

Poderes do juiz, eficiência e Análise Econômica do Direito: um estudo de caso da ADI 5.941/DF¹

Judicial powers, efficiency, and Economic Analysis of Law:
a case study of DAU 5.941/DF

LUIZ FUX² 

Resumo

O artigo examina os poderes do juiz no processo civil brasileiro, à luz dos princípios da eficiência e da Análise Econômica do Direito, tomando como estudo de caso o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 5.941/DF, pelo Supremo Tribunal Federal. Parte-se de uma reflexão introdutória sobre a centralidade da função jurisdicional na concretização dos direitos fundamentais e sobre a reformulação do papel do magistrado, promovida pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente no que concerne à efetividade e à razoável duração

1 Publicado originalmente em: ZANIN, Cristiano et al. (org.). *10 Anos do CPC - Lei n.º 13.105, de 16/03/2015: em homenagem ao Professor José Manoel de Arruda Alvim Netto*. Leme: Editora Mizuno, 2025. O presente estudo representa tema de perene reflexão sobre a novel conformação dada aos poderes do juiz, pelo CPC/2015, à luz da Análise Econômica do Direito.

2 Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Ex-presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Professor titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e livre-docente em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas (ABLJ). Membro da Academia Brasileira de Filosofia (ABF).

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1996-7572>

do processo. O objetivo central consiste em analisar os fundamentos teóricos e práticos que sustentam a constitucionalidade das medidas executivas atípicas previstas no art. 139, IV, do CPC, confrontando-as com as garantias do devido processo legal. No desenvolvimento, o texto articula bases dogmáticas do acesso à justiça com aportes da Análise Econômica do Direito, explorando conceitos como eficiência, incentivos, escolha racional e teoria dos jogos, a fim de demonstrar como a efetividade da execução influencia o comportamento das partes e a redução da litigiosidade. Conclui-se que a decisão do STF reafirma uma concepção de discricionariedade judicial orientada por critérios de proporcionalidade, fundamentação e controle, afastando a ideia de arbitrariedade e consolidando um modelo processual comprometido com a efetividade da tutela jurisdicional e a segurança do sistema jurídico.

Palavras-chave: reformulação da função jurisdicional; concretização dos direitos fundamentais; efetividade processual; medidas executivas atípicas; garantias do devido processo legal.

Abstract

The article examines the powers of judges in Brazilian civil procedure in light of the principles of efficiency and the Economic Analysis of Law, taking as a case study the judgment of Direct Action of Unconstitutionality (DAU) n.º 5.941/Distrito Federal by the Brazilian Supreme Federal Court. It opens with a reflection on the centrality of the judicial function in the realization of fundamental rights and on the redefinition of the judge's role introduced by the 2015 Code of Civil Procedure, particularly with regard to the effectiveness and reasonable duration of proceedings. The main objective is to analyze the theoretical and practical grounds underlying the constitutionality of atypical enforcement measures provided for in Article 139, IV, of the Code of Civil Procedure, in dialogue with due process guarantees. In developing this analysis, the article articulates doctrinal foundations of access to justice with contributions from the Economic Analysis of Law, exploring concepts such as efficiency, incentives, rational choice, and game theory to demonstrate how the effectiveness of enforcement shapes litigants' behavior and contributes to reducing litigation. It concludes that the Supreme Federal Court's decision

affirms a model of judicial discretion guided by proportionality, reasoned decision-making, and procedural safeguards, rejecting arbitrariness and consolidating a procedural framework committed to effective judicial protection and systemic legal certainty.

Keywords: reconfiguration of the judicial function; concretization of fundamental rights; procedural effectiveness; atypical enforcement measures; guarantees of due process of law.

Introdução

É da lavra do insigne Professor Barbosa Moreira o vaticínio de que “uma das coordenadas que definem qualquer sistema judicial é a posição do juiz na dinâmica do processo” (Moreira, 2003, p. 58).

Destarte, atribui-se ao magistrado — representante do órgão jurisdicional e intérprete último da vontade estatal na resolução de litígios — papel de inquestionável proeminência na tessitura da ordem social, porquanto veiculador da materialização concreta do Direito. É que a sua atuação configura-se vértice essencial na engrenagem da pacificação, promanando do exercício da jurisdição a projeção da supremacia da ordem jurídica sobre a tendência conflituosa inerente à convivência humana.

Desta sorte, os poderes do juiz revestem-se de caráter basilar na estrutura do processo, senão que mecanismo institucionalizado de composição de antagonismos sociais juridicamente relevantes. Conquanto ostentem tais poderes essência invariavelmente dinâmica, moldada pelas transformações históricas dos sistemas jurídicos ao redor do globo e, de forma particular, no Brasil, a processualística preserva a centralidade da função judicante.

Também assim se fez quando da sua disciplina no Código de Processo Civil de 2015, que, em março de 2026, completa 10 anos de vigência — resultando de trabalho de Comissão de Juristas, a qual teve a honra de presidir, que preconizou a adoção de três importantes referenciais teóricos para conformarem a exegese do Código:

1. O *neoconstitucionalismo*: o novo CPC passou a contemplar, pela vez primeira na história, uma parte geral, garantindo a observância das normas fundamentais do processo e dos princípios constitucionais em sua aplicação;

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

2. A incorporação de institutos do *common law*: constatou-se a necessidade de evolução do sistema jurídico brasileiro, antes assentado na justiça e na moral, para abranger institutos próprios dos sistemas anglo-saxônicos, baseados na justiça e na razão – interpenetrando tal utilização de parâmetros objetivos com a finalidade de uniformização na aplicação do Direito;

3. A aplicação da *Análise Econômica do Direito*: era necessário adaptar o sistema processual, à luz do escólio fornecido por esta novel escola do pensamento, que preconiza a utilização de conceitos econômicos, notadamente a *eficiência*, para incrementar as condições de operabilidade do ordenamento jurídico.

Consectariamente, a normação dos poderes do juiz, sob a égide de tais pressupostos, restou assentada no art. 139 do diploma processual, fixando que “o juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe”:

- I - “assegurar às partes igualdade de tratamento”;
- II - “velar pela duração razoável do processo”;
- III - “prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias”;
- IV - “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”;
- V - “promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”;
- VI - “dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”;
- VII - “exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais”;
- VIII - “determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da

causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso”; IX – “determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais”; X – “quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva”.

Nada obstante, um dos dispositivos centrais deste rol, o citado inciso IV, que diz com a atuação do magistrado para assegurar a efetividade do processo já em sua fase de execução, teve sua constitucionalidade arguida perante o Supremo Tribunal Federal, no bojo da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.941; ajuizada, também, em face de disposições congêneres no CPC/2015, os arts. 380, parágrafo único; 400, parágrafo único; 403, parágrafo único; 536, *caput* e § 1º; e 773³.

3 “Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória.”.

[...]

“Art. 380. Incumbe ao terceiro, em relação a qualquer causa:

I – informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento;

II – exhibir coisa ou documento que esteja em seu poder.

Parágrafo único. Poderá o juiz, em caso de descumprimento, determinar, além da imposição de multa, outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias.”.

[...]

“Art. 400. Ao decidir o pedido, o juiz admitirá como verdadeiros os fatos que, por meio do documento ou da coisa, a parte pretendia provar se:

I – o requerido não efetuar a exibição nem fizer nenhuma declaração no prazo do art. 398;

II – a recusa for havida por ilegítima.

Parágrafo único. Sendo necessário, o juiz pode adotar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que o documento seja exibido.”.

[...]

“Art. 403. Se o terceiro, sem justo motivo, se recusar a efetuar a exibição, o juiz ordenar-lhe-á que proceda ao respectivo depósito em cartório ou em outro lugar designado, no prazo de 5 (cinco) dias, impondo ao requerente que o ressarcia pelas despesas que tiver.

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

O autor, Partido dos Trabalhadores (PT), sustentou, em síntese que

[...] a adoção de técnica de execução indireta para incursão radical na esfera de direitos do executado, notadamente direitos fundamentais, quando carente de respaldo constitucional, não merece acolhimento, sob o risco de encerrar restrição desproporcional, na medida em que não se justifica em defesa de nenhum outro direito fundamental, e de atentar contra o devido processo legal, inserto no artigo 5º, LIV, da Constituição.

Requeru, nesses termos, fosse

[...] julgado procedente o pedido para que essa Suprema Corte declare a nulidade, sem redução de texto, do inciso IV do artigo 139 da Lei n. 13.105/2015, para declarar inconstitucionais, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogatórias oriundas da aplicação daquele dispositivo, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

Parágrafo único. Se o terceiro descumprir a ordem, o juiz expedirá mandado de apreensão, requisitando, se necessário, força policial, sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência, pagamento de multa e outras medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar a efetivação da decisão.”.

[...]

“Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no *caput*, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”.

[...]

“Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.”.

Pelos mesmos fundamentos, requereu, também, a procedência do pedido para que fosse declarada

[...] a nulidade, sem redução de texto, também dos artigos 297, 390, parágrafo único, 400, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536, *caput* e § 1º, e 773, todos do CPC, de modo a rechaçar, como possíveis medidas coercitivas, indutivas ou sub-rogoratórias oriundas da aplicação daqueles dispositivos, a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, a apreensão de passaporte, a proibição de participação em concurso público e a proibição de participação em licitação pública.

Figurando na relatoria da ação em comento, apercebemo-nos da importância da *vexata quaestio*, então, em debate, de sorte que apontamos o seu julgamento refletir, em boa medida, a consubstanciação da *ratio essendi* imprimida pelo CPC/2015 na jurisprudência dos nossos tribunais superiores.

É que a previsão de medidas executivas eficientes para assegurar o resultado oriundo da prestação da tutela jurisdicional, revela, com clarividência, a principiologia que imbuíu a Comissão de Juristas incumbida da elaboração do CPC/2015, procurando atender ao reclamo social de concretização da promessa constitucional da duração razoável dos processos (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição de 1988).

Nestes termos, pretende-se, no presente artigo, com base em revisão bibliográfica e análise documental, realizar um estudo de caso, examinando os contornos teóricos e operacionais discutidos no acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 5.941/DF.

Na primeira parte, serão elucidadas as bases conceituais que inspiraram os poderes do juiz no Brasil. Posteriormente, o tema será examinado à luz do instrumental da Análise Econômica do Direito, tal como discutido no acórdão ora estudado. O texto é concluído com a exposição das premissas e das teses extraídas do julgamento da mencionada Ação Direta de Inconstitucionalidade⁴.

4 As linhas que se seguem representam versão adaptada do voto proferido no julgamento ora examinado.

1. Bases conceituais: efetividade e razoável duração do processo como corolários do princípio da inafastabilidade da jurisdição

A efetividade das decisões do Poder Judiciário possui valor constitucional intrínseco, na medida em que é corolário da própria ideia de inafastabilidade da jurisdição.

O constituinte originário, ao elaborar a Carta Constitucional de 1988, ocupou-se da criação de um rol de direitos e garantias fundamentais com verdadeiras *pretensões de eficácia* — na terminologia utilizada por Konrad Hesse (1991). Como declara, de modo categórico, o art. 5º, § 1º, da CRF, *in verbis*: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

Dentre os *meios* apresentados pela Carta Maior para a concreção do seu programa, assume acentuada relevância a possibilidade de *controle jurisdicional* de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, que demanda, para a sua materialização, o amplo *acesso à justiça*.

Basta uma leitura perfunctória do texto constitucional para constatar que ele, em toda a sua extensão, encampou o entendimento segundo o qual o Estado Democrático de Direito demanda, para a sua plena realização, a disponibilidade de remédios jurídicos aptos a fazer frente a eventuais violações à ordem jurídico-constitucional. Nessa linha, foram alçadas à condição de cláusula pétrea as garantias da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), do acesso à justiça (5º, XXXVI), e da proteção da coisa julgada (5º, XXXVI).

Não se trata, naturalmente, de compreensão inédita. A máxima segundo a qual *ubi jus ibi remedium* já ressoava quando do julgamento do paradigmático *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte norte-americana, em que o *Justice Marshall* celebrenemente afirmou que apenas um Estado que dispusesse de instrumentos para a proteção dos direitos do cidadão poderia ser denominado um governo de *leis*, e não de *homens*: “[...] a própria essência da liberdade civil certamente consiste no direito de todo o indivíduo de reivindicar a proteção das leis, sempre que ele sofrer uma lesão. Um dos primeiros deveres do governo é conceder essa proteção⁵.”.

5 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 161, 163 (1803).

A efetividade do processo, no que se inclui a ideia de razoabilidade da sua duração e de cumprimento das ordens nele contidas, é contemplada em uma miríade de documentos no direito comparado.

Fórmulas contendo garantias de devido processo legal e do *right to a speedy trial* estão contidas na Sexta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, na Seção 11 da *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, e no artigo 111 da Constituição italiana. Também o Pacto de San José da Costa Rica (promulgado, no direito pátrio, pelo Decreto n.º 678/1992), em seu artigo 8º, item 1, dispõe que

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Consectariamente, embora o Poder Judiciário não seja o único intérprete da Constituição, nem detenha, idealmente, o protagonismo na materialização dos direitos fundamentais, é cediço que existe uma intensa conexão entre a garantia do acesso à justiça e a tutela dos direitos fundamentais. Como preconizado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra seminal, o acesso à justiça pode “ser encarado como o requisito fundamental o mais básico dos direitos humanos de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir e não apenas proclamar os direitos de todos” (2008, p. 9).

Não à toa, o Poder Judiciário, na nova ordem constitucional, vem desempenhando relevante papel como vetor de resolução de conflitos e de efetivação de direitos na sociedade brasileira, seja porque a crescente complexização das relações sociais demanda soluções que não foram oferecidas pelos demais Poderes, seja porque a progressiva conscientização da população, quanto aos seus direitos, propiciou a busca pela judicialização (Amstutz; Abegg; Karavas, 2007).

Contudo, se, por um lado, não é exagero afirmar que o Poder Judiciário gozou de período de franca ascensão na ordem

constitucional inaugurada em 1988, por outro lado, tampouco é possível ignorar os muitos desafios impostos por essa realidade. Ao enfrentar novas e mais difíceis demandas, fazendo frente às expectativas em si depositadas pelo jurisdicionado, o Poder Judiciário se depara, hoje, com uma quantidade avassaladora de processos em tramitação. Enfrenta, ainda, notórias dificuldades na implementação concreta das suas decisões.

O dilema que se apresenta na atual conjuntura, portanto, é quanto à *efetividade da jurisdição*, máxime porque o acesso à justiça não se esgota com o simples direito de ação. Na clássica fórmula de Chiovenda, *“il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello chegli ha diritto di conseguire”* (1993, p. 110).

De nada valeria a prerrogativa teórica de provocar o Poder Judiciário e dele obter uma resposta, se inexistentes os meios de assegurar, tempestivamente, o cumprimento de suas decisões. O professor José Carlos Barbosa Moreira, já em 1982, atentava para este impasse, anotando, em ensaio específico sobre o tema, que (i) o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos, contemplados no ordenamento; (ii) em toda a extensão da possibilidade prática, o resultado do processo há de ser tal que assegure à parte vitoriosa o gozo pleno da específica utilidade a que faz jus segundo o ordenamento; e (iii) deve-se poder atingir semelhante resultado com o mínimo de dispêndio de tempo e energias (Moreira, 1982).

Assim sendo, impõe-se reconhecer que, para além dos interesses contrapostos em cada caso (*i.e.*, a busca por uma medida constitutiva, declaratória etc.), *sempre* existirá o interesse na solução e efetivação da ordem exarada pelo órgão julgador. Afinal, a lide de pretensão insatisfeita é doença ainda mais grave do que a lide de pretensão resistida.

Na perspectiva dos sujeitos do processo,

[...] enquanto o processo não é decidido em termos definitivos, as partes continuam com suas vidas dominadas por um estado de incerteza pernicioso, que as impede de programarem suas atividades,

projetando os efeitos que a derrota ou vitória na lide proporcionaria, algo que nem mesmo pela previsão das tutelas de urgência é solucionado (Cabral, 2013, p. 74).

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

A demora excessiva no cumprimento de decisões, outrossim, afeta de forma mais intensa justamente os mais hipossuficientes, que se socorrem da jurisdição para obter os bens da vida mais essenciais. Nesse diapasão, Luiz Guilherme Marinoni observa:

[...] se o tempo é a dimensão fundamental na vida humana, no processo desempenha ele idêntico papel, não somente porque, como já dizia Carnelutti, processo é vida, mas também porquanto, tendente o processo a atingir seu fim moral com a máxima presteza, a demora na sua conclusão é sempre detrimental, principalmente às partes mais pobres ou fracas, que constituem a imensa maioria da nossa população, para as quais a demora em receber a restituição de suas pequenas economias pode representar angústias psicológicas e econômicas, problemas familiares e, em não poucas vezes, fome e miséria (1994, p. 66-67).

A sociedade como um todo sofre, igualmente, os efeitos da morosidade e inefetividade das decisões judiciais. Repartem-se entre a coletividade os custos decorrentes da manutenção da estrutura institucional do Poder Judiciário, da movimentação da sua máquina e da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, já que, nas clássicas lições de Sunstein e Holmes (1999, p. 15), direitos *têm custos*, eis que não podem ser protegidos ou aplicados sem apoio e financiamento público.

Em síntese: a efetiva solução do conflito, com a respectiva satisfação da pretensão do credor, é inerente à ideia de acesso à justiça e aproveita não apenas o vencedor de uma ação específica, mas todo o sistema jurisdicional.

>>|

<< Sumário

2. Os poderes do juiz sob o enfoque da Análise Econômica do Direito

O Direito, como mencionado, não pode permanecer ensimesmado e refratário aos *insights* propiciados pelas demais vertentes do conhecimento humano, sob pena de sofrer um descolamento entre suas finalidades teóricas e seus desdobramentos práticos.

A adição do instrumentário econômico ao campo jurídico oferece alternativas ao intérprete que vão além da sua mera *intuição ou senso comum*, quanto aos resultados gerados pela norma: a economia provê uma teoria sobre as respostas da sociedade às alterações no ordenamento jurídico, ao mesmo tempo em que oferece um *standard* normativo para a verificação da eficiência da legislação. Nas palavras de Robert Cooter, da Universidade de Berkeley, e Thomas Ulen, Ph.D. em Economia pela Universidade de Stanford:

A economia geralmente fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas respondem às leis. Esta teoria supera a intuição assim como a ciência supera o senso comum. A resposta das pessoas é sempre relevante para fazer, revisar, revogar e interpretar leis. Um famoso ensaio em direito e economia descreve a lei como uma catedral – um edifício grande, antigo, complexo, belo, misterioso e sagrado. A ciência comportamental assemelha-se à argamassa entre as pedras da catedral, que sustentam a estrutura em toda parte. (...) Juízes e outros funcionários precisam de um método para avaliar os efeitos das leis sobre valores sociais importantes. A economia fornece um método para eficiência (2016, p. 3-4).

Imperioso, portanto, tomar em conta os aportes da teoria econômica, tanto em sua dimensão *descritiva* quanto *normativa* para aprimorar o ordenamento jurídico, incrementando as potencialidades de eficiência, ao mesmo tempo em que se busca mitigar eventuais efeitos sistêmicos negativos decorrentes da legislação e de sua aplicação (Posner, 1998, p. 2).

A *execução*, como se sabe, vem sendo apresentada, recorrentemente, como um dos elementos determinantes para a morosidade e o congestionamento que assolam os tribunais, representando verdadeiro gargalo na atividade jurisdicional brasileira. Seu aprimoramento passa, necessariamente, pelos princípios da eficiência (art. 37 da CF) e da economicidade (art. 70 da CF), motes centrais da Análise Econômica do Direito (Fux, 2020).

Dados do Conselho Nacional de Justiça dão conta de que, em 2017, o Poder Judiciário contava com um acervo de 80,1 milhões de processos pendentes de baixa,

[...] sendo que mais da metade desses processos (53%) se referia à fase de execução. [...] Os dados mostram que, apesar de ingressar no Poder Judiciário duas vezes mais casos em conhecimento do que em execução, no acervo, a execução é 34,6% maior. Na execução, as curvas de processos baixados e novos seguem quase paralelas durante os nove anos da série histórica. Já no conhecimento, as curvas se mantiveram semelhantes até 2014, com um descolamento a partir de 2015. Os casos pendentes na fase de execução apresentam aumentos regulares, numa clara tendência de crescimento do estoque (2018, p. 121).

Nesse contexto, partindo-se da premissa de que o processo civil não constitui um fim em si mesmo, mas visa à construção de um instrumentário capaz de oferecer soluções *justas, tempestivas e eficientes* para os conflitos e lesões a direitos na sociedade, é importante aprofundar o estudo a respeito dos incentivos que a legislação processual efetivamente gera sobre as partes. Duas contribuições da teoria econômica podem ser especialmente úteis para esse propósito: (i) a teoria da escolha racional e (ii) a teoria dos jogos. Explico.

A ideia de que os agentes possuem preferências que influem nas suas escolhas, de modo que se comportarão como se buscassem atender aos seus próprios interesses da melhor forma possível, está no cerne da teoria econômica moderna. Embora não se possa

falar em uma racionalidade perfeita, seja por limitações internas e inerentes aos agentes, seja por falhas externas (informações incompletas, por exemplo), espera-se de um agente, em regra, a busca intencional dos melhores meios possíveis para atender suas preferências, consideradas as limitações enfrentadas.

Decerto, a excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais é um dos fatores integrantes do processo decisório realizado pelo agente, quando analisa cenários como a potencial propositura de uma ação, a interposição de um recurso, a celebração de um acordo, a resistência a uma execução. Como já tive a oportunidade de afirmar, doutrinariamente,

[um] efeito da excessiva demora dos processos diz respeito a um problema de seleção adversa do sistema judicial: a perspectiva de postergação no cumprimento de obrigações tende a afastar partes com bom direito e atrair sujeitos que se beneficiam com a lentidão (Fux; Bodart, 2019, p. 80). [...] E ainda, mesmo nos casos em que o réu antecipa certo resultado adverso em um novo julgamento, pode optar por ajuizar nova ação apenas como forma de protelar o cumprimento da sentença. A procrastinação pode ser vantajosa para o réu em duas situações. Primeiro, o montante a ser pago naturalmente se deprecia com o tempo. Nessa linha, pode ser que o réu se beneficie com o adiamento, por exemplo, adquirindo a reputação de resistir às pretensões do autor ou simplesmente sinta satisfação pessoal com a aflição do demandante durante o processo (algo bastante comum em causas envolvendo Direito de Família). A depreciação do valor da dívida ou seus benefícios colaterais podem ser um valioso retorno ao investimento em custos de litigância. Em segundo lugar, o réu poderia sistematicamente reabrir o litígio judicial como artifício para exaurir os recursos do adversário. A ameaça de um contencioso em juízo aparentemente infundável poderia forçar um potencial autor a fazer um acordo em condições

desvantajosas. Pode ser, ainda, que os prospectos da litigância sejam tão adversos para o potencial autor a ponto de não existirem incentivos para que o réu apresente qualquer proposta de acordo. Afinal, não haveria uma ameaça crível de ajuizamento da ação judicial para forçar o adversário a negociar um acordo. Esses problemas, registre-se, existiriam mesmo em um sistema processual imune a erros judiciais (Fux; Bodart, 2019, p. 80 e 132).

Tendo-se em conta a possibilidade de que tanto tempo ou tantos recursos sejam dispendidos para a perfectibilização da execução ou do cumprimento de sentença, a ponto de esta ser inefetiva, é perfeitamente possível que o devedor não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar as mais variadas medidas protelatórias. Nesse contexto, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, célere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) passará a promover incentivos perversos, com maiores *payoffs* apontando para o *descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário*.

Erik Navarro Wolkart, após citar dados que demonstram empiricamente a ineficiência da execução fiscal na seção judiciária do Rio de Janeiro, destaca que deve existir uma ameaça crível (*credible threat*) para o cumprimento das ordens judiciais, porquanto

[...] se os meios executivos forem eficientes e rigorosos, haverá adimplemento, pelo simples motivo de que as restrições de direitos que o executado terá de suportar durante todo o prazo de prescrição intercorrente retiram-lhe tanta utilidade que ele preferirá adimplir a obrigação (Wolkart, 2019).

Cuidando da questão pela lente da teoria dos jogos, o autor demonstra que a perspectiva de efetividade do cumprimento de sentença, a seu turno, acarreta efeitos positivos na postura dos litigantes durante toda a relação processual:

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

>>|

<< Sumário

o resultado de uma execução extremamente efetiva (*credible threat*) impacta muito além da própria execução, pois, mais do que aumentar as taxas de adimplemento, evitando a fase de cumprimento de sentença, ela pode influenciar diretamente as possibilidades autocompositivas antes ou no início do processo, diminuindo-se a litigiosidade como um todo e emergindo, soberano, o comportamento cooperativo como regra, com fortes impactos no cenário de tragédia da Justiça brasileira (Wolkark, 2019).

A teoria dos jogos, vale recordar, consiste em ferramenta econômica voltada para a análise das escolhas sequenciais estratégicas de agentes, com base nas suas suposições a respeito das escolhas dos demais envolvidos no jogo (*e.g.*, as partes em um processo, os oponentes em uma partida de xadrez, os participantes em uma licitação).

Nessa perspectiva, a maior efetividade no cumprimento das ordens judiciais não serve tão somente para beneficiar o credor que logra obter seu pagamento ao fim do processo, mas propicia, adicionalmente, uma postura cooperativa dos litigantes durante todas as fases processuais, contribuindo, inclusive, para a redução da quantidade e duração dos litígios, e para o adimplemento voluntário dos débitos.

Nada disso, reitere-se, autoriza o julgador a ignorar as garantias fundamentais do cidadão, em prol da adoção de medidas economicamente eficientes, mas constitucionalmente vedadas.

Não se pôde extrair, portanto, da argumentação exposta pelo autor da ação examinada — ou dos precedentes por ele citados — qualquer indicação teórica ou empírica de que os dispositivos impugnados implicariam, de fato, uma exagerada subjetivização da tutela jurisdicional, nem, tampouco, um retrocesso no tratamento legislativo conferido à figura do devedor. Do estudo da legislação pertinente, em sua inteireza, não se percebeu qualquer pretensão de institucionalização das penas corporais ou da vingança privada.

Assim, acolher, naquela hipótese, o pleito de inconstitucionalidade — ainda que sem redução de texto —, equivaleria a desconsiderar

a existência de um conjunto de normas fundamentais e institutos jurídicos positivados no Código de Processo Civil de 2015, que têm exatamente a função de guiar a atividade jurisdicional. Corresponderia, ademais, à limitação, *ex ante*, da discricionariedade do órgão julgador, em nome da proteção absoluta da liberdade do devedor, independentemente dos demais valores jurídicos afetos a cada caso. Entendeu-se, então, que as normas em exame deveriam ser lidas em sintonia com o ordenamento no qual estão inseridas, mormente porque não se pode conceber um sistema jurídico livre de aspirações de coerência interna.

Conclusão

O presente artigo apresentou brevemente os argumentos centrais em torno do julgamento da ADI 5941/DF, com ênfase nas principais justificativas invocadas para defender-se a improcedência dos pedidos, assentando que a discricionariedade judicial não se confunde com a arguida arbitrariedade, de sorte que quaisquer abusos eventualmente perpetrados poderão e deverão ser coibidos, mediante utilização dos meios processuais próprios⁶.

6 Eis a ementa: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. OS ARTIGOS 139, IV; 380, PARÁGRAFO ÚNICO; 400, PARÁGRAFO ÚNICO; 403, PARÁGRAFO ÚNICO; 536, CAPUT E §º E 773, TODOS DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS. ATIPICIDADE DOS MEIOS EXECUTIVOS. PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, PARA AFASTAR, EM QUALQUER HIPÓTESE, A POSSIBILIDADE DE IMPOSIÇÃO JUDICIAL DE MEDIDAS COERCITIVAS, INDUTIVAS OU SUB-ROGATÓRIAS CONSISTENTES EM SUSPENSÃO DO DIREITO DE DIRIGIR, APREENSÃO DE PASSAPORTE E PROIBIÇÃO DE PARTICIPAÇÃO EM CONCURSOS PÚBLICOS OU EM LICITAÇÕES. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À PROPORCIONALIDADE. MEDIDAS QUE VISAM A TUTELAR AS GARANTIAS DE ACESSO À JUSTIÇA E DE EFETIVIDADE E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO ABSTRATA E APRIORÍSTICA DA DIGNIDADE DO DEVEDOR. AÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROCEDENTE.

1. O acesso à justiça reclama tutela judicial tempestiva, específica e efetiva sob o ângulo da sua realização prática.

2. A morosidade e inefetividade das decisões judiciais são lesivas à toda a sociedade, porquanto, para além dos efeitos diretos sobre as partes do processo, são repartidos pela coletividade os custos decorrentes da manutenção da estrutura institucional do Poder Judiciário, da movimentação da sua máquina e da prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

3. A efetividade e celeridade das decisões judiciais constitui uma das linhas mestras do processo

Assim é que, naquela assentada, concluiu-se que a interpretação sistemática do ordenamento jurídico-constitucional, com vistas à tomada de medidas para assegurar a efetividade do processo, demandaria: (i) o especial ônus argumentativo do julgador; (ii) o respeito ao devido

civil contemporâneo, como se infere da inclusão, no texto constitucional, da garantia expressa da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, após a Emenda Constitucional n.º 45/2004) e da positivação, pelo Novo Código de Processo Civil, do direito das partes “de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, *incluída a atividade satisfativa*” [grifo nosso].

4. A execução ou satisfação daquilo que devido representa verdadeiro gargalo na prestação jurisdicional brasileira, mercê de os estímulos gerados pela legislação não terem logrado suplantar o cenário prevalente, marcado pela desconformidade geral e pela busca por medidas protelatórias e subterfúgios que permitem ao devedor se evadir de suas obrigações.

5. Os poderes do juiz no processo, por conseguinte, incluem “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária” (artigo 139, IV), obedecidos o devido processo legal, a proporcionalidade, a eficiência, e, notadamente, a sistemática positivada no próprio NCPC, cuja leitura deve ser contextualizada e razoável à luz do texto legal.

6. A amplitude semântica das cláusulas gerais permite ao intérprete/aplicador maior liberdade na concretização da *fatispecie* o que, evidentemente, não o isenta do dever de motivação e de observar os direitos fundamentais e as demais normas do ordenamento jurídico e, em especial, o princípio da proporcionalidade.

7. A significação de um mandamento normativo é alcançada quando se agrega, à filtragem constitucional, a interpretação sistemática da legislação infraconstitucional — do contrário, de nada aproveitaria a edição de códigos, microssistemas, leis interpretativas, meta-normas e cláusulas gerais. Essa assertiva assume ainda maior relevância diante do Direito *codificado*: o intérprete não pode permanecer indiferente ao esforço sistematizador inerente à elaboração de um código, mercê de se exigir do Legislador a repetição, *ad nauseam*, de preceitos normativos já explanados em títulos, capítulos e seções anteriores.

8. A correção da proporcionalidade das medidas executivas impostas pelo Poder Judiciário reside no sistema recursal consagrado pelo NCPC.

9. A flexibilização da tipicidade dos meios executivos visa a dar concreção à dimensão dialética do processo, porquanto o dever de buscar efetividade e razoável duração do processo é imputável não apenas ao Estado-juiz, mas, igualmente, às partes.

10. O Poder Judiciário deve gozar de instrumentos de *enforcement* e *accountability* do comportamento esperado das partes, evitando que situações antijurídicas sejam perpetuadas a despeito da existência de ordens judiciais e em razão da violação dos deveres de cooperação e boa-fé das partes, o que não se confunde com a punição a devedores que não detêm meios de adimplir suas obrigações.

processo legal e ao contraditório e à ampla defesa o que não impede, por evidente, a adoção do contraditório diferido quando necessário; e (iii) a apreciação da proporcionalidade, *in concreto*, da medida imposta.

Por todo o exposto, verificou-se que, na legislação impugnada, no bojo da ação ora descrita no presente artigo, foram observados e adequadamente ponderados os valores constitucionalmente

Doutrina
Direito Público

Doutrina
Direito Privado

Doutrina
Direito Penal

11. A variabilidade e dinamicidade dos cenários com os quais as Cortes podem se deparar (e.g., *tutelas ao meio ambiente, à probidade administrativa, à dignidade do credor que demanda prestação essencial à sua subsistência, ao erário e patrimônio públicos*), torna impossível dizer, *a priori*, qual o valor jurídico a ter precedência, de modo que se impõe estabelecer o emprego do raciocínio ponderativo para verificar, no caso concreto, o escopo e a proporcionalidade da medida executiva, *vis-à-vis* a liberdade e autonomia da parte devedora.

12. *In casu*, o argumento da eventual possibilidade teórica de restrição irrazoável da liberdade do cidadão, por meio da aplicação das medidas de *apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou suspensão do direito de dirigir, apreensão de passaporte, proibição de participação em concurso público e proibição de participação em licitação pública*, é imprestável a sustentar, só por si, a inconstitucionalidade desses meios executivos, máxime porque a sua *adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito* apenas ficará clara à luz das peculiaridades e provas existentes nos autos.

13. A excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais, sob a perspectiva da análise econômica do direito, é um dos fatores integrantes do processo decisório de escolha racional realizado pelo agente quando deparado com os incentivos atinentes à propositura de uma ação, à interposição de um recurso, à celebração de um acordo e à resistência a uma execução. Num cenário de inefetividade generalizada das decisões judiciais, é possível que o devedor não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar medidas protelatórias, contexto em que, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, cêlere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) estará promovendo incentivos perversos, com maiores *payoffs* apontando para o *descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário*.

14. A efetividade no cumprimento das ordens judiciais, destarte, não serve apenas para beneficiar o credor que logra obter seu pagamento ao fim do processo, mas incentiva, adicionalmente, uma postura cooperativa dos litigantes durante todas as fases processuais, contribuindo, inclusive, para a redução da quantidade e duração dos litígios.

15. *In casu*, não se pode concluir pela inconstitucionalidade de toda e qualquer hipótese de aplicação dos meios atípicos indicados na inicial, mercê de este entendimento, levado ao extremo, rechaçar quaisquer espaços de discricionariedade judicial e inviabilizar, inclusive, o exercício da jurisdição, enquanto atividade eminentemente criativa que é. Inviável, pois, pretender, apriorística e abstratamente, retirar determinadas medidas do leque de ferramentas disponíveis ao magistrado para fazer valer o provimento jurisdicional.

16. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e, no mérito, julgada improcedente.

(Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, j. 9.2.2023, DJE de 28.4.2023)."

>>|

<< Sumário

tutelados, em especial as garantias do acesso à justiça, à efetividade e à razoável duração do processo, e à inafastabilidade da jurisdição, restando por improcedentes os pedidos formulados.

Referências

- AMSTUTZ, Marc; ABEGG, Andreas; KARAVAS, Vaíos. Civil society constitutionalism: the power of contract law. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 14, n. 2, Summer 2007.
- CABRAL, Antônio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto do novo Código de Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo (org.). *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, v. 1, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2008.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Dell'azione nascente dal contratto preliminare. In: CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile*, v. 1. Milão: Giuffrè, 1993.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2018: ano-base 2017*. Brasília: CNJ, 2018.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. Boston: Addison-Wesley, 2016.
- FUX, Luíz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- FUX, Rodrigo. Os influxos da Análise Econômica do Direito no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista de Processo*, v. 308, out. 2020.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela cautelar e tutela antecipatória*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Reformas processuais e poderes do juiz. In: *Revista da EMERJ*, v. 6, n. 22, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- POSNER, Richard A. *Values and consequences: an introduction to economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W. W. Norton & Company, 1999.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.