

**O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS A PARTIR DE  
UMA NECESSÁRIA INTERFAÇA ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA |**  
*REASONING OF JUDICIAL DECISIONS: A NECESSARY RELATION BETWEEN  
LAW AND ECONOMY*

CARLOS HENRIQUE RAMOS  
BRUNO MELLO SALDANHA MARTINS

**RESUMO** | O presente estudo tem por escopo apresentar ao leitor o dever de fundamentação das decisões judiciais, seus desafios intrínsecos e sua importância prática nos dias atuais. Ocorre que o manejo da referida garantia tem sido insatisfatório no dia a dia dos tribunais. Sendo assim, a aproximação do direito aos instrumentos das ciências econômicas é imperiosa no sentido de propiciar um enfoque menos normativo e mais realista, especialmente a partir da teoria da escolha racional e seus desdobramentos.

**PALAVRAS-CHAVE** | Acesso à justiça. Fundamentação das decisões judiciais. Análise econômica do direito.

**ABSTRACT** | *This study aims to introduce to the reader the duty to reasoning of judicial decisions, their intrinsic challenges and its practical importance today. It turns out that the handling of this guarantee has been unsatisfactory in courts daily. Thus, the approximation of law to instruments of economic sciences is essential to provide a less normative and more realistic approach, especially based on the theory of rational choice and its consequences.*

**KEYWORDS** | *Access to justice. Reasoning of judicial decisions. Economic analysis of Law.*

## 1. INTRODUÇÃO

É comum a afirmação de que, no Estado Democrático de Direito, a eficácia concreta dos direitos fundamentais depende da instituição de um sistema de garantias, pois são elas que possibilitam o pleno gozo dos direitos por parte dos cidadãos. O chamado *processo justo*, nesta seara, será aquele capaz de oferecer uma espécie de proteção garantística mínima aos cidadãos diante da perspectiva de que a busca por *resultados justos* pressupõe o oferecimento de um *meio justo*. A partir de meados do século passado, especialmente no período do pós-guerras, foram marcantes os processos de constitucionalização e internacionalização dos direitos humanos e a introdução das garantias fundamentais do processo nas Cartas Constitucionais dos diferentes países.

O dever de fundamentação ou motivação das decisões judiciais, constitucionalizado a partir da previsão do art. 93, IX, da CF/88, objeto do presente estudo, além de ter como destinatário juízes e tribunais, configura verdadeiro direito fundamental das partes, conforme entendimento da Corte Europeia de Direitos Humanos. Pode ser diretamente atrelado ao postulado da segurança jurídica, dada sua propensão para desencadear processos de determinação, argumentação, transparência, prestação de contas e legitimação que fundamentam o controle da atuação estatal.

A partir da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (CPC/15), novos horizontes de pesquisa foram simbolicamente franqueados e o dever de motivação das decisões judiciais regulamentado, detalhado e esmiuçado diante da previsão do art. 489, §1º, o que despertou maior interesse da comunidade jurídica sobre o tema. Ocorre que a previsão não tem alcançado a necessária efetividade prática, especialmente por conta de um olhar essencialmente normativo e pouco realista, que tradicionalmente é projetado sobre o manejo da garantia. A proposta deste ensaio, então, é de, a partir da aproximação do direito aos ferramentais das ciências econômicas, especialmente a *teoria da escolha racional* e seus aperfeiçoamentos posteriores, apresentar um novo caminho que possa contribuir efetivamente

para a construção de um ambiente processual mais eficiente e cooperativo, capaz de vencer o desafio de assegurar decisões judiciais mais completas, transparentes e adequadamente fundamentadas.

## 2. NOVOS HORIZONTES DE PESQUISA

A aprovação do CPC/2015 representou muito mais do que a simples atualização das normas processuais até então em vigor. O novo diploma *simboliza* a abertura de novos horizontes de pesquisa e de estudo do direito processual no país, cujo enfrentamento jamais fora tão rico e detentor de tantas ferramentas de apoio. Alguns fatores corroboram esta afirmação.

Em primeiro lugar, vencendo históricas resistências marcadas na tradição jurídica, os *estudos empíricos* passam a marcar presença nas pesquisas jurídicas dos mais diversos níveis, favorecendo o surgimento de um ambiente *interdisciplinar*, especialmente entre o direito, a sociologia, a antropologia, a estatística e a economia. Mauro Cappelletti, comentando os movimentos globais de reforma das leis processuais e de ampliação do acesso à justiça, ressaltava que o processo deve ser encarado pelo prisma social, visto não apenas na visão de seus operadores e produtores, mas principalmente dos “consumidores” da prestação jurisdicional<sup>1</sup>. O estudo dos fenômenos processuais deve ter como ponto de partida uma cuidadosa identificação do problema que necessita enfrentamento e os possíveis impactos das eventuais respostas sobre o problema. Os movimentos anteriores de reforma das leis processuais claramente pecavam na identificação da relação *causa-efeito*, precisamente pela falta de um suporte empírico seguro.

Para o bem, os trabalhos acadêmicos da área do direito paulatinamente deixam de apresentar apenas o clássico perfil teórico-descritivo, marcando um verdadeiro renascimento da importância da jurisprudência. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e os tribunais, por sua vez, passam a empreender esforços no sentido de identificar com mais precisão os gargalos do sistema e, por meio de dados estatísticos tornados

1 CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. In: *Revista de Processo*, n. 65, jan-mar/1992. p. 130.

públicos, a diagnosticar os perfis qualitativo e quantitativo da litigância e a formar relevantes bancos de dados. Desde que orientada por premissas metodológicas confiáveis, a *jurimetria*<sup>2</sup> pode contribuir de modo substancial para reorientar a pesquisa jurídica nos dias atuais, a qual, a seu turno, tem relevantes contribuições a oferecer no contexto do clamor dos jurisdicionados por eficiência. Isto porque o profissional do direito é muito dirigido por uma lógica argumentativa, muitas vezes lançando mão de argumentos de autoridade. A jurimetria aproxima os conhecimentos jurídico e estatístico para efeito de mensuração dos fatos jurídicos e passa a servir como instrumento de formulação de políticas públicas, inclusive de natureza processual, partindo da premissa de que o conhecimento da realidade é primeiro passo para transformá-la, pois ninguém muda aquilo que ignora<sup>3</sup>.

Em segundo plano, dando sequência à importância da jurimetria, a aproximação entre direito e economia também é sentida quando da incorporação de institutos processuais que levam em conta a chamada *Análise Econômica do Direito* (AED), como a tutela provisória de evidência, por exemplo. O direito diz respeito ao regramento do comportamento humano, ao passo que a economia estuda tal comportamento diante da escassez de recursos e suas consequências no mundo real. A AED é filiada ao consequencialismo, tendo por objetivo empregar as ferramentas teóricas e empíricas da ciência econômica para melhor compreender os fenômenos jurídicos, aperfeiçoando o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas. Desse modo, os instrumentais econômicos auxiliam na identificação dos problemas sociais (diagnóstico) e as prováveis reações a uma

---

2 “O direito é uma ciência retardatária nesse movimento de aproximação com a estatística. O jurista estuda as leis sem se preocupar com os seus resultados práticos. Os bacharéis em direito (futuros advogados, juízes, consultores legislativos, promotores e diretores jurídicos de empresas) são treinados para discutir *ad nauseam* todos os sentidos hipotéticos atribuíveis a uma lei, mas, pela falta de conhecimentos básicos em estatística e pesquisa empírica, não possuem qualquer preparo para verificar as consequências práticas que esses sentidos produzem. Nossas teses ainda são realizadas exclusivamente dentro de bibliotecas e se resumem a compilar montanhas de citações, na modalidade acadêmica que costumo chamar de *halterofilismo bibliográfico*. Como resultado, conhecemos quase tudo o que os outros juristas disseram sobre a lei, mas sabemos quase nada a respeito do que se passa no mundo exterior. Esse nosso fetiche bibliófilo lembra a piada do gourmet fanático que definia a vida como um intervalo aborrecido entre as refeições. Para os juristas, a vida é aquele espaço aborrecido entre uma e outra visita à biblioteca”. (NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 26)

3 NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria...*, cit., p. 173.

dada regra (prognose), para, então, diante de um cenário provável, optar-se pela melhor regra (quando legislando) ou pela melhor interpretação (quando julgando)<sup>4</sup>.

As questões a que a Análise Econômica do Direito tem dado mais atenção são de dois tipos: quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? O primeiro grupo de questões decorre diretamente da definição da Economia como o estudo da escolha racional: os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelo sistema de incentivos a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atrativa do que se não o é. A lei pode, assim, ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações dos economistas. Este tipo de questões corresponde à análise positiva do direito. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma análise normativa, que decorre da preocupação dos economistas, como a eficiência. Diferentes sistemas de incentivos, e, portanto, diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes<sup>5</sup>.

O direito só se mostra necessário por conta da escassez de recursos, que é o real fator gerador de conflitos. Tal escassez demandará escolhas sociais excludentes<sup>6</sup>. Ocorre que toda escolha envolve um *custo de oportunidades*, aquilo que os economistas batizam de *trade-off*<sup>7</sup>. No momento de tais escolhas, há que se ponderar a relação custo-benefício, pois assim atuam os agentes, maximizando suas opções por aquela que lhes ofereça o maior bem-estar ou atenda aos seus interesses imediatos<sup>8</sup>. Como as pessoas respondem a *incentivos*, as opções processuais podem e devem levar em

4 JR. GICO, Ivo T. *Introdução à análise econômica do direito*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Orgs). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 18.

5 RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2016. p. 32.

6 “A economia é o estudo de como utilizamos recursos limitados para alcançar nossos desejos ilimitados” (tradução livre). (MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. *Scarcity: why having too little means so much*. New York: Times Books, 2013. p. 13)

7 “A primeira lição sobre a tomada de decisões está resumida no provérbio: ‘nada é de graça’. Para conseguirmos algo que queremos, geralmente precisamos abrir mão de outra coisa de que gostamos. A tomada de decisões exige escolher um objetivo em detrimento de outro”. (MANKIOW, Gregory N. *Introdução à economia*. 3ª ed. Trad. de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009. p. 4)

8 POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 466.

consideração os incentivos possíveis e suas consequências prováveis quando da opção por incentivar (e como) as soluções consensuais, por coibir a chicana, por estimular o comparecimento às audiências e o esclarecimento dos fatos, por restringir ou ampliar impenhorabilidades ou o sistema de gratuidade de justiça, etc. A *juseconomia* auxilia na identificação desses possíveis efeitos<sup>9</sup> e pode ser um aparato útil a ser utilizado como elemento de prudência (ou “choque de realidade”) pelo legislador especialmente quando da previsão de garantias processuais de caráter prestacional sem que delas seja possível extrair uma concretude imediata, como a duração razoável do processo, evitando-se promessas vazias<sup>10</sup> (constitucionalização simbólica<sup>11</sup>), algo tão comum em países filiados à tradição normativista romano-germânica, abrindo-se espaço para decisões com menores oscilações subjetivas<sup>12</sup>.

Como terceiro fator a merecer destaque, o enriquecimento dos estudos processuais é marcado pela crescente e frequente utilização do *método comparativo*. Cada vez mais a atividade legislativa, os debates acadêmicos e as decisões judiciais levam em consideração diferentes aspectos do direito comparado como instrumentos de aprimoramento do sistema processual, o que com o passar dos anos resultou viabilizado diante dos influxos da globalização, especialmente o desenvolvimento dos meios de comunicação, como a internet. O processo é um produto cultural e, assim, a atividade do comparatista nunca é

---

9 JR. GICO, Ivo T. *Introdução à análise econômica do direito...*, cit., p. 25.

10 James Buchanan, clássico economista de perfil liberal, teve como uma de suas preocupações centrais o fato de que, com a transferência de certas decisões para o âmbito da política, a racionalidade econômica muitas vezes resta suplantada pelos políticos envolvidos na tomada de decisões. Enquanto o economista decide com base na eficiência, buscando uma ótima alocação dos recursos escassos, o político o faz pensando na conquista e na manutenção do poder, especialmente em períodos eleitorais. Sobre o tema, BUCHANAN, James. *The collected works of James Buchanan – Vol. 6 – Cost and choice: an inquiry in economic theory*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999-2002.

11 Marcelo Neves leciona que a constitucionalização simbólica nada mais seria que um despistamento que simula o sistema político sob a observância de regras jurídicas apenas para circunscrever a verdadeira discussão política a um grupo de especialistas e profissionais da área. A chamada “legislação-álibi” possui como objetivo primordial fortificar a confiança dos cidadãos no governo ou no Estado e, para tal, não se trata de confirmar valores de certos grupos, mas sim de *produzir confiança* nos sistemas político e jurídico. (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 36)

12 “Aliar a teoria à prática sempre foi o desafio dos juristas, especialmente quando o sistema germânico romano como o nosso, extremamente apegado às âncoras legais, asfixia inovações metodológicas e perpetua ineficiências disfarçadas de justiça”. (DOMINGUES, Victor Hugo. *Ótimo de Pareto*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Orgs). *O que é análise econômica do direito...*, cit., p. 43)

neutra e passiva, pois envolve diversas escolhas, tais como o método de comparação, quais ordenamentos e institutos comparar, etc. Diante da constatação de que uma das melhores formas de conhecer o próprio ordenamento é a aproximação com o “outro”, é preciso ter em conta que a comparação orientada às reformas implica “consideração do efetivo funcionamento dos sistemas e institutos, das escolhas de política do direito pressupostas, da orientação da praxe e dos princípios gerais que fundam a validade e a efetividade dos ordenamentos confrontados”<sup>13</sup> e possibilita uma análise realística e não meramente especulativa do fenômeno objeto de comparação<sup>14</sup>.

É inegável que o Código de Processo Civil constitui uma das mais importantes leis do país. Além do seu poder conformador do sistema e de seu amplo espectro de incidência, sendo aplicado subsidiariamente aos demais ramos do processo, é ele que viabiliza o exercício dos direitos fundamentais no plano judicial e torna efetivos os atos da vida civil. Não obstante o viés instrumental, o processo civil *possui conteúdo* e deve ser inserido no contexto social e político. Aquele recebe inúmeros feixes de influência do ambiente político, ainda mais quando se leva em conta que é o poder político que cria o direito. Neste contexto, o processo civil pode ser utilizado como uma das *estratégias de poder*<sup>1516</sup> para a implementação de políticas<sup>17</sup>, sendo o direito utilizado como instrumento de governo. Com o abandono do modelo estatal caracterizado pelo *laissez-faire* puro, o Estado assume a perspectiva de dirigir os rumos da sociedade via transformação social. Com a cidadania sendo

13 TARUFFO, Michele. *Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law*. In: MITIDIERO, Daniel (Org. e Trad.). *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 12.

14 CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bolonha: Il Mulino, 1994. p. 79.

15 Segundo Foucault, desde a Idade Média, nas sociedades ocidentais, o exercício do poder sempre se formula no direito, atuando este como forma de manifestação e aceitabilidade daquele. (FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 13ª ed. Trad. de Maria Thereza da C. Albuquerque e J. A. Gilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Graal, 1988. p. 84).

16 A expressão “poder” aqui é empregada dentro daquele aspecto que Max Weber cunhou de *poder legal*, que seria aquele característico da sociedade moderna, fundado na crença na legitimidade dos ordenamentos jurídicos que expressamente definem as funções dos detentores do Poder. A fonte de onde emanaria o poder seria a lei, à qual todos estariam submetidos, e a burocracia funcionaria como o aparelho administrativo do poder. (WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. I. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UNB, 2009. p. 142-147)

17 Sobre o tema, SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

exercida também por meio do processo, os contornos da lei processual passam a ser de interesse do Estado, que vai procurar dirigir e guiar os rumos dos processos judiciais. Dentre tantas propostas de aceleração do curso dos processos judiciais e de sumarização procedimental, destacou-se uma previsão de cunho *qualitativo* imediato. A estratégia da previsão do dever de *fundamentação estruturante* ou *analítica* das decisões judiciais aproximou a legislação processual dos ditames constitucionais e lançou novas luzes sobre o tema.

### 3. O DEVER DE FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

A Constituição Federal de 1988, no art. 93, inciso IX, já previa o dever de fundamentação das decisões judiciais, sobretudo diante da constatação de que este representa um imperativo democrático básico, no sentido de que os atos de autoridade devem se legitimar em boas razões sustentáveis<sup>18</sup>. O novo CPC/2015 apenas se ocupou de concretizar o comando constitucional e intensificou a exigência de fundamentação *estruturante*<sup>19</sup> ou *analítica* das decisões judiciais (art. 489, §1º), de modo que o *decisum* passa a estar sujeito a anulação caso: a) se limite a indicar ato normativo ou a empregar conceitos jurídicos indeterminados, com vagueza; b) invoque motivos que poderiam justificar qualquer outra decisão; c) não enfrente todos os argumentos deduzidos no processo (modelo do *contraditório participativo*); d) se limite a invocar genericamente enunciado de súmula sem apontar seus fundamentos determinantes e como caso concreto a eles se amolda; e) deixe de seguir um precedente obrigatório invocado pela parte sem demonstrar o emprego das técnicas de afastamento, quais sejam, o *distinguishing* e o *overruling*<sup>20</sup>; f) o

18 OTEIZA, Eduardo. *La motivación de la decisión judicial: el desafío de abreviar y detallar al mismo tempo*. In: SIMONS, Adrian et al (Coords.). *Estudios em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 422.

19 Em obra clássica sobre o tema e, ressaltando o caráter complexo da motivação, Michele Taruffo ensina que a mesma convalida, racionaliza e torna aceitável a decisão, mas, ao mesmo tempo, utiliza componentes não estritamente lógicos, de natureza retórico-argumentativa. O raciocínio do juiz é mais complexo que a motivação: o primeiro é valorativo e deliberativo, ao passo que o segundo é justificativa. A motivação representa uma espécie de discurso em torno das razões com base nas quais o juiz apresenta a decisão como aceitável. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. de Lorenzo C. Vianello. Madrid: Trotta, 2011. p. 115 e seguintes)

20 “Se o juiz é obrigado a observar o dever de fundamentação analítica (art, 489), as partes devem fazer o mesmo, de tal modo que o advogado do autor, por exemplo, ao exercer a pretensão em

jugador lance mão da técnica da ponderação de interesses sem demonstrar analiticamente seu objeto, as razões que justificaram a prevalência de um dos valores e modo pelo qual aquele vetor sobrepujado sofrerá a menor restrição possível.

O referido dispositivo ganha especial relevo no contexto do excesso de causas que assolam o Judiciário, levando os juízes a empreenderem a chamada *fundamentação sintética* de suas decisões. O legislador deixou claro que não mais tolerará tal postura ao deixar evidente antiga lição da doutrina no sentido de que “todo provimento jurisdicional deve ser motivado, apresentando justificção suficiente do seu conteúdo e evidenciando o respeito ao contraditório participativo através do exame e consideração de todas as alegações e provas pertinentes apresentadas pelas partes”<sup>21</sup>, sob pena de nulidade<sup>22</sup>. A fundamentação também deve refletir a visão mais substancializada do contraditório (que não pode mais limitar às antigas posturas protocolares como “ao autor” e “ao réu”), ou seja, *o que de fato foi levado em consideração* no momento de decidir. Caso contrário, o contraditório como influência resta transformado em mera “paródia garantística”<sup>23</sup>.

---

juízo, não pode se limitar a fazer mera indicação, a reprodução ou a paráfrase de ato normativo sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida, sendo vedado também o emprego de conceitos jurídicos indeterminados sem que se explicito o motivo concreto de sua incidência ao caso. (...) Atribui-se aos sujeitos processuais a responsabilidade pela implementação de processos argumentativos minimamente em boa-fé objetiva. (...) Perceba-se que tal ônus é reestruturado. Não apenas porque se inaugura normativamente um modelo participativo de processo, na verdade, porque esse ônus é reconfigurado em razão da implementação do uso normativo de precedentes vocacionado à uniformização, estabilidade, integridade e coerência”. (VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 395-396)

- 21 GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Campos, 2005. p. 275.
- 22 Analisando o alcance prático da nova orientação, Luiz Dellore sustenta que o legislador foi tão enfático ao prever a primazia do julgamento de mérito que seria possível concluir pelo *afastamento* da nulidade a princípio cominada (ao contrário de outra parcela da doutrina, que fala apenas em *convalidação*). Isto porque: a) se proferida uma decisão omissa, esta será impugnável por embargos de declaração (art. 1022, parágrafo único, II); b) caso persista a omissão, será a nulidade alegável em preliminar de apelação, sendo que o tribunal poderá, desde que a causa esteja em condições de imediato julgamento, aplicar a teoria da causa madura e rejulgar o mérito (art. 1013, §3º, IV). (DELLORE, Luiz. *Algo mudou na fundamentação das decisões com o novo CPC?* Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>. Acesso em 20.09.2017).
- 23 CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p. 751.

De qualquer maneira, é inegável que a garantia sob estudo é absolutamente desafiadora, por duas razões principais: a) sob o ponto de vista do destinatário da deliberação judicial, é praticamente impossível acessar os reais motivos que levaram à decisão, os quais muitas vezes não coincidem com aqueles que foram externados pelo magistrado (*psiquê individual*)<sup>24</sup>; b) sob viés de quem decide, sempre haverá uma inexorável tensão entre *particularidade* e *generalidade*, ou seja, o desafio de abreviar e detalhar ao mesmo tempo.<sup>25</sup> De qualquer maneira, sua racionalidade (não necessariamente no sentido da lógica formal, pois muitos dos problemas humanos são práticos) e a capacidade de convencimento é que tornarão a externada justificação da decisão minimamente controlável.

O artigo 20 da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), alterado pela Lei n. 13.655/2018, seguiu caminho similar ao intentar asseverar segurança jurídica por meio da entrega de decisões mais qualificadas e bem fundamentadas também no âmbito administrativo<sup>26</sup> a partir da análise e enfrentamento de suas consequências, o que certamente poderá abrir espaço para eventual judicialização de questões envolvendo a motivação de decisões administrativas. Vale ressaltar, a título ilustrativo, que o Código de Processo Civil português de 2013, muito embora não traga inovações substanciais quanto ao dever de fundamentação das decisões, revelou visível preocupação de *melhorar a motivação*<sup>27</sup>, sobretudo eliminando a possibilidade de fracionamento do julgamento da matéria de fato, que antes se consolidava via decisão autônoma após a instrução processual. A partir da entrada em vigor do novo diploma, o julgamento de toda matéria de fato e de direito deve ser

---

24 Sobre esta questão, Michelle Taruffo distingue a motivação de fato implementada dos caminhos que efetivamente foram construídos pela mente do julgador para alcançar aquele *outcome*. Trata-se não da motivação propriamente dita, mas da *função justificativa* da fundamentação. A defasagem entre aqueles dois aspectos tende a ser significativa, posto que a motivação expressada não será necessariamente alusiva aos aspectos psicológicos que influenciaram o juiz antes da efetiva tomada de decisão. (TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil...*, cit., p. 107 e seguintes)

25 OTEIZA, Eduardo. *La motivación de la decisión judicial...*, cit., p. 427.

26 DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. Revista de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, 2019, n. 75, jan./mar. 2019. p 145.

27 BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. *O dever de fundamentação das decisões judiciais no novo CPC português*. In: SILVA, João Calvão da et al (Orgs.). *Processo Civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017. p. 167.

operado na sentença, pelo mesmo juiz, com o art. 607 dispondo sobre exigências detalhadas acerca da delimitação fática.

Apesar das novas orientações, o Superior Tribunal de Justiça, em julgado divulgado no informativo n. 585, no mês de junho de 2016, ratificou sua antiga jurisprudência no sentido de que é dever do julgador enfrentar *apenas* as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão, não cabendo embargos de declaração caso a mesma reflita tal postura<sup>28</sup>. O referido entendimento tem sido largamente reproduzido pelos diferentes órgãos judiciais, especialmente para fulminar embargos declaratórios interpostos diante de decisões consideradas omissas diante das novas exigências trazidas pelo legislador no CPC/2015.

O juiz, em primeiro lugar, é aquele que sabe nada dos fatos, e que, por isso mesmo, devem as partes – e o próprio juiz tem uma parcela de poder para se tornar conhecedor dos fatos – produzir a prova, a instrução probatória. E o juiz, também na sua decisão, tem que dizer que fatos ele considera como atendíveis para embasar sua decisão. (...) É que o juiz tem que indicar na sua decisão o fato que ele tem por verdadeiro e fundamentar porque esse fato ele tem por verdadeiro, referindo as provas que estão nos autos e que embasam o seu convencimento. Mas se ele parar aí, é juiz que vai decidir sem legitimidade, porque a bilateralidade do processo, que é a garantia do devido processo legal, impõe ao juiz que ele diga, explicitamente, porque a versão contrária, da parte adversária, é repelida. Sentença que na sua motivação não torna explícito porque determinado fato é aceito pelo juiz, com base em determinadas provas, e porque as provas contrárias a essas provas que ele acolheu foram por ele repelidas, é sentença sem legitimidade. Pode até no final das contas a gente chegar à conclusão de que é justa, que às vezes você vai de canelada em canelada e chega ao centro. Pouco importa, isso é outra coisa, isso é outro problema<sup>29</sup>.

O Supremo Tribunal Federal também merece destaque diante de posturas eventualmente dúbias. Como um alento, o posicionamento da Corte Maior configura um pequeno avanço ao admitir apenas a (ainda problemática) *motivação implícita*<sup>30</sup>, visto que “a motivação das decisões judiciais, dever

28 EDcl no MS 21.315-DF, Rel. Min. Diva Malerbi (desembargadora convocada do TRF da 3ª Região), julgado em 8/6/2016, DJe 15/6/2016.

29 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões*. In: *Ensaios e artigos (v. II)*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 441.

30 “Como regra, motivações implícitas são altamente indesejáveis. Em primeiro lugar, em muitos casos, é tênue a linha que separa implícitação da omissão. (...) Em segundo lugar, a dedução lógica de uma razão expressa nem sempre é tão evidente quanto supõe o juiz. Quanto mais transparente for a decisão, quanto menos dúvidas for passível de gerar, tanto melhor será a motivação. Por fim, o

imposto pelo art. 93, IX, da Constituição, resta satisfeita quando os fundamentos do julgado repelem, por incompatibilidade lógica, os argumentos que a parte alega não terem sido apreciados.” (1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, RMS 27967, julgado em 14/02/2012). Por outro lado, em episódio narrado por Lênio Streck<sup>31</sup>, o autor faz referência à decisão proferida pelo min. Luís Roberto Barroso, no dia 15 de setembro de 2016, nos autos do agravo em recurso extraordinário (ARE 992.299), versando sobre o direito à indenização por danos decorrentes de perda de mandato eletivo e cassação de direitos políticos com base no AI n. 5. O pedido autoral foi julgado procedente nas duas primeiras instâncias. A União Federal interpôs recurso extraordinário, o qual teve conhecimento negado no âmbito do TRF-2. Da referida decisão, foi interposto agravo e, no bojo deste, resultou o seguinte pronunciamento: “(...) *Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento ao recurso extraordinário. A decisão agravada está correta e alinhada aos precedentes firmados por esta Corte. Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso*”. (grifo nosso)

No segundo episódio, resta cristalino que o julgado viola a Constituição Federal por fundamentação insuficiente (art. 93, IX) e, de modo mediato, o vetor da fundamentação estruturante ou analítica das decisões judiciais prevista do CPC/2015 (art. 489, §1º), tendo em vista que não enfrenta os argumentos deduzidos pelas partes, invoca precedentes sem sequer indicar *quais* e como os mesmos se amoldam ao caso sob julgamento, além de suscitar motivos que poderiam justificar qualquer decisão. A invocação genérica de precedentes, como estes fossem meros *argumentos de autoridade*, acaba resultando em uma falsa noção de efetividade, pois decisões em tais moldes certamente serão alvo de recursos. Sua banalização e utilização de maneira irrefletida fazem com que os mesmos sirvam para tudo, mas, ao mesmo tempo, operem sem significado. Quando usados para eximir o

---

mero apontamento de que uma razão de decidir decorre lógica e necessariamente de outra razão de decidir, de forma sucinta, mas clara, certamente não tomará nem tempo nem energia do órgão julgador”. (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 233)

31 STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>. Acesso em 11.11.2016.

jugador de fundamentar suas decisões<sup>32</sup>, o quadro se agrava ainda mais, sobretudo diante das funções intra e extraprocessuais que a garantia da motivação desempenha concretamente<sup>33</sup>. Mesmo que o *decisum* indicasse os precedentes anteriores aos quais estaria alinhado, ainda assim deveria ser tida como *incompleta* por implementar aquilo que a doutrina denomina de motivação *per relationem ou aliunde*<sup>34</sup>, que é aquela que ocorre “(...) quando o juiz assume como sua, motivação de outra decisão do mesmo ou de outro processo”<sup>35</sup>, sem apresentar fundamentação autônoma, o que significa a “renúncia integral do juiz a justificar, *autonomamente*, sua decisão” (grifo nosso)<sup>36</sup>. Tal suposta alusão jamais poderia substituir a motivação e, ainda que o elemento externo ao qual é feita referência passe a *integrar a decisão*<sup>37</sup>, é preciso explicitar as razões do mesmo e por quais motivos seus fundamentos

32 Neil MacCormick, em sua teoria de argumentação, aduz que uma das principais razões para o uso dos precedentes, além da imparcialidade como corolário do Estado de Direito (toda e qualquer decisão judicial deve ter como meta fazer a mesma justiça para todas as pessoas, independentemente de sua posição ou condição pessoal), é a *economia de esforços*, pois, ao argumentar com base em decisões passadas, os operadores do direito não precisariam exercer um novo esforço argumentativo, diferentemente do que se sucederia em caso de superação (*overruling*), fundado em algum elemento especial que reclamasse reconsideração. Ainda que se leve em conta a referida economia de esforços (o julgador não necessitará reconstruir toda a decisão paradigma), este não pode se eximir de demonstrar as razões pelas quais invoca (e qual invoca) e como o precedente suscitado se amolda ao caso sob apreciação. (MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 191)

33 “Não basta justificar a tomada de posição com base na lei ou em padrão decisório, uma vez que essa mera motivação simplesmente expõe publicamente a convicção pessoal, o livre convencimento motivado do julgador. A sociedade não se preocupa com a posição subjetiva do magistrado. Há necessidade de fundamentar a decisão judicial para demonstrar analiticamente o enfrentamento de todos os argumentos expostos pelas partes para alcançar a resposta adequada. Decidir em razão do ordenamento é trabalho distinto de perscrutar o caso concreto diante da interpretação do ordenamento e construir a ordem jurídica. Na primeira hipótese, decide-se e posteriormente justifica-se a tomada a tomada de posição. Na segunda, através do contraditório participativo – no qual o juiz também é integrante – arquiteta-se por meio dos argumentos, fatos, interpretação, ou seja, fundamentando-se analiticamente o caso concreto, chega-se à decisão”. (VARGAS, Daniel Vianna. *Ferramentas para o controle das razões de decidir: os mecanismos de padronização decisória e a vinculação do dever de fundamentação*. Curitiba: CRV, 2018. p. 128-129. Ebook)

34 Parte da doutrina propõe a distinção entre os termos por julgar válida. A fundamentação *per relationem* seria aquela que se vale de razões oriundas de decisões proferidas naquele mesmo processo (Ex.: o tribunal faz referência aos fundamentos esposados pelo juízo a quo para confirmar a decisão), ao passo que a motivação *aliunde* busca razões no ambiente externo do processo (Ex.: o tribunal fundamenta o acórdão ancorado em motivação de acórdão prolatado em outro processo, oriundo deste mesmo ou de outro órgão de superposição). Ver, por todos, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.p. 18-19; LUCCA, Rodrigo Ramina de. O dever de motivação..., cit., p. 233.

35 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. p. 211.

36 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração...*, cit., p. 211.

37 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração...*, cit., p. 213.

se aplicam ao caso concreto. O discurso racional é aquele que *presta contas*, algo que é *praxis* consolidada nos países da *Common Law*, mesmo sem exigência escrita e expressa nesse sentido.

Robert Alexy ressalta que, como o fundamento do uso dos precedentes é constituído pelo princípio da universalidade (conexo à noção de isonomia), a argumentação judicial deve ser racional e justificável e, embora a exigência do respeito aos precedentes seja uma questão de princípio, eventual afastamento resultará no aumento do *ônus ou da carga argumentativa* daquele que o implementar<sup>38</sup>, assim como no *overruling*<sup>39</sup> e na aplicação de técnicas mais sofisticadas como o *signaling*<sup>40</sup> ou o *antecipatory overruling*<sup>41</sup>, oriundas do *Common Law*.

A garantia de fundamentação estruturante passa a ser fundamental dentro do novo paradigma de vinculação especialmente quando se leva em conta que os fundamentos embasadores da decisão (*ratio decidendi* ou *holding*) possibilitam que o julgador deles extraia, por indução, o precedente judicial, que nada mais é do que a norma capaz de ser generalizada e universalizada para casos futuros com eficácia vinculante. É como se o julgador, ao decidir, criasse duas normas jurídicas: uma individual, consistente na resolução do caso concreto, e outra geral, que servirá como diretriz para a

---

38 ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificção jurídica*. Trad. de Zilda H. S. Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005. p. 265.

39 “O CPC/15 adota o modelo cooperativo de processo, em que se busca a construção de uma comunidade de trabalho no processo. A decisão de superação de precedentes em grande importância na dinâmica processual, não guardando relevância tão somente para o caso concreto em que for modificado o precedente. Ao contrário, ela possui uma importância paradigmática para os jurisdicionados sujeitos ao referido entendimento jurisprudencial”. (PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 183)

40 A técnica da sinalização, também chamada “julgamento-alerta”, é aquela a partir da qual, por razões de segurança jurídica, o órgão judicial que editou o entendimento vinculante visualiza que surgiram circunstâncias que autorizam superá-lo, mas opta por não modificar imediatamente o seu posicionamento, apenas sinalizando que poderá fazê-lo num futuro próximo, abrindo espaço para dialogar com a comunidade jurídica sobre o tema. Para uma análise aprofundada da técnica, CABRAL, Antonio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*. In: Revista de Processo, n. 221, jul./2013. p. 13-48.

41 A técnica da superação antecipada é apropriada pelas Cortes inferiores para fins de não aplicação ao caso concreto do precedente vinculante invocado por uma das partes como forma de antecipar uma superação que anteriormente teria sido induzida pelas Cortes superiores. Deve ser utilizada com muita cautela, pois sua aplicação não pode se justificar por mera discordância do entendimento e nem efetivamente gerará tecnicamente o *overruling*, o que não é da competência dos órgãos inferiores.

resolução de demandas semelhantes (*binding precedent*). A relevância da análise da decisão, então, passa a extravasar sua parte dispositiva.

Como se nota, a teoria da argumentação jamais teve tamanha importância no seio jurídico, ainda mais quando se leva em conta que cada vez mais o legislador lança mão das *cláusulas gerais*, a depender de concretização pontual. O juiz deve buscar fundamentar suas decisões buscando o convencimento (ou adesão) *direto* das partes (como uma forma de reduzir o antigo déficit de cumprimento espontâneo dos julgados) e *indireto* da sociedade como um todo (via *publicidade* das decisões)<sup>42</sup>. Para tal, imperioso que lance mão de argumentos racionais de *razão pública*, capazes de convencer e transitar por uma *plateia heterogênea*.

A argumentação deve ser capaz de apresentar argumentos normativos que lhe deem sustentação, não bastando o bom senso ou o senso de justiça pessoal. Some-se a isso o fato de que a argumentação do intérprete deve ser *explicitamente* apresentada e que o critério adotado na decisão deve ser passível de universalização (quando do emprego da técnica da ponderação). O direito não mais se justifica pela autoridade, mas sim por sua capacidade de se *legitimar* perante os cidadãos. Daí que os juízes devem ser “extremamente ciosos quanto ao cumprimento do dever de motivar suas decisões, na medida em que este é o aspecto menos distintivo entre o seu ofício e a resolução de controvérsias por meio totalmente aleatórios, como jogar ao alto uma moeda ou decidir por cara-ou-coroa”<sup>43</sup>.

No contexto das sociedades multiculturais e fragmentadas, salta aos olhos a falta de consenso sobre algumas questões valorativas que o direito é chamado a resolver. As disputas na arena legislativa entre os diversos grupos são constantes e nem sempre o parlamento oferece uma resposta a contento. Em tais situações, a fundamentação das decisões judiciais não pode escapar da questão moral, desde que sua construção seja racionalizada pois, num

42 O auditório seria o conjunto daqueles a que o orador se propõe a influenciar por meio de um discurso racional voltado à obtenção da adesão. Nesse sentido, PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 6ª ed. Trad. de Maria E. G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 17 e seguintes.

43 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2982136](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2982136). Acesso em 09.06.2019.

contexto de pluralismo, o recurso à argumentação com base em dados morais, religiosos ou metafísicos carece de legitimidade<sup>44</sup>: um grupo não deve impor a sua moral ou sua visão de mundo ao outro.

#### 4. O IMPASSE CÍCLICO

Tecidas as considerações e delineados os aspectos centrais do dever de motivação das decisões judiciais, a partir daqui reside o maior ponto de inquietação: a repetida visão essencialmente *normativa* espelhada por toda a doutrina nacional não tem sido suficiente para uma correta manipulação da garantia pelos diferentes sujeitos processuais. A lei regula um complexo *dever ser* (normativo). Os tribunais, em geral, consolidaram uma verdadeira *jurisprudência defensiva* como um suposto antídoto para “combater” os embargos declaratórios interpostos em face de decisões mal fundamentadas (ou após sua improcedência, para fulminar os recursos “principais”, postulando a anulação da decisão), muitas das quais padecem de vícios de incompletude ou omissão. Sob o ponto de vista ideal, seria necessária uma *redenção* dos embargos de declaração. Como os litigantes são verdadeiros *coautores* da decisão justa, o comportamento dos magistrados deveria caminhar no sentido oposto, pois o referido recurso é instrumento de exercício da almejada cooperação. É precisamente por meio dele que o juiz é auxiliado pelas partes, as quais chamam atenção para o vício de fundamentação, o que, por sua vez, viabilizaria a adequada *motivação tardia*<sup>45</sup>.

Apesar do novo art. 489, §1º, do CPC/2015, já indicar, a *contrario sensu*, como deve feita a motivação da sentença ou da respectiva decisão, o fato é que este representa um dos temas mais complexos sobre o qual o direito processual poderia debruçar-se. Isto porque a motivação não é mero silogismo, ou seja, a conclusão da decisão não é necessária e logicamente dedutível das premissas que a antecedem, como se houvesse uma única solução possível<sup>46</sup>. Caso contrário, não haveria sentenças díspares proferidas em casos

44 HABERMAS, Jürgen. *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* In: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Trad. de Manuel J. Redondo. Barcelona: Paidós, 1991. p. 131 e seguintes.

45 CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença...*, cit., p. 802-810.

46 ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração...*, cit., p. 215.

semelhantes. Ademais, bem como bem ressalta Tercio Sampaio Ferraz Jr., o raciocínio jurídico costuma ser construído de modo inverso, ou seja, o julgador cria, intuitivamente, uma conclusão e, em seguida, busca as justificativas de modo regressivo<sup>47</sup>, tornando a motivação um mero discurso justificativo *a posteriori*. Trata-se do chamado *viés confirmatório*, um verdadeiro *atalho cognitivo*, que será abordado na seção seguinte. O problema é que tal parcela intuitiva (aliada às pré-compreensões) que orienta qualquer deliberação humana não consegue se sustentar e persuadir no plano da retórica, especialmente quando da apreciação dos chamados *hard cases*.

Chega-se, então, a um ponto de estrangulamento do sistema e um impasse verdadeiramente *cíclico*: como construir um terreno fértil para a construção concreta de decisões bem fundamentadas (que não se limite a, *inócua e normativamente*, exigir tal motivação) ou, ao menos, para a correção, integração ou anulação de decisões insuficientemente motivadas ou que não se sustentem discursivamente se os recursos contra elas interpostos são rechaçados de pronto por quem deveria zelar para tal?

A questão é sensível, uma vez que, no quadro atual de coisas e, numa primeira mirada, a atividade do juiz de primeiro grau resulta desprestigiada e sua responsabilidade por proferir decisões erráticas, incompletas ou irrefletidas lesivas às partes é absolutamente mitigada, posto que, ou ele mesmo negará os embargos declaratórios opostos contra sua própria decisão ou o tribunal agora possui autorização para, por exemplo, ao julgar apelação, decidir desde logo o mérito caso constate omissão em um dos pedidos ou decrete a nulidade da sentença por falta de fundamentação (causa madura – art. 1013, §3º, III e IV; CPC/2015), embora se reconheça que o *suposto ganho de celeridade* seja sedutor. Este último aspecto pode, inclusive, incentivar a improcedência dos embargos de declaração, deixando o juiz em cômoda posição de transferir parte de sua carga de trabalho e responsabilidade ao tribunal. O respectivo tribunal, ao seu turno, pode sentir-se tentado a negar os recursos a ele dirigidos após os embargos declaratórios negados, reprisando a jurisprudência consolidada no STJ de que o órgão julgador não é obrigado a apreciar todas as questões e argumentos suscitados pelas partes. Neste contexto caótico, seria

47 FERRAZ, Jr., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 116 e seguintes.

mais adequado, no limite, acabar com o duplo grau de jurisdição<sup>48</sup>, já que este não performa.

(...) na medida em que temos embargos, temos mais recursos no Judiciário; se temos mais recursos, temos mais trabalho; se temos mais trabalho e não aumentamos a estrutura humana/funcional que opera com tudo isso, temos mais morosidade... Enfim, no fundo, os embargos, no lugar de remédios, acabam por se constituir como parte da causa da doença<sup>49</sup>”.

O sistema, enfim, retroalimenta sua própria ineficiência e a doutrina, pregando a cartilha do *dever ser*, não consegue avançar. É preciso encontrar uma saída interdisciplinar. Daí a importância da aproximação do direito aos instrumentos das ciências econômicas, especialmente a teoria da escolha racional, a qual pode, a partir de um enfoque mais *realista*, jogar novas luzes ao debate e oferecer um caminho mais viável de superação da referida *encruzilhada*.

## 5. A NECESSÁRIA INTERFACE ENTRE O DIREITO E A ECONOMIA E OS NOVOS DESAFIOS

As referidas resistências corporativas aos comandos constitucional e legal acerca das exigências de fundamentação das decisões judiciais realçam a constatação de que, exceto em situações pontuais que não retratam o todo, os magistrados não atuam movidos exclusivamente por um sentimento de missão, sacerdócio ou de pura responsabilidade social<sup>50</sup>, como o mitificado *juiz Hércules*, de Ronald Dworkin. Tais recusas ao cumprimento dos velhos e novos postulados via construção de verdadeira *jurisprudência defensiva* e os replicados entendimentos dos tribunais superiores no sentido da atenuação do dever de motivação das decisões judiciais confirmam, sob o manto da

48 LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação...*, cit., p. 229-230.

49 STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano*. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 206, abr.-jun./2015, p. 42.

50 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 489-490.

chamada *economia comportamental*<sup>51</sup>, que assim como as partes, os juízes também precisam de *incentivos* para atuar *cooperativamente*, nos termos do art. 6º do CPC/15, dada a tendência humana de agir de forma egoística.

Neste ponto, Richard Posner oferece importante contribuição ao prever o comportamento médio do juiz federal norte-americano<sup>52</sup>. Segundo o autor, o juiz é um agente econômico inserido no contexto de um mercado de trabalho e, desta forma, tende a se comportar racionalmente a partir de uma ponderação entre os custos e benefícios de seus atos ou decisões. A forma de recrutamento, as garantias da magistratura, a remuneração por subsídios fixos (sem possibilidade de aumento por desempenho), enfim, a estabilidade típica da função, fazem com que os juízes tenham *aversão ao esforço*. Os juízes que colocam o trabalho “em dia” e fundamentam analiticamente suas decisões conforme os mandamentos legais podem ganhar algum tipo de prestígio adicional junto aos advogados, mas acabam perdendo tempo livre para o lazer ou outras atividades em comparação com os demais e podem resultar em comprometimento de sua *produtividade estatística* exigida pelas corregedorias e pelo CNJ. Daí que “sempre que o comportamento cooperativo do magistrado for superior ao benefício marginal daí decorrente, na média esse proceder não vicejará”<sup>53</sup>. Tais incentivos precisam ser *identificados e aplicados* pelo jurista, o que só será possível via aplicação de ferramentais menos abstratos e legalistas oriundos do pragmatismo típico das ciências econômicas. Não basta ao legislador *impor* normativamente a fundamentação analítica e a observância dos precedentes de forma a manter o ordenamento íntegro se não houver um *sistema de incentivos concretos* para que isso ocorra. Este é o desafio atual.

Como a economia se ocupa de estudar a alocação de recursos escassos com vistas a possibilitar seu uso eficiente e aplicação adequada no atendimento dos interesses dos agentes sociais, ganha relevo o estudo do modo pelo qual tais agentes tomam decisões. A referida afirmação auxilia a denotar como a economia precisa analisar a dinâmica do direito, uma vez que

51 A chamada *economia comportamental* busca oferecer uma descrição mais realista de como as pessoas se comportam, lastreada em aspectos práticos. Sobre o tema, THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: W.W. Norton & Company, 2015.

52 POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. *The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge: Harvard University, 2013. p. 32.

53 WOLKART, Erik Navarro. Análise econômica do processo civil..., cit., p. 493.

“toda determinação imposta pelas fontes do direito influencia a forma como os indivíduos se comportam na busca pelos seus direitos”<sup>54</sup> e, sendo o direito reflexo de uma estratégia de poder por meio do qual são instituídas políticas públicas, é preciso que novos ferramentais sejam agregados ao estudo dogmático-normativo tradicional, especialmente o enfoque empírico e o consequencialismo, para tornar as normas mais propensas a alcançar a almejada efetividade na alocação dos recursos finitos e na consecução dos objetivos definidos pela sociedade.

A análise econômica do direito cria um novo método científico que extravasa a mera interseção entre o direito e a economia, pois a análise do comportamento humano surgida no seio da economia pode representar um novo alicerce para o estudo do direito, o qual, em última análise, é uma ciência social *aplicada*. A nova perspectiva científica traz um *choque de realidade* ao profissional do direito que, especialmente na tradição da *Civil Law*, é acostumado a abstrações e a fundamentar suas manifestações ancorado em opiniões pessoais e argumentos de autoridade desconexos de qualquer análise consequencial. A grande questão torna-se a seguinte: a exigência de fundamentação analítica das decisões judiciais tem sido devidamente cumprida? A perspectiva da análise econômica do direito traz ganhos substanciais ao enfrentamento do tema, pois se a resposta for negativa (com base em evidências empíricas), *como colocá-la em prática?* A perspectiva pura e tradicional do direito falha ao identificar que a proposição não funciona, insistindo em limitar-se a *afirmar que precisa funcionar*. O legislador *não pode tudo*, especialmente em um contexto de escassez, ainda mais quando se abstém de criar as *condições e incentivos* para se alcançar o almejado escopo.

Como a economia oferecerá ao direito uma perspectiva não apenas normativa, mas ancorada em análise fática, aquele passa a ter uma base metodológica mais sólida orientadora de políticas públicas e de tomada de decisões privadas, agora apoiada nos institutos da microeconomia<sup>55</sup>. A

---

54 FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3. *Ebook*.

55 A Microeconomia é fundamentalmente a ciência de como tomar decisões. Sobre o amplo tema, KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. de Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. Em especial cap. 7.

capacidade de tomar decisões e sopesar eventos futuros, sempre levando em conta o meio no qual o indivíduo está inserido e as informações então disponíveis são tipicamente características da racionalidade humana, sendo a escassez o ponto de partida para a necessidade de alocação.

A chamada *teoria econômica neoclássica*, desenvolvida entre o final do séc. XIX e início do séc. XX por expoentes como Carl Menger<sup>56</sup> e Alfred Marshall<sup>57</sup>, parte do pressuposto de que a racionalidade humana está associada à premissa de que o indivíduo atua com vistas à maximização de seus interesses (utilidade) e minimização dos custos (individualismo metodológico) e que as informações relevantes para a tomada de decisão são plenamente conhecidas, como se houvesse uma perfeita correspondência entre fins e meios. Tal modelo foi batizado de *teoria da escolha racional*, que permitiria a generalização de tal padrão de conduta, tornando-a, então previsível.

A mencionada teoria passou a ser alvo de críticas, pois, para trazer previsibilidade e objetividade ao comportamento humano, eliminou diversas variáveis relevantes do campo da análise, pressupondo os agentes como sujeitos isentos de relações sociais, possuidores de acesso completo às informações para tomada de decisão (o que não ocorre no mundo real) e desconsiderando as limitações psicológicas e processos mentais que podem interferir em sua suposta racionalidade. Com o passar do tempo, a teoria da escolha racional não foi suplantada, mas passou a ser complementada, temperada ou corrigida por *teorias comportamentais*, que procuraram demonstrar que diversos fatores ou limitações, especialmente psicológicas e cognitivas, fazem com que o agente não haja como um verdadeiro matemático ao tomar decisões. Como exemplos, podem ser citadas, dentre outras: a teoria da *bounded rationality* (racionalidade limitada)<sup>58</sup>, que foca, em apertado resumo, nos processos mentais e na falta de informações para a tomada de decisões que fazem com que o indivíduo faça um sopesamento mais *light* ao

56 MENGER, Carl. *Principles of economics*. Trad. de James Dingwall e Bert. F. Hoselitz. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2007.

57 MARSHALL, Alfred. *Principles of economics*. 8ª ed. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

58 Sobre a teoria, SIMON, Herbert A. *A behavioral model of rational choice*. Disponível em: <https://www.suz.uzh.ch/dam/jcr:fffff-fad3-547b-ffff-ffff0bf4572/10.18-simon-55.pdf>. Acesso em 16.07.2020.

buscar adotar a conduta que lhe pareça satisfatória, boa ou suficiente para o atendimento de seus interesses e não necessariamente a melhor<sup>59</sup>; e a *prospect theory* (teoria dos prospectos)<sup>60</sup>, a qual, também em breve síntese, por meio das heurísticas da representatividade, da disponibilidade e da ancoragem, procura demonstrar que as pessoas tendem a dirigir seus comportamentos e analisar a chance de ocorrência de certo evento pela facilidade com que certas situações são representadas em suas mentes (disponibilidade), desconsiderando ou observando a importância de eventos anteriores e minimizando o espaço amostral (representatividade), além de os agentes tenderem a confiar mais em dados disponibilizados em momento anterior para sua tomada de decisão do que a deliberar sobre questões probabilísticas (ancoragem), atuando muitas vezes com base mais em sensações psicológicas de ganhos e perdas (*estratégias mentais* ou *atalhos cognitivos*) do que numa busca incessante ou matemática por maximização absoluta da utilidade, embora esta permaneça como escopo final de qualquer tomada de decisões.

Como dito, os agentes agem racionalmente e tomam decisões cotidianas com base em *incentivos*, buscando maximizar sua satisfação e interesses, mediados por certos processos mentais muitas vezes imperceptíveis e de difícil controle. No caso das decisões judiciais, o atalho cognitivo batizado de “viés confirmatório” (*confirmation bias*)<sup>61</sup> é bastante comum: as pessoas tendem a interpretar, analisar situações, coletar dados de modo que os mesmos sejam apropriados como forma de confirmar suas crenças, pré-compreensões ou juízos de valor já previamente delineados, sem posteriormente estarem abertos à “descoberta” de novas informações (especialmente as provas produzidas nos autos) que poderiam derrogar suas visões anteriores, fechando o ciclo hermenêutico. Os advogados tendem a

59 “O espírito humano não pode fazer mais do que determinado número de coisas ao mesmo tempo, ou por vez. Deve usar esquemas simplificadores para delimitar as informações a serem consideradas na decisão”. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. Trad. de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33. *Ebook*.

60 Para um estudo aprofundado sobre a referida teoria, TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Disponível em: <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>. Acesso em 16.07.2020.

61 Sobre o tema, PLOUS, Scott. *The psychology of judgment and decision making*. New York: McGraw-Hill, 1993. p. 232 e seguintes.

buscar apenas aquelas informações que ratifiquem os interesses dos seus clientes, assim como os juízes tendem a analisar apenas os argumentos que dão suporte aos seus pré-juízos, muitas vezes desconsiderando ou deixando de rechaçar aqueles que poderiam levar a caminho inverso (o velho problema da incompletude das decisões!), atribuindo maior peso probatório àqueles meios de prova que corroboram suas impressões iniciais.

*Tais processos psicológicos ajudam a explicar o motivo pelo qual é tão difícil colocar os sujeitos processuais para atuar cooperativamente.* A partir daí, não adianta simplesmente tratá-los como vilões! O contraditório passa a ser meramente formal, um *simulacro*, pois o juiz muitas vezes *não se deixa influenciar*. Neste ponto, a motivação das decisões judiciais acaba perdendo em substância, os julgados não conseguem sustentar-se do ponto de vista argumentativo e retórico (convencimento) e a cadeia cíclica recursal trabalhada anteriormente é deflagrada. O sistema de precedentes *à brasileira*, que deveria ser paradigma fundamental de previsibilidade e segurança jurídica para orientar condutas e perfis de litigância, acaba sendo instrumentalizado como um atalho ou gatilho para eximir os juízes de fundamentar adequadamente suas decisões, como se fossem técnicas para reduzir o empenho justificativos das mesmas.

(...) especialmente aqueles que trabalham no meio jurídico notam como o sistema opera, adaptam-se a ele para sobreviver e o modificam na medida do possível. Dizer, a título de exemplo, que o juiz proferiu uma sentença utilizando apenas argumentos favoráveis à sua decisão, em afastar ou justificar o não acolhimento das alegações, dos indícios ou das provas trazidas pela parte contrária não é algo incomum de ouvir no mundo jurídico. Todavia, poucos sabem que esse comportamento pode ser explicado pela teoria econômica, no caso pela atuação do viés confirmatório(...)<sup>62</sup>.

Sendo assim, como fugir da armadilha normativista e desenvolver instrumentos concretos para evitar que o dever de fundamentação das decisões judiciais se limite a representar uma sofisticação teórica a cargo dos juristas, mas sem eficácia prática, e eludir que a motivação dos julgados, em verdade, corporifique meros discursos de justificação *a posteriori*?

62 GOULART, Bianca Bez. *Análise econômica do litígio: entre acordos e ações judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 31.

Os sujeitos processuais, especialmente os juízes, estão inseridos em um determinado contexto profissional que apresenta suas mazelas e gargalos estruturais. Por uma questão de preservação da sua independência e garantia de uma atuação livre de pressões externas irresistíveis, o Constituinte brasileiro veio a prever as chamadas *garantias da magistratura* (vitaliciedade, irreduzibilidade de vencimentos e inamovibilidade) para assegurar aos juízes a necessária *estabilidade funcional*, além de remuneração (fixa) condizente com a responsabilidade do cargo. Se, por um lado, tal estabilidade é claramente relevante para o desempenho de suas funções, por outro, não confere os imperiosos *incentivos* necessários para um atuar mais eficiente. No sentido *qualitativo*. Explica-se. Sob a perspectiva do propagandeado “Justiça em Números”, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), além de compilar elogiáveis dados estatísticos que diagnosticam os gargalos estruturais do sistema e que podem orientar políticas públicas de superação, adotou uma perspectiva de trabalho calcada na noção de eficiência, buscando “empreender um conjunto de medidas de caráter gerencial voltadas a melhores resultados de produtividade do Poder Judiciário, sobretudo nas respostas às demandas judiciais”<sup>63</sup>. Por meio de um sistema de metas *temporais e quantitativas*, juízes devem periodicamente prestar contas àquele órgão, sujeitos à eventual aplicação de sanções disciplinares. Com isso, o juiz é transformado em verdadeiro *gestor* ou *administrador* dos recursos a ele disponibilizados, sejam estruturais, humanos ou tecnológicos. Tudo deve ser canalizado ao cumprimento de tais metas.

Como os juízes passam a ser submetidos a um sistema quantitativo de produtividade, por qual razão passariam a atuar cooperativamente e a fundamentar suas decisões com maior zelo argumentativo se tal postura lhes tomará *tempo* (talvez o bem mais escasso nos dias atuais), não lhes trará acréscimo remuneratório e os farão perder prestígio corporativo? Pelo contrário, como todo e qualquer sujeito, atuarão pra maximizar seus interesses, pois os *incentivos então existentes caminham nesse sentido* (regras do jogo). Os juízes não são os *bad guys*, como uma análise preguiçosa poderia sugerir.

Eles apenas respondem a um determinado sistema de incentivos, como

63 MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 137.

qualquer agente, e tal ordenamento requer produtividade em série, estatística. Os magistrados, diante dos recursos escassos, especialmente o tempo, e de um sistema de metas puramente estatístico, optarão pelo *status quo*: o *custo de oportunidade* resultará no sacrifício da qualidade de suas decisões. Isto, por sua vez, gerará aumento substancial de recursos, os quais serão indeferidos em série, fazendo com que os juízes de primeiro grau sejam isentos de responsabilidade por decisões irrefletidas e o duplo de jurisdição perca sua própria razão de existir. As partes, que são pessoas de *carne e osso*, estão alheias aos tecnicismos e precisam solucionar seus conflitos e dramas concretos, ficam sempre um último plano.

O sistema, como orientado, fica sem saída. Juízes não são incentivados a um atuar cooperativo, empreendem fundamentação sintética ou incompleta de suas decisões, a doutrina persiste no *dever ser normativo* e continua literalmente *pregando no deserto*, o sistema processual abarrotado de recursos e o congestionamento, a seu turno, resulta em um proceder cada vez mais diante daquele idealizado pelo legislador para dar conta do volume de demandas (as antigas “pilhas de processos”). O *looping infinito* recomeça e o sistema se retroalimenta.

Agora, se os agentes efetivamente respondem efetivamente a incentivos visando a maximizar seus interesses, nos termos da teoria da escolha racional e seus desdobramentos posteriores, como mudar o atual quadro? *Criando um novo e reorientado sistema de incentivos, que induza os juízes a uma nova adaptação de realidade*. Sem a pretensão de exaurir o tema ou de oferecer um catálogo de soluções prontas, a proposta é deslocar o eixo do debate para um novo patamar (o *qualitativo*) e conclamar o legislador e o CNJ a abrir debates na arena democrática em busca das reformas adequadas para um enquadramento legislativo e corporativo mais eficiente. O ponto de partida poderia ser, a título ilustrativo, uma mudança na forma de avaliação da produtividade dos magistrados, com foco no empenho argumentativo de suas decisões, lastreada em critérios com a menor dose de abstração possível, premiando os juízes diligentes com acréscimos remuneratórios (por menor que

seja) e progressão de carreira (não mais baseada em mera “antiguidade” e ou “merecimento” ancorado em critérios políticos).

Embora possa parecer, a proposta de mudança não desconsidera a crise da Justiça e o tamanho do problema quantitativo do gargalo. O imbróglio é que a *miopia atual* acaba não permitindo figurar que, com o deslocamento do eixo dos incentivos para o plano qualitativo, haverá menos recursos, menos inchaço da máquina judiciária, menor carga de trabalho, recursos públicos e das partes poupados e partes satisfeitas com seus conflitos solucionados adequadamente, o que deveria ser a razão de ser da jurisdição. O que há de ser combatido é a consolidação da adoção de um *sentimento de rendição* frente às dificuldades e a relativização das exigências legais acerca da motivação das decisões judiciais. A escassez, de certa forma, é importante para mover à ação. A abundância estimula a inércia e a procrastinação. Basta ver como as pessoas tendem a ser mais produtivas quando têm menos tempo.

A mera menor clareza da decisão judicial aumentará, com muita probabilidade, os custos para os litigantes, os ganhos para os advogados e as perdas para o aparelho judicial (visíveis, p. ex., no maior dispêndio infra-estrutural para se fazer face ao maior número de processos interpostos), ficando, assim, por sinalizar a eficácia e a eficiência processuais (ou, o que seria pior, sinalizando-as a inconstância, a burocracia ou a lentidão judiciais) o que acabará por se traduzir na produção de indesejáveis externalidades negativas<sup>64</sup>.

Não se pode olvidar que a crise da justiça<sup>65</sup> é um dos fatores que influenciam o chamado *Custo Brasil*, termo genérico utilizado para denotar os entraves estruturais que encarecem os investimentos em nosso país, dificultando o desenvolvimento e a geração de empregos e riqueza. A lentidão da Justiça pode ser encarada como um dos entraves que compõem o referido custo e tende a ser refletida no preço dos produtos e a atuar como fator inibidor de investimentos, posto que corporifica fator de insegurança e ineficiência. E o

64 PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 119.

65 “O quadro trágico é composto de alguns elementos bem destacados, entre eles: (i) número excessivo de processos (litigância desenfreada); (ii) manejo excessivo de recursos; (iii) esgotamento das cortes superiores; (iv) baixas taxas de autocomposição; (v) inefetividade da execução; (vi) litigância habitual; (vii) ausência de uniformidade e coerência jurisprudencial”. (WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil...*, cit., p. 231)

pior, em momentos de crise econômica prolongada e estrutural como que a vivenciamos, a litigiosidade tende a aumentar, tendo em vista que, inevitavelmente, haverá conflitos nas relações de emprego, aumento de inadimplência, etc. A crise, contudo, também pode ser encarada como mais uma oportunidade singular para o desenvolvimento de um sistema processual mais eficiente, a trazer ganho de agilidade e contribuir para a maximização do bem-estar geral via ganho de segurança jurídica ou de atratividade para investimentos na economia (círculo virtuoso), reduzindo os chamados “custos de transação” via melhor aproveitamentos dos recursos (escassos) disponíveis.

Por fim, é de fundamental relevância associar, ao estudo da presente temática, a questão do *desenvolvimento exponencial da tecnologia*, que é marca do nosso tempo, e os reflexos projetados no sistema de justiça. Em um primeiro momento, a influência inicial foi consolidada por meio da instituição do *processo eletrônico* em substituição aos autos físicos. Na fase atual, o emprego da *inteligência artificial*, entendida como a automação de atividades normalmente associadas à cognição humana, como a tomada de decisões, o aprendizado e a solução de conflitos ou problemas, desperta um misto de receio e de esperança em vencer a crise da justiça. Com o florescimento da tecnologia crescente em ritmo exponencial e acompanhado da redução dos custos operacionais, aquilo que hoje parece impossível em pouco tempo pode tornar-se realidade.

A automação de tarefas rotineiras ligadas ao direito já é uma realidade. É possível identificar métodos de resolução de conflitos baseados em *algoritmos* e *softwares computacionais* (ODR's), desenvolvidos por *lawtechs* e *startups* em um mercado crescente e aquecido, além da possibilidade de realização de pesquisas mais estruturadas de jurisprudência, elaboração de peças processuais de forma mais ou menos automática, além da previsão estatística do resultado do processo ou da possibilidade de um eventual acordo. Por um lado, o custo de transação das interações sociais tende a ser reduzido, mas, por outro, a tecnologia terá o efeito colateral de aumentar inicialmente o número de conflitos, ampliar a *assimetria de informações* disponíveis entre litigantes *habituais* e *eventuais*, além de envolver uma séria e

relevante questão *ética*. Sobre este último ponto, há registros de decisões tomadas com base em modelos computacionais e matemáticos que conduziram a resultados absolutamente injustos, especialmente na seara penal<sup>66</sup>. Note-se que isto é completamente distinto de lançar mão de aspectos estatísticos para orientar políticas públicas. É deixar a máquina decidir! Não obstante o novo caminho tecnológico pareça sedutor sob o prisma de praticidade e celeridade, há clara perda do aspecto humano que deve(ria) permear a relação processual e absoluta desconsideração do contraditório enquanto garantia de influência. Quem elabora os algoritmos? Como fundamentar decisões nesses moldes e legitimá-las discursivamente? Vale a reflexão para os dias que inevitavelmente virão.

## 6. CONCLUSÃO

A aprovação do novo Código de Processo Civil (2015) fez renascer o interesse da doutrina em revisitar os institutos tradicionais do direito processual. Novos horizontes de pesquisa foram simbolicamente abertos, especialmente diante da perspectiva de aproximação do direito aos postulados da economia no sentido da persecução do escopo de conferir maior eficiência ao sistema processual a partir de um enfoque metodológico de perfil menos abstrato e mais empírico.

Sempre despertou certo incômodo o fato de, historicamente, o dever de fundamentação das decisões judiciais ter sido transformado em espécie de paródia garantística. A doutrina, por sua vez, não logrou avançar, pois sempre atrelada a um enfoque excessivamente normativo (*dever ser* abstrato), mesmo que produzindo trabalhos aprofundados e sofisticados sobre o tema. Como o CPC/2015, por influência de seus idealizadores (muitos oriundos da advocacia), veio a estabelecer novas exigências quanto à motivação das decisões judiciais e a jungiu ao sistema de precedentes vinculantes, buscou-se, a partir dos postulados das ciências econômicas, notadamente a teoria da escolha racional (temperada posteriormente por teorias comportamentais) e

---

<sup>66</sup> Sobre como a matemática no contexto dos julgamentos pode ser uma “questão de vida ou morte”, SCHNEPS, Leila; COLMEZ, Coralie. *A matemática nos tribunais: uso e abuso dos números em julgamentos*. Trad. de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

uma perspectiva mais realista por ela proporcionada, jogar novas luzes ao tema e demonstrar como processos mentais e atalhos cognitivos (especialmente o do *viés confirmatório*) influenciam a suposta racionalidade judicial ao decidir e ajudam a aclarar as razões pelas quais é tão desafiador colocar os sujeitos processuais para atuar cooperativamente, como pretende o legislador.

É perfeitamente compreensível que o volume de processos em um contexto de judicialização excessiva e as limitações materiais dificultem o cumprimento do dever de fundamentação das decisões judiciais em sua completude, posto que este atua como garantia de caráter complexo, cujo cumprimento adequado requer dedicação, esforço, tempo e reflexão. Não obstante, a análise econômica do direito tem o condão de desencorajar que a crise da Justiça desemboque em uma postura de mera *rendição*. A escassez, ao invés de atuar como pretexto, deve funcionar como motor propulsor pela busca por eficiência, *produtividade qualitativa* e melhor aproveitamento dos recursos então disponíveis.

Partindo-se dos ensinamentos da teoria da escolha racional de que os agentes atuam não por um espírito altruísta ou de abnegação, mas movidos por uma perspectiva de maximização de seus interesses, mostra-se imperiosa a criação de um *sistema de incentivos* que possibilite a sedimentação de um terreno fértil para que os objetivos delineados pelo legislador democrático sejam alcançados. Caso contrário, de nada adiantará a previsão legal simbólica de uma série de deveres normativos relativos à motivação das decisões e a indicação de que as mesmas precisam sustentar-se sob o ponto de vista argumentativo e do convencimento: seguirá a problemática convivência com o uso excessivo dos recursos, a construção de uma jurisprudência restritiva de autodefesa por parte de juízes e tribunais, o inchaço do sistema processual já sobrecarregado e um círculo vicioso que se retroalimenta.

Como os magistrados têm sua produtividade avaliada sob o ponto de vista quantitativo (o bom juiz é aquele que “limpa” mais rapidamente o gabinete) e, ainda, estão inseridos em um cenário profissional de *necessária* estabilidade funcional e de remuneração fixa, não há os incentivos necessários

para um atuar mais eficiente sob o ponto de vista de *qualidade* das decisões. O maior zelo argumentativo exigido pela lei acaba por demandar tempo e custará aos juízes a perda de seu prestígio corporativo. Com as “regras do jogo” atuais, ao lidar com este *trade-off*, decisões mais reflexivas acabam abandonadas pelos juízes em nome do *status quo*, o que, no final das contas, prejudica os destinatários da prestação jurisdicional, que estão alheios aos tecnicismos e buscam, tão somente, uma resolução adequada de seus conflitos.

Novos debates devem começar a ser travados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e pelo legislador na arena democrática para que um sistema adequado de incentivos possa ser delineado, o que poderá, nos moldes da teoria da escolha racional, induzir os juízes a uma nova adaptação de realidade e de comportamento. E, para tal, começar pela reforma do sistema de avaliação da produtividade dos juízes, que precisa ser também *qualitativo*, parece ser um caminho oportuno a ser adotado como ponto de partida, de modo que o empenho argumentativo de suas decisões possa ser premiado, seja via acréscimos remuneratórios (ainda que simbólicos) seja com progressão de carreira por meio de critérios menos abstratos e mais transparentes. A crise deve ser encarada como uma oportunidade, neste caso, de inauguração de um novo ciclo, agora *virtuoso*, que tenderá a refrear o número de recursos diante de decisões suficientemente motivadas, reduzir o inchaço dos canais judiciários e, em última análise, franquear mais *tempo* aos juízes para o melhor desempenho de suas funções.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Trad. de Zilda H. S. Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2005.

ARRUDA ALVIM, Teresa. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro. *O dever de fundamentação das decisões judiciais no novo CPC português*. In: SILVA, João Calvão da et al (Orgs.). *Processo Civil comparado: análise entre Brasil e Portugal*. São Paulo: Forense, 2017.

BUCHANAN, James. *The collected works of James Buchanan – Vol. 6 – Cost and choice: an inquiry in economic theory*. Indianapolis: Liberty Fund, 1999-2002.

CABRAL, Antonio do Passo. *A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada*. In: *Revista de Processo*, n. 221, jul./2013.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *A formação do convencimento do magistrado e a garantia constitucional da fundamentação das decisões*. In: *Ensaios e artigos (v. II)*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bolonha: Il Mulino, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro. *Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas*. In: *Revista de Processo*, n. 65, jan-mar/1992.

CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil: estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição*. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

DELLORE, Luiz. *Algo mudou na fundamentação das decisões com o novo CPC?* Disponível em: <https://jota.info/colunas/novo-cpc/algo-mudou-na-fundamentacao-das-decisoes-com-o-novo-cpc-26062017>. Acesso em 20.09.2017.

DIDIER JR., Fredie; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*. *Revista de Dir. Adm. Const.* Belo Horizonte, 2019, n. 75, jan./mar. 2019.

DOMINGUES, Victor Hugo. *Ótimo de Pareto*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Orgs). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FERRAZ, Jr., Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 13ª ed. Trad. de Maria Thereza da C. Albuquerque e J. A. Gilhon Albuquerque. Rio de Janeiro, Graal, 1988.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo Código de Processo Civil à luz da análise econômica do direito*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2982136](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2982136). Acesso em 09.06.2019.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GOULART, Bianca Bez. *Análise econômica do litígio: entre acordos e ações judiciais*. Salvador: Juspodivm, 2019.

GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: *Estudos de Direito Processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Campos, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad?* In: *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Trad. de Manuel J. Redondo. Barcelona: Paidós, 1991.

JR. GICO, Ivo T. *Introdução à análise econômica do direito*. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Orgs). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Trad. de Helga Hoffman. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. *O dever de motivação das decisões judiciais: Estado de Direito, segurança jurídica e teoria dos precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e estado de direito*. Trad. de Conrado Hübner Mendes. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. Trad. de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.

MANKIW, Gregory N. *Introdução à economia*. 3ª ed. Trad. de Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Cengage Learning, 2009.

MARCELLINO JR., Julio Cesar. *Análise econômica do acesso à justiça: a tragédia dos custos e a questão do acesso inautêntico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARSHALL, Alfred. *Principles of economics*. 8ª ed. New York: Palgrave Macmillan, 2013.

MENGER, Carl. *Principles of economics*. Trad. de James Dingwall e Bert. F. Hoselitz. Auburn: Ludwig von Misses Institute, 2007.

MULLAINATHAN, Sendhil; SHAFIR, Eldar. *Scarcity: why having too little means so much*. New York: Times Books, 2013.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

NUNES, Marcelo Guedes. *Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OTEIZA, Eduardo. *La motivación de la decisión judicial: el desafío de abreviar y detallar al mismo tiempo*. In: SIMONS, Adrian et al (Coords.). *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016.

PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. 6ª ed. Trad. de Maria E. G. G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PLOUS, Scott. *The psychology of judgment and decision making*. New York: McGraw-Hill Education, 1993.

POSNER, Richard A. *Para além do direito*. Trad. de Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. *The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge: Harvard University, 2013.

RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito*. 2ª ed. Lisboa: Almedina, 2016.

SILVA, Carlos Augusto. *O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SIMON, Herbert A. *A behavioral model of rational choice*. Disponível em: <https://www.suz.uzh.ch/dam/jcr:ffffff-fad3-547b-ffff-ffff0bf4572/10.18-simon-55.pdf>. Acesso em 16.07.2020.

SCHNEPS, Leila; COLMEZ, Coralie. *A matemática nos tribunais: uso e abuso dos números em julgamentos*. Trad. de George Schlesinger. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas: o fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiano*. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 206, abr.-jun./2015.

STRECK, Lenio Luiz. *Precedentes? Decisão de 4 linhas do STF contém três violações ao CPC*. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2016-nov-10/senso-incomum-precedentes-decisao-linhas-stf-contem-tres-violacoes-cpc>. Acesso em 11.11.2016.

TARUFFO, Michele. *Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law*. In: MITIDIÉRO, Daniel (Org. e Trad.). *Processo civil comparado: ensaios*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TARUFFO, Michele. *La motivación de la sentencia civil*. Trad. de Lorenzo C. Vianello. Madrid: Trotta, 2011.

THALER, Richard H. *Misbehaving: the making of behavioral economics*. New York: W.W. Norton & Company, 2015.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. Disponível em: <https://www2.psych.ubc.ca/~schaller/Psyc590Readings/TverskyKahneman1974.pdf>. Acesso em 16.07.2020.

VARGAS, Daniel Vianna. *Ferramentas para o controle das razões de decidir: os mecanismos de padronização decisória e a vinculação do dever de fundamentação*. Curitiba: CRV, 2018.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. Vol. I. Trad. de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Brasília: Editora UNB, 2009.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

Recebido em | 19/07/2020

Aprovado em | 07/08/2020

Revisão Português/Inglês | Letícia Gomes Almeida

## **SOBRE OS AUTORES** | ABOUT THE AUTHORS

### CARLOS HENRIQUE RAMOS

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Especialista em Direito Desportivo. Professor Titular do IBMEC-RJ, da Universidade Cândido Mendes e do Centro Universitário Serra dos Órgãos. Membro do Instituto Brasileiro de

Direito Desportivo, do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação Brasileira de Direito Processual. Advogado. E-mail: [chramos@outlook.com](mailto:chramos@outlook.com).

**BRUNO MELLO SALDANHA MARTINS**

Graduando em Direito pelo IBMEC-RJ. Bolsista de Iniciação Científica PIBIC/CNPQ. E-mail: [brunomartins381@hotmail.com](mailto:brunomartins381@hotmail.com).