

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes
Adriano Pilati
Alexandre Bernardino Costa
Ana Alice De Carli
Anderson Soares Madeira
André Abreu Costa
Beatriz Souza Costa
Bleine Queiroz Cailla
Daniele Maghelly Menezes Moreira
Diego Araujo Campos
Enzo Belo
Firy Nascimento Filho
Hávio Ahmed
Frederico Antonio Lima de Oliveira
Frederico Pisce Grechi
Geraldo L. M. Prado

Gina Vidal Marcillo Pompeu
Gisele Cittadino
Gustavo Noronha de Ávila
Gustavo Sânechal de Goffredo
Jean Carlos Dias
Jean Carlos Fernandes
Jeferson Antônio Fernandes Bacelar
Jerson Carneiro Gonçalves Junior
João Marcelo de Lima Assalim
João Theotônio Mendes de Almeida Jr.
José Emilio Medauar
José Ricardo Ferreira Cunha
José Rubens Morato Leite
Josiâne Rose Petry Veronese
Leonardo El-Amiré Souza e Silva da Cunha
Lúcio Antônio Chamon Junior

Luigi Bonizzato
Luis Carlos Azeiteiro
Luiz Henrique Soriano Barbogiani
Manoel Messias Peixoto
Marcelo Ribeiro Uenôda
Márcio Ricardo Staffen
Marco Aurélio Bezerra de Melo
Marcus Maurício Horvath
Marta Celeste Simões Moraes
Oceilo de Jesus Carneiro de Menezes
Ricardo Levi Ribeiro
Salah Hossain Khalaf Jr.
Sergio Alvarez Rocha
Simone Alvarez Lima
Valter Moura do Carmo
Vicente Pauli Barreto
Vinícius Borges Farias

Conselheiros Beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Jurussa Villela Scuto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria - n.º 81, sala 301 -
CEP: 22795-415
Recreio dos Bandeirantes - RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75 -
CEP: 01153-020
Barra Funda - São Paulo - SP
Telefax (11) 5908-0240

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergioz@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte - MG
Tel. (31) 9-9296-1764

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Altama Mallica
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis - SC
Tel. (48) 9-9881-9353

WILSON PIMENTEL

ACESSO
RESPONSÁVEL
À JUSTIÇA

o impacto dos custos
na decisão de litigar

Prefácio: Joaquim Falcão

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2019

Copyright © 2019 by Wilson Pimentel

Categoria: Acesso à Justiça

PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Diagramação: Bianca Callado

A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.
não se responsabiliza pelas opiniões
emitidas nesta obra por seu Autor.

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer
meio ou processo, inclusive quanto às características
gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais
constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895,
de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e
indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

P644a

Pimentel, Wilson.

Acesso responsável à justiça : o impacto dos custos
na decisão de litigar / Wilson Pimentel. – Rio de Janeiro :
Lumen Juris, 2019.

164 p. ; 21 cm.

Bibliografia : p. 137-141.

ISBN 978-85-519-1036-8

1. Acesso à justiça. 2. Ação judicial. 3. Custas judiciais.
4. Direito e economia. 5. Resolução de disputa (Direito) -
Brasil. I. Título.

CDD 340

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

*Ao meu saudoso avô Wellington,
eterna fonte de inspiração.*

“Não existe recurso grátis. Quando se entra com recurso no Judiciário, alguém está pagando”.

Joaquim Falcão

2 O Papel dos Custos na Solução de Conflitos

Regras legais criam incentivos para que as partes se comportem de determinada maneira (COOTER; ULEN, 2011, e POSNER 2011). Elas podem modificar o comportamento dos agentes ao alterar, na linguagem dos economistas, os resultados finais (*payoffs*) associados às estratégias a serem por elas adotadas. BAR-GILL e FERSHTMAN sustentam que o sistema legal pode ir além da criação de incentivos, nas suas palavras, “*it also affects the preference profile in the population*” (2004, p. 1).

A forma com que um sistema de solução de conflitos lida com os custos do litígio irá, nessa linha, alterar os incentivos das partes em submeter um conflito ao Judiciário ou tentar resolvê-lo fora dele.

É evidente que há casos em que existem outros valores em jogo, maiores do que a própria utilidade, na sua concepção econômica, disputada na ação judicial e, nesses casos, modelos que partem da premissa abaixo, nos quais os agentes são considerados racionais, terão aplicação limitada.

Além disso, haverá casos em que, embora os custos daquele conflito sejam elevados — relativamente ao valor disputado naquela demanda —, eles podem ser baixos se confrontados com a relevância que a defesa daquela determinada tese poderá impactar em diversos outros casos para um litigante frequente, como grandes concessionárias de serviços públicos ou instituições financeiras.

Nesses casos, em que existem outros elementos em jogo, o modelo seria mais complexo e foge, portanto, do escopo deste estudo. O desenho do sistema deve partir, portanto, de uma racionalidade

e as limitações a essa racionalidade devem, num segundo momento, aperfeiçoar o modelo a ser adotado.

No desenho de um modelo focado no agente racional, duas importantes escolhas regulatórias impactarão na decisão da parte de litigar: a primeira, relacionada à magnitude dos custos do processo judicial; a segunda, relativa à regra de alocação desses custos, ao final do processo, entre as partes litigantes.

Caberá ao regulador, ao desenhar sistemas de solução de conflitos, escolher se os custos do conflito serão suportados integralmente pelas partes litigantes ou se serão, em alguma medida, transferidos e suportados pelo Estado.

Por óbvio, subsidiar alguns métodos de solução de conflitos, em detrimento de outros, poderá impactar na decisão das partes na escolha do método de solução de conflitos.

Subsidiar integralmente os custos com a solução de conflitos pode causar, nas partes, o incentivo de não fazer qualquer esforço para autocompor o litígio, mas simplesmente entregar a solução para terceiros a um “custo zero”.

Se o desenho atual do Judiciário transfere os custos do litígio para o Estado, ele acaba, numa visão *ex ante* do problema, criando incentivos contrários à autocomposição. É importante, como alerta FARNSWORTH, sopesar os incentivos que a opção institucional criará:

It's very common for legal problems to lend themselves to this kind of inquiry: there are various possible solutions, but some of them will create bad incentives — and thus a risk of wasted time or effort or other resources. The better solution will discourage such squandering. (2007, p. 21)

A externalização dos custos do litígio para a sociedade, presente de forma agressiva no desenho institucional do Judiciário brasileiro, gera um incentivo perverso na medida em que estimula

a propositura de ações que não existiriam caso as partes litigantes os suportassem em maior proporção.

A transferência desses custos para terceiros gera uma falha semelhante aos casos de externalidade negativa e, nesse ponto, SCHOUERI sustenta que, “no caso das externalidades negativas, a atuação estatal deve ser voltada à internalização de custos” (2005, p. 77).

A ideia de que as partes do litígio, a princípio, suportem os custos do conflito não é absurda e, indo-se mais adiante, se ao final do processo esses valores forem alocados na parte que deu causa à ação judicial, a formatação torna-se ainda mais palatável. Isso não é, enfatize-se, contrário às escolhas administrativas voltadas a, *conscientemente*, subsidiar a solução de disputadas ou os gastos incorridos pelas partes que comprovadamente necessitam ser subsidiadas.

A necessidade de internalização dos custos tem, ainda, outros impactos relevantes. Imagine-se, para exemplificar, a situação de duas empresas concorrentes: uma que investe em prevenção de conflitos e outra que simplesmente entrega sua solução ao Judiciário. A não correção da falha semelhante à de mercado penaliza, inquestionavelmente, o concorrente que investe na prevenção de disputas. Isso porque a empresa que aplica um valor considerável para evitar litígios, além de suportar esses custos, é obrigada a concorrer com outra que absolutamente nada investe nesta atividade e, o que é pior, transfere esses custos para a sociedade — e em alguma medida, por mais mínima que seja, até mesmo ao seu concorrente. A situação de desvantagem concorrencial é evidente.

Na visão da teoria dos jogos — abstraindo-se aqui outros valores que sejam importantes para as partes, como a preocupação com a imagem da própria empresa —, o investimento em prevenção de conflitos, no Brasil, seria uma *dominated strategy* (DIXIT;

NALEBUFF, 1993, p. 67)²³, pois fatalmente será mais barato submeter litígios ao Judiciário, que subsidia cerca de 90% dos custos da disputa, ou do sistema que gere essas disputas, do que arcar com a integralidade dos custos da sua prevenção ou solução.

O custo desses litígios é, nas palavras de FARNSWORTH (2007, p. 21), um desperdício de tempo, esforço e recursos. O atual desenho institucional, ao estimular o ajuizamento de ações, quando externaliza uma parte considerável dos seus custos, aumenta esse desperdício.

Antes, contudo, de se analisar os incentivos que as diferentes regras de fixação e alocação de custos criam, é importante dissecar e entender como os custos do conflito são enxergados na visão da *law and economics*.

2.1 Custos do litígio na ótica da análise econômica do direito

Para que a regulação atinja os seus objetivos de extinguir, ou ao menos reduzir drasticamente, esses efeitos similares às externalidades negativas oriundas dos conflitos, e de implementar políticas de valores que devam pautar a vida em sociedade, é necessário se conhecer a dinâmica do jogo, entendendo as bases da análise econômica do conflito. Como observa o relatório da OCDE (PALUMBO, 2013, p. 10), o problema de um Poder Judiciário assoberbado pode ser resultado da interação entre a demanda e oferta por justiça.

A análise econômica do conflito é um braço da conhecida análise econômica do direito (AED), *law and economics*, pouco

23 que, segundo, os autores, significa: "a dominated strategy is uniformly worse than some other strategy" (1993, 67).

explorada no Brasil mas bastante desenvolvida no exterior, principalmente nos Estados Unidos da América.

2.1.1 Análise Econômica do Direito

Embora alguns estudos anteriores, sobretudo em direito da concorrência, já fizessem abordagens econômicas²⁴, o desenvolvimento da AED nos Estados Unidos começou na década de 60, com a aplicação da economia em diversas áreas do direito, como responsabilidade civil, contratos, direito reais e propriedade intelectual (POSNER, 2011, p. 29).

As obras de GUIDO CALABRESI (1961) e RONALD COASE (1960) marcam, para RICHARD POSNER (2011, p.29), talvez o maior doutrinador da AED, o início dessa nova fase da *law and economics*, que contou ainda com a relevante contribuição de GARY BECKER (1976).

A doutrina da AED firma suas bases a partir do utilitarismo de JEREMY BENTHAM²⁵, partindo da premissa de que não apenas em assuntos econômicos, mas em todas as áreas de suas vidas, pessoas buscam maximizar seus interesses, sua *utilidade*, ou seja, sua felicidade ou satisfação em determinadas condições²⁶.

O conceito de utilidade é o ponto de partida do utilitarismo de BENTHAM. Logo, assim como em assuntos econômicos, também quando diante de questões jurídicas os agentes tomariam decisões visando a maximizar a sua *utilidade*.

24 Além de direito concorrencial, POSNER cita, ainda, trabalhos em direito tributário (Henry Simons), direito das empresas (Henry Manne), patentes (Arnold Plant) e direito dos contratos (Robert Hale) (2011, p. 29).

25 Ainda sobre as origens do utilitarismo, vale mencionar JOHN STUART MILL (1806-1873).

26 MANKIWI, 2014. p. 402.

Os agentes tomariam suas decisões devidamente *informados* e agindo de forma *racional*. A análise econômica do direito funda-se, pois, na doutrina da escolha racional e leva em consideração que escolhas são feitas em um mundo — o nosso mundo — em que os recursos disponíveis são limitados em comparação com os desejos dos homens (POSNER, 2011, P.3).

Não se ignora, contudo, que as pessoas não agem sempre racionalmente. Estar devidamente informado pressupõe não apenas ter acesso, mas ter condições de digerir e processar todas as informações disponíveis, e o custo dessa premissa é, muitas vezes, proibitivo.

É preciso ter consciência, portanto, que assumir que os agentes fazem escolhas racionais, devidamente informados e buscam maximizar sua utilidade é uma ferramenta que pode ser útil na análise do direito, e não uma forma de descrever a realidade em sua plenitude.

Além de partir dessa lógica econômica, a análise econômica do direito aborda questões jurídicas, normalmente, por meio de dois tipos de perguntas distintas: perguntas descritivas e perguntas normativas.

A descritiva, segundo SHAVELL (2004 p. 1), refere-se aos efeitos das normas legais nas relações, de modo que, no que diz respeito ao objeto deste estudo, seria entender como o atual sistema de fixação e alocação dos custos do litígio impacta no comportamento das partes e, e.g., no número de ações judiciais existentes. A questão normativa, por outro lado, diz respeito à avaliação da pertinência das políticas sociais e das normas legais, ou seja, se determinada norma conduz a um estado de bem-estar superior ao atingido por outra norma legal. Até aqui, haverá quem diga que não há diferença entre a abordagem da AED e de outros juristas tradicionais, que também se dedicam a avaliar o impacto das normas nas relações

entre indivíduos e se essa norma atende os princípios da vida em sociedade.

Duas características, porém, costumam distinguir a AED de outras abordagens do fenômeno jurídico: (i) essa análise é feita com base em modelos econômicos, estatísticas e pesquisas empíricas, e (ii) como já dito acima, parte da premissa de que os agentes são racionais e têm pleno conhecimento das possíveis consequências das suas escolhas (SHAVELL, 2004, p. 4).

A ideia do homem racional, ou *homo economicus*, é fruto do racionalismo moderno e, segundo GALDINO,

o único meio de racionalizar modelos teóricos econômicos, uma vez que as muitas variáveis axiológicas que influenciam as escolhas humanas não são passíveis de serem quantificadas com a precisão necessária que se afigura essencial para a análise matemática e estatística própria de uma determinada corrente de pensamento econômico. (2005, p. 241)

A racionalidade dos agentes não significa, como sustentam alguns críticos da *rational choice*, que se esteja diante de um homem egoísta, interessado unicamente no máximo proveito de suas atividades, como observado por GALDINO (2005, p. 245), referindo-se a PLAUÇO FARACO DE AZEVEDO. Não se pode confundir “*self-interest*” com “*selfishness*” ou, em vernáculo, o interesse pessoal com egoísmo, pois a satisfação do outro indivíduo pode, e muitas vezes está, contida na própria satisfação, ou utilidade, de um indivíduo.

A AED constitui, dessa forma, um movimento científico, que parte de uma teoria econômica pura, o que não pode ser novidade para os juristas, que do seu lado também conheceram uma teoria pura do direito (GALDINO, 2005, p. 241).

É, pois, com uso de modelos econômicos e partindo da premissa de que os agentes são racionais que será visto, a seguir,

o impacto dos custos na decisão de litigar, matéria tratada, nos Estados Unidos da América, pelo que se denominou *análise econômica do litígio*.

2.1.2 Análise Econômica do Litígio

Um braço da AED, a análise econômica do litígio começou a ser estudada, conta BEBCHUCK (1984, p. 404), em 1971, com LANDES (1971) e GOULD (1973), mas essa primeira fase teria tido o seu ápice com SHAVELL (1982). É, portanto, justamente da análise econômica do conflito feita por este último autor em *Suit, Settlement, and Trial: a Theoretical analysis under alternative method for the allocation of legal costs*, que o estudo partirá. O modelo econômico desenhado por SHAVELL pode não ser o mais completo ou complexo, mas demonstra, com singular clareza, a dinâmica do conflito revelando-se, sem dúvida, o mais palatável para operadores do direito.

Antes de se adentrar numa seara mais árida e desconhecida para os juristas em geral, consistente na análise do modelo econômico, vale destacar as palavras do vencedor do Nobel de economia, DANIEL KAHNEMAN, que justificam o esforço que se fará adiante e convidam à nova forma de se encarar questões jurídicas.

Modelos econômicos simplificam a realidade, estabelecem premissas e reduzem conceitos a símbolos, técnica que, segundo KAHNEMAN (2013, p. 29/30), aumenta a capacidade de raciocínio na medida em que reduz o uso da nossa *working memory*. A linguagem usada daqui pra frente pode não ser comum para advogados e juristas, mas os resultados compensam o esforço da abstração.

O modelo econômico desenhado por SHAVELL parte, pois, de três importantes premissas: (i) as partes envolvidas são racionais e enxergam a disputa como apenas um problema financeiro; (ii) são neutras com relação ao risco; e (iii) não há

custos, ou eles são insignificantes, para a solução negociada do litígio. Sobre esse último ponto, COOTER e RUBINFELD reconhecem que “*trial costs are so much greater than settlement costs that many authors choose the simplifying assumption that settlement costs are nil*” (1989, p. 1075). Essa última premissa, que talvez não seja tão verdadeira no Brasil, certamente o é nos Estados Unidos da América.

A racionalidade dos agentes já foi analisada no capítulo anterior, ao qual ora se remete por apelo à brevidade, mas algumas palavras introdutórias devem ser postas com relação (i) ao ganho esperado do autor e à perda esperada do réu — e aqui a utilidade pode ser usada, na economia, para distinguir ganhos ou perdas incertos de certos —, e, ainda, (ii) ao conceito de aptidão das partes de assumir riscos.

Em situações de incerteza, como quando se está diante da probabilidade de se sair vencedor de uma ação judicial, o agente econômico avalia suas decisões a partir do que se chama *valor esperado*. O *ganho esperado* do autor e a *perda esperada* do réu, espécies do gênero *valor esperado*, são calculados descontando-se o valor dos resultados possíveis pelas suas probabilidades de ocorrência. Assim, se o autor entende que tem 25% de chance de receber R\$ 10.000,00, o seu *ganho esperado* é de R\$ 2.500,00 (i.e., 25% x R\$ 10.000,00). Essa lógica estará presente no modelo econômico de compreensão do conflito.

Passando-se à aptidão das partes de assumir riscos, há agentes que são tomadores de risco, outros que são neutros e, ainda agentes que são avessos ao risco. Imagine, partindo do exemplo utilizado por POSNER (2011, p. 15), que lhe fosse concedida a oportunidade de escolher, de um lado, ter R\$ 1 milhão ou, de outro, ter 10% de chance de receber R\$ 10 milhões. Segundo POSNER, o agente *avesso ao risco* ficaria com a primeira opção, embora o *valor esperado* das duas hipóteses seja o mesmo: R\$ 1 milhão (= 10% x

R\$ 10 milhões). O agente avesso ao risco opta, em situações com o mesmo valor esperado, pela alternativa com menor risco.

No modelo econômico desenhado por SHAVELL, o agente é, em hipóteses como a acima narrada, indiferente ou neutro com relação ao risco — *risk neutral* — e, tendo em vista que ambas as opções possuem ganhos esperados idênticos (no caso, R\$ 1 milhão), o agente seria indiferente e poderia escolher qualquer uma das opções. Se, contudo, os ganhos esperados forem distintos, o agente racional e neutro em relação ao risco optará, sempre e sempre, pela opção com maior ganho esperado. A opção de se adotar um modelo com agentes neutros ao risco não significa que os casos em que os agentes sejam *risk averse* sejam menos importantes. Considerar a aversão ao risco será mais relevante — e poderá ser útil ao se tratar de um Judiciário com as características do brasileiro — quando se está diante de pessoas mais humildes ou, ainda, quando o montante em disputa for relativamente elevado, se comparado com o patrimônio do indivíduo. Em outras palavras, quanto mais estiver em jogo, é natural que os agentes tendam a se comportar como avessos ao risco.

Entendidas as premissas adotadas, passa-se à análise econômica do conflito e, explique-se, essa análise, para se tornar mais palatável, será acompanhada de uma série de exemplos que ilustram os principais pontos de interesse.

Em *Suit, Settlement, and Trial: a Theoretical analysis under alternative method for the allocation of legal costs*, SHAVELL apresenta um modelo econômico para explicar quando os agentes racionais decidem litigar, quando transacionam e como os diferentes métodos de alocação dos custos do conflito geram incentivos distintos nas partes do conflito.

Segundo SHAVELL, a princípio as partes irão transigir e não haverá judicialização do conflito quando a expectativa de ganho do

autor (E_a) for inferior²⁷ à expectativa de perda do réu (E_r). A *contrario sensu*, quando a expectativa de ganho do autor for maior do que a expectativa de perda do réu, não haverá acordo e a questão será judicializada. Em outros termos:

$$E_a < E_r \quad \text{haverá acordo} \quad (1)$$

$$E_a > E_r \quad \text{não haverá acordo} \quad (2)$$

Se, por exemplo, o autor espera ganhar (E_a) R\$ 5 mil e o réu espera perder (E_r) R\$ 7 mil, haverá acordo por qualquer valor entre R\$ 5 mil e R\$ 7 mil. Se, contudo, o autor tem um ganho esperado (E_a) de R\$ 7 mil e o réu espera perder (E_r) apenas R\$ 5 mil, não haverá acordo entre agentes racionais e neutros com relação ao risco e a solução deverá ser judicializada. Até aqui, nenhuma dificuldade.

Nessa linha, avançando no raciocínio e dissecando a fórmula, o ganho esperado do autor (E_a) é mensurado a partir da multiplicação do valor do bem ou direito perseguido (D_a) pela sua probabilidade de êxito (P_a), o que pode ser assim representado:

$$E_a = D_a \cdot P_a \quad (3)$$

A perda esperada do réu (E_r), por sua vez, considera o valor da possível condenação (D_r)²⁸, multiplicado pela probabilidade de perda (P_r)²⁹.

$$E_r = D_r \cdot P_r \quad (4)$$

27 Considera-se, aqui, que os custos de transação são baixos ou inexistentes.

28 Que será um valor negativo, representando uma perda.

29 A assimetria de informações gera diferenças em E_a , pois as partes podem ter estimativas distintas com relação ao valor da demanda D_a , ou com relação à probabilidade de êxito P_a . Isso gera um aumento dos custos de transação.

Assim, substituindo os elementos das equações 1 e 2 *supra*, haverá, ou não, acordo, quando:

$$(D_a \cdot P_a) < (D_r \cdot P_r) \quad \text{haverá acordo} \quad (5)$$

$$(D_a \cdot P_a) > (D_r \cdot P_r) \quad \text{não haverá acordo} \quad (6)$$

Considerando que o direito deduzido em juízo, ou os possíveis resultados do julgamento, D_a e D_r , são conhecidos e identificáveis pelas partes, as equações acima destacam a relevância de P_a e P_r , para que seja determinado se haverá ou não acordo. A probabilidade de êxito, P , tal como vista por autor e réu, desempenha um papel relevantíssimo na autocomposição ou na judicialização de conflitos. Há diversos estudos sobre o tema e modelos econômicos podem prever, nesse ponto, se haverá mais judicialização numa sociedade composta por otimistas ou por pessimistas³⁰.

Além da influência decorrente de agentes otimistas ou pessimistas, as diferenças entre expectativas de êxito (P_a e P_r) e são geralmente provocadas por um fenômeno similar à falha de mercado conhecida como *assimetria de informações*, e as soluções regulatórias, aqui, não diferem muito das aplicadas para a correção da falha de mercado.

Ter consciência de que a assimetria de julgamento, ou de prognósticos com relação ao julgamento da disputa, tem impacto direto na judicialização de conflitos realça a importância de se incrementar a previsibilidade do resultado das ações judiciais. Nada disso é inédito e não é de hoje que se diz que, enquanto a divergência doutrinária é saudável, a jurisprudencial é maléfica para fins de pacificação social. A busca pela previsibilidade passa pela compreensão dos diferentes tipos de incerteza. Conforme

já exposto, a incerteza comum ou estrutural, na classificação de FALCÃO, SCHUARTZ e ARGUELHES (2006), que decorre da atividade de interpretação e aplicação do direito, é inerente à atividade jurisdicional e estará sempre presente. As incertezas patológicas, por sua vez, devem ser combatidas pois podem aumentar, em muito, a probabilidade de judicialização de conflitos, na medida em que podem aumentar o *gap* entre as estimativas entre P_a e P_r , ou torná-las mais imprevisíveis.

Nesse sentido, uma regulação bem feita, (a) com procedimentos que uniformizem o entendimento da jurisprudência, ou (b) que permitam uma troca segura e confidencial de informações, pode minimizar os impactos desse fenômeno, semelhante à assimetria de informações.

O Código de Processo Civil de 2015 evoluiu nesses dois pontos. O livro III, que trata dos “processos nos Tribunais e dos meios de impugnações das decisões judiciais” principia, em suas disposições gerais, com o artigo 926, o qual estabelece que “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Esse artigo, de extrema relevância, dita o norte da atuação dos tribunais e estabelece um dever de previsibilidade e estabilidade dos entendimentos jurisprudenciais.

Passando-se de um dever geral para os mecanismos em si, a instituição do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR) previsto nos artigos 976 e seguintes, possibilita que, admitido o incidente, os processos que tratem de questões idênticas fiquem suspensos até o seu julgamento. Julgada a matéria, o entendimento deverá ser observado, sob pena de ser cabível reclamação contra a decisão que o contrariar. Com isso, o Código de Processo Civil de 2015 criou um importante mecanismo de uniformização dos entendimentos jurisprudenciais.

Além do IRDR, o CPC de 2015 prevê a possibilidade do incidente de assunção de competência (IAC), quando “envolver

³⁰ Vale, nesse sentido, conferir o trabalho de OREN BAR-GILL (2005), no qual se demonstra que o otimismo conduz à maior judicialização.

relevante questão de direito, com grande repercussão social, sem repetição em múltiplos processos”.

Esses novos incidentes, somados à sistemática do julgamento de recursos repetitivos, do Superior Tribunal de Justiça, ao regime de repercussão geral dos recursos extraordinários e aos enunciados de entendimentos sumulados, buscam reduzir a incerteza jurídica, diminuindo, assim, as chances de as partes divergirem em grande escala com relação a P , se não em todos os casos, o que é impossível, ao menos em questões de grande relevância já destacadas por um incidente ou em questões recorrentes.

Mecanismos de uniformização da jurisprudência tendem a reduzir o *gap* entre P_a e P_r , considerando que tornam os julgamentos mais previsíveis. Há, contudo, incertezas que não decorrem da dúvida com relação à interpretação que será dada à lei, mas emergem do desconhecimento dos fatos e, nesse ponto, mecanismos como a audiência de mediação prevista no art. 334 do Código de Processo, podem, se bem utilizados, ajudar a esclarecer questões fáticas que podem contribuir para a autocomposição em um ambiente coberto pela confidencialidade.

Não houvesse custos para solução dos conflitos, o modelo econômico do litígio poderia parar por aí. As partes transigiriam quando o ganho esperado do autor fosse menor do que a perda esperada do réu e o aumento da previsibilidade do resultado das ações judiciais teria um papel de enorme destaque para a determinação da judicialização de demandas.

Ocorre que os custos do litígio, maiores ou menores, estão sempre presentes. No caso do Brasil, como se demonstrou, o Judiciário, que tem como uma de suas principais funções servir de sistema para solução de conflitos, custa mais de R\$ 80 bilhões de reais por ano.

Diversos são os custos que uma parte tem ao litigar. SERGIO BERMUDES, em artigo que integrou a obra *Civil justice in crisis*, or-

ganizada por ZUCKERMAN, afirma que litigar no Judiciário pode se tornar caro, e que as taxas judiciárias pagas aos Tribunais podem chegar a 2% do valor da causa. O autor da ação, como observa BERMUDES, paga custas para citar o réu, além de outras custas no curso do processo, e os peritos são pagos pelas partes. Ademais, a maioria dos recursos pressupõe o pagamento de custas judiciais sob pena de não conhecimento. Os advogados, continua BERMUDES, “*may charge up to 20 per cent of the economic benefit to be obtained by the cliente through litigation*” (2001, p. 353).

Dessa forma, se inserirmos na equação acima os custos do litígio (C) — e aqui adentrando no objeto deste estudo —, o ganho esperado do autor (E_a) será equivalente à multiplicação do valor do direito em disputa (D_a) pela probabilidade de êxito (P_a), *deduzidos* os custos do litígio (C_a), o que pode ser assim resumido:

$$E_a = (D_a \cdot P_a) - C_a \quad (7)$$

Idêntico raciocínio será feito pelo réu, que calculará sua perda esperada (E_r) multiplicando o valor do direito postulado (D_r) pela probabilidade de perda (P_r), *somado* aos custos que terá com o litígio (C_r).

$$E_r = (D_r \cdot P_r) + C_r \quad (8)$$

Com isso, a possibilidade ou não de acordo seguiria a seguinte equação:

$$(D_a \cdot P_a) - C_a \geq (D_r \cdot P_r) + C_r \quad (9)$$

Assim, teríamos possibilidade de acordo quando $(D_a \cdot P_a) - C_a < (D_r \cdot P_r) + C_r$ e não haveria zona de possível acordo quando $(D_a \cdot P_a) - C_a > (D_r \cdot P_r) + C_r$.

Um exemplo ilustra o impacto dos custos na decisão de litigar:

Ex. 1: A vítima de um acidente automobilístico busca uma indenização (D_v) de R\$ 10.000,00 e estima, caso tenha que ajuizar uma ação, sua chance de êxito (P_v) em 70%. Sua expectativa de ganho (E_v) seria de R\$ 7 mil³¹. O alegado causador do dano, neste exemplo, não questiona o valor do dano R\$ 10.000,00 (D_r), mas diverge acerca da sua responsabilidade, portanto, da expectativa de êxito da vítima, e entende que há, na sua perspectiva, 50% de chance de perda (P_r), de modo que sua perda esperada (E_r) seria de R\$ 5 mil³².

Não haveria, neste exemplo, possibilidade de acordo entre agentes racionais e *risk neutrals*, uma vez que $E_v > E_r$, isto é, R\$ 7 mil é superior a R\$ 5 mil.

A inclusão dos custos do litígio (C) nessa equação pode alterar o resultado. Partindo-se do mesmo exemplo, imagine-se que os custos (C) de levar a questão para o Judiciário, aí incluídas custas, taxas e honorários de advogado, fossem de R\$ 1,5 mil, para cada parte, ou 15% do valor em disputa.

O cômputo dos custos do litígio faria com que o ganho esperado do autor caísse de R\$ 7 mil para R\$ 5,5 mil e a perda esperada do réu aumentaria de R\$ 5 mil para R\$ 6,5 mil. Neste caso, $E_v > E_r$ e, portanto, as partes racionais e neutras com relação ao risco transigiriam em qualquer valor entre R\$ 6,5 e R\$ 5,5 mil.

O raciocínio acima procede se os custos (C) são internalizados, suportados pelas partes. Se, todavia, esses custos são, em parte ou na sua integralidade, externalizados, as partes simplesmente podem não transigir e irão judicializar a questão.

31 $E_v = (D_v \cdot P_v)$, ou seja, R\$ 10.000,00 x 70% = R\$ 7.000,00.

32 $E_r = (D_r \cdot P_r)$, ou seja, R\$ 10.000,00 x 50% = R\$ 5.000,00.

A transferência dos custos do litígio das partes que deveriam suportá-lo para o Estado consiste em um caso típico de externalidade negativa, e essa falha pode, e deve, ser regulada.

Os custos do litígio influenciam, portanto, na decisão das partes de seguir ou não com a disputa e as regras sobre a sua alocação e dimensão desempenham um importante papel nessa equação.

COOTER e RUBINFELD observam, nesse ponto, que “*there is more scope for settlement when litigation is costly*” (1989, p. 1.076).

Esses, portanto, os elementos que estão por trás da análise econômica do conflito feita por SHAVELL. Cada um deles poderia ser objeto de uma regulação detalhada e objeto de um estudo para um desenho de sistema adequado. A análise que será feita adiante focará os custos (C), na sua fixação e alocação entre as partes litigantes.

Toda a base do raciocínio acima, bem como do que será desenvolvido nos capítulos seguintes, funda-se na doutrina da *rational choice* que, além de não ser muito familiar entre juristas, tem sido alvo de críticas que devem ser conhecidas do leitor desta obra, pois ajudam a compreender os limites da aplicação do que se dirá daqui pra frente.

2.2 As limitações da *rational choice theory*

Theories in behavioral economics have generally retained the basic architecture of the rational model, adding assumptions about cognitive limitations designed to account for specific anomalies (KAHNEMAN, 2003, p. 1469)

O modelo do agente racional, que faz as suas escolhas perfeitamente informado e sempre visando a maximizar sua utilidade, vem sendo, há algum tempo, alvo de críticas. A doutrina da *ratio-*

nal choice adota algumas premissas que poucas vezes estão plenamente presentes na complexidade inesgotável dos fatos reais. O estudo da decisão racional pressupõe a realização, pelas partes, de cálculos complexos e uma compreensão sofisticada da motivação dos agentes, como lembra WATSON:

Standard game theory assumes that the players are sophisticated and that they can handle whatever difficult calculations needed for payoff maximization. But in reality, behavior sometimes diverges from this rationality ideal and it does so in systematic ways. Sometimes real players do not have a shared understanding of the game they are playing. Sometimes a cognitive bias warps how they develop beliefs about each other. Sometimes real players are unable to perform all of the complicated calculations that would be required to determine an optimal strategy. Sometimes players do not fully understand each other's rationality or lack thereof.

For these reasons, we do not expect the outcome of our theoretical models to be perfect indicators of the real world. (WATSON, 2008, p. 47)

O fato é que, como observam BARR, MULLAINATHAN e SHAFIR, os formuladores de regras normalmente levam em consideração o modelo do *rational agent*, partindo da premissa de que as pessoas fazem “*insightful, well-planned, highly controlled, and calculated decisions guided by considerations of personal utility*” (2013, p. 400).

Dentre as principais críticas feitas, fala-se que os estudiosos da *rational choice* costumam colocar seus argumentos de forma pouco palatável, em linguagem não acessível àqueles que não são adeptos dessa teoria. As equações acima usadas, todavia, não exigem qualquer conhecimento aprofundado de cálculo, mas apenas representam a lógica econômica do conflito, sem que qualquer operação matemática minimamente complexa tenha que ser feita.

Além disso, os críticos da *rational choice theory* afirmam que grande parte dos estudos terminam com o desenho de modelos que teoricamente explicariam a atuação dos agentes racionais, mas nenhum teste empírico é realizado. Diante dessa crítica, o capítulo quinto deste livro traz pesquisa quantitativa que busca testar a hipótese levantada pela teoria da *law and economics*.

Finalmente, há diversas pesquisas e experimentos, realizados sobretudo por estudiosos da economia comportamental, que demonstram que, se de um lado as pessoas são agentes racionais, de outro essa racionalidade é muito frequentemente limitada. É o que observa, nesse sentido, BRIAN D. JONES, mencionando SLOVAK:

Numerous empirical studies of human decision making, from experiments in the laboratory to large-scale social surveys to observational studies in the field, have demonstrated that humans often do not conform to the strictures of choice theory (Slovak 1990) (JONES, 1999, p. 305).

Isso não significa, contudo, que os agentes sejam irracionais (JONES, 1999, p. 305). Eles buscam, a princípio, satisfazer seus objetivos, mas “*bounded rationality takes into account the cognitive limitations of decision makers in attempting to achieve those goals*” (JONES, 1999, p. 299).

DONALD GREEN e IAN SHAPIRO (1994, p. 13) apontam, ainda, mais dois problemas da *rational choice theory*. O primeiro, segundo os professores de ciência política de Yale, reside na natureza e no conteúdo dos verdadeiros designios das partes, que podem ser maiores ou distintos dos ganhos provenientes daquela disputa vista isoladamente. O segundo consiste na presunção de que os agentes possuem, e utilizam, na tomada de suas decisões, uma grande quantidade de informações.

HERBERT A. SIMON, por sua vez, defendia, como observa KAHNEMAN (2003, p. 1449), que a racionalidade limitada dos agentes

deveria conduzir à substituição do modelo de maximização de utilidade para um modelo que levasse em consideração *satisficing*, ou seja, o agente racional buscaria um resultado satisfatório, adequado, no lugar de uma solução ideal que maximize sua utilidade.

A questão dos limites da racionalidade ganha ainda relevância distinta quando se está diante da análise de comportamento de agentes em grande escala, o que se aplica quando se analisa o Poder Judiciário:

Again, this does not imply that people are irrational, nor that people interacting in large-scale institutions make large-scale mistakes. Intendedly rational actors in large-scale institutions may respond collectively to the tasks they face adaptively. Wittman (1995:16) notes that "even if some individuals make incorrect choices, the law of large numbers is likely to yield the correct majority choice. (JONES, 1999, p. 305)

Ou seja, ainda que determinados indivíduos, isoladamente, não ajam racionalmente, o fato é que quando se enfrenta determinada questão em grande escala não é provável, nas palavras de JONES, que essa irracionalidade seja observada de forma significativa. Desse modo, quando se está diante da regulação de mecanismos de solução de conflitos não é necessário que se pense, por meio dos modelos econômicos, que todos os indivíduos se comportarão de modo a maximizar sua utilidade, fazendo cálculos extremamente complexos e com amplo acesso a todas as informações disponíveis. Ao se analisar algo dessa dimensão, o foco não deve estar voltado para resultados individuais, na alteração radical de um determinado comportamento, mas deve se concentrar na *big picture*.

O ganho, afirma FARNSWORTH (2007, p. 24), ocorre nas margens. Não se trata, portanto, de criar incentivos que levam as partes a tomar decisões de "tudo ou nada", de mudanças radicais de posições. Deve-se pensar, pois, em *incremental terms*. Como afirma

FARNSWORTH "legal rules may not cause entire changes in behavior by anyone, or little changes in behavior by everyone; but they do their work if they cause some shift at the margins" (2007, p. 25).

Os modelos econômicos não devem ser vistos como uma tentativa de descrever perfeitamente determinados cenários ou o comportamento das pessoas de forma exata. Eles devem, como afirma KAHNEMAN na epígrafe deste capítulo, servir de base para um desenho institucional que, após, deverá ser lapidado considerando as limitações da racionalidade dos agentes.

Sobre essas limitações, KAHNEMAN e TVERSKY estudam os efeitos da *intuição* e sua influência na decisão dos agentes (KAHNEMAN, 2003, p. 1449). O ponto central, segundo KAHNEMAN, não é que as pessoas raciocinam mal, mas que eles agem, muitas vezes, intuitivamente e, nesse sentido, o comportamento desses agentes "is not guided by what they are able to compute, but by what they happen to see at a given moment" (KAHNEMAN, 2003, p. 1469).

Esse ponto limitador da racionalidade dos agentes é, com relação ao objeto deste trabalho, relevante, pois quando se está tratando de métodos de solução de conflitos, a decisão de se ajuizar ou não uma ação, ou dar início a uma arbitragem, não é, normalmente, uma decisão que se faz de forma imediata e de maneira intuitiva. As partes do conflito, em regra assistidas por seus advogados, tendem a agir, ainda que possivelmente envolvidas por emoções, um pouco mais de acordo com a razão, e o próprio tempo e burocracia necessários para o início de uma disputa acabam reduzindo a possibilidade de decisões serem tomadas com base na intuição. A decisão de propositura de uma ação judicial não se assemelha a uma decisão instintiva que KAHNEMAN normalmente atribui ao *sistema 1* do cérebro humano³³. O que se pretende dizer é que,

33 Na explicação didática de KAHNEMAN, o funcionamento do cérebro humano contemplaria 2 sistemas distintos de processos cognitivos. O primeiro — Sistema

quando se trata da regulação de métodos de solução de conflitos, a interferência da intuição, como fator de limitação da racionalidade, é menor do que nos exemplos extraídos do dia-a-dia de TVSERKY e KAHNEMAN.

A *behavioral economics* já se debruçou sobre as anomalias que geralmente afetam as partes quando se trata de resolução de conflitos, o que fez pela dupla de ganhadores do Nobel acima citada. Há, segundo TVSERKY e KAHNEMAN, basicamente 3 barreiras psicológicas que acabam afastando os litigantes da racionalidade mais pura: (i) otimismo e *overconfidence*; (ii) o efeito certeza; (iii) e a aversão à perda.

In particular, optimistic overconfidence is likely to make opponents believe that they can prevail and hence they do not have to make concessions. The certainty effect leads disputants to undervalue some outcomes, such as goodwill, because they are not certain. Finally, loss aversion is likely to reduce the range of acceptable agreements because one's own concessions are evaluated as losses and the opponent's concessions are evaluated as gains. Although these phenomena do not exhaust the psychological barriers to the successful resolution of interpersonal conflict, they represent serious obstacles that often stand in the way of successful negotiation. (2004, p. 743/744)

É necessário, portanto, que se saiba que as partes do conflito podem ter expectativas de êxito contaminadas por um otimismo ou que possam, ainda, ser avessas à perda. Neste segundo caso, a

1 — intuitivo, é rápido, automático, faz pouco esforço, associativo, normalmente carregado de emoções, governado pelo hábito e, portanto, difícil de controlar ou modificar (Kahneman 2003, 1451). O segundo — Sistema 2 — que Kahneman chama de *reasoning*, é "slower, serial, effortful, and deliberately controlled; they are also relatively flexible and potentially rule-governed" (2003, p. 1451).

parte encara suas concessões como perdas e as da outra parte como ganhos, de modo que acabam ficando desbalanceadas, ainda que pudessem parecer razoáveis para o agente racional. Ter noção da existência dessas anomalias, para fins regulatórios, é fundamental para se entender e regular de forma distinta situações distintas. Se, por exemplo, o direito discutido em juízo significa muito para uma das partes e pouco para a outra (por exemplo, uma grande empresa), elas reagirão de maneira diferente e talvez o regulador, ao atribuir efeitos ao comportamento das partes, consiga dar tratamento específico para cada perfil de litigante.

Conhecer as anomalias, como afirmam KAHNEMAN e TVSERKY, é essencial para que se possa pensar em uma forma de corrigi-las:

The literature on judgment and choice (see Bazerman 1994; Dawes 1988; Kahneman, Slovic, and Tversky 1982) indicates that biases and cognitive illusions are not readily eliminated by knowledge or warning. Nevertheless, knowing the opponent's biases, as well as our own, may help us understand the barriers to conflict resolution and could even suggest methods to overcome them. (2004, p. 744)

Incorporar essas variáveis nos modelos econômicos talvez seja uma função difícil, como observa KAHNEMAN (2003, p. 1470), e torne esses modelos extremamente complexos. Todavia, inserir em um sistema de solução de conflitos normas que possam lidar com as anomalias é mais factível e o regulador deve estar atento a essa necessidade.

Como se viu, os modelos econômicos e a teoria da decisão racional servem de base para um desenho institucional, que depois deve ser moldado de acordo com anomalias que impactam e restringem a racionalidade dos agentes.

3 Incentivos *Ex Ante* e *Ex Post*

Ao se pensar nas regras de fixação e alocação dos custos do litígio — que são, como se viu, um dos elementos que devem ser tratados quando se está diante da regulação de meios de solução de conflitos e um dos fatores internos que influenciam a demanda pelo Judiciário — é necessário que se reflita sobre quais incentivos se pretende criar.

Há duas maneiras distintas de se abordar a questão: uma, com a preocupação, *ex ante*, de criar incentivos corretos para que as partes se comportem, no futuro, da melhor maneira possível a fim de evitar desperdícios; e outra, um olhar *ex post*, focado na justiça da distribuição dos custos já incorridos pelas partes (FARNSWORTH, 2007, p. 11).

FARNSWORTH, em sua obra *The Legal Analyst*, explica, a partir de um caso específico, a diferença da perspectiva *ex ante* e *ex post* do problema. O exemplo do qual parte — e aqui é necessário se abstrair regras de responsabilidade conhecidas no direito brasileiro — é o seguinte: um ladrão entra em um banco, aponta a arma para a cabeça de um dos clientes e anuncia que irá atirar se o caixa não lhe entregar todo o dinheiro. O caixa não entrega o dinheiro, o ladrão atira, mata o refém e foge. A família da vítima ajuíza uma ação contra o banco, alegando que o caixa deveria ter entregado o dinheiro e pretendendo ser indenizada. Como a questão deveria ser abordada?

A primeira forma de se resolver o problema é, segundo o autor, olhar para o passado e decidir se o banco deverá ou não indenizar a família da vítima. Talvez o senso de justiça indique, segundo FARNSWORTH, que o banco possui melhores condições de suportar

a perda econômica decorrente da morte da vítima do que os seus filhos e herdeiros e, nessa linha, o banco deveria ser responsabilizado. Essa é uma maneira de se analisar, *ex post*, o problema, ou seja, depois que ele já se materializou (2007, p.3).

Pela ótica *ex post*, deve-se lançar um olhar para trás, analisando a situação já ocorrida, e, a partir daí, ver como distribuir, na medida do possível, os danos ocorridos, determinando quem irá suportá-los ao final, se o banco, a família da vítima, ou a sociedade.

A perspectiva *ex post* é chamada, ainda, de estática, pois assume as posições das partes como dadas e fixas, ao contrário da perspectiva *ex ante* que, por sua vez, parte da premissa de que o comportamento dos agentes pode variar de acordo com a regra criada, sendo também chamada de dinâmica.

O problema da análise *ex post* é que a lei não consegue “consertar” os eventos ruins que ocorreram. O prejuízo está consumado. Não há nada que a lei possa fazer para trazer de volta, neste exemplo, a vida que foi perdida, como lembra FANSWORTH:

“The point is that the law doesn't fix bad things that have happened. I can't; they've happened. All the law can do is to redistribute the suffering a bit. (...)”

But the law's dream — anyone's dream — would be to turn the clock back and stop the bad thing from happening in the first place. That would be better than quarreling afterwards about who should justly suffer for it.” (2007, p. 4, destacado no original)

Se, de um lado, não é possível voltar no tempo para evitar o acontecimento indesejado, o regulador pode e deve, ao criar regras, olhar para o futuro e buscar desenhar os incentivos corretos para que aquela situação indesejável não ocorra, ou, se não for possível, que ocorra com menor frequência.

O olhar *ex ante* do problema se propõe justamente a mirar no futuro e imaginar quais efeitos determinada regra criará no comportamento das partes. Essa visão prospectiva buscará evitar a ocorrência de situações indesejáveis, de desperdício, seja, no exemplo de FANSWORTH, reduzindo a ocorrência de novos assaltos com reféns e, possivelmente, vítimas fatais, ou, no que diz respeito a este trabalho, inibindo a propositura, ou continuação, de ações judiciais que poderiam ser evitadas, ou resolvidas fora do Judiciário, e que acabam abarrotando esse sistema de solução de conflitos.

Sempre haverá custos para resolução de disputas, seja essa resolução negociada, mediada, arbitrada ou submetida ao Judiciário. O ponto que merece destaque é que o desenho atual do Judiciário Brasileiro transfere, em boa parte, os custos do litígio, ou desse sistema de solução de conflitos, para a sociedade e, como resultado, cria incentivos ruins, já que contrários à autocomposição ou ao uso de métodos alternativos de solução de conflitos.

Os custos desses litígios serão sempre, nas palavras de FANSWORTH, um desperdício de tempo, esforço e recursos, pois não geram qualquer contrapartida (2007, p. 21). O atual desenho institucional, quando externaliza parte dos seus custos, acaba por estimular o ajuizamento de ações, aumentando ainda mais o desperdício de recursos.

Dessa forma, ao se tratar do acesso responsável à justiça, sobretudo no que diz respeito às regras de fixação e alocação dos custos do conflito, é necessário que se busque criar regras que produzam os incentivos adequados às partes, considerando essas duas perspectivas, *ex ante* e *ex post*, do problema.