



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review



Civil Procedure Review, v. 14, n. 3: set.-dez. 2023.
ISSN 2191-1339 – www.civilprocedurereview.com

Editors

Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)

Editorial Board

Alvaro Perez-Ragone (University of Valparaiso, Chile)
Antonio Cabral (University of Rio de Janeiro State, Brazil)
Bruno Sassani (University of Rome, Tor Vergata, Italy)
Burkhard Hess (University of Heidelberg, Germany)
Daniel Mitidiero (Federal University of Rio Grande do Sul, Brazil)
Dimitrios Tsirikas (Universidade de Atenas, Grécia)
Dmitry Maleshin (University of Moscow, Russia)
Fernando Gascón Inchausti (University Complutense of Madrid, Spain)
Frédérique Ferrand (University of Lyon, France)
Fredie Didier Jr. (Federal University of Bahia, Brazil)
Giorgio Costantino (University of Rome, Roma Tre, Italy)
Giovanni Priori Posada (Pontificia Universidade Católica del Perú)
Hermes Zaneti Jr. (Federal University of Espírito Santo, Brazil)
Jordi Nieva-Fenoll (University of Barcelona, Spain)
José Roberto Bedaque (University of São Paulo, Brazil)
Loïc Cadiet (University of Paris, Sorbonne, France)
Marino Marinelli (University of Trento, Italy)
Michele Angelo Lupoi (University of Bologna, Italy)
Miguel Teixeira de Sousa (University of Lisbon, Portugal)
Mostefa Maouene (University Sidi bel Abbès, Algeria)
Neil Andrews (University of Cambridge, England)
Paula Costa e Silva (University of Lisbon, Portugal)
Paula Sarno Braga (Federal University of Bahia, Brazil)
Remo Caponi (University of Florence, Italy)
Rolf Stürner (University of Freiburg, Germany)
Teresa Arruda Alvim (Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brazil)

Executive Editors

Daniela Bermudes (UFES)
Felipe Batista (UFBA)
Leandro Fernandez (PE)
Marcus Seixas Souza (UFBA)
Paula Pessoa (UNB)
Ravi Peixoto (UERJ)

Reviewers (this issue)

Elie Eid (SP)
Fernanda David (RJ)
Fernanda Medina Pantoja (RJ)
Guilherme Christen Möller (RS)
João Paulo Lordelo (BA)
Juliana Melazzi (RJ)
Leandro Fernandez (PE)
Márcio Faria (MG)
Rodrigo Ramina de Lucca (PR)
Sarah Merçon-Vargas (ES)
Vinicius Lemos (AC)



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Civil Procedure Review

2023



Civil Procedure Review, v. 14, n. 3: set.-dez. 2023.
ISSN 2191-1339 – www.civilprocedurereview.com

3



Rua José Peroba, 123, Costa Azul, Salvador/BA. CEP: 41.770-235.
Tel: 3205-7744

Copyright: Faculdade Baiana de Direito

Todos os direitos desta edição reservados a Faculdade Baiana de Direito e ProcNet.
É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor, da Faculdade Baiana de Direito e da ProcNet. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Alan Uzelac

Full Professor of Law and Head of Department for Civil Procedure at the University of Zagreb, Croatia.

Clarisse Frechiani Lara Leite

“Livre-Docente”, Ph.D. and Master of Laws at the University of São Paulo, Brazil. Lawyer.

Deborah Azevedo Freire

Master of Laws candidate at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil.

Filipe Ramos Oliveira

Ph.D. candidate at the University of São Paulo (USP). M.Sc. at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil.

Gilberto Fachetti Silvestre

Professor at the Federal University of Espírito Santo (UFES); Ph.D. from the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC/SP).

Guilherme Thofehr Lessa

Ph.D. Candidate and Master of Laws at the Federal University of Rio Grande do Sul (UFRGS), Brazil. Lawyer.

Hervé Martial Tchabo Sontang

Maitre de Conférences at the University of Dschang, Cameroon. Member of the Unité de Recherche en Droit, Institutions et Intégration Communautaire (URDIIC).

Patrícia Ribeiro Coutinho

Master of Laws candidate at the Federal University of Espírito Santo (UFES), Brazil

Simone Caponetti

Ph.D. in Labour Law at University of Rome “Tor Vergata” and Researcher in Labour Law at University of Padua, Italy.



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

Sumário

• 1		
Le droit au juge naturel en droit camerounais.....		11
(The right to a natural judge in Cameroonian Law)		
<i>Hervé Martial Tchabo Sontang</i>		
Introduction.....		12
I- Un droit tacitement consacré dans les textes.....		15
A- Un droit imprimé en filigrane du principe de l'égalité devant la loi.....		15
B- Un droit dérivant du principe de la légalité de l'organisation judiciaire.....		18
II - Un droit sérieusement éprouvé dans sa mise en œuvre		20
A- Une mise en œuvre affectée par les failles de l'organisation judiciaire		21
B- Une mise en œuvre perfectible à la lumière des droits étrangers		24
Références bibliographiques / Bibliographic references.....		27
• 2		
A defesa do executado por simples petições e a garantia do juízo		
como condição para suspensão da execução.....		29
the judgment debtor's defense and the guarantee as a requirement		
for the execution stay		
<i>Filipe Ramos Oliveira</i>		
1. Introdução		30
2. Pretensão executiva e defesa na execução: premissas para a compreensão do tema..		30
3. Admissibilidade da demanda executiva, eficácia executiva e atos executivos.....		37
3.1. Objeções materiais e o ônus do executado na superação da incerteza.....		45

4. Admissibilidade da demanda, eficácia executiva e efetividade da tutela jurisdicional: a garantia do juízo	51
5. A exceção de pré-executividade	53
6. Da atipicidade à tipicidade: da exceção de pré-executividade às simples petições..	59
7. Conclusão	67
8. Referências	68

• 3

Conciliation in labour disputes between problems of effectiveness of workers' rights and prospects for the future in the Italian civil procedure system	74
<i>Simone Caponetti</i>	

1. Foreword.....	75
2. Origin and initial development of conciliation in labour disputes	76
3. The mandatory attempt at conciliation introduced by the 1998 mini-reform, constitutionality and debate among legal scholars.....	78
4. The proposals for reform put forward by the 2001 Foglia Commission and the 2002 Vaccarella Commission.....	82
5. Conciliation is no longer mandatory under Law No 183/2010	83
6. Nostalgia for mandatory conciliation: dismissals on business grounds and Law N° 92/2012.....	85
7. The Jobs Act and the problem of the effectiveness of the protection of workers' rights	87
8. Some final clarifications between problematic issues and new horizons	90
9. Final reflections and future prospects.....	92
Reference.....	94

• 4

A “nulidade de algibeira” e a sua alegação pela parte a quem beneficia: estratégia processual abusiva e lesiva da boa-fé processual e do contraditório substancial.....	100
--	------------

The “nullity of algibeira” and its claim by the party to whom it benefits: abusive and lesive processual strategy of processual good faith and substantial contradictory

Gilberto Fachetti Silvestre, Patrícia Ribeiro Coutinho and Deborah Azevedo Freire

1. Introdução.....	101
--------------------	-----

Sumário

2. Contraditório substancial, cooperação processual e boa-fé processual.....	102
3. Relação da boa-fé processual com a ética, a lealdade e a veracidade processuais....	109
4. Nulidade de algibeira, boa-fé processual, suppressio e venire contra factum proprium non valet.....	111
5. Conclusão.....	117
6. Referências bibliográficas.....	117

• 5

Repensando o Valor da Causa: bases para uma nova sistematização....	122
Rethinking the Amount in Controversy: bases for a new systematization	
<i>Guilherme Thofehn Lessa</i>	

1. Introdução.....	123
2. O valor da causa: alguns breves apontamentos gerais.....	123
2.1. O conceito de valor da causa.....	124
2.2. A definição do valor da causa.....	127
3. Duas observações sobre o estado da arte do valor da causa.....	130
3.1. Causas de valor inestimável.....	130
3.2. Além do valor da causa legal e por estimativa.....	135
3.2.1. Valor inestimável e atribuição.....	135
3.2.2. Valor da causa legal e os precedentes judiciais.....	137
4. Proposta de sistematização.....	139
Referências bibliográficas.....	140

• 6

Should Procedural Legislation Regulate the Length of Judicial Proceedings? Evaluating European Practices and Experiences in Judicial Time Management.....	143
<i>Alan Uzelac</i>	

I. Introduction.....	144
i. Challenges regarding policies of fixing judicial timeframes by procedural legislation.....	145
a) Conceptual challenges to effectiveness of legislative fixing of judicial timeframes.....	146
b) Challenges regarding appropriateness of the fixed legislative timeframes.....	147
c) Challenges regarding implementation of stipulated timeframes.....	148

d)	Challenges regarding compliance with the rule of law standards.....	148
ii.	European standards for procedural timeframes.....	149
a.	European Human Rights Convention and case-law of the ECtHR.....	149
b.	CEPEJ work on procedural timeframes.....	152
c.	ELI-UNIDROIT European Rules of Civil Procedure (2020)	154
d.	Practice in selected EU countries	155
e.	Conclusions.....	159
	Bibliography.....	160

• 7

Incentivos econômicos e ações societárias: um ensaio sobre análise econômica dos métodos de solução de conflitos **162**

Economic incentives and corporate actions:
an essay on economic analysis of conflict resolution methods

Clarisse Frechiani Lara Leite

1.	O que significa analisar economicamente o Direito?.....	163
2.	Análise econômica dos métodos de solução de conflitos, da perspectiva da AED positiva.....	166
3.	AED normativa e direito processual	167
4.	O modelo básico da litigância e os fatores que interferem na decisão de litigar.....	168
5.	Os fatores da litigância aplicados às ações societárias	170
5.1.	Reflexões em torno do valor do bem em disputa	170
5.2.	Reflexões em torno dos custos para litigar.....	172
5.3.	Reflexões em torno das divergência de expectativas entre litigantes.....	174
6.	Conclusões.....	176
	Bibliografia.....	177



Civil Procedure Review
AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

7

Incentivos econômicos e ações societárias: um ensaio sobre análise econômica dos métodos de solução de conflitos

Economic incentives and corporate actions:
an essay on economic analysis of conflict resolution methods

Clarisse Frechiani Lara Leite

“Livre-Docente”, Ph.D. and Master of Laws at the
University of São Paulo, Brazil. Lawyer.

Resumo: o artigo utiliza a análise econômica dos métodos de solução de conflitos para refletir sobre incentivos econômicos nas ações societárias. Inicialmente, examinam-se a análise econômica do direito (AED) e o que se pode compreender por análise econômica do processo ou dos métodos de solução de conflitos. Após, explora-se a ideia do modelo básico da litigância e dos fatores que interferem na decisão de instaurar uma disputa cível. Na sequência, apresentam-se reflexões sobre os fatores de incentivo nas ações societárias. Em especial, examinam-se: o ordinariamente elevado valor do bem da vida envolvido na disputa e o desalinhamento de tal valor nas ações derivadas de responsabilização de administradores; os custos para litigar, confrontando-se a via judicial e a arbitral, refletindo-se sobre os impactos da taxa de juros adotada e sobre a jurisprudência relativa aos honorários sucumbenciais no incidente de desconsideração da personalidade jurídica; e, por fim, o hiato de expectativas, potencializado nas disputas societárias pela insegurança jurídica decorrente da escassa jurisprudência e pela assimetria informacional, analisando-se os incentivos econômicos presentes na ação de produção antecipada de provas.

Abstract: the article uses the economic analysis of conflict resolution methods to reflect on economic incentives in corporate actions. Initially, the economic analysis of law (AED) and what can be understood by economic analysis of the process or methods of conflict resolution are examined.

Afterwards, the idea of the basic model of litigation and the factors that affect the decision to initiate a civil dispute are explored. Next, reflections are presented on the incentive factors in corporate actions. In particular, the following are examined: the ordinarily high value involved in the dispute and the misalignment of such value in actions arising from holding administrators accountable; the costs of litigating, comparing the judicial and arbitration ways, reflecting on the impacts of the interest rate adopted and on the jurisprudence relating to succumbing fees in the incident of disregarding the legal entity; and, finally, the gap in expectations, heightened in corporate disputes by legal uncertainty resulting from scarce jurisprudence and informational asymmetry, analyzing the economic incentives present in the action of early production of evidence.

Palavras-chave: análise econômica do direito – análise econômica do processo – métodos de solução de conflitos – ações societárias – incentivos econômicos – assimetria informacional – valor do bem – ação derivada – juros – custo do litígio – honorários

Key words: economic analysis of law (“Law and Economics”) – economic analysis of the process – conflict resolution methods – corporate actions – economic incentives – informational asymmetry – value of the asset – derivative suit – interest – cost of litigation – fees

Sumário: 1. O que significa analisar economicamente o Direito? 2. Análise econômica dos métodos de solução de conflitos, da perspectiva da AED positiva. 3. AED normativa e direito processual. 4. O modelo básico da litigância e os fatores que interferem na decisão de litigar. 5. Os fatores da litigância aplicados às ações societárias. 5.1. Reflexões em torno do valor do bem em disputa. 5.2. Reflexões em torno dos custos para litigar. 5.3. Reflexões em torno das divergências de expectativas entre litigantes. 6. Conclusões

1. O QUE SIGNIFICA ANALISAR ECONOMICAMENTE O DIREITO?

Análise econômica do direito (AED) ou Direito e economia (“Law and Economics”) pode ser entendida como o campo do conhecimento humano que busca contribuir para a compreensão e operação do Direito, mediante o emprego de ferramentas da economia, voltadas a aperfeiçoar a avaliação, o desenvolvimento e a aplicação de normas jurídicas e do sistema jurídico como um todo.¹

A economia, a seu turno, é de modo bastante simplificado a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos.² A escassez impõe a realização de escolhas (“trade-offs”) pelos indivíduos para a satisfação de seus interesses: o dinheiro que custa um imóvel ou o imóvel? Uma petição bem elaborada que aumentará as chances de sucesso no caso ou o tempo livre para a família? Uma sentença bem fundamentada que satisfará a consciência de bem decidir ou o cumprimento das metas do CNJ?

1 De modo semelhante: Ivo Gico Jr., “Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito”, *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, Jan-Jun, 2010, p. 7-32, esp. p. 8.

2 A ideia de economia como ciência que lida com o comportamento humano enquanto condicionado pela escassez de recursos pode ser encontrada em: Lionel Robbins, *An essay on the nature and significance of economic science*, 2ª ed., London: Macmillan and Co., Limited., 1945, p. 16, disponível em: <https://mises.org/library/essay-nature-and-significance-economic-science>.

Um dos pressupostos essenciais da economia é o de que os seres humanos agem de forma racional em busca da maximização de seus interesses. Assume-se que, em regra e na média, ao se defrontar com opções de atuação, as pessoas escolhem o caminho que proporciona maior satisfação a seus interesses, sejam eles quais forem. É a chamada teoria da escolha racional. Pode ser que alguém tenha grande interesse em ajudar um amigo ou as pessoas em situação de pobreza. Mesmo nesse caso, a economia continua servindo para explicar que, como ser racional, tal indivíduo optará por doar parte relevante de seus rendimentos para satisfazer esse seu interesse altruísta, pois ficaria menos satisfeito caso optasse por investi-los em uma aplicação financeira.³

Como as pessoas agem racionalmente, a economia também postula ser possível influenciar seu comportamento com o uso de incentivos que as levem a tomar decisões voltadas a maximizar sua utilidade. Pessoas reagem a incentivos.⁴

Sabe-se que a premissa da racionalidade do comportamento humano sempre foi bastante questionável.⁵ E, nos últimos anos, vem-se popularizando a vertente da economia comportamental, que trabalha com a ideia de que seres-humanos muitas vezes se valem de atalhos mentais (heurísticas) para a tomada de decisões, os quais acabam por conduzir a desvios sistemáticos da racionalidade em certas situações (vieses).⁶

Feitos os devidos descontos e pontuais adaptações, as ferramentas tradicionais da microeconomia seguem de todo modo bastante úteis para o exame e a predição do comportamento humano em muitas situações.⁷

De uma perspectiva que se convencionou chamar “positiva” (conquanto não seja esse um termo muito feliz para nós operadores do direito), a primeira missão da AED é assim *descrever* os efeitos que determinada arquitetura de normas – aliada às práticas normalmente adotadas por seus aplicadores – produz na sociedade, bem como *identificar a racionalidade* de certos institutos jurídicos.

3 Rafael Sirangelo de Abreu, *Incentivos processuais: Economia comportamental e nudges no Processo Civil*, São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020, p. 44.

4 Trata-se de um dos tradicionais *princípios da economia*, como aponta, p.ex., N. Gregory Mankiw, *Princípios de Economia*, 5ª ed., São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 7

5 Conforme crítica de Max Weber, a economia lida, não com a descrição da realidade, mas com “tipos ideais”: “They state what course a given type of human action would take if it were strictly rational, unaffected by errors or emotional factors and if, furthermore, it were completely and unequivocally directed to a single end, the maximization of economic advantage. In reality, action takes exactly this course only in unusual cases” (*Economy and Society: an outline of interpretive sociology*. Berkeley, Los Angeles: University of California Press, 1978, p. 9.).

6 Cf. Daniel Kahneman, *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, trad. Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; Cass R. Sunstein, Christine Jolls & Richard H. Thaler, “A Behavioral Approach to Law and Economics,” 50 *Stanford Law Review*, 1998, p. 1.471-1.550.

7 De acordo com Antônio Maristrello Porto e Nuno Garoupa (em passagem que reflete pensamento atualmente disseminado entre autores da AED), a “economia comportamental deve ser vista como uma nova ferramenta, capaz de sofisticar as previsões e análises da economia neoclássica, sem, contudo, desconsiderar a qualidade preditiva de seus modelos econômicos, sendo, portanto, duas ferramentas teóricas complementares e não excludentes ou incompatíveis entre si” (*Curso de análise econômica do direito*, 2ª ed., Barueri: Atlas-Gen, 2022, p. 143).

A perspectiva da relação de causa e efeito é complementar à da relação de imputação (“*dever ser*”), a que estamos acostumados no mundo do direito. Quando “virmos a chave” para analisar o direito da perspectiva econômica positiva, paramos de ver a norma apenas como um “comando”, para passar a vê-la também como um “incentivo”.⁸

Os exemplos ajudam. Começando do mais intuitivo, as cláusulas penais, do ângulo econômico elas podem ser vistas como incentivo para que o agente racional opte por cumprir o contrato, a partir do cálculo de que menos recursos serão despendidos ao realizar a prestação devida do que aos se submeter à pena convencional. Logo, servem ao fortalecimento do *pacta sunt servanda*.

O mesmo exercício pode ser feito quanto à responsabilidade objetiva de empregadoras por danos decorrentes de acidentes sofridos por seus empregados, que funciona como incentivo para a adoção de medidas de prevenção; ou quanto à regra que institui prazo longo de proteção de patentes, incentivando assim o investimento em pesquisa e desenvolvimento pela indústria, pois racionalmente se espera que tais dispêndios venham a ser compensados pelos *royalties* e lucros auferidos durante anos de exploração exclusiva.⁹

Como a teoria econômica é, em essência, um *método* e uma *forma de raciocinar*,¹⁰ não apenas setores mais “patrimoniais” do direito podem ser examinados pelo viés econômico. Há muito a doutrina utiliza a análise econômica, por exemplo, para estudar o sistema criminal.¹¹ E mesmo áreas como o direito de família podem ser objeto de exame da perspectiva econômica.¹²

Apenas é preciso ter em mente que, quando lidamos com bens não negociáveis em mercado e desprovidos de valor de troca – tais como a guarda de uma filha, um olho perdido ou a liberdade –, maior é o desafio de identificar as utilidades neles percebidas pelos agentes e, por consequência, antever os comportamentos esperados.¹³

8 Bruno Meyerhof Salama, “O que é pesquisa em direito e economia?”, in *Estudos de direito e economia – micro, macro e desenvolvimento*, s/ c.: EGV – Editora Virtual Gratuita, 2017, p. 12-59, disponível em https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/, p. 49.

9 Bruno Meyerhof Salama apresenta o exemplo das patentes, destacando contudo que a escolha entre a ampliação ou redução da proteção também envolve outros *trade-offs* (“O que é pesquisa em direito e economia?”, p. 24).

10 John Maynard Keynes, “Introduction”, in HENDERSON, Hubert D. *Supply and Demand - with Introduction by J. M. Keynes*, New York: Harcourt, Brace, 1922, p. V. Disponível em: www.gutenberg.org/dirs/1/0/6/1/10612/10612.txt. Também referido por Ivo Gico Jr., “Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito”, p. 17.

11 Gary S. Becker, “Crime and punishment: an economic approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, n. 2, mar-abr 1968, p. 169-217. Mais recentemente: Isaac Ehrlich, “Economics of criminal law – crime and punishment”, in PARISI, Francesco (ed.), *The Oxford handbook of law and economics*, v. 3 – Public Law and legal institutions, Oxford Academic Books, 2017, p. 295-324. E, na doutrina nacional, o interessante trabalho de Daniel Silva Boson: “Three strikes and you’re out: uma análise econômica das penas”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116, Set-Out 2015, p. 17-37 (sobre o sistema de agravamento de penas adotado no estado norte-americano da Califórnia).

12 Cf. Gustavo Kloh, “Análise econômica do direito da família”, in PINHEIRO, Armando Castelar et. al., *Direito e econômica – diálogos*, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 599-627.

13 É o que observa Bruno Meyerhof Salama: “os bens negociados em mercados têm valores de troca que, no mais das vezes, podem ser facilmente encontrados (por exemplo, para se saber o valor de um determinado

2. ANÁLISE ECONÔMICA DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS, DA PERSPECTIVA DA AED POSITIVA

Dando um passo adiante, é possível constatar que de nada adiantarão as normas instituidoras da cláusula penal, da responsabilidade objetiva e do direito à patente, se o sistema não promover a sua efetiva aplicação, tutelando em concreto os direitos delas derivados.

A essa efetivação das normas, dá-se no sistema norte-americano (berço da AED¹⁴) o nome de *enforcement*. Sem qualquer juízo de valor, a AED positiva revela que, se não forem eficientes a fiscalização e a responsabilização objetiva das empresas (nesse caso, com efetivo pagamento da indenização, e não mera *condenação*), o agente racional optará por não investir em prevenção de acidentes.

Isso já nos traz uma primeira aproximação entre a AED e os métodos de solução de conflitos,¹⁵ na medida em que os incentivos em tese gerados por diversos institutos jurídicos apenas serão como tal percebidos por agentes racionais se o sistema de solução de controvérsias oferecer uma promessa confiável de tutela dos direitos (ou, no jargão de economistas, uma “ameaça crível” de sanção a comportamentos desviantes).¹⁶ Do contrário, os cálculos mudam e os comportamentos esperados passam a ser outros.

Constitui pois função da AED positiva orientar o regulador na construção do sistema jurídico-processual, a partir da possibilidade de antever os incentivos e desincentivos criados por determinadas normas, e os consequentes efeitos que elas, associadas a um sistema de *enforcement* efetivo, projetará na sociedade ou no setor regulado. Dada a finalidade pretendida pelo regulador, a AED poderá indicar qual o meio mais eficiente para atingir tal objetivo.

Além dessa visão ampla do encontro entre AED e sistema de solução de conflitos, que considera a perspectiva do *enforcement*, é também proveitoso – e talvez mais pro-

automóvel basta procurar na seção de veículos do jornal). No caso do Direito, contudo, frequentemente é necessário pensar no valor de um olho perdido ou mesmo no valor de um bem jurídico como a liberdade ou a igualdade. Como essas coisas não se negociam em mercados, encontrar a estrutura institucional adequada não é tarefa trivial” (“O que é pesquisa em direito e economia?”, p. 24, nota 43).

- 14 A despeito das diversas influências advindas de obras anteriores, é possível afirmar que a origem da AED, em sua forma moderna, vincula-se aos artigos seminais de Ronald Coase (“The Problem of Social Cost”), escrito em 1960, e de Guido Calabresi (“Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”), escrito em 1961. Na década seguinte, teve papel essencial na disseminação das ideias da AED a obra de Richard A. Posner, a partir de seu *Economic Analysis of Law* (1973) (cf. Lewis Kornhauser, “The Economic Analysis of Law”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>).
- 15 Para fins deste artigo, as expressões “métodos de solução de conflitos” e “processo”, em sentido amplo, são usadas de forma intercambiável (sobre o ponto, cf. Flávio Luiz Yarshell, “O processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos: novas perspectivas para o direito processual?”, in DINAMARCO, Cândido da Silva et al. (org.), *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*, São Paulo: Malheiros, 2022, p. 415-427, esp. p. 423-424). Em sentido mais estrito, processo é também usado como método de solução de conflitos adjudicatório (judicial ou arbitral).
- 16 Robert G. Bone, “Economics of civil procedure”, *The Oxford handbook of law and economics*, v. 3 – Public Law and legal institutions, Oxford Academic Books, 2017, p. 143-170, esp. p. 143.

veitoso – usar a análise econômica para o exame setorial de determinados institutos e normas processuais, tais como a mediação, o sistema recursal, o direito probatório, a tutela de urgência etc.

Assim, uma noção válida para o conceito de análise econômica do direito processual pode ser a de método de estudo do fenômeno jurídico-processual, que se vale das ferramentas econômicas para compreender a tomada de decisões pelos diversos atores do litígio, com vista a aperfeiçoar a avaliação, o desenvolvimento e a aplicação de normas voltadas à solução de conflitos.¹⁷

3. AED NORMATIVA E DIREITO PROCESSUAL

Quando se busca, não apontar os instrumentos mais eficientes diante de dado objetivo pré-estabelecido, mas definir o próprio fim a ser alcançado por determinado sistema jurídico, as discussões enveredam para o mais desafiador campo da “AED normativa”.

Enquanto a AED positiva trabalha com um “critério de verdade”, apontando as consequências de dado arcabouço jurídico; a AED normativa lida com um “critério de valor”,¹⁸ definindo o objetivo a ser alcançado e o valor a ser promovido com a modulação dos comportamentos dos agentes mediante a edição de normas que lhes sirvam de incentivos.

Nesse campo, em que se busca definir a “regra desejável”,¹⁹ discute-se se e em que medida a “maximização da riqueza” deva ser considerada um fim do Direito e do Sistema de Justiça.

As opiniões dos “juseconomistas”²⁰ variam. Há ideias bastante extremadas, no sentido de que a maximização de riqueza e a eficiência constituem “o” objetivo a ser perseguido pelo Direito (sua “fundação ética”). Há também noções pragmáticas do Direito, que enxergam nesses elementos “um dos possíveis” objetivos a serem buscados em sua construção e operação. E há ainda a visão segundo a qual a “justiça” deve representar o valor principal e maior dos sistemas jurídicos, servindo os institutos jurídicos de instrumentos de políticas públicas no contexto do moderno Estado de Bem-Estar, em que a maximização da riqueza e a redução dos custos sociais ocupam plano secundário.²¹

Essa é uma questão importante no estudo dos meios de solução de conflitos, porque se vem popularizado na doutrina brasileira a ideia de que a eficiência, como redu-

17 O conceito inspira-se naquele de Ivo Gico Jr. sobre a AED (*Análise econômica do processo civil*, p. 10).

18 Ivo Gico Jr., *Análise econômica do processo civil*, p. 11.

19 Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau, *Análise econômica do direito*, trad. Rachel Sztajn, 2ª ed. (2ª tir.), São Paulo: Gen-Atlas, 2020, p. 669.

20 O termo é usado por Ivo Gico Jr.: *Análise econômica do processo civil*, p. 11.

21 A explicação das três visões sobre AED normativa, extraídas, respectivamente, dos trabalhos iniciais de Richard Posner, de sua evolução rumo à pragmática, e das ideias de Guido Calabresi, pode ser examinada com proveito em: Bruno Meyerhof Salama, “O que é pesquisa em direito e economia?”, pp. 40 ss. Robert G. Bone também expõe as discussões entre os defensores, no plano da AED normativa, de modelos baseados exclusivamente na métrica da eficiência econômica e de visões alternativas (para alguns, conciliáveis e para outros inconciliáveis com a fórmula econômica), baseadas na tutela dos direitos (“rights-based”) ou na participação no processo (“Economics of civil procedure”, p. 144).

ção do volume de processos e produção de mais decisões a menor custo, seria “o” objetivo a ser essencialmente buscado pela análise econômica, relegando-se a segundo plano valores outros, como a participação.²²

Não parece ser essa, contudo, uma visão consentânea com a dimensão constitucional do direito processual brasileiro, que valoriza tanto a eficiência,²³ quanto o resultado do método de solução de conflitos (“processo civil de resultados” e “acesso à ordem jurisdicional justa”) e também as formas percorridas para o alcançar (“legitimação pelo procedimento”).²⁴ É preciso, pois, muita cautela ao definir, no plano da AED normativa, qual será a métrica para a avaliação do sistema processual.

As reflexões a seguir limitam-se, de todo modo, ao plano “positivo” da análise econômica do processo, usando-se a caixa de ferramentas da economia apenas como instrumento para a identificação de incentivos que a estrutura processual²⁵ apresenta aos agentes envolvidos em disputas societárias.

4. O MODELO BÁSICO DA LITIGÂNCIA E OS FATORES QUE INTERFEREM NA DECISÃO DE LITIGAR

Partindo da premissa da racionalidade, a doutrina juseconomista desenvolveu o chamado *modelo básico da litigância*, voltado a identificar as situações nas quais se impõe ao agente racional a escolha²⁶ pela instauração do processo litigioso.²⁷

22 Exemplo emblemático na doutrina pode ser encontrado na obra de Erik Navarro Wolkart que, na defesa de um processo eficiente, postula a imposição coativa da cooperação e a libertação da “ditadura da participação” (*Análise econômica do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020, esp. p. 268-307).

23 CF, art. 37 e 74, inc. II.

24 Essas ideias estão em vários escritos de Cândido Rangel Dinamarco, a principiar por: *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 157-167. A partir da ideia de *devido processo legal* como um valor, a doutrina afirma que a tutela jurisdicional também está no próprio processo – e não apenas em seu resultado (cf. CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “Tutela jurisdicional”, in *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351-392, n. 176, p. 369; FLÁVIO LUIZ YARSHELL, *Curso de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020, n. 38, pp. 98-99, e HEITOR SICA, “Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil”, in ZUFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio Luiz (org.), *40 anos da teoria geral do processo no Brasil – passado, presente e futuro*, São Paulo: Malheiros, 2013, n. 4.1, p. 445-446).

25 Para interessante visão do processo como “instituição cuja estruturação determina os comportamentos dos seus sujeitos”, no sentido da nova economia institucional e no neoinstitucionalismo, v. Rafael Sirangelo de Abreu, *Incentivos processuais: Economia comportamental e nudges no Processo Civil*, p. 79 ss.

26 Conquanto a análise econômica possa ser aplicada ao exame do direito processual penal, são diferentes os fatores que, nessa seara, ensejam a instauração e o prosseguimento do processo, a começar pela (em regra) indisponibilidade do direito estatal de punir (cf. Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Henrique Badaró, Bruno Carrilho Lopes, *Teoria geral do processo*, 32ª ed. – revista e atualizada da obra Teoria geral do processo de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, São Paulo: Malheiros, 2020, n. 4, p. 35). Registra-se contudo que o crescente apelo por um modelo criminal e processual não violentos vem contemporaneamente colocando em xeque esse axioma, inclusive da perspectiva de um “ganho de efetividade constitucional” em sua adoção (cf. Maurício Zanoide de Moraes, *Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*, Belo Horizonte/São Paulo: D’Plácido, 2022 – esp. p. 1.046 ss. para o exame do “ganho de efetividade constitucional”).

27 Robert Bone, “Economics of civil procedure”, p. 148-149.

De forma bastante simplificada,²⁸ o modelo indica que a demandante instaurará o processo quando o valor do esperado de seu resultado, descontado o valor dos custos incorridos para litigar (não reembolsáveis), for maior do que zero. O valor esperado do resultado é composto pela multiplicação entre o percentual de probabilidade de êxito e o valor do bem da vida em disputa. Em uma fórmula simples, a situação em que presente a condição da litigância pode ser assim traduzida: $P \cdot V_b - C > 0$ (em que: P é a probabilidade de êxito; V_b é o valor do bem da vida em disputa; e C os custos irrecuperáveis).

Dando um passo além, para considerar a parte adversária, e aproximando-se da chamada “teoria da barganha”, a análise econômica demonstra que a condição de litigância estará satisfeita, não apenas quando o valor a ser obtido em juízo for maior do que zero, mas quando for maior do que aquele passível de obtenção via acordo.

Ao mesmo tempo, da perspectiva da demandada, é possível afirmar que tal parte permitirá a instauração e o prosseguimento do processo quando o desembolso que espera suportar ao final, somado aos custos para litigar, for menor do que o valor que teria de despendar para satisfazer a demandante e encerrar amigavelmente o conflito.

Admitindo que não haja discussão quanto ao próprio valor do bem em disputa, o valor esperado com o resultado do processo por cada parte dependerá das probabilidades que cada uma delas atribui ao desfecho positivo ou negativo. Se o bem vale 100 e a autora acredita ter 80% de chance de êxito, o resultado por ela esperado do processo é de 80, do qual deverão ser extraídos os custos não reembolsáveis (sejam, em nosso sistema, os relativos à sucumbência parcial sejam os dizentes com os honorários contratuais). Se a ré tivesse a mesma percepção da autora quanto ao desfecho provável do processo, ela estimaria o seu desembolso provável em 80, ao qual se acrescentariam os custos não reembolsáveis.

Nesse cenário, possivelmente seria atingida a condição para o acordo, especialmente quando os custos de negociação fossem inferiores aos custos com o litígio. Ambas as partes economizariam em não litigar, maximizando seus interesses ao receber valor maior ou despendar valor menor do que aquele que resultaria do processo.

Todavia, nem sempre as coisas se passam dessa forma, porque outros fatores relevantes também impactam a decisão de litigar. Para a presente análise, serão pois levados em conta os seguintes elementos do modelo básico, acrescidos de algum refinamento:²⁹

28 Constitui ferramenta essencial de estudos econômicos a simplificação de dada situação social, elegendo-se determinadas variáveis que se reputam impactantes sobre o comportamento humano em determinado recorte da realidade e deixando-se diversas outras de fora. A ideia é aprimorar a intuição, jogando luzes sobre as forças básicas que estão em ação mas não totalmente visíveis quando olhamos para um caso concreto com todos os seus detalhes (Douglas G. Baird, Robert H. Gertner, Randal C. Picker, *Game theory and the law*, Harvard University Press, 1994, cap. 1, p. 7). Quanto maior o número de variáveis, maior a dificuldade de manejo útil das ferramentas econômicas para a realização de predições. Há, assim, um necessário “trade-off” entre o realismo do modelo e sua operatividade (Robert G. Bone, “Economics of civil procedure”, p. 168).

29 Robert G. Bone, “Economics of civil procedure”, p. 148-156; Ivo Gico Jr., *Análise econômica do processo civil*, p. 126-129.

- (i) *valor do bem da vida para as partes e a repercussão do processo sobre ele*: quanto maior for o valor do bem da vida, menos relevantes tendem a ser os custos do litígio em seu confronto;
- (ii) *custos da litigância*: quanto maiores os custos para litigar (honorários advocatícios contratuais e de sucumbência, custas processuais ou taxas de administração de processos arbitrais e honorários de árbitros, despesas com a produção de provas *etc.*), especialmente quando não reembolsáveis, menor o incentivo para a instauração do processo;
- (iii) *alinhamento ou desalinhamento das expectativas das partes* quanto ao resultado esperado do processo, decorrente de: (a) desconhecimento ou diversidade de informações sobre os fatos relevantes (“informações assimétricas”) e impossibilidade de definir com segurança o teor exato da norma jurídica a ser usada como critério de decisão (insegurança jurídica).

Outros “refinamentos” que costumam ser acrescentados ao modelo básico (conquanto não examinados neste ensaio) são a postura dos litigantes como de aversão ou propensão a riscos (o modelo considera partes neutras ao risco) e as questões decorrentes da relação agente-principal entre advogado e parte,³⁰ apta a gerar conflitos de interesses entre esses sujeitos.

A seguir, apresentam-se algumas reflexões sobre como os três elementos acima indicados podem servir de incentivos ou desincentivos econômicos nas ações societárias.

5. OS FATORES DA LITIGÂNCIA APLICADOS ÀS AÇÕES SOCIETÁRIAS

Ao falar em “ações societárias”, temos em mente tanto os mais comuns litígios envolvendo sociedades empresárias, tais como as relativas a dissolução de sociedades, acordos de acionistas, contratos de M&A, responsabilização de administradores e controladores, como disputas sobre temas variados nos quais as partes (ou uma delas) sejam sociedades (especialmente diante do amplo alcance do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que se inclui no tema do processo societário).

Naturalmente, não serão esgotadas neste breve ensaio todas as possibilidades de exame desse vasto campo de análise. Mas é nele que se localizam as despreziosas reflexões adiante apresentadas, com o objetivo de contribuir para difusão da visão econômica dos meios de solução de disputas.

5.1. Reflexões em torno do valor do bem em disputa

Uma primeira reflexão econômica passível de ser extraída do exame das disputas societárias diz respeito ao valor do bem da vida.

30 Cf. Ivo Gico Jr., *Análise econômica do processo civil*, p. 182 ss.

Como sociedades empresárias representam naturais concentrações de riquezas (união de esforços e de recursos para exercício de atividade econômica e posterior partilha de resultados – CC, art. 981), é possível reconhecer que, no geral, ações societárias envolvem bens da vida de mais elevado valor. O argumento, como sói ocorrer em economia,³¹ constitui simplificação da realidade, que se aplica mais adequadamente às grandes empresas do que àquelas unidades de reduzida dimensão. Mas serve, de todo modo, como premissa legítima para a visão do que constitui o “contencioso societário”.

A partir dela, é possível concluir que o alto valor do bem que as partes esperam receber ou perder nas disputas societárias constitui já em si um forte incentivo à litigância. Diante do elevado valor em disputa, como visto, tendem a perder relevo os custos para litigar – especialmente quando, a despeito da dicção da lei processual (CPC, art. 85, *caput*, §§2º e 8º), a jurisprudência recusa-se a aplicar o percentual mínimo de honorários de sucumbência em ações de valor elevado,³² interferindo assim na estrutura de incentivos do sistema processual.

Tratando de uma específica modalidade de demanda societária, que são as ações derivadas previstas no art. 159 da Lei das SA (lei n. 6.404/1976), é interessante notar o desalinhamento do valor do bem da vida para os agentes envolvidos.

O dispositivo regula a hipótese em que, diante da inércia ou recusa da sociedade, acionistas podem mover em seu lugar a ação para responsabilizar a administradora, pelos prejuízos causados à sociedade, atuando assim como substitutos processuais.

Nessa situação, observa-se um potencial cenário de desincentivo para o acionista, pois, embora eventual indenização seja destinada à sociedade – com reflexos meramente indiretos no patrimônio do acionista –, o custo com o litígio será em princípio por ele inteiramente suportado, e apenas transferido à sociedade na hipótese de êxito. Ou seja, o acionista incorre imediatamente no custo para litigar e, se perder a causa, suporta isoladamente os prejuízos. Além disso, mesmo se obtiver êxito, conquanto seja reembolsado dos custos incorridos, obterá apenas uma fração, e reflexamente, do resultado positivo do processo.

Daí discutir-se a conveniência de alteração da estrutura de incentivos envolvida nessa demanda, para, entre outras coisas, (i) incluir também nessa hipótese o prêmio, atualmente previsto para o acionista vitorioso na demanda de responsabilização da controladora pelos danos causados à companhia (LSA, art. 246, § 2º) e (ii) majorar substancialmente tal prêmio, dos atuais 5% para significativos 20%.³³ A premiação, con-

31 V. nota 28, *supra*.

32 V. o tema de repercussão geral STF 1.255, em que se discutirá a tese fixada pelo STJ no tema 1.076 (já diante da renitência dos tribunais locais em aplicar a literalidade da norma processual).

33 A proposta, incluída no PL n. 2.925/2023, em tramitação no Congresso Nacional, funda-se nas conclusões do relatório “Private Enforcement of Shareholder Rights: A Comparison of Selected Jurisdictions and Policy Alternatives for Brazil”, publicado em 2020, resultante de estudos conduzidos em parceria pelo Ministério da Fazenda, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e a Organização para Cooperação e desenvolvimento econômico (OCDE) (<https://www.oecd.org/corporate/shareholder-rights-brazil.htm>).

ferida ao litigante na hipótese de êxito, compensa o desalinhamento do valor do bem da vida nessa substituição processual, servindo de incentivo econômico para que o acionista invista seus recursos próprios na tutela dos interesses da sociedade.

5.2. Reflexões em torno dos custos para litigar

No que respeita ao fator “custo para litigar” em demandas societárias, três questões são examinadas: (a) se a convenção arbitral torna mais caro o litígio; (b) qual a repercussão da taxa dos juros de mora na distribuição de tal custo, e (c) como a orientação da jurisprudência quanto aos honorários sucumbenciais no incidente de descon sideração serve de incentivo econômico oposto àqueles trazidos pela recente reforma da lei material.

Em relação ao custo para litigar no Poder Judiciário e na Arbitragem, é inegável, em primeiro lugar, o forte desincentivo exercido pela necessidade de desembolso pela demandante (e, em princípio, também pela demandada), logo ao início da arbitragem, de percentual substancial das taxas de administração devidas à câmara e dos honorários arbitrais.

Mas, ao examinar o todo, Heitor Vitor Mendonça Sica e Wilson Pimentel,³⁴ demonstraram não ser absolutamente correta a disseminada crença de que a arbitragem seria mais cara do que a jurisdição estatal. Levando em consideração a usual convenção quanto ao reembolso de honorários contratuais na arbitragem, e a (já não tão certa) incidência de honorários de sucumbência de 10% a 20% mesmo em causas de valor elevado no judiciário, os autores constataram que (i) em causas maiores, a arbitragem tende a ser sempre mais barata e, (ii) mesmo nas causas de menor valor, a arbitragem constitui método menos custoso para partes com maior probabilidade de sucesso.

Essas conclusões estão contudo atualmente em xeque, diante da discussão pendente no Supremo Tribunal Federal sobre o tema 1.255 da repercussão geral, acerca da constitucionalidade da regra do art. 85, *caput* e §§ 2º e 8º. A depender do resultado de tal julgamento, a Corte poderá criar um grande incentivo para o trâmite de demandas no Poder Judiciário (impactando contratos futuros, a serem celebrados sem convenção arbitral).

No que concerne aos juros de mora, assiste-se atualmente à retomada da discussão no Superior Tribunal de Justiça acerca da interpretação do art. 406 do Código Civil, que pode conduzir, em síntese, à adoção: (i) da taxa SELIC como fator único de correção monetária e juros moratórios, nos termos do tema repetitivo 176 STJ, ou (ii) dos juros de 1% previstos no art. 161, § 1º, do Código Tributário Nacional, a ser somado à correção monetária.³⁵

34 “Custo do processo arbitral versus custo do processo judicial: uma análise econômica da realidade brasileira”, *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 68 n. 17, 2020, p.42-66.

35 A discussão está em curso no julgamento do REsp 1.795.982-SP, com votação atualmente empatada entre os quatro ministros que já votaram.

Também aqui, a depender do resultado e da taxa SELIC no momento vigente, poderá haver incentivo econômico ou (i) para devedoras protelarem a satisfação de seus débitos, diante da possibilidade de obtenção de taxas maiores de retorno em outros investimentos disponíveis no mercado ou (ii) para autoras judicializarem conflitos, quando mais vantajosa a remuneração judicial.³⁶

Talvez a melhor solução, nesse cenário, passe pela necessidade de alteração legislativa, que contemple, além da correção monetária, a utilização de parâmetro para a fixação dos juros mais aderente à flutuação natural do mercado (e não aquela decorrente em grande medida da implementação de política econômica pelo Banco Central, tal qual a taxa SELIC).

De todo modo, é preciso ter em mente que a devedora sempre poderá impedir ou interromper o litígio, efetuando o pagamento. Ou seja, a credora não tem como decidir unilateralmente adiar a satisfação do seu crédito. Mas a devedora pode, por sua exclusiva vontade (não sendo eficientes os meios executivos), protelar o adimplemento.

Por fim, ainda em torno dos custos, vale anotar o desalinhamento entre incentivos econômicos do legislador e da jurisprudência no que respeita à desconsideração da personalidade jurídica.

De um lado, o recrudescimento no plano legislativo dos requisitos materiais e processuais para a desconsideração (CC, art. 50, com redação da lei n. 13.874/2019; CPC, arts. 133-137) revela a clara preocupação em estimular o empreendedorismo e o investimento econômico.³⁷

De outro, contudo, o barateamento dos custos da litigância, decorrente da orientação jurisprudencial³⁸ no sentido de afastar a condenação em honorários de sucumbência na rejeição dessa demanda,³⁹ segue incentivando pedidos de desconsideração fracamente fundamentados, de modo a colocar em risco o objetivo do legislador.

36 É a preocupação externada por Victor Augusto Benes Senhora, "Juros de mora de 1% ao mês ou taxa Selic: o que diz a análise econômica do Direito?", *Portal Migalhas*, Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341896/juros-de-mora-de-1-ao-mes-ou-taxa-selic> e por Luiza Trani Mello Picanço, *Análise econômica dos incentivos processuais executivos para a superação das crises de adimplemento das obrigações pecuniárias decorrentes de contratos privados*, Dissertação mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2023, p. 89-90.

37 Sobre a finalidade socioeconômica subjacente à personalização jurídica da sociedade e separação patrimonial, cf.: Eduardo Secchi Munhoz, "A importância da sociedade personificada com responsabilidade limitada e autonomia patrimonial para o desenvolvimento econômico: o ocaso de um truísmo", in BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A evolução do direito empresarial e obrigacional – 18 anos do Código Civil*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 105-116, esp. p. 113.

38 STJ, 3ª T., REsp n. 1.845.536/SC, relatora Ministra Nancy Andrihgi, relator para acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, julgado em 26/5/2020, DJe de 9/6/2020.

39 Sobre a natureza jurídica do incidente de desconsideração como demanda, cf. Flávio Luiz Yarshell, in CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.), *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2016, comentários aos arts. 133 ss, p. 229 ss., esp. p. 231.

5.3. Reflexões em torno das divergência de expectativas entre litigantes

No que respeita ao hiato de expectativas entre litigantes, que acaba servindo de incentivo econômico para o contencioso societário, destaca-se, em primeiro plano, o papel da insegurança jurídica.

Se em nosso sistema já é difícil conhecer de modo prévio, com segurança, o entendimento de julgadores acerca das normas aplicáveis à adjudicação dos conflitos, no contencioso societário esse desafio se potencializa. A jurisprudência é escassa e dispersa, o que aumenta o hiato entre as expectativas das partes, ensejando otimismo e fomentando a litigância.⁴⁰

Como cada vez mais as grandes demandas societárias são decididas em nosso sistema na via arbitral, um dos fatores que contribui para a insegurança jurídica é o sigilo costumeiramente convencionado nesse método de solução de conflitos.

A esse respeito, o esforço pela transparência na arbitragem⁴¹ contribuiria para gerar previsibilidade quanto ao direito e, por decorrência, contenção de litígios futuros, além de reduzir assimetrias informacionais entre a administração das companhias, seus acionistas e potenciais investidores.⁴²

A assimetria informacional é, com efeito, relevante fator que impacta o hiato de expectativas e a fórmula da litigância nas ações societárias.⁴³ Sem conhecer os fatos e provas que suportam a pretensão da outra parte, a litigante pode tanto superestimar como subestimar suas reais chances de êxito (mas a doutrina observa ser tendência o otimismo).⁴⁴

Além de a atividade empresarial envolver ordinariamente segredo de negócios, que precisam ser protegidos de terceiros, a assimetria de informações é conatural à relação agente-principal, que se estabelece entre administração e sócios.⁴⁵ Além disso, na relação com investidores, há natural tendência à omissão informações negativas

40 No sentido de que a integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência interferem no comportamento de litigantes, cfr: Igor Bimkowski Rossoni e Luiza Trani, "Por que (não) interromper um litígio? Os (des)incentivos para a manutenção de demandas no CPC". In: YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça; BAROSSO FILHO, Milton; LEITE, Clarisse Frechiani Lara; ROSSONI, Igor Bimkowski; TRANI, Luiza (coord.). *Ensaio sobre Análise Econômica do Processo Civil*, Londrina: Thoth, 2023, p. 183-200, esp. p. 192.

41 Ana Olivia Antunes Haddah. *Transparência no processo arbitral*, São Paulo: Almedina, 2021, esp. p. 113 ss.

42 Por isso, o já mencionado PL 2.925/2023 também prevê a publicidade em processos arbitrais que tratem de direito societário.

43 Robert G. Bone, "Economics of civil procedure", p. 151.

44 Robert G. Bone, "Economics of civil procedure", p. 151; George Lowenstein, Don Moore, "When Ignorance is Bliss: Information, Fairness, and Bargaining Efficiency", *Journal of legal studies*, 33, p. 37-38 (versão eletrônica disponível em https://www.researchgate.net/publication/229053140_When_Ignorance_is_Bliss_Information_Fairness_and_Bargaining_Efficiency).

45 Robert Pindyck, Daniel Rubinfeld, *Microeconomia*, 8ª ed., São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013, p. 638-639; S. Ross, "The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem," *American Economic Review*, LXIII, 134-139, 1973, esp. p. 135.

pela sociedade.⁴⁶ Daí por que o legislador precisa intervir em tais relações, impondo deveres de divulgação de informações.⁴⁷

Como nem todas as informações são (ou devem ser) espontaneamente fornecidas, muitas vezes é preciso recorrer ao processo litigioso para a sua obtenção. A esse respeito, vale refletir sobre o instrumento da ação de produção antecipada de provas, substancialmente alargado pelo Código de Processo Civil de 2015.

Libertada da necessidade de urgência, a produção antecipada de provas possibilita em diversas situações a redução da assimetria informacional já no início da disputa,⁴⁸ com menores custos para a demandante.

Há, ainda, incentivo decorrente da redação infeliz do art. 382, § 4º, do diploma processual, segundo o qual, nesse processo, não se admite defesa ou recurso (salvo quando integralmente indeferida a medida). De tal perspectiva, além de menos custoso, o instrumento favorece a obtenção de informações que, em ambiente de devido processo legal, poderiam ser negadas à demandante.

Naturalmente, essa não *deve ser* a interpretação do dispositivo, e a doutrina esclarece que a limitação do art. 382, § 4º significa apenas impossibilidade de debater o mérito (a ser examinado na demanda de conhecimento).⁴⁹ Mas o fato é que a literalidade do texto legal integra a arquitetura do sistema processual. Assim como também a integram as diversas decisões que endossam a ostensiva violação à garantia constitucional do devido processo legal advinda de interpretação literal.⁵⁰

A visão econômica do fenômeno revela assim haver grande incentivo à utilização do instrumento, diante da possibilidade de obtenção de informações relevantes para a solução do conflito, com baixo custo e risco.

Conquanto meramente quantitativo, o gráfico a seguir – extraído de plataforma de pesquisa de jurisprudência nacional – bem ilustra o crescente uso do instrumento, desde a entrada em vigor de sua novel regulamentação no início de 2016.

46 Amanda Cristina Siqueira da Costa Vilela, A confidencialidade da arbitragem em companhias abertas no Brasil, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 47

47 P.ex.: CC, arts. 1.020, 1.021, 1.078, I e § 1º; Lei das SA, arts. 105 e 133, bem como, quanto às companhias abertas, os diversos atos normativos da CVM, tais como a Res 80/2022, a Res 44/2021 e Res 160/2022.

48 Com proposta ainda mais ampla de liberalização da produção da prova, cfr. Amanda Nunes Sampaio, “A (as) simetria de informação entre os litigantes e o possível ganho de eficiência na adoção de técnicas liberais de produção de prova (discovery)”, *Revista de Processo*, vol. 328, Jun / 2022, p. 107-135.

49 Por todos, cf. Flávio Luiz Yarshell, in ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, *Breves comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT – Thomson Reuters, comentário ao art. 382, n. 18, p. 1.165.

50 TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1101681-21.2022.8.26.0100, Relator JAIRO BRAZIL, Julgamento: 25/08/2023; TJSP, 16ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1033420-59.2022.8.26.0405, Relator Mauro Conti Machado, Julgamento 16/08/2023; TJSP, 34ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1033665-47.2019.8.26.0576, Relator L. G. Costa Wagner, Julgamento: 29/07/2023.



Fonte: <https://jurisprudencia-aasp.juit.io/resultados>

Termos pesquisados: «produção antecipada de provas» E (societário OU sociedade)

Como dito, o dado é aqui apresentado sem qualquer juízo de valor, com vista apenas a chamar a atenção para a possível correlação entre os incentivos econômicos identificados na atual arquitetura do instituto e sua crescente utilização.

6. CONCLUSÕES

Com o objetivo de contribuir para difusão da visão econômica dos meios de solução de disputas, este trabalho buscou demonstrar a utilidade e legitimidade do uso do método da análise econômica do direito (AED) como forma de raciocinar sobre o processo.⁵¹

Na tentativa de esboçar um conceito, a partir de prévios desenvolvimentos doutrinários, descreveu-se a análise econômica do direito processual como método de estudo do fenômeno jurídico-processual, que se vale das ferramentas econômicas para compreender a tomada de decisões pelos diversos atores do litígio, com vista a aperfeiçoar a avaliação, o desenvolvimento e a aplicação de normas voltadas à solução de conflitos.

Após esclarecer o significado do plano “normativo” de análise econômica, as reflexões seguiram a mais simples trilha do plano “positivo”, usando-se a caixa de ferramentas da economia como instrumento para a identificação de incentivos aos agentes envolvidos em disputas societárias.

51 Sobre a importância de “levar o componente econômico para o estudo da teoria geral do processo”, cfr.: Flávio Luiz Yarshell, “Revisitar o processo sob o enfoque econômico”, in *Revista de Análise Econômica do Direito*, vol. 1, jan-jun 2021, versão eletrônica.

Foi possível, assim: (i) constatar a pressão pró-litígio naturalmente exercida pelo elevado valor do bem em disputa, que não se verifica contudo nas ações derivadas de responsabilização de administradores e controladores (atualmente objeto de revisão legislativa); (ii) demonstrar que, a depender da regra aplicável à sucumbência no judiciário, a convenção arbitral não torna mais caro o litígio; (iii) refletir sobre a repercussão da taxa dos juros nos incentivos para a litigância; (iv) chamar a atenção para a discrepância de incentivos legislativos e jurisprudenciais na disciplina da desconsideração da personalidade jurídica, e (v) identificar o incentivo à litigância decorrente da escassa jurisprudência na matéria e da marcante assimetria informacional presente no segmento, além de jogar luzes sobre o forte fomento ao uso das ações de produção antecipada de provas.

BIBLIOGRAFIA

- ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: Economia comportamental e nudges no Processo Civil*, São Paulo: RT-Thomson Reuters, 2020.
- BAIRD, Douglas G., GERTNER, Robert H., PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Harvard University Press, 1994.
- BECKER, Gary S. "Crime and punishment: an economic approach", *Journal of Political Economy*. vol. 76. n. 2, mar-abr 1968, p. 169-217.
- BONE, Robert G. "Economics of civil procedure", *The Oxford handbook of law and economics*, v. 3 – Public Law and legal institutions, Oxford Academic Books, 2017, p. 143-170.
- BOSON, Daniel Silva. "Three strikes and you're out: uma análise econômica das penas", *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 116, Set - Out 2015, p. 17 – 37.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.
- _____. "Tutela jurisdicional", in *Fundamentos do processo civil moderno*, t. I, 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 351-392.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; Badaró, Gustavo Henrique; LOPES, Bruno Vasconcelos Carriho. *Teoria geral do processo*, 32ª ed. – revista e atualizada da obra *Teoria geral do processo*, de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA E CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, São Paulo: Malheiros, 2020.
- EHRlich, Isaac. "Economics of criminal law – crime and punishment", in PARISI, Francesco (ed.), *The Oxford handbook of law and economics*, v. 3 – Public Law and legal institutions, Oxford Academic Books, 2017, p. 295-324.
- GICO JR., Ivo. *Análise econômica do processo civil*, Indaiatuba: Foco, 2020.
- _____. "Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito", *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, n. 1, Jan-Jun, 2010, p. 7-32.

- HADDAD, Ana Olivia Antunes. *Transparência no processo arbitral*, São Paulo: Almedina, 2021.
- KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, trad. Cássio de Arantes Leite, Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.
- KEYNES, John Maynard. "Introduction", in HENDERSON, Hubert D. *Supply and Demand - with Introduction by J. M. Keynes*, New York: Harcourt, Brace, 1922, p. V. Disponível em: www.gutenberg.org/dirs/1/0/6/1/10612/10612.txt.
- KLOH, Gustavo. "Análise econômica do direito da família", in PINHEIRO, Armando Castelar et. al., *Direito e econômica – diálogos*, Rio de Janeiro, FGV Editora, 2019, p. 599-627.
- KORNHAUSER, Lewis, "The Economic Analysis of Law", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2022 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/spr2022/entries/legal-econanalysis/>.
- LOWENSTEIN, George; MOORE, Don. "When Ignorance is Bliss: Information, Fairness, and Bargaining Efficiency", *Journal of legal studies*, 33, p. 37-38 (versão eletrônica disponível em https://www.researchgate.net/publication/229053140_When_Ignorance_is_Bliss_Information_Fairness_and_Bargaining_Efficiency).
- MACKAAY, Ejan e ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, trad. Rachel Sztajn, 2ª ed. (2ª tir.), São Paulo: Gen-Atlas, 2020.
- MANKIW, N. Gregory. *Princípios de Economia*, 5ª ed., São Paulo: Cengage Learning, 2012.
- MORAES, Maurício Zanoide de. *Processo criminal transformativo: modelo criminal e sistema processual não violentos*, Belo Horizonte/São Paulo: D'Plácido, 2022.
- MUNHOZ, Eduardo Secchi. "A importância da sociedade personificada com responsabilidade limitada e autonomia patrimonial para o desenvolvimento econômico: o ocaso de um truísmo", in BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da, *A evolução do direito empresarial e obrigacional – 18 anos do Código Civil*, v. 1, São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 105-116.
- OECD (2020), "Private enforcement of shareholder rights: A comparison of selected jurisdictions and policy alternatives for Brazil", <http://www.oecd.org/corporate/shareholder-rights-brazil.htm>.
- PICANÇO, Luiza Trani Mello. *Análise econômica dos incentivos processuais executivos para a superação das crises de adimplemento das obrigações pecuniárias decorrentes de contratos privados*, Dissertação mestrado, Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2023.
- PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*, 8ª ed., São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2013.
- PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. *Curso de análise econômica do direito*, 2ª ed., Barueri: Atlas-Gen, 2022.
- POSNER, Richard A. *Economics analysis of law*, 9ª ed., New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

- ROBBINS, Lionel. *An essay on the nature and significance of economic Science*, 2ª ed., London: Macmillan and Co., Limited., 1945, p. 16, disponível em: <https://mises.org/library/essay-nature-and-significance-economic-science>.
- ROSS, S. "The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem," *American Economic Review*, LXIII, 1973, p. 134-139.
- ROSSONI, Igor Bimkowski; TRANI, Luiza. "Por que (não) interromper um litígio? Os (des)incentivos para a manutenção de demandas no CPC". In: YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça; BAROSSO FILHO, Milton; LEITE, Clarisse Frechiani Lara; ROSSONI, Igor Bimkowski; TRANI, Luiza (coord.). *Ensaio sobre Análise Econômica do Processo Civil*, Londrina: Thoth, 2023, p. 183-200.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. "O que é pesquisa em direito e economia?", in *Estudos de direito e economia – micro, macro e desenvolvimento*, s/ c.: EGV – Editora Virtual Gratuita, 2017, p. 12-59, disponível em https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/135/.
- SAMPAIO, Amanda Nunes. "A (as)simetria de informação entre os litigantes e o possível ganho de eficiência na adoção de técnicas liberais de produção de prova (discovery)", *Revista de Processo*, vol. 328, Jun / 2022, p. 107-135.
- SENHORA, Victor Augusto Benes. "Juros de mora de 1% ao mês ou taxa Selic: o que diz a análise econômica do Direito?", *Portal Migalhas*, disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/341896/juros-de-mora-de-1-ao-mes-ou-taxa-selic>.
- SICA, Heitor. "Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil", in ZUFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio Luiz (org.), *40 anos da teoria geral do processo no Brasil – passado, presente e futuro*, São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466.
- SICA, Heitor Vitor Mendonça; PIMENTEL, Wilson. "Custo do processo arbitral versus custo do processo judicial: uma análise econômica da realidade brasileira", *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 68 n. 17, 2020, p.42-66.
- SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. "A Behavioral Approach to Law and Economics," *Stanford Law Review*, v. 50, n. 5, 1998, p. 1.471-1.550.
- VILELA, Amanda Cristina Siqueira da Costa. *A confidencialidade da arbitragem em companhias abertas no Brasil*, dissertação de mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.
- WEBER, Max. *Economy and Society: an outline of interpretive sociology*, Berkeley: University of California Press, 1978.
- WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2020.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Curso de direito processual civil*, v. I, 2ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2020.
- _____. "O processo como instrumento de solução não adjudicada de conflitos: novas perspectivas para o direito processual?", in DINAMARCO, Cândido da Silva et al. (org.), *Estudos em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco*, São Paulo: Malheiros, 2022, p. 415-427.

_____. “Revisitar o processo sob o enfoque econômico”, in *Revista de Análise Econômica do Direito*, vol. 1, jan-jun 2021, versão eletrônica.

YARSHELL, Flávio Luiz. In CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.), *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Gen-Forense, 2016, comentários aos arts. 133 ss, p. 229 ss.

YARSHELL, Flávio Luiz. In ARRUDA ALVIM, Teresa; DIDIER JR. Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, *Breves comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., São Paulo: RT – Thomson Reuters, Comentário aos arts. 381 ss., p. 1.149-1.168.