



UnB

Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

JOÃO PEDRO DE SOUZA MELLO

ANÁLISE ESTRATÉGICA DA NORMA PROCESSUAL

Brasília 2022



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Direito

JOÃO PEDRO DE SOUZA MELLO

ANÁLISE ESTRATÉGICA DA NORMA PROCESSUAL

Dissertação apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, elaborada sob a orientação do Prof. Dr. João Costa Ribeiro Neto

Brasília, 2022

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

MMM527a MELLO, João Pedro de Souza
a Análise estratégica da norma processual / João Pedro de
Souza MELLO; orientador João COSTA-NETO. -- Brasília, 2022.
110 p.

Tese (Doutorado - Mestrado em Direito) -- Universidade
de Brasília, 2022.

1. Teoria do direito. 2. Filosofia do direito. I. COSTA
NETO, João, orient. II. Título.

João Pedro de Souza Mello

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. João Costa-Neto

Prof. Dr. Gilson Miranda Delgado

Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica

Prof. Dr. Rogério Schietti Machado Cruz

AGRADECIMENTOS

A minha mãe, Marília, sem cujo apoio na formatação e na padronização das referências este trabalho nunca teria ficado pronto.

Ao meu pai, Gustavo, pelo apoio e pelo conselho de sempre.

Ao professor João Costa-Neto, querido orientador, cujo brilhantismo nunca deixa de me surpreender.

Ao professor Jorge Amaury, *in memoriam*, cujas lições não se apagam.

A Sara, que gentilmente me suportou falar sobre este trabalho por meses, a cuja inteligência e bom-senso recorro sempre em todos os assuntos.

A João Costa Ribeiro Filho, por sempre compartilhar comigo sua inesgotável experiência na advocacia.

A João Benício Vale de Aguiar, meu parceiro do dia-a-dia profissional, a quem escolhi para enfrentar junto o drama diário da advocacia.

Aos professores Rogério Schietti, Gilson Delgado e Heitor Sica, que gentilmente aceitaram dedicar sua atenção à avaliação deste trabalho.

RESUMO

Nem sempre vence o processo quem tem razão. Este trabalho propõe uma abordagem de estudo da norma jurídica processual a partir do comportamento estratégico das partes. É uma proposta de estudo dos mecanismos, sem relação com a justiça da causa, com base em ferramentas da teoria do direito, da análise econômica do direito e da teoria do processo, de que as partes dispõem para vencer os litígios.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - La mano de Dios, foto de Alejandro Ojeda Carbajal.....	35
Figura 2 - Armadilha do impedimento em partida entre Manchester United e Southampton, em 2013.....	44
Figura 4 – Árvore de decisão da armadilha do impedimento entre 1886 e 1925.....	46
Figura 3 - Armadilha do impedimento entre 1886 e 1925.....	45
Figura 5 - Armadilha do impedimento depois de 1925.....	50
Figura 6 - O juiz Wackner (MandyPatinkin) à frente de seu placar.....	76

SUMÁRIO

Lista de figuras	7
Introdução	9
Capítulo 1: o que as regras podem fazer pelo “homem mau”	11
1.1. Introdução ao capítulo.....	11
1.2. As normas jurídicas e suas razões subjacentes	12
1.3. As subinclusões e as superinclusões diante das limitações do Direito.....	22
1.4. O ponto-de-vista interno, o ponto-de-vista externo e o homem mau.....	34
1.5. As regras do jogo e as estratégias do jogador.....	43
Capítulo 2: O placar do jogo processual	54
2.1. O processo é um jogo que se vence por pontos.....	54
2.2. Tempo, custo e risco: outras formas de pontuar	72
2.3. Goldschmidt e o “homem mau”	78
2.4. A análise estratégica da norma processual.....	81
Capítulo 3: Aplicações práticas	83
3.1. A tutela cautelar antecedente como arma processual.....	83
3.2. A produção antecipada de prova como estratégia estritamente dominante em caso de dúvida probatória.....	85
3.3. Para que serve o mandado de segurança?.....	88
3.4. O que está em jogo na impugnação ao valor da causa?.....	89
3.5. Recorrer ou confiar na remessa necessária?.....	90
3.6. O demandado vencido deve apelar sempre.....	90
3.7. Forum shopping e escolha de jurisprudência.....	91
3.8. Por que quem tem mais sai na frente? Litígios de massa e manipulação de jurisprudência pelos litigantes habituais.....	92
3.9. Conluio consigo mesmo: o uso acusatório estratégico da função do Ministério Público de fiscal da ordem jurídica.....	92
3.10. Overcharging prosecution.....	94
3.11. O pedido de gratuidade de justiça como estratégia estritamente dominante.....	94
Conclusão	95
Bibliografia	97

INTRODUÇÃO

O processo tem lá seus objetivos de interesse público. Mas o objetivo das partes, no processo, é vencer. Este trabalho propõe uma abordagem de análise das normas processuais que consiste em identificar as oportunidades estratégicas que essas normas criam para as partes.

A folha de rosto do *Manual do Chicanista*— essa obra prima — traz a seguinte inscrição: “um livro muito útil para os que lidam no Fôro. E muito mais útil ainda para os que vão lidar com os que no Fôro lidam...”. Este trabalho, apesar de suas insistentes referências ao anônimo autor desse folheto humorístico, não é uma apologia da chicana. Ele reconhece a chicana como possibilidade — como uma das coisas que existem entre as coisas que existem no mundo. Mas a maior parte dos textos sobre direito processual não o faz. Não a reconhece. Não *realmente*. E, por isso, não sabe lidar com ela.

O problema — ou ao menos a limitação — é que a dogmática jurídica é um saber que supõe o ponto-de-vista do juiz. Daí que tudo que tenha para dizer contra certos truques e artimanhas é “isso é má-fé”, “isso é abuso de direito”, “isso é” — gravíssimo! — “ato atentatório à dignidade da justiça”. Quer dizer: se um juiz conhecesse todos esses fatos, ele deveria aplicar uma sanção. E se não for o caso de sanção, se o movimento não chegar aos domínios da ilicitude — aí a dogmática não terá nada que dizer sobre ele.

Este trabalho também não é uma crítica do abuso do processo. Vencer a causa é sempre o legítimo objetivo das partes. E para vencer a causa não é suficiente ter razão — ou não haveria bons e maus advogados. É preciso alguma justa malícia estratégica, algum pensamento analítico sobre a dinâmica do *jogo*. Assim como não basta conhecer todas as regras do xadrez para jogar xadrez, não basta conhecer todas as regras do processo para litigar.

Assim, tanto para “lidar no foro” quanto para “lidar com os que no foram lidam”, este trabalho permite estabelecer as premissas para estudar o processo com ênfase no comportamento estratégico das partes.

Não é uma abordagem sem tradição. Já na obra de James Goldschmidt se procurava captar o aspecto agonístico do processo. Também Calamandrei, em seu famoso *Il Processo Come Giuoco*, foi um precursor — muito embora dando ênfase aos aspectos psicológicos do jogo, os quais, apesar de sua inegável importância, ficam na maior parte excluídos deste trabalho por uma decisão de recorte. Bem examiná-los hoje exigiria uma

incursão pela psicologia, pela neurociência, pela economia comportamental, e escaparia muito aos limites que esse trabalho se propõe.

Também no direito anglo-saxão há importantes estudos voltados para a estratégia no processo. Em *Why The Haves Come Out Ahead*, relevantíssimo artigo que introduziu a hoje consagrada distinção entre litigantes repetitivos e habituais, Marc Galanter descreveu justamente as estratégias que estavam ao alcance dos litigantes habituais. Embora a análise específica de Galanter não tenha senão uma importância marginal para este trabalho, muito do que foi inscrito se inspira em sua sugestão de “olhar do outro lado do telescópio”¹: ver não como as regras olham para as partes, mas como as partes olham para as regras.

Outro trabalho importante que não pode ser desprezado é *A Theory of Legal Strategy*, de Lynn LoPucki e Walter Weyrauch. Nele, os autores defendem a tese radical de que a estratégia é o *único* fator que define o resultado dos processos judiciais. Este trabalho não vai tão longe. Aliás, pelo contrário: uma das teses explicitamente defendidas no Capítulo I é que os juízes, *em geral*, procuram decidir conforme o direito. Esse competente estudo sobre como as partes podem manipular os resultados do processo, apesar das divergências no plano da filosofia do direito, foi referenciado ao longo de todo este trabalho.

O trabalho é estruturado em três capítulos e o raciocínio é construído de forma progressiva. De uma forma simplificada, pode-se dizer que o Capítulo I trata da análise estratégica das normas em geral, que o Capítulo II trata da análise estratégica das normas especificamente processuais, e que o Capítulo III ilustra o capítulo II. Ou: o Capítulo I localiza a estratégia dentro da teoria do direito, o Capítulo II dentro da teoria do processo, e o Capítulo III analisa brevemente alguns temas à luz dos dois primeiros.

De forma mais analítica, a ideia desenvolvida no Capítulo I é que as normas existem para os propósitos de alguma razão subjacente (não necessariamente uma “vontade do legislador”), mas são entidades separadas dessa razão. Não coincidem. Daí que as normas jurídicas tendam a ser sub-ótimas em relação à sua razão subjacente. Isto é: estão presentes em situações em que a razão não está (superinclusão) e não estão presentes em outras em que a razão está (subinclusão). Esses espaços de subinclusão e superinclusão podem ser explorados por agentes estratégicos.

¹ GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 95-160.

O primeiro tópico do Capítulo I é dedicado à problemática do conceito de “razão subjacente”. O segundo tópico é dedicado às subinclusões e superinclusões e às razões pelas quais os juízes não conseguem sempre adaptar o direito para evitá-las. O terceiro tópico é destinado a diferenciar o ponto-de-vista interno do ponto-de-vista externo, porque há oportunidades estratégicas que só se revelam ao ponto de vista externo. O quarto tópico discute a possibilidade de analisarem-se os institutos jurídicos sob a perspectiva de uma racionalidade orientada-a-fins.

A ideia desenvolvida no capítulo 2 é que o processo é uma disputa nem sempre vencida por quem tem razão. O autor fundamental do segundo capítulo é James Goldschmidt. Mas um Goldschmidt iluminado pelos realistas e positivistas estudados no primeiro capítulo. O primeiro tópico descreve a dinâmica processual como uma série de movimentos que podem deixar as partes mais longe ou mais perto da vitória. O segundo tópico discute a relevância do tempo, do risco e do custo nos movimentos estratégicos no processo. O terceiro tópico explora a possibilidade de situações jurídicas processuais que não são “juridicamente fundadas”, no sentido mais usual na obra de Goldschmidt, mas se amparam em previsões de outra ordem sobre as sentenças. O quarto tópico, por fim, sintetiza as premissas para analisar estrategicamente a norma processual.

No terceiro capítulo, a análise estratégica da norma processual é utilizada para tentar compreender onze fenômenos arbitrariamente selecionados, de tutela cautelar antecedente a *overcharging prosecution*.

CAPÍTULO I

O QUE AS REGRAS PODEM FAZER PELO “HOMEM MAU”

1.1. Introdução ao capítulo

O direito “quer” algumas coisas, mas as pessoas que vivem em uma comunidade regida pelo direito frequentemente querem outras. Essas pessoas podem usar o próprio direito para atingir fins diversos dos “desejados” pelo direito. Este capítulo é sobre as razões subjacentes das normas jurídicas, a indiferença do “homem mau” em relação a elas e a ação estratégica que deriva dessa indiferença. Seu objetivo é demonstrar três teses: (i) a de que as regras jurídicas são sub-ótimas em relação às suas razões subjacentes, permitindo campos de superinclusão e de subinclusão; (ii) que é possível uma perspectiva externa de análise da ordem jurídica que ignore o “direito como direito” e tome a regra jurídica apenas como um possível instrumento para a obtenção de resultados; (iii) e que, por conseguinte, há uma diferença entre ações voltadas para a conformidade com as regras do jogo e ações voltadas para vencê-lo.

Em um primeiro tópico, será discutida a noção de razão subjacente das normas e sua problemática. Também serão discutidas as ideias de subinclusão e superinclusão, as quais são relações entre a aplicação da norma e sua razão subjacente. A subinclusão e a superinclusão serão conceitos importantes ao longo de todo o trabalho.

Em um segundo tópico, discutir-se-á se o direito é ou não um “domínio limitado”, quais são suas limitações e que repercussões essas limitações têm para as estratégias que as pessoas adotam, diante do direito, para atingir seus próprios objetivos.

Em um terceiro tópico, serão discutidas as perspectivas do observador e do participante do direito e as implicações estratégicas desses dois pontos-de-vista.

Em um último tópico, serão delineadas algumas premissas para a análise dos institutos jurídicos – e sobretudo dos institutos processuais – sob a perspectiva de alguém que pretende não conhecer e debater a melhor maneira de interpretá-los, sistematizá-los, aplicá-los ou reformá-los, mas de alguém que pretende utilizá-los para um objetivo muito mais terra-a-terra: vencer a causa.

1.2. As normas jurídicas e suas razões subjacentes

A regra mais importante do futebol moderno é a que proíbe o goleiro de pegar com as mãos a bola recuada voluntariamente por um jogador do seu próprio time. Ela foi introduzida no jogo em 1992. Antes disso, era possível adiar indefinidamente a partida por meio de uma artimanha: recuar a bola para o goleiro, o qual esperaria com muita calma um jogador adversário decidir se *aproximar* – e, então, tomaria a bola nas mãos, lançando-a de volta para um jogador de seu time, que poderia recuá-la outra vez e reiniciar o processo. O abuso desse truque contribuiu para fazer da Copa do Mundo de 1990 uma das mais tediosas de todos os tempos². No futebol, como no processo³, costuma haver uma parte que tem pressa e outra que prefere ir devagar.

A regra do recuo de bola (*backpass rule*) alterou a dinâmica geral do futebol. Os atacantes passaram a pressionar a defesa do adversário, o número de zagueiros foi reforçado, a quantidade de gols aumentou, as viradas se tornaram possíveis e, sobretudo, um jogo que se acostumara com as pausas das “ceras” do goleiro se tornava contínuo e veloz⁴. A regra atingiu sua finalidade. O jogo se tornou mais dinâmico e emocionante para os espectadores.

Alguns objetivos podem ser atingidos de forma mais direta. A regra que pune o homicídio existe para impedir que homicídios aconteçam (embora essa afirmação possa ser polêmica entre criminólogos e penalistas⁵). No caso do futebol, o objetivo de tornar o jogo mais dinâmico não poderia ser atingido por uma regra que dissesse “é obrigatório jogar de forma dinâmica”. Foi alcançado de modo formidável, no entanto, pela alteração de uma regra cuja relevância, à primeira vista, poderia parecer apenas secundária.

Frederick Schauer menciona que alguns estados americanos proíbem a posse de ferramentas utilizadas para a prática de furtos. A preocupação do direito, diz ele, não é de fato com as ferramentas de furto, mas com os próprios furtos. A regra em questão tem o objetivo de reforçar de modo indireto a política de combate a esse tipo de crime⁶, embora já haja provavelmente, além dela, uma norma que proíba os furtos.

É o que acontece também na Lei nº 12.683 de 2012. Sua epígrafe anuncia o objetivo expresso de “tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de

2 Cf. COX, Michael. *The mixer: the story of premier league tactics, from route one to false nines*. Nova York: Harper Collins, 2017. Versão epub. p. 17 e ss.

3 CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: *Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano Editore, 1965. v. 1, p. 548.

4 *Idem*. p. 22-23

5 Salo de Carvalho observa que a Constituição do Brasil, diferente de outros textos constitucionais do direito comparado, não assume compromisso explícito com qualquer finalidade ou justificativa da pena. (CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2022. p. 263-265). Também para Zaffaroni o discurso jurídico-penal não conseguiu encontrar justificativas que afastem sua deslegitimação (ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das pernas perdidas*. p. 74 e ss, especialmente a partir da p. 80).

6 SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 17.

dinheiro”. Entre as alterações está, por exemplo, a do art. 9º, parágrafo único, X, que estendeu às pessoas físicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis a obrigação de prestar certas informações à autoridade fiscalizadora. Antes, a lei só obrigava as pessoas jurídicas. A instituição dessa regra supõe que ampliar o rol de sujeitos obrigados a prestar informações contribuirá, ao cabo, para atingir o objetivo de tornar o combate à lavagem de dinheiro mais eficiente.

No direito, identificar o propósito de uma norma pode ter algumas utilidades. Uma delas é avaliar sua efetividade⁷. Para saber se os efeitos produzidos pela norma na realidade correspondem a seus fins, é preciso saber que fins são esses.

Em março de 1986, o Brasil tinha atingido uma inflação média de 13% ao mês. O “Plano Cruzado”, instituído pelo Decreto-Lei 2.284 de 1986, tinha em sua epígrafe o objetivo expresso de combate à inflação. Sua medida de maior destaque era o congelamento de preços. Começava o tempo dos “fiscais do Sarney”: o nome popular dado às pessoas que exerciam a prerrogativa conferida a “qualquer um do povo” pelo Decreto-Lei para fiscalizar o congelamento.

Nos seis meses posteriores ao plano cruzado, a inflação média mensal subiu para 16,1%. O Plano Cruzado, apesar de seu objetivo declarado de combater a inflação, foi grosseiramente inefetivo, ou até mesmo anti-efetivo⁸ – conclusão que só é possível alcançar, evidentemente, sabendo a finalidade do plano.

A identificação da finalidade também pode ter propósitos normativos. Há propostas no sentido de que os fins da norma devem influenciar a análise sobre sua constitucionalidade, porque a ordem constitucional não admitiria normas inefetivas⁹. Na teoria das normas de Humberto Ávila, por sua vez, toda regra se refere imediatamente a uma conduta concreta e mediamente a um fim. O conflito entre a conduta prescrita e o objetivo da regra pode conduzir inclusive à sua superação. Por exemplo, uma regra que imponha uma multa a motoristas de táxi que transportem animais, com o objetivo de aumentar a segurança no trânsito, pode ser superada para deixar de multar o transporte de cegos com seus cães-guias¹⁰.

7 Cf. NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 47-48. Também Antoine Jeammaud procura distinguir entre a eficácia da norma (conformação dos comportamentos e situações ao âmbito de incidência da norma) e sua efetividade (efetivo atingimento dos resultados desejados pela autoridade legisladora), embora troque os termos, utilizando efetividade no sentido de eficácia e eficácia no sentido de efetividade (cf. JEAMMAUD, Antoine. En torno al problema de la efectividad del derecho. *Crítica jurídica*, v. 1, n. 1, p. 5-16, 1985. p. 6-7).

8 FRANCO, Gustavo. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira*. ed. 2. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 492-512.

9 Cf. SCALCON, Raquel Lima. Controle constitucional de efeitos concretos (fins) de normas jurídicas. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, v. 30, n. 1, 2020. *passim*.

10 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. ed. 20. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 96-100. Essa concepção é criticada por Marcelo Neves, para quem o conceito de finalidade no pensamento de Ávila não é claro (cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 26 e ss.).

A questão da finalidade das normas ganhou especial relevo normativo nos escritos dos juristas que apontaram seu uso na interpretação dos textos legais. Segundo Hart, o âmbito de aplicação das normas possui um “núcleo” – o conjunto de casos a que a norma *obviamente* se aplica – e uma “penumbra”: isto é, o conjunto de casos em relação aos quais a aplicação da norma é discutível. Em seu famoso exemplo, a norma que proibisse “veículos” no parque certamente abrangeria carros, mas poderia ou não abranger *skates* e carrinhos de brinquedo. Para solucionar esses “problemas de penumbra”, não bastaria um raciocínio meramente dedutivo. Seria preciso recorrer aos propósitos e objetivos da norma¹¹.

Em resposta a essa tese, Lon Fuller argumenta que não é possível, em nenhum caso, determinar um “núcleo” sem ter em vista a finalidade da norma. Ao exemplo da proibição dos carros no parque, ele oferece um contra-exemplo: se um grupo de patriotas quiser colocar no parque, como monumento, um caminhão da Segunda Guerra Mundial que já não funciona, esse fato estaria ao alcance da norma? Isso porque não há dúvidas de que o caminhão se amolda ao conceito de “veículo”¹². Outro exemplo fornecido por Fuller questiona com mais ênfase o modelo do núcleo e da penumbra: na frase incompleta “todas as melhorias devem ser informadas para...” é possível definir um núcleo e uma penumbra para a palavra “melhoria” sem saber como a frase termina? O sentido não seria distinto se a frase terminasse com “para a enfermeira” ou “para a Secretaria de Planejamento Urbano”?¹³

Essa crítica de Fuller, como apontou Schauer¹⁴, é em parte injusta. Hart nunca afirmou que a diferença entre a penumbra e o núcleo estaria em cada palavra isoladamente. Em texto posterior, o próprio Hart afirmou que seria uma simplificação dizer que a diferença entre os casos fáceis e os casos indeterminados não está apenas nas convenções gerais de linguagem sobre as palavras do texto normativo, mas na concordância geral (*general agreement*) sobre o enquadramento ou não de certos casos dentro do escopo da norma. O sentido das palavras de uma norma pode ser até mesmo

11 HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958. p. 606 e ss.

12 FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 630-672, 1958. p. 663.

13 *Idem*. p. 665 e ss.

14 SCHAUER, Frederick. A critical guide to vehicles in the park. *New York University Law Review*, v. 83, n. 4, 2008, p. 1109-1134. p. 1119 e ss. Schauer também defende que, mesmo que se entendesse a teoria de Hart de modo que, para ele, as palavras fossem denominadores rígidos, a crítica de Fuller não seria válida, porque a filosofia da linguagem teria demonstrado que a capacidade do receptor de entender frases que nunca ouviu antes implica um sentido mínimo a-contextual dos termos.

controlado pela finalidade atribuída à norma, e haver casos fáceis (de núcleo) e casos difíceis (de penumbra) precisamente em face dessa finalidade¹⁵.

O verdadeiro debate entre Fuller e Hart, portanto, e como notou Schauer, é sobre se o recurso a objetivos, finalidades e propósitos é ou não uma propriedade *necessária* do direito. Ambos concordavam, no entanto, que é uma propriedade possível e até desejável¹⁶.

A identificação do propósito de uma norma jurídica pode não ser uma questão trivial. A própria possibilidade de fazê-lo é controvertida. Quem define, afinal, a finalidade da norma?

Segundo Kelsen, a norma é o conteúdo de um ato de vontade. Uma vez em vigor, contudo, a norma se dissocia do ato de vontade de que é sentido, independe dele; as normas “podem valer mesmo quando esses indivíduos [que criaram a norma] já tenham morrido há muito tempo e, portanto, nem sequer sejam capazes de querer”¹⁷.

Em momentos distintos da história, e notoriamente na França revolucionária, foram instituídos mecanismos processuais de consulta ao legislador a respeito da interpretação das leis. O *référé législatif*, conforme Frate, representava a cultura jurídica dominante à época. A concepção geral separava com muito rigor a interpretação e a aplicação do direito. E a interpretação só poderia ser *autêntica* quando feita pelo órgão legislativo, que era o emissor mesmo do texto interpretado¹⁸.

Os franceses de então, que não conheceram Kelsen, talvez não percebessem que a interpretação autêntica não era nem interpretação, nem autêntica.

A identidade do sujeito autor, que garantiria a autenticidade, era uma ilusão. No mundo moderno, as leis são em geral produzidas por órgãos coletivos. Um texto interpretativo pode ser aprovado por uma maioria distinta daquela que aprovou o texto interpretado; a própria a composição do órgão pode se alterar¹⁹. Muitos parlamentares votam sem entender o que estão votando²⁰. De vez em quando, os órgãos legislativos

15 HART, H. L. A., op. cit., p. 106

16 SCHAUER, 2008, p. 1129.

17 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 11. Scalia, por sua vez, não chega ao ponto de afirmar que essa é uma propriedade intrínseca das normas, como faz Kelsen, mas defende que há algo de tirânico na ideia de procurar a intenção do legislador, que isso é uma traição da ideia de “um governo de leis, não de homens”, porque “os homens podem dizer o que querem, mas são apenas as leis que eles promulgam que nos obrigam” (cf. SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997. p. 17).

18 Cf. FRATE, Paolo Alvazzi del. Divieto di “interpretatio” e “référé législatif” nei “cahiers de doléances” del 1789. In: CONDORELLI, Orazio. *Panta rei: studi dedicati a Manlio Bellomo*. Roma: Galileo Galilei, 2004. p. 101-114. *passim*.

19 GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014. p. 96-97.

20 Cf. SCALIA, op. cit., p. 32-34.

podem aprovar textos até sem querer²¹. Em regra, ainda, os parlamentares estão preocupados com o caráter geral das leis que aprovam, mas não com os seus detalhes – de modo que neles não há, na maior parte das vezes, qualquer “intenção do legislador”²². E, como se não bastasse, a impossibilidade de previsão pelos legisladores de todas as possíveis aplicações da norma implica uma indeterminação relativa do objetivo da norma²³.

Na maior parte dos casos, ainda, como observa Guastini, a interpretação autêntica não é sequer interpretação. E, mais que isso, não é *necessariamente* interpretação. Isso porque os enunciados produzidos no ato de “interpretação autêntica” do poder legislativo podem *ou não* corresponder a um dos sentidos possíveis do texto interpretado, mas terão, de qualquer maneira, força normativa²⁴.

Fica claro que a norma jurídica não é uma vontade. Não quer isso dizer que não tenha finalidades, justificativas, razões subjacentes, cuja identificação pode ou não ser informada – ou até determinada – por elementos históricos colhidos do processo de sua produção²⁵.

Em muitos países, inclusive no Brasil, projetos de lei são acompanhados de justificativas ou exposições de motivos. Muitas vezes, como no caso da “Nova Lei de Lavagem de Capitais”, as epígrafes que acompanham o texto promulgado anunciam uma finalidade. Tantas outras vezes, as leis surgem como explícita reação a casos midiáticos, e são até batizadas, pela imprensa e pelos parlamentares, em homenagem aos envolvidos²⁶. É possível, ainda, recorrer aos registros dos debates parlamentares em busca dessas razões²⁷. Quando a norma jurídica é produzida pelo Poder Judiciário²⁸, é, em geral, acompanhada de fundamentação.

21 No Brasil, a Lei n. 14.365 de 2022, encaminhada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), tinha o objetivo de ampliar e fortalecer as garantias dos advogados. Uma de suas disposições, no entanto, reduziu o escopo da imunidade profissional dos advogados. A OAB constatou, posteriormente, que essa alteração esteve no substitutivo do relator por erro. Cf. OAB: erro legislativo fez regra da imunidade profissional ser revogada. *Migalhas: quentes*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/367817/oab-erro-legislativo-fez-regra-da-imunidade-profissional-ser-revogada>. Acesso em: 18 jun. 2022.

22 SCALIA, op. cit., p. 31-30

23 HART, H. L. A. *The concept of law*. ed. 3. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 128.

24 GUASTINI, 2014, p. 98-99. Também para Ferrara a interpretação autêntica é mera “lei com efeito retroativo” (cf. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Armenio Armado, 1963. p. 133-134).

25 E não se pode negar que frequentemente são determinados. Nas palavras de Ferrara, “*uma norma de direito não brota dum jacto, como Minerva armada da cabeça de Júpiter legislador*” (*Interpretação e aplicação das leis*. p. 143).

26 No Brasil há, por exemplo, a Lei Henry Borel (Lei 14.344 de 2022), a Lei Mariana Ferrer (Lei 14.445 de 2021), a Lei Carolina Dieckmann (Lei 12.737 de 2012), a Lei Maria da Penha (Lei 11.340 de 2006), a Lei Menino Bernardo (Lei 13.010 de 2014). O fenômeno não é exclusivamente brasileiro. Para uma crítica, ver SOUSA, Analicia Martins de. *Leis em (com) nomes de vítimas*: a ampliação do Estado polícia e a produção de subjetividades na contemporaneidade.

27 Sobre as fragilidades do recurso aos debates parlamentares, ver SCALIA, Op. cit. p. 29-37.

28 Este trabalho parte da premissa de que o Poder Judiciário produz direito. Essa afirmação é polêmica e será discutida, de forma não-exaustiva, mais adiante.

As dificuldades intrínsecas à ideia de intenção legislativa impedem a identificação imediata entre esses elementos e a finalidade da norma. Com efeito, como já argumentavam clássicos autores²⁹, a norma pode até mesmo ter valor e função distintos daqueles pensados pelos seus criadores. Pode se transformar ao longo do tempo.

Hart se referia aos propósitos “óbvios ou acordados” das regras³⁰. Essa referência sugere que a finalidade é um jogo-de-linguagem em que alguém atribui um sentido finalístico à regra e outros repetem por imitação³¹. Essa visão *convencional* da finalidade tem a vantagem de evitar a especulação irrealizável (e até anti-democrática, na visão de Scalia) sobre a intenção da autoridade que produziu a norma. Segundo essa abordagem, as epígrafes, os relatórios parlamentares, a *occasio legis*, os discursos, tudo são coisas que importam apenas na medida em que determinam a função³² atribuída convencionalmente à norma pela comunidade.

O próprio funcionamento cotidiano do direito positivo pode depender de sua conformidade com uma ideia de justiça difundida na sociedade, a qual *pode ou não* ser antecedente à sua criação e determinante dela³³.

A exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015³⁴, por exemplo, afirma que o objetivo do regime de julgamento de recursos repetitivos, especialmente a possibilidade de suspensão nacional dos processos, é evitar a dispersão da jurisprudência. Essa será a razão subjacente das normas que compõem esse regime desde que esse mesmo objetivo lhes seja atribuído pela doutrina, pelas decisões dos tribunais, pela imprensa – em suma, pelo discurso dominante.

A razão subjacente – expressão que será usada daqui em diante para designar essa ideia de finalidade das normas – é, portanto, um aspecto do sentido atribuído *convencionalmente* à norma pelo discurso dominante.

29 Cf. FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Armenio Armado, 1963. p. 134-137. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. ed. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 151-156. A esse respeito, cabe mencionar que Tércio Sampaio Ferraz Jr. resumiu o debate que se trava a respeito dessa questão entre as correntes que chamou de “objetivistas” e de “subjetivistas” (cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. ed. 11. São Paulo: Atlas, 2019. p. 223-225).

30 HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 1983. p. 8.

31 Cf. WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. ed. 3. Oxford: Blackwell, 2001. p. 8 e ss.

32 Para a distinção entre o motivo (subjetivo) e a função (objetiva), cf. MERTON, Robert K. *Social theory and structure*. ed. 3. Londres: Collier Macmillan, 1968. p. 105. A distinção entre motivo e função é, evidentemente, outra vantagem da abordagem convencional.

33 Ver, especificamente para o direito constitucional, CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. In: CARVALHO NETTO, Menelick de. *Teoria da constituição e direito constitucional: escritos selecionados*. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. p. 3-27. p. 9. Também Eros Grau, na mesma linha, afirma que “a sociedade civil pressupõe certas formas jurídicas que o Estado põe (setzen, pôr, Gesetz, lei: proximidade que, como se sabe, Hegel assinala). E quando há oposição entre ambos, trata-se de um descompasso entre formas jurídicas pressupostas e formas jurídicas postas” (GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís, Roberto (org.). *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b. v. 2. p. 111-112.)

34 Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2022.

Muito se escreveu sobre o confronto entre os objetivos declarados e os objetivos latentes das normas³⁵. Segundo a abordagem convencional, as razões subjacentes são apenas os objetivos declarados. Seria evidente contradição lógica que o discurso convencional fosse, ao mesmo tempo, velado. É possível, no entanto, que o uso da regra destoante do seu objetivo declarado – fenômeno que será estudado mais à frente nesse trabalho – seja perfeitamente conforme o objetivo real.

As razões subjacentes importam para este trabalho por seu efeito de contraste. Identificá-las permite realçar aquilo que não se identifica com elas, e mostrar que as pessoas que vivem sob uma ordem jurídica não têm necessariamente compromisso com as razões e os fins dessa ordem. Elas têm compromisso com seus próprios fins. Essa ideia será explorada mais adiante, quando serão discutidas as perspectivas interna e externa da ordem jurídica. Se as pessoas não têm compromisso com os fins do sistema, podem usar suas normas de forma destoante de suas razões subjacentes, na busca por seus próprios objetivos.

Para Schauer, existe uma relação *probabilística* entre a razão subjacente da regra e o seu predicado fático³⁶. Esse predicado fático é o antecedente, a hipótese normativa, o fato a que se atribui consequências jurídicas³⁷. Como as normas se dirigem a grupos de indivíduos e se referem a classes de ações, não a indivíduos ou ações em particular³⁸, o predicado fático é sempre uma categoria.

Todo particular pertence a várias categorias. Uma bola de futebol branca pode estar na classe dos objetos esféricos, na das bolas, na dos utensílios esportivos, na das coisas brancas, na dos itens de couro e na dos bens que pertencem ao patrimônio de uma determinada pessoa. Descrever a bola como pertencente a uma dessas categorias significa enfatizar algumas de suas propriedades e excluir outras. Colocá-la na categoria dos objetos esféricos significa colocá-la em grupo dentro do qual há laranjas e limões, alguns tipos de lâmpadas e o planeta Terra. O processo de selecionar propriedades de um particular para enquadrá-lo em uma categoria mais ampla se chama *generalização*³⁹.

35 Nas ciências sociais em geral, cf. MERTON, op. cit., p. 114-118. No direito penal, cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. ed. 9. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020. p. 28-33. No processo civil, cf. BECKER, L. A. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002. p. 48 e ss. Para um estudo da função simbólica da legislação, cf. NEVES, Marcelo. *A institucionalização simbólica*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 27-42.

36 SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 29.

37 Idem, p. 23

38 HART, 2012, p. 124 e ss; SCHAUER, op. cit., p. 17 e ss.

39 Cf. SCHAUER, op. cit., p. 17-22.

As generalizações são ferramentas *úteis*⁴⁰. Podem ser mais ou menos acertadas, segundo a utilidade que possuem para sua razão subjacente. O trecho abaixo, de Frederick Schauer, narra a situação do dono de um restaurante diante do problema de encontrar a generalização adequada. Nesse exemplo, o autor leva ao restaurante Angus, um *scottish terrier* preto. O cachorro causa grande confusão. O dono do restaurante precisa criar uma regra para prevenir eventos análogos a esse:

Suponhamos que eu entre em um restaurante com Angus, que então passa a latir, correr, pular nos clientes e comer restos de comida no chão. O proprietário do restaurante, procurando evitar a reincidência, propõe não apenas banir Angus agora, mas também banir todos os eventos futuros *do mesmo tipo*. Consequentemente, o proprietário pode estabelecer uma regra banindo do restaurante tudo que é preto, e excluindo não apenas os Scottish Terriers pretos, como Angus, mas também chapéus pretos, sapatos pretos, gravatas pretas, vestidos pretos e cabelo preto. Essa generalização a partir do evento original seria impecável, já que o evento é corretamente descrito como causado por um agente preto, e a exclusão de agentes pretos garantiria que nenhum evento como esse jamais ocorreria novamente. Mas essa razão logicamente legítima é absurda, porque a cor de Angus é causalmente irrelevante em relação às ações de latir, correr, pular e comer, porque, considerando o que sabemos sobre o mundo, nosso conhecimento empírico justifica que essas ações, mesmo quando praticadas por Angus, não são consequência causal de sua cor preta.⁴¹

A razão subjacente determina quais características do evento particular serão *generalizadas* no predicado fático⁴². No exemplo do cachorro Angus, o fato de ser cachorro tem relevância causal para suas ações de latir, correr, pular e comer. Assim, com o objetivo de evitar episódios análogos, a proibição de *cachorros* – uma das categorias a que Angus pertence – parece útil⁴³.

A generalização e a intersecção de categorias podem ser mais difíceis de visualizar em conceitos mais abstratos e institucionais.

Numa tarde de 1978, o juiz João Baptista Herkenhoff tinha uma pauta cheia de audiências no Fórum de Vila Velha, no Espírito Santo. Em uma delas, compareceu Edna S., grávida de oito meses, presa em flagrante sob acusação de tráfico de entorpecentes. Ela disse que ficaria mais à vontade em pé e se recusou a sentar. João Baptista então

40 Em trabalho anterior, identifiquei que alguns autores brasileiros e italianos dirigiam críticas ao conceito de relação jurídica processual que representavam, na realidade, um desconforto com a ideia de generalização. Naquela oportunidade, argumentei que a generalização e o pensamento conceitual são elementos inevitáveis do pensamento jurídico moderno e expus mais pormenorizadamente que os conceitos em geral e os conceitos jurídicos em particular são técnicas do pensamento cujos resultados devem ser avaliados segundo sua *utilidade*. Cf. MELLO, João Pedro de Souza. *Relação jurídica processual, bilateralidade e pensamento conceitual no direito*. Principalmente nas páginas 58 a 62.

41 SCHAUER, op. cit., p. 25. tradução livre.

42 SCHAUER, op. cit., p. 26.

43 SCHAUER, op. cit., p. 27.

compreendeu seu sofrimento e a libertou, em decisão histórica, distante da linguagem habitual da técnica jurídica. “*Saia livre, saia abençoada por Deus, saia com seu filho, traga seu filho à luz, que cada choro de uma criança que nasce é a esperança de um mundo novo, mais fraterno, mais puro, algum dia cristão*”⁴⁴.

Esse texto de João Baptista Herkenhoff pode ser categorizado como decisão judicial, como ato de piedade, como documento histórico, como texto literário. Importou que fosse texto literário para acadêmica Elaine Cristina Oliveira Sousa – que, segundo o próprio Herkenhoff, produziu trabalho analisando a sentença sob o ponto-de-vista linguístico. Importa para o Código de Processo Penal que seja despacho que concede liberdade provisória – para a consequência jurídica, atribuída pelo art. 581, V, do cabimento de recurso em sentido estrito.

Uma razão subjacente atribuível à instituição de um recurso é o objetivo de minimizar as decisões erradas. A totalidade das coisas que pertencem à classe decisões erradas também pertence, antes de tudo, à classe das decisões⁴⁵. Mas há decisões que não são erradas. Por isso, há um nexos apenas probabilístico entre o predicado fático – decisão que concede liberdade provisória – e o objetivo de minimizar decisões erradas.

Também na regra “quem estiver acompanhado de um cachorro [predicado fático] não poderá entrar no restaurante”, existe uma relação *probabilística* entre o predicado fático e a razão subjacente da regra. Há coisas barulhentas que não são cachorros e há cachorros que não são barulhentos. Mas o fato de algo ser um cachorro aumenta a probabilidade de esse algo ser barulhento. Assim como algo ser uma decisão aumenta a probabilidade de esse algo ser uma decisão incorreta (a probabilidade de algo que não é uma decisão ser uma decisão incorreta é zero).

Nem toda compra-e-venda imobiliária constitui manobra de lavagem de capitais, e nem toda manobra de lavagem de capitais é uma compra-e-venda imobiliária, mas o fato de ser uma compra-e-venda imobiliária aumenta a probabilidade de ser uma manobra de lavagem de capitais.

Nem toda pessoa que possui equipamentos de furto cometerá furtos, e há pessoas que cometem furtos sem possuir equipamentos de furto, mas o fato de uma pessoa possuir equipamentos de furto aumenta a probabilidade de essa pessoa cometer furtos.

44 Trinta anos depois, o juiz escreveu para a revista Consultor Jurídico narrando o fato e sua repercussão. Cf. HERKENHOFF, João Baptista. A história da liberdade de uma mulher, ré e mãe. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-23/historia-liberdade-mulher-re-mae>. Acesso em: 23 jun. 2022.

45 Importa mencionar, sem relevância prática para a discussão específica deste trabalho, que, para Rodrigo Nery e Benedito Cerezo Pereira Filho, a decisão sem fundamentação não é propriamente decisão (cf. PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. MORAES, Daniela Marques de. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 76, 2020, p. 135-154.).

Há jogadas que deixam a partida de futebol menos emocionante que não são o recuo de bola para o goleiro, e há recuos de bola para o goleiro que não tornam a partida menos emocionante, mas o fato de uma jogada ser um recuo de bola para o goleiro aumenta a probabilidade de essa jogada tornar a partida menos emocionante⁴⁶.

As jogadas que não são o recuo de bola para o goleiro e tornam a partida menos emocionante estão no campo de *subinclusão* da *backpass rule*.

Os recuos de bola para o goleiro, agora proibidos, que porventura não tornassem a partida menos emocionante estão no campo de *superinclusão* da *backpass rule*⁴⁷.

Muito deste trabalho é sobre subinclusões e superinclusões – isto é, sobre os campos de incidência (no caso das superinclusões) ou de não-incidência (no caso das subinclusões) das normas em que suas razões subjacentes não estão presentes. Isso porque, como é evidente, os campos de subinclusão e superinclusão podem ser explorados pelas pessoas que não têm compromisso com as razões da ordem jurídica – pelos “homens maus” de Holmes – para atingir fins destoantes das razões subjacentes ou até mesmo contrários a eles.

1.3. As subinclusões e as superinclusões diante das limitações do Direito

Suponha-se que um deputado federal tenha nomeado, para cargo de confiança em seu gabinete, com função de assessoramento, um sobrinho-neto. Suponha-se também que esse sobrinho-neto seja filho de um sobrinho do deputado, vítima de uma morte precoce, e que por isso tenha sido criado por esse deputado como se filho fosse. Suponha-se ainda que a afinidade entre os dois tenha se desenvolvido a ponto de superar até mesmo a afinidade que o deputado tem com seus próprios filhos e netos.

A esposa do deputado poderia criticar essa nomeação, sob o argumento de que nomear o sobrinho-neto para cargo fácil e de alta remuneração poderia acomodá-lo e prejudicar seu desenvolvimento profissional. Alguém poderia dizer também que essa nomeação é imoral, que ela desacredita o Estado brasileiro, que cria a sensação de que o erário público, o qual remunerará o sobrinho-neto, é propriedade privada de uns poucos donos do poder. Poderá dizer que é muito provável que a escolha do sobrinho-neto para

46 A esta altura, deve estar evidente que a passagem do fato concreto à generalização é orientada pela razão subjacente e mediada por uma proposição descritiva de causalidade probabilística. Essa proposição pode ser falsa e, por isso, há normas inefetivas e anti-efetivas. O fato de essa proposição ser convencionada não significa que seja verdadeira (a esse propósito, cf. SCHAUER, Frederick. *The proof*. Cambridge: Harvard University Press, 2022. p. 93-97). E também o fato de haver convenção sobre a razão subjacente de uma regra não implica a convenção acerca da proposição descritiva que lhe dá suporte.

47 Cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 31 e ss.

exercer o cargo de assessoramento tenha sido direcionada, ou até determinada, pelo poder do tio-avô de interferir no processo de seleção – e essa é, de fato, como afirmaram julgados do Supremo Tribunal Federal, a razão subjacente da Súmula Vinculante nº 13⁴⁸.

Para contra-argumentar, o deputado poderia dizer que o STF já definiu o que é nepotismo. A redação da Súmula Vinculante nº 13, com efeito, veda a nomeação de parentes de até 3º grau para cargos de assessoramento. Confira-se sua redação:

Súmula Vinculante 13 – A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

Tratando-se de um sobrinho-neto e, portanto, de um parente de 4º grau, a nomeação é, segundo o STF, compatível com a Constituição Federal. O deputado pode, portanto, seguir com ela, republicanamente tranquilo, confiante de que seus atos estão de acordo com os limites estabelecidos pelo princípio da moralidade da administração pública, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição da República.

O argumento e o contra-argumento põem em conflito duas classes de razões: as substantivas e as institucionais⁴⁹.

A argumentação substantiva e a institucional são dois tipos de argumentação direcionada a definir o que *deve ser*, mas por meios diferentes. A argumentação substantiva considera “todas as coisas”⁵⁰ – isto é, suas razões podem ser morais, econômicas, políticas, filosóficas de bem-estar social, etc. A argumentação institucional, por outro lado, apela apenas a regras e procedimentos previamente estabelecidos. Um juiz de futebol, “antes de saber se a marcação de um pênalti no final do campeonato poderá gerar uma briga violenta entre torcidas ou decepcionar toda uma geração de torcedores (razões ruins do ponto de vista substantivo)”, exemplificam Shecaira e Struchiner, “quer

48 STF, 2ª Turma. Rel 18564/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes. Rel. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 23.02.2016.

49 Cf. SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016. p. 35 e ss. A divisão entre razões substantivas e razões institucionais remonta a SUMMERS, Robert. Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, 1978, p. 707-788. p. 716 e ss.

50 Cf. ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Law's limited domain confronts morality's universal empire. *William & Mary Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1579-1603, 2007.

saber se a conduta do jogador que provocou o suposto pênalti viola ou não alguma regra do jogo”⁵¹.

Quanto a esposa do deputado diz que a nomeação prejudicará o desenvolvimento profissional do sobrinho-neto, e quando o jornalista diz que a nomeação é imoral, estão argumentando de forma substantiva. Quando o deputado responde que o STF editou uma súmula definindo o que é nepotismo, e que essa súmula não alcança o seu caso, ele está argumentando de forma institucional.

É Frederick Schauer quem fornece outro exemplo de conflito entre razões institucionais e substantivas. Uma estrada tem o limite de velocidade de 55 milhas por hora. A provável razão subjacente dessa regra é o fato de que dirigir a mais de 55 milhas por horas nessa estrada seria perigoso⁵². Veja-se o exemplo de Schauer:

Suponha que você está dirigindo seu novo e bem-cuidado carro em uma manhã de domingo clara, seca e sem trânsito. Suponha que você é um motorista cauteloso e experiente. Além disso, você nunca se envolveu em um acidente e nunca sofreu uma multa de trânsito. Como você é um bom motorista e as condições são ideais, você decide dirigir, de forma perfeitamente segura, a 70 milhas por horas. Tendo tomado essa decisão, no entanto, você olha no seu retrovisor e vê as sirenes de uma viatura de polícia, sinalizando para que você pare. Depois, o policial lhe informa de que você estava a 70 milhas por hora em uma via com limite de velocidade de 55. “Eu sei”, você diz ao policial, “mas deixe-me explicar. O limite de velocidade de 55 milhas por hora tem o objetivo de garantir a segurança. E eu estou, de fato, dirigindo de forma muito segura. Não há trânsito. O tempo está aberto. A pista está seca. Meu carro está em boas condições. E eu tenho um histórico impecável como motorista – você pode verificar. Você e eu sabemos que 55 milhas por hora é uma média para todos os motoristas em todas as condições, mas o verdadeiro objetivo do limite de velocidade é garantir que as pessoas dirijam de forma segura, e você não pode negar que eu estava dirigindo de forma muito segura”.

Todos sabemos o que acontece em seguida. O policial aponta para a placa de limite de velocidade, se uma estiver visível, e diz algo como “O limite da velocidade nesta estrada é 55. 55 significa 55, e não o que *você* pensa que é dirigir de forma segura”. E esse seria o desfecho.⁵³

A *razão subjacente* da regra é um argumento substantivo. A regra é um argumento institucional. Embora a segunda sirva à primeira, elas não se confundem, são coisas distintas.

A argumentação jurídica é predominantemente institucional⁵⁴. Isto é: para solucionar problemas jurídicos é possível recorrer a um determinado conjunto de razões,

51 SHECAIRA, STRUCHINER, op. cit. p. 36.

52 Cf. SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009. p. 14 e ss.

53 SCHAUER, op. cit., p. 14-15. Tradução livre.

54 SHECAIRA, STRUCHINER, op. cit., p. 37 e ss.

mas não a *todos* os tipos de razões. É a esse fenômeno que Schauer se refere quando afirma que o direito é um domínio limitado⁵⁵.

Às vezes, no entanto, a argumentação do motorista do exemplo de Schauer funciona. É o que ocorreu em 1889 no caso *Riggs v. Palmer*, mencionado por Dworkin⁵⁶. Elmer Palmer estava designado em testamento como principal herdeiro de seu avô. Sabendo disso, e temendo que o avô mudasse de ideia, Palmer o envenenou. Não havia, então, lei no Estado de Nova York que impedisse o herdeiro indigno de receber herança. A Corte de Apelação de Nova York decidiu, sob a opinião-condutora do Juiz Robert Earl, que Palmer não deveria herdar em razão do princípio não escrito segundo o qual ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

Nesse caso, a Corte de Apelação de Nova York criou uma nova regra jurídica. Dworkin pensa o oposto. Para ele, a Corte apenas encontrou a estrutura oculta do direito pré-existente. A principal evidência disso, na visão de Dworkin, é que os juízes e advogados se comunicam dessa forma – discutem como se investigassem o direito que naquele momento já existia. Desconfiar disso seria, portanto, acreditar que juízes e advogados conspiram sistematicamente, o que seria absurdo⁵⁷.

Mas a retórica ritualística do foro, diz Hart, não deve ser tomada por uma descrição adequada daquilo que os juízes de fato fazem. Esse modo de falar dos juízes e advogados é exigência de uma longa tradição europeia e da doutrina da divisão de poderes, que “dramatiza” a distinção entre o juiz e o legislador⁵⁸. Além disso, quando criam direito, os juízes, de modo geral, não “deixam de lado seus livros de direito e passam a legislar sem restrições”⁵⁹, mas procuram se assegurar que o direito criado concretiza alguma razão subjacente que já está presente no direito que existe⁶⁰. Com efeito, Cappelletti observou que a verdadeira questão não é *se* os juízes criam direito, mas o grau, os modos e os limites aceitáveis dessa criação judiciária⁶¹.

Em *Riggs v. Palmer*, a Corte se deparou com um caso de *superinclusão*, em relação aos seus fundamentos morais, da regra que garantia o direito do herdeiro testamentário à sucessão – e, mudando a regra, eliminou a *superinclusão*.

55 SCHAUER, Frederick. The limited domain of the law. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 7, 2013, p. 1909-1956.p. 1914-1915.

56 DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986. p. 15 e ss.

57 DWORKIN, op. cit., p. 37 e ss.

58 HART, H. L. A. *The concept of law*. ed. 3. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 274. Também Roscoe Pound menciona que os juízes aparentam deduzir rigorosamente as soluções a partir dos precedentes, quando na verdade decidem as causas segundo o que lhes parecem o bom senso (cf. POUND, Roscoe. *Law in books and law in action*. p. 19-20).

59 HART, op. cit., p. 274.

60 Idem.

61 CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999. p. 21 e ss.

Este trabalho é sobre a possibilidade de driblar as regras. Isso se faz sobretudo pela exploração de seus campos de subinclusão e superinclusão. Por isso, o que aconteceu no caso *Riggs v. Palmer* é de importância sensível. Se é verdade que toda vez em que se deparam com situações de superinclusão e subinclusão os juízes mudam as regras para suprimi-las – isto é, se a argumentação jurídica não for predominantemente institucional ou se a argumentação institucional for apenas uma forma discursiva para disfarçar alterações nas regras por razões substantivas –, então a tese deste trabalho estará comprometida.

O mesmo acontecerá se as explorações dos campos de subinclusão e superinclusão forem sempre travadas por *regras de contingência*. Isto é: por argumentos institucionais que visam justamente a impedir a exploração de subinclusões e superinclusões. Por exemplo: vedação do abuso de direito (art. 187 do Código Civil), punição aos atos de má-fé processual (art. 79 do Código de Processo Civil), cláusula geral antielisiva (art. 116, parágrafo único, do Código Tributário Nacional). As regras atuais do futebol vedam “qualquer truque” para contornar a *backpass rule*⁶². As normas-princípio podem frequentemente fazer as vezes, no caso concreto, de regra de contingência.

No entanto, esse travamento não acontece. O funcionamento ordinário do direito é mais como o policial que não deixa o motorista prudente escapar de uma multa por dirigir a mais de 55 milhas por hora do que como *Riggs v. Palmer*.

Em primeiro lugar, porque os juízes só sabem a parte da história que lhes contam. A cognição dos juízes é limitada aos fatos que de algum modo chegam ao seu conhecimento. Um elemento essencial de *Riggs v. Palmer* é que a decisão é tomada a partir da certeza fática de que Elmer Palmer envenenou o avô e fora até mesmo condenado por isso em outro processo. Seria possível, contudo, que a Corte e as demais herdeiras nem sequer desconfiassem de que Palmer fosse o assassino. Ou poderia ser que desconfiassem, e até suscitasse essa questão, mas não tivessem acesso a provas suficientes ou mesmo a quaisquer provas. Ou poderia ser que até obtivessem acesso a provas, mas essas não pudessem ser consideradas tendo em vista alguma regra de exclusão⁶³.

62 Cf. INTERNATIONAL FOOTBALL ASSOCIATION BOARD (Suíça). *Laws of the game*: law 12: fouls and misconduct. Disponível em: <https://www.thefifa.com/laws/latest/fouls-and-misconduct/#disciplinary-action>. Acesso em: 15 jul. 2022.

63 Sobre as regras de exclusão, cf. SCHAUER, op. cit., p. 210 e ss. É claro que, em relação a essa última limitação cognitiva, o argumento ganha certa circularidade: se as regras de exclusão são regras, elas também poderiam ser superadas quando sua aplicação obstaculizasse propósitos substantivos, de modo que esse último aspecto da limitação cognitiva depende, também, das demais limitações. Os outros dois aspectos da limitação cognitiva (o completo desconhecimento dos fatos ou a mera desconfiança sem acesso a provas) são mais lógicos do que jurídicos, embora sejam jurídicos em alguma medida (a suficiência da “prova suficiente” é um critério jurídico).

Para LoPucki e Weyrauch, o segredo é elemento essencial do sucesso da maior parte das estratégias jurídicas⁶⁴. Isso dificulta tanto a alteração das regras por razões substantivas quanto a aplicação das regras de contingência. Com efeito, a não ser na folclórica história do advogado que opôs embargos de declaração por meio de um arquivo de título “ganhartempo.pdf”, ninguém opõe embargos protelatórios de forma declarada e explícita. Essa dificuldade fez a jurisprudência transformar a vedação genérica aos embargos de declaração protelatórios em regras mais concretas. Por exemplo, a punição dos embargos de declaração que veiculem a rediscussão de teses consolidadas em teses vinculantes dos Tribunais Superiores⁶⁵ ou da oposição de sucessivos embargos de declaração⁶⁶. Essas regras mais concretas possuem campos de subinclusão e, portanto, podem ser contornadas.

Essa dificuldade em aplicar algumas regras de contingência está na mesma linha da percepção de Holmes de que, no fundo, todos os contratos são formais. O contrato é o acordo de vontades, independente de forma; no entanto, essa vontade não é acessível pelas cortes diretamente, mas por seus sinais exteriores. Não há, portanto, qualquer diferença prática em dizer que o encontro entre esses sinais exteriores é o próprio contrato⁶⁷. Nessa perspectiva, o caráter protelatório dos embargos de declaração é, muitas vezes, a própria oposição sucessiva, é o próprio conteúdo conflitante com teses vinculantes. Assim, a parte pode opor embargos protelatórios, mas não de forma sucessiva e sem rediscutir questões resolvidas com base em teses vinculantes.

O exemplo dos embargos de declaração permite examinar outra dificuldade aplicativa das regras em geral e das regras de contingência em particular. Roscoe Pound argumentou que, às vezes, as regras jurídicas vigentes em uma comunidade são diferentes daquelas *oficialmente* vigentes. Uma das razões para que isso aconteça é que a administração burocrática adapta a “letra da lei” para suas necessidades⁶⁸. Como a capacidade de trabalho da burocracia judiciária é limitada, ela talvez não enxergue como produtiva a distinção entre embargos protelatórios e não-protelatórios em casos não-óbvios – isto é, em casos que não contenham os sinais já fixados e consolidados – e, por

64 LOPUCKI Lynn. M. WEYRAUCH, Walter O. A theory of legal strategy. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 6, p. 1405-1486, 2000. p. 1410.

65 No tema 698 de Recurso Repetitivo, o STJ fixou a seguinte tese: “Caracterizam-se como protelatórios os embargos de declaração que visam rediscutir matéria já apreciada e decidida pela Corte de origem em conformidade com súmula do STJ ou STF ou, ainda, precedente julgado pelo rito dos artigos 543-C e 543-B, do CPC”
66 Cf. STJ. AgInt no AREsp n. 261.192/MG, relator Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador Convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 14/8/2018, DJe de 21/8/2018; STJ. HC n. 426.341/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/4/2018, DJe de 17/4/2018; STJ. AgRg no REsp n. 1.172.792/CE, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/5/2015, DJe de 20/5/2015.

67 HOLMES Junior, Oliver Wendell. *The path of the law*. Harvard Law Review, v. 110, n. 5, p. 991-1009, 1997. p. 996

68 POUND, Roscoe. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, 1910, p. 12-36. *passim*.

não considerar que haja nisso grande desvantagem, não distingue e não pune esses casos não-óbvios.

A má-fé das partes, de todo modo, é incontornável e irreprimível. O que é reprimível são seus sinais exteriores, “óbvios” ou não. L.A. Becker, para quem o processo é a continuação do conflito por outros meios⁶⁹, defende que a lealdade processual é um mito:

“A regra estratégica é toda litigância ser de má-fé – mesmo porque soa como um contra-senso a existência de boa-fé em algum tipo de litigância.”⁷⁰

Becker observa também que as hipóteses de má-fé processual que o Código escolheu especificar são apenas aquela que atravancam o atingimento do resultado do processo: o recurso protelatório, a resistência injustificada ao andamento processual, etc.⁷¹.

A Súmula Vinculante nº 13, do exemplo que abre este tópico, não se aplica a nomeações para cargos políticos. A jurisprudência criou uma regra de contingência para essa exceção: ela não se aplica na hipótese de “fraude à lei”, a qual pode se caracterizar, por exemplo, pela desproporção entre a qualificação técnica da pessoa nomeada e as funções do cargo⁷². Mas esses sinais exteriores da “fraude à lei” podem nunca aparecer. Pode-se nomear um sobrinho para um cargo de menor importância, embora nominalmente político, apenas porque a irmã do gestor público, mãe do nomeado, pediu-lhe que arrumasse um emprego para o filho. Mas o nomeado pode não ter qualificação manifestamente inadequada para o desempenho do cargo, e não vir à luz qualquer outro sinal de fraude à vedação ao nepotismo.

Mas não é apenas por causa das dificuldades cognitivas que as razões substantivas não prevalecem em todos os casos. O fato é que nem sempre, quando os juízes se deparam com subinclusões e sobreinclusões, e mesmo com pleno conhecimento dos fatos, eles alteram a regra ou aplicam uma regra de contingência. O fato de que os juízes criam direito não significa que eles *sempre* criem novo direito abstrato. Para Hart, essa é uma das duas visões extremas que a doutrina dos Estados Unidos costuma ter sobre o direito

69 BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. p. 319-320.

70 *Idem*, p. 321

71 *Idem*, p. 321.

72 Cf. STF. AgRg na Rcl nº 22286. Relator Min. Luiz Fux. Julgado em 16/02/2016, DJ 02/03/2016.

– o sonho nobre e o pesadelo⁷³. Para a visão que ele chama de pesadelo, a atividade judiciária é cripto-legislativa e os juízes, na realidade, fazem o que querem sem restrições. Esse é um erro tanto quanto a visão do “sonho nobre”, segundo a qual há sempre uma resposta correta pré-existente que cabe ao juiz apenas encontrar⁷⁴. São, “como qualquer outro pesadelo e qualquer outro sonho nobre”, ilusões. A realidade é que às vezes os juízes criam novo direito, e às vezes não⁷⁵.

Schauer verificou empiricamente que mesmo o caso *Riggs v. Palmer* não foi representativo. Há inúmeros precedentes nas Cortes dos Estados Unidos, antes e depois de *Riggs v. Palmer*, nos quais a indignidade do herdeiro é tida como irrelevante⁷⁶.

Para alguns autores, uma “diferenciação funcional” entre o direito e os demais sistemas sociais é até mesmo uma exigência da modernidade. Para Marcelo Neves, a hipercomplexificação da sociedade moderna lança na esfera pública muitos valores, expectativas e interesses conflitantes – de modo que a sociedade moderna se caracteriza por um dissenso contencioso estrutural e por uma fragmentação da moral⁷⁷. Assim, o direito atua como mediador entre as várias opiniões sobre conteúdos jurídico-políticos, e, por conseguinte, a positivação do direito é condição da convivência com o dissenso⁷⁸. De forma mais direta, Eros Grau também vê na calculabilidade dos conflitos uma exigência da modernidade⁷⁹. Para Luhmann, a estabilização das expectativas normativas compõe o a própria função do direito⁸⁰.

O direito, portanto, embora possa mudar até mesmo diante de um caso concreto, guarda relativa estabilidade quanto às normas vigentes. Mas há também razões de ordem mais específica que tendem a manter a sua estabilidade.

Às vezes, *haver alguma regra* pode ser também uma razão subjacente substantiva⁸¹. O artigo 60 do Código Civil garante a um quinto dos associados o direito de convocar os órgãos deliberativos das associações. Qual é a razão substantiva para que seja um quinto, e não um sexto ou um quarto? Ou 22%? É razoável dizer que a necessidade das minorias associativas de ter segurança sobre seu modo de agir – e,

73 HART, H. L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 1983, p. 123-158. p. 125 e ss.

74 Idem. p. 133 e ss.

75 Idem. p. 144.

76 SCHAUER, Frederick. The limited domain of the law. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 7, 2013, p. 1909-1956. p. 1936-1937.

77 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 123 e ss.

78 Idem. p. 142 e ss.

79 Cf. GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 13-23.

80 LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 165 e ss.

81 Cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 95-96.

portanto, de haver *alguma regra numérica, seja qual seja* – é uma das razões subjacentes da regra. O mesmo ocorre aos prazos processuais ou prescricionais. A aplicação de uma regra pode ser subinclusiva ou sobreinclusiva em relação a algumas de suas razões subjacentes, mas não o ser em relação a outras razões de maior peso. Esse tipo de situação tende a desanimar as alterações das regras *ex post facto*. No direito penal, por exemplo, a taxatividade dos conteúdos das normas punitivas é uma das características fundamentais dos Estados civilizados⁸², de modo que, mesmo diante de subinclusões e sobreinclusões, a estabilidade da norma deve prevalecer.

O *Manual do Chicanista* descreve a seguinte artimanha:

Note, meu sagaz amigo Doutor, que o crime de emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado está previsto no Capítulo VI do Título II, da Parte Especial de nosso Código Penal, no artigo 171, parágrafo 2º, inciso VI, fixando como pena uma cadeiazinha, sob a forma de reclusão, de um a cinco anos. É tempo toda vida, ein, Doutor?!

Quanto às penas de multa, devido à inflação, nem se deve perder tempo de falar nelas, pois já servem só para dar risada.

Mas, escravos da lei que somos, vamos buscar socorro somente dentro dela e com ela.

Ora, como você sabe, Doutor, o Estatuto Penal em vigor não admite a analogia. Nem gosta de interpretações extensivas ou aéreas. Quando o Código Punitivo não fornece a norma, é natural que se recorra a uma norma extrapenal, para que ele seja adequadamente aplicado.

Não vamos perder tempo em esmiuçar essa questão de normas, tratada por BINDING em “DIE NORMEN” e pelo corajoso LUIS JIMENEZ DE ASÚA no seu “TRATADO”.

Em resumo, a questão é a seguinte: quando o próprio Código Penal não definir alguma figura a que se refira, temos que procurar essa definição em outra lei.

Ora, o referido artigo 171 fala em *cheque*, mas não diz o que é *cheque*. Temos então que procurar, na Lei do Cheque, saber o que ele é.

A lei 2.591, de 7 de agosto de 1912 (velha mas ainda em vigor), no seu artigo 1º, deixou bem claro que cheque é uma ordem de pagamento À VISTA.

Quando seu honesto e escrupuloso cliente precisar emitir um cheque, para dá-lo em garantia a alguém, num empréstimo ou numa protelação de pagamento, usualmente fornece o documento, pré-datado, mesmo correndo o credor o risco muito sério, mas pouco constante, do emitente *esticar as canelas* antes da data em que supostamente teria sido assinado o cheque

Mas, considerando o costume em vigor, da emissão do cheque com data posterior, seu cliente deve preferentemente preenchê-lo à máquina, datá-lo e assiná-lo. Em seguida, tire uma fotocópia e autentique-a em cartório, ficando, logicamente, com ela, e entregando o original ao credor. Quando chegar a data do vencimento, evidentemente ele não irá pagar. Aí, o portador do cheque vai ameaçar seu cliente, com a *Dona Justina*. Então é hora dele dar risada. Dele e de você se rirem. Bastará esfregar a fotocópia no “naso” do idiota dizendo-lhe:

– Não lhe dei nenhum *cheque* porque não lhe dei ordem de pagamento à vista. Meu chefe, o tabelião aqui está comprovando que há trinta dias atrás eu lhe emiti este *chamado* cheque. Senão como é que, naquela data, ele poderia ter sido fotocopiado e reconhecido, já com a data posterior?! Se você quiser leva-lo a juízo, pode fazê-lo e pagará de multa, pela recente lei, importância

82 Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madri: Trotta, 1995. p. 373 e ss.

correspondente ao valor do cheque, mas sempre respeitado o mínimo de cinquenta cruzeiros novos. E mais: ameaçando-me de processo penal, você está caindo no artigo 160 do Código Penal, porque me exigiu o cheque como garantia de dívida, abusando da minha pobre situação de devedor inexperiente e desesperado. Você está sujeito a ser preso por até três anos. E sem “sursis”, meu amigo, sem “sursis”.

No final das contas, você, como bom cristão, Doutor, não deve exigir em décuplo o valor do cheque, para não processar o agiota.

Contente-se, aí, com o dobro.

Ou, no máximo, o triplo.

Que diabo! Nós somos católicos, Doutor!⁸³

Apesar da evidente subinclusão da norma penal, que torna o fato atípico por um detalhe, o princípio da legalidade penal impede efetivamente que se altere ou adapte a regra para punir o cliente do chicanista⁸⁴.

O fato de que as regras procuram frequentemente atingir sua razão subjacente de modo indireto (nos exemplos das normas anti-inflacionárias, de combate à lavagem de dinheiro, de proibição das ferramentas de furto) é outra razão que concorre para sua estabilidade. A eleição de maneiras indiretas para atingir os objetivos impede que se transforme numa enunciação prescritiva da sua razão subjacente. Para Luhmann, o sistema jurídico só comporta programas condicionais, do tipo “se-então” – e não programas verdadeiramente finalísticos – “os programas finalísticos podem ser incluídos apenas no contexto de um programa condicional”⁸⁵. Para julgar uma conduta segundo seus fins, é preciso distinguir entre o futuro presente e o presente futuro. Aquilo que se espera, no presente, como resultado futuro de uma conduta pode acabar não se realizando⁸⁶. No entanto, a ilicitude ou ilicitude de uma conduta precisa se dar no presente. Não se podem aguardar seus desdobramentos futuros para julgar a conduta presente. Seria absurdo que se tivesse de aguardar os resultados efetivamente anti-inflacionários futuros de uma norma com essa finalidade para julgar, à luz desses resultados, as condutas concretas que se deram muito tempo antes. Decisões jurídicas segundo critérios aparentemente finalísticos julgam, na verdade, segundo o futuro

83 BÉ CARIA, Doutor Cesário da. *Manual do chicanista*. ed. 7 Brasília: Editora de Brasília, 1968. p. 136-138)

84Essa atipicidade da conduta da emissão de cheque pré-datado sem fundo de fato prevalece na jurisprudência. Ver, por exemplo, STJ. RHC n. 13.793/SP, Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 19/12/2003. A impossibilidade da cobrança e o argumento de incidência do art. 160 do Código Penal não parecem corresponder ao ordenamento vigente, e têm lugar apenas para o efeito cômico da história. Parece-nos, no entanto, que, de fato, o credor praticou a conduta tipificada como calúnia (art. 138 do Código Penal), embora provavelmente sem *animus caluniandi*.

85 LUHMANN, op. cit., p. 260.

86 Idem, p. 264-265.

projetado no presente – e, portanto, por meio de programas condicionais do tipo “se-então”⁸⁷.

A norma que proíbe ferramentas de furto tem de valer no presente independentemente de sua efetividade, que só será revelada no futuro, para a finalidade de reduzir os furtos⁸⁸. Esse modo indireto de buscar finalidade por meio de normas, a partir de uma previsão do futuro projetada no presente, implica que o que as regras de fato prescrevem é importante⁸⁹. A prescrição direta das finalidades é inviável. Basta pensar na possibilidade de, em vez da *backpass rule*, o jogo de futebol contar com uma regra de que “é obrigatório jogar de forma emocionante”.

Em 1995, o Estado de Montana, nos Estados Unidos, aboliu os limites de velocidade e os substituiu pelo dever de “dirigir de forma cuidadosa e prudente, em uma velocidade não maior que a razoável”⁹⁰. Segundo estudo de Cass Sunstein e Robert E. King, o comportamento dos motoristas no trânsito continuou praticamente o mesmo⁹¹ – no entanto, mais multas de trânsito foram emitidas pelas autoridades e a litigância sobre elas também aumentou⁹². A falta de critérios consistentes levou à execução “arbitrária e inefetiva da lei”⁹³. É razoável pensar que o mesmo ocorreria no futebol se, em vez de regras como a *backpass rule*, houvesse proibições genéricas da “cera”.

As regras de contingência também não atuam sempre para fechar os campos de subinclusão e superinclusão. Aplicar o direito exige que o órgão encarregado de fazê-lo fixe o significado, diante do caso concreto, de um texto normativo geral para definir a regra de decisão concreta⁹⁴. Como essa regra de decisão concreta é uma mera possibilidade⁹⁵ – e uma possibilidade ainda mais remota em regras cujo predicado fático é dotado de maior vagueza e indeterminação⁹⁶, como costuma ser o caso das regras de

87 Idem.p. 266 e ss.

88 Embora a comprovada inefetividade possa, segundo alguns autores, conduzir à sua inconstitucionalidade. Remete-se mais uma vez ao texto do Raquel Scalcon (SCALCON, Raquel Lima. Controle constitucional de efeitos concretos (fins) de normas jurídicas. *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, v. 30, n. 1, 2020, *passim*).

89 Cf. SCHAUER, op. cit., p. 17-18.

90 SUNSTEIN, Cass. KING, Robert E. Doing without speed limits. *Boston University Law Review*, v. 78, feb. 1999. p. 158 e ss. Esse texto também é, por razões similares, discutido por Schauer (SCHAUER, op. cit. p. 16 e ss).

91 SUNSTEIN, op. cit., p. 162-173.

92 Idem. p. 178 e ss.

93 Idem. p. 183.

94 Cf. MÜLLER, Friedrich. Teses sobre a estrutura das normas Jurídicas. *Revista dos Tribunais*, n. 929, mar. 2013, p. 193-209. p. 208. Ver também: GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. p. 34-35; NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 196 e ss. Normalmente, a partir de regras (mas não de princípios), é possível construir diretamente a regra de decisão (cf. NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019. p. 124-125).

95 NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 46.

96 Neves menciona como propriedades dos princípios jurídicos uma hipótese normativa (predicado fático) ampla e uma relação flexível entre antecedente e consequente (NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules* p. 123-124). Schauer fala do *standard* como uma estrutura do direito distinta da regra. O *standard* se caracteriza por ser “vago, geral e impreciso” – como a norma que determina que as decisões em matéria de direito de família atenderão “o melhor interesse da criança ou do adolescente” (cf. SCHAUER, op. cit. p. 188 e ss.). Este trabalho não se compromete com nenhum dos conceitos, mas reconhece que há normas jurídicas de

contingência – pode ser que a regra de contingência não venha a incidir concretamente. As sanções por litigância de má-fé, por exemplo, em geral não são aplicadas⁹⁷ – e nem há incentivo para que os juízes as apliquem⁹⁸.

A dificuldade de que a aplicação de uma regra de contingência aberta ao caso concreto é uma mera possibilidade é em parte superada quando a jurisprudência fixa seus sentidos intermediários⁹⁹ – isto é, quando estabiliza, entre a norma geral e o caso concreto, normas mais concretas atribuíveis à norma geral. É o que se discutiu a respeito dos embargos de declaração: a vedação aos embargos protelatórios do art. 1.026. § 2º, do Código de Processo Civil¹⁰⁰ se torna a vedação mais concreta à oposição sucessiva de embargos ou à rediscussão de teses vinculantes. Essas regras que constituem o sentido intermediário dos textos gerais possuem, no entanto, seus próprios campos de subinclusão e superinclusão.

E nem sempre há regras de contingência. A jurisprudência do STJ afirma, por exemplo, que o direito brasileiro não adotou a doutrina do *forum non conveniens*¹⁰¹ – isto é, a vedação de que, em situações em que há opções de foros concorrentes, a parte a quem caiba a escolha a faça de forma abusiva.

O direito, portanto, é um conjunto *relativamente* estável de prescrições. O grau dessa estabilidade relativa é variável segundo o ordenamento histórico concreto. As regras podem mudar repentinamente e ser aplicadas retroativamente, por razões substantivas ou pela atribuição de novos e inéditos sentidos a regras de contingência. No entanto, isso não acontece em todos os casos. Às vezes os juízes mudam as regras e às vezes não. Muitas vezes fatos que, se conhecidos, poderiam suscitar conflitos substantivos ou aplicação de regras de contingência não são conhecidos ou provados. Alguns fatores específicos concorrem para que as regras não mudem. Uma é que a própria existência de *uma regra* pode ser a razão subjacente de maior peso de uma regra. Outra é que programas finalísticos encontram obstáculos lógicos no direito e, portanto, regras que buscam atingir indiretamente uma finalidade em geral não podem ser avaliadas, no

caráter mais aberto – princípios, *standards*, cláusulas gerais – cuja aplicabilidade ao caso concreto é mais difícil de determinar do que outras de caráter mais fechado; normas cuja área de penumbra é mais ampla, para usar a terminologia hartiana de que este trabalho já serviu anteriormente.

97 BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. 321-322.

98 Cf. WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 560-562. A esse propósito, cabe relembra a já citada observação de Roscoe Pound de que a administração da justiça, na prática, adapta a lei a suas necessidades concretas.

99 Sobre a fixação de sentidos intermediários, cf. MELLO, João Pedro de Souza. Relação jurídica processual, bilateralidade e pensamento conceitual no direito. *Civil Procedure Review*, v. 13, n. 1, 2022, p. 49-79. nota 118.

100 “§ 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa”.

101 STJ. REsp n. 1.633.275/SC, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 8/11/2016, DJe de 14/11/2016; MC n. 15.398/RJ, relatora Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 2/4/2009, DJe de 23/4/2009.

presente, em vista dessa finalidade, de modo que não emergem conflitos substantivos. Além disso, para muitas situações simplesmente não há regras de contingência.

1.4. O ponto-de-vista interno, o ponto-de-vista externo e o homem mau

“Fiz o gol um pouco com a cabeça e um pouco com a mão de Deus”. Assim Diego Maradona explicou, após a partida, a jogada que deu origem a um dos maiores erros de arbitragem da história do futebol. A seleção da Argentina disputava com a Inglaterra as quartas-de-final da Copa do Mundo de 1986. O primeiro tempo terminara empatado em zero a zero. Aos cinco minutos do segundo tempo, depois de uma tentativa do meio-campista inglês Steve Hodge de recuar a bola pelo ar, Maradona salta para disputar a bola com o goleiro Peter Shilton. Maradona tinha um metro e sessenta e cinco centímetros de altura. Peter Shilton tinha um metro e oitenta e três. Para compensar a diferença de altura, Maradona ergue a mão esquerda e empurra a bola para o gol. Segundo as regras do jogo, o gol deveria ter sido anulado e Maradona deveria ter recebido um cartão amarelo. O árbitro, no entanto, sob os protestos dos ingleses, convalidou o gol. A Argentina venceu esse jogo por um gol de diferença e, sete dias depois, foi campeã da Copa do Mundo. Anos mais tarde, o próprio Maradona confessaria não apenas que sabia que o gol fora marcado com a mão¹⁰², mas que “decidiu o que o árbitro e o bandeirinha não se animaram a decidir”¹⁰³ e, com a convicção de sua comemoração, influenciou a marcação do gol.

O que proporcionou a vitória da Argentina foi a ausência de aplicação da sanção prevista para a violação da norma. Essa falha de aplicação foi causada por um erro de percepção das autoridades responsáveis pela partida, que não viram o toque de mão. Um dos bandeirinhas afirmou que o próprio árbitro Ali Bin Nasser foi mais tarde tomado por tristeza, ao ver, na televisão, os *replays* da jogada¹⁰⁴; o próprio Maradona chegou a afirmar que, houvesse tecnologia para analisar a partida, o gol não seria validado¹⁰⁵.

Em uma partida informal de futebol, sem árbitro, os próprios jogadores conseguem aplicar razoavelmente as regras, com poucos conflitos¹⁰⁶. A instituição de uma autoridade encarregada de fazê-lo, típica da passagem de um sistema jurídico

102 MARADONA, Diego Armando. *Yo soy yo Diego*. Barcelona: Editorial Planeta, 2004. p. 78.

103 MARADONA, Diego Armando. *México 86: así ganamos la copa: mi mundial, mi verdad*. Buenos Aires: Sudamericana, 2016. p. 121.

104 SHUMANOV, Metodi. How Diego Maradona's Hand of God goal ignited a feud between the men who gave it. *The Guardian*. 2014. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/football/blog/2014/dec/10/diego-maradona-hand-of-god-referees-feud>>. Acesso em 28 de outubro de 2021.

105 MARADONA, op. cit., p. 126.

106 Segundo a lição de HART, H. L. A. *The concept of law*. ed. 3. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 142

estritamente consuetudinário para uma ordem madura, possui um risco inerente¹⁰⁷. Hart descreve esse risco assim:

Quando um árbitro oficial é instituído, e suas decisões sobre a pontuação se tornam finais, enunciados a respeito da pontuação formulados pelos jogadores ou por quaisquer não-autoridades não têm qualquer valor dentro do jogo; esses enunciados são irrelevantes para o resultado.¹⁰⁸

Com efeito, um articulista da BBC teria escrito a propósito do gol de mão que “foi um gol totalmente legítimo, porque foi convalidado pelo árbitro. E não sou eu quem vai duvidar da honestidade do árbitro”.¹⁰⁹

Figura 1 – *La mano de Dios*, foto de Alejandro Ojeda Carbajal



Fonte: Bob Thomas Sports Photography¹¹⁰, 1986.

Os jogadores, os técnicos, os torcedores, os comentaristas esportivos, ao criticar uma decisão, realizam a exata mesma atividade do árbitro: a de avaliar o jogo tomando como referência suas regras; seus enunciados não oficiais, entretanto, em confronto com os oficiais — aqueles emanados do árbitro — não têm qualquer relevância para o resultado do jogo¹¹¹. Enunciados não oficiais também podem ser formulados depois do

107 Idem, p. 143

108 (HART, 2012, p. 143. Tradução livre).

109 MARADONA, op. cit., p 78.

110 Disponível em: <https://www.gettyimages.com.br/detail/foto-jornal%3ADstica/sport-football-1986-football-world-cup-mexico-foto-jornal%3ADstica/78986258>. Acesso em: 25 out. 2021

111 HART, op. cit., p. 143.

encerramento da partida — e, aí, serão não oficiais até mesmo aqueles formulados pelo próprio árbitro. Quando Ali Bin Nasser assistiu os *replays* na televisão, talvez tenha formulado, extemporaneamente, um enunciado segundo o qual o gol de Maradona fosse nulo. Esse enunciado terá sido tão extraoficial quanto o formulado por qualquer jogador.

O fato de que a decisão do árbitro no momento da partida é a única que tem relevância para o resultado pode ser uma causa de ceticismo em relação às normas — uma visão que pode ser expressa pela afirmação “gol é aquilo que o árbitro diz que é”¹¹². Essa ideia confunde o caráter final da decisão do árbitro com sua infalibilidade. A instituição do árbitro institui também a possibilidade do erro de arbitragem. Como a decisão do árbitro é final, suas decisões erradas valem tanto quanto as corretas¹¹³; no entanto, a regra “gol é aquilo que o árbitro diz que é” não é a regra do gol, mas uma regra secundária que estabelece autoridade para aplicar a regra do gol¹¹⁴ — isto é, para aplicar aquela segundo a qual um gol é marcado quando a bola atravessa a linha da baliza do campo do time adversário, exceto quando chutada por um jogador impedido.

O erro de arbitragem não impede a continuidade do jogo. Mas há limites. Como explica Hart, se as decisões aberrantes do árbitro se tornam frequentes, ou se o árbitro repudia as regras do jogo, chegará um ponto em que ou os jogadores deixarão de aceitar as decisões do árbitro ou o jogo terá mudado — não será mais futebol, mas será “o jogo do árbitro do árbitro”¹¹⁵. Seria uma transformação; no entanto, não há razão para supor que o jogo presente é, desde logo, aquele que tomaria lugar caso essa transformação se desse efetivamente¹¹⁶.

O jogo em que Maradona marca um gol de mão ainda é futebol — mas o resultado da partida é definido por um erro de aplicação das regras do jogo. Poder-se-ia formular, assim, a respeito dessa partida, a seguinte afirmação:

Embora, segundo as regras do futebol, o gol marcado por Maradona seja inválido, o árbitro alterou o placar acrescentando um gol em favor da seleção da Argentina.

A afirmação acima é análoga à utilizada por Robert Alexy para explicar a diferença entre as perspectivas do observador e a do participante. Segundo esse autor, a seguinte

112HART, op. cit., p. 141.

113Idem. p. 144.

114Ibidem.

115 Idem. p. 144.

116Idem. p. 146.

afirmação contém uma contradição se enunciada do ponto-de-vista do observador, mas não se enunciada do ponto-de-vista do participante:

A não foi privado da cidadania segundo o direito alemão. No entanto, todos os tribunais e autoridades da Alemanha o tratam como desnaturalizado¹¹⁷.

A perspectiva do participante é aquela que, dentro do sistema jurídico, disputa o conteúdo daquilo que é determinado, proibido e permitido por esse sistema. Quando um acadêmico escreve um artigo doutrinário, adota a perspectiva do participante. A figura do juiz é central para a perspectiva do participante, porque seu discurso é sobre como um juiz deveria decidir. A perspectiva do observador, por sua vez, descreve como as decisões são de fato tomadas em um sistema jurídico¹¹⁸.

O observador e o participante operam com conceitos distintos de direito. Para o observador, o direito tem uma dimensão factual. Para o participante, o direito também possui uma dimensão ideal¹¹⁹.

Por isso, do ponto-de-vista do observador o exemplo de Alexy encerra uma contradição: se o direito são as decisões como de fato são tomadas, então não há espaço para dizer que elas não correspondem ao direito. Fazer afirmações sobre a incorreção de uma decisão é já disputar o conteúdo do direito e, assim, adotar a perspectiva do participante.

Do mesmo modo, a afirmação sobre o gol de Maradona é contraditória sob a perspectiva do observador, que é precisamente aquela adotada pelo referido articulista da BBC: se o árbitro marcou, então foi gol. Dizer que houve erro de arbitragem só é possível sob a perspectiva do participante.

É preciso não confundir a perspectiva do participante com a perspectiva do jogador. As perspectivas do participante e do observador são discursivas. O que define o jogador não é seu discurso, mas o fato de que joga o jogo. O jogador pode adotar, a depender da situação, qualquer uma das perspectivas. Quando reclama que não foi marcado um pênalti, adota a perspectiva do participante; quando avalia que pode jogar de forma mais dura porque o árbitro da partida tem o perfil de marcar menos faltas, adota a perspectiva do observador.

117 ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 29-30.

118 ALEXY, op. cit., p. 25.

119 ALEXY, Robert. *An answer to Joseph Raz*. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, rights and discourse*. Oxford: Hart, 2007. p. 37-55. p. 48

Hart faz distinção similar. Para ele, há duas maneiras de se relacionar com as normas. Um indivíduo pode lidar com elas do ponto-de-vista interno — aceitando-as como orientadoras da sua conduta, bem como seu descumprimento como *razão* para uma reação hostil — ou do ponto-de-vista externo, a partir do qual enxergará a conduta contrária à norma como o augúrio de uma punição provável¹²⁰.

Para Hart, o ponto-de-vista externo é também aquele do membro do grupo que rejeita as regras e apenas se preocupa com elas quando calcula que sua violação pode produzir consequências desagradáveis¹²¹. Hart deixa claro, desse modo, que também o jogador pode adotar a perspectiva externa.

O membro do grupo que adota a perspectiva externa é aquele a que Holmes chamava “o homem mau”¹²². Para o homem mau, o dever jurídico significa, em primeiro lugar, uma profecia de que haverá consequências desagradáveis — como o aprisionamento ou o pagamento forçado — para certas condutas. Para ele, não há diferença entre pagar uma mesma quantia ao Estado por força de um tributo ou por força de uma multa aplicada com sanção.

É clara a influência de Holmes, por exemplo, quando Calabresi e Melamed definem o que seria a regra de responsabilidade. Para esses autores, um bem-da-vida¹²³ é protegido por uma regra de propriedade (*property rule*) quando quem quer que deseje removê-lo de seu titular precisar comprá-lo dele por meio de uma transação voluntária. O bem-da-vida, de outro lado, é protegido por uma regra de responsabilidade (*liability rule*) quando alguém puder retirá-lo do titular original ou destruí-lo se estiver disposto a pagar por isso um valor objetivamente determinado por um órgão do Estado¹²⁴.

A leitura da regra de responsabilidade como precificação da destruição é uma análise do ponto-de-vista externo: enfatiza apenas a consequência da violação à norma. É a visão do homem mau: que se pergunta apenas quais serão as prováveis reações oficiais desencadeadas pela conduta. Com efeito, do ponto-de-vista externo, a diferença entre preço e penalidade é ilusória¹²⁵. A esse respeito, Schauer recorda-nos do Sr. Mulliner, personagem de Wodehouse, o qual, ao ver uma placa no trem que anuncia a multa de 5

120 HART, op. cit. p. 89-90.

121 *Idem*. p. 90.

122 HOLMES Junior, Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 5, p. 991-1009, 1997. p. 992-994. Para Holmes, essa perspectiva do homem mau é a própria definição de direito (p. 993). Hart, acertadamente, argumenta que a teoria de Holmes é limitada porque desconsidera o ponto-de-vista interno (cf. HART, 2012, p. 141 e ss).

123 No original: *entitlement*. A tradução é imperfeita, mas não apresenta prejuízo de compreensão para o argumento desenvolvido neste texto.

124 CALABRESI, Guido. MELAMED, Douglas A. *Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral*. p. 1092

125 SCHAUER, Frederick. *The force of law*. p. 130

libras para quem puxar, sem necessidade, a alavanca de emergência, pensa na “disposição esportiva de as empresas ferroviárias deixarem seus clientes darem um puxão a um preço extremamente moderado de 5 libras por vez”¹²⁶.

Também é a análise externa que permite identificar uma quebra eficiente de contrato. Isto é: uma situação em que o surgimento de uma oportunidade externa à relação contratual torna o rompimento do contrato vantajoso a tal ponto que seus ganhos superem as consequências desvantajosas que decorrem desse rompimento¹²⁷.

Maradona, como ele próprio declarou, marcou vários gols de mão ao longo de sua carreira; alguns anulados, outros não. Fez disso uma estratégia habitual de jogo¹²⁸. A aposta no erro de arbitragem é uma tática que pressupõe o ponto-de-vista externo ou do observador. A análise por essa perspectiva revela que a reação do árbitro ao gol marcado com a mão *provavelmente* será declarar o gol inválido. O árbitro, no entanto, que não é infalível, às vezes marcará como válido o gol feito com a mão. Quando isso ocorrer, Maradona colhe resultados positivos da sua estratégia de sistemática violação das regras do jogo. Com efeito, a depender da eficácia dos mecanismos de monitoramento e repressão, a violação sistemática das regras pode ser uma estratégia eficiente¹²⁹.

O próprio Maradona considerou improvável que o árbitro e o bandeirinha tivessem ficado em dúvida sobre a validade do gol. Esse, diria depois, era o verdadeiro significado de ter feito o gol com a “mão de Deus”: “porque é muito difícil que a jogada não seja vista por duas pessoas: o árbitro e o bandeirinha. Por isso disse que foi a mão de Deus”¹³⁰. Nesse sentido, Maradona é o homem mau de Holmes.

Em outra jogada de mão, essa de Luis Suárez, a seleção do Uruguai garantiu sua classificação para as semifinais da Copa do Mundo de 2010. A importação desse episódio como metáfora para o direito foi feita primeiro por Rubens Glezer, no livro *Catimba Constitucional*, que assim narra o ocorrido:

Gana e Uruguai disputaram um dos jogos mais intensos e inesquecíveis de todas as Copas do Mundo. Era apenas uma disputa de quartas de final da Copa de 2010, mas havia muito em jogo. Para o Uruguai, era a chance de ir para uma Semifinal depois de 40 anos sem chegar tão longe na disputa, enquanto Gana tinha chance de ser o primeiro país africano a fazê-lo. O jogo, acirrado desde

126 *Idem*.

127 A respeito disso, cf. AKAISHI, Juliana Tiemi Mizunoto. Quebra eficiente dos contratos bilaterais e teoria dos incentivos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 2, p. 241-253, 2010. As teorias expostas por Akaishi comportam também algumas análises do ponto-de-vista interno. Quando diz, por exemplo, que a melhor solução no caso de quebra eficiente do contrato é a reparação pelas perdas e danos e não a execução específica,

128 MARADONA, op. cit., p. 122.

129 Cf. NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990, p. 4.

130 MARADONA, op. cit., p. 123. Tradução livre.

o início, caminhava para uma resolução por pênaltis, em razão do empate. Porém, no último minuto da prorrogação de tempo, o jogo é marcado por um lance histórico. Gana sofre uma falta perto da área e consegue uma oportunidade de desempate e vitória. A falta é cobrada e Gana realiza três tentativas de chute ao gol: o goleiro bloqueia uma cabeçada com as mãos, mas a bola cai nos pés de outro atacante que dá um chute firme, mas que acaba sendo rebatido por acertar as penas de um dos zagueiros, e com isso a bola volta alta para a área e é cabeçada com agilidade e força por um atacante de Gana. A bola iria entrar no gol, porém o jogador Luiz Suárez, atacante do Uruguai, defende a bola com as mãos como se fosse o goleiro. Suárez foi expulso e o pênalti marcado. O atacante Asamoah Gyan é escolhido para bater o pênalti, mas diante da pressão chuta a bola no travessão e erra a cobrança. A disputa vai para os pênaltis e Gana é derrotada por 4 a 2. Asamoah Gyan se aposentou em 2012, aos 26 anos, com a declaração de que nunca se recuperou totalmente daquela fatídica oportunidade perdida. Suárez conquistou dali em diante uma carreira de sucesso no clube inglês Liverpool e posteriormente no espanhol Barcelona, acumulando prêmios e conquistando altas remunerações¹³¹.

Há uma diferença fundamental entre a “mão de Deus” de Suárez e a de Maradona. Ao passo que Maradona contou com um erro da autoridade responsável pela aplicação da regra, no caso de Suárez não houve qualquer erro de arbitragem. A regra foi corretamente aplicada. Suárez foi punido com um cartão vermelho e o pênalti foi marcado. O que aconteceu foi uma análise do jogador de que, diante das circunstâncias, as consequências desvantajosas prováveis para a conduta de defender o gol com a mão seriam inferiores ao ganho produzido pela violação da norma. Trocou um gol contra sua equipe em um momento crucial por um cartão vermelho e um pênalti. Glezer conjectura a possível análise de Suárez sobre a situação:

(...) Suárez modificou o resultado do jogo, não pela sua qualidade técnica, mas por explorar bem a possibilidade de cometer uma falta. É razoável supor que Suárez decidiu que sua expulsão no segundo final do jogo foi bem empregada em troca de um pênalti com alta carga emocional/ a pressão em um atacante que deve marcar o gol de pênalti decisivo já esmagou muitos craques. E Suárez muito provavelmente antecipou esse cenário.¹³²

Também há, no entanto, uma importante semelhança entre a jogada de Suárez e a de Maradona. Embora uma conte com o erro e a outra não, ambas são estratégias que dependem de uma análise externa das regras. São táticas de “homens maus”, que se preocupam apenas com a possibilidade de consequências desfavoráveis e com a natureza

131 O livro de Rubens Glezer tem uma espécie de parentesco com este trabalho, pois também trata do uso superinclusivo e subinclusivo de instrumentos processuais; no entanto, a abordagem de Glezer guarda uma significativa diferença em relação a esta, e a realidade estudada por ele é mais sombria: em sua obra, os “homens maus” não são as partes, mas os próprios juízes.

132 GLEZER, Rubens. *Catimba constitucional*. ed. 2. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 29-30

dessas consequências. Estão dispostos a infringir as regras quando calcularem que os benefícios da infração compensarão a probabilidade de reação hostil.

Quando aproveitamos o conceito de “homem mau” de Holmes não lhe imprimimos nenhum juízo moral; utilizamo-nos apenas como recurso literário para descrever uma perspectiva radicalmente externa de análise da ordem jurídica. As ações do “homem mau” podem, assim, ser indubitavelmente boas. Há análises segundo as quais o gol de mão de Maradona vingou, no imaginário dos argentinos, o ressentimento que causara, quatro anos antes, a tomada pela Inglaterra das Ilhas Malvinas¹³³.

O advogado Saulo Ramos, em seu livro de memórias, narra que durante a ditadura foi aberto um inquérito contra o prefeito de Santos, José Gomes, em razão de suspeitas de associação ao comunismo¹³⁴. Como era um processo de interesse dos militares, Ramos avaliou que de nada valia a defesa dos advogados. Não haveria efetividade em discutir se o prefeito tinha ou não tinha praticado o fato, se o fato era ou não era criminoso — em suma, estava excluída qualquer estratégia interna.

Entretanto, observando os autos do inquérito, Ramos percebeu que esses haviam saído do DOPS, mas oficialmente não havia chegado no cartório do Segundo Ofício Criminal da Comarca de Santos, porque o cartório ainda não carimbara a entrada. Diante disso, o advogado convenceu o escrevente do cartório a ajudá-lo a furto o processo — que pareceria ter se perdido no transporte. Eis a narrativa da subtração:

Sai do fórum e, na rua, fui para debaixo da janela combinada.

Fiquei lá. Às vezes, olhava para cima, e nada. Passavam poucas pessoas por aquele lado. Mas algumas me reconheceram, cumprimentaram e se foram. Ainda bem que ninguém quis esticar o papo. De repente: plaft! Lá de cima caiu, na calçada, um processo, que eu peguei imediatamente. Alguns transeuntes viram. Com a maior calma, observei que alguém deixara cair aqueles autos, e eu ia devolvê-los. Com o processo sob o braço, encaminhei-me calmamente para porta principal do fórum, dirigi-me a um dos porteiros e falei qualquer coisa, talvez sobre algum jogo do Santos. Fiquei por ali alguns minutos, e nada mais normal do que um advogado, carregando um processo, dirigir-se ao estacionamento, entrar no carro e ir embora.

Guardei os autos em minha casa, em São Paulo, durante todos os anos de chumbo.¹³⁵

O furto dos autos praticado pelo advogado em coautoria com o escrevente certamente seria uma ilicitude. Em uma análise eminentemente externa, o advogado avaliou que a falta do carimbo de recebimento do inquérito tornaria a descoberta da

133 cf. Jogo contra Inglaterra fez de Maradona deus no futebol e herói de guerra. *Folha de São Paulo*. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2020/11/jogo-contra-inglesa-fez-de-maradona-deus-no-futebol-e-heroi-de-guerra.shtml>. Acesso em: 1 nov. 2021.

134 RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007. p. 238 e ss.

135 Idem, p. 241-242.

subtração muito improvável. A reação hostil do sistema jurídico, portanto, seria igualmente improvável. Diante da impossibilidade de uma estratégia interna e também diante dos benefícios obtidos pela violação da norma — notadamente, a inviabilização de uma investigação injusta — a violação da regra se justificou. Foi como o gol de mão de Diego Maradona.

Em palestra proferida em 2014 na Calourada da Universidade de São Paulo, o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, contou outra história de furto de autos processuais¹³⁶. Toffoli, em seu tempo de estagiário do Departamento Jurídico XI de Agosto, combateu muitos despejos de habitações populares — segundo ele próprio narra. Em uma dessas causas, após o decreto de um despejo, um de seus colegas ludibriou o servidor responsável pela guarda dos autos e os subtraiu. O “roubo” dos autos físicos impediu o despejo. Depois, foi obtida decisão de segundo grau que suspendeu o despejo juridicamente. Como o recurso de agravo de instrumento, cabível na situação, não possuía efeito suspensivo automático, a subtração dos autos evitou o despejo pelo tempo necessário para que o Tribunal deliberasse.

Conforme a narrativa de Toffoli, o colega não foi punido porque a juíza responsável pelo inquérito criminal contra ele, e que havia sido estagiária do Departamento Jurídico XI de Agosto, compreendeu a situação e arquivou o procedimento. As pessoas beneficiadas pela atuação teriam permanecido morando no local por décadas.

Nesse caso, o colega de Toffoli avaliou, em um ato de heroísmo, que as possíveis consequências desvantajosas decorrentes da sua conduta (que acabaram, aliás, não se concretizando) seriam compensadas pela consequência vantajosa de evitar o despejo. É uma estratégia baseada em uma análise externa.

Observa-se ainda que a estratégia de tipo externo deu apoio a uma estratégia de tipo interno — interpor o recurso e convencer a autoridade recursal, por meio de argumentos, que a decisão que decretara o despejo merecia reforma. Sem a estratégia externa, no entanto, a estratégia interna não teria sido capaz de evitar o despejo em tempo.

As histórias de Diego Maradona, Luis Suárez, Saulo Ramos e Dias Toffoli mostram situações bem-sucedidas de violações estratégicas de normas. Todas elas se amparam em alguma medida na rejeição à norma pelo agente como reguladora da sua

136 TOFFOLI, Dias. Calourada 2014: roda viva com José Dias Toffoli. *Centro Acadêmico XI de Agosto*, 21 mar. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mBXfw6Ylg1w&>. Acesso em: 30 out. 2021. A partir do segundo 1692.

própria conduta, e em cálculos envolvendo a probabilidade e a suportabilidade de uma punição.

Alexy ressalta que a tese da separação, segundo a qual não há conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, é incorreta do ponto de vista do participante, mas correta do ponto de vista do observador¹³⁷.

Nos quatro casos expostos, os agentes consideravam moralmente correto fazer de tudo para evitar uma injustiça ou para vencer a partida, inclusive violar as normas do jogo ou as normas jurídicas. São leituras externas e, justamente por isso, amorais do direito; sem compromisso com uma moral do sistema. Para o ponto-de-vista externo, as razões subjacentes das regras não existem. Ou melhor: não *justificam* qualquer aplicação, e existem apenas na medida em que podem fornecer alguma previsão sobre seu modo de aplicação.

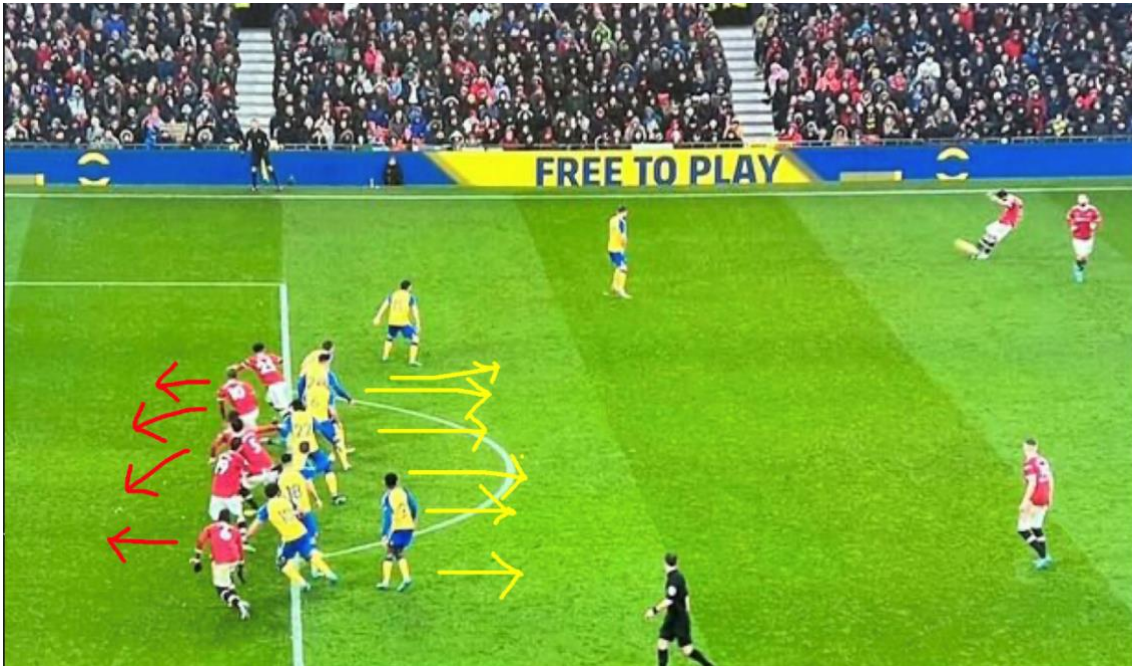
1.5. As regras do jogo e as estratégias do jogador

A regra do impedimento mudou várias vezes ao longo da história do futebol. A primeira versão, instituída em 1886, estabelecia que, para um passe adiante ser regular, pelo menos três jogadores adversários precisavam estar entre o jogador mais adiantado e o gol. Essa regra diminuía muito o número de gols por partida, e não por acidente. Muitos times se aprimoraram na arte da “armadilha do impedimento”¹³⁸ – uma técnica que, com menor efetividade, é utilizada até hoje. Consiste no avanço rápido do time defensivo quando o adversário estiver na eminência de passar a bola, de modo a forçar o impedimento da jogada.

Figura 2 – Armadilha do impedimento em partida entre Manchester United e Southampton, em 2013

137 ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 41.

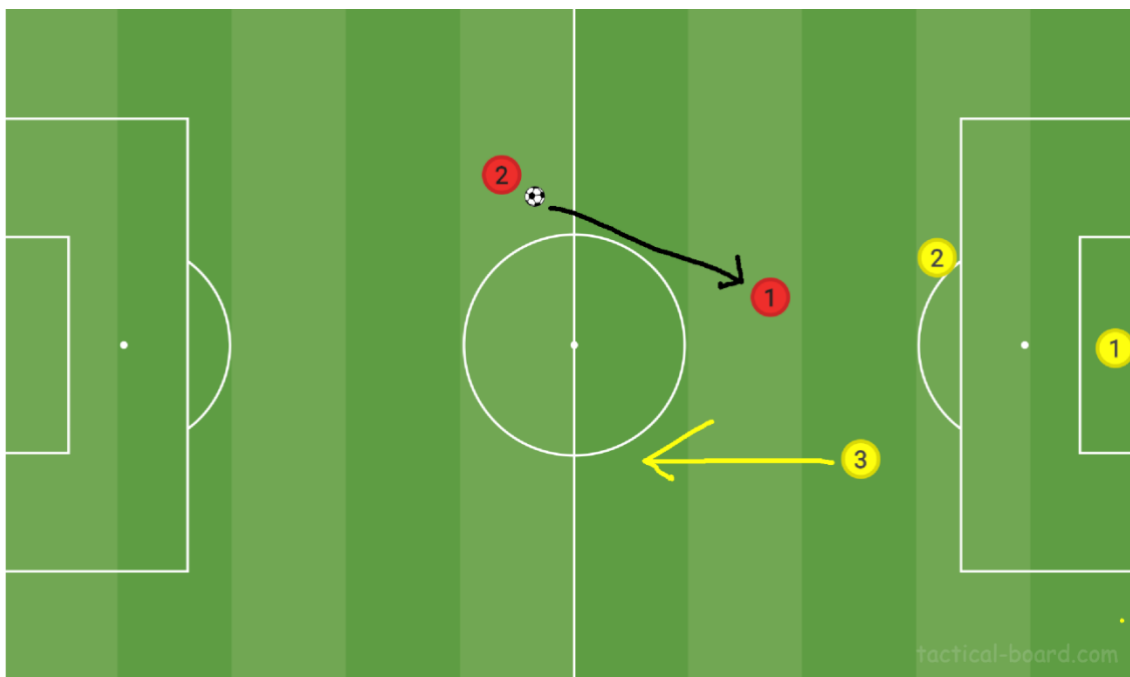
138 Cf. WILSON, Jonathan. *Inverting the pyramid*. Londres: Orion, 2010. Versão epub. p. 93-94.



Fonte: Jay Motty/Twitter, 2013. Adaptada pelo autor.

A armadilha do impedimento falha se a defesa errar o *timing*. Isto é: se o time ofensivo conseguir tocar a bola antes que os jogadores defensivos consigam passar por ele. Com a regra dos três jogadores, no entanto, esse truque era pouco arriscado. O terceiro jogador tentaria executar a armadilha e, se o fizesse no tempo errado, ainda haveria o segundo jogador entre o atacante e o goleiro. É o equivalente, no processo civil, a demandar sem o risco dos honorários de sucumbência. Com a reforma trabalhista de 2017 e a reforma do impedimento de 1925, esse cenário se alterou.

Figura 3 – Armadilha do impedimento entre 1886 e 1925



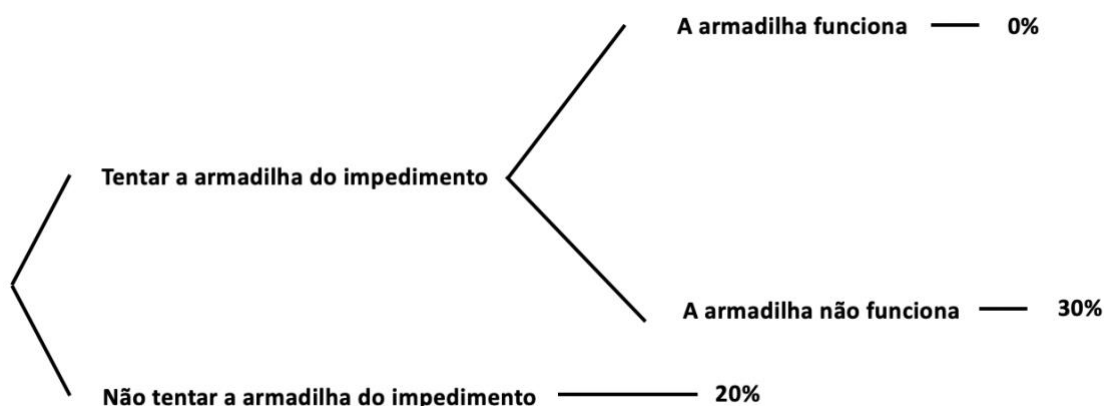
Fonte: Elaborada pelo autor

Na imagem acima, é possível ver que o jogador 2 estará na “retaguarda”, caso o jogador 3 falhe em tornar a jogada irregular. Isso produzia um grande incentivo para o uso da armadilha do impedimento, que era relativamente livre de riscos. A falha da armadilha produziria apenas um pequeno aumento na probabilidade de a jogada resultar em gol, ao passo que o sucesso da armadilha tornaria essa probabilidade zero. Na árvore de decisão a seguir, essa escolha foi ilustrada. Os percentuais indicam a probabilidade de a jogada ofensiva resultar em gol. Foram atribuídos números arbitrários a essas probabilidades¹³⁹, exceto no caso de a armadilha funcionar – quando a probabilidade de haver um gol se torna, de fato, zero. Em uma modelagem realista, a vantagem da armadilha variaria, evidentemente, segundo a frequência, o comprimento e a eficácia dos passes do time adversário¹⁴⁰. Provavelmente, ademais, o fato de haver mais possibilidades de deslocamento de jogadores para executar a estratégia aumentava a própria efetividade da armadilha – o que tornaria a escolha de tenta-la ainda mais óbvia.

139Analisando uma série histórica de milhares de cobranças de pênalti, Palacios-Huerta concluiu que 80.07% delas resulta em gols – esse número chega próximo de 100% considerando apenas as ocasiões em que o goleiro pula para um lado diferente daquele em direção ao qual o batedor chutou, e cai para 60% quando batedor e goleiro escolhem o mesmo lado (cf. PALACIOS-HUERTA, Ignacio. *Beautiful game theory*. p. 18). Desse modo, parece relativamente verossímil que a probabilidade de uma jogada resultar em gol quando há um único jogador entre o atacante e o goleiro seja de metade da probabilidade de quanto o goleiro e o batedor do pênalti escolhem o mesmo lado. Do mesmo modo, na árvore seguinte, que ilustrará a tomada de decisão após a introdução da regra de 1925, parece verossímil que a probabilidade de uma jogada com o atacante de frente para o goleiro seja equivalente à de uma cobrança de pênalti em que ambos escolhem o mesmo lado.

140 Cf. SARKAR, Summit. Paradox of crosses in association football (soccer): a game-theoretic explanation. *Journal of Quantitative Analysis in Sports*, v. 14, 2018, p. 25-36. *passim*.

Figura 4 – Árvore de decisão da armadilha do impedimento entre 1886 e 1925



Fonte: Elaborada pelo autor

Suponha-se que a probabilidade de a armadilha funcionar seja de 50%. Nesse caso, a probabilidade esperada de gol de tentar a armadilha do impedimento será de $0.5(0 + 0.3)$ – isto é, de 15%.

A razão subjacente da regra do impedimento é evitar que os jogadores fiquem, como se diz, “na banheira”: passem toda a partida muito próximos ao gol, apenas esperando oportunidades. A armadilha do impedimento está, portanto, no campo de superinclusão: é um uso da regra que não coincide com sua razão subjacente.

Se não serve à razão subjacente da própria regra do impedimento, a armadilha serve a outro propósito – que não é do jogo, mas do time: vencer. Douglass North já destacou a necessidade de distinguir entre as regras do jogo e a estratégia dos jogadores:

Conceitualmente, é preciso distinguir com clareza entre as regras e os jogadores. O propósito das regras é definir o modo como o jogo é jogado. Mas o objetivo do time é vencer o jogo — por meio de uma combinação de habilidades, estratégia e coordenação; por meios justos e às vezes por meios sujos. Modelar as estratégias e habilidades do time é um processo separado de modelar a criação, a evolução e as consequências das regras¹⁴¹

A armadilha do impedimento é uma tática possível apenas porque existe a regra do impedimento. Se não fosse essa regra, instituída por outra razão subjacente, a tática não teria sentido. Assim como não teria sentido um time aprimorar suas habilidades em

141 NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990. p. 5.

executá-la. A regra do impedimento não prescreve a armadilha, nem sequer a permite diretamente – ao menos não em sentido jurídico; mas a constitui como possibilidade, indiretamente, como efeito colateral¹⁴².

Há, com efeito, regras *constitutivas*. Por meio delas, o direito cria diretamente possibilidades que sem ele não existiriam¹⁴³. “As regras dos jogos são o arquétipo. A própria possibilidade de um *roque* no xadrez ou de um *home run* no baseball é criada por regras”, exemplifica Schauer¹⁴⁴. “A regra que estabelece que, para fazer o roque, um jogador de xadrez não pode tê-lo feito antes, não controla um processo, mas o constitui”.¹⁴⁵ As regras constitutivas contrapõem-se às regras regulativas, as quais controlam fenômenos pré-existentes – naturais (o limite de velocidade é de 55 milhas por hora) ou mesmo criados por regras de tipo constitutivo (a vedação da oposição protelatória de embargos de declaração, ou a própria penalidade no futebol para a jogada em impedimento)¹⁴⁶.

A armadilha do impedimento mostra, no entanto, que as regras podem ser *colateralmente constitutivas*. Uma possibilidade de ação que sem ela não existiria pode surgir como efeito indireto de uma regra que constitui outra possibilidade – ou, até mesmo, como no caso do impedimento, de uma regra regulativa. Essas possibilidades colaterais, como visto no tópico 1.3, podem ser reprimidas ou não por meio de regras de contingência, com mais ou menos intensidade.

A armadilha também mostra que, diante da regra do impedimento, há duas maneiras de jogar. Uma delas é simplesmente procurar não estar impedido em suas próprias jogadas e, de outro lado, confiar que a regra do impedimento protegerá o time contra avanços irregulares do ataque adversário. A segunda maneira é procurar por oportunidades nas subinclusões, superinclusões e possibilidades colaterais das regras. Há uma diferença entre uma jogada ser válida e ela resultar em pontos¹⁴⁷; e há, por consequência, a já mencionada diferença entre a estratégia do jogador e as regras do

142Marcelo Neves observa que “as normas legais produzem efeitos indiretos ou latentes que poderão estar vinculados ou não à sua efetividade ou eficácia” (NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 48-49). Como exemplo disso, menciona Neves que é um consenso em criminologia que o aumento da repressão a uma conduta costuma ter como consequência a prática de mais crimes para seu encobrimento (*idem*. p. 49-50). Aqui nos referimos também a esse tipo de efeito colateral, mas sobretudo às novas possibilidades de ação indiretamente criadas pela norma.

143 Cf. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 1992. p. 6-7. Hart também menciona que frases como “Smith & Co. Ltd. deve 10 dólares a White” pressupõe a existência de um sistema jurídico, que permite obrigações dessa sorte, permite a existência de pessoas jurídicas, etc. (cf. HART, H. L. A. *Definition and theory in jurisprudence*. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 1983. p. 21-48; 88-119. p. 31 e ss.).

144 SCHAUER, op. cit., p. 6.

145 *Idem*.

146 *Idem*. p. 7 e ss.

147 HART, H. L. A. *The concept of law*. ed. 3. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 104 e ss.

jogo¹⁴⁸. Calamandrei observou que as regras processuais são instituídas no interesse público da justiça, mas que todos os seus usuários (com exceção, idealmente, dos juízes) têm propósitos nitidamente egoístas e, além disso, frequentemente contrastantes com aquele interesse público¹⁴⁹. Os usos que as pessoas – cada uma “um mundo moral único e original” – podem fazer das regras é “imprevisível e muitas vezes surpreendente”¹⁵⁰. Assim, no futebol e no processo, as pessoas muitas vezes procuram oportunidades para driblar as regras ou explorá-las a seu favor. Ao longo do tempo, os times de futebol e os advogados vão até mesmo desenvolvendo conhecimentos e habilidades para explorar essas oportunidades com mais proficiência.

Para North, as organizações (as guildas medievais, a Máfia, a General Motors – ou, para os interesses específicos deste trabalho, os escritórios de advocacia, o Ministério Público, etc.) existem para atingir certos objetivos¹⁵¹. As oportunidades de que dispõem para atingir seus objetivos são definidas não apenas pelas restrições (*constraints*) jurídico-institucionais, mas também por outros tipos de restrições (tecnológicas, econômicas, preferências, etc)¹⁵². Uma dessas restrições pode ser, até mesmo, a preferência por seguir o direito¹⁵³; a organização pode adotar o ponto-de-vista interno.

Para visualizar a tomada de decisão frente a uma multiplicidade de restrições, basta pensar que a decisão de uma instituição financeira sobre interpor ou não um recurso em processo no qual é ré se determina não só pela higidez das razões da decisão recorrível, nem pela probabilidade concreta de reforma, mas também pela comparação entre os encargos atualizatórios legais e a rentabilidade dos investimentos a que a instituição financeira tem acesso¹⁵⁴. A decisão de uma seguradora sobre fazer ou não acordo depende de um cálculo atuarial. Alguns *hedge funds* praticam a chamada *appraisal arbitrage*. Isto

148 Essa distinção, para Douglass North, é um pressuposto indispensável de uma teoria das instituições. Cf. NORTH, op. cit., p. 5.

149 CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: *Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano Editore, 1965. v. 1, p. 537-562. p. 539-540.

150 Idem, p. 538.

151 NORTH, op. cit., p. 73. North fala nos “objetivos definidos por seus criadores”, mas nos parece que os objetivos dos criadores de uma organização não são necessariamente os seus objetivos presentes. Por exemplo, o Poder Constituinte criou o Ministério Público para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da Constituição Federal); hoje, no entanto, essa organização se orienta primordialmente para objetivos acusatórios (cf. KERCHER, F.; VIEGAS, R. R. Ministério Público brasileiro: de defensor de direitos a combatente da corrupção. In: ENCONTRO DA ABCP, 12., 2020. *Anais* [...] 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/347103661_O_Ministerio_Publico_brasileiro_de_defensor_de_direitos_a_combatente_da_corrupcao . Acesso em: 16 ago. 2022.).

152 NORTH, op. cit., loc. cit.

153 Ver, a esse propósito, a discussão de Schauer a respeito do *puzzled man* – o contraponto de Hart ao *badman* de Holmes. Cf. SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015. p. 43 e ss.

154 De modo geral, nos processos em que as instituições financeiras são réus, há um grande incentivo protelatório, que tende a fazer os processos durarem muito. Cf. PEREIRA FILHO, Benedito Cerezo. MORAES, Daniela Marques de. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 76, 2020, p. 135-154. p. 143-144. De forma mais ampla, L.A. Becker mostra que muitas vezes há uma “demanda por inefetividade” no processo, por razões diversas (cf. BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. p. 26-32).

é: o ajuizamento de demandas, por acionistas minoritários de uma companhia em vias de sofrer incorporação, para, sob o pretexto de obter uma avaliação judicial de suas ações para o exercício do direito de recesso, pôr em xeque a operação de aquisição e, com isso, obter um acordo desproporcionalmente vantajoso. Muitas vezes, as ações são adquiridas especificamente para esse fim¹⁵⁵. A decisão de um *hedge fund* de praticar a *appraisal arbitrage* depende de uma série de fatores – sua disponibilidade de caixa, o *timing* da obtenção de informação sobre a operação, a desproporção econômica entre os ganhos da operação e os custos do acordo desproporcional – e apenas um deles é o regime jurídico do direito de recesso do acionista minoritário.

Essas combinações de restrições têm influência sobre o amadurecimento das organizações – e sobre as habilidades e conhecimentos que desenvolvem. As habilidades desenvolvidas pela Máfia são diferentes das desenvolvidas pelos executivos de uma grande multinacional¹⁵⁶. As habilidades desenvolvidas por um advogado brasileiro certamente são distintas daquelas desenvolvidas por um advogado inglês. E as habilidades táticas desenvolvidas por um time de futebol anterior a 1925 serão também diferentes daquelas desenvolvidas por um time posterior a essa data.

A regra do impedimento de 1886 estava produzindo um problema específico: a falta de gols. O jogo estava chato e o comparecimento dos torcedores aos estádios vinha diminuindo¹⁵⁷. Para a temporada de 1925-1926, a regra mudou. A regularidade da jogada passou a depender apenas de dois jogadores defensivos recuados, incluindo, entre eles, o goleiro. A armadilha do impedimento se tornou mais arriscada. O mau cálculo poderia significar o sacrifício vão da posição do último zagueiro – deixando o atacante livre, cara-a-cara com o goleiro¹⁵⁸.

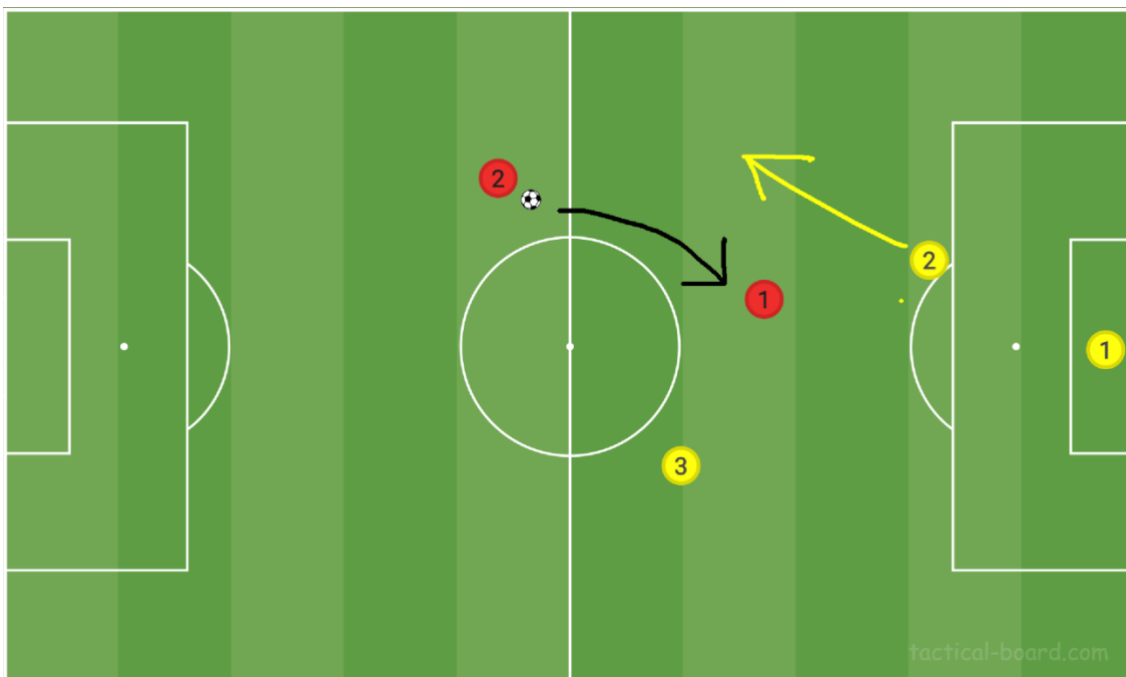
Figura 5 – Armadilha do impedimento depois de 1925

155 Ver, para uma explicação e uma análise empírica dessa prática, JIANG, Wei. LI, Tao. MEI, Danqing. THOMAS, Randall. Appraisal: shareholder remedy or litigation arbitrage. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 3, 2016, p. 697-729. *passim*.

156 NORTH, op. cit., p. 74.

157 WILSON, Jonathan. *Inverting the pyramid*. Londres: Orion, 2010. Versão epub. p. 93.

158 Idem, p. 94.



Fonte: Elaborada pelo autor

Aprimorar a habilidade em executar a armadilha do impedimento deixou de ser tão vantajoso. Diminuir essa vantagem, com efeito, compunha a própria razão subjacente da nova regra. Às vezes as regras procuram modelar incentivos em vez de permitir, proibir ou obrigar as condutas que pretende atingir. O comportamento estratégico das partes pode estar antecipado na razão subjacente. O Código de Processo Civil de 2015, por exemplo, alinhou os incentivos para que as partes, em caso de dúvida fático-probatória, tenham uma vantagem estratégica em adotar o procedimento de produção antecipada de provas¹⁵⁹. A extrafiscalidade, fenômeno conhecido do direito tributário, se baseia justamente nessa noção.

Certos tipos de estratégia, de outro lado, são necessariamente contrários à razão subjacente das regras, porque consistem precisamente na sua violação. Assim são os casos de Maradona, de Suárez, de Saulo Ramos e do amigo de Dias Toffoli, todos narrados no tópico 1.4. Nenhum uso da regra pode ser mais conflitante com sua razão subjacente do que sua violação. No entanto, “alguns times têm sucesso como consequência da violação constante das regras”¹⁶⁰. O sucesso dessa estratégia, é claro, depende da eficácia dos

159Em sentido contrário, cf. RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, v. 263, 2017, p. 313-332. *passim*. Este trabalho apresentará, mais adiante, as razões de sua parcial discordância em relação à análise de Ramos.

160 NORTH, op. cit., p. 4

mecanismos de monitoramento e repressão das violações¹⁶¹. Em todos os casos, havia uma falha – ou no monitoramento do descumprimento, ou na efetividade da repressão.

É preciso distinguir, no entanto, entre Maradona e Suárez – isto é, entre a falha no monitoramento e a falha na efetividade da repressão. A imposição e a observância são dois tipos de eficácia. Por isso, no dizer de Marcelo Neves, a ineficácia da norma só se configura “na hipótese de não ocorrer nenhuma das duas alternativas de concreção da norma legal, ou seja, no caso de tanto ‘norma primária’ quanto ‘norma secundária’ fracassarem”.¹⁶²No caso da defesa de mão de Suárez, a norma foi aplicada – por imposição. Mas sanção não foi, concretamente, capaz de tornar a violação desvantajosa. Apenas no gol de mão de Maradona a norma foi verdadeiramente ineficaz. Por isso, Maradona está mais longe que Suárez da razão subjacente da norma.

Entre as estratégias mais próximas da perfeita conformidade à razão subjacente e as mais próximas da perfeita desconformidade estão as estratégias que se baseiam em usos *desvirtuados* das regras. Isto é, os usos subinclusivos e superinclusivos.

São, pois, quatro as categorias dos usos estratégicos das regras processuais das quais se ocupa este trabalho: (i) o uso de regras diretamente constitutivas de oportunidades estratégicas, (ii) o uso desvirtuado de regras que criam indiretamente oportunidades estratégicas nos seus campos de subinclusão e superinclusão, (iii) a violação de regras quando há oportunidades estratégicas que derivam da superação dos prejuízos da sanção pelos ganhos da violação, (iv) a violação de regras quando há oportunidades estratégicas que derivam da possibilidade de não aplicação da sanção. Essas categorias serão referidas daqui em diante, por brevidade, por *uso estratégico direto*, *uso estratégico desvirtuante*, *uso estratégico econômico* e *uso estratégico marginal*.

O uso estratégico da norma pode ser de mais de um tipo simultaneamente. Por exemplo, como o sistema jurídico possui muitas vezes regras de contingência para impedir o *uso estratégico desviante*, esse normalmente será mais efetivo quando for ao mesmo tempo um *uso estratégico marginal*.

Restam algumas definições por fazer.

O *uso* da regra é a ação racional orientada a fins que possui significação diante dessa regra, seja por conformar-se a ela, seja por violá-la, seja por evitar sua incidência.

¹⁶¹ *Idem*.

¹⁶² NEVES, 2018, p. 44-45.

A oportunidade estratégica é o uso possível de uma regra processual que aumente a probabilidade de o usuário vencer a causa.

A estratégia processual é o conjunto de ações que uma parte pode tomar para obter um julgamento favorável que não tenham relação com o mérito da causa.

Chicana é a estratégia processual valorada negativamente por um juízo moral¹⁶³.

Algumas observações devem ser feitas em relação às duas últimas.

Lo Pucki e Weyrauch comparam a visão convencional e a visão estratégica do direito. Para esses autores, a visão convencional é aquela segundo a qual os resultados dos processos são definidos segundo o mérito da causa – segundo os fatos e o direito¹⁶⁴; na visão estratégica, por outro lado, os resultados são definidos pelo “produto de complexas interações estratégicas desenhadas para controlar os resultados, por meio da manipulação do ambiente em que o resultado é determinado”¹⁶⁵. Na visão estratégica, o papel dos advogados é primário e o dos juízes secundário; e os resultados dos processos podem ser explicados pelo exame das estratégias utilizadas¹⁶⁶.

Com menos radicalismo, Calamandrei reconhece que o processo, apesar de ter esse objetivo, não favorece sempre quem tem razão. Pode favorecer o litigante mais astuto ou experiente¹⁶⁷. Afinal, para vencer, não basta ter razão, é preciso “sabê-la expor, encontrar quem a entenda e a queira dar e, ao final, um devedor que possa pagar”¹⁶⁸.

Com mais ou menos radicalismo, o fato é que há *coisas outras além de ter razão* que podem ser feitas para se vencer uma causa. O escopo deste trabalho é estudá-las e sistematizá-las.

A perspectiva de análise adotada é a do “homem mau”. Por isso, como a esta altura deve estar claro, são analisadas estratégias com variados graus de reprovabilidade moral. O objetivo é aproximar-se ao máximo da realidade estratégica do processo. A valoração moral não faz parte do objeto do estudo; afinal, há o direito porque não há acordo sobre a moral.

Também não é escopo deste trabalho dizer se alguma coisa deve ser feita para coibir alguma das estratégias descritas – embora o método de pensar aqui exposto possa ser utilizado para subsidiar outros estudos nesse sentido.

163 Essas definições são estipulativas.

164 LOPUCKI Lynn. M. WEYRAUCH, Walter O. A theory of legal strategy. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 6, p. 1405-1486, 2000. p. 1407-1408 e 1414-1415.

165 *Idem*. p. 1415.

166 *Ibidem*.

167 CALAMANDREI, op. cit., p. 538-539.

168 *Idem*. p. 539.

Por fim, LoPucki e Weyrauch observaram que grande parte da literatura sobre estratégia processual tratava da persuasão dos juízes; quando há, na realidade, três tipos de estratégias: as que dependem da cooperação voluntária do juiz, as que constroem o juiz e as que transcendem o juiz¹⁶⁹. Este trabalho, por uma questão de recorte, abordará apenas estratégias que não possuem a persuasão judicial como finalidade imediata. A psicologia, a neurociência, a economia comportamental e outras ciências afins não são nossos instrumentos de análise. A argumentação também não é. Isto é: concentrar-nos-emos nas estratégias de tipo predominantemente externo. O método é a análise lógica das estruturas normativas e das possibilidades de uso decorrentes dessas estruturas.

169 LOPUCKI, WEYRAUCH, op. cit., p. 1408 e ss.

CAPÍTULO II

O PLACAR DO JOGO PROCESSUAL

2.1. O processo é um jogo que se vence por pontos

Nem sempre vence o processo quem tem razão. Seria, diz Goldschmidt, uma ficção pensar que a sentença concorda sempre com a situação jurídica material anterior ao processo¹⁷⁰. Isso porque a sentença, ainda que seja *correta*, não tem como se fundamentar diretamente nessa situação material – ela se fundamenta sempre nos atos processuais que a precederam, praticados pelas partes ou pelo próprio juiz, ou mesmo na própria possibilidade de tê-los praticado¹⁷¹. A atividade judicial não é uma simples aplicação do direito às situações extraprocessuais¹⁷². No dizer de L.A. Becker, “a justiça do resultado tem pouco a ver com a insondável e metafísica ‘justiça da causa’, porém mais com outros fatores (...): destreza dos advogados (...), sorte (...) e fatores externos”¹⁷³.

Suponha-se que a Sra. Bovary tome emprestado do Sr. Lhereux, comerciante e agiota, duzentos mil reais. Eles convencionam que Emma pagará a dívida em 48 parcelas mensais fixas de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) cada. Isto é: pagará, no total, R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) ao longo de 4 anos, com uma taxa de juros de 35% ao ano. Também convencionam que Emma dará um imóvel em garantia do pagamento da dívida.

Como a prática de emprestar a juros de 35% ao ano constitui crime contra a economia popular (art. 4º da Lei nº 1.521 de 1961), e também como é nula a pactuação de juros superiores a 12% ao ano fora do âmbito das instituições financeiras (art. 5º do Decreto nº 22.626 de 1933), a Sra. Bovary e o Sr. Lhereux decidem fazer o negócio de forma simulada. Assinam três documentos: o primeiro deles, uma promessa de compra-e-venda, por meio da qual a Sra. Bovary se obriga a vender ao Sr. Lhereux um imóvel pelo valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais); o segundo, um termo de quitação pelo qual a Sra. Bovary declara ter recebido do Sr. Lhereux os R\$ 600.000,00 devidos por força da promessa de compra-e-venda; o terceiro, um contrato de aluguel, justamente do imóvel objeto da promessa de compra-e-venda, com vigência de 48 meses, o qual

170 GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso: el proceso como situación jurídica*. Jacobo López Barja de Quiroga (trad). Madrid: Marcial Pons, 2015. t. 3, p. 271.

171 *Idem*, p. 276.

172 *Idem*, p. 274.

173 BECKER, 2012, p. 159-160.

estabelece que a Sra. Bovary pagará o aluguel mensal de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ao Sr. Lhereux. Isto é: a dação em garantia é dissimulada em uma promessa de compra-e-venda com termo de quitação, a parcela do empréstimo é dissimulada em um aluguel. O agiota promete que, ao final do pagamento das parcelas, celebrará o distrato da promessa de compra-e-venda.

Mas o Sr. Lhereux era traiçoeiro e, mesmo após o pagamento de todas as parcelas, decidiu não devolver o imóvel. Ajuizou uma ação de adjudicação compulsória contra a Sra. Bovary. Afirma que é promitente-comprador, que tem direito real, e que pagou o preço. Qual deverá ser a sentença desse conflito? A resposta a essa pergunta, é claro, depende do desenrolar do processo.

A Sra. Bovary pode não oferecer contestação no prazo e as alegações de fato deduzidas pelo Sr. Lhereux serem tomadas por verdadeiras (art. 345 do CPC). Assim, a sentença provavelmente julgará procedente o pedido. O Sr. Lhereux também poderia, de outro lado, perder a causa tropeçando no próprio pé: por exemplo, contratando advogados muito displicentes, que deixassem de instruir a inicial com os instrumentos comprobatórios, e causassem, com isso, o julgamento de improcedência (com melhor sorte, o indeferimento da inicial). Ou que abandonassem a causa levando à extinção sem resolução de mérito por três vezes – impedindo assim, a teor do art. 486, § 3º, do CPC, até mesmo a propositura de nova demanda.

Pode ser que, por falha de comunicação com sua cliente, os advogados da Sra. Bovary não impugnassem a validade do negócio, mas dissessem apenas que o preço não foi pago. O ponto controvertido seria o pagamento. Os advogados do Sr. Lhereux apresentariam o termo de quitação assinado pela Sra. Bovary. Os advogados da Sra. Bovary suscitariam a falsidade do termo de quitação que, após exame pericial, nos termos do art. 432 do CPC, o qual constataria a autenticidade da assinatura, seria rechaçada. O ponto controvertido seria resolvido em favor do Sr. Lhereux e o pedido seria, corretamente, julgado procedente.

Poderia ser que a Sra. Bovary alegasse a simulação do negócio, mas o juiz entendesse que a simulação não pode ser alegada por quem foi parte no negócio e esse entendimento fosse confirmado por um Tribunal de segundo grau que, como costuma

acontecer no Brasil¹⁷⁴, não seguisse a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁷⁵. A Sra. Bovary interporia recurso especial por violação ao art. 167 do Código Civil e também ao art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil, por entender que o acórdão não atendia às exigências legais de fundamentação. O tribunal local inadmitiria o recurso especial e a Sra. Bovary interporia agravo em recurso especial apenas em relação ao art. 167 do CC – o qual, por isso, o STJ corretamente¹⁷⁶ deixaria de conhecer. Prevaleceria uma correta procedência do pedido.

Nas hipóteses, os resultados processuais foram divergentes na medida em que as partes foram mais ou menos bem-sucedidas em aproveitar as *possibilidades* e em liberar-se das *cargas*. São conceitos de Goldschmidt. Existe uma *possibilidade* processual quando a parte pode praticar um ato que, se exitoso, criará a expectativa de um benefício processual e significará um passo a mais em direção a uma sentença favorável¹⁷⁷. Há uma *carga* processual quando cabe à vontade da parte omitir ou não a prática de um ato processual, mas a omissão produz a expectativa de um prejuízo processual – e, portanto, um passo a mais na direção de uma sentença desfavorável¹⁷⁸. As partes (e excepcionalmente o próprio juiz) fornecem, com suas atitudes diante das cargas e das possibilidades, os fundamentos para a futura sentença¹⁷⁹.

Diz-se que as cargas e as possibilidades produzem “expectativas” de benefícios e prejuízos processuais porque, para Goldschmidt, não é possível falar em direitos a partir do ponto-de-vista processual, senão em expectativas. Para ele, há um ponto-de-vista material e um ponto-de-vista processual para o direito. Do ponto-de-vista material, o direito é um conjunto de imperativos que rege a vida das pessoas; do ponto-de-vista processual, é um conjunto de critérios para a atividade decisória do juiz¹⁸⁰. Desse ponto-de-vista processual, todas as relações jurídicas existem apenas com relação a uma

174 Cf. MINISTRO Schietti critica TJ/SP por não seguir jurisprudência: "ignoram STJ e STF". *Portal Migalhas*: quentes. 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330944/ministro-schietti-critica-tj-sp-por-nao-seguir-jurisprudencia--ignoram-stj-e-stf>. Acesso em: 15 jul. 2022.

175 Segundo a qual, a partir do Código Civil de 2002, a simulação pode ser alegada por uma parte contra a outra. Cf. STJ. REsp n. 1.501.640/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 10/12/2019, DJe de 13/12/2019. Mesmo sob a égide do Código Civil de 1916, o STJ entendia que a simulação podia ser alegada pela parte como matéria de defesa. Cf. STJ. REsp 1076571/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 11/03/2014, DJe 18/03/2014. STJ. REsp n° 21.681/SP, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, DJ 03/08/1992.

176 Por “corretamente” quer-se dizer “em conformidade com sua jurisprudência”, a qual entende que a decisão de inadmissibilidade do recurso especial na origem não é cindível em capítulos e, portanto, não admite o recurso parcial. Cf. STJ. EAREsp n. 831.326/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, relator para acórdão Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19/9/2018, DJe de 30/11/2018

177 GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 300.

178 Idem, p. 305-306.

179 GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Madri: Editorial Labor, 1936. p. 82 e ss.

180 GOLDSCHMIDT, op. cit., p. 256 e ss.

possível sentença¹⁸¹; antes dela, há apenas promessas e ameaças¹⁸². Todo direito em perspectiva material é o domínio sobre algo, ao passo que todo direito em perspectiva processual é a *expectativa* de obter algo¹⁸³.

Daí o conceito goldschmidtiano de situação jurídica: o estado da causa de uma pessoa, contemplado a partir da perspectiva juridicamente fundada de obter uma sentença judicial, favorável ou desfavorável¹⁸⁴. Ou, dito de outro modo, o conjunto de expectativas, possibilidades, cargas e liberações de cargas que uma parte tem em um processo¹⁸⁵. A situação jurídica processual é, nesse sentido, inacabada e insegura¹⁸⁶.

A expectativa não é o estado subjetivo do litigante, porque precisa ser *juridicamente fundada* – se ampara em um ato ou omissão processual que produziu um resultado idôneo a subsidiar, com algum grau de segurança, uma sentença favorável ou desfavorável. À medida em que o processo avança, as expectativas se acumulam e a situação jurídica processual ganha segurança¹⁸⁷.

Antes do processo, já há situação jurídica processual. No entanto, os atos que, do ponto-de-vista material, constituem direitos, antes do processo só produzem uma situação jurídica processual se forem consubstanciados em um meio adequado para uma possível produção probatória futura¹⁸⁸. Que repercussão terá para o processo futuro o contrato verbal do qual não há qualquer prova? Evidentemente, nenhuma. Essa tese tem relação com o *insight* de Holmes de que, na verdade, todos os contratos são formais:

Na minha opinião, ninguém entenderá a verdadeira teoria dos contratos ou estará apto a discutir algumas questões fundamentais até que tenha entendido que todos os contratos são formais, que a formação dos contratos depende não do acordo de duas vontades em uma intenção, mas no acordo entre dois conjuntos de sinais exteriores – não em as partes terem querido dizer alguma coisa, mas em efetivamente terem dito alguma coisa. Esses sinais podem ser direcionados a um ou outro sentido – para a visão ou para a audição.¹⁸⁹

Imagine-se, por exemplo, uma proposta de serviço feita com prazo a pessoa ausente¹⁹⁰. A pessoa a quem foi feita a proposta a aceita. Tempos depois, antes que o

181Idem, p. 274.

182Idem, p. 276

183 Idem, p. 276.

184Idem, p. 279.

185Idem, p. 283.

186Idem, p. 280.

187Idem, p. 280-281 e 528 e ss.

188Idem, 528.

189 HOLMES Junior, Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 5, p. 991-1009, 1997. p. 996-997. Tradução livre.

190 Código Civil. Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto: (...). As exceções não interessam ao exemplo.

serviço se iniciasse, um *hacker* invade os servidores da empresa em que o aceitante trabalhava, e todos os arquivos de email são perdidos. Não havia *backup*. O proponente, sabendo disso, e tendo se arrependido da proposta, resolve não prestar o serviço para o qual tinha sido contratado. Passa a dizer que nunca houve contrato algum. Para Holmes, realmente não há contrato, porque não há qualquer sinal exterior¹⁹¹. Do mesmo modo, para Goldschmidt não há qualquer situação jurídica processual – porque não há nada que possa ser usado como meio de prova em um futuro processo. Nessa linha, Lopucki e Weyrauch enquadram o planejamento jurídico no âmbito da estratégia processual¹⁹². "O planejador pode pensar que seu propósito é evitar o litígio, mas o meio pelo qual o planejamento atinge esse objetivo normalmente é assegurar que, em caso de litígio, o lado do planejador vencerá".¹⁹³ Preparar, no curso dos fatos, os elementos que seriam provas favoráveis em um possível processo futuro já é estratégia processual.

Os contratos também podem alterar cargas, expectativas e possibilidades "para estabelecer seus aliados como juízes, barrar casos que, de outro modo, seriam meritórios, e transferir riscos para pessoas que não conhecem sua magnitude"¹⁹⁴. Katherine Stone observou, por exemplo, que muitas arbitragens se caracterizam pela disputa entre *insiders* e *outsiders*¹⁹⁵ – o que cria uma tendência do árbitro de julgar em favor do *insider*; não só por causa de relações pessoais¹⁹⁶, mas porque o árbitro possivelmente terá uma perspectiva dos fatos e das normas que coincidam com a do *insider*¹⁹⁷.

Assim, a inserção de cláusulas arbitrais que assegurem o julgamento do caso por árbitros "aliados" em contratos de adesão ou celebrados com partes que não percebam a inteireza das consequências da cláusula é uma estratégia que cria desde logo uma situação jurídica processual favorável. Com efeito, em fevereiro de 2019, reportagens apontaram que a obrigatoriedade da arbitragem trabalhista em companhias americanas encobriu uma série de casos de racismo e assédio sexual¹⁹⁸. O caso levou à criação, nos EUA, do *Ending*

191 O exemplo é uma adaptação a partir de outro do próprio Holmes. Cf. HOLMES, op. cit., p. 997.

192 LOPUCKI, WEYRAUCH, op. cit., p. 1454 e ss.

193 Idem, p. 1455.

194 Idem, p. 1462. No processo civil, podem fazê-lo até de forma atípica, com base no art. 190 do CPC.

195 Cf. STONE, Katherine. Rustic Justice: Community and Coercion under the Federal Arbitration Act. *North Carolina Law Review*, v. 77, n. 931, 1999. p. 1024 e ss.

196 Que podem ter grande relevância em todos os contextos, arbitrais ou não. Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. In: BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. p. 449-475. p. 449-475.

197 Cf. STONE, op. cit., p. 1025.

198 Cf. CAMPBELL, Alexia Fernández. Google employees fought for their right to sue the company — and won. *Vox*. Disponível em: <https://www.vox.com/technology/2019/2/22/18236172/mandatory-forced-arbitration-google-employees>. Acesso em: 30 jul. 2022. Também: MABUD, Rakeen. Google put an end to forced arbitration and why that's so important. *Forbes*. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/rakeenmabud/2019/02/26/worker-organizing-results-in-big-change-at-google/>. Acesso em: 30 jul. 2022.

Forced Arbitration Act, assinado em março de 2022 pelo presidente Joe Biden, o qual proibiu que casos de assédio sexual e abuso sexual fossem julgados por arbitragem¹⁹⁹. Nessa linha, Deepak Gupta e Lina M. Khan afirmaram que, em casos de conflitos sobre direito trabalhista, direito do consumidor e direito da concorrência, a arbitragem funciona como um mecanismo de transferência de riqueza dos consumidores, trabalhadores e pequenos negócios para grandes companhias²⁰⁰. Hoje, diversas empresas de tecnologia, como Quinto Andar²⁰¹, *Airbnb*²⁰² e *Spotify*²⁰³, possuem cláusulas de arbitragem nos contratos com seus usuários.

Antônio do Passo Cabral também sugeriu, em palestra, que grandes litigantes poderiam usar a autorização geral do art. 190 do CPC para impor negócios jurídicos processuais. Por exemplo, uma seguradora poderia transferir contratualmente todo o ônus da prova em um eventual litígio para o segurado²⁰⁴

Se não houver qualquer meio idôneo de prova, ou qualquer convenção processual (provada), a única situação jurídica processual que há antes do processo é o direito abstrato de demandar²⁰⁵.

No entanto, a perspectiva de Goldschmidt sobre esse tema faz ver algo que não está em Holmes. Pode ser que, ajuizada a ação pela pessoa que perdeu a proposta, o prestador de serviço não conteste – ou conteste discutindo elementos internos do contrato, sem negar sua existência. Nesse caso, a existência do contrato não será ponto controvertido. E se, como propôs Holmes, o direito é a previsão acerca daquilo que os Tribunais farão²⁰⁶, então, mesmo sem seus sinais exteriores, haverá, efetivamente, contrato. Também uma convenção de arbitragem que estabelecia um juízo favorável poderá deixar de existir se o réu interessado não alegar em contestação (art. 337, *caput*, X, § 5º e § 6º). Mas apenas depois de iniciado o processo – quando a situação jurídica processual prévia terá se alterado.

199 Para uma análise crítica, ver: HORTON, David. The limits of the ending forced arbitration of sexual assault and sexual harassment act. *Yale Law Journal*, v. 132, 23 jun. 2022. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/forum/the-limits-of-the-ending-forced-arbitration-of-sexual-assault-and-sexual-harassment-act>. Acesso em: 30 de julho de 2022.

200 Cf. GUPTA, Deepak. KHAN, Lina M. Arbitration as wealth transfer. *Yale Law and Policy Review*, v. 35, p. 499-529, 2017. *passim*. Especialmente p. 508-518.

201 A informação está disponível em: <https://help.quintoandar.com.br/pt-br/articles/220891907-O-que-acontece-se-h%C3%A1-um-desentendimento-entre-inquilino-e-propriet%C3%A1rio-Qual-%C3%A9-a-a%C3%A7%C3%A3o-e-responsabilidade-do-QuintoAndar->. Acesso em: 7 ago. 2022.

202 Ver item 24.4 de seus termos de uso. Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/2908/termos-de-servi%C3%A7o>. Acesso em: 7 ago. 2022.

203 Ver seção 6 de seus termos de uso. Disponível em: <https://www.spotify.com/us/legal/end-user-agreement/>. Acesso em: 7 ago. 2022.

204 CABRAL, Antônio do Passo. Conferência sobre o tema “negócios jurídicos processuais”. In: CONGRESSO PROCESSO CIVIL: NOVAS TENDÊNCIAS: HOMENAGEM AO PROF. CELSO AGRÍCOLA BARBI, 2016. Belo Horizonte: UFMG, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vsc12r82YEK>. Acesso em 16 jul. 2022. A partir do segundo 910.

205 GOLDSCHMIDT, 2015, p. 528.

206 HOLMES, *op. cit.*, p. 994.

Esse jogo de expectativas, cargas e possibilidades que constitui a situação jurídica processual orienta a negociação entre as partes. Mnookin e Kornhauser argumentaram que os acordos, mesmo que extrajudiciais, acontecem “à sombra do direito” – isto é: a participação dos advogados faz que as regras e procedimentos adotados em juízo influenciem o processo negocial fora de juízo²⁰⁷:

Cônjuges em divórcio não negociam a respeito da divisão do patrimônio familiar e dos direitos de guarda no vácuo; negociam à sombra do direito. As regras que governam guarda, pensão e partilha confere a cada cônjuge certas exigências que se baseiam no que cada um obteria se o caso fosse a julgamento. Em outras palavras, o resultado que será imposto pelo direito caso não haja acordo dá a cada parte um certo poder de barganha.²⁰⁸

Os autores em seguida fornecem um elucidativo exemplo:

Considere-se que, em caso de disputa de guarda, a lei diga que a mãe tem sempre o direito de guarda dos filhos menores e o pai tem apenas o direito de visita em dois fins-de-semana por mês. Ausente acordo diverso entre os pais, um tribunal vai determinar esse arranjo. Considere também que as regras jurídicas relacionadas à partilha e às pensões alimentícias dêem à mãe uma fração determinada do patrimônio da família. Em negociações sob esse regime, nenhuma das partes vai consentir com uma divisão que a deixe pior do que se insistisse em ir ao tribunal. O espectro dos resultados negociais é limitado àqueles que deixam as duas partes tão bem quanto ficariam na ausência de acordo.

No entanto, se a negociação privada é permitida, as partes não necessariamente dividirão a guarda e o dinheiro da maneira que um juiz faria. O pai pode aceitar mais tempo com os filhos, e a mãe menos. Esse resultado pode acontecer porque o pai deu à mãe mais dinheiro para compensá-la por aceitar menos tempo com os filhos. Ou porque a mãe considerava a guarda exaustiva, e se sentiria melhor com menos tempo com as crianças. Assim, ela poderia aceitar receber menos dinheiro, ou mesmo pagar ao pai, se ele concordar em aliviá-la de algumas responsabilidades com os filhos. Em todo caso, porque as preferências dos pais a respeito do *trade-off* entre guarda e dinheiro podem diferir, frequentemente será possível um acordo negociado em que ambas as partes estejam melhor do que se simplesmente aceitassem o resultado imposto por um tribunal.²⁰⁹

Essa ideia está contida também nas modernas teorias da negociação. O método de negociação de Harvard propõe que toda negociação se desenrola dentro de uma estrutura composta pelo BATNA (acrônimo para "best alternative to a negotiated agreement"), pelo preço de reserva e pelo ZOPA (acrônimo para "zone of possible agreement")²¹⁰. O BATNA de cada parte é a atitude mais vantajosa que essa parte poderá tomar caso não

207 MNOOKIN, Robert H. KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce. *The Yale Law Journal*, v. 88, n. 5, 1979, p. 950-997. p. 951.

208 Idem, p. 968. Tradução livre.

209 MNOOKIN, KORNHAUSER, op. cit., p. 968-969

210 HARVARD business essentials: guide to negotiation. Boston: Harvard Business Review Press, p. 14-15.

haja um acordo. O preço de reserva é o ponto menos favorável no qual alguém está disposto a aceitar um acordo²¹¹. O ZOPA, por sua vez, é o espectro entre os preços de reserva de cada parte dentro do qual um acordo é possível²¹². O BATNA determina o preço de reserva e o preço de reserva, por sua vez, determina o ZOPA.

O BATNA, no exemplo do divórcio de Mnookin e Kornhauser, é o resultado da aplicação das regras de direito de família. Seu raciocínio ainda está no plano da teoria “metafísica” do processo à qual se referia Goldschmidt. Nenhum juiz tem o poder de partilhar o patrimônio do casal – apenas o de partilhar o patrimônio *conhecido e provado* do casal.

No divórcio de Sarah Pursglove e Robert Oesterlund²¹³, o último – um rico empresário finlandês – jurou perante o tribunal que o patrimônio total do casal era de apenas alguns poucos milhões de dólares. Ela não conhecia muito as finanças do casal, mas não pensava que as afirmações de seu ex-marido fossem verossímeis, já que se lembrava de compras individualmente muito superiores a esse patrimônio declarado. Em uma busca por documentos em sua casa de férias nas Bahamas, a Sra. Pursglove encontrou um relatório dos contadores de seu ex-marido, segundo o qual seu patrimônio seria de pelos menos 300 milhões de dólares. Esse relatório teria se perdido por uma manobra de funcionários da casa, fiéis ao Sr. Oesterlund. Durante o processo, graças aos esforços do diligente advogado Jeffrey Fisher, foi-se revelando que essa fortuna estava escondida em uma rede de *trusts* e *offshores* nas Bahamas, nas Ilhas Cook e em outros países com sistemas jurídicos favoráveis para esse tipo de operação. Mesmo após bloqueio judicial de todos os seus ativos, foi difícil encontrar qualquer coisa que fosse de propriedade do Sr. Oesterlund. Não há informações sobre o desfecho do caso.

Se uma das partes em divórcio não consegue descobrir e provar a existência do patrimônio, não existe situação jurídica processual que contenha expectativa de divisão sobre esse mesmo patrimônio, e nem um BATNA que corresponda à sua efetiva divisão sob as regras do direito de família. Ao longo do processo, com a investigação privada e a produção probatória, esse quadro pode ou não se alterar.

As hipóteses de desdobramentos do caso da agiotagem entre a Sra. Bovary e do Sr. Lhereux até agora, todas envolvendo erros de advogados, podem fazer parecer que o

211Idem, p. 23.

212Idem, p.24.

213Cf. CONFESSORE, Nicholas. How to hide \$400 Million. *The New York Times*. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/30/magazine/how-to-hide-400-million.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.

resultado do processo tenderá sempre, uma vez que os advogados sejam competentes, a representar adequadamente a situação de direito material, porque as partes sempre aproveitarão todas as possibilidades e se liberarão de todas as cargas.

No entanto, o adequado aproveitamento da possibilidade processual exige um ato *exitoso*. Isto é: o benefício processual não se produz apenas da vontade da parte. Um litigante pode, por exemplo, arrolar uma testemunha e seu depoimento ser inócuo ou mesmo desfavorável. Pode obter a exibição de um documento e seu conteúdo contradizer suas afirmações. As ordens de exibição podem ou não ser efetivas. Essa rede de *trustse offshores* do caso *Oesterlund v. Pursglove* poderia ser descoberta ou não, apesar até mesmo dos grandes esforços de competentes advogados.

Além disso, no processo, há situações em que o aproveitamento ou não de certas possibilidades implica o ganho ou a supressão de possibilidades futuras – próprias ou da contraparte. O promotor, no júri, pode ir à réplica; mas aí a defesa terá direito à tréplica. O exercício da ação cria a possibilidade da reconvenção. A apelação cria a possibilidade da apelação adesiva. A escolha pelo procedimento de produção antecipada de prova do art. 381 do CPC cria a possibilidade do recurso imediato contra o indeferimento (art. 382, § 4º), diferente do requerimento de produção de prova no procedimento comum (porque está fora do rol do art. 1.015), ao passo que inviabiliza qualquer recurso da contraparte contra o deferimento.

Os advogados também podem manipular suas afirmações de modo a aumentar a probabilidade de êxito em seus atos processuais e diminuir nos da parte contrária. *Afirmações* são as declarações, feitas pelas partes ao juiz, que comunicam o conhecimento de fatos ou direitos, e se destinam a obter a sentença requerida²¹⁴. Não são afirmações processuais as declarações de que, embora um direito seja certo, a parte não pretende alegá-lo²¹⁵. Fazer afirmações é um ônus das partes, embora a parte sobre quem recai o ônus de provar o fato não necessariamente coincida com a parte que tem o ônus de afirmá-lo²¹⁶. Negar um fato afirmado pela parte contrária também é uma afirmação: a de aquele fato não é verdadeiro²¹⁷. As afirmações são “meios de ataque e de defesa”²¹⁸. Os meios de ataque são as afirmações consubstanciadas na demanda e na réplica, e os meios de defesa são as afirmações contidas na contestação: as quais podem ser uma simples

214 GOLDSCHMIDT, 1936, p. 244-245.

215 *Idem*, p. 245.

216 *Idem*, p. 245.

217 *Idem*, p. 246.

218 GOLDSCHMIDT, 2015, p. 443; GOLDSCHMIDT, 1936, p. 246-247.

negativa dos fatos afirmados na demanda, mas também podem ser fatos extintivos, modificativos impeditivos do direito do autor²¹⁹ – isto é, os meios de defesa podem ser diretos ou indiretos²²⁰.

As partes podem selecionar estrategicamente suas afirmações. Imagine-se uma pessoa tenha adquirido um imóvel mediante financiamento em 2008 e se case em 2010 sob o regime da comunhão parcial de bens. O cônjuge do adquirente, então, passa a arcar com metade das parcelas remanescente do financiamento do imóvel, até a sua quitação, em 2020. Em 2021, o casal se divorcia.

Nesse caso, a jurisprudência do STJ não admite a inclusão na comunhão das parcelas de financiamento remanescentes de bem adquirido durante o namoro²²¹. É claro que o terceiro que paga dívida alheia em nome próprio tem direito ao reembolso, nos termos do art. 305 do Código Civil, e o ex-cônjuge poderia ajuizar ação autônoma. Teria, no entanto, que provar que pagou – e que pagou em nome próprio, e não “em nome e à conta do devedor”, o que atrairia o parágrafo único do art. 304 e afastaria seu direito ao reembolso. Diante dessa dificuldade probatória, essa pessoa poderia, para assegurar seu direito ao imóvel, afirmar outra coisa: que possuía união estável já em 2008, antes do casamento, e que, portanto, já havia comunhão de bens à época da aquisição do imóvel.

Do ponto-de-vista processual, não importa se as partes tinham ou não efetivamente uma união estável em 2008. Se este texto afirma que não tinham – muito embora no processo houvesse, por exemplo, três testemunhas (possivelmente mentirosas) que afirmassem que o casal já se apresentava como marido e mulher, foto de uma encomenda que chegou para um dos futuros cônjuges na casa do outro e registro de que ambos foram padrinhos de casamento de um amigo em comum – é porque fala a partir de um *referencial absoluto*: um artifício teórico-didático que, sob a premissa da onisciência do pesquisador a respeito de situações hipotéticas, permite ver as nuances e divergências entre o fato e a prova. Na realidade e no processo, evidentemente, é apenas mediante a prova que os fatos são cognoscíveis²²².

219 GOLDSCHMIDT, 1936, p. 247-248.

220Cf. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro*: um estudo sobre a posição do réu. São Paulo: Atlas, 2011. xiv, 330, p. 85-86.

221 Cf. STJ. REsp n. 1.841.128/MG, relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 9/12/2021.

222É evidente que se espera do juiz que as narrativas fáticas de suas decisões sejam *verdadeiras* (cf. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade*: o juiz e a construção dos fatos. São Paulo: Marcial Pons, 2016. p. 236), mas para isso é preciso “um conceito particular de verdade: um enunciado que descreve um fato pode ser considerado verdadeiro se racionalmente confirmado pelas provas produzidas no processo” (TARUFFO, op. cit., p. 88). No mesmo sentido, Marinoni e Arenhart observam que “o juiz tem o dever de solucionar o litígio, mesmo que não esteja plenamente convencido, o que mais uma vez demonstra a falsidade da tese de que o juiz, para solucionar o conflito, deve ter encontrado a verdade dos fatos” (MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. ed. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 113). Também Ferrer-Beltrán, de forma mais completa: “Pode-se dizer que os enunciados probatórios do tipo ‘Está provado que p’ são, em realidade, enunciados relacionais. Sua formulação completa deveria, pois, fazer referência ao conjunto específico de elementos de juízo sobre cuja

Assim, diante de dificuldades probatórias ou até mesmo de indeterminações normativas, as partes podem manipular suas afirmações para produzir situações processuais favoráveis mais seguras. Diante da ponderação das dificuldades probatórias, a parte pode inclusive optar por não perseguir um direito que realmente possui, do ponto-de-vista material, para buscar um que não possui – mas cujos fatos constitutivos sejam concretamente mais fáceis de provar. É, aliás, precisamente isso que fez o Sr. Lhereux, em nosso exemplo, ao se afirmar promitente-comprador que pagou o preço – estava munido dos documentos que o demonstravam e, ademais, sua real pretensão não era juridicamente protegida.

É também a técnica do referencial absoluto que permite ver os vários desdobramentos processuais possíveis do caso da Sra. Bovary e do Sr. Lhereux. De outro modo, poderíamos não conseguir saber que o contrato de aluguel e a promessa de compra-e-venda dissimulam uma agiotagem. Saberíamos apenas aquilo que as provas fossem capazes de demonstrar.

A percepção de que, em razão dos fatores descritos acima, o resultado do processo pode não representar a situação material vista a partir de um referencial absoluto pode fornecer uma nova perspectiva para o debate, comum na literatura de *Law & Economics*, a respeito das razões que levam as pessoas a juízo.

Em *The Problem of Social Cost*, Ronald Coase analisou uma série de casos da justiça civil inglesa para mostrar que apenas os custos de transação explicam o litígio; em um mundo ideal em que não houvesse custos de transação e os direitos fossem bem definidos, os conflitos seriam resolvidos – supondo também a racionalidade dos agentes – sempre por meio da barganha privada²²³.

Coase começa por mencionar o caso em que uma fábrica emite fumaça que causa danos à saúde das pessoas que habitam as propriedades em torno. Afirma que os economistas, de modo geral, pensam que é desejável que o dono da fábrica tenha responsabilidade civil pelos danos causados pela fumaça, ou que seja instituído um tributo extrafiscal proporcional à quantidade de fumaça – ou até mesmo impedir o funcionamento

base se considera provado *p*. Assim, se o conjunto de elementos de juízo varia, pode perfeitamente variar o resultado probatório, de modo que aquilo que não estava provado passe a estar e vice-versa. Pois bem, é conveniente destacar que os elementos de juízo que deveriam ser levados em conta para a tomada de decisão sobre os fatos provados são apenas aqueles apresentados e admitidos no processo. Desse modo, a decisão do juiz ou tribunal basear-se-á em um conjunto de elementos ou provas que é, de seu turno, um subconjunto do conjunto de todos os elementos de juízo disponíveis: um subconjunto formado por aqueles que ingressaram nos autos judiciais”. (FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 59).

223 COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: COASE, Ronald. H. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 95-156. *passim*.

da fábrica em área residencial²²⁴. Para Coase, no entanto, não se pode ignorar que esse é um problema de “natureza recíproca”²²⁵. Isto é: para impedir o dano a A, é preciso infligir dano a B. O verdadeiro problema, portanto – diz Coase – é decidir se A tem o direito de infligir dano a B ou se é B que tem o direito de infligir dano a A.

Para exemplificar seu argumento, Coase propõe uma outra hipótese com os seguintes contornos: um pecuarista é vizinho de um agricultor e não há cerca entre as propriedades. O gado criado pelo pecuarista invade habitualmente a propriedade vizinha e destrói parte da plantação. O custo para construir uma cerca entre as propriedades é de 9 dólares. O valor da plantação é de 1 dólar por tonelada. A relação entre o número de cabeças-de-gado e a perda de plantação é a da tabela a seguir²²⁶:

Número de cabeças-de-gado (em dezenas)	Perda de plantação anual (toneladas)	Perda de plantação por dezena de cabeças-de-gado adicional
1	1	1
2	3	2
3	6	3
4	10	4

Considerando que o pecuarista tem o dever de indenizar o agricultor pela plantação perdida, ele terá de levar em consideração esse custo adicional ao decidir se aumentará o número de cabeças-de-gado. Assim, nesse exemplo, o pecuarista optará por erguer a cerca ao passar de 3 para 4 dezenas de cabeças-de-gado – porque, a partir desse ponto, será mais barato erguê-la do que continuar indenizando o agricultor.

De todo modo, o efeito da vizinhança com o pecuarista tende a ser o de diminuir a produção total do agricultor²²⁷:

A razão para isso é que, para qualquer pedaço de terra dado, se o valor da colheita danificada é tão grande que a receita da venda da colheita não-danificada é menor que os custos totais de cultivar esse pedaço de terra, será lucrativo para o pecuarista e o agricultor celebrar um acordo por meio do qual esse pedaço de terra não seja cultivado. Isso pode ser clarificado por meio de um exemplo aritmético. Suponha inicialmente que o valor da colheita obtida

224Idem, p. 95.

225Idem, p. 96.

226Idem, p. 97.

227 COASE, op. cit., p. 99

por cultivar um determinado pedaço de terra é de \$12 e que o custo em cultivar esse pedaço de terra seja de \$10. O ganho líquido de cultivar esse pedaço de terra é \$2. Eu suponho, para fim de simplicidade, que o agricultor é o dono da terra. Agora suponha que o pecuarista comece a operação na propriedade vizinha, e que o valor da colheita danificada seja \$1. Nesse caso, \$11 são obtidos pelo agricultor pela venda da colheita no mercado e \$1 é obtido pela indenização do pecuarista, de modo que o ganho líquido permanece \$2. Agora suponha que o pecuarista considere lucrativo aumentar o tamanho de seu rebanho, mesmo que o total de danos causados aumente para \$3; isso significa que o valor da produção adicional de carne é maior que os custos adicionais, incluindo o pagamento de \$2 pelos danos. O ganho líquido para o agricultor cultivar o pedaço de terra ainda é \$2. Mas agora seria vantajoso para o pecuarista que o pecuarista concordasse em não cultivar sua terra por qualquer pagamento inferior a \$3. O agricultor poderia concordar em deixar de cultivar sua terra por qualquer valor superior a \$2. Há espaço claro para um acordo mutuamente satisfatório que conduziria ao abandono do cultivo²²⁸.

Coase defende que o arranjo das coisas seria o mesmo *ainda que não houvesse responsabilidade do pecuarista pelos danos*. Nesse cenário, se o tamanho do rebanho é de três dezenas de cabeças de gado, o agricultor estaria disposto a pagar \$3 para que o tamanho do rebanho fosse reduzido para duas dezenas, \$5 se reduzisse para uma dezena e \$6 se a pecuária fosse abandonada. Assim, “já que uma perda de receita é equivalente a um pagamento da mesma monta”²²⁹, o “custo” adicional de cada dezena seria considerado pelo pecuarista na decisão sobre o tamanho de seu rebanho.

Nos dois casos, partindo de direitos bem definidos (o pecuarista tem/não tem o direito de indenizar), as duas partes conseguem recombina-los contratualmente para alcançar uma situação melhor, para ambas as partes, do que a juridicamente definida. Segundo essa análise, portanto, os litígios judiciais só existem porque, no mundo real, existem custos de transação.

Essa análise, mesmo dentro das condições ideais de Coase, pode ser objeto de críticas. Walter Block observou que, se em vez de uma plantação lucrativa, o agricultor plantasse flores para seu próprio prazer pessoal – ou em memória de sua mãe – a divergência de valor atribuído às flores entre ele e o pecuarista inviabilizaria um acordo²³⁰.

Além disso, pode haver restrições orçamentárias e de liquidez que impeçam a realização dos pagamentos necessários para o acordo na forma proposta por Coase.

Outra restrição importante na análise de Coase – e de especial relevância para este trabalho – é que, embora a alocação total de recursos seja a mesma tanto no caso em que

228 Ibidem.

229 Idem, p. 103.

230 BLOCK, Walter. Coase and Demsetz on private property rights. *Journal of Libertarian Studies*, v. 1, n. 2, p. 111-115, 1977.

o pecuarista é responsável pelo dano causado à plantação quanto no caso em que não é, as situações individuais do agricultor e do pecuarista não são. Suponha que a receita produzida por uma dezena de cabeças-de-gado seja \$2. Assim, caso receba um pagamento de \$3 do agricultor para reduzir para 2, sua receita total será de \$7: \$4 obtidos pela venda das cabeças-de-gado e \$3 obtidos pelo pagamento do agricultor. A perda total do agricultor, de outro lado, será de \$6: \$3 pela destruição causada pelo rebanho remanescente, e \$3 pelo pagamento feito ao pecuarista. Se o pecuarista fosse responsável pelos danos causados, sua receita total reduzindo o rebanho para duas dezenas seria de \$1: \$4 de receita das vendas menos \$3 pagos ao pecuarista – ao passo que a perda total do pecuarista seria, evidentemente, de 0, já que todos os seus prejuízos seriam ressarcidos. O próprio Coase afirma que o acordo “não afeta a alocação de recursos, mas altera apenas a distribuição de renda e riqueza entre o pecuarista e o agricultor”²³¹.

É razoável pensar, no entanto, que o pecuarista e o agricultor não possuem qualquer interesse na alocação total de recursos, senão apenas na sua própria situação individual. Ambos podem, por isso, litigar para alterar a distribuição de direitos e melhorar a própria situação individual, mesmo sacrificando a alocação ótima de recursos. Block também aponta que há profunda injustiça e imoralidade em transpor esse raciocínio para a esfera penal²³².

Essa observação pode ser injusta com o pensamento de Coase. Afinal, uma das premissas do mundo ideal no qual seu exemplo se desenrola é a definição clara de direito. Sem essa definição, não há ponto de partida para a barganha²³³. Por isso, incluir como alternativa a possibilidade de litigar para alterar a definição inicial de direitos uma forma de discutir o teorema de Coase fora de seus próprios termos.

No entanto, o fato de os direitos serem bem-definidos do ponto-de-vista material não garante que sejam definidos da mesma forma pelo resultado de um processo. O agricultor pode não conseguir provar os danos, pode não conseguir prová-los em toda a sua extensão, pode encontrar juízes que entendam mal o caso e apliquem a regra jurídica errada – em uma decisão que acabe prevalecendo em razão de posteriores dificuldades na admissibilidade dos instrumentos de impugnação. Na hipótese em que o direito diga, a princípio, que o pecuarista não tem responsabilidade pelos danos causados, o agricultor

231 COASE, op. cit., p. 100.

232Cf. BLOCK, Walter. *O.J's Defense: a reductio ad absurdum of the economics of Ronald Coase and Richard Posner*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1880161> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1880161>. Acesso em: 20 ago. 2022..*Passim*.

233 Idem, p. 104.

poderá reunir testemunhas de um contrato verbal em que se teria convencionado o contrário²³⁴ – uma versão que, a depender do desempenho da defesa do pecuarista, poderia prevalecer.

As partes negociam não a partir dos direitos, bem definidos que sejam, mas a partir de sua situação jurídica processual. E, assim como uma das atitudes possíveis para a parte que possui um BATNA ruim é melhorar o BATNA²³⁵, a parte pode litigar para melhorar sua situação jurídica processual tendo em vista um potencial acordo, ou mesmo uma sentença de conteúdo que lhe seja mais favorável que a definição material dos direitos.

Poder-se-ia dizer que esse já é o mundo dos custos de transação. Isto é: uma realidade, fora do mundo ideal no qual funciona o caso do pecuarista e do agricultor, no qual há custos para adquirir informação, mensurar, negociar e supervisionar os acordos²³⁶. Com efeito, Erik Navarro Wolkart observa que a assimetria de informação é um dos fatores inibidores dos acordos:

A assimetria de informação é classicamente considerada a principal causa de insucesso na tentativa de entabulamento de acordos.

(...)

O conhecimento privado da existência de uma testemunha ocular, a ciência exclusiva de um fato que pode ser provado por meio de perícia, o domínio de um argumento jurídico de acesso restrito e de forte poder de convencimento. Esses são alguns dos elementos que vão sendo aos poucos compartilhados ao longo do processo, mas que são de domínio restrito antes do seu início.

A partir do início do processo, os fatos de ciência privada começam a ser compartilhados, diminuindo a assimetria de informação e as divergências de expectativas²³⁷.

O custo de obtenção de informação é, de fato, um dos custos de transação. A problemática, contudo, de aplicar os conceitos de “custo de transação” e “assimetria de informação” nesse contexto é a sugestão de que, uma vez pagos os custos, a “informação” se revelará, de modo que a situação material extraprocessual e a situação jurídica processual se encontrarão. Essa visão, como visto, desconsidera a dinâmica do processo. Na realidade, o que ocorre é não apenas a troca de informações, desvelando uma situação material pré-processual, mas a efetiva alteração da situação jurídica processual, que pode *ou não* caminhar no sentido daquela situação material pré-processual.

234 O *Manual do Chicaneiro*, humoristicamente, recomenda que todo “trampão” deve ter sempre “umas testemunhas de viveiro. Quer dizer, alguns caras preparados para servirem num decisivo depoimento. Você, Doutor, os vai cevando, com uma cervejinha hoje, um jantar amanhã, um presentinho no Natal, uns conselhinhos bem dados e... pronto: terá sempre à mão umas boas testemunhas disponíveis”. (BECÁRIA, op. cit., p. 104).

235 HARVARD, op. cit., p. 35 e ss.

236 Cf. COASE, op. cit., p. 114 e ss; NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990. p. 27 e ss.

237 WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 354.

É claro que, no mundo real, com custos de transação positivos, há *também* o problema genuíno da assimetria de informação propriamente dita. E há também custos para litigar.

A literatura mais contemporânea de *Law & Economics* tem enfatizado – a nosso ver, com acerto – a expectativa *subjéctiva* do litigante como fator de explicação dos litígios. Haverá um litígio sempre que uma das partes considerar que o valor esperado da demanda supera os custos do litígio. E o valor esperado é o produto do valor da vitória pela chance de vitória subjéctivamente atribuída pela parte²³⁸. Nesse caso, pouco importa se essa expectativa é ou não juridicamente fundada, se se ampara sobre informação compartilhada ou privada, ou se até mesmo se fundamenta sobre um grosseiro erro de previsão da parte²³⁹.

Posner, nessa toada, argumenta que o fato de que qualquer litígio existe só pode ser explicado por fatores como assimetria de informação, discordância sobre expectativas e diversidade de propensão a risco²⁴⁰. Propõe, dessa forma, que a condição da litigância pode ser expressa na seguinte inequação:

$$PpJ - C + S > PdJ + C - S$$

J é o valor da sentença, caso o autor vença. Pp é a probabilidade de vitória do autor, segundo a estimativa do próprio autor. Pd é a estimativa dessa probabilidade pelo réu. C e S são os custos de cada parte para litigar e para fazer acordo, respectivamente. Esse modelo desconsidera que as partes podem ter propensões a risco distintas e que os custos e o valor das sentenças são os mesmos para ambas as partes. Essas premissas podem não ser verdadeiras, e levá-las em consideração pode exigir modelos mais complexos²⁴¹. Mas nenhum modelo mais complexo retirará a relevância da expectativa subjéctiva de vitória para a decisão sobre litigar.

238 Cf. COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law and Economics*. ed. 6. Boston: Pearson, 2012. p. 388-390; POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. ed. 9. Nova York: Aspen Publishing, 2014. p. 523 e ss; KAPLOW, Louis. SHAVELL, Steven. *Economic analysis of law*. In: AUERBACH, Alan J. FELDSTEIN, Martin. *Handbook of public economics*. Amsterdam: Elsevier, 2002. v. 3, p. 1661-1784. p. 1722; FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 52-54.

239 Molot observa que, se o direito é uma atividade essencialmente preditiva, como colocou Holmes, então a acurácia da previsão é justamente um dos indicadores da habilidade do advogado (cf. MOLOT, T. Jonathan. A market in litigation risk. *The University of Chicago Law Review*, v. 76, 2009, p. 367 e ss. MARADONA, Diego Armando. *México 86: así ganamos la copa: mi mundial, mi verdad*. Buenos Aires: Sudamericana, 2016. p. 368 e ss.).

240 POSNER, op. cit., p. 524.

241 POSNER, op. cit., p. 524 e ss.

A expectativa em sentido goldschmidtiano, por outro lado, não é uma previsão subjetiva, porque tem de ser juridicamente fundada em atos processuais (ou mesmo elementos pré-processuais) capazes de fundamentar uma sentença em determinado sentido. Embora alterações na situação jurídica processual tenham influência sobre as expectativas subjetivas, essa influência é filtrada por otimismo e pessimismo, de modo que a situação jurídica processual e as expectativas subjetivas podem não variar na mesma proporção. É evidente que, quanto melhor for o advogado que assiste a parte, melhor as duas coisas de aproximam. De todo modo, é necessário, para o propósito da análise estratégica da norma processual, que haja uma *expectativa do analista*. Isto é: a consideração sobre a probabilidade de sucesso de uma demanda a partir, apenas, dos elementos objetivos da situação jurídica processual. Essa perspectiva serve apenas para verificar, com o distanciamento possível, as oportunidades que as partes possuem para aumentar suas chances de vitória no processo, bem como seu efetivo aproveitamento.

Na quinta temporada da série *The Good Fight*, a partir do segundo episódio, um sujeito chamado Hal Wackner, interpretado por Mandy Patinkin, se autoproclama juiz do “Distrito 9 ¾” e passa a operar um tribunal nos fundos de sua copiadora. Seu procedimento se caracteriza por rupturas radicais e cômicas das regras de processo dos tribunais usuais. As regras excludentes de provas não valem. As partes podem acompanhar o desenrolar do julgamento por um placar de pontos no quadro negro. Quando uma testemunha faz uma declaração importante a favor do autor, Wackner manda anotar no quadro um ponto para o autor. Quando o réu tem um bom argumento, ponto para o réu. Esse procedimento, explica Wackner, serve à transparência do julgamento: é um guia para as partes daquilo que se passa na mente do juiz e que, de outro modo, permaneceria oculto²⁴².

242 ONCE There Was a Court.... In: *THE good fight*. Criação de Robert King, Michelle King e Phil Alden Robinson. Direção de Michael Trim. Estados Unidos: Paramount, 2021. 52 min, son., color. Temporada 5, episódio 2.

Figura 6 – O juiz Wackner (MandyPatinkin) à frente de seu placar



Fonte: Once There Was a Court.... In: *THE good fight*. Criação de Robert King, Michelle King, e. Phil Alden Robinson. Direção de Michael Trim. Estados Unidos: Paramount, 2021. 52 min, son., color. Temporada 5, episódio 2.

Esse sistema do juiz Wackner pode servir como metáfora da dinâmica processual. À medida em que as partes vão praticando atos processuais exitosos, escolhendo suas afirmações, liberando cargas e impedindo que a outra parte o faça, o valor esperado da demanda (do ponto-de-vista do analista) vai se deslocando para mais ou para menos, como em um placar, em um jogo de pontos. Nesse sentido, Alexandre Morais da Rosa observou que a produção probatória no processo segue a lógica *fuzzy* – isto é, uma lógica que admite valores intermediários entre o verdadeiro e o falso:

Pode acontecer que o depoimento isoladamente não tenha recebido nem falso, nem verdadeiro. Com o próximo depoimento, de outra testemunha, em conjunto, a credibilidade pode aumentar ou diminuir. Logo, a assertiva sobre a falsidade e validade depende do conjunto de depoimentos considerados. Isoladamente se chega a um resultado negativo, já em conjunto, positivo²⁴³.

De forma mais ampla, LoPucki e Weyracuh apontaram que:

Cada caso é um empreendimento complexo que pode exigir centenas de decisões estratégicas das partes e gerar um número indefinido de problemas

243 ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed., rev., atual. e ampl.. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. p. 793.

jurídicos ou extrajurídicos, potenciais ou atuais. O “mérito” da causa, como é concebido convencionalmente, é apenas um entre eles. Cada uma dessas decisões, questões e problemas tem potencial para determinar o resultado. A probabilidade de que qualquer uma vá individualmente determiná-lo é pequena. Mas, cumulativamente, a chance de que uma combinação dessas decisões, questões e problemas determine o resultado é grande. O estrategista jurídico manipula essas probabilidades em um jogo de habilidade, expandindo e desenvolvendo o espectro de decisões, questões e problemas de maneira calculada para confundir e sobrecarregar o oponente²⁴⁴.

Isto é: embora todas as normas processuais existam em razão de um interesse público, do ponto-de-vista dos litigantes estratégicos elas representam riscos e oportunidades no caminho para a vitória – isto é, oportunidades de marcar pontos e riscos de sofrer pontos. E o processo é um jogo que se vence por pontos.

2.2. Tempo, custo e risco: outras formas de pontuar

Não se compreenderá adequadamente o tema da estratégia processual sem que se dê atenção a algumas formas indiretas de marcar pontos. A alteração do tempo, do custo e do risco do processo têm repercussão direta sobre o valor esperado da demanda. E essas alterações podem ser produzidas por movimentos processuais – isto é, pelo aproveitamento de possibilidades e pela liberação de cargas. A maior parte das oportunidades estratégicas que alteram esses três fatores estão no campo do desvirtuamento das regras. Existe a possibilidade de oitiva de testemunhas – uma possibilidade estratégica constituída diretamente pelo sistema, com a finalidade de proporcionar que as partes pontuem de forma direta. É claro, no entanto, que a oitiva de muitas testemunhas, quiçá em outros países, que exijam muito tempo para ser intimadas e ter seus depoimentos colhidos, terá um impacto sobre o tempo do processo. Esse impacto não está previsto diretamente pelo art. 401 do Código de Processo Penal nem pelo art. 357, § 6º, do CPC, que definem os números de testemunhas, mas é uma consequência direta da utilização da potencialidade máxima da possibilidade prevista por esses dispositivos. Passar a ser possível, então, que o litigante utilize as regras *com a finalidade* precisamente de obter esse efeito indireto. E, como visto no Capítulo 1, esse

244 LOPUCKI Lynn. M. WEYRAUCH, Walter O. A theory of legal strategy. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 6, p. 1405-1486, 2000. p. 1412. Tradução livre.

expediente, se bem executado, dificilmente será controlável– pois o litigante o dissimulará no exercício legítimo de seu direito de defesa.

Adaptando um pouco a equação de Posner descrita no tópico anterior, pode-se descrever o valor esperado da demanda (VED) pela seguinte equação:

$$VED = P*J*D - C - R$$

em que P é a probabilidade de vitória da parte (do ponto-de-vista do analista), J é o valor da sentença (positivo, para o demandante; negativo, para o demandado) e D é a taxa de desconto, inferior a 1, que permite trazer o valor esperado da demanda, que é sempre futuro, a seu valor presente. R é o valor esperado do risco do litígio. C representa os custos do litígio. Alguns autores inserem o tempo do processo entre os custos do litígio²⁴⁵, o que é uma escolha válida. Optamos por representar o tempo na forma de um múltiplo por três razões. A primeira é que essa representação permite um tratamento do tempo separado dos outros custos. A segunda é que incluir o tempo entre os custos tornaria dificultosa a representação, porque o tempo tem sinais distintos para demandante e demandado, ao passo que o custo é sempre uma subtração. A parte que não tem poder sobre o bem-da-vida em disputa é quem suporta o ônus do tempo do processo. Como anotou Luiz Guilherme Marinoni:

Quando o direito que está nas mãos do réu é reconhecido, o prejuízo imposto a este é significativamente menor do que aquele que é causado ao autor que, privado do seu direito, fica por longo período de tempo à espera da resposta jurisdicional que o reconhece²⁴⁶.

O juiz possui instrumentos para inverter o ônus do tempo no processo civil, de modo que nem sempre ele será suportado pelo demandante – essa é, aliás, para Marinoni, uma das consequências do direito fundamental à razoável duração do processo²⁴⁷. A inversão do ônus do tempo pode dar-se no início do processo ou depois (art. 294, parágrafo único, do CPC). Não importando quando se dê a inversão do ônus do tempo, o J na equação se tornará negativo para a parte que era positivo, e positivo para a parte que era negativo.

245 Cf. COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law and Economics*. ed. 6. Boston: Pearson, 2012. p. 404.

246 MARINONI, Luiz Guilherme. O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 37, p. 37-64, 2002. p.45

247 MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista jurídica*, v. 57, n. 379, p. 11-27, maio 2009. p. 45. p. 85-86.

A terceira razão é que, se o custo é uma subtração, então incluir nele o tempo do processo significaria torná-lo fixo. Isso implicaria que o ônus do tempo se tornaria progressivamente irrelevante à medida que J evoluísse, o que certamente não corresponde à realidade. Nesse sentido, cabe citar a posição de L.A. Becker, para quem o tempo do processo não é um fator colateral, mas um fator central e direto:

Nesse ponto, com o devido respeito, discordo de quem diz que o andamento do processo, por si, causa um “dano marginal” (Andolina) ou um “custo colateral” (Falcão), pois entendo que esse dano ou custo são centrais, diretos, fazem parte da essência, da estrutura e, em última análise, da própria teleologia real, porém oculta do processo²⁴⁸.

No processo civil, a equação tem valores invertidos para demandantes e demandados. J é positivo para quem pode ganhar alguma coisa, e negativo para quem pode perder. No processo penal, ninguém ganha. O processo penal se caracteriza por uma assimetria estrutural entre demandante e demandado – o acusador não sofre qualquer repercussão sobre sua própria esfera jurídica. Assim, não há a equação invertida no processo penal, mas apenas a equação do demandado²⁴⁹ (do réu).

Também no processo civil, demandar implica um risco de condenação em honorários de sucumbência. Nas causas entre particulares, esses honorários serão de pelo menos 10% do valor da causa e de no máximo 20%, a teor do art. 85 do CPC. Em teoria, os honorários podem ser fixados em qualquer valor dentro dessa faixa. De modo geral, o juiz de primeiro grau fixa-os em 10%. Existe uma probabilidade de que esses honorários não sejam fixados de forma proporcional ao valor da causa, já que alguns tribunais se recusam a fazê-lo mesmo após o STJ ter julgado o Tema 1.076 de Recurso Repetitivo²⁵⁰. Assim, o valor esperado do risco do litígio R é a somatória infinita dos valores esperados dos riscos parciais (Rp), compostos pelos produtos entre as probabilidades Pc de condenação em cada valor pelo valor Vc da condenação, de modo que a soma de todos os valores possíveis de Pc seja uma série convergente de limite 1, e a série com todos os valores possíveis de Vc seja divergente.

$$R_p = V_c P_c$$

248 BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. p. 157.

249 Embora a maior parte da literatura de Law & Economics esteja em língua inglesa e, por isso, seja construída utilizando os termos *plaintiff* *defendant*, que se traduzem, convencionalmente, por autor e réu, é importante mencionar que nem sempre o autor se confunde com o demandante ou o réu com o demandado. O réu também formula demanda (cf. SICA, *op.cit.*, p. 86 e ss. e 205 e ss.).

250 TJ/MG questiona validade de tese do STJ e não aplica CPC em honorários. *Migalhas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/365615/tj-mg-questiona-validade-de-tese-do-stj-e-nao-aplica-cpc-em-honorarios>. Acesso em: 7 ago. 2022.

$$R = \sum_{Rp=0}^{\infty} Rp$$

É evidente que todo modelo é uma simplificação. Há casos em que outros riscos devem ser computados. Por exemplo, no caso de recurso adesivo²⁵¹, a possibilidade de provimento do recurso adesivo é, para o recorrente não adesivo, um risco. E o valor esperado do recurso adesivo – isto é, o prejuízo causado pelo seu provimento multiplicado pela probabilidade de provimento – deve ser subtraído para encontrar o valor esperado do próprio recurso.

Essas observações permitem ver que não apenas alterando a probabilidade de vitória se pode alterar o valor esperado da demanda e, portanto, “marcar pontos” no processo, mas também alterando o risco, o tempo e o custo.

Em determinado caso famoso, um cidadão era réu em um processo penal que tramitava perante a Circunscrição Judiciária de Brasília (DF). Havia uma série de depoimentos no inquérito que, se reproduzidos em juízo, fatalmente levariam à sua condenação. Esse cidadão residia no Rio de Janeiro; as testemunhas, em Brasília. Na época, ainda não era comum a realização de audiências por videoconferência. Esse réu passou, então, a demandar contra as testemunhas, pedindo indenização por danos morais em razão de seus depoimentos supostamente mentirosos. Três regras processuais permitiram que ele o fizesse sem riscos e custos. Primeiro, o art. 4º, III, da Lei nº 9.099, que prevê a possibilidade de escolha pela competência do foro de domicílio do autor no caso “nas ações para reparação de dano de qualquer natureza”. Segundo, o art. 54 da mesma Lei, o qual estabelece que o “acesso ao Juizado Especial independerá, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas”. Por fim, o art. 55, também da Lei 9.099, que veda a condenação em honorários de sucumbência salvo em caso de comprovada má-fé. Como a má-fé dificilmente se comprova, o autor conseguiu litigar livre de taxa judiciária, custos de deslocamento e riscos. Por outro lado, impunha aos demandados os custos do deslocamento ao Rio de Janeiro. Na audiência de conciliação, propunha um acordo para encerrar o processo mediante uma retratação do depoimento prestado no inquérito. Muitos demandados concordavam. Afinal, a retratação não tinha

251 Sobre a dinâmica econômica do recurso adesivo, cf. ARAKE, Henrique. GICO JR., Ivo. Quando mais é menos: o recurso adesivo como um desincentivo a recorrer. *Economics Analysis of Law Review*, v. 6, n. 1, p. 115-127, jan. /jun. 2015. *passim*.

nenhum valor para eles – ao passo que o custo financeiro e temporal de responder ao processo em foro diverso daquele onde residiam era um transtorno. Essa pessoa conseguiu retratação de parte dos depoimentos contrários – mas a acusação, no processo penal, denunciou a estratégia, que acabou sendo, por isso, inefetiva. Nesse sentido, LoPucki e Weyrauch apontam que:

Remédios jurídicos só estão disponíveis por meio do litígio. Litigar é caro e pode ser feito mais caro pela forma como é conduzido. Por exemplo, por meio da expansão das questões em litígio, uma parte pode expandir o escopo da instrução ou a oportunidade do uso de peritos. Os depoimentos podem ser tomados em áreas geograficamente remotas, impondo sobre a parte contrária as despesas do comparecimento. Uma parte possuir assistente técnico normalmente impõe que a outra parte também tenha assistente técnico²⁵².

O regime brasileiro de gratuidade da justiça torna as estratégias de estrangulamento financeiro menos efetivas do que na realidade americana. Nesse sentido, o benefício da gratuidade justiça atua como *regra de contingência*. Como visto no Capítulo I, no entanto, as regras de contingência nem sempre são aplicadas com sucesso, e o benefício da gratuidade de justiça pode não ser concedido a alguém que precise. Além disso, as soluções dadas para alguns problemas dos beneficiários da gratuidade de justiça – como o custeio de perícias (art. 95, § 3º, do CPC) – é pouco eficiente. Por fim, a gratuidade de justiça não cobre os custos de honorários de advogados particulares, nem de assistentes técnicos e nem de despesas extraprocessuais relacionadas ao litígio (obtenção de documentos, deslocamento, etc).

Quanto ao tempo, “a dilação é, na opinião comum, a arma predileta do litígio”²⁵³. Uma das partes, como visto, suporta o ônus do tempo do processo – normalmente, o autor. Calamandrei sugere que em demandas infundadas – isto é, em demandas de valor esperado negativo²⁵⁴ – o autor pode ter interesse na dilação, para fazer que penda sobre o réu uma “espada de Dâmocles” e eventualmente coagi-lo a um acordo²⁵⁵.

Em ambos os casos, há uma parte que tem o interesse de se servir de todas as possíveis desvios e complicações do procedimento, não para conseguir os efeitos fisiológicos aos quais a lei preordena aquela possibilidade, mas para conseguir o efeito indireto de retardar o ritmo do juízo e procrastinar a solução. Em um sistema processual de tipo dispositivo, como o nosso, é normal, porque o nível de velocidade é deixado à iniciativa das partes, que o ritmo do processo seja dominado por elas: e, portanto, é natural que, dentro de certos limites (isto

252 LOPUCKI, WEYRAUCH, op. cit., p. 1457-1458.

253 CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: *Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano Editore, 1965. v. 1, p. 537-562. p. 548.

254 Cf. FUX, Luiz. BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85 e ss.

255 CALAMANDREI, op. lit. loc. cit.

é, dentro da elástica disciplina dos prazos processuais, cujo sistema, alguns com função retardante e outras com função acelerante, tende a manter entre os diversos atos do processo uma justa distância), cada parte se valha do próprio poder de impulso para acelerar ou retardar o cumprimento de certos atos que dela dependam)²⁵⁶.

L.A. Becker chega a dizer que, como o processo é uma sequência de atos, ele tem na protelação o seu valor intrínseco:

Ora, sendo o processo, inquestionável e inescapavelmente, uma sequência de atos, ele impõe um necessário e inevitável transcurso de tempo (assim como a magia, o jogo e o teatro). Ou seja, seu valor é o de fazer o tempo passar, atrasando o seu próprio desfecho, que é a solução do caso. Nesse ponto, com o devido respeito, discordo de quem diz que o andamento do processo, por si, causa um “dano marginal” (Andolina) ou um “custo colateral” (Falcão), pois entendo que esse dano ou custo são centrais, diretos, fazem parte da essência, da estrutura e, em última análise, da própria teleologia real, porém oculta do processo.

Sejamos mais claros: *o valor em si do processo é a protelação*. Não tendo por finalidade a justiça – nem o processo, muito menos as partes esperam isso, já que só a vitória interessa – deve-se recorrer sempre, até o fim. E recorrer demanda mais tempo, reforçando o único valor intrínseco do processo, a procrastinação²⁵⁷.

No mesmo sentido, LoPucki e Weyrauch apontam que uma das partes (em regra, o réu) pode se beneficiar da demora ao ponto até mesmo de a vitória tardia do autor se tornar inútil:

O litígio leva tempo, e os réus podem expandir a quantidade de tempo que leva de acordo com a maneira como respondem. Uma recompensa da mesma monta em um momento posterior pode ser menos valiosa para o autor, ou menos custosa para o réu. Por exemplo, se a justiça demorar para apreciar uma ordem para impedir práticas anticompetitivas de um competidor, esse competidor poderá tirar a outra parte do negócio no meio tempo. A reparação de danos pode não ser um substituto adequado, porque os danos que realmente tenham acontecido podem ser especulativos demais para recuperar, ou a condenação em reparar esses danos pode não ser exequível²⁵⁸.

Com a passagem do tempo, a prova pode perecer, o réu pode ter tempo de ocultar de forma efetiva seu patrimônio²⁵⁹. A passagem do tempo, com efeito, pode não só reduzir o valor esperado da demanda pelo simples distanciamento temporal da recompensa do demandante e da privação do demandado, mas poderá até mesmo alterar a própria probabilidade de vitória.

256 CALAMANDREI, op. cit., p. 548-549.

257 BECKER, op. cit., p. 157.

258 LOPUCKI, WEYRAUCH, op. cit., p. 1459.

259 Cf. Idem, p. 1459-1460

O ponto central deste tópico, no entanto, é que além das oportunidades estratégicas que atingem diretamente a probabilidade de vitória, além das afirmações, cargas, possibilidades e expectativas, a parte pode “marcar pontos” alterando outros elementos: o risco, o custo e o tempo, para si e para outras partes. A possibilidade de alterar esses elementos pode estar na própria razão subjacente da regra – a isenção de custas da ação popular, por exemplo – ou pode ser colateralmente constituída por ela. De todo modo, a análise estratégica da norma processual deve identificar os impactos das normas nesse âmbito.

2.3. Goldschmidt e o “homem mau”

A teoria de Goldschmidt parece, a princípio, limitada às oportunidades estratégicas diretamente estabelecidas pelas regras. O direito processual atribui cargas e possibilidades, e esse é o conjunto completo dos movimentos possíveis no jogo. É uma teoria do litígio para o homem perplexo.

No entanto, ao procurar conciliar a ideia de situação jurídica processual com a de livre valoração da prova, Goldschmidt diz que o resultado probatório produz uma situação jurídica processual quando a experiência mostra que uma determinada valoração é mais provável²⁶⁰. Isso mostra uma abertura para que previsões ancoradas em elementos externos às normas processuais constituam situações jurídicas processuais. Isso permite o uso da teoria goldschmidtiana para o estudo do processo sob a perspectiva do “homem mau” que, sem considerar uma dimensão ideal do direito”, quer apenas decidir suas ações tendo em vista as previsões sobre consequências.

Mark Tushnet, no artigo *Constitutional Hardball*, descreveu como o “jogo-duro constitucional” aquelas práticas dos poderes executivo e legislativo que, embora sem dúvidas dentro dos limites da legalidade e da constitucionalidade, rompem com as convenções da prática constitucional²⁶¹. Poder-se-ia definir um “jogo-duro processual” como as práticas no processo que, embora dentro dos limites da legalidade, rompem não com as convenções do litígio – até porque muitas práticas de “jogo-duro” podem se tornar usuais, convencionais e esperadas – mas com as razões subjacentes que amparam as

260 GOLDSCHMIDT, 2015, p. 531.

261 Cf. TUSHNET, Mark. *Constitutional Hardball*. *The John Marshall Law Review*, v. 523, 2004. p. 523 e ss.

regras que permitem essas práticas. Recorrer para ganhar tempo, por exemplo. Ou usar as regras de competência para escolher um juiz favorável à causa no mérito.

Há, por exemplo, uma controvérsia sobre se o estudante menor de 18 anos aprovado em vestibular para cursar o ensino superior, mas que não tenha concluído o ensino médio, pode concluí-lo em curso supletivo, mediante a simples aplicação de provas, sem carga horária. Há juízes que entendem que sim e juízes que entendem que não. Os tribunais, na data deste trabalho, ainda não pacificaram a matéria. As demandas são propostas contra a instituição que oferece o curso supletivo. A competência, nos termos do art. 46 do CPC, é no foro do domicílio do réu. Assim, o demandante estratégico poderá usar o art. 46 de forma “desvirtuada”, escolhendo o curso supletivo de uma instituição que se situe em foro no qual os juízes são majoritariamente favoráveis a essa compreensão. Preferencialmente, em um foro de vara única favorável.

Em 1985, A Pennzoil celebrou uma carta de intenções para comprar a Getty Oil. Enquanto os termos da efetiva compra estavam sendo negociados, a Texaco interferiu no negócio e comprou a Getty Oil. A Pennzoil, então ajuizou três ações para tentar impedir o contrato da Getty Oil com a Texaco. Primeiro, a Pennzoil ajuizou um pedido de tutela provisória (*injunction*) na Corte estadual de Delaware para impedir o acordo. Em paralelo, ajuizou uma ação com fundamento no direito antitruste em Tulsa, no Estado de Oklahoma. A escolha de Tulsa é notável porque nem a Pennzoil nem a Texaco possuíam sede em Oklahoma²⁶². Por fim, a Pennzoil financiou uma pequena distribuidora de petróleo para que ajuizasse uma ação com fundamento no direito antitruste contra a Texaco em um tribunal federal em Providence, no estado de Rhode Island.

A Pennzoil estava em busca de um juiz receptivo à sua causa. “A específica causa de pedir era irrelevante”²⁶³. Assim que um juiz mostrasse simpatia – concedendo uma liminar, por exemplo, a Pennzoil desistiria dos outros processos ou os abandonaria.

No Brasil, a Recomendação do CNJ nº 127 de 2022 alertou os juízes para a necessidade de adoção de cautelas para combater o que chamou de “judicialização predatória”. Isto é: “o ajuizamento em massa em território nacional de ações com pedido e causa de pedir semelhantes em face de uma pessoa ou de um grupo específico de pessoas, a fim de inibir a plena liberdade de expressão”. A preocupação do CNJ é específica com a liberdade de expressão, mas esse é um problema global do sistema de justiça. A recomendação dá especial relevo ao uso de ferramentas processuais sobre

262 Cf. LOPUCKI, WEYRAUCH, op. cit., p. 1414 e ss.

263 Idem, p. 1416.

modificação da competência que podem, diante dessa situação, funcionar como regras de contingência:

Art. 3º Com o objetivo de evitar os efeitos danosos da judicialização predatória na liberdade de expressão, recomenda-se que os tribunais adotem, quanto ao tema, medidas destinadas, exemplificativamente, a agilizar a análise da ocorrência de prevenção processual, da necessidade de agrupamento de ações, bem como da eventual má-fe dos demandantes, a fim de que o demandado, autor da manifestação, possa efetivamente defender-se judicialmente.

É evidente que, diante do ajuizamento de um grande número de ações semelhantes contra a mesma pessoa em juízos distintos, a probabilidade de que pelo menos uma delas encontre um juiz que dê razão ao autor aumenta. Além disso, a multiplicidade de demandas dificulta, por si só, a defesa do réu. A variação das partes e da causa-de-pedir, no entanto, como no caso da Pennzoil, pode dificultar o combate a esse tipo de estratégia

No caso da Pennzoil, a companhia desistiu a ação em Delaware e ajuizou-a novamente em Houston, no Texas, após o CEO da Pennzoil concluir, em conversa com seu amigo e advogado Joe Jamail, que poderia haver um clima favorável para o litígio na cidade. Com efeito, o juiz de Houston proferiu uma série de decisões favoráveis à Pennzoil. Para combater essa situação, a Texaco fez uma série de manipulações em seus ativos para poder pedir falência em White Plains, em Nova York. Assim, pelas regras então vigentes, um foro concursal universal atraiu, a princípio, a competência do litígio contra a Pennzoil para White Plains. "A teoria estratégica era que os tribunais do Texas teriam um viés em favor da Pennzoil e de Joe Jamail. Em contraste, os tribunais de Nova York presumivelmente teriam um viés em favor da Texaco"²⁶⁴. A estratégia inicialmente funcionou, como uma reforma por um tribunal de Nova York da condenação proferida no Texas – mas, depois, a Suprema Corte reestabeleceu a condenação original²⁶⁵.

O caso Pennzoil-Texaco mostra uma realidade fácil de intuir: quem é o juiz pode alterar o resultado do caso. E as regras de competência têm por consequência alterar o juiz e, portanto, potencialmente o resultado do caso. Assim, a partir de uma análise das tendências de julgamento dos juízes, é possível falar de situação jurídica processual constituída pela fixação de uma competência.

2.4. A análise estratégica da norma processual

264 LOPUCKI, WEYRAUCH, op. cit., p. 1420.

265 Cf. Idem, p. 1421 e ss.

Diante dessas premissas, é possível delinear o método para uma análise estratégica da norma processual. Isto é: uma abordagem de análise das normas processuais que consiste em identificar as oportunidades estratégicas que essas normas criam para as partes.

O objetivo da análise estratégica da norma processual não é, em um primeiro momento, interpretar corretamente os textos legais. Ela tem por premissa justamente um texto interpretado, uma norma estabelecida. É claro que pode ter a utilidade de comparar os desenhos estratégicos de duas interpretações – mas escolher a interpretação correta está fora de seu escopo.

A análise estratégica da norma processual *pode* utilizar a análise econômica do direito, mas não se confunde com ela. Primeiro, porque a análise econômica do direito está comprometida com ideias como “maximização da riqueza social”, ao passo que a análise estratégica enfatiza os ganhos individuais dos litigantes. Além disso, a análise econômica do direito não esgota a totalidade dos fenômenos estratégicos, senão por outras razões, ao menos por estas:

O agente econômico ou adere ao império do direito e busca tirar a máxima vantagem disso, ou viola a regra e aceita as consequências. O estrategista jurídico, ao contrário, frequentemente busca vencer o império do direito de uma maneira que também evite as consequências. (...) o modelo da análise econômica trata o legislador como onipotente. Nesse modelo, os jogadores não podem desafiar as regras; eles podem apenas buscar vantagens sob elas. No entanto, um ponto central da estratégia jurídica é controlar os resultados apesar das intenções contrárias dos juízes e legisladores²⁶⁶.

A análise estratégica da norma processual pode utilizar qualquer instrumental que revele as oportunidades estratégicas óbvias e não óbvias das normas. Ela se caracteriza por seus objetivos, não por seu método

É importante dizer também que a análise tem uma extensão atingível em abstrato e uma extensão atingível em concreto. Algumas normas que, a princípio, não revelam certas oportunidades estratégicas podem acabar as revelando diante de casos concretos. Por outro lado, oportunidades estratégicas que existem em abstrato podem não fazer sentido no caso.

De forma possivelmente não exaustiva, propõe-se o seguinte roteiro de análise:

1º) identificar a norma processual *de fato* vigente ou se é o caso de incerteza normativa;

266 LOPUCKI, WEYRAUCH, op. cit. p. 1411.

2º) identificar que possibilidades e cargas são criadas pela norma, e para quais das partes;

3º) identificar se o aproveitamento das possibilidades e a liberação das cargas criadas pela norma permitem a supressão de possibilidades para a parte contrária ou a imposição de cargas sobre ela, bem como a dificultação de sua liberação;

4º) identificar se o aproveitamento das possibilidades e a liberação das cargas criadas pela norma permitem aumentar ou reduzir o tempo esperado do processo;

4º) identificar se o aproveitamento das possibilidades e a liberação das cargas criadas pela norma permitem aumentar ou reduzir o custo do processo, e para quais das partes;

5º) identificar se o aproveitamento das possibilidades e a liberação das cargas criadas pela norma permitem aumentar ou reduzir o risco esperado do processo, e para quais das partes.

6º) identificar se as possibilidades e cargas criadas pela norma permitem trocar o juiz da causa para um presumivelmente mais favorável ou mais desfavorável à demanda.

A análise estratégica da norma processual poderá fornecer subsídios para a compreensão do uso real das normas pelas partes em litígio, com vistas a orientar reformas legislativas, a criação de jurisprudência a decisão de casos concretos, bem como poderá auxiliar a tomada estratégica de decisão pelos profissionais que representam as partes.

CAPÍTULO III

APLICAÇÕES PRÁTICAS

Neste capítulo, as ideias desenvolvidas nos dois primeiros capítulos serão aplicadas para a análise de algumas estratégias processuais e das normas que as possibilitam – algumas estratégias são legítimas; outras, nem tanto. O capítulo tem o objetivo de mostrar a utilidade do método de análise proposto.

3.1. A tutela cautelar antecedente como arma processual

No procedimento comum do processo civil, o réu é citado para comparecer à audiência de conciliação (a menos que essa seja dispensada). Caso a audiência não seja frutífera, o réu terá 15 dias, a partir dela, para oferecer contestação (art. 335, I, do CPC). A audiência de conciliação tem de ser marcada para pelo menos 20 dias depois da citação. Como os prazos cíveis se contam em dias úteis, e 15 dias úteis costumam ser 21 dias corridos, o réu tem, nas circunstâncias mais ordinárias, 41 dias para preparar sua defesa. Se não o fizer nesse tempo, sofrerá a pena de revelia (art. 344).

Há, no entanto, uma maneira de encurtar esse prazo de 41 para 5 dias (úteis, que se tornam no máximo 7 corridos). Basta ajuizar, em vez de uma petição inicial, um pedido de tutela cautelar antecedente. Nessa hipótese, o réu é citado para contestar em 5 dias (art. 306 do CPC), sob a mesma pena de revelia (art. 307). Esse encurtamento do prazo do réu pode ser produzido pela simples opção do autor, o qual poderá, em alguns casos, dispor de todo o tempo que precisar para elaborar uma demanda complexa — e poderá alegar uma necessidade de tutela cautelar, real ou fabricada, para que o réu tenha se se contrapor à demanda no exíguo prazo de 5 dias.

Algumas opiniões propõem que a revelia decretada no processo da tutela cautelar antecedente não se projeta para o pedido principal. Assim, mesmo que o demandado seja revel no pedido cautelar, pode oferecer contestação ao pedido principal e controverter os mesmos fatos que, no procedimento cautelar, foram tidos por incontroversos²⁶⁷. Os

267 Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3p. 119; MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. ed. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. v. 2. p. 61; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. p. 251. COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 307. In: STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 441.

tribunais, em grande medida, reconhecem essa regra²⁶⁸. Isso não retira a efetividade da cautelar antecedente em reduzir as possibilidades ordinárias de defesa do demandado.

Primeiro, pela curiosa razão de que é muito comum que o demandado, tendo contestado o pedido cautelar, pense que isso o dispensa de contestar também o pedido principal – diante do qual acaba ficando revel. Esse lapso é corriqueiro nos tribunais²⁶⁹.

Segundo, porque a obtenção da tutela cautelar – facilitada pela revelia ou pela contestação deficiente produzida às pressas – pode significar, na prática, a inversão do ônus do tempo. É bem verdade que a tutela “cautelar” a que se refere o Código é aquela “meramente conservativa”²⁷⁰. No entanto, isso não impede o uso da cautelar para inverter o ônus do tempo. Primeiro porque é notória a dificuldade em distinguir os provimentos satisfativos dos cautelares em muitos casos. Assim, independentemente das respostas dogmáticas para a natureza de determinados provimentos, há muitas medidas com o efeito prático de inverter o ônus do tempo que razoavelmente cabem sob o rótulo de cautelares. Pense-se, por exemplo, no afastamento cautelar da diretoria de uma associação como medida instrumental, não satisfativa e referível²⁷¹ à pretensão de anulação da assembleia que a elegeu. Segundo, porque aquilo que é principal e satisfativo do ponto-de-vista jurídico pode não o ser do ponto-de-vista dos objetivos reais das partes. É importante lembrar que o direito acautelado é afirmado pelo próprio requerente, que, como visto no Capítulo II, pode manipular estrategicamente suas afirmações e suas postulações.

Imagine-se a seguinte situação: Fulano e Ciclano eram sócios de fato para explorar a atividade empresária de construção civil por empreitada, com clientes do setor privado, e para isso adquiriram maquinário. Depois, a sociedade de fato se rompe, e constituem, cada um, nova sociedade no mesmo ramo. O maquinário inicialmente não é partilhado nem liquidado, e fica em posse de Fulano. Ciclano, mais rico que Fulano, resolve adquirir máquinas mais modernas para sua nova sociedade, razão pela qual não se interessa, em um primeiro momento, pelas máquinas da sociedade anterior que estavam em posse de

268 TJDF. Acórdão 1138065, 20160610110356apc, Relator: Fernando Habibe, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 14/11/2018, publicado no DJE: 20/11/2018. TJSP. Apelação Cível 1015201-45.2019.8.26.0100; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 15ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/05/2021; Data de Registro: 21/05/2021.

269 Cf. TJDF. Acórdão 1418688, 07033136120218070020, Relator: Romulo De Araújo Mendes, 1ª Turma Cível, data de julgamento: 27/4/2022, publicado no DJE: 11/5/2022; TJSP. Apelação Cível 1037252-24.2017.8.26.0002; Relator (a): Jayme Queiroz Lopes; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 11ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/02/2021; Data de Registro: 26/02/2021; TJSP. Agravo de Instrumento 2019075-93.2020.8.26.0000; Relator (a): Fábio Podestá; Órgão Julgador: 27ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mauá - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2020; Data de Registro: 28/05/2020; TJSP. Apelação Cível 1000641-68.2016.8.26.0435; Relator (a): Silveira Paulilo; Órgão Julgador: 21ª Câmara de Direito Privado; Foro de Pedreira - 2ª Vara; Data do Julgamento: 01/05/2019; Data de Registro: 01/05/2019

270 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória : considerações gerais. In: *O novo Código de processo civil: questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253-266.p. 257.

271 Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 71 e ss.

Fulano. Fulano poderia tocar sua nova empresa com metade das máquinas da sociedade anterior, mas, já que Ciclano não se interessa por elas, permanece usando-as todas. No entanto, a expectativa original de Ciclano de que atenderia pelo menos parte dos clientes da primeira sociedade acaba frustrada. Os clientes confiam na competência pessoal de Fulano, e, apesar das abordagens de Ciclano, não contratam sua nova sociedade para serviços de construção. Assim, para tirar Fulano do mercado, Ciclano vai a juízo para requerer uma tutela cautelar antecedente. Afirma o seguinte: o maquinário em posse de Ciclano pertencia à sociedade de fato que possuíam, os sócios não conseguiram chegar a uma composição amigável para a dissolução, tem a intenção de propor uma ação de dissolução de sociedade, mas teme que a dissolução seja infrutífera, porque, sendo as máquinas bens móveis, Fulano as estaria ocultando para impedir o resultado útil da futura dissolução. Obtém o deferimento de uma tutela cautelar para apreender as máquinas. A tutela cautelar, nesse caso, protege o resultado útil de uma futura ação de dissolução, mas, para os objetivos reais e ocultos de Ciclano, a cautelar basta. Se ficar sem maquinário por tempo o suficiente, Fulano será afastado do mercado e não será mais uma ameaça competitiva para Ciclano.

Por fim, a jurisprudência do STJ tem entendido que os honorários sucumbenciais na tutela cautelar antecedente podem ser fixados por apreciação equitativa²⁷². Assim, a tutela antecedente pode ser utilizada para sondar, sem riscos, a disposição do juízo para acolher determinada tese.

A tutela cautelar antecedente, desse modo, possibilita uma oportunidade estratégica diretamente constituída pela ordem jurídica quanto ao encurtamento do prazo de defesa do réu, cuja razão subjacente é permitir a aceleração do procedimento tendo em vista uma situação de possível urgência. O instituto permite, no entanto, seu uso superinclusivo para aumentar a probabilidade de vitória e reduzir riscos.

3.2. A produção antecipada de prova como estratégia estritamente dominante em caso de dúvida probatória

Em teoria dos jogos, estratégia estritamente dominante é aquela que produz melhores resultados para o jogador independentemente das estratégias adotadas pelos demais jogadores²⁷³. O procedimento da produção antecipada de prova, regulado entre os arts. 381 e 383, do CPC, é – em caso de dúvida sobre o resultado de uma prova que ainda

272 Cf. REsp n. 1.822.840/SC, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 12/11/2019, DJe de 11/12/2019

273 Cf. FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: GEN, 2021. p. 81 e ss.

precise ser produzida – uma estratégia estritamente dominante para o possível demandante.

No capítulo II, expôs-se que a vitória no processo depende da prática exitosa de atos processuais, mas que o êxito desses atos não está inteiramente sob controle das partes. Nunca se sabe o que dirá uma testemunha, qual será o resultado de uma perícia, o que dizem alguns documentos. E há sanções para as demandas sem êxito.

No procedimento de produção antecipada de prova, no entanto, não há perdedores nem vencedores, já que o juiz não se pronuncia sobre a ocorrência ou inoocorrência dos fatos nem sobre suas consequências jurídicas (art. 382, § 2º, do CPC). Por essa razão, não há condenação em honorários de sucumbência. Assim, se a prova for boa, será constituída uma situação jurídica processual favorável. Se a prova for ruim, o interessado poderá não propor a demanda. Produzir esse arranjo é, aliás, justamente a razão subjacente do processo de produção antecipada de provas. Como aponta Flávio Luiz Yarshell:

Desse modo, a depender do resultado da produção preliminar, a consequência, se não for desde logo a constatação da inviabilidade do processo cujo objeto é a declaração do direito, será o ingresso nessa fase com todos os riscos e encargos inerentes quer ao processo, quer ao julgamento estatal. A produção antecipada de prova, nessa medida, propicia à parte situação mais favorável, diminuindo os riscos de demandar – ou, mesmo, de resistir a determinada pretensão – às escuras e, assim, minimizando a probabilidade de se sujeitar às consequências decorrentes de um julgamento desfavorável²⁷⁴.

No procedimento comum, caso haja o indeferimento da produção de uma prova requerida, não caberá imediatamente o recurso de agravo de instrumento, porque decisão com esse conteúdo não consta do rol de agravabilidades do art. 1.015, e esse indeferimento poderá ser impugnado apenas em apelação (art. 1.009, § 1º). A consequência do eventual provimento provavelmente será a decretação da nulidade da sentença. De outro lado, no procedimento de produção antecipada permite o recurso imediato contra o indeferimento (art. 382, § 4º) – ao passo que não permite o recurso da parte contrária. Por fim, o procedimento de produção antecipada não admite oposição à produção da prova (na literalidade do texto legal, “não admite defesa”). Isto é: não só a produção da prova é menos arriscada, mas existe maior probabilidade até mesmo da própria produção.

Importa mencionar que Vitor de Paula Ramos, analisando o procedimento sob a ótica da teoria dos jogos, entende que ele não oferece vantagem aos litigantes na maior

274 YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 77.

parte dos casos. Isso porque a ausência de um sistema de precedentes confiáveis e da adoção de critérios racionais de valoração da prova tornaria inviável o cálculo da possível decisão judicial a partir das provas produzidas no procedimento preparatório:

Sem tais aprimoramentos do sistema, é possível afirmar, com grau razoável de possibilidade de acerto, que a produção “antecipada” de provas sem o requisito da urgência funcionará apenas para casos extremos, em que a prova (por exemplo, pericial) indicar de maneira muito clara a responsabilidade e os valores envolvidos.

Caso contrário, sem condições de fazer exercícios de futurologia para determinar como o juiz A valorará a prova, ou como o Tribunal de Justiça decidirá aquele tema, naquela manhã – isto é, sem saber das chances reais de perdas ou ganhos – acabará a parte sempre tendo que tomar a custosa e demorada opção de “rolar os dados” em uma ação “de mérito”²⁷⁵.

Sem negligenciar a importância para a segurança jurídica do aprimoramento das ferramentas de calculabilidade do direito, não se pode adotar a premissa do trabalho de Ramos de que as decisões judiciais, a não ser em casos extremos, são aleatórias. Extremos são justamente os casos em que o resultado probatório aponta *igualmente* para soluções distintas, sem que uma ou outra valoração seja intuitiva como mais provável. O fato de não ser possível “estabelecer um vínculo necessário entre a prova e um futuro julgamento”²⁷⁶ não significa que todos os resultados são igualmente prováveis, nem que a probabilidade de uma sentença em determinado sentido não tenha se alterado em vista da pré-constituição da prova. E a estratégia se constrói não só sobre a certeza, mas também sobre a probabilidade.

Por fim, é possível o uso superinclusivo do procedimento de produção antecipada de provas para reduzir custos do litígio. A competência para seu processamento é o do foro do local da produção da prova ou do domicílio do réu (art. 381, § 2º) e não gerará prevenção para a ação que vier a ser proposta (art. 381, § 3º). Assim, o foro da produção probatória não necessariamente coincidirá com o da ação principal. Assim, é possível que surja a oportunidade de escolher o foro em que as custas são mais baratas ou em que haja – por exemplo, por proximidade com o domicílio do litigante – menos despesas extraprocessuais.

3.3. Para que serve o mandado de segurança?

275 RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, v. 263, 2017, p. 313-332. p. 11.

276 YARSHELL, op. cit, p. 80.

Celso Barbi²⁷⁷ localiza a origem do mandado de segurança na necessidade do enfrentamento de duas dificuldades: a lentidão e a falta de execução específica das decisões contra o poder público, que se convertiam sempre em reparação pecuniária. Depois que a possibilidade de execução específica e a técnica antecipatória se generalizaram para todo o processo civil, deixou de haver direitos que só pudessem ser tutelados por meio do mandado de segurança. O mandado de segurança existe hoje em nossa ordem jurídica sobretudo como escolha possível para a parte autora, como alternativa ao procedimento comum. A decisão de impetrar mandado de segurança, portanto, depende de análise estratégica.

O primeiro fator que pode ser ponderado para a tomada de decisão entre o mandado de segurança e o procedimento comum é que o art. 20 da Lei nº 12.016 de 2009 estabelece que “os processos de mandado de segurança e os respectivos recursos terão prioridade sobre todos os atos judiciais, salvo habeas corpus”. A impetração do MS, portanto, reduz, a princípio, o tempo esperado da demanda, em comparação com a opção pelo procedimento comum. No entanto, quanto à apreciação da tutela antecipada, o procedimento do MS tende a ser tão célere quando o procedimento comum, já que, em regra, a apreciação é feita no primeiro contato do juiz com a petição inicial.

Em situação de dúvida sobre o cabimento do mandado de segurança, pode ser, a depender do valor relativo do fator tempo no caso concreto, que se deva optar pelo procedimento comum. O requisito de admissibilidade do MS é o “direito líquido e certo – isto é, demonstrável por prova documental pré-constituída²⁷⁸. No entanto, há julgados que distingue entre a prova documental, que admite o MS, e a documentada, que não admite²⁷⁹. É evidente a possibilidade de situações limítrofes e campos de incerteza normativa. A dúvida, contudo, não pode surgir da complexidade da matéria jurídica veiculada na impetração, tendo em vista o entendimento sumulado no enunciado nº 625 do STF de que a “controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de mandado de segurança”.

Outro relevante fator a ser ponderado é que no mandado de segurança não cabe condenação em honorários de sucumbência (art. 25 da Lei 12.016 de 2009). Assim, a

277 BARBI, Celso A. Mandado de segurança: fundamentos históricos e constitucionais. In: FERRAZ, Sérgio (org.). FIGUEIREDO, Lúcia Valle. BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. VELLOSO, Carlos Mário. BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de segurança*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986. p. 71 e ss.

278 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. ed. 36. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 36 e ss.

279 Ver, por exemplo, TRF-1. - AMS: 10021368720214013900, Relator: Desembargador Federal José Amílcar Machado, Data de Julgamento: 18/05/2021, Sétima Turma, Data de Publicação: PJe 23/05/2021 PAG PJe 23/05/2021.

opção por esse procedimento reduz o risco do litígio. Essa regra cria, aliás, um conflito principal-agente entre cliente e advogado – tendo em vista que, em um procedimento como honorários de sucumbência, o risco é suportado pelo cliente e os eventuais ganhos pelo advogado.

O procedimento do mandado de segurança também pode alterar a competência para o julgamento da causa em diversas situações. A situação mais óbvia é a que a autoridade coatora é pessoa que atrai a competência originária de um tribunal. O mesmo direito pleiteado por meio do procedimento comum atrairia a tramitação em primeiro grau. Mas há outras situações. Por exemplo, a competência para julgar mandado de segurança impetrado contra ato coator de dirigente de instituição de ensino privada é da Justiça Federal, mas o ajuizamento de ação pelo procedimento comum contra a instituição estabelece a competência da Justiça Estadual²⁸⁰. É uma possibilidade de escolha entre a justiça estadual e a federal que pode se dar, por exemplo, segundo a jurisprudência mais favorável ao pleito.

3.4. O que está em jogo na impugnação ao valor da causa?

A Emenda Constitucional nº 125 instituiu a relevância da questão federal como requisito de admissibilidade do recurso especial. Tendo em vista o resultado numérico da adoção da repercussão geral no recurso extraordinário, que reduziu 40% do acervo do Supremo Tribunal Federal já no primeiro ano²⁸¹, o filtro de relevância deve dificultar consideravelmente o acesso ao STJ por meio de recurso especial.

No entanto, a mesma EC nº 125 estabeleceu um rol de hipóteses nas quais a relevância é presumida. Entre elas, estão as “ações cujo valor da causa ultrapasse 500 (quinhentos) salários mínimos” (art. 105, § 3º, III, da Constituição Federal). A esse respeito, Heitor Sica observou que essa regra pode ter repercussão sobre a prática, comum no dia-a-dia forense, de dar-se à causa valores baixos, “simbólicos”, “meramente fiscais”, muitas vezes com o objetivo de reduzir o valor esperado do risco do litígio:

Para concluir, é de se supor que os litigantes passem a adaptar suas estratégias para transpor os obstáculos para acesso ao STJ. Nas causas de valor inestimável, em que o valor da causa é fixado aleatoriamente em R\$ 10 ou R\$ 100 mil apenas “para efeitos fiscais”, prefira-se, a partir de agora, montante

280 Cf. REsp 1295790/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 06/11/2012, DJe 12/11/2012.

281 Repercussão Geral reduz em 40% número de processos no STF. *ConJur*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2008-out-13/repercussao_geral_reduz_40_numero_processos_stf. Acesso em: 15 ago. 2022.

superior a quinhentos salários mínimos, de modo a atrair a hipótese de relevância presumida do inciso III do artigo 105, §3º²⁸².

O acesso ao STJ, do ponto-de-vista estratégico, não pode, no entanto, ser visto como bom por si próprio. A decisão por criar ou não uma situação que facilite o futuro acesso ao STJ tem de partir de alguma previsão sobre como o STJ julgaria a causa, e sobre como o tribunal local julgaria a causa.

O autor que acredita que venceria no STJ poderá então procurar dar à causa valor que atraia a hipótese de relevância presumida do inciso III do artigo 105, §3º, e o réu que acredita que venceria no STJ poderá impugnar o valor da causa visando ao mesmo objetivo. No entanto, as partes que acreditarem que perderão no STJ poderão utilizar a atribuição e a impugnação do valor da causa no sentido oposto.

Nada disso afasta o fato de que o filtro de relevância cria oportunidade estratégica de um uso superinclusivo dos mecanismos de atribuição e impugnação de valor à causa.

3.5. Recorrer ou confiar na remessa necessária?

Para a Fazenda Pública, não apelar, nas hipóteses que exigem remessa necessária, é uma estratégia estritamente dominante. O recurso aumenta o risco do litígio, na medida em que possibilita a condenação da Fazenda em honorários de sucumbência recursais (Art. 85, § 11), bem como a interposição de apelação adesiva pela outra parte (art. 997, § 1º). A remessa necessária, por outro lado, produz as exatas mesmas consequências positivas para a Fazenda da interposição da apelação, ao passo que evita as consequências negativas.

3.6. O demandado vencido deve apelar sempre

Para a parte que não suporta o ônus do tempo do processo, a apelação tem um valor intrínseco na sua mera interposição. É que esse recurso tem efeito suspensivo automático, por força do art. 1.012, do CPC, e, portanto, a sua mera interposição altera o fator tempo na equação do valor esperado da demanda²⁸³.

O mesmo vale para o réu do processo penal. Como a execução da pena é condicionada ao trânsito em julgado (conforme art. 5º, LVII, e o decidido pelo STF nas

282 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Breves notas sobre o filtro de relevância do recurso especial. *ConJur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-18/heitor-sica-filtro-relevancia-recurso-especial>. Acesso em: 15 ago. 2022.

283 Para uma crítica da manutenção do efeito suspensivo automático da apelação no CPC/15, cf. PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. O sistema recursal no Código de Processo Civil Brasileiro como mecanismo de (in)acesso à justiça. Valência: [s.n.]: 2020. *.passim*.

ADCs 43 e 44), a mera interposição de qualquer recurso é capaz de adiá-la e, assim, reduzir valor esperado da pena.

3.7. *Forum shopping* e escolha de jurisprudência

Há diversas hipóteses de foros concorrentes no sistema processual em que cabe a uma das partes escolher a competência territorial da causa. Convencionou-se chamar essa situação de *forum shopping*²⁸⁴.

As situações de *forum shopping* permitem ao litigante a quem cabe a escolha decidir não pelo foro logisticamente mais conveniente – e a razão subjacente das regras de competência territorial é, em geral, a logística – mas pelo foro que proporcionará o acesso ao tribunal como jurisprudência mais favorável à demanda de quem escolhe. É um uso superinclusivo da faculdade de escolher o foro.

Há maneiras mais agressivas de escolher o foro. Por exemplo, o art. 3º da Lei nº 11.101/2005 estabelece como competente para processar a recuperação judicial o foro do principal estabelecimento da recuperanda.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios admite, em geral, a prorrogação do chamado *stay period* por período superior a 360 dias. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo interpreta de forma mais literalista o § 4º do art. 6º da Lei 11.101, e costuma, na maior parte dos casos, admitir uma única prorrogação²⁸⁵.

Assim, como etapa preparatória de um pedido de recuperação judicial, a futura recuperanda poderia encontrar uma maneira de transferir grande parte de suas operações para Brasília, com o objetivo de lá ter seu “principal estabelecimento” para fins jurídicos e poder, por consequência, se beneficiar de maiores prorrogações do *stay period*.

3.8. Por que quem tem mais sai na frente? Litígios de massa e manipulação de jurisprudência pelos litigantes habituais

No conhecido artigo *Why The Haves Come Out Ahead*, Marc Galanter distingue entre litigantes habituais e litigantes eventuais²⁸⁶. Eles têm incentivos diferentes em

284 Para uma abrangente análise do fenômeno no âmbito do direito internacional privado, cf. CAMARGO, Solano de. *Forum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição?* 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. *passim*.

285 Ver, para uma análise detalhada dessa diferença jurisprudencial, OLIVEIRA, Luciano Ramos de. *As normas mercantis na perspectiva da derrotabilidade: um estudo acerca da aplicação principiológica ao stay period da lei de recuperação judicial*. 2022. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2022. p. 50 e ss.

286 Cf. GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead*. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 95-160. *passim*.

litígio. Os litigantes eventuais, como não possuem outros litígios e não antecipam ter outros, se importam muito com o resultado singular de sua demanda. Os litigantes habituais, de outro lado, se importam com o resultado agregado de suas várias demandas. Assim, eles podem, por exemplo, desistir de recursos ou oferecer propostas vantajosas de acordos em casos nos quais avaliam não ter chances de sucesso – e, assim, evitar a formação de precedentes contrários a seus interesses.

A Uber tem notoriamente adotado o comportamento do litigante habitual descrito por Galanter na litigância a respeito do vínculo trabalhista com seus motoristas. Reportagens indicam que os advogados da empresa têm utilizado jurimetria para prever o resultado dos julgamentos nos TRTs e, quando contrários às suas pretensões, desistem dos recursos ou fazem acordos. Assim, evitam a formação de julgados desfavoráveis. Com o tempo, os juízes de primeiro grau e os próprios tribunais vão tendo apenas julgados favoráveis à Uber aos quais se reportar²⁸⁷.

3.9. Conluio consigo mesmo: o uso acusatório estratégico da função do Ministério Público de fiscal da ordem jurídica

O Ministério Público possui, no processo penal brasileiro, as funções de acusador e de fiscal da ordem jurídica. Frequentemente, no entanto, a realidade do processo é que os poderes conferidos ao Ministério Público para fiscalizar a ordem jurídica são utilizados instrumentalmente para os fins acusatórios. É um uso desvirtuado e superinclusivo desses poderes.

Por exemplo, a função de parecerista conferido ao Ministério Público perante os tribunais em geral é utilizada para reforçar a tese acusatória. Como observa Rogério Schietti Machado Cruz:

Ou será que apenas o Procurador de Justiça é capaz de agir com a multicitada imparcialidade (ou objetividade) que caracteriza a atuação do Ministério Público no processo penal?

Em resposta à primeira indagação, reforçamos nosso entendimento de que, da mesma forma que o simples uso do hábito não faz de alguém um monge, a emissão de parecer não modifica a natureza da atuação do órgão ministerial em determinada fase da persecução penal. Trata-se de uma simples peça processual, que exterioriza a convicção de uma das partes, em linguagem aparentemente mais imparcial em relação às alegações finais ou às próprias

287 Cf. RIBEIRO, Paulo Victor. Máquina de acordos: como a Uber se blinda para impedir que a justiça reconheça vínculo trabalhista de motoristas. *The Intercept Brasil*. Disponível em: <https://theintercept.com/2022/04/28/como-a-uber-se-blinda-para-impedir-que-a-justica-reconheca-vinculo-trabalhista-de-motoristas/>. Acesso em: 19 ago. 2022. Também: Para desembargadores do TRT-15, Uber tenta manipular jurisprudência. *ConJur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-28/desembargadores-trt-15-uber-manipula-jurisprudencia>. Acesso em: 19 ago. 2022.

razões do recurso, mas que, ressalte-se, provém de membro da mesma Instituição que, até então, promovera a ação penal, deduzindo a acusação contra o réu²⁸⁸.

Também houve, em casos recentes, o uso desvirtuado do instituto da suspensão de liminar, para o qual o Ministério Público tem legitimidade em razão da sua função de fiscal da ordem jurídica, para promover fins acusatórios. Nos casos que ficaram conhecidos como Caso André do Rap e Caso da Boate Kiss, ordens de prisão foram decretadas por meio desse instituto, que desequilibra o jogo processual em favor da acusação:

É compreensível, do ponto de vista estratégico, que o MP queira seguir por essa via. O agravo regimental é um recurso com viés de confirmação, já que o relator é o próprio prolator da decisão recorrida. Ele pedirá a inclusão em pauta quando achar conveniente e fará a exposição do caso como pensar que deve. A suspensão de liminar obtém para o caso novo relator e, portanto, nova perspectiva. É o melhor dos mundos para quem está perdendo.

A defesa também conhece as dificuldades inerentes ao agravo regimental. Tanto é que procurou superá-las lutando pelo cabimento do Habeas Corpus contra ato de ministro — tese que, apesar de rediscussão recente, encontra-se rejeitada pela jurisprudência do STF. O HC contra ato de ministro talvez representasse para a defesa o que, no caso polêmico, a suspensão de liminar representou para a acusação. Fica o desequilíbrio: se a liminar no HC é indeferida, a defesa não pode impetrar novo HC contra o indeferimento; se é deferida, a acusação pode propor a suspensão de liminar²⁸⁹.

Já houve casos, na jurisprudência do STF, em que o Ministério Público impetrou *habeas corpus* em favor do réu, contra o seu consentimento, para, em nome de seu direito de ser julgado pelo juiz competente, fazer valer a tese acusatória sobre a competência. O STF não conheceu do *habeas corpus*, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, justamente em razão de seu “evidente desvio de finalidade jurídico-constitucional”²⁹⁰.

3.10. Overcharging prosecution

Overcharging prosecution é a prática de o órgão acusador apresentar, estrategicamente, acusações em maior número e quantidade do que o justo com o objetivo de ancorar soluções mais “vantajosas” por meio dos instrumentos da justiça penal

288 MACHADO CRUZ, Rogério Schietti. *Garantias processuais nos recursos criminais*. ed. 2. São Paulo: Atlas, 2013. p. 81.

289 MELLO, João Pedro de Souza. Agora pode suspensão de liminar em Habeas Corpus? *ConJur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/joao-pedro-mello-agora-suspensao-liminar-hc>. Acesso em: 20 ago. 2022. Ver também: PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MELLO, João Pedro de Souza. Outra vez a suspensão de liminar para mandar prender: o STF e o 'caso boate kiss'. *ConJur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-07/opiniao-pontos-obscuras-decisao-stf-boate-kiss>. Acesso em: 20 ago 2022.

290 STF. RHC 192998. 2ª Turma. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 15/12/2020. Publicação: 08/01/2021.

negociada. O *overcharging* pode ser vertical ou horizontal. Quanto é vertical, “o promotor atribui ao acusado uma infração mais severa do que a efetivamente praticada”, ao passo que no horizontal “há a imputação de mais de um fato, mesmo sem base fática para tanto”²⁹¹. É um uso superinclusivo do poder de acusar.

3.11. O pedido de gratuidade de justiça como estratégia estritamente dominante

No artigo *De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça*, Henrique Haruki Arake Cavalcanti e Ivo Teixeira Gico Jr. mostram que o benefício esperado do pedido de gratuidade de justiça é sempre positivo. Se deferido, a parte poderá litigar com seus custos consideravelmente reduzidos. Se indeferido, nenhum prejuízo será suportado pela parte que o pediu. Concluem, assim, que, de uma perspectiva estritamente econômica, é irracional não pedir o benefício²⁹².

291 ALVES, Jamil Chaim. Justiça consensual e pleabargain. In: CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu. SOUZA, Renee do Ó. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 193-214.p. 203-204.

292ARAKE, Henrique. GICO JR., Ivo. Quando mais é menos: o recurso adesivo como um desincentivo a recorrer. *Economics Analysis of Law Review*, v. 6, n. 1, p. 115-127, jan. /jun. 2015. *passim*.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo defender e projetar uma abordagem de estudo do direito processual que enfatize não a forma como o juiz deve aplicá-lo – como faz a dogmática –, mas a atuação estratégica das partes em litígio. É, de certo modo, um roteiro para pesquisas futuras. Essas pesquisas podem tanto aprofundar, rever ou corrigir os pressupostos quando aplicar a análise estratégica das normas processuais a outros institutos e problemas.

O conceito de razão subjacente é importante para essa investigação porque permite enxergar o caráter sub-ótimo das regras, como descrito por Frederick Schauer. Schauer, no entanto, não enfrenta com clareza a problemática em torno da ideia de uma razão subjacente. Por isso, este trabalho, após confrontar algumas ideias, chegou ao conceito de razão subjacente como aquela convencionalmente atribuída a norma pelo discurso dominante.

Em relação à sua razão subjacente, as regras podem ser subinclusivas ou superinclusivas. Serão subinclusivas quando não puderem ser aplicadas a situações que estão dentro do escopo de sua razão subjacente. Serão superinclusiva quando puderem ser aplicadas a situações que estão fora do escopo de sua razão subjacente.

“O homem mau” – isto é, o ponto-de-vista externo – não se importa com a razão subjacente das regras, porque, para ele, o direito tem apenas uma dimensão concreta e não uma dimensão ideal. Assim, diante das regras, ele poderá se comportar da maneira que for necessária para atingir seus objetivos, inclusive explorando pontos de superinclusão e sub-inclusão.

As regras, devido a seu caráter sub-ótimo, não têm no evitamento da conduta indevida ou na adoção da devida o único uso possível pelas partes.

São quatro as categorias dos usos estratégicos das regras processuais das quais se ocupa este trabalho, segundo o distanciamento ou aproximação da sua razão subjacente.: (i) o uso de regras diretamente constitutivas de oportunidades estratégicas, (ii) o uso desvirtuado de regras que criam indiretamente oportunidades estratégicas nos seus campos de subinclusão e superinclusão, (iii) a violação de regras quando há oportunidades estratégicas que derivam da superação dos prejuízos da sanção pelos ganhos da violação, (iv) a violação de regras quando há oportunidades estratégicas que derivam da possibilidade de não aplicação da sanção. Essas categorias serão referidas

daqui em diante, por brevidade, por *uso estratégico direto, uso estratégico desvirtuante, uso estratégico econômico e uso estratégico marginal*.

O processo nem sempre é vencido pela parte que tem razão na situação jurídica material pré-processual. Aliás, a descrição da situação jurídica material pré-processual só é possível através da técnica do referencial absoluto: um artifício teórico-didático que, sob a premissa da onisciência do pesquisador a respeito de situações hipotéticas, permite ver as nuances e divergências entre o fato e a prova. Na realidade e no processo, evidentemente, é apenas mediante a prova que os fatos são cognoscíveis. Uma mesma situação jurídica de direito material tem diversos desdobramentos processuais possíveis. O resultado depende da efetividade com que as partes aproveitam as possibilidades, liberam suas cargas e estabelecem expectativas.

A situação jurídica processual é o estado da causa de uma pessoa, contemplado a partir da perspectiva juridicamente fundada de obter uma sentença judicial, favorável ou desfavorável. A avaliação da situação jurídica processual permite o balizamento de acordos ou a estruturação de estratégias.

Não só para aumentar a probabilidade de vitória pode a parte agir estrategicamente no processo. Há movimentos estratégicos que alteram o tempo, os custos e o risco do litígio e, assim, o valor esperado da demanda – e, portanto, a situação jurídica processual.

Também é possível usar as regras de processo para escolher o juiz da causa, com repercussão para o resultado. Goldschmidt, ao dizer que o resultado probatório produz uma situação jurídica processual quando a experiência mostra que uma determinada valoração é mais provável, mostra uma abertura para que previsões ancoradas em elementos externos às normas processuais – como a definição do juiz da causa – constituam situações jurídicas processuais.

Por isso, a análise estratégica das normas processuais deve considerar as repercussões dos movimentos que fazem possíveis no processo sobre a probabilidade de vitória, os custos, o tempo, o risco, a definição do juiz da causa e a criação ou supressão de cargas e possibilidades das outras partes.

BIBLIOGRAFIA

AKAISHI, Juliana Tiemi Mizunoto. Quebra eficiente dos contratos bilaterais e teoria dos incentivos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 2, p. 241-253, 2010.

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. Law's limited domain confronts morality's universal empire. *William and Mary Law Review*, v. 48, n. 5, p. 1579-1603, 2007.

ALEXY, Robert. An answer to Joseph Raz. In: PAVLAKOS, George (org.). *Law, rights and discourse*. Oxford: Hart, 2007.

ALEXY, Robert. *The argument from injustice: a reply to legal positivism*. Oxford: Oxford University Press, 2002.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. ed. 20. São Paulo: Malheiros, 2021.

ALVES, Jamil Chaim. *Justiça consensual e pleabargain*. In: CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu. SOUZA, Renee do Ó. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 193-214.

ARAKE, Henrique. GICO JR., Ivo. Quando mais é menos: o recurso adesivo como um desincentivo a recorrer. *Economics Analysis of Law Review*, v. 6, n. 1, p. 115-127, jan./jun. 2015.

ARAKE, Henrique. GICO JR., Ivo. De Graça, até injeção na testa: análise juseconômica da gratuidade de justiça. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, n. 1, 2014, p. 166-178.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. *Curso de processo civil*. ed. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. v. 3

BARBI, Celso A. Mandado de segurança: fundamentos históricos e constitucionais. In: p. 71-95. In: FERRAZ, Sérgio (org.). FIGUEIREDO, Lúcia Valle. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. VELLOSO, Carlos Mário. BARBI, Celso Agrícola. *Mandado de segurança*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1986.

BÉ CARIA, Doutor Cesário da. *Manual do chicanista*. ed. 7 Brasília: Editora de Brasília, 1968.

BECKER, L. A. *Elementos para uma teoria crítica do processo*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.

BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. In: BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012. p. 449-475.

BECKER, L. A. *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela provisória : considerações gerais. In: *O novo Código de processo civil : questões controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 253-266.

BLOCK, Walter. Coase and Demsetz on private property rights. *Journal of Libertarian Studies*, v. 1, n. 2, p. 111-115, 1977.

BLOCK, Walter. *O.J's Defense: a reductio ad absurdum of the economics of Ronald Coase and Richard Posner*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1880161> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1880161> . Acesso em: 20 ago. 2022.

CABRAL, Antônio do Passo. Conferência sobre o tema “negócios jurídicos processuais”. In: CONGRESSO PROCESSO CIVIL: NOVAS TENDÊNCIAS: HOMENAGEM AO PROF. CELSO AGRÍCOLA BARBI, 2016. Belo Horizonte: UFMG, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vscl2r82YEK> . Acesso em 16 jul. 2022.

CAMARGO, Solano de. *Fórum shopping: modo lícito de escolha de jurisdição?* 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.

CAMPBELL, Alexia Fernández. Google employees fought for their right to sue the company — and won. *Vox*. Fev. 2019. Disponível em: <https://www.vox.com/technology/2019/2/22/18236172/mandatory-forced-arbitration-google-employees> . Acesso em: 30 jul. 2022.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. In: COASE, Ronald. H. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 95-156.

CONFESSORE, Nicholas. How to hide \$400 Million. *The New York Times*. Nov. 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/30/magazine/how-to-hide-400-million.html> . Acesso em: 3 ago. 2022.

COOTER, Robert. ULEN, Thomas. *Law and Economics*. ed. 6. Boston: Pearson, 2012.

CABRAL, Antônio do Passo. Conferência sobre o tema “negócios jurídicos processuais”. In: CONGRESSO PROCESSO CIVIL: NOVAS TENDÊNCIAS: HOMENAGEM AO PROF. CELSO AGRÍCOLA BARBI, 2016. Belo Horizonte: UFMG, 2016. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vscl2r82YEK>. Acesso em 16 jul. 2022.

CALABRESI, Guido. MELAMED, Douglas A. Property rules, liability rules, and inalienability: one view of the cathedral. *Harvard Law Review*, v. 85, n. 6, p. 1089-1128, 1972.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: *Opere Giuridiche*. Nápoles: Morano Editore, 1965. v. 1, p. 537-562.

CAMPBELL, Alexia Fernández. Google employees fought for their right to sue the company — and won. *Vox*. Disponível em: <https://www.vox.com/technology/2019/2/22/18236172/mandatory-forced-arbitration-google-employees> . Acesso em: 30 jul. 2022.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1999.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. ed. 7. São Paulo: Saraiva, 2022.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A revisão constitucional e a cidadania: a legitimidade do poder constituinte que deu origem à Constituição da República Federativa de 1988 e as potencialidades do poder revisional nela previsto. In: CARVALHO NETTO, Menelick de. *Teoria da constituição e direito constitucional: escritos selecionados*. Belo Horizonte: Editora Conhecimento, 2021. p. 3-27.

CONFESSORE, Nicholas. How to hide \$400 Million. The New York Times. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/11/30/magazine/how-to-hide-400-million.html>. Acesso em: 3 ago. 2022.

COX, Michael. *The mixer: the story of premier league tatics, from route one to false nines*. Nova York: Harper Collins, 2017. Versão *epub*.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Madri: Trotta, 1995.

FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Coimbra: Armenio Armado, 1963.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. ed. 11. São Paulo: Atlas, 2019.

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Valoração racional da prova*. Salvador: Juspodivm, 2021.

FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: GEN, 2021.

FRANCO, Gustavo. *A moeda e a lei: uma história monetária brasileira*. ed. 2. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

FRATE, Paolo Alvazzi del. Divieto di “interpretatio” e “référé législatif” nei “cahiers de doléances” del 1789. In: CONDORELLI, Orazio. *Panta rei: studi dedicati a Manlio Bellomo*. Roma: Galileo Galilei, 2004. p. 101-114.

FULLER, Lon L. Positivism and fidelity to law: a reply to Professor Hart. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 630-672, 1958.

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

GALANTER, Marc. Why the haves come out ahead. *Law and Society Review*, v. 9, n. 1, 1974, p. 95-160.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Madri: Editorial Labor, 1936.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho, derecho penal y proceso: el proceso como situación jurídica*. Jacobo López Barja de Quiroga (trad). Madrid: Marcial Pons, 2015. T. 3.

GUPTA, Deepak. KHAN, Lina M. Arbitration as wealth transfer. *Yale Law and Policy Review*, v. 35, p. 499-529, 2017.

GABRIEL, João. Jogo contra Inglaterra fez de Maradona deus no futebol e herói de guerra. *Folha de São Paulo: Esporte*, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2020/11/jogo-contra-inglaterra-fez-de-maradona-deus-no-futebol-e-heroi-de-guerra.shtml>. Acesso em: 1 nov. 2021.

GLEZER, Rubens. *Catimba constitucional*. ed. 2. Salvador: Juspodivm, 2021.

GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

GRAU, Eros. O direito posto e o direito pressuposto. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís, Roberto (org.). *Doutrinas essenciais: direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013b. v. 2.

GRAU, Eros. *Por que tenho medo dos juízes*. ed. 10. São Paulo: Malheiros, 2021.

HART, H. L. A. American jurisprudence through English eyes: the nightmare and the noble dream. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. Definition and theory in jurisprudence. In: HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. *Essays in jurisprudence and philosophy*. Nova York: Oxford University Press, 1983.

HART, H. L. A. Positivism and the separation of law and morals. *Harvard Law Review*, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.

HART, H. L. A. *The concept of law*. ed. 3. Oxford: Oxford University Press, 2012.

HARVARD business essentials: guide to negotiation. Boston: Harvard Business Review Press, p. 14-15.

HERKENHOFF, João Baptista. A história da liberdade de uma mulher, ré e mãe. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-23/historia-liberdade-mulher-re-mae>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

HOLMES Junior, Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 110, n. 5, p. 991-1009, 1997.

HORTON, David. The limits of the ending forced arbitration of sexual assault and sexual harassment act. *Yale Law Journal*. v. 132, jun. 2022. Disponível em:

<https://www.yalelawjournal.org/forum/the-limits-of-the-ending-forced-arbitration-of-sexual-assault-and-sexual-harassment-act> . Acesso em: 30 de jul. 2022.

INTERNATIONAL FOOTBALL ASSOCIATION BOARD (Suiça). *Laws of the game: law 12: fouls and misconduct*. Disponível em: <https://www.theifab.com/laws/latest/fouls-and-misconduct/#disciplinary-action> . Acesso em: 15 jul. 2022.

JEAMMAUD, Antoine. En torno al problema de la efectividad del derecho. *Crítica jurídica*, v. 1, n. 1, p. 5-16, 1985.

JIANG, Wei. LI, Tao. MEI, Danqing. THOMAS, Randall. Appraisal: shareholder remedy or litigation arbitrage. *The Journal of Law and Economics*, v. 59, n. 3, 2016, p. 697-729.

JOGO contra Inglaterra fez de Maradona deus no futebol e herói de guerra. *Folha de São Paulo*. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/esporte/2020/11/jogo-contra-inglesa-fez-de-maradona-deus-no-futebol-e-heroi-de-guerra.shtml>. Acesso em: 1 nov. 2021.

KAPLOW, Louis. SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. In: AUERBACH, Alan J. FELDSTEIN, Martin. *Handbook of public economics*. Amsterdam: Elsevier, 2002. v. 3, p. 1661-1784.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

KERCHE, F.; VIEGAS, R. R. Ministério Público brasileiro: de defensor de direitos a combatente da corrupção. In: *ENCONTRO DA ABCP*, 12., 2020. *Anais [...]*. 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/347103661_O_Ministerio_Publico_brasileiro_de_defensor_de_direitos_a_combatente_da_corrupcao . Acesso em: 16 ago. 2022.

LA MANO de Dios. Getty Images. Disponível em: <https://www.gettyimages.com.br/detail/foto-jornal%20C3%ADstica/sport-football-1986-football-world-cup-mexico-foto-jornal%20C3%ADstica/78986258>. Acesso em: 25 out. 2021

LOPUCKI Lynn. M. WEYRAUCH, Walter O. A theory of legal strategy. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 6, p. 1405-1486, 2000.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MABUD, Rakeen. Google put an end to forced arbitration and why that's so important. *Forbes*. Fev. 2019. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/rakeenmabud/2019/02/26/worker-organizing-results-in-big-change-at-google/> . Acesso em: 30 jul. 2022.

MACHADO CRUZ, Rogério Schiatti. *Garantias processuais nos recursos criminais*. ed. 2. São Paulo: Atlas, 2013.

MARADONA, Diego Armando. *Yo soy yo y Diego*. Barcelona: Editorial Planeta, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio. MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 2.ed. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e convicção*. ed. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme, O custo e o tempo do processo civil brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, n. 37, p. 37-64, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme, Direito fundamental à duração razoável do processo. *Revista jurídica*, v. 57, n. 379, p. 11-27, maio 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*. ed. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. ed. 9. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEIRELLES, Hely Lopes. WALD, Arnaldo. MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. ed. 36. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, João Pedro de Souza. Agora pode suspensão de liminar em Habeas Corpus? *ConJur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-15/joao-pedro-mello-agora-suspensao-liminar-hc> . Acesso em: 21 ago. 2022.

MELLO, João Pedro de Souza. Relação jurídica processual, bilateralidade e pensamento conceitual no direito. *Civil Procedure Review*, v. 13, n. 1, 2022, p. 49-79.

MERTON, Robert K. *Social theory and structure*. ed. 3. Londres: Collier Macmillan, 1968.

MINISTRO Schietti critica TJ/SP por não seguir jurisprudência: "ignoram STJ e STF". *Portal Migalhas*: quentes. 20 jul. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/330944/ministro-schietti-critica-tj-sp-por-nao-seguir-jurisprudencia---ignoram-stj-e-stf> . Acesso em: 15 jul. 2022.

MNOOKIN, Robert H. KORNHAUSER, Lewis. Bargaining in the shadow of the law: the case of divorce. *The Yale Law Journal*, v. 88, n. 5, 1979, p. 950-997.

MOLOT, T. Jonathan. A market in litigation risk. *The University of Chicago Law Review*, v. 76, 2009, p. 367 e ss. MARADONA, Diego Armando. *México 86: así ganamos la copa: mi mundial, mi verdad*. Buenos Aires: Sudamericana, 2016.

MÜLLER, Friedrich. Teses sobre a estrutura das normas Jurídicas. *Revista dos Tribunais*, n. 929, mar. 2013, p. 193-209.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*. ed. 3. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

NORTH, Douglass C. *Institutions, institutional change and economic performance*. Nova York: Cambridge University Press, 1990.

OAB: erro legislativo fez regra da imunidade profissional ser revogada. Migalhas: Quentes. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/367817/oab-erro-legislativo-fez-regra-da-imunidade-profissional-ser-revogada>.

OLIVEIRA, Luciano Ramos de. *As normas mercantis na perspectiva da derrotabilidade: um estudo acerca da aplicação principiológica ao stayperiod da lei de recuperação judicial*. 2022. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2022.

ONCE There Was a Court.... In: *THE good fight*. Criação de Robert King, Michelle King e Phil Alden Robinson. Direção de Michael Trim. Estados Unidos: Paramount, 2021. 52 min, son., color. Temporada 5, episódio 2.

PALACIOS-HUERTA, Ignacio. *Beautiful game theory*. Princeton: Princeton University Press, 2014.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. O tempo da justiça no Código de Processo Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 76, 2020, p. 135-154.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MORAES, Daniela Marques de. *O sistema recursal no Código de Processo Civil Brasileiro como mecanismo de (in)acesso à justiça*. Valência: [s.n.]: 2020.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; MELLO, João Pedro de Souza. Outra vez a suspensão de liminar para mandar prender: o STF e o 'caso boate kiss'. *ConJur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-07/opiniaio-pontos-obscuros-decisao-stf-boate-kiss> . Acesso em: 20 ago. 2022.

PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo; NERY, Rodrigo. A fundamentação como um dos pressupostos de existência das decisões judiciais. *Revista de Processo*, v. 328, 2022, p. 17-33.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. ed. 9. Nova York: Aspen Publishing, 2014.

POUND, Roscoe. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, 1910, p. 12-36.

RAMOS, Saulo. *Código da vida*. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

RAMOS, Vitor de Paula. O procedimento de produção “antecipada” de provas sem requisito de urgência no novo CPC: a teoria dos jogos e a impossibilidade de acordos sem calculabilidade de riscos. *Revista de Processo*, v. 263, 2017, p. 313-332.

RIBEIRO, Paulo Victor. Máquina de acordos: como a Uber se blinda para impedir que a justiça reconheça vínculo trabalhista de motoristas. *The Intercept Brasil*. Disponível em: <https://theintercept.com/2022/04/28/como-a-uber-se-blinda-para-impedir-que-a-justica-reconheca-vinculo-trabalhista-de-motoristas/>. Acesso em: 19 ago. 2022

ROSA, Alexandre. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed., rev., atual. e ampl.. Florianópolis : Empório do Direito, 2017.974 p.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. ed. 9. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

SARKAR, Summit. Paradox of crosses in association football (soccer): a game-theoretic explanation. *Journal of Quantitative Analysis in Sports*, v. 14, 2018, p. 25-36.

SCALCON, Raquel Lima. Controle constitucional de efeitos concretos (fins) de normas jurídicas. *Revista portuguesa de ciência criminal*, v. 30, n. 1, 2020.

SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation*. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHAUER, Frederick. A critical guide to vehicles in the park. *New York University Law Review*, v. 83, n. 4, 2008, p. 1109-1134.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules*. Oxford: Oxford University Press, 1992.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

SCHAUER, Frederick. *The force of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2015.

SCHAUER, Frederick. The limited domain of the law. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 7, 2013, p. 1909-1956.

SCHAUER, Frederick. *The proof*. Cambridge: Harvard University Press, 2022.

SENADO FEDERAL (Brasil). *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2015. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf> . Acesso em: 22 jun. 2022.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2016.

SHUMANOV, Metodi. How Diego Maradona's hand of God goal ignited a feud between the men who gave it. *The Guardian*. 2014. Disponível em: <https://www.theguardian.com/football/blog/2014/dec/10/diego-maradona-hand-of-god-referees-feud>. Acesso em: 28 de out. 2021.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Breves notas sobre o filtro de relevância do recurso especial. *ConJur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-18/heitor-sica-filtro-relevancia-recurso-especial>. Acesso em: 15 ago. 2022.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011. xiv, 330 p.

STONE, Katherine. Rustic Justice: Community and Coercion under the Federal Arbitration Act. *North Carolina Law Review*. v. 77, n. 931, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. NUNES, Dierle. CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SUMMERS, Robert. Two types of substantive reasons: the core of a theory of common-law justification. *Cornell Law Review*, v. 63, n. 5, 1978, p. 707-788.

SUNSTEIN, Cass. KING, Robert E. Doing without speed limits. *Boston University Law Review*, v. 78, feb. 1999.

SOUSA, Analicia Martins de. Leis em (com) nomes de vítimas: a ampliação do Estado polícia e a produção de subjetividades na contemporaneidade. *Estudos e Pesquisas em Psicologia*, v. 17, n. 3, p. 951-969, dez. 2017.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a construção dos fatos*. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball, 37 J. *The John Marshall Law Review*, v. 523, 2004. p. 523 e ss. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/bitstream/handle/1/12916580/Constitutional%20Hardball%2037%20J.%20Marshall%20L.%20Rev.%20523%20%282004%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 10 ago. 2022.

TOFFOLI, Dias. Calourada 2014: roda viva com José Dias Toffoli. Centro Acadêmico XI de Agosto, 21 mar. 2014. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mBXfw6Ylg1w&>. Acesso em: 30 out. 2021.

WILSON, Jonathan. *Inverting the pyramid*. Londres: Orion, 2010. Versão *epub*.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Philosophical investigations*. ed. 3. Oxford: Blackwell, 2001.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Em busca das pernas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.

