias para proporcionar serviços justos, transparentes, eficazes, não-discriminatórios e responsáveis que promovam o acesso à justiça para todos [para. 14⁷¹ e 15]. As atividades das Nações Unidas em apoio aos esforços dos Estados-Membros para garantir o acesso à justiça são uma componente essencial do trabalho na seara do Estado de Direito.

Na realidade, a ideia de livre acesso à justiça já existe há algum tempo. O século XX testemunhou uma preocupação crescente com a questão do acesso à justiça. A primeira onda preocupou-se com a assistência legal para os pobres e começou no Ocidente na década de 1920 na Alemanha e no Reino Unido.⁷² A segunda onda preocupava-se com a representação de interesses difusos e esforços para resolver o problema de se representar grupos e coletividades que não apenas os pobres, que começaram no final dos anos 1960 nos EUA.⁷³ A terceira onda foi além da advocacia, focando não apenas na assistência jurídica e na defesa de interesses difusos, mas também em todos os tipos de barreiras institucionais para um acesso mais efetivo à justiça.⁷⁴ Essas ondas de reforma, voltadas para aumentar o acesso à justiça, continuam aparecendo de tempos em tempos.⁷⁵

Na década de 1970, Mauro Cappelletti dirigiu um projeto de pesquisa financiado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa da Itália (CNR), chamado de “Projeto de Acesso à Justiça de Florença”.⁷⁶ Segundo Cappelletti:

[O] direito de acesso efetivo é cada vez mais reconhecido como sendo de suma importância entre os novos direitos individuais e sociais, **uma vez que a titularidade de direitos não tem sentido sem mecanismos para sua efetiva reivindicação.** O acesso efetivo à justiça pode, assim, ser visto como o requisito mais básico — o mais básico “direito humano” — de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos.⁷⁷

⁷⁰ No original: “[a]ccess to justice is a basic principle of the rule of law. In the absence of access to justice, people are unable to have their voice heard, exercise their rights, challenge discrimination or hold decision-makers accountable. The Declaration of the High-level Meeting on the Rule of Law emphasizes the right of equal access to justice for all, including members of vulnerable groups, and reaffirmed the commitment of Member States to taking all necessary steps to provide fair, transparent, effective, non-discriminatory and accountable services that promote access to justice for all [para. 14 and 15]. United Nations activities in support of Member States’ efforts to ensure access to justice are a core component of the work in the area of rule of law.” Cfr. UNITED NATIONS. *United Nations and the Rule of Law*. s.d. <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>. Acesso em: 22nd June 2018.

⁷¹ “14. We emphasize the right of equal access to justice for all, including members of vulnerable groups, and the importance of awareness-raising concerning legal rights, and in this regard, we commit to taking all necessary steps to provide fair, transparent, effective, non-discriminatory and accountable services that promote access to justice for all, including legal aid.”

⁷² Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978. p. 197 and ss.).

⁷³ Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978. p. 209 and ss.). Para uma discussão anterior sobre a não racionalização do acesso à justiça, vide HAZARD JUNIOR, Geoffrey C. “Rationing Justice.” *The Journal of Law & Economics*, p. 1-1, Oct. 1965.

⁷⁴ Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p. 181-292, 1978. p. 222 and ss.).

⁷⁵ Para um relatório relativamente mais recente e amplo sobre acesso à justiça, vide PARKER, Christine. *Just Lawyers: regulation and access to justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: the Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978.

⁷⁷ No original: “[t]he right of effective access is increasingly recognized as being of paramount importance among the new individual and social rights since the possession of rights is meaningless without mechanisms for their effective vindication. Effective access to justice can thus be seen as the most basic requirement— the most basic ‘human right’— of a modern, egalitarian legal system which purports to guarantee, and not merely proclaim, the legal rights of

Como se pode ver, em outras palavras, Cappelletti reconheceu que o direito e os serviços públicos adjudicatórios são bens complementares perfeitos, tal qual proponho nesse artigo usando a teoria econômica.

Nenhuma pessoa razoável negaria que o acesso à justiça é um requisito fundamental tanto para o desenvolvimento humano quanto para a implementação do Estado de Direito. No entanto, o que esse tipo de abordagem não compreende é que, se a política pública subsidiar o acesso aos serviços adjudicatórios e/ou criar um direito de livre acesso irrestrito ao Judiciário, que é um bem privado por natureza, na prática, a referida política pública alterará a natureza econômica dos tribunais tornando juridicamente difícil a exclusão de usuários. No entanto, como o atributo de rivalidade do Judiciário é inescapável, se o Judiciário for transformado em um sistema de livre acesso (não excludente), **o resultado será a transformação do Judiciário em um recurso comum.**

Figura 3: O Judiciário como Recurso Comum

		RIVALIDADE NO CONSUMO	
		Baixa	Alta
EXCLUDIBILIDADE DE ACESSO	Difícil	Bens Públicos	Recursos Comuns
	Fácil	Bens de Clube	Bens Privados



Como resultado de políticas de livre acesso sem restrições, o Judiciário se torna um recurso comum vulnerável à superexploração e propenso a congestionamentos. Quanto mais governos em todo o mundo implementarem políticas para incentivar as pessoas a usarem o Judiciário, mais os tribunais ficarão congestionados⁷⁸, assim como ocorreria com qualquer outro recurso comum sobreexplorado. O congestionamento judicial resultante aumenta, substancialmente, tanto a quantidade de tempo necessária para resolver uma disputa, quanto a probabilidade de resultados de baixa qualidade ou simplesmente incorretos, à medida que os magistrados ficam sobrecarregados com o crescente número de casos enquanto, simultaneamente, se exigem respostas cada vez mais rápidas. Dentro do mundo caótico da superexploração do sistema judicial, não é desarrazoado esperar que os magistrados concentrem o máximo de esforço possível na resolução de disputas para reduzir o estoque de casos em seu gabinete e invistam o mínimo possível em segurança jurídica⁷⁹, dado que essa é uma externalidade positiva que reduz apenas marginalmente o estoque de casos para qualquer tribunal específico.

Em suma, uma vez que políticas de acesso irrestrito à justiça estejam em vigor, é trivial reconhecer que o Judiciário se tornará um bem não excludente e mais usuários acessarão o sistema. No entanto, como os sistemas adjudicatórios são rivais por natureza, o resultado esperado será a superexploração do sistema, levando à substancial degradação dos serviços fornecidos. Todos queremos que cada um tenha acesso aos serviços

all? Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective." *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978. p. 184-185.

⁷⁸ Considerando-se, evidentemente, que recursos escassos impedem a expansão ilimitada do Judiciário. Essa linha de raciocínio é aplicável quando a oferta de serviços adjudicativos é menor do que a demanda total percebida, tornando os tribunais bens rivais. Se uma sociedade é capaz e decide investir recursos suficientes para que a oferta seja sempre maior do que a demanda por serviços judiciais, então, o Judiciário não se tornará rival e não haverá congestionamento, embora haja sempre um congestionamento de equilíbrio dado um certo nível de serviços prestados.

⁷⁹ Assumindo-se que, em geral, há custos associados à descoberta e aplicação do direito, assim como na aquisição e processamento de qualquer tipo de informação, caso contrário isso pode não acontecer. Sobre o custo de coordenação dos juizes dentro do Judiciário quando os juizes têm um objetivo comum (ou seja, a mesma função de utilidade), cfr. GICO Jr. (2013). Para uma discussão sobre os custos de coordenação, quando eles podem ter objetivos diferentes (isto é, funções de utilidade diferentes), vide GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica." *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

adjudicatórios, pois a capacidade de reivindicar seus direitos é um requisito essencial de poder exercê-los. No entanto, uma vez concedido o acesso irrestrito aos tribunais, o sistema em si se sobrecarregará de casos e, embora o acesso ao sistema seja garantido, o serviço adjudicatório não será prestado em tempo hábil e/ou será fornecido, mas a uma qualidade muito menor; **esse resultado é exatamente o que chamo de Tragédia do Judiciário**⁸⁰.

Quanto mais pessoas usarem o Judiciário, mais congestionado ele se tornará e menos útil será para o próximo usuário, uma vez que sua capacidade de fornecer serviços públicos adjudicatórios será prejudicada. O problema é se concentrar no acesso ao sistema (Judiciário) quando o foco deveria ser colocado na possibilidade de usar e gozar de seus frutos (direitos), que são — em grande medida — o que as pessoas realmente querem. Ao focar apenas a conscientização sobre os direitos e incentivar o uso irrestrito do Judiciário sem reconhecer que ele já está sobrecarregado de casos, a política pública de livre acesso está acelerando e incentivando a superexploração do sistema judicial, que já é disfuncional em muitas jurisdições. Ao reconhecer a natureza de recurso comum do Judiciário, podemos entender melhor o que está acontecendo nos tribunais de todo o mundo, nos quais as políticas de livre acesso irrestrito aumentam *pari passu* com o congestionamento dos tribunais.

Pode não ser por acaso que alguns autores identificaram um crescimento sem precedentes no volume de casos, resultando em congestionamento nos tribunais durante a década de 1960 — o mesmo período em que ocorreu a maior onda de políticas de livre acesso à justiça. Posner mostrou que, embora a carga de casos tenha aumentado constantemente nos Tribunais Federais dos Estados Unidos, esse crescimento foi modesto e facilmente acomodado pelo sistema de três níveis criado em 1891, até a década de 1960, quando o número de casos explodiu (1999, 53 et seq.). O Grupo de Trabalho sobre Administração da Justiça chegou às mesmas conclusões (NCJRS 1967), e Landes reforçou o argumento, afirmando que “é amplamente reconhecido que os tribunais estão sobrecarregados com um volume maior de casos do que podem lidar eficientemente”⁸¹.

Pode-se notar a ironia e a clara contradição entre a defesa incondicional de Cappelletti e outros⁸² do livre acesso à justiça, enquanto, ao mesmo tempo, defendem que o congestionamento de um tribunal é, na verdade, justiça inacessível.⁸³ Semelhante aos modernos defensores do acesso irrestrito à justiça, Cappelletti, simplesmente, não conseguia perceber que esses dois objetivos são claramente contraditórios. Os objetivos de maior acesso e maior velocidade são, em grande medida, incompatíveis. Se o número de casos exceder substancialmente a capacidade de análise e processamento do Judiciário, cada caso levará mais e mais tempo para ser resolvido, e a análise de cada caso será cada vez mais e mais superficial, pois os magistrados não terão tempo suficiente para passar cuidadosamente por cada caso. Essa condição diminui a qualidade das decisões e, no limite, enfraquece a razão de se ter um Judiciário.

Além disso, outra questão que parece escapar à percepção de alguns cientistas sociais é que, enquanto a produção do direito pelos tribunais cria uma externalidade positiva e um efeito de rede positivo (cfr. Seção

⁸⁰ Cfr. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. “A Tragédia do Judiciário.” *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014.

⁸¹ No original: “[i]t is widely recognized that the courts are burdened with a larger volume of cases than they can efficiently handle” (1971, 74). No mesmo sentido, CLEMENZ, Gerhard; GUGLER, Klaus. “Macroeconomic Development and Civil Litigation.” *European Journal of Law and Economics*, p. 215-230, 2000. p. 215) identificaram sobre a Áustria que “[t]he annual number of civil litigation cases taken to Austrian courts rose from 544,000 in 1960 to 951,000 in 1995. At the same time the population remained almost constant. Similar trends can be observed in other countries as well.”

⁸² Para uma defesa moderna do acesso à justiça irrestrito, vide BEIER, Martin D. “Economics Awry: Using Access Fees for Case-load Diversion.” *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1175-1207, Apr. 1990.

⁸³ Vide CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978. “The effect of this delay, especially given the prevailing rates of inflation, can be devastating; it increases the parties’ costs and puts great pressure on the economically weak to abandon their claims or settle for much less than that to which they are entitled. As the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, in Article 6, paragraph 1, explicitly recognizes, justice that is not available within a ‘reasonable time’ is, for many people, inaccessible justice” (1978, 190).

3 acima), o Judiciário é um recurso rival e sua superexploração cria congestionamento, o que, por sua vez, é uma externalidade negativa. Em outras palavras, podemos considerar os precedentes produzidos pelos tribunais — como um subproduto de suas atividades de resolução de disputas — uma externalidade positiva, porque outros podem usufruir dos benefícios do precedente criado sem ter contribuído para o custo de produzi-lo.⁸⁴ No entanto, o simples protocolo de uma ação desacelerará a prestação de serviços adjudicatórios na média para todos os demais usuários, resultando em uma externalidade negativa compensadora. Como a maioria dos casos não produz um precedente, enquanto todos os casos protocolados contribuem para o congestionamento do tribunal, acredito que a externalidade negativa decorrente do congestionamento judicial mais do que compense qualquer valor resultante da externalidade positiva da produção precedente. Essa conclusão torna irrelevante os argumentos econômicos para o fornecimento de subsídios para litígios com o objetivo de aumentar a produção de precedentes.

A Tragédia do Judiciário nos leva a um *conundrum* intrigante: as pessoas devem ser capazes de reivindicar seus direitos sem barreiras substanciais, mas o acesso irrestrito ao sistema público adjudicatório para cada pessoa prejudica o acesso à justiça para todos os demais. Deve ser possível criar alguns mecanismos de governança que impeçam a superexploração do Judiciário, embora o reconhecimento da natureza econômica dos tribunais leve à conclusão de que algum tipo de racionamento também pode ser necessário. Isso requer um pensamento estratégico sobre como estruturar melhor os tribunais e o sistema judicial no futuro, em uma visão que não envolva paixões ou discussões ideológicas. De qualquer forma, a compreensão da conexão do fenômeno ubíquo do congestionamento judicial no mundo com a natureza econômica do direito e dos tribunais pode ser um elemento importante na solução desse enigma ou, ao menos, em sua mitigação.

6 Conclusões

A morosidade judicial é um fenômeno mundial que tem sido objeto de políticas públicas de mitigação desde o início do século XX. Em cada onda de reforma, inúmeras medidas foram tomadas para tentar aliviar ou resolver o problema, nem sempre com sucesso. Acredito que parte desse fracasso se deva à falta de compreensão da natureza econômica do direito e dos tribunais. A Teoria Econômica do Direito delineada aqui pode ajudar os formuladores de políticas públicas a entender a dinâmica entre direitos, tribunais, a interrelação entre esses elementos e as políticas de acesso à justiça.

Ao perceber que o direito pode ser compreendido como um bem de clube e o Judiciário como um bem privado e que ambos são bens complementares perfeitos, somos capazes de entender melhor por que políticas de acesso irrestrito à justiça transformam o sistema judiciário em um recurso comum, i.e., simultaneamente não excludente e rival. O acesso sem restrições a esse recurso rival levará inexoravelmente ao fenômeno do congestionamento judicial que assola as jurisdições em todo o mundo. Nesse sentido, as políticas tradicionais de acesso à justiça podem levar a um maior acesso ao sistema judicial e, ao mesmo tempo, impedir que algumas pessoas tenham acesso efetivo a seus direitos, confirmando a Tragédia do Judiciário — um resultado totalmente contraintuitivo.

Todavia, como o direito e os tribunais são bens complementares, a restrição de acesso a estes, necessariamente, implica restrição de acesso àqueles, o que é socialmente indesejável, dado que direitos são bens meritórios. Nesse sentido, todos os esforços e pesquisas futuros devem ser concentrados no aumento do acesso aos frutos do sistema e não ao sistema em si. Em outras palavras, dada a natureza econômica do direito e dos tribunais, se não quisermos agravar os efeitos deletérios da Tragédia do Judiciário, o foco de

⁸⁴ Para fins de simplificação, aqui, estou ignorando que o Judiciário é, na realidade, financiado com recursos públicos originários de tributos pagos por todos os membros da sociedade e não apenas pelas custas processuais pagas pelos litigantes. Logo, é uma atividade subsidiada.

políticas públicas futuras deve ser no aumento de produtividade do Judiciário e da criação ou expansão de mecanismos de provimento coletivo de serviços adjudicatórios, como as ações coletivas. Só assim conseguiremos escapar dessa armadilha ou, ao menos, mitigá-la.

Referências

- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: wmfmartins fontes, 2011 [2005].
- AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*. Edição: Wilfrid E. Rumble. Cambridge: Cambridge University Press, 1995 (1832).
- BEIER, Martin D. “Economics Awry: Using Access Fees for Caseload Diversion.” *University of Pennsylvania Law Review*, p. 1175-1207, Apr. 1990.
- BEIM, Deborah; CLARK, Tom, S.; PATTY, John W. “Why Do Courts Delay?” *Journal of Law and Courts*, p. 199-241, Fall, 2017.
- BENSON, Bruce L. *The Enterprise of Law: justice without the state*. Oakland, California: The Independent Institute, 2011 (1990).
- BUCHANAN, James M. “An Economic Theory of Clubs.” *Economica, New Series*, p. 1-14, Feb. 1965.
- BUCHANAN, James M. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan*. Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975]. v. 7.
- BURBANO, Carolina Villadiego. “Bases Generales para una Reforma a la Justicia Civil en América Latina y el Caribe.” Justice Studies Center of the Americas, 2009.
- BUSCAGLIA, Edgardo; DAKOLIAS, Maria. *Judicial reform in Latin American courts: the experience in Argentina and Ecuador*, Washington, D.C.: World Bank, 1996. (The World Bank Technical Paper n. 350).
- CAPPELETTI, Mauro ; GARTH, Bryant G. “Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective.” *Buffalo Law Review*, p.181-292, 1978.
- CARVALHO, Cristiano. *Teoria da Decisão Tributária*. Lisboa: Almedina, 2018.
- CLEMENZ, Gerhard; GUGLER, Klaus. “Macroeconomic Development and Civil Litigation.” *European Journal of Law and Economics*, p. 215-230, 2000.
- COASE, Ronald H. “The Problem of Social Cost.” *Journal of Law and Economics*, p. 1-44, Oct. 1960.
- COOTER, Robert D. “Structural Adjudication and the New Law Merchant: a model of decentralized law.” *International Review of Law and Economics*, p. 215-231, 1994.
- CORNES, Richard; SANDLER, Todd. *The theory of externalities, public goods, and club goods*. New York, NY: Cambridge University Press, 1999 [1996].
- COWEN, Tyler. “Law as a Public Good: The Economics of Anarchy.” *Economics & Philosophy*, p. 249-267, Oct. 1992.
- DAKOLIAS, Maria. *Court Performance around the World: a comparative perspective*. Washington, D.C.: World Bank Publications, 1999.
- DI VITA, Giuseppe. “Production of laws and delays in court decisions.” *International Review of Law and Economics*, p. 276-281, 2010.
- DIXIT, Avinash K. *Lawlessness and Economics: alternative modes of Governance*. Princeton: Princeton Uni-

versity Press, 2007.

DJANKOV, Simeon; LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANES, Florencio; SHLEIFER, Andrei. "Courts." *The Quarterly Journal of Economics*, p. 453-517, May, 2003.

DURKHEIM, Emile. *As Regras do Método Sociológico*. 10. ed.. Tradução: Maria Isaura Pereira de Queiroz. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1982 [1895].

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. 5th. Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

EHRlich, Isaac; POSNER Richard A. "An Economic Analysis of Legal Rulemaking." *The Journal of Legal Studies*, p. 257-286, jan. 1974.

EINSTEIN, Albert; INFELD, Leopold. *The Evolution of Physics: the Growth of Ideas from the Early Concepts to Relativity and Quanta*. London: Cambridge University Press, 1938.

EUROPEAN COMMISSION. *The 2018 EU Justice Scoreboard*. Communication COM(2018) 364 final, European Commission. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2018.

FALLERS, Lloyd A. *Law Without Precedent: legal ideas in action in the courts of colonial Busoga*. Chicago: The University of Chicago Press, 1969.

FIX-FIERRO, Héctor. *Courts, Justice and Efficiency: a socio-legal study of economic rationality in adjudication*. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2003.

FRIEDMANN, David. "Private Creation and Enforcement of Law: a Historical Case." *The Journal of Legal Studies*, p. 399-415, Mar. 1979.

GARNER, Bryan A., ed. *Black's Law Dictionary*. 7th. St. Paul, Minn: West Group, 1999.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "A Tragédia do Judiciário." *Revista de Direito Administrativo*, p. 163-198, 2014.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica." *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Número Especial, p. 479-499, 2015.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Anarquismo Judicial e Teoria dos Times." Edição: ABDE e UCB. *Economic Analysis of Law Review* (Universa) v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "Hermenêutica das Escolhas e a Função Legislativa do Judiciário." *Revista de Direito Empresarial - RDemp*, maio/ago. p. 55-84, 2018.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. "O capital jurídico e o ciclo da litigância." *Revista Direito GV* 9, p. 435-464, jul./dez. 2013.

GINSBURG, Tom; HOETKER, Glenn. "The Unreluctant Litigant? An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation." *Journal of Legal Studies*, p. 31-59, Jan. 2006.

GREIF, Avner. *Institutions and the Path to the Modern Economy: lessons from medieval trade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HARDIN, Garrett. "The Tragedy of the Commons." *Science*, p. 1.243-1.248, Dez. 1968.

HARGIS, Thomas F. "The Law's Delay." *The North American Review*, 341. ed. p. 309-315, Apr. 1885.

HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3rd. Oxford: Oxford University Press, 2012 (1961).

HAZARD JUNIOR, Geoffrey C. "Rationing Justice." *The Journal of Law & Economics*, p. 1-10, Oct. 1965.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. "The Path of the Law." *Harvard Law Review*, p. 457-478, Mar. 1897.

KELSEN, Hans. *Pure Theory of Law*. Tradução: Max Knight. Clark, New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd., 2005 (1967).

- LANDES, William M. "An Economic Analysis of the Courts." *Journal of Law and Economics*, p. 61-107, abr. 1971.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. "Adjudication as a Private Good." *The Journal of Legal Studies*, Private Alternatives to the Judicial Process ed.: p. 235-284, Mar. 1979.
- LANDES, William M.; POSNER, Richard A. "Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis." *The Journal of Law & Economics*, Aug. p. 249-307, 1976.
- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford: Oxford University Press, 1978.
- MARCHESE, Daniela. *Litiganti, avvocati e magistrati. Diritto ed economia del processo civile*. Studi e Ricerche. Il Mulino, 2003.
- MARTINS, Pedro. *Historia Geral do Direito Romano, Peninsular e Português*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1906.
- MAS-COLLEL, Andreu; WHISTON, Michal D.; GREEN, Jerry R. *Microeconomic Theory*. New York: Oxford University Press, 1995.
- MCADAMS, Richard H. *The Expressive Powers of Law: theories and limits*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017.
- MESSICK, Richard E. "Judicial Reform and Economic Development: a Survey of the Issues." *The World Bank Research Observer*, p. 117-136, fev. 1999.
- MICHLOWSKI, Piotr; WALAKER, C.B.F. *A New Sumerian "Law Code"*. Vol. Occasional Publications of the Samuel Noah Kramer Fund, em *Dumu-e2-dub-ba-a: Studies in Honor of Åke W. Sjöberg*, edição: Hermann Behrens, Darlene Loding e Martha T. Roth, 383-396. Philadelphia: The University Museum, 1989.
- MONCADA, Luís Cabral de. *Elementos de História do Direito Romano*. Parte Geral: teoria geral da relação jurídica. Coimbra: Coimbra Editora, 1924. v. 2
- MOUSOURAKIS, George. *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*. Auckland: Springer, 2015.
- MUELLER, Dennis C. *Public Choice III*. New York, NY: Cambridge University Press, 2003 [2005].
- MUSGRAVE, Richard A. *The Theory of Public Finance: a study in public economy*. Bombay: Tata-McGraw-Hill Book Company, 1959.
- NCJRS. *Task Force Report: the Courts*. Task Force on the Administration of Justice, Washington: The U.S. Pres. Comm'n on Law Enforcement and Admin. of Justice, 1967.
- OLSON, Mancur. *The Logic of Collective Action: public goods and the theory of groups*. Cambridge, Cambridge: Harvard University Press, 1971 [1965].
- OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: the evolution of Institutions for Collective Action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006 [1990].
- OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. *Rules, Games & Common-Pool Resources*. Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1994.
- OSTROM, Vincent; OSTROM, Elinor. Public Goods and Public Choices. In: MCGINNIS, Michael Dean (ed.). *Polycentricity and Local Public Economies: Readings from the Workshop in Political Theory and Policy Analysis*. University of Michigan Press, 1999 [1977]. p. 75-103. v. 2
- PARISI, Francesco. "The Efficiency of the Common Law Hypothesis." In: SCHNEIDER F.; ROWLEY C.K. *The Encyclopedia of Public Choice*. Boston, MA: Springer, 2004. p. 519-522.
- PARKER, Christine. *Just Lawyers: regulation and access to Justice*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

- PELLEGRINA, Lucia Dalla. "Court delays and crime deterrence: an application to crimes against property in Italy." *European Journal of Law & Economics*, p. 267-290, Sept. 2008
- PERRIN, Benjamin; AUDAS, Richard. *Report Card on the Criminal Justice System: Evaluating Canada's Justice Deficit*. Report Card , Ottawa: MacDonal-Laurier Institute, 2016.
- PLANIOL, Marcel. *Traité Élémentaire de Droit Civil*. Paris: F. Pichon, Ducesseur, Éditeur, 1904. Tome Premier. v. 3.
- POSNER, Richard A. "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)." *Supreme Court Economic Review*, 1993: p. 1-41, 1993.
- POSNER, Richard A. *The Federal Courts: challenge and reform*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1999.
- QAZI, Asher A. "Suo Motu: Choosing Not to Legislate." In: CHEEMA, Moeen H.; GILANI, Ijaz S. *Politics and Jurisprudence of the Chaudhry Court*. Islamabad: Oxford University Press , 2015.
- RAZ, Joseph. *The Concept of a Legal System: an introduction to the Theory of Legal System*. New York: Oxford University Press, 1997 [1980].
- RIGGSBY, Andrew M. *Roman Law and the Legal World of the Romans*. New York, NY: Cambridge University Press, 2010.
- ROTH, Martha Tobi . *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*. 2. ed. Piotr Michalowski. Atlanta, Georgia: Society of Biblical Studies, 1997. v. 6.
- SAMUELSON, Paul A. "The Pure Theory of Public Expenditure." *The Review of Economics and Statistics*, p. 387-389, nov. 1954.
- SCHAUER, Frederick. *The Force of Law*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.
- SCHELLING, Thomas C. *The Strategy of Conflict: with a new Preface by the Author*. Cambridge: Harvard University Press, 1981 [1960].
- SCOTISH. Government . *Making Justice Work: Courts Reform (Scotland) Bill – A Consultation Paper*. Consultation Paper, Edinburgh: APS Group Scotland, 2013.
- SHAPIRO, Martin. *Courts, a comparative and political analysis*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.
- STIGLITZ, Joseph E.; ROSENGARD, Jay K. *Economics of the Public Sector*. 4th. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2015.
- UNITED NATIONS. *United Nations and the Rule of Law*. s.d. <https://www.un.org/ruleoflaw/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>. Acesso em: 22nd June 2018.
- VAN RHEE, C. H. (Remco); FU, Yulin. *Civil Litigation in China and Europe: Essays on the Role of the Judge and the Parties*. Dordrecht: Springer, 2014. V. 31.
- VEREECK, Lode; MÜHL, Manuela. "An Economic Theory of Court Delay." *European Journal of Law and Economics*, p. 243-268. 2000.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. Tradução: Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília, DF: Universidade de Brasília, 1999 [1920]. v. 2.

Autor agradece a Bernardo Mueller, Luciana Luk-Tai Yeung, Bruno Salama, Danielle Cristina Lanius, Tom Ginsburg, William Hubbard, Carolina Sales Cabral Arlota, John Leubsdorf e os participantes do Workshop de Pesquisa da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas – Rio, do *Scholars Colloquium* do *Summer Institute in Law and Economics* na *University of Chicago* e do *German Law & Economics Association Annual Meeting* de 2019 pelos comentários e sugestões.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.