

- PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. Dissolução parcial de sociedades limitadas: retirada e exclusão de sócio. São Paulo: Almedina, 2021.
- PINDYCK, Robert S. Rubinfeld, Daniel L. Microeconomia. 8ª ed. São Paulo: Pearson Education, 2013.
- PRADO, Roberta Nioac. VILELA, Renato. Sair por quanto? Adequação do método de avaliação de participação societária em dissolução parcial de sociedade. In: Sociedade limitada contemporânea. Luís André N. de Moura Azevedo e Rodrigo R. Monteiro de Castro coord. São Paulo: Quartier Latin, 2013.
- REIS, José Alberto dos. Processo de execução. Coimbra: Coimbra, 1985.
- REQUIÃO, Rubens. Curso de direito comercial. Vol. I. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- SCHREIBER, Anderson. TARTUCE, Flávio. SIMÃO, José Fernando. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. DELGADO, Mário Luiz. Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- SHIMURA, Sérgio. Ação renovatória. in Direito processual empresarial: estudos em homenagem ao Professor Manoel de Queiroz Pereira Calças. Gilberto Gomes Bruschi, Mônica Bonetti Couto, Ruth Maria Junqueira de A. Pereira e Silva e Thomaz Henrique Junqueira de A. Pereira coord. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- STEFANO, Marcelle Silbiger de. ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli de. Questões polêmicas sobre apuração de haveres na dissolução parcial de sociedade limitada – análise segundo jurimetria. In; Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, vol. 65, p. 333/347, jul./set. 2014.
- TEPEDINO, Gustavo. BARBOZA. Heloisa Helena. MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado conforme a Constituição da República. Vol. III, 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Direito comercial. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional. São Paulo: Atlas, 1999.

# CAPÍTULO 8

## POR QUE (NÃO) INTERROMPER UM LITÍGIO? OS (DES)INCENTIVOS PARA A MANUTENÇÃO DE DEMANDAS NO CPC

**IGOR BIMKOWSKI ROSSONI**

Advogado. Mestre e Doutor em Direito pela USP. E-mail: igor.rossoni@silveiro.com.br.

**LUIZA TRANI**

Advogada. Mestranda em Direito pela USP. E-mail: luizatrani@hotmail.com.

### INTRODUÇÃO

Ao decidirem pelo exercício ou não do direito de ação, os racionais agentes econômicos realizam uma análise prévia do seu custo-benefício. Nesse sentido, o autor irá processar uma demanda judicial apenas se e somente se os custos do processo forem inferiores ao benefício esperado do processo<sup>1</sup>.

A mesma lógica impera ao longo de toda a tramitação da demanda. Uma vez iniciado o jogo, isto é, o litígio judicial, e já assumidos os seus custos iniciais, autor e réu, com a tramitação do processo, constantemente reavaliam o custo-benefício da sua manutenção, vale dizer, as (des) vantagens relacionadas aos ônus e faculdades processuais que podem ser adotados, tais como: a interposição de recursos visando à reforma de decisões desfavoráveis; a celebração de acordos para o encerramento do

1. SHAVELL, Steven. *Foundation of economic analysis of law*. Cambridge, MA, London: Belknap, 2004, p. 390.

feito ou, ainda, a adoção de postura inerte, permitindo o deslinde da causa sem a sua participação.

No modelo processual adotado por cada país, cabe ao legislador estabelecer as normas processuais, de diferentes tipos e natureza, de forma a incentivar ou desincentivar a perpetuação dos litígios. Os desenhos normativo-processuais vão desde a forma de cobrança de custas, empurrões (*nudges*) para a adoção dessa ou daquela conduta, à imposição de sanções<sup>2</sup> de diferentes naturezas para evitar ou incentivar condutas, ou mesmo o desenho institucional do aparelho de Justiça.

O legislador, portanto, mais do que qualquer outro agente, é um designer do sistema de disputas<sup>3</sup>. A Análise Econômica, e mais especificamente, a Análise Econômica do Direito (AED), por meio da aplicação do instrumental analítico e empírico da microeconomia e da economia do bem-estar social, fornece as ferramentas que permitem verificar se as opções legislativas, a partir de um determinado ponto de vista, atendem à sua finalidade ou não. O seu emprego oportuniza, inclusive, alcançar conclusões contraintuitivas.

Nesse sentido, o presente trabalho, a partir de exemplos hipotéticos, modelados de acordo com as técnicas trazidas pela teoria dos jogos, busca analisar os fatores, de diferentes naturezas, que são levados em conta pelos litigantes para a manutenção ou encerramento das demandas (AED positiva).

O primeiro fator a ser considerado consiste nos (des)incentivos processuais financeiros, mais especificamente na multa de 10% sobre o valor da condenação (art. 523, § 1º, do CPC) e na fixação de honorários recursais (art. 85, § 1º, do CPC). O segundo refere-se ao peso que a predição ou a acuracidade de resultados no julgamento de recursos traz para a decisão de recorrer ou não. Ainda sobre esse ponto, far-se-á breve análise da sua conjugação com os custos da litigância. Sem antes fixar algumas premissas importantes de AED e teoria dos jogos, serão empregadas variações de regras jurídicas de forma a comparar diferentes regimes jurídicos e suas consequências nas tomadas de decisão dos agentes<sup>4</sup>.

- 
2. A expressão “sanção” é utilizada em sentido amplo, não só como sanção pena. Sobre o ponto, BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla funzione*. In: Nuovi studi di teoria del diritto. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007. *passim*. No direito brasileiro, mais recentemente, MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiaias no processo civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação*. Salvador: Editora Juspodivm, 2021. *Passim*.
  3. Sob a ótica privada de design de sistema de disputas, FALECK, Diego. *Manual de design de sistema de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar de conflitos – 2ª tiragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. *Passim*.
  4. BIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C., *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994. p. 14

## I NOVAS PERSPECTIVAS INTRODUZIDAS PELA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Antes de se passar à análise dos (des)incentivos normativos que afetam a decisão das partes litigantes, é imprescindível compreendermos os pressupostos básicos do método empregado pela AED, o qual é pautado na premissa geral de que o ser humano é um maximizador de utilidade, que possui preferências completas, transitivas e estáveis frente a uma conjuntura de escassez, fato que lhe impõe a necessidade de realização de escolhas<sup>5</sup>.

É nesse cenário de estudo do comportamento humano — construído sob a pressuposto de que as pessoas respondem a incentivos e, portanto, que as normas jurídicas são capazes de moldar as relações sociais — que a AED ganha relevância. Isso porque ela confere a possibilidade de se realizar uma abordagem econômica a toda e qualquer situação que implique a necessidade de realização de escolhas<sup>6</sup>. Portanto, a importância da AED, notadamente em seu viés positivo<sup>7</sup>, é compreender a racionalidade e as prováveis influências de determinada norma jurídica ou arranjo institucional na conduta racional dos agentes.

A diferença entre as metodologias adotadas pelo Direito e pela Economia — a primeira propondo modelos complexos, que costumam explicar o passado, baseados em regras jurídicas nem sempre influenciadas pelo seu custo e eficiência, e a segunda por meio de modelos mais simples e preditivos, que admitem ser posteriormente falseados e frequentemente propostos considerando, principalmente, o custo e a eficiência —, não impede a sua interdisciplinaridade, servindo a AED justamente à integração dessas disciplinas.

Realmente, a AED busca trazer ao Direito uma visão prospectiva *ex ante*, por meio da criação de modelos — que nada mais são do que instrumentos por meio dos quais se reduz a complexa realidade para estudá-la, desconsiderando questões específicas e atentando-se somente às variáveis mais relevantes a cada caso —, que servirão não somente à análise prévia das possíveis consequências das normas jurídicas, mas principalmente na tentativa de se antecipar o possível comportamento dos indivíduos frente às leis vigentes.

5. MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito* — tradução Rachel Sztajn — 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 29-30.

6. MELMAN, Ana Carolina. *Análise econômica do processo civil brasileiro: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 41.

7. Já a AED normativa, por sua vez, como explana Pignaneli, “*auxilia na escolha, entre as alternativas possíveis, a que detenha o melhor arranjo institucional eficiente*” (PIGNANELI, Guilherme, *Análise Econômica da Litigância: Uma Busca pelo Efetivo Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 105).

É exatamente esse o objeto desse estudo: tomando-se por base as premissas da AED (preferências, escassez e racionalidade), modelar e analisar algumas situações específicas na tentativa de compreender quais as possíveis atitudes dos indivíduos frente à norma posta e, a partir de variações dos mesmos exemplos, valorar alterações que trariam (des)incentivos à litigância. Ressalte-se que os modelos a seguir adotados, que permitem antecipar comportamentos e expectativas, buscando-se arranjos que sejam mais benéficos aos jogadores, de forma a maximizar o custo-benefício de suas escolhas<sup>8</sup>, têm a sua origem na teoria dos jogos.

Sem embargo das advertências de Thaler e outros estudiosos da economia comportamental no sentido de que o *economic man* é uma figura que demanda aperfeiçoamento, já que, por vezes, suas escolhas podem estar enviesadas e ter outros fatores que as influenciam<sup>9</sup> – como, aliás, já sustentava Calamandrei há décadas<sup>10</sup> –, cumpre esclarecer que a premissa central deste estudo e, portanto, dos modelos a seguir adotados, é a de que as pessoas decidem por otimização; vale dizer, sempre buscam tirar o máximo proveito de suas decisões. Nesse sentido, adotaram-se modelos que não promoverão previsões comportamentais aderentes aos sentimentos e vieses das partes, mas, ao revés, partir-se-á de premissas generalistas, de simples maximização de custo-benefício.

## 2 MULTA DO ART. 523, §1º, DO CPC E HONORÁRIOS RECURSAIS

Fixadas as premissas acima, passa-se a analisar incentivos financeiros estabelecidos pelo legislador que visam a (des)incentivar a perpetuação de demandas. Tratam-se dos acréscimos financeiros em razão da multa pelo não pagamento voluntário da condenação (art. 523, § 1º, do CPC) e a majoração dos honorários advocatícios em razão da interposição de recurso (art. 85, § 1º, do CPC). Nesse sentido, deve-se lembrar que a previsão de (des)incentivos, em especial econômicos, traz repercussão para ambas as partes no momento de tomada de decisão e pode ser analisada pelas diferentes perspectivas dos agentes.

O art. 523, § 1º, do CPC estabeleceu o acréscimo “*de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento*” quando não realizado o pagamento voluntário da condenação no prazo de quinze dias. Repetiu-se,

- 
8. PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Económica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 20.
  9. THALER, Richard H. *Misbehaving: a construção da economia comportamental* – tradução George Schlesinger – 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, p. 19.
  10. Em seu artigo *Il processo come giuoco*, o processualista releva que a raiva, a vontade de vencer ou outras questões particulares podem influenciar diretamente na escolha das partes (CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. In: *Opere Giuridiche*, Vol. Primo. Napoli: Morano, 1965, p. 537-562).

na realidade, a inteligência da regra contida no art. 457-J, caput, do CPC/73, acrescentando-se apenas a referência aos honorários advocatícios.

Ao se analisar os comentários do referido dispositivo, a doutrina é unânime ao afirmar que essa norma tem por objetivo punir o descumprimento e, ao mesmo tempo, incentivar o devedor a cumprir voluntariamente a obrigação mediante a imposição de sanção. Nesse sentido, apenas a título de exemplo, afirmam Marinoni, Mitidiero e Arenhart que “o conteúdo coercitivo que pode ser vislumbrado na multa condenatória é comum a toda e qualquer pena, já que o devedor, ao saber que será punido pelo descumprimento, é estimulado a observar a sentença”<sup>11</sup>. A sanção tem natureza processual e não de direito material.

Embora a norma possa ter a sua efetividade questionada na prática<sup>12</sup>, ela foi pensada para verdadeiramente sancionar o não pagamento voluntário. Ela não tem por finalidade eventual reparação do direito posto em juízo seja pelo transcurso do tempo, seja pela ocorrência de fato durante o trâmite processual. Essas ocorrências, no direito brasileiro, são reparadas, respectivamente, por encargos moratórios (juros e correção monetária), por eventual condenação em perdas e danos e, mesmo, por condenação em danos processuais (arts. 79 a 81 do CPC). Portanto, a norma estabelecida no art. 523, § 1º, do CPC consiste em norma processual com finalidade puramente indutiva, qual seja, fazer com que o condenado pague a dívida sob a ameaça de ver acrescida em 20% o valor da condenação.

Outro pressuposto do qual partiu o legislador é de que o acréscimo da condenação consiste em uma ameaça efetiva, vale dizer, que a possibilidade da imposição da multa possa, de fato, levar à alteração do comportamento do devedor-condenado. Assim, no que se refere ao cumprimento de sentença, a norma foi pensada para as hipóteses nas quais o devedor-condenado, ao menos em tese, possui patrimônio suficiente para arcar tanto com a condenação, quanto com a majoração decorrente do não pagamento no prazo concedido. Inexistindo patrimônio, ou sendo improvável ou muito difícil que ele seja alcançado, não importa o percentual de aumento da dívida, tratar-se-á de ameaça que não surtirá efeito na conduta do devedor-condenado.

Todas as análises realizadas da referida norma, que se tem conhecimento, deram-se apenas com vistas à conduta do devedor-

11. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 898.

12. Conforme estudo empírico realizado na 1ª Vara Cível de Vitória/ES, apenas 1,77% dos casos analisados houve o pagamento voluntário da condenação, sendo 0,5% de pagamento total da condenação e 1,22 de pagamento parcial. LIMA, Rafael de Oliveira. *Inadimplemento e execução civil: análise do prazo de cumprimento voluntário*. Universidade Federal do Espírito Santo, dissertação de mestrado. 2018. p. 382.

condenado, isto é, sob o prisma do incentivo que o devedor-condenado cumpra a obrigação. Esquece-se que o estabelecimento de um (des)incentivo, no mais das vezes, traz consequências para todas as partes envolvidas. Em relação ao dispositivo normativo ora estudado, ele também traz (des)incentivos para as escolhas do credor-vencedor. E isso é completamente desconsiderado pela doutrina.

Ausente a função reparatória e assegurado, “quando for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir”<sup>13</sup>, a destinação da multa evidentemente é uma escolha política. Destarte, o legislador poderia tanto ter dado destinação à parte, como de fato foi a escolha política realizada, como ter alocado os valores acrescidos a um fundo público, por exemplo. Certo é que, por se tratar de multa de natureza processual, sem função reparadora, não há qualquer vinculação lógica ou necessária de que o valor da multa reverta em prol da parte contrária; trata-se de pura escolha legislativa.

Ainda que contraintuitivo, fato é que, se, por um lado, o estabelecimento de uma multa consiste em um incentivo ao pagamento pelo devedor-condenado, de outro lado, o direcionamento dessa multa ao credor-vencedor acarreta um desincentivo à composição entre as partes. Isso porque, tendo o credor-vencedor a perspectiva de um ganho maior, menor será a probabilidade de que as partes cheguem a um valor comum e encerrem a disputa em menor tempo. A utilização de um exemplo hipotético auxiliará a demonstrar isso<sup>14</sup>.

Exemplo 1. João ingressa em juízo requerendo a condenação de José ao pagamento da quantia de R\$ 100,00. José, por sua vez, entende que deve apenas R\$ 60,00. Tanto João, quanto José aceitam melhorar sua oferta em 20%, ou seja, o primeiro aceita fechar um acordo por R\$ 80,00, quanto o segundo concorda com o pagamento de R\$ 72,00. Nada obstante essa margem de negociação, há uma diferença de R\$ 8,00 (R\$ 80,00 – R\$ 72,00) entre as propostas que impede que as partes cheguem a um acordo.

Após a interposição de recursos, é julgada procedente a demanda, com trânsito em julgado, condenando José ao pagamento de R\$ 100,00. Frisa-se que, a partir desse momento, de acordo com o sistema processual brasileiro vigente, ou José realiza o depósito da condenação no prazo de 15 dias da intimação, ou o novo patamar de negociação passa a ser R\$ 110,00. Ao se manter a mesma lógica de negociação, em que as partes aceitam melhorar em 20% o

13. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Edição Saraiva. 1969. p. 46.

14. Conforme acima explanado, os modelos adotados são simplificações da realidade, daí porque não será considerado o aumento de 10% de honorários advocatícios e uma série de outros fatores que poderiam ser levantados em consideração.

valor para um acordo, com a imposição de multa de 10% em favor do credor-vencedor, a nova posição de João passa a ser de R\$ 88,00. Assim, a diferença para se chegar ao acordo, que era de R\$ 8,00, passa a ser de R\$ 16,00 (R\$ 88,00 - R\$ 72,00).

Veja-se que, se, por um lado, a multa estabelecida para o pagamento voluntário supostamente induz o devedor-condenado a pagar a dívida, por outro lado, afasta as partes da possibilidade de um acordo. Como destaca Posner, qualquer coisa que aumente o valor mínimo esperado pelo autor para celebrar o acordo ou reduza o valor máximo ofertado pelo réu aumentará a probabilidade da disputa e reduzirá as chances de um acordo<sup>15</sup>. Isso se dá porque ela faz aumentar a distância entre a expectativa de ganho de João e o valor que José está disposto a pagar. Portanto, o incentivo, que foi pensado para estimular o pagamento da condenação, também torna mais difícil que as partes cheguem a um acordo para o encerramento da demanda.

O quadro altera-se quando a multa (acréscimo patrimonial) for destinada a um fundo público ou terceiro e não ao credor-vencedor. O exemplo 2 auxilia a demonstrar tal fato.

Exemplo 2. Tem-se o mesmo cenário fático acima, João ingressa em juízo requerendo a condenação de José ao pagamento da quantia de R\$ 100,00. José entende que deve apenas R\$ 60,00. Ambos aceitam melhorar sua oferta em 20%; o primeiro aceita fechar um acordo por R\$ 80,00, quanto o segundo concorda com o pagamento de R\$ 72,00, de forma que há uma diferença de R\$ 8,00 (R\$ 80,00 - R\$ 72,00) entre as propostas que impede que as partes cheguem a um acordo. Ao final José é condenado ao pagamento de R\$ 100,00.

Neste caso, todavia, a multa de 10% para a hipótese não pagamento voluntário é revertida para um fundo de aparelhamento da justiça, imagine-se, e não para João. Nesse cenário, João ainda aceitaria o recebimento do valor de R\$ 80,00 e José manteria a proposta de R\$ 72,00. A incidência da multa apenas traria um custo adicional de R\$ 10,00 para José, sem qualquer repercussão para a posição de João. Ainda que José não aceite alterar a sua proposta (R\$ 72,00), ao se adicionar o valor de R\$ 10,00 de multa, seu custo final será de R\$ 82,00 (R\$ 72,00 + R\$ 10,00), que é maior que o valor aceito por João para encerramento da disputa.

Veja-se que a alteração da destinação da multa traz consequências para o jogo. No exemplo 2, é mantido o incentivo para a realização do pagamento voluntário pelo devedor-condenado, mas, como não há majoração do valor esperado pelo credor-vencedor, seja antes do processo,

15. POSNER, Richard A. *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*. The Journal of Legal Studies, Vol. 2, No. 2 (Jun., 1973), p. 418.

seja depois do trânsito em julgado da demanda, os patamares de negociação seguem sendo os mesmos: R\$ 80,00 de um lado e R\$ 72,00 de outro. Portanto, a simples alteração da destinação da multa, traz incentivos tanto ao cumprimento, como não desincentiva a realização de acordo. Mas não é só. Ao se adicionar o custo da multa de 10% ao valor da proposta de José, tem-se que o valor do acordo (R\$ 72,00) somado ao da multa (R\$ 10,00) é superior ao aceito por João (R\$ 80,00); ou seja, racionalmente José aceitaria pagar o valor de R\$ 80,00 para João e encerrar o litígio.

Idêntico raciocínio pode ser empregado para a destinação das multas por obrigação de fazer ou não fazer e entrega de coisa (art. 536, § 1º, do CPC). Também aqui os valores decorrentes da imposição de multa revertem em proveito da parte. Isso tem levado, não raras vezes, a que o mérito de inúmeros processos seja esquecido, passando o valor da multa a ser a principal discussão da causa.

A multa processual, que teria apenas função indutora e sem qualquer função reparador, transforma-se no principal bem da vida de demanda. O acordo, nessas hipóteses, torna-se cada vez mais difícil e improvável, haja vista que o pedido inicialmente realizado perde em importância, passando a execução da multa a ser o principal bem da vida buscado em juízo. Não à toa o STJ firmou entendimento, em sede de recurso especial repetitivo (Tema 706/STJ), no sentido de que a *“decisão que comina astreintes não preclui, não fazendo tampouco coisa julgada”*<sup>16</sup>.

Isso já não ocorre com a fixação de honorários advocatícios, pois, tal qual no exemplo 2, o valor de acréscimo na condenação não é direcionado para uma das partes, mas para um terceiro<sup>17</sup>. Nesse sentido, não se alteram os patamares de negociação entre as partes<sup>18</sup>. Isso fica mais bem demonstrado no exemplo abaixo:

Exemplo 3. João ingressa com demanda contra José requerendo a condenação desse na importância de R\$ 100,00. Para o encerramento da demanda, João aceita receber a importância de R\$ 90,00, enquanto José concorda em pagar R\$ 80,00. Há, nesse sentido, uma diferença de R\$ 10,00 entre as partes que impede o acordo. A sentença julga totalmente procedente o pedido, condenando José ainda em 10% de honorários advocatícios, totalizando R\$ 110,00 (R\$ 100,00 + R\$ 10,00).

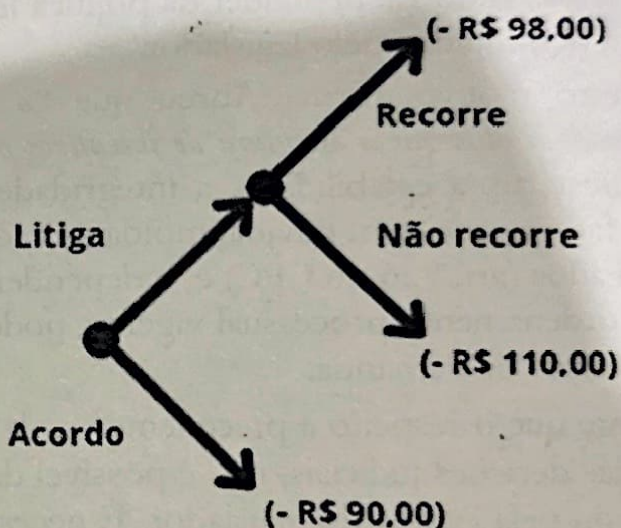
16. STJ. REsp 1333988/SP, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Segunda Seção, julgado em 09/04/2014, DJe 11/04/2014.

17. Sobre os problemas de agência que podem surgir com a fixação de honorários recursais, consulte-se: WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 585/586.

18. No presente exemplo são desconsiderados custos de agência que podem surgir em razão do interesse dos advogados na realização do acordo.

O advogado de José informa então que a chance de êxito do recurso é de 20% ( $R\$ 100,00 \times 20\% = + R\$ 20,00$ ), sendo que na hipótese de desprovimento, os honorários seriam aumentados para 20% do valor da condenação, ou seja, um aumento de 10% da condenação ( $(R\$ 100,00 \times 80\%) \times 10\% = R\$ 8,00$ ). Do ponto de vista de José, tem-se - R\\$ 110,00 da condenação já existente, + R\\$ 20,00 da probabilidade de procedência total do recurso, e - R\\$ 8,00 do acréscimo de honorários na hipótese de desprovimento do recurso, chegando-se a - R\\$ 98,00.

Embora a estratégia dominante de José, nesse momento, seja apresentar recurso, pois  $R\$ 110,00 > R\$ 98,00$ , esse valor é maior que R\\$ 90,00, quantia que João concordava em receber para encerrar a demanda logo na sua propositura. Ao se colocar todo o jogo em forma sequencial considerando apenas os valores de José, temos que a sua melhor opção seria realizar acordo:



Na realidade, o que os três exemplos acima demonstram é que todo e qualquer tipo de (des)incentivo processual que aumente o valor esperado para o autor ou diminua eventual expectativa de condenação para o réu implicará em desincentivo à autocomposição, com a conseqüente perpetuação de litígios. Se do ponto de vista do réu-condenado a multa de 10% sobre o valor da condenação cria um fator adicional para o cumprimento da obrigação, pois, uma vez não efetuado o pagamento, haverá acréscimo no valor da condenação, de outro lado, do ponto de vista do autor-vencedor, tem-se o contrário, um desincentivo ao encerramento da demanda.

Isso porque, do ponto de vista estritamente racional, ao autor é mais benéfico aguardar o não pagamento da condenação e a ver acrescida de 10% do que fazer um acordo por um valor inferior (exemplo 1). Isso já

não se verifica quando a destinação da multa não reverte para uma das partes e não altera os patamares da negociação entre elas (exemplo 2 e 3). Nesses casos, mantém-se o incentivo ao pagamento e não se cria qualquer desincentivo a que o autor aceite valores inferiores para o encerramento da demanda. Portanto, e ainda que tal conclusão pareça contraintuitiva, quiçá já seja hora de repensar a destinação das multas processuais no âmbito do processo civil brasileiro.

### 3 PREVISIBILIDADE E CUSTOS DO PROCESSO

Embora o estabelecimento de (des)incentivos financeiros para a alteração do comportamento dos agentes seja o mais comum e fácil de se mensurar, há diversas outras formas de conformar o comportamento das partes. Nesse sentido, pode-se pensar no estabelecimento de arranjos institucionais que fomentem um ou outro tipo de conduta, entre elas, encerrar ou não litígios. Tudo vai depender da política legislativa adotada e dos valores a serem perseguidos pelo legislador.

Não por outro motivo afirma Abreu que “o desenho institucional deve ser pensado de modo a otimizar a estrutura de incentivos para as finalidades de cada instituição”<sup>19</sup>. Destarte, a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência são fatores que, sem dúvida, moldam o comportamento das partes e seus advogados (art. 926 do CPC) e, a depender de como estejam configuradores no ordenamento processual vigente, podem (des)incentivar as partes na manutenção da demanda.

Evidentemente que o respeito a precedentes e, de certa forma, uma maior predicação das decisões judiciais, não é possível de se obter por um “passe de mágica” ou pela caneta do legislador. É necessário a criação de uma cultura de respeito às decisões dos tribunais superiores, em especial de vértice<sup>20</sup>. Trata-se de processo longo e que depende da existência de uma estrutura institucional e normativa voltada para esse objetivo.

Embora não se possa associar um custo financeiro direto, como ocorre no estabelecimento de multa pelo não pagamento voluntário (art. 523, § 1º, do CPC), a possibilidade de predizer, com algum grau de certeza, o resultado das demandas e, nesse sentido, da interposição de recursos, é fator que traz (des)incentivos ao agir das partes.

19. ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudge no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020. p. 95.

20. Sobre o ponto: DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. *passim*; GERHARDT, Michel J. *The power of precedent*. New York: Oxford Press, 2008. *Passim*. TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo: saggi sulla cassazione civile*. Bologna: Il Mulino, 1991. *Passim*; no direito brasileiro: MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. *passim*.

Quanto ao tema, Shavell afirma que a precisão (*accuracy*) do processo judicial possui grande valor social e está diretamente relacionada com a previsibilidade das decisões. Segundo ele a precisão traz como consequência o aumento do controle social, redução de custos do risco (*lowered costs of risk-bearing*) e a redução social do custo da litigância e da imposição de sanções (*reduced social costs from litigation and from imposition of sanctions*)<sup>21</sup>.

Especificamente quanto a esse último benefício, assevera que quanto maior é a possibilidade de prever qual será a decisão tomada, maior é a frequência de acordos, com consequente economia de custos de litigância. Vale dizer, se maior for a precisão do processo judicial, os litigantes são mais propensos a concordar com suas estimativas de resultado e, consequentemente, maior é a probabilidade de que acordos sejam realizados<sup>22</sup>. Em sentido análogo, afirma Macêdo que “a existência de maior previsibilidade das decisões, diante de um sistema de precedentes obrigatórios, torna o índice de acordos maior”<sup>23</sup>, pois as partes, ao conhecerem o possível resultado, buscam evitar os custos do processo.

Tem-se, nesse diapasão, que arranjos institucionais e normativos que prezem por respeito a precedentes fomentam a realização de acordos, pois as partes, de antemão, podem calcular seus riscos e custos financeiros. Novamente exemplos auxiliam a demonstrar como uma jurisprudência mais ou menos predizível cria (des)incentivos que impactam na escolha das partes:

Exemplo 4. Maria ingressa com demanda com pedido condenatório contra José, solicitando a sua condenação em R\$ 20,00. A sentença de primeiro grau julga parcialmente procedente o pedido, condenando José em R\$ 10,00. As partes têm diante de si a possibilidade de recorrer, sendo que Maria buscaria a total procedência e José a total improcedência.

Caso o José decida recorrer da decisão, assumindo-se que seja racional, buscará a total improcedência da demanda, no valor total de R\$ 20,00; isto é, a pretensão do réu é reverter totalmente a condenação em sede de apelação. Se decide recorrer e obtém êxito, o seu payoff é 50% do valor da improcedência total da demanda, logo + R\$ 10,00.

Para decidir se interpõe ou não o recurso, além da probabilidade de provimento da apelação que é de 50% para ambas as partes, também será levado em conta os seguintes fatores: (i) investimento do valor da

21. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, MA; London: Belknap, 2004, p. 451/454

22. *Idem*, p. 453.

23. MACÊDO, Lucas Buril. *Precedentes judiciais e direito processual civil* – 3ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 133.

condenação: se José recorre ele aplica o valor da condenação e recebe o investimento + R\$ 1,00, ao passo que Maria não o recebe, logo - R\$ 1,00, e vice-versa; (ii) custo do recurso: custo fixo do recurso, se recorre - R\$ 1,00, se não recorre + R\$ 1,00 (iii) juros moratórios: se Maria recebe os juros + R\$ 1,00, se não recebe, - R\$ 1,00, já se José não recorre e efetua o pagamento sem juros, + R\$ 1,00, se paga depois com juros - R\$ 1,00, e (iv) os honorários recursais, se a parte recorre paga honorários recursais, - R\$ 1,00, se não recorre, economiza a verba, + R\$ 1,00. A situação de cada um fica evidenciada no quadro abaixo:

	Maria		José	
	Não recorrer	Recorrer	Não recorrer	Recorrer
Condenação	+10	+15	-10	+10
Investir valor	-1	-1	-1	+1
Custo do recurso	+1	-1	+1	-1
Juros moratórios	-1	+1	+1	-1
Honorários recursais	+1	-1	+1	-1
Ganho/Perda Líquida	+10	+13	-8	+8

Ao se computar os payoffs de cada uma das alternativas, tem-se o seguinte jogo:

		José	
		Não recorre	Recorre
Maria	Não Recorre	+10,-8	+10,+8
	Recorre	+13,-8	*+13,+8*

Caso José decida recorrer da decisão, assumindo-se que seja racional, buscará a total improcedência da demanda, no valor total de R\$ 20,00; vale dizer, a pretensão de José é reverter totalmente a condenação em sede de apelação. Se decide recorrer e obtém êxito, o seu payoff é 50% do valor da improcedência total da demanda, logo + R\$ 10,00. O mesmo raciocínio vale para Maria.

Portanto, no exemplo 4 a estratégia "recorrer" é estritamente dominante tanto para Maria quanto para José. Isso porque, para qualquer conduta de qualquer das partes, a melhor estratégia para cada um individualmente é

recorrer. Logo recorrer e recorrer é o equilíbrio de Nash do jogo. Veja-se que, mesmo que se leve todos os outros fatores em consideração, a total incerteza quanto ao resultado do recurso, representado pela chance de 50% de (des)provimento, é fator determinante para a interposição do recurso. Quando se está diante de uma jurisprudência lotérica, para utilizar a expressão de Cambi<sup>24</sup>, em que a chance de êxito do recurso é igual a de atirar uma moeda ao alto para cara e coroa, a não ser que haja outro fator com peso determinante, a estratégia dominante muito provavelmente será a de recorrer. Portanto, a elevada probabilidade de êxito do recurso (50%) é fator preponderante na decisão de recorrer das partes.

Nesse primeiro cenário, em que a chance de (des)provimento é de 50%, a toda evidência, inexistente uma cultura de observância de precedentes. As partes, diante da total impossibilidade de prever o resultado do julgamento do recurso, racionalmente irão recorrer. Veja-se que quanto maior é a imprevisão do resultado, menor é a chance de que as partes cheguem a um acordo de forma precoce.

A situação altera-se quando as decisões de primeiro grau tendem a seguir os precedentes firmados nos tribunais e, conseqüentemente, as chances de procedência dos recursos são menores. Ao se utilizar o exemplo 4, alterando-se apenas a chance de êxito do recurso de Maria e de José para 10%, o resultado modifica-se. Nessa nova configuração tem-se (Exemplo 05):

	Maria		José	
	Não recorrer	Recorrer	Não recorrer	Recorrer
Condenação	+10	+11	-10	+2
Investir valor	-1	-1	-1	+1
Custo do recurso	+1	-1	+1	-1
Juros moratórios	-1	+1	+1	-1
Honorários recursais	+1	-1	+1	-1
Ganho/Perda Líquida	+10	+9	-8	0

24. CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.786, abr. 2001. *Passim*.

Novamente, ao se computar os payoffs de cada uma das alternativas, tem-se o seguinte jogo:

		José	
		Não recorre	Recorre
Maria	Não Recorre	+10,-8	*+10,0*
	Recorre	+9,-8	+9,0

A partir dos novos percentuais de sucesso dos recursos, não recorrer segue sendo a estratégia estritamente dominada para José; ou seja, mesmo que tenha se reduzido consideravelmente a chance de procedência do recurso de 50% para 10% ( $R\$ 20,00 \cdot 10\% = R\$ 2,00$ ) ainda assim é mais vantajoso para José recorrer do que não recorrer ( $- R\$ 8,00 > R\$ 0,00$ ). De outro lado, a chance de 10% de provimento do recurso de Maria ( $R\$ 10,00 \cdot 10\% = R\$ 1,00$ ) faz com que a sua estratégia dominante seja não recorrer ( $R\$ 10,00 < R\$ 9,00$ ). Isso porque os custos que envolvem a interposição do recurso, somadas a baixa probabilidade de procedência do mesmo e, portanto, ao ganho esperado, não compensam a tentativa de total procedência da demanda.

Chama-se a atenção para a importância que ganham os custos do processo quando se tem uma maior previsibilidade na decisão a ser proferida. Passa-se a ser possível um verdadeiro cálculo de custo-benefício entre recorrer e seguir com um processo ou fazer um acordo para encerrá-lo<sup>25</sup>. Conjugando esses dois fatos, previsibilidade/acuracidade do processo em pouco previsível e muito previsível, e custo do processo em caro e barato, tem-se quatro pares ideais: a) pouco previsível e barato, b) pouco previsível e caro, c) muito previsível e barato e d) muito previsível e caro.

A pouca previsibilidade no resultado do julgamento leva a que as partes interponham recursos e mantenham o processo ativo. Isso porque, ainda que a parte tenha perdido em todas as instâncias anteriores, se a última decisão é dotada de algo grau de imprevisibilidade, é natural que a parte recorra. Se os custos ainda são baixos, apenas um agente irracional não interporia o recurso (Exemplo 4). Mas se os custos são altos, a não ser que os sejam realmente proibitivos, ainda assim é provável que a parte interponha o recurso.

25. Em sentido análogo: GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos?* – 2ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: JusPodivm. 2021, p. 54/66.

Já para um ordenamento em que se pode prever, com certo grau de confiança, o resultado de uma demanda, o custo do litígio tem papel fundamental para determinar se as partes irão litigar ou se irão celebrar acordos para evitar a judicialização. Frisa-se que em um sistema muito previsível, mas que os custos da litigância são baixos, a tendência é que as partes litiguem (Exemplo 5). No caso de José, ainda que a possibilidade de provimento de recurso seja de apenas 10%, os custos envolvidos são relativamente baixos se comparado com o benefício final, o que justifica a interposição. Nesse caso, o custo do litígio pode ser encarado pela parte como um investimento calculado, de forma que, embora pequena a probabilidade de êxito, ainda assim vale o risco pelo retorno esperado.

Isso ocorre justamente no direito brasileiro. Embora haja entendimentos consolidados em determinadas matérias na jurisprudência pátria, os litigantes seguem interpondo recursos dado o fato que grande parte dos custos da litigância são subsidiados pelos contribuintes<sup>26</sup>. Apenas a título de exemplo, o valor da taxa para a interposição de recurso especial de processo oriundo do Tribunal de Justiça de São Paulo, não importando o valor da causa, está fixado em R\$ 223,30. Portanto, ainda que a chance de sucesso do recurso seja relativamente baixa, o valor módico das custas processuais não impede a interposição do recurso. A externalização dos custos para a sociedade cria um desincentivo à autocomposição e incentiva a perpetuação das demandas.

O mesmo já não ocorre se conjugarmos um alto grau de previsibilidade das decisões judiciais com um custo alto dos litígios. Como referido por Shavell<sup>27</sup>, o autor apenas irá ingressar em juízo se os custos do processo forem inferiores ao benefício esperado. Logo, uma justiça previsível permite que as partes possam calcular a sua chance de êxito, ao passo que o fato de ela ser “cara” faz com que as partes levem tal fato na conta final de custo-benefício de movimentar a jurisdição.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A AED traz interessantes ferramentas para o estudo do direito a partir da análise das consequências práticas decorrentes da adoção dessa ou daquela conduta. Através de modelos que buscam simplificar a realidade, e partindo-se das premissas de preferências, de escassez e de racionalidade, é possível tentar antever as prováveis condutas que os agentes terão diante de

26. PIMENTEL, Wilson. *Acesso responsável à justiça: o impacto do custo na decisão de litigar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 21-29.

27. SHAVELL, Steven. *Foundation of economic analysis of law*. Cambridge, MA, London: Belknap, 2004, p. 390.

determinada norma. Isso permite comparar diferentes arranjos normativos de forma a aprimorar o ordenamento e suas instituições.

A atual configuração do sistema processual brasileiro traz muito poucos incentivos a que as partes busquem resolver suas disputas sem provocar a jurisdição. Isso se deve, entre outros razões, pela pouca previsibilidade da decisão final e os baixos custos para as partes que o processo judicial envolve, dado o alto grau de subsídio da máquina judiciária brasileira. Uma vez iniciado o litígio, são menores ainda os incentivos a que as partes cheguem a um acordo para o encerramento da demanda.

Como verificado acima, a multa de 10% do art. 523, § 1º, do CPC, embora pensada como uma sanção (incentivo) que levaria o réu-condenado a cumprir voluntariamente a condenação, ao ser revertida para o próprio autor-vencedor, altera as expectativas de ganhos do processo, tornando a composição ainda mais improvável. O mesmo ocorre com a destinação das multas para o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer e entrega de coisa. Já a fixação de honorários recursais é um bom exemplo de (des) incentivo que não altera a expectativa financeira das partes, não trazendo novos obstáculos à composição das partes.

Certo é, todavia, que sistema processual brasileiro pode evoluir muito no sentido de criar mecanismos eficientes que incentive as partes a não perpetuar os litígios. Para isso, a AED terá papel fundamental ao fornecer o instrumental teórico e os subsídios.

## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Incentivos processuais: economia comportamental e nudge no processo civil*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2020

BIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C., *Game theory and the law*. Cambridge: Harvard University Press, 1994.

BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla funzione*. In: Nuovi studi di teoria del diritto. Roma-Bari: Editori Laterza, 2007.

CALAMANDREI, Piero. *Il processo come giuoco*. In: Opere Giuridiche, Vol. Primo. Napoli: Morano, 1965, p. 537-562.

CAMBI, Eduardo. *Jurisprudência Lotérica*. Revista dos Tribunais. São Paulo, n.786, abr. 2001.

CARNELUTTI, Francesco. *Giuoco e processo*. In *Rivista de Diritto Processuale*, Vol. VI. Padova: CEDAM, 1951, p. 101-111

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. Vol. I. São Paulo: Edição Saraiva. 1969.

- DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. *passim*; GERHARDT, Michel J. *The power of precedent*. New York: Oxford Press, 2008.
- FALECK, Diego. *Manual de design de sistema de disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar de conflitos – 2ª tiragem*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- GERHARDT, Michel J. *The power of precedent*. New York: Oxford Press, 2008.
- GICO JR., Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo*. Indaiatuba: Editora Foro, 2020.
- GOULART, Bianca Bez. *Negociação, economia e psicologia: por que litigamos? – 2ª ed. rev. atual e ampl.* São Paulo: JusPodivm, 2021.
- LIMA, Rafael de Oliveira. *Inadimplemento e execução civil: análise do prazo de cumprimento voluntário*. Universidade Federal do Espírito Santo, dissertação de mestrado. 2018.
- MACÊDO, Lucas Búril. *Precedentes judiciais e direito processual civil – 3ª ed. rev., atual. e ampl.* Salvador: JusPodivm, 2019, p. 133.
- MACKAAY, Ejan; ROSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito – tradução Rachel Sztajn – 2ª ed.* São Paulo: Atlas, 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*, vol. II. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- MAZZOLA, Marcelo. *Sanções premiais no processo civil: previsão legal, estipulação convencional e proposta de sistematização (standards) para sua fixação*. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- MELMAN, Ana Carolina. *Análise econômica do processo civil brasileiro: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- MITIDIERO, Daniel. *Precedentes: da persuasão à vinculação*. 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise Econômica da Litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.
- PIGNANELI, Guilherme, *Análise Econômica da Litigância: Uma Busca pelo Efetivo Acesso à Justiça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- PIMENTEL, Wilson. *Acesso responsável à justiça: o impacto do custo na decisão de litigar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.
- POSNER, Richard A. *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*. The Journal of Legal Studies, Vol. 2, No. 2 (Jun., 1973).
- SHAVELL, Steven. *Foundation of economic analysis of law*. Cambridge, MA, London: Belknap, 2004.