

A SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE OVERCOMING OF PRECEDENTS UNDER THE LIGHT OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Amélio Alves

Mestrando em Direito Constitucional Econômico pela UNIALFA, Pós-graduado em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela UFG e em Direito Processual Constitucional pela UFG/ESMEG. Tutor cadastrado junto à Escola Judicial do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Oficial de Justiça Avaliador Judiciário do TJGO desde 2007. Graduado em Direito pela UNIVERSO. E-mail: ameliojur@hotmail.com.

Resumo: Este artigo examinará a superação de precedentes no direito brasileiro, sob a perspectiva do direito constitucional econômico, processual civil e da análise econômica do direito (AED). O direito constitucional econômico estuda as normas constitucionais que regulam a ordem econômica e os direitos fundamentais de natureza econômica. Já os precedentes é tema afeto ao direito processual civil que disciplinam a atuação do Poder Judiciário na solução dos conflitos de interesses. A AED é uma forma de estudar o direito usando conceitos e ferramentas da economia. Busca entender como as normas jurídicas afetam o comportamento das pessoas e a alocação dos recursos na sociedade, e como escolher as normas mais eficientes e justas para resolver os problemas sociais. A questão a ser respondida é se a AED está sendo utilizada como fundamentação quando há superação de um precedente para avaliar os efeitos das normas e decisões jurídicas sobre a eficiência e a justiça. Analisar o instituto da superação de precedentes, quanto a modificação ou revogação de um precedente judicial anterior que não se adequa mais à realidade social, econômica ou jurídica, com base em critérios de segurança jurídica, estabilidade, coerência e integridade do sistema. A conclusão é que a superação de precedentes é um instrumento importante para a evolução do direito, mas que deve ser aplicado com cautela e fundamentação, levando em conta os aspectos jurídicos e econômicos da questão, utilizando-se da AED como forma de fundamentação.

Palavras-chave: Precedentes. Superação. Análise Econômica do Direito.

Abstract: This article will examine the overcoming of precedents in Brazilian law, from the perspective of economic constitutional law, civil procedure and economic analysis of law (EAL). Economic constitutional law studies the constitutional norms that regulate the economic order and the fundamental rights of an economic nature. Precedents are a topic related to civil procedural law that governs the action of the Judiciary in solving conflicts of interests. EAL is a way of studying law using concepts and tools from economics. It seeks to understand how legal norms affect the behavior of people and the allocation of resources in society, and how to choose the most efficient and fair norms to solve social problems. The question to be answered is whether EAL is being used as a basis when there is an overcoming of a precedent to evaluate the effects of legal norms and decisions on efficiency and justice. Analyze the institute of overcoming precedents, regarding the modification or revocation of a previous judicial

precedent that no longer fits the social, economic or legal reality, based on criteria of legal certainty, stability, coherence and integrity of the system. The conclusion is that the overcoming of precedents is an important instrument for the evolution of law, but that it must be applied with caution and reasoning, taking into account the legal and economic aspects of the issue, using EAL as a form of reasoning.

Keywords: Precedents. Overcoming. Economic Analysis of Law.

Sumário

Introdução, p. 3; **1.** Base teórica, p. 4; **2.** Análise econômica do direito (AED) e mudanças na teoria de Posner, p. 6; **3.** Os precedentes no CPC, e a aplicação da AED em âmbito nacional, p. 9; **4.** Superação de precedentes à Luz da AED, p. 11. Conclusão, p. 14; Bibliografia, p. 17.

INTRODUÇÃO

A superação de precedentes judiciais ocorre quando determinado julgador decide alterar ou revogar um precedente anterior que servia de orientação para casos semelhantes. Essa mudança pode ser motivada por diversos fatores, como a evolução social, a mudança legislativa, a inovação tecnológica, a divergência doutrinária. Envolve, no entanto, custos e benefícios, tanto para os jurisdicionados quanto para o sistema jurídico como um todo, conforme será visto.

Portanto, uma forma de avaliar esses custos e benefícios é por meio da análise econômica do direito, que se vale da economia para compreender as normas jurídicas e as consequências jurídicas delas. Utiliza conceitos como eficiência, racionalidade, demanda, escassez, externalidades para explicar o comportamento e as decisões dos agentes econômicos, entre os quais se incluem os juízes, os advogados, os legisladores e os cidadãos.

Sendo assim, a superação de precedentes com a aplicação da análise econômica do direito pode contribuir para uma melhor compreensão dos efeitos dessa prática sobre a segurança jurídica, a previsibilidade, a confiança, a igualdade, a estabilidade e o desenvolvimento do direito. Além disso, pode auxiliar na definição de critérios e técnicas para a realização da superação de forma adequada, equilibrada e transparente, respeitando os princípios e as garantias constitucionais.

O objetivo deste trabalho é analisar se a superação de precedentes tem sido feita à luz da análise econômica do direito, buscando identificar os principais aspectos, problemas e desafios envolvidos nesse tema. Para isso, será feita uma revisão bibliográfica sobre os

conceitos e as características da superação de precedentes aplicando a análise econômica do direito.

A hipótese que se pretende verificar reflete se a superação de precedentes, embora seja um instrumento legítimo e necessário para a adaptação do direito às transformações sociais, deve levar em conta os custos e benefícios econômicos envolvidos, tanto para os jurisdicionados quanto para o sistema jurídico se utilizando da Análise Econômica do Direito pode ser a ferramenta para este escopo. Dessa forma, espera-se contribuir para o aprimoramento da teoria e da prática dos precedentes judiciais no Brasil.

1. BASE TEÓRICA

Neste capítulo, vamos explorar o tema dos precedentes no direito brasileiro, a partir de diferentes perspectivas teóricas. Para isso, vamos revisar alguns conceitos-chave que nos permitem compreender e analisar os precedentes, tais como: *Ratio decidendi*, *Obiter dictum*, *Overruling* e *Distinguishing*. Esses são os principais elementos que compõem a estrutura e a dinâmica dos precedentes, e que nos ajudam a responder à questão proposta neste trabalho.

Segundo doutrina balizada (ABBOUD; STRECK: 2016, p.176) se não é possível criar no nosso sistema de *civil law* o genuíno sistema de precedentes do *common law* (fruto de uma evolução histórica) o CPC cria um rol de “provimentos vinculantes” em nosso sistema e com ele desenvolvemos um sistema de precedentes à brasileira.

Não se pode confundir, jurisprudência, com precedente, com enunciado de súmula, com súmula vinculante. O que acaba por vincular é a *ratio decidendi*, que não está na ementa necessariamente do julgado, nem no texto da súmula.

A *ratio decidendi*, vem do latim e significa a “razão de decidir” ou a “razão da decisão”. Como afirmado no parágrafo anterior, nem sempre estará na Ementa do julgado. A ementa é um resumo, normalmente a *ratio* está no inteiro teor, nas razões de decidir. Não está no enunciado da súmula, nem no tema da repercussão geral. Está na explicação do julgador sobre o tema e o que o faz distinguir dos demais casos. A *ratio decidendi* é o que vincula na decisão.

Assim, é importante destacar que a *ratio decidendi* integra o precedente, é seu núcleo essencial (ROSITO:2012), a parte do precedente que pode conferir eficácia vinculante: “Trata-se de conceito deveras discutido, elemento cuja identificação é, por vezes, tormentosa tarefa, como o é a fixação sobre quem deve defini-lo, se o órgão que institui o precedente ou o que o analisa”.

Já o *obiter dictum* é aquilo que foi “dito de passagem”, usada para se referir a parte da decisão judicial que não é essencial para o seu fundamento, mas serve como orientação para casos futuros.

Teremos *overruling*, em sentido amplo, sem entrar na doutrina de suas várias espécies, quando há a superação de um precedente, o julgador substitui um precedente superado por um novo. Ele ocorre quando o anterior está desatualizado, injusto, incorreto ou ineficaz. Seja porque não se adequa mais à realidade social, jurídica, tecnológica ou constitucional, ou viola princípios ou direitos fundamentais, com a finalidade de se preservar a segurança jurídica, a coerência, a integridade e a uniformidade da jurisprudência.

O instituto foi recepcionado e positivado no novo Código de Processo Civil (BARREIROS, 2016):

O direito brasileiro também tem recepcionado, por influência norte-americana, institutos relacionados à superação de precedentes, em especial o *overruling* (substituição de um precedente por outro, que preferencialmente deverá ser expressa, mas que poderá ser tácita, a exemplo do que ocorre com as leis) e a técnica de sinalização ou aviso (*signaling*), por intermédio da qual o Judiciário, embora decida o caso concreto em conformidade com a *ratio decidendi* dos precedentes já consolidados, noticia a mudança de posicionamento.

Já o *distinguishing* ocorre quando o julgador, no caso concreto verifica que a situação fática ou jurídica do precedente invocado deve ser afastado para aplicação do precedente correto, sem invalidar o anterior, apenas verificando que não é o correto, visando preservar coerência, integridade e uniformidade da jurisprudência.

Para não se aplicar um precedente, há algumas possibilidades: o *distinguishing* (distinção) ou o *overruling* (superação).

A distinção não configura fuga à jurisprudência, mas complementação. O *distinguishing* preserva a racionalidade dos julgados anteriores, ao mesmo tempo em que agrega novas razões, à luz de fatos diferentes apresentados ao Judiciário.

Casos futuros, respeitam os precedentes anteriores quando aquele é gerado pela distinção deste. Já a superação de um precedente reduz o seu valor a zero, de modo que a repetição frequente da prática de *overruling* desestabiliza a segurança jurídica.

O art. 927, § 4º, do CPC/2015 determina:

A modificação de enunciado de súmula, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia.

Portanto, a superação de precedentes, é prevista no Código, como a possibilidade de modulação dos efeitos do *overruling*, realização de audiências públicas ou oitiva de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese (art. 927, §§ 2º e 3º, do CPC/2015).

A análise econômica do direito pode se aplicar ao estudo do *overruling* e do *distinguishing*, por meio de diferentes perspectivas, tais como:

i) Pela análise dos custos e benefícios da mudança ou da manutenção dos precedentes, considerando os efeitos sobre a segurança jurídica, a previsibilidade, a coerência, a uniformidade, a adaptabilidade e a legitimidade do sistema jurídico;

ii) A análise dos incentivos e das estratégias dos agentes jurídicos (juízes, advogados, partes, legisladores) na produção, na aplicação, na invocação, na distinção e na superação dos precedentes, levando em conta as preferências, as informações, as restrições e as expectativas dos agentes;

iii) A análise das externalidades e dos efeitos de rede dos precedentes, ou seja, dos impactos positivos ou negativos que as decisões judiciais geram sobre terceiros ou sobre o conjunto da sociedade, bem como dos benefícios ou dos custos de se seguir ou de se afastar de um precedente que já foi adotado por outros agentes.

2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED) E MUDANÇAS NA TEORIA DE POSNER

Esta forma de estudar o Direito surgiu no *common law* (anglo saxônico). Mas se aplica ao nosso sistema de *civil law* (romano-germânico) visto que os precedentes têm criado força em nosso ordenamento jurídico.

No Brasil, a temática da Análise Econômica do Direito tem sido objeto de crescente interesse após o Século XXI (CAON, 2021). Nos Estados Unidos, desde o Século XX já foi bem difundido no meio acadêmico.

A análise econômica do direito é utilizada na fundamentação das decisões para a busca de uma eficiência econômica?

Os argumentos de natureza econômica poderiam ser utilizados na interpretação jurídica. Muitos juristas recusam utilizar da influência de fatores econômicos, alheios a dados jurídicos.

Mas os argumentos à Luz da Análise Econômica do Direito pelo pragmatismo jurídico e pelo consequencialismo estão presentes cada vez mais como manifestação da teoria de Richard Posner e Nail MacCormick.

A ideia de aplicar conceitos econômicos para melhor compreensão do direito é um pouco mais antiga conforme registra MACKAAY:2000, p. 65:

A ideia de aplicar conceitos económicos para obter uma melhor compreensão do direito é mais antiga do que o movimento atual, que remonta ao final da década de 1950. Os principais insights do direito e da economia já podem ser encontrados nos escritos dos pensadores do Iluminismo escocês. A Escola Histórica e a Escola Institucionalista, ativas em ambos os lados do Atlântico entre aproximadamente 1830 e 1930, tinham objetivos semelhantes aos do atual movimento jurídico e económico.

O movimento iniciou na Universidade de Chicago entre 1940 e 1950 pelo economista Aaron Director que buscava aplicar direito econômico ao Direito, em casos ligados à economia: Direito Antitruste, Direito Comercial (MACKAAY: 2000, P.72:

O problema do Diretor na Faculdade de Direito era como convencer seus colegas advogados a levar a análise econômica a sério. Diretor, um economista brilhante, aplicou insights econômicos a casos jurídicos, em particular no direito antitruste (Duxbury, 1995, pp. 343-344; Manne, 1993, p. 5 f.). A sabedoria aceita na época, derivada da depressão e do New Deal, sustentava que, **para se alcançar uma concorrência efetiva, a indústria tinha que ser supervisionada e regulada de perto**. Diretor mostrou que essa conclusão era, na maioria dos casos, injustificada, e até mesmo contraproducente: o monopólio era mais frequentemente alegado do que efetivamente presente e prejudicial aos interesses dos consumidores. (Tradução Livre, Grifos nosso).

O que Posner Fez em 1960, foi estudar outros campos do direito, não estritamente relacionados com a economia (como regras contratuais, regras de responsabilidade civil, de direito penal e de processo). Essa segunda fase na nova escola de AED, núcleo central de trabalho da Escola de Chicago, mas não é o único. Posner no Brasil é o principal representante e mais difundido no Brasil, mas não é o representante de todo o movimento:

Dentre elas pode-se apontar, por exemplo, a Escola de Yale (conhecida como **normativista e liberal-reformista**, congrega nomes como Guido Calabresi e Jules L. Coleman), a **Nova Economia Institucional** (inclui a análise do papel desempenhado pelas instituições e organizações sociais, tem como representantes Douglas North e Oliver Williamson) e a **Escola da Escolha Pública** (que aplica o modelo neoclássico de racionalidade para a análise de fenômenos políticos como votações e eleições, seu principal representante é James Buchanan) (SZTAJN, 2005).

Posner, desde 1990, na obra The problems of jurisprudence passou a se filiar à corrente vinculada ao pragmatismo jurídico. Grande representante. Possui como pensamento

sobre direito e economia que evoluiu ao longo do tempo. O pragmatismo, se contrapõe ao formalismo. Pede que o Juiz olhe além do caso concreto. Uma visão mais ampla, sistêmica.

No pragmatismo a noção de processo e tomada de decisão não se limita ao estudo da lei e da jurisprudência, mas busca investigar as consequências práticas da decisão, observa as alternativas possíveis, considerando inclusive uma perspectiva de todo o sistema ao longo do tempo.

Uma decisão legal será um precedente influenciador para casos futuros, (POSNER, 2014, p. 64):

Dado que uma decisão legal será um precedente que influenciará a decisão de casos futuros, o juiz também deve considerar os efeitos futuros de decisões alternativas. Se a sentença for proferida ao arguido com base no facto de ele ser uma pessoa “merecedora”, embora descuidada, isso encorajará pessoas semelhantes a serem descuidadas. Uma vez que o quadro de referência é expandido para além das partes no caso em questão, justiça e equidade assumem significados mais amplos do que o que é justo ou equitativo entre este autor e este réu. A questão passa a ser o que é justo e equitativo para uma classe de atividades, e não pode ser resolvida de forma sensata sem considerar o impacto futuro de decisões alternativas sobre a frequência de acidentes e o custo das precauções.

É justamente a preocupação com as consequências do mercado que servirão de norte ao julgador.

O sistema de precedentes permite a substituição de regras ineficientes ao longo do tempo e promove segurança jurídica, e previsibilidade para potenciais litigantes. E é no dever de motivação das decisões judiciais que assegura o compromisso dos julgadores com os precedentes.

Posner tinha uma concepção de economia aplicada ao Direito mais voltada para a microeconomia, clássica, com bases irrealistas, liberalistas. Com a crise de 2008 ele se declarou adaptado das concepções do economista Keynes, voltadas à macroeconomia, neoliberalista, mais realistas. Essa mudança de concepção teórica deveria implicar em uma revisão completa de sua proposta da AED assim uma crítica que é feita a sua teoria é de que (HEINEN, Luana Renostro:2016, p. 109):

Posner reconhece que os juristas tiveram inúmeras dificuldades diante da crise financeira e muito pouco contribuíram para explicá-la. Segundo ele, porque não são orientados para questões macroeconômicas: há inúmeras questões de direito e política que juristas, juízes e advogados não conseguem responder adequadamente sem considerar o impacto sobre questões macroeconômicas. Este é um primeiro reconhecimento de que a AED precisa mudar, mas ainda está ausente uma grande revisão teórica que proponha novos pressupostos econômicos mais realistas e, finalmente, pesquisas empíricas e análises de dados.

3. OS PRECEDENTES NO CPC, E A APLICAÇÃO DA AED EM ÂMBITO NACIONAL

No âmbito nacional, o Código de Processo Civil trouxe vários instrumentos para a confecção de um precedente forte. Previsão no caput do art. 11 em que se impõe a nulidade de qualquer decisão não fundamentada: *“Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.”*

O do art. 489 traz os elementos essenciais para uma sentença (que é o sentimento que o Juiz tem do caso ao julgar). No § 1º do art. 489, a decisão é considerada não fundamentada se existir fundamentação incapaz de atender ao dever de motivação (inciso III).

O convencimento do Juiz é livre, mas tem de ser motivado. O caminho, as razões que o levou àquela decisão precisam ser explicados.

A fundamentação da decisão possui fundo constitucional. O Art. 93, IX da CF traz esta obrigação. Assim, o que legitima nosso sistema jurisdicional é a fundamentação das providências judiciais, com a participação efetiva dos envolvidos (FUX, 2017): *“Toda a carga legitimadora do sistema jurisdicional depende da adequada fundamentação dos provimentos judiciais, como garantia de que a participação democrática será sempre a base da conclusão adotada pelos magistrados.”*

No sistema brasileiro temos vinculação jurisprudencial, e neste ponto há a diferença com o sistema do *comon law* (ABBOUD; STRECK: 2016, p.176):

Ocorre que, com a inserção do art. 927 - um dos pontos fulcrais do *stare decisis* (mediante leitura *dworkiniana*) - tem-se a obrigatoriedade de a jurisprudência se manter estável, íntegra e coerente (art. 926). Veja-se: o texto legal fala em “jurisprudência” e não em “precedentes”. E com toda razão, porque são coisas distintas. Por isso mesmo é que devemos tirar lições do sistema de precedentes do *common law* para melhor compreensão do “sistema de vinculação jurisprudencial” (e não de precedentes) criado pelo CPC no Brasil.

Um dos defensores que traz em vários julgados como *ratio decidendi* a análise econômica do Direito é o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux que cursou Análise Econômica do Direito pela Universidade de Chicago (FUX, Luiz; BODART, Bruno, 2017), trazendo notas sobre o princípio da motivação e uniformização da jurisprudência no Novo Código de Processo Civil.

Sob a análise econômica do direito, (FUX, 2017) trata do tema dos precedentes informando que estes são valiosos e se destinam a diminuir a possibilidade de erros judiciais, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do direito justifica:

[...]os agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes vinculantes. Ao passo que esses agentes são estimulados a se dedicarem a atividades mais produtivas quando seus direitos estão bem delineados e seguros, tem-se ainda o efeito desejável de redução no número de litígios. Tudo isso apenas é possível à medida que as decisões judiciais sejam motivadas em conformidade com o ordenamento jurídico, conferida primazia de incidência à jurisprudência já firmada em detrimento das impressões pessoais dos julgadores em casos subsequentes.

Ou seja, a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes que estimula os agentes econômicos a investir e a produzir em um ambiente mais seguro, pois isto consequentemente reduz o número de litígios.

A Lei n. 13.655/2018 que acresceu 10 artigos à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro sobre a segurança jurídica e eficiência da criação e na aplicação do direito público, trazendo a necessidade de motivação também nas decisões da esfera administrativa, controladora e judicial, não se decidindo com base em valores jurídicos abstratos e verificando as consequências práticas da decisão:

Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**.

Parágrafo único. **A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresse **suas consequências jurídicas e administrativas**.

Até poucos anos atrás, o tema da análise econômica do direito tinha pouca relevância para a magistratura. Era discussão distante da atividade jurisdicional, não havendo consenso sequer sobre a cientificidade dos respectivos escritos. Após 2018 a produção normativa introduziu formalmente essa pauta na agenda do Poder Judiciário. Como esta teoria tem contribuído para nosso sistema de precedentes será estudado no próximo capítulo.

4. SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES À LUZ DA AED

A necessidade de o Julgador, ou administrador público/controle, na esfera administrativa, controladora ou judicial possui como dever, o de motivar e indicar as consequências práticas (jurídicas ou administrativas) de suas decisões. São as consequências práticas de uma modificação de um precedente que devem ser a maior preocupação deste julgador/administrador, quais os efeitos de uma eventual mudança e a possibilidade de modulação dos efeitos para não impactar tanto a economia e o mercado.

A razão principal da motivação também é eliminar a simples “vontade” ou “achismo” do julgador. Uma vez conhecendo a motivação, ao menos de certa forma se passa a conhecer o que o julgador entendeu e interpretou sobre a demanda, o que inclusive poderá levar a um recurso, ou para superar tal entendimento ou se demonstrar que ele está equivocado (FUX, 2017):

A sensação de frustração da parte derrotada é bastante amainada, se não eliminada, quando o julgador demonstra ter analisado todos os seus argumentos relevantes, opondo motivos racionais para o seu acolhimento ou não. Do contrário, o que se tem é denegação de justiça, provocando a revolta e o descrédito do Judiciário perante os cidadãos.

Vejamos o que POSNER, 2014, p. 891 diz sobre decisão conforme o precedente e decisão contrária a um precedente:

A decisão de acordo com o precedente economiza o tempo dos juízes, porque significa seguir uma decisão anterior em vez de pensar no mérito do recurso desde o início. O Supremo Tribunal é menos limitado pelos seus precedentes, não só porque tem mais tempo disponível, mas também porque o impacto na política de uma decisão do Supremo Tribunal é muito maior do que no caso dos tribunais de recurso, pelo que os juízes são menos relutantes para eliminar um precedente que está a bloquear o seu resultado político preferido. Um juiz dissidente pode, portanto, ter uma esperança realista de que a decisão da qual ele discorda será algum dia anulada e a sua dissidência se tornará lei.

Posner faz uma construção interessante sobre o papel dos juízes de impedir que o “capital se deteriore”, ele vê os precedentes como capital (POSNER:2014, p.909):

O conjunto de precedentes numa área do direito pode ser pensado como um stock de bens de capital – especificamente um stock de conhecimento que presta serviços durante muitos anos a potenciais litigantes sob a forma de informações sobre obrigações legais. Os bens de capital depreciam; o valor dos serviços que eles prestam diminui com o tempo. Isto pode resultar do desgaste físico do bem ou da obsolescência – uma mudança no ambiente que reduz o valor dos serviços prestados pelo bem. O primeiro tipo de depreciação é irrelevante no caso da informação, mas o último é altamente relevante; [...] (tradução livre).

Observa que os julgadores devem adaptar o capital às evoluções sociais ao longo do tempo, formulando precedentes bem fundamentados e os respeitando em julgamentos subsequentes (POSNER, 2014, p. 909).

Para POSNER (2014, p. 809), o magistrado que decide em desacordo com precedentes, sem observância das regras próprias do *overruling*, para satisfazer preferências pessoais, agendas políticas ou até mesmo para que suas habilidades argumentativas ganhem destaque, ameaça diretamente o capital consubstanciado no arcabouço jurisprudencial.

Esta conduta assistemática leva o Judiciário para trabalhar de forma disfuncional e multiplicação de regras socialmente ineficientes. Recursos serão desnecessariamente gastos com a reforma de decisões não alinhadas à jurisprudência.

Outra consequência negativa também atinge os juízes que não respeitam os precedentes mais antigos. Se os magistrados dos Tribunais Superiores ignorarem os próprios precedentes, o sistema judicial restará comprometido. Perde credibilidade legitimando a ampliação do espaço de atuação dos outros Poderes.

O *overruling* não é prática ruim. É mecanismo para eliminar regras jurídicas ineficientes e substituí-las por normas mais consentâneas com a evolução dos tempos.

É característica de um sistema jurídico funcional, mas deve ser excepcional. A perda de eficiência surge nos casos em que o desrespeito aos precedentes ocorre de forma escondida, um falso *distinguishing*, para deturpação e condução ao resultado de preferência do julgador, independente dos seus motivos.

Se não há uma segurança jurisprudencial, as partes não conseguem prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes.

Não poderia deixar de esclarecer que a projeção de argumentos de natureza econômica sobre o campo da interpretação jurídica possui grande controvérsia. Muitos juízes se recusam a ideia de que a atividade de hermenêutica possa ser determinada por fatores estatísticos, dados empíricos alheios à dogmática jurídica.

O pragmatismo jurídico se opõe, portanto, a formas de pensamento que se baseiam em regras absolutas, inatas ou metafísicas da verdade, da justiça ou da moral. O pragmatismo jurídico busca uma solução mais eficaz, útil e adaptada à realidade social e histórica de cada caso.

Neste sentido, Giacomini (2022) relata que:

Richard Posner é magistrado nos Estados Unidos, tendo construído a maior parte de sua carreira no Tribunal de Apelação do 7º Circuito. Seu pensamento sobre as relações entre direito e economia evoluiu ao longo do tempo. Em 1990, com a publicação da obra *The problems of jurisprudence*, o autor **filiou-se à corrente do pragmatismo jurídico**, tornando-se o seu mais conhecido representante. O pragmatismo jurídico é orientado pela noção de que o processo de tomada de decisões judiciais não pode se limitar ao exame da legislação e da jurisprudência a partir de construções teóricas tipicamente jurídicas, como a hermenêutica dos princípios. Além dessas análises, deve ocorrer a investigação das consequências práticas da decisão, inclusive no que diz respeito às alternativas possíveis, considerada uma perspectiva sistêmica e de longo prazo.

Segundo Brandão e Farah, o pragmatismo pede que o juiz olhe além do caso concreto. Reclama uma visão mais ampla, que leve em consideração o mundo fora da situação em análise. A atenção volta-se para os efeitos sistêmicos da decisão.

Portanto, o Direito se aproxima da economia que pode utilizar a Análise Econômica como instrumento de fundamentação. Essa abordagem ainda não implica uma mudança cultural imediata na magistratura. A análise econômica do direito se integrou ao sistema jurídico brasileiro, na fundamentação das decisões judiciais. A análise econômica do direito visa aprimorar o raciocínio jurídico, exigindo que o julgador avalie os efeitos práticos da decisão.

Uma possível forma de compatibilizar essas perspectivas é adotar uma abordagem multidimensional e pluralista (SANTOS, 2006), que considere não apenas os aspectos econômicos, mas também os aspectos jurídicos, políticos, sociais e éticos dos problemas jurídicos. Essa abordagem busca equilibrar os interesses em jogo, ponderando os custos e benefícios das alternativas possíveis, sem perder de vista os princípios e valores constitucionais que orientam o ordenamento jurídico. Exige uma maior participação dos diversos atores envolvidos nas questões jurídicas, como os poderes públicos, os órgãos de controle, as organizações da sociedade civil e os cidadãos em geral.

Para ilustrar essa abordagem, podemos citar a judicialização da saúde no Brasil, que envolve a tensão entre o direito à saúde como um direito fundamental e social e as limitações orçamentárias do Estado para atender às demandas individuais ou coletivas por medicamentos, tratamentos ou procedimentos médicos.

Nesse caso, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem adotado uma postura que busca conciliar o princípio da reserva do possível com o conceito de mínimo existencial, considerando fatores como a urgência e a gravidade da situação do paciente, a disponibilidade e a eficácia do medicamento ou tratamento solicitado, a existência ou não de alternativas terapêuticas no âmbito do SUS, a razoabilidade e a proporcionalidade do custo da prestação requerida em relação ao orçamento público e aos demais direitos sociais.

Assim sendo, a análise econômica do direito não é incompatível com os critérios da reserva do possível, do mínimo existencial e da busca da eficiência econômica, mas sim que ela deve ser utilizada com cautela e critério, levando em conta os demais aspectos que envolvem as questões jurídicas, especialmente os valores e princípios constitucionais que norteiam o Estado Democrático de Direito.

A conclusão é que a superação de precedentes é um instrumento importante para a evolução do direito, mas que deve ser aplicado com cautela e fundamentação, levando em

conta os aspectos jurídicos e econômicos da questão, utilizando-se da análise econômica do direito como forma de fundamentação.

CONCLUSÃO

A Análise Econômica do Direito (AED) e o estudo dos precedentes são formas de aplicar o Direito e surgiram no *common law* (anglo saxônico). Mas se aplica ao nosso sistema de *civil law* (romano-germânico) feitas as devidas adequações pois os precedentes ou “provimentos vinculantes” vêm cada vez mais se popularizando.

A análise econômica do direito, ancorado na doutrina de Richard Posner pode se aplicar ao estudo do *overruling* e do *distinguishing*, por meio de diferentes perspectivas, tais como: i) análise dos custos e benefícios da mudança ou da manutenção dos precedentes, considerando os efeitos sobre a segurança jurídica, a previsibilidade, a coerência, a uniformidade, a adaptabilidade e a legitimidade do sistema jurídico; ii) observação dos incentivos e das estratégias dos agentes jurídicos (juízes, advogados, partes, legisladores, etc.) na produção, na aplicação, na invocação, na distinção e na superação dos precedentes, levando em conta as preferências, as informações, as restrições e as expectativas dos agentes; iii) verificação das externalidades e dos efeitos de rede dos precedentes, ou seja, dos impactos positivos ou negativos que as decisões judiciais geram sobre terceiros ou sobre o conjunto da sociedade, bem como dos benefícios ou dos custos de se seguir ou de se afastar de um precedente que já foi adotado por outros agentes.

Concluimos que Richard Posner da Escola de Chicago é o principal e mais difundido autor sobre o tema no Brasil, mas não é o único representante de todo o movimento.

A ideia de aplicar conceitos econômicos para obter uma melhor compreensão do direito também é estudada pela Escola de Yale (conhecida como normativista e liberal-reformista, congrega nomes como Guido Calabresi e Jules L. Coleman), a Nova Economia Institucional (inclui a análise do papel desempenhado pelas instituições e organizações sociais, tem como representantes Douglas North e Oliver Williamson) e a Escola da Escolha Pública (que aplica o modelo neoclássico de racionalidade para a análise de fenômenos políticos como votações e eleições, seu principal representante é James Buchanan).

Um dos pilares para fundamentar a teoria de Posner. é o pragmatismo, que se contrapõe ao formalismo, pede que o Juiz olhe além do caso concreto, uma visão mais ampla e sistêmica.

No pragmatismo a noção de processo e a tomada de decisão não se limita ao estudo da lei e da jurisprudência, mas busca investigar as consequências práticas da decisão,

observa as alternativas possíveis, considerando inclusive uma perspectiva de todo o sistema ao longo do tempo.

Posner tinha uma concepção de economia aplicada ao Direito mais voltada para a microeconomia, clássica, com bases irrealistas, liberalistas. Com a crise econômica de 2008 ele se declarou adaptado das concepções do economista Keynes, voltadas à macroeconomia, neoliberalista, mais realistas.

Como aqui verificado, tanto a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como o Código de Processo Civil trouxe vários instrumentos para a confecção de um precedente forte e base legal para a aplicação da análise econômica do direito aqui estudada.

Um dos defensores que traz, em vários julgados como fundamentação ou mesmo *ratio decidendi* a análise econômica do Direito é o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux que cursou Análise Econômica do Direito pela Universidade de Chicago precedentes que se destinam a diminuir a possibilidade de erros judiciais, reduzindo ônus ligados a limitações de tempo e de expertise dos aplicadores do Direito, pois agentes econômicos valorizam a segurança jurídica decorrente de um sistema de precedentes vinculantes. Ao passo que esses agentes são estimulados a se dedicarem a atividades mais produtivas quando seus direitos estão bem delineados e seguros, tem-se ainda o efeito desejável de redução no número de litígios.

A necessidade de o Julgador, administrador/controlador, na esfera judicial, administrativa ou controladora tem como dever o de motivar e indicar as consequências práticas (jurídicas ou administrativas) de suas decisões. São as consequências práticas de uma modificação de um precedente que devem ser a maior preocupação deste julgador/administrador, quais os efeitos de uma eventual mudança e a possibilidade de modulação dos efeitos para não impactar tanto a economia e o mercado.

Posner faz uma construção interessante sobre o papel dos juízes de impedir que o “capital se deteriore”, ele vê os precedentes como um capital (POSNER:2014, p.909). A eficácia do precedente depende, contudo – por mais paradoxal que isto possa parecer – de os juízes terem o poder de anular um precedente. Observa que os julgadores devem adaptar o capital às evoluções sociais ao longo do tempo, formulando precedentes bem fundamentados e os respeitando em julgamentos subsequentes.

O *overruling* não é prática ruim. É mecanismo para eliminar norma jurídicas ineficientes e substituí-las por normas mais consentâneas com a evolução dos tempos. É característica de um sistema jurídico funcional, mas deve ser excepcional. A perda de eficiência surge nos casos em que o desrespeito aos precedentes ocorre de forma escondida, um falso

distinguishing, para deturpação e condução ao resultado de preferência do julgador, independente dos seus motivos.

Se não há uma segurança jurisprudencial, as partes não conseguem prever adequadamente o resultado de uma demanda em juízo, dificultando que cheguem a conclusões semelhantes. Portanto o Direito se aproxima da economia, utilizada como instrumento importante a Análise Econômica do Direito. Essa abordagem ainda não implica uma mudança cultural imediata na magistratura. A análise econômica do direito se integrou ao sistema jurídico brasileiro, na fundamentação das decisões judiciais. A análise econômica do direito visa aprimorar o raciocínio jurídico, exigindo que o julgador avalie os efeitos práticos da decisão.

Uma possível forma de compatibilizar essas perspectivas é adotar uma abordagem multidimensional e pluralista (SANTOS, 2006), que considere não apenas os aspectos econômicos, mas também os aspectos jurídicos, políticos, sociais e éticos dos problemas jurídicos. Essa abordagem busca equilibrar os interesses em jogo, ponderando os custos e benefícios das alternativas possíveis, sem perder de vista os princípios e valores constitucionais que orientam o ordenamento jurídico. Exige uma maior participação dos diversos atores envolvidos nas questões jurídicas, como os poderes públicos, os órgãos de controle, as organizações da sociedade civil e os cidadãos em geral

A conclusão é que a superação de precedentes é um instrumento importante para a evolução do Direito ao utilizar da análise econômica do direito como forma de fundamentação, aplicado com cautela, levará em conta os aspectos além de jurídicos, mas também econômicos, contribuindo para o mercado não apenas no aspecto da microeconomia, mas também macroeconômico.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges; STRECK, Lênio. O NCPC e os precedentes – afinal do que estamos falando? In: DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril. Coleção Grandes Temas do Novo CPC: Precedentes. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 175-182.

CAON, Guilherme Maines. Análise Econômica do Direito: aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021, p. 11

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. In: Revista de Processo, v. 269, jun. 2017, pp. 421-432.

GIACOMINI, Charles J. Pragmatismo jurídico e consequencialismo: a análise econômica do direito pede ingresso na magistratura.

https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=pagina_visualizar&id_pagina=2365#:~:text=O%20pragmatismo%20jur%C3%ADdico%20%C3%A9%20orientado,como%20a%20hermen%C3%AAutica%20dos%20princ%C3%ADpios. Acesso em 8 dez. 2023.

HEINEN, Luana Renostro. Tese de Doutorado com o Título - Performatividade: o direito transformado em dispositivo pela Análise Econômica do Direito. UFSC:2016, p. 109, disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/168283/339457.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 12 de dez. de 2023

MACKAAY, Ejan. HISTORY OF LAW AND ECONOMICS. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit (eds.). Encyclopedia of Law and Economics, Volume I. The History and Methodology of Law and Economics, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, p. 65-117. Disponível em: <http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf> . Acesso em 12 dez. 2023.

POSNER, Richard. *Economic Analysis Of Law*. Tradução Livre. Wolters Kluwer. 9ª Ed. 2014: 63,

ROSITO, Francisco. Teoria dos precedentes judiciais: racionalidade da tutela jurisdicional. Curitiba: Juruá, 2012, p. 108.

SANTOS, Valdoir da Silva. O Multiculturalismo, o pluralismo jurídico e os novos sujeitos coletivos no Brasil. Florianópolis: dominiopublico.gov.br, 2006, p. 200.

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). Direito & Economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.