

## A “TRAGÉDIA DA JUSTIÇA” E O *PRIVATE ENFORCEMENT*: BREVES APORTES<sup>519</sup>

### THE “TRAGEDY OF JUSTICE” AND *PRIVATE ENFORCEMENT*: BRIEF CONTRIBUTIONS

**Gustavo Osna**

Advogado. Doutor (UFPR), Mestre (UFPR) e Bacharel em Direito (UFPR).  
Professor na Universidade Federal do Paraná.  
gustavo@mosadvocacia.com.br, Curitiba/PR, Brasil.

**Leonardo Maciel Benedete**

Advogado. Advogado. Mestrando em Direito Civil (FDUL), mestrando em  
Economia (UFPR). leonardobenedete@gmail.com, Curitiba/PR, Brasil.

**RESUMO:** O processo civil brasileiro vive um cenário de “tragédia da justiça”: é moroso (um processo leva, em média, mais de 5 anos para encerrar seu ciclo de vida), ineficiente (o Brasil é o pior país dentre os seus vizinhos em eficácia da justiça cível) e caro (gasta-se mais de 100 bilhões de reais com a estrutura judicial, 1,3% do PIB, o que é praticamente o dobro do que os países da União Europeia gastam com as suas respectivas estruturas, obtendo resultados muito mais satisfatórios à título de eficiência da justiça), o que cria incentivos estruturais ao demandismo e ao descumprimento generalizado dos contratos e das ordens judiciais. Como possível solução para esse cenário, surge dos avanços tecnológicos e da alteração da realidade social a utilização do *enforcement* privado como um fator fundamental de eficácia do direito fundamental de acesso à justiça. Contrainstintivamente, a utilização da via privada pode maximizar a capacidade de entrega da tutela jurisdicional efetiva, uma vez que implica em ganhos de

eficiência ao alterar a ordem clássica do devido processo legal e delegar à jurisdição estatal (de conhecimento e de execução) apenas os casos cujo *self-enforcement* não seja possível. Todavia, para encaixar essa peça no atual quebra-cabeça do processo civil brasileiro de forma dogmaticamente adequada, especialmente com a releitura de institutos processuais clássicos como a exclusividade estatal do uso da força e a inafastabilidade da jurisdição, é necessário que se compreenda que as garantias processuais são ductíveis e o processo em si constitui um elemento essencialmente cultural, de forma que as mudanças contextuais da sociedade não são contidas pelo processo, e sim absorvidas por ele. Portanto, a revisão de alguns dos antigos dogmas processuais diante dos caminhos inéditos inaugurados pelo avanço tecnológico e pelas mudanças sociais é um caminho incontornável para uma dogmática processual que apresenta respostas eficazes aos problemas

<sup>519</sup> Artigo recebido em 18/10/2023 e aprovado em 12/04/2024.

modernos, como é o caso do demandismo que asfixia os tribunais brasileiros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Devido Processo Legal; *Enforcement* Privado; *Enforcement* Estatal; Tragédia da Justiça; Resoluções Alternativas de Disputas.

**ABSTRACT:** The Brazilian civil process is experiencing a “tragedy of justice” scenario: it is slow (a process takes, on average, more than 5 years to complete its life cycle), inefficient (Brazil is the worst country among its neighbors in terms of efficiency of civil justice) and expensive (more than 100 billion reais are spent on the judicial structure, 1.3% of GDP, which is practically double what the European Union countries spend on their respective structures, obtaining results much more satisfactory in terms of efficiency of justice), which creates structural incentives for demandism and widespread non-compliance with contracts and Court orders. As a possible solution to this scenario, the use private enforcement as a fundamental factor in the effectiveness of the fundamental right of access to justice arises from technological advances and changes in social reality. Counterintuitively, the use of the private route can maximize the capacity to deliver effective judicial protection, since it implies gains in efficiency by changing the classic order of due legal process and delegating to the state jurisdiction (of knowledge and execution) only the cases whose self-enforcement is not possible. However, to fit this piece into the current puzzle of

the Brazilian civil process in a dogmatically adequate way, especially with the reinterpretation of classic procedural institutes such as the state's exclusivity in the use of force and the indefeasibility of jurisdiction, it is necessary to understand that the guarantees procedural processes are ductible and the process itself constitutes an essentially cultural element, so that the contextual changes of society are not contained by the process, but rather absorbed by it. Therefore. The review of some of the old procedural dogmas in the face of the new paths opened by technological advances and social changes is an unavoidable path towards a procedural dogma that presents effective responses to modern problems, as is the case of the demandism that suffocates Brazilian courts.

**KEYWORDS:** Due Process; Private Enforcement; State Enforcement; Tragedy of Justice; Alternative Dispute Resolution.

## INTRODUÇÃO

Buscaremos explorar, no presente trabalho, a relação entre o processo civil e a realidade, estressando alguns conceitos há muito engessados na dogmática, como o caso da necessidade de representação técnica, o *enforcement* estatal e a exclusividade do uso da força.

Através da análise de dados acerca da realidade (processual) brasileira, e da captura de novos fenômenos, especialmente as inovações tecnológicas, talvez seja

possível responder de forma contraintuitiva ao aparentemente insolucionável problema do demandismo, que parece abarrotar o sistema jurisdicional brasileiro.

Assim, o primeiro passo dessa investigação não poderia ser outro que não um voo panorâmico sobre a realidade do nosso judiciário: quanto e onde se gasta com a estrutura do Judiciário? Se gasta muito ou pouco? Qual o resultado desses aportes na diminuição do estoque de ações? Quanto tempo leva a tramitação de um processo? E quais os incentivos criados para os agentes econômicos a partir da atual estrutural judicial? Vejamos.

## 1. UMA BREVE (E NUMÉRICA) FOTOGRAFIA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Como ponto de partida, é possível salientar que parece existir hoje o senso comum de que o nosso

processo judicial é inefetivo, moroso, caro e com excesso de burocracia - especialmente o processo de execução.<sup>520</sup>

Ainda, a estrutura do processo civil brasileiro é marcada por incentivos à litigância, gerando uma “cultura da ação”, haja vista a pulverização do custo do processo, o pagamento de custas quase que exclusivamente no início da disputa (incentivando a postergação do litígio), o baixo custo recursal e a inexistência de custas para medidas como os embargos de declaração. Somam-se, a isso, fatores como a baixa aplicação de sanções processuais e a concessão de assistência judiciária gratuita indiscriminadamente<sup>521</sup>

Isso implica uma estrutura judiciária complexa, cara e ineficiente. Mais que isso, nesse quadro, conforme a *teoria dos jogos aplicada ao processo civil, a estratégia dominante no judiciário brasileiro* (dada a atual estrutura de incentivos e a inexistência de uma

<sup>520</sup> GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, 2014, pp. 163-168.

<sup>521</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, pp. 649-697. No mesmo sentido: GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia... cit. Como indicado por Arthur Mendes Lobo, em relação especificamente à assistência judiciária gratuita, “a principal e latente forma de se preservarem todas as garantias processuais do cidadão, inclusive a de ver a rápida solução dos conflitos, é, repita-se, a fortificação da musculatura do Judiciário, conferindo-lhe mais julgadores e serventuários preparados tecnicamente e devidamente equipados. No entanto, sabemos que vivemos em um Estado de poucos recursos financeiros. Não haveria

dinheiro disponível para todas estas reformas estruturais, pelo menos esta é argumentação adotada pelo Governo. Mas temos de fazer uma reflexão econômica: qual a fonte de receita do Judiciário? Quem remunera os serviços prestados pelo Estado? Juntamente com os repasses de verbas arrecadadas com impostos, a receita proveniente das taxas judiciárias são as fontes de riqueza que mantém o Judiciário. Ocorre que, na prática, a arrecadação das taxas judiciárias tem sido alvo de uma política de isenção arcaica, muitas vezes utilizada de maneira abusiva pelos jurisdicionados. Estamos falando da assistência judiciária gratuita”. LOBO, Arthur Mendes. **Assistência judiciária gratuita no novo Código de Processo Civil**: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010. In. *Revista de Processo*. n.194. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.352.

ameaça crível para o descumprimento das ordens e obrigações) é o inadimplemento.<sup>522</sup>

Essa inefetividade da tutela dos direitos e os incentivos estruturais para o jogo não cooperativo aumentam significativamente os custos de transação<sup>523</sup> para a realização de trocas voluntárias e, conseqüentemente, conduzem tanto a uma *alocação ineficiente de recursos* quanto a um *decréscimo do bem-estar social*.<sup>524</sup>

Tanto é assim que, no que compete à justiça cível, o Brasil é o 78º país no quesito eficácia e acessibilidade dentre os 140 países analisados pelo ranking *WJP Rule of Law Index 2022*, atrás de todos os seus países vizinhos, além de europeus, como Portugal (29º) e França (21º).<sup>525</sup>

Neste sentido, forma-se um caminho tortuoso e que é capaz de comprometer o funcionamento do Judiciário: de um lado, descumprir as obrigações pode ser *a melhor estratégia* no Brasil<sup>526</sup>, tornando normal que, na prática, aguarde-se a execução para adimplir a obrigação contratual ou o comando judicial; de outro, não há

maior desincentivo ao litígio frívolo ou temerário. Como consequência, cria-se um cenário evidentemente tendente ao *demandismo* e ao exaurimento da estrutura judiciária.

A questão é materialmente confirmada: conforme dados do Relatório “Justiça em Números 2022”, do Conselho Nacional de Justiça, o *Poder Judiciário finalizou o ano de 2021 com 77,3 milhões de processos em tramitação*.<sup>527</sup> Ou seja, compatibilizando os dados com a estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de que, no Brasil, há 213,3 milhões de habitantes<sup>528</sup>, para cada 3 habitantes do país, há um processo em tramitação.

Não bastasse, acerca da morosidade judicial, o tempo médio de tramitação de um processo é de 4 anos e 7 meses<sup>529</sup>, sendo que *[a] execução é, sem dúvida, o maior problema do direito processual civil brasileiro*.<sup>530</sup>

Assim, o cenário de superlotação do judiciário brasileiro só agrava a morosidade e a ineficiência do sistema.<sup>531</sup> Forma-se um cenário de *tragédia dos baldios*: há um uso comum

<sup>522</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, pp. 661-664.

<sup>523</sup> COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. v. 3, out. 1960, pp.1-44.

<sup>524</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, pp. 658.

<sup>525</sup> WORLD JUSTICE PROJECT. *WJP Rule of Law Index 2022*. Disponível em < <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Civil%20Justice/> >. Acessado em 28.03.2023

<sup>526</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, pp. 667.

<sup>527</sup> BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Relatório Justiça em Números 2022, p. 104. Disponível em: < [https://www.cnj.jus.br/wp-](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf)

[content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf) >. Acessado em 28.03.2023.

<sup>528</sup> BRASIL. *População brasileira chega a 213,3 milhões de habitantes, estima IBGE*. Disponível em < <https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/populacao-brasileira-chega-a-213-3-milhoes-de-habitantes-estima-ibge#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20chegou%20a,1%C2%BA%20de%20julho%20de%202021.> >. Acessado em 21.05.2023.

<sup>529</sup> *Ibidem*, p. 213.

<sup>530</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, pp. 649.

<sup>531</sup> GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *A tragédia... cit.*

e irrestrito de um bem público rival – quando a utilização por um agente exclui a utilização por outro<sup>532-533</sup> – que implica, no fim das contas, no perecimento do próprio bem; o acesso indiscriminado ao Poder Judiciário acaba por degradar a capacidade do próprio Poder Judiciário em entregar a tutela efetiva dos direitos.

De maneira cíclica e harmônica a essas premissas, não surpreende o fato de o Brasil possuir, hoje, um dos judiciários mais caros do mundo. Apenas no ano de 2021, por exemplo, o Poder Judiciário custou mais de 100 bilhões de reais, ou o equivalente à 1,2% do PIB nacional,<sup>534</sup> sendo que 92% correspondem às despesas com recursos humanos, referentes à remuneração de efetivos.<sup>535</sup>

Em comparação, sequer na série histórica de 2012 a 2020 um membro da União Europeia chegou a gastar mais do que 0,8% de seu GDP (Gross Domestic Product) com o respectivo Poder Judiciário, conforme informações constantes do *The 2022 EU Justice Scoreboard*.<sup>536</sup>

Chama igualmente a atenção que países muito à frente do Brasil nos

rankings WJP de *Rule of Law* e *Doing Business*, como é o caso de Portugal e França, sequer chegaram a gastar 0,4% de seu GDP com a manutenção da estrutura judicial.

Em verdade, embora seja uma das maiores economias do mundo, o Brasil se encontrava-se na 124ª posição (de 190) do ranking internacional *Doing Business 2020* até o ranking ser descontinuado, atrás, por exemplo, de Itália (58º), Chile (59º), Peru (76º) e Senegal (123º).<sup>537</sup>

Sob o mesmo ângulo, é indispensável ressaltar que o juiz brasileiro – o Brasil possui uma média de 8,48 juízes para cada 100 mil habitantes, ou 4,1% (18.091) do total da força de trabalho do Poder Judiciário (446.142 pessoas)<sup>538</sup>, já em Portugal, há, aproximadamente, 19 juízes a cada 100 mil habitantes<sup>539</sup> – recebe, historicamente, mais de mil e quinhentos processos novos por ano<sup>540</sup>. Como resultado, no ano de 2021, cada magistrado concentrou em média 6.722 processos ativos.<sup>541</sup>

Assim, a necessidade de se repensar o sistema judicial brasileiro e o

<sup>532</sup> Para uma ampla demonstração acerca da classificação do Poder Judiciário como “bem público rival”, ver: GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A natureza econômica do Direito e dos Tribunais. Análise econômica do direito: temas contemporâneos*. YEUNG, Luciana (org.). São Paulo: Actual, 2020.

<sup>533</sup> No mesmo sentido: ARAÚJO, Fernando. *A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema econômico do nível ótimo de apropriação*. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>534</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Op. cit.*, p. 81.

<sup>535</sup> *Ibidem*, p. 84.

<sup>536</sup> EUROPEAN COMMISSION. *The 2022 EU Justice Scoreboard*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022, p. 29.

<sup>537</sup> World Bank and International Finance Corporation, *Doing Business 2020*, p. 4. Disponível em <  
<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> >. Acessado em 21.05.2023.

<sup>538</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Op. Cit.*, p. 86.

<sup>539</sup> EUROPEAN COMMISSION. *Op. Cit.*, p. 28

<sup>540</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Op. Cit.*, p. 133.

<sup>541</sup> *Ibidem*, p. 147.

papel de seus atores parece ser algo inescapável, especialmente porque a solução para reduzir o demandismo e aumentar a eficiência da resposta jurisdicional não parece ser aumentar os já vultosos gastos com a estrutura jurisdicional.

## 2. DEMANDISMO, TRAGÉDIA DOS BALDIOS E INSUFICIÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO TÉCNICA

Entendendo o quadro geral do processo brasileiro atual, é possível avançar um passo e fornecer uma importante constatação. É que, embora pudesse se voltar a suprir essa espécie de elemento, a necessidade de representação técnica (elemento preponderante em nosso ordenamento) não alcançou esse objetivo. O fator, então, é incapaz de oferecer resposta satisfatória ao problema em questão.

Ovídio Baptista da Silva assim explica o ponto:

*além da capacidade de ser parte e da plena capacidade processual (legitimatio ad processum), nossa lei veda que os interessados realizem pessoalmente os atos processuais e requeiram em juízo sem a assistência de uma pessoa especializada e legalmente habilitada, dotada do chamado ius postulandi. As partes, desde que dotadas de capacidade processual, devem, mesmo assim, estar*

*representadas em juízo por advogado habilitado, o que significa dizer advogado em pleno gozo de suas prerrogativas profissionais, a quem a parte haja outorgado o competente mandato para representá-lo em juízo”*<sup>542</sup>.

Conferindo enquadramento funcional à exigência legal da capacidade postulatória, Dinamarco argumenta que

*tem duas importantes razões de ser a indispensabilidade do advogado, proclamada constitucionalmente (...) a primeira delas é a conveniência técnica de confiar a defesa a pessoas com capacitação profissional adequada e sujeitas a um regime organizacional e disciplinar imposto por entidade de categoria estruturada para tanto (...) a segunda é a conveniência psíquica de evitar as atitudes passionais da parte em defesa própria (...) o advogado profissionalmente bem formado opera como eficiente fator de arrefecimento dos conflitos”*<sup>543</sup>.

Consideramos que a compreensão do porquê de esse propósito nem sempre ser cumprido é facilitada por contribuições advindas da economia. E isso, particularmente, ao recordar-se que reside aí *uma pretensão*

<sup>542</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000. p.246.

<sup>543</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.287.

de estudar a conduta humana nas suas interações coletivas<sup>544</sup> – sendo este o conceito de Robbins de economia<sup>545</sup> –, suas escolhas em ambiente de escassez e possibilidades de aplicações alternativas<sup>546</sup> e que, (neo)classicamente<sup>547</sup>, concebe os indivíduos como invariavelmente racionais e maximizadores de utilidade, o que foi questionado por *psicólogos*, e por todos aqueles que buscam enriquecer a análise econômica com um maior realismo<sup>548 - 549</sup>, uma vez que o conceito não explica as falhas e vieses das decisões.<sup>550</sup>

Neste sentido, Hebert Simon<sup>551</sup> desenvolveu o conceito de racionalidade limitada, aproximando o *homoeconomicus* aos seres humanos, o que foi consolidado pela Escola da *behavioural economics* ao se estabelecer que nem sempre os agentes são racionais, congruentes e maximizadores de bem-estar, estando suscetíveis a erros, a desvios e a

distorções<sup>552</sup> de forma sistemática e previsível.<sup>553-554-555</sup>

Por qual motivo, porém, esse suporte é pertinente para que se compreenda a insuficiência da representação técnica para fazer frente ao demandismo e aos seus efeitos deletérios?

O problema se dá, particularmente, porque a necessidade de representação poderia ser justificada, em tese, nas heurísticas e vieses das pessoas que, uma vez incapazes de entender a complexidade dos direitos envolvidos em determinado conflito, tenderiam ao otimismo irrealista e ao jogo não cooperativo, levando à litigância ineficiente.<sup>556</sup>

Ocorre que as evidências empíricas são incontestes ao apontar que os mesmos vieses atingem os especialistas, que claramente superestimam as suas capacidades

<sup>544</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. Coimbra: Almedina. 3. ed. 2005, p. 15

<sup>545</sup> “Economics is the science which studies human behaviour as a relationship between ends and scarce means which have alternative uses.” ROBBINS, Lionel. *An Essay on The Nature and Significance of Economic Science*. Londres: Macmillan & Co. Ltda., 1932, p. 15.

<sup>546</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução... cit.*, pp. 19-21.

<sup>547</sup> “[...] a escola neoclássica, ainda hoje dominante dentro da ciência econômica, é essencialmente *racionalista*”. *Ibidem*, p. 31.

<sup>548</sup> *Ibidem*, p. 32

<sup>549</sup> “[o] *Homo economicus*, [...] imagem de cartilha que os economistas têm dos seres humanos. [...] tem capacidade para pensar como Albert Einstein e armazenar tanta informação como o computador Big Blue da IBM e a mesma força de vontade que o Mahatma

Gandhi. Mas as pessoas que conhecemos não são assim.”. THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Um pequeno empurrão*. Como decidir melhor em questões de saúde, riqueza e felicidade. Alfragide: Lua de Papel. 2. ed., 2018, p. 20.

<sup>550</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>551</sup> SIMON, Herbert A. *Models of Man, Social and Rational: mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting*. New York: John Wiley and Sons, 1957.

<sup>552</sup> ARAÚJO, FERNANDO. *Introdução... cit.*, pp. 34.

<sup>553</sup> THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Um pequeno... cit.*, p. 21.

<sup>554</sup> *Ibidem*, pp. 21-22.

<sup>555</sup> Sobre os desvios à racionalidade perfeita: ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007, pp. 311-314.

<sup>556</sup> Ver: WOLKART, Erik Navarro. Op. Cit.

preditivas.<sup>557</sup> Não bastasse, essa moldura inaugura uma constante relação de *agência*, exigindo novas gamas de cautela e de regulação.

De fato, esse último aspecto possui gravidade acentuada na medida em que, mundialmente, há um movimento no sentido de desregular o mercado da advocacia, principalmente através da liberalização da publicidade e do oferecimento do serviço de advocacia por empresas no geral.<sup>558</sup> Assim, se há uma série de justificativas para a intervenção estatal, a fim de combater as *ineficiências e injustiças resultantes do funcionamento de mercados imperfeitamente concorrenciais*<sup>559</sup>, esse movimento não atinge os profissionais da litigância.

Apesar do crescimento das formas extrajudiciais, o patrocínio de causas judiciais ainda aparenta constituir atividade primária da maior parte dos advogados e o dever de representação em juízo – ou seja, o dever de a parte estar representada por advogado – pode constituir uma barreira à entrada/reserva de mercado, sob a ótica da teoria da captura e do *rent seeking*.<sup>560</sup>

Além disso, dados os potenciais problemas de agência entre os clientes (Principal) e os advogados (Agentes)<sup>561</sup>,

potencializados pela especialização necessária para compreender a atividade do advogado, parte da doutrina de *law and economics* aponta um risco moral de os agentes patrocinarem e manterem ações judiciais em detrimento dos principais<sup>562</sup>.

Por mais essa ponta se torna possível notar que o tema está distante de representar uma resposta decisiva ao atual cenário do Judiciário – mostrando-se, por si só, bastante problemático –, dessa forma, a percepção do fenômeno processual por novas óticas, alinhadas com a realidade atual, pode constituir poderoso aliado à tutela jurisdicional efetiva dos direitos. É o que se identifica no que se tem chamado de “*enforcement privado*”.

### 3. O ENFORCEMENT PRIVADO E SEUS POSSÍVEIS BENEFÍCIOS

Compreendendo as peças acima, nota-se que: (i) o cenário contemporâneo do judiciário brasileiro desperta particular preocupação, apresentando números reveladores; e, (ii) a aposta na representação profissional como *filtro* para demandas frívolas e *estímulo* para a consolidação do acesso não parece suficiente para

<sup>557</sup> Sobre as falhas na racionalidade dos especialistas, ver: THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*; e KAHNEMAN, Daniel; SISBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. *Noise: A flaw in Human judgment*. New York: Little Brown Spark, 2021.

<sup>558</sup> GAROUPA, Nuno; MARKOVIC, Milan. *Deregulation and the Lawyer's Cartel*. University of Pennsylvania Journal of International Law, Forthcoming, George Mason Law & Economics Research Paper No. 21-16, Texas A&M University

School of Law Legal Studies Research Paper 21-30;

<sup>559</sup> ARAÚJO, Fernando. *Introdução... cit.*, p. 601.

<sup>560</sup> *Ibidem*.

<sup>561</sup> JENSEN, Michael C. MECKLING, William H. *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. Journal of Financial Economics, v. 3, n. 4, 1976, pp. 305-360.

<sup>562</sup> GAROUPA, Nuno; MARKOVIC, Milan. *Op. Cit.*

equilibrar os pratos dessa balança. Surge, assim, a necessidade de novos discursos e de novos olhares para a matéria.

Nesse sentido, diferentes propostas têm sido trazidas à mesa, valorizando particularmente o campo da *alternative dispute resolution* (ADR's)<sup>563</sup>. Pensa-se ainda em elementos como a consolidação de uma cultura de *justiça multiportas*, aprimorando a atividade dos Tribunais<sup>564</sup> e a utilização eficiente de seus recursos<sup>565</sup>.

Para os presentes propósitos, é particularmente relevante sublinhar como há espaço para que a *tecnologia* e seu traço *online* agreguem elementos significativos para esse debate. Por meio dela, sem abdicar de importantes direitos, é factível *economizar recursos e gerar eficiência, aumentando o desenvolvimento econômico dos países*<sup>566</sup>; é possível reduzir custos de

transação e proporcionar a alocação eficiente de recursos e o aumento de trocas voluntárias.<sup>567</sup> E é nesse ponto que nos parece possível sinalizar a existência de novas vias de *enforcement* privado capazes de contribuir com o serviço justiça.

Realmente, com a globalização e a intensificação *do e-commerce*, houve um crescimento das relações comerciais virtuais e transfronteiriças; com a utilização das plataformas de *marketplaces* virtuais, a figura do “fornecedor” não é mais somente uma Grande Corporação, mas também uma pessoa física que aluga seu imóvel, via *airbnb*, que oferece seus produtos, via *Amazon*, ou serviços, via *OLX*, *Uber* e afins. Forma-se a chamada economia compartilhada, ditada pelo fenômeno da *revolução e digitalização da confiança*<sup>568</sup>, muito mais compatíveis

<sup>563</sup> “We lawyers have been far too single-minded when it comes to dispute resolution. We have tended to assume that the courts are the natural and obvious – and only – dispute resolvers. In fact there exists a rich variety of processes which may resolve conflicts far more effectively. Much as the police have been looked for to ‘solve’ racial, school and neighborly disputes, so too have we been making greater and greater demands on the courts to resolve disputes that used to be handled by other institutions of society. Quite obviously, the courts cannot continue to respond effectively to those accelerating demands. It becomes essential therefore to examine other alternatives).”. SANDER, Frank. *The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000*. HeinOnline, v. 3, n. 18, 1976

<sup>564</sup> FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 1

<sup>565</sup> FERREIRA, Viviane. FERREIRA, Viviane. “*TJ/RJ gasta milhões com processos desnecessários.*”

*Migalhas*, 30 de novembro de 2017. Disponível em [www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270237,71043-TJRJ+gasta+milhoes+com+processos+desnecessarios](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270237,71043-TJRJ+gasta+milhoes+com+processos+desnecessarios). Acessado em 21.05.2023.

<sup>566</sup> LOURENÇO, Paula Meira. *Cyberjustice, in 23rd International Congress of the International Association of Enforcement Agents (UIHJ)*, Bangkok. 1st-4th may 2018, UIHJ Publishing, Paris, 2018, pp. 427-435.

<sup>567</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, p. 727.

<sup>568</sup> “While conventional wisdom dictates that people’s trust – in the government, in corporations, in each other – is at a historic low, the rise of internet is offering new ways to rehabilitate and strengthen trust. Uber is probably the best example of a new company that, on the surface, allows individuals with smartphones to get rides with strangers, but at a deeper level is in the business of trust (...) and (...) has the potential not only to expand opportunities for human cooperation, but also to

com as *ADR's*, *ODR's* e *ICT's* do que com o aparato processual clássico.

Nesse contexto é que se inserem os mecanismos de *self-enforcement*, representantes do que se tem denominado de *privativização da coerção*.<sup>569</sup> Entre eles, estão meios indiretos de execução privada, como os ratings e os *trustmarks* (selos de qualidade), que constituem incentivos para comportamento futuro, mas não possuem uma ameaça crível independente do aparato executivo clássico. Precisamente por isso é que essas vias têm aptidão apenas para o *enforcement* indireto dos direitos – sendo inefetivas especialmente para aqueles agentes não tão interessados na reputação.<sup>570-571</sup>

Essa debilidade fez com que, como notado por Koulu, tenham sido desenvolvidos *meios diretos de execução privada*<sup>572</sup>, baseados especialmente no controle do fluxo de dinheiro, para as operações de compra e venda, e no controle da titularidade de direitos, para as transações envolvendo direitos imateriais.

Como exemplo, o ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) controla a associação de determinado domínio

(termo técnico para o “nome” dos sites) a um IP específico (o da parte proprietária), podendo, inclusive, derrubar sites de terceiros que violem os direitos de propriedade intelectual, independentemente de comando judicial.<sup>573</sup>

Tal utilização é possível, inclusive, em plataformas como Facebook, YouTube e Twitter, o que levanta discussões acerca da liberdade de expressão e a regulação das BigTechs – tal análise não será objeto do presente artigo, podendo ser explorada por estes ou outros pesquisadores em outras investigações.

O eBay, por sua vez, utiliza um modelo de *chargeback*, com reembolsos e controles das contas do PayPal das partes operantes nas plataformas, para prestar algo que só conseguimos conceituar como tutela executiva do direito das partes. A justificativa para tal “poder” é o mesmo do ICANN, Facebook e afins: o fato de os agentes que operam na plataforma terem anuído com os termos e condições de uso, que preveem a faculdade de exercício do *enforcement* privado.

Neste sentido, conforme termos e condições de uso do eBay<sup>574</sup>, os

reduce the size and scope of government and corporate control over our lives”. HENDERSON, M. Todd; CHURI, Salen. *The Trust Revolution: How the Digitalization of Trust Will Revolutionize Business and Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Edição Kindle, sem paginação.

<sup>569</sup> KOULU, Riikka. *Law, technology and dispute resolution: privatization of coercion*. Abingdon: Routledge, 2019. Edição Kindle, sem paginação.

<sup>570</sup> *Ibidem*.

<sup>571</sup> MIRANDA, Wender Fraga *et. al.* *A economia dos custos de transação através do desenvolvimento da reputação favorável*. 10º Congresso USP de Controladoria e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2011.

<sup>572</sup> KOULU, Riikka. Op. Cit.

<sup>573</sup> *Ibidem*.

<sup>574</sup> REINO UNIDO. *Os termos e condições do eBay do Reino Unido estão disponíveis em* <<https://www.ebay.co.uk/help/policies/member-behaviour-policies/user->

vendedores autorizam a plataforma a reverter as operações de pagamento, via PayPal, como condição *sine qua non*, para manter sua operação – cabendo ao *eBay Resolution Center* a competência para tomar a decisão final acerca do reembolso ou não do comprador.

A partir desse modelo, Colin Rule desenvolveu o Modria, um *software* que oferece um sistema de resolução de conflitos e de *enforcement*<sup>575</sup> similar ao modelo do eBay, cuja utilização é possível tanto por empresas privadas quanto por Tribunais de Justiça.<sup>576</sup>

A *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), recentemente, posicionou-se sobre a utilização de mecanismos de *self-enforcement* no âmbito das plataformas de resolução de disputas. Segundo a Entidade, diante da realidade das relações comerciais contemporâneas, é necessária a criação de mecanismos de coerção mais simples que os previstos na Convenção de Nova York (1958) – que prevê a utilização do *enforcement* tradicional para, por exemplo, dar efetividade às decisões arbitrais. Assim, sugere tanto o modelo do *chargeback* (v.g. eBay) quanto o modelo da *scrow account* (uma conta intermediária na qual os valores de determinada operação ficam depositados, até que haja a confirmação do cumprimento da

obrigação por esta ou aquela parte)<sup>577</sup> como alternativas salutares.

É possível, ainda, realizar-se o *enforcement* privado de direitos por meio da preautorização de pagamento por instituição de crédito – é o que ocorre na Uber, em que, ao se chamar uma “corrida”, congela-se temporariamente o valor e consolida-se a cobrança apenas em momento superveniente. As possibilidades de implementação desse modelo, assim como dos demais, são inúmeras e têm potencial imenso para maximizar o acesso à tutela jurisdicional efetiva.

Dando um passo além, as inovações das moedas virtuais ampliaram ainda mais as possibilidades. O sistema do *blockchain*, por exemplo, permite o rastreamento e a adjudicação compulsória das moedas (em modelo cuja implementação já foi tentada pelo Facebook)<sup>578</sup>; na mesma linha, os *smart contracts*, igualmente ancorados no *Blockchain*, são programáveis para a “autoexecução” e permitem que a própria tecnologia controle a alocação do dinheiro ou do direito - através da identificação, por códigos, de que os termos contratuais foram cumpridos. Nessa hipótese, dispensa-se até mesmo o intermédio de plataformas; o *enforcement* é lastreado exclusivamente na tecnologia<sup>579</sup>, sem a

agreement?id=4259#Returns >. Acessado em 21.05.2023.

<sup>575</sup> TYLER TECHNOLOGIES. *Modria for Courts: Expanding Access to Justice with online Dispute Resolution*. Disponível em < <https://www.tylertech.com/products/Modria> >. Acessado em 21.05.2023.

<sup>576</sup> WOLKART, Erik Navarro. *Op. Cit.*, p. 730.

<sup>577</sup> KOULU, Riikka. *Op. Cit.*

<sup>578</sup> BBCBrasil.com. Facebook: *O que se sabe sobre a GlobalCoin, criptomoeda que a empresa quer lançar em 2020*. 24.05.2019. Disponível em <

<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48400461> >. Acessado em 21.05.2023.

<sup>579</sup> KOULU, Riikka. *Op. Cit.*

necessidade de qualquer representação.

Como essa nova engrenagem será capaz de impactar a conformação do processo? De que maneira esse raciocínio pode, ou não, ser satisfatoriamente absorvido em nosso contexto?

Em nossa visão, a peça-chave para compreender esse rearranjo consiste na compreensão da própria ductibilidade das garantias do processo – tratando-se de elementos essencialmente culturais. Isso faz com que as mudanças contextuais vividas pela sociedade (impactando suas relações e suas dinâmicas) não possa ser *freada* pelo direito processual – mas, sim, por ele absorvida<sup>580</sup>.

Ilustrando essa questão, veja-se que Koulu chega a propor que a conformação do *private enforcement* e sua assertividade social podem levar a uma real reconstrução da ideia de *devido processo*. Seria, assim, desenhado um novo modelo (*vide* ANEXO, ao final).

O aparato jurisdicional passaria a assumir um papel de menor proeminência, ainda que essencial e inarredável em diferentes situações, mas protraído diante de alguns avanços tecnológicos. É, ao menos, o que se pode inferir acerca da necessidade de

representação e da exclusividade do uso da força.

Na medida em que tal movimento avance – se avançar – o *enforcement* dos direitos passe a preceder à jurisdição e a ser privado, apenas os casos nos quais não seja possível obter tal tutela – ou que o seu exercício é irregular – é que se recorreria aos serviços jurisdicionais e aos advogados relacionados ao ajuizamento de ações.

Tal cenário, ainda embrionário, parece ser mais eficiente, uma vez que leva-se ao litígio apenas os casos não capturados pelos novos mecanismos, invertendo a atual estratégia dominante – de descumprimento das obrigações até que sobrevenha sanção que induza ao cumprimento compulsório –, ao menos, o que indica o sucesso das plataformas como o Ebay, Uber a afins.

Vale dizer que parece ocorrer o mesmo quando se defende tentativas de composição prévia, via ODR, para constituir a condição da ação de pretensão resistida, haja vista os altos índices de eficácia de plataformas como a consumidor.gov *versus* o baixo custo e o curto tempo que tais procedimentos demanda.<sup>581</sup>

Assim, uma menor proeminência do Judiciário e dos advogados na gestão dos

<sup>580</sup> OSNA, Gustavo. Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution. In. *Revista Derecho PUCP*. v.83. Lima: Peru, 2019. OSNA, Gustavo. Os "Meios Alternativos" Não São Tão "Alternativos"? Garantias Processuais, "Companhia Como Tribunal" e o Caso do Mercado Livre. In. *Revista de Direito Empresarial – RDEMP*. v.17. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.137-156.

<sup>581</sup> O consumidor.gov, apenas no mês de abril de 2023, encerrou mais de 110 mil reclamações de consumidores, com um percentual de 98% de resposta pelos fornecedores dentro do prazo de 10 dias. BRASIL. *Indicadores*. Disponível em < <https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/gerar/abrir> >. Acessado em 21.05.2023.

(des)cumprimentos de obrigações assumidas entre as partes, ao menos no que cabe ao *enforcement* de tais obrigações, com maior protagonismo da tecnologia e dos mecanismos privados, pode ser uma resposta alinhada com: (i) a necessidade de redução do demandismo que hoje afeta a nossa estrutura jurisdicional; e (ii) a constante e constitucional preocupação com a tutela efetiva dos direitos.

A proposta, certamente, desafia elementos arraigados em nosso pensamento jurídico ortodoxo, para o qual seria contraditório que menor protagonismo jurisdicional e advocatício implique em maior proteção aos direitos e maiores garantias processuais.

De todo modo, um elemento parece certo: pensar no aprimoramento do atual ambiente processual brasileiro parece uma necessidade, e cogitar caminhos inéditos (como aqueles inaugurados pelo uso da tecnologia) parece ser uma etapa essencial para esse fim.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual modelagem do processo civil brasileiro é quase que consensualmente percebida como ineficiente, morosa e cara, de tal forma que se chega a afirmar que a *estratégia dominante, no jogo processual brasileiro, é não cumprir voluntariamente as obrigações e ordens judiciais.*

Dessa maneira, cria-se um *demandismo*, que exaure a estrutura e os recursos do Poder Judiciário, o levando a um cenário de tragédia dos comuns para o qual as instituições

tradicionais do processo civil, como é o caso da necessidade de representação técnica parecem não ter resposta.

O *enforcement* privado, que prescinde da atuação de advogados e até mesmo da atuação jurisdicional, implicando em uma revisão do que comumente se entende pela reserva do uso da força, pode constituir um mecanismo que alivia esse cenário de tragédia.

Para encaixar essa peça no atual quebra-cabeça do processo civil brasileiro, é indispensável a compreensão da própria ductibilidade das garantias do processo, que constituem elementos essencialmente culturais.

Ou seja, as mudanças contextuais vividas pela sociedade não são *freadas* pelo direito processual, mas, sim, por ele absorvidas, de forma que é plenamente factível que a conformação do *private enforcement* e sua assertividade social levem a uma reconstrução das ideias de *devido processo* e exclusividade do uso da força pelo aparato jurisdicional/estatal.

Tais provocações, sem dúvida, desafiam elementos centrais do pensamento jurídico ortodoxo, mas não cabe à dogmática dobrar a realidade e sim capturá-la, de forma a compreender e aprimorar o direito, enquanto fenômeno cultural, para atender aos fins sociais aos quais se destina.

No caso da prestação jurisdicional, a revisão de alguns dos antigos dogmas processuais diante dos caminhos inéditos inaugurados pelo avanço tecnológico parece ser um caminho incontornável para uma dogmática processual que apresenta

respostas eficazes aos problemas modernos, como é o caso do demandismo que asfixia os tribunais brasileiros.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Coimbra: Almedina, 2008.
- ARAÚJO, Fernando. *Introdução à Economia*. Coimbra: Almedina. 3. ed. 2005.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Lisboa: Almedina, 2007, pp. 311-314.
- BBCBrasil.com. Facebook: *O que se sabe sobre a GlobalCoin, criptomoeda que a empresa quer lançar em 2020*. 24.05.2019. Disponível em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48400461>>. Acessado em 21.05.2023.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Relatório Justiça em Números 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/09/justica-em-numeros-2022-1.pdf>>. Acessado em 28.03.2023.
- BRASIL. *Indicadores*. Disponível em <<https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir>>. Acessado em 21.05.2023.
- BRASIL. *População brasileira chega a 213,3 milhões de habitantes, estima IBGE*. Disponível em <<https://www.gov.br/pt-br/noticias/financas-impostos-e-gestao-publica/2021/08/populacao-brasileira-chega-a-213-3-milhoes-de-habitantes-estima-ibge#:~:text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20chegou%20a,1%C2%BA%20de%20julho%20de%202021.>>. Acessado em 21.05.2023.
- COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. v. 3, out. 1960, pp.1-44.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. II. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.287.
- EUROPEAN COMMISSION. *The 2022 EU Justice Scoreboard*. Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2022.
- FALECK, Diego. *Manual de design de sistemas de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- FERREIRA, Viviane. FERREIRA, Viviane. *“TJ/RJ gasta milhões com processos desnecessários.” Migalhas, 30 de novembro de 2017*. Disponível em <[www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270237,71043-TJRJ+gasta+milhoes+com+processos+desnecessarios](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270237,71043-TJRJ+gasta+milhoes+com+processos+desnecessarios)>. Acessado em 21.05.2023.
- GAROUPA, Nuno; MARKOVIC, Milan. *Deregulation and the Lawyer’s Cartel*. University of Pennsylvania Journal of International Law, Forthcoming, George Mason Law & Economics Research Paper No. 21-16, Texas A&M University School of

- Law Legal Studies Research Paper 21-30;
- GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A natureza econômica do Direito e dos Tribunais. Análise econômica do direito: temas contemporâneos. YEUNG, Luciana (org.). São Paulo: Actual, 2020.
- GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. *Revista de Direito Administrativo*, 2014, pp. 163-168.
- HENDERSON, M. Todd; CHURI, Salen. *The Trust Revolution: How the Digitalization of Trust Will Revolutionize Business and Government*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019. Edição Kindle, sem paginação.
- JENSEN, Michael C. MECKLING, William H. *Theory of the firm: Managerial behavior, agency costs and ownership structure*. *Journal of Financial Economics*, v. 3, n. 4, 1976, pp. 305-360.
- KOULU, Riikka. *Law, technology and dispute resolution: privatization of coercion*. Abingdon: Routledge, 2019. Edição Kindle, sem paginação.
- LOBO, Arthur Mendes. *Assistência judiciária gratuita no novo Código de Processo Civil: uma proposta de possível emenda ao PL 8.046/2010*. In. *Revista de Processo*. n.194. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.352.
- LOURENÇO, Paula Meira. *Cyberjustice, in 23rd International Congress of the International Association of Enforcement Agents (UIHJ)*, Bangkok. 1st-4th may 2018, UIHJ Publishing, Paris, 2018, pp. 427-435.
- MIRANDA, Wender Fraga et. al. *A economia dos custos de transação através do desenvolvimento da reputação favorável*. 10º Congresso USP de Controladoria e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2011.
- OSNA, Gustavo. Acceso a la justicia, cultura y online dispute resolution. In. *Revista Derecho PUCP*. v.83. Lima: Peru, 2019. OSNA, Gustavo. Os "Meios Alternativos" Não São Tão "Alternativos"? Garantias Processuais, "Companhia Como Tribunal" e o Caso do Mercado Livre. In. *Revista de Direito Empresarial – RDEMP*. v.17. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.137-156.
- REINO UNIDO. *Os termos e condições do eBay do Reino Unido estão disponíveis em* <  
<https://www.ebay.co.uk/help/policies/member-behaviour-policies/user-agreement?id=4259#Returns> >. Acessado em 21.05.2023.
- ROBBINS, Lionel. *An Essay on The Nature and Significance of Economic Science*. Londres: Macmillan & Co. Ltda., 1932, p. 15.
- SANDER, Frank. The multi-door courthouse: settling disputes in the year 2000. *HeinOnline*, v. 3, n. 18, 1976
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v.1. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2000. p.246.
- SIMON, Herbert A. *Models of Man, Social and Rational: mathematical Essays on Rational Human*

- Behavior in a Social Setting*. New York: John Wiley and Sons, 1957.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Um pequeno empurrão. Como decidir melhor em questões de saúde, riqueza e felicidade*. Alfragide: Lua de Papel. 2. ed., 2018.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Op. Cit.*; e KAHNEMAN, Daniel; SISBONY, Oliver; SUNSTEIN, Cass R. *Noise: A flaw in Human judgment*. New York: Little Brown Spark, 2021.
- TYLER TECHNOLOGIES. *Modria for Courts: Expanding Access to Justice with online Dispute Resolution*. Disponível em < <https://www.tylertech.com/products/Modria> >. Acessado em 21.05.2023.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- World Bank and International Finance Corporation, *Doing Business 2020*, p. 4. Disponível em < <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/32436/9781464814402.pdf> >. Acessado em 21.05.2023.
- WORLD JUSTICE PROJECT. *WJP Rule of Law Index 2022*. Disponível em < <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2022/Civil%20Justice/> >. Acessado em 28.03.2023

## ANEXO

FIGURA 1 – Enforcement privado e devido processo legal:



FONTE: Riikka Koulu (2019).