

4

Teoria Positiva do Processo: a análise econômica do processo

A principal razão pela qual as pessoas ajuízam ações é a incerteza com relação ao resultado esperado. Se não houvesse incerteza, ou seja, em um mundo do direito e do Judiciário perfeitos, o comportamento esperado das partes seria quase sempre a celebração de acordo, pois não haveria como ganhar mais por meio do litígio. Por exemplo, suponha que Antônio seja um consumidor que tenha sofrido um prejuízo de R\$ 100.000 em decorrência de um acidente supostamente causado pela empresa de Roberta. Suponha, ainda, que seja incontroverso que houve um dano, que houve a prática de um ato ilícito, e que estamos diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva. Logo, bastaria que ele provasse em juízo o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano para que seu pleito de indenização fosse julgado procedente²⁵³. Os custos de litigar para ambas as partes são estimados em R\$ 10.000 dada a complexidade do caso.

Nesse cenário, o custo esperado do litígio para Roberta é de R\$ 110.000 (a indenização mais os custos de litigar) e o benefício esperado do litígio para a Antônio é de R\$ 90.000 (a indenização menos os custos de litigar). Como se pode ver, há claramente um ganho potencial de R\$ 20.000 se as partes não litigarem, que equivale exatamente ao somatório dos custos de litigar, e esse é justamente o espaço dentro do qual as partes poderiam fazer um acordo. Qualquer pagamento realizado por Roberta a Antônio entre R\$ 110.000 e R\$ 90.000 melhorará a posição de ambas as partes em comparação com o cenário de ajuizamento da ação, *i.e.*, seria Pareto eficiente. Nesse caso, litigar apenas destruiria valor para ambas as partes. Mas se litigar é tão ineficiente, por que a judicialização no Brasil e em outros países é tão grande?

De acordo com o Relatório do Conselho Nacional de Justiça – CNJ de 2019²⁵⁴, o índice de conciliação, aqui entendido como o percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas, é de 11,5%, *i.e.*, apenas uma em dez ações termina em acordo no Brasil. Na fase de conhecimento, esse índice sobe para 16,7%; na fase recursal despenca para 0,9% e, na execução, é de apenas 6%.

A evolução dos dados de 2015 para 2018 demonstra que, pelo menos por enquanto, o novo CPC não parece ter tido qualquer impacto sobre o índice de conciliação no Brasil. Apenas para se entender o tamanho do problema, nos Estados Unidos, no ano de 2018, estima-se o exato oposto, *i.e.*, que cerca de 1% dos casos na justiça civil tenha sido finalizado por decisão terminativa, ou seja, que 99% dos casos se encerraram por acordo²⁵⁵. O que explicaria essa disparidade tão grande?

Inúmeras razões já foram oferecidas para explicar o baixo número de acordos e o congestionamento dos tribunais²⁵⁶, desde a falta de recursos, procedimentos complexos, incentivos dos advogados, incentivos dos juízes, má gestão, cultura

253. Sobre a análise econômica da responsabilidade civil extracontratual, por exemplo, cf. Gico Jr. (2019).

254. Cf. CNJ (2019, p. 142).

255. Cf. Administrative Office of the U.S. Courts (2018, Table C-4).

256. Cf. Gico Jr. (2012) e (2019).

de litígio, baixa qualidade das leis, número excessivo de leis, baixo interesse em segurança jurídica e até a própria natureza do direito e do sistema processual adjudicatório, como veremos no Capítulo 6. Mas todas as explicações apontam para um jeito ou de outro – pela compreensão do comportamento das partes e das respectivas estruturas de incentivos, *i.e.*, pela compreensão de por que as partes litigam, por que fazem ou não fazem acordo, por que recorrem de uma decisão judicial – portanto, a compreensão do problema requer mais do que a abordagem dogmática tradicional do Direito Processual. Precisamos de uma **Teoria Positiva do Processo – TPP**.

Uma Teoria Positiva do Processo deve ser capaz não apenas de descrever institutos e organizações processuais, de interpretar e explicar as regras jurídicas contidas em cada comando legal, mas também deve nos ajudar a compreender como as partes litigantes se comportam no curso do processo e como elas interagem com o juiz nessa relação tripartite, em cada etapa do processo. Em outras palavras, para realmente compreendermos o processo, precisamos não apenas saber o que as regras jurídicas do CPC dizem, *i.e.*, sua hermenêutica, mas também descobrir como as partes se comportam antes, durante e depois de um litígio. Além disso, precisamos averiguar o impacto das referidas regras processuais sobre esse comportamento e o potencial impacto, caso uma regra ou sua interpretação seja alterada, inclusive para discutir eventuais mudanças, se for o caso. Só assim poderemos dizer que efetivamente compreendemos o processo civil. E é justamente isso que me proponho a fazer nos próximos capítulos: apresentar os fundamentos da Teoria Positiva do Processo.

Note que a TPP não é um substituto a Teoria Geral do Processo – TGP, mas seu complemento. A TGP está focada na identificação dos conceitos e categorias comuns a todas as áreas do processo enquanto a TPP está orientada à compreensão do fenômeno no mundo dos fatos, da conduta, do comportamento das partes durante o curso do litígio em função das regras jurídicas. Enquanto a TGP se pergunta quais são os elementos essenciais comuns a todas as áreas do processo, a TPP se pergunta como os agentes envolvidos se comportam no processo e, portanto, as consequências sociais desta ou daquela regra jurídica. Combinadas, TGP e TPP são um poderoso instrumental para a compreensão e análise do Direito Processual e, espera-se, para a construção de um sistema jurídico mais eficiente e justo. É para o estudo de como as partes se comportam que nos voltaremos agora.

257. Salvo engano, o primeiro trabalho no Brasil que aplicou a análise econômica ao processo civil foi o livro de Carlos Dias (2009) e o último, pelo menos até a publicação do presente livro, foi o curso de análise econômica do direito de Porto e Garoupa (2020). Quiçá, muitos outros virão.

4.1 Fundamentos do Modelo Juseconômico do Processo

4.1.1 Decisão com e sem Risco (Certeza e Incerteza)

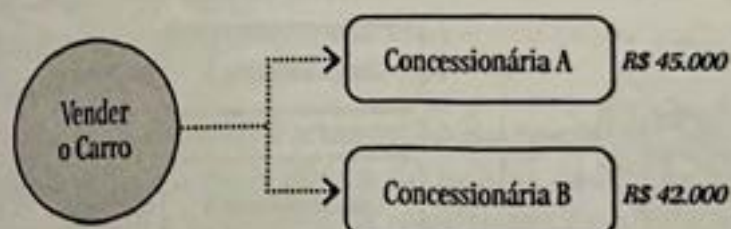
Antes de começarmos a discutir como surge uma lide, em que condições ela se judicializa e a construir o modelo juseconômico do processo, precisamos explorar um pouco mais a Teoria da Escolha Racional – TER apresentada na Seção 1.3 e nos aprofundar na discussão acerca de como as pessoas decidem diante de opções com e sem risco.

Apenas lembrando, quando dizemos decisão sem risco estamos nos referindo àquelas decisões nas quais cada alternativa disponível é determinística, *i.e.*, se selecionada pelo decisor, ela ocorrerá (ou pelo menos a crença do decisor é que ela ocorrerá). Já uma decisão com risco será aquela em que pelo menos uma das alternativas não seja determinística. Logo, há pelo menos uma alternativa que o decisor acredita ter uma probabilidade de ocorrência inferior a 100%, ou seja, pode não ocorrer, mesmo se escolhida. Começemos com as decisões sem risco.

Suponha que Roberta esteja diante de duas opções, ela pode vender o seu carro usado para a concessionária A por R\$ 45.000 ou para a concessionária B por R\$ 42.000. A escolha de Roberta pode ser representada da seguinte forma:

ESCOLHA SEM RISCO

Figura 4-1



Dado que Roberta é uma agente racional, a conduta esperada é que ela opte por vender o carro para a concessionária A, pois essa opção lhe gerará o maior retorno. Como este exemplo não envolve risco, a decisão é apenas entre as condutas possíveis (alternativas ou cursos de ação), e o critério de escolha é informado pelos resultados (certos) de cada alternativa.

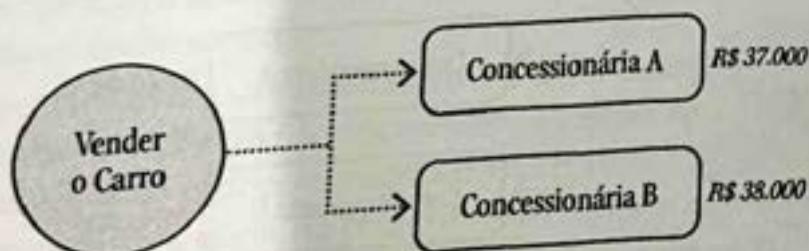
Se tomarmos como pressuposto que as pessoas geralmente agem de forma racional, podemos afirmar que quando alguém se vê diante de uma escolha semelhante, em que os resultados forem certos (sem risco), e uma opção for claramente melhor que a outra ($A > B$), então, a opção associada a um melhor retorno tende a ser a escolhida. Lembre-se: *melhor* aqui está no sentido de gerar maior utilidade para o agente tomador da decisão de acordo com suas preferências subjetivas. Esta conclusão é uma decorrência direta do pressuposto da racionalidade, segundo o qual se $A > B$, então, dada a opção entre A e B, a escolha será por A, salvo um engano. Assim, diante

102 de escolhas sem risco, o agente preferirá a opção que lhe trouxer maior benefício, ou o melhor retorno segundo a sua opinião, ou seja, os agentes são racionais.

Dessa forma, se um consumidor está procurando um aparelho de TV específico e sabe que o aparelho está sendo vendido por R\$ 3.000 em uma loja e por R\$ 2.500 em outra loja, em um mesmo *shopping center*, nas mesmas condições comerciais (*ceteris paribus*), então, a conduta esperada é que o consumidor adquira o produto na loja com o menor preço. O mesmo raciocínio se aplica, sem ressalvas, se o produto que estiver procurando for cocaína. Como disse, é a melhor escolha de acordo com as preferências do decisor, não a nossa. Não estamos discutindo um critério objetivo de avaliação de condutas, mas uma teoria sobre como as pessoas se comportam.

Além disso, para os agentes racionais, o que interessa é o resultado líquido da sua decisão e não o valor bruto oferecido. Por exemplo, suponha que a concessionária A fique em São Paulo, e o custo do frete para transportar o carro de Brasília até lá seja R\$ 8.000, enquanto a concessionária B fique em Goiânia, e o custo de frete seja menor, R\$ 4.000. Agora a opção pela concessionária A gera apenas R\$ 37.000 ($= 45.000 - 8.000$) e a opção pela concessionária B gera R\$ 38.000 ($= 42.000 - 4.000$). Portanto, as alternativas de Roberta passam a ser:

ESCOLHA SEM RISCO COM CUSTO
Figura 4-2



Apesar de o preço pago ter se mantido constante nos dois exemplos, a análise anterior se alterou com a inclusão do custo do frete, e a alternativa mais interessante passou a ser a concessionária B, apesar de a concessionária A pagar mais. Esse resultado é óbvio, mas relevante para nos alertar que o que importa para a decisão do agente racional é o benefício líquido obtido com a opção, o resultado (*outcome* ou *payoff*) e não o valor bruto pago ou recebido. Logo, devemos ter em mente que não apenas os ganhos, mas também os custos importam para a decisão final do agente racional.

Vamos agora inserir o risco na análise e ver como isso pode afetar o comportamento dos agentes. Suponha que, com o dinheiro da venda do carro, Roberta deseja abrir um negócio. Ela não tem experiência como empresária, mas quer começar uma nova carreira. Após ler muitos livros, conversar com pessoas que atuam na área e estudar o mercado, ela estima que, se investir para abrir uma sorveteria próxima a

lago terá 50% de chance²⁵⁸ de ser bem sucedida e lucrar R\$ 5.000 e 50% de chance de ser mal-sucedida e perder R\$ 10.000. Você acha que a Roberta abriria esse negócio? Você abriria? Reflita sobre isso antes de continuar.

Note que apesar de as chances de sucesso de Roberta não serem ruins, 50% equivale a um jogo de cara ou coroa, os resultados esperados do empreendimento são desproporcionais. Ela tem 50% de chance de ganhar R\$ 5.000, mas os mesmos 50% de chance de perder R\$ 10.000, ou seja, o dobro. Nesse sentido, apesar de as chances serem equivalentes, a desproporcionalidade dos resultados parece inclinar a decisão para o não investimento nesse negócio. Seria interessante termos uma forma mais estruturada do que a mera intuição para pensarmos sobre esse tipo de decisão, mas antes de apresentá-la, vamos complicar ainda mais o dilema de Roberta com outro exemplo.

Suponha agora que Roberta tenha realizado mais pesquisa e tenha percebido que quiosques de cerveja e outras bebidas fazem mais sucesso no lago do que sorvete e que, se mudasse de linha de negócio, suas chances de sucesso aumentariam de 50% para 75%. Isso equivale a dizer que em vez de um jogo de cara ou coroa, ela estaria diante de um dado de quatro lados (tetraedro): teria lucro se tirasse, 1, 2 ou 3 no dado. Ela só teria prejuízo se tirasse 4²⁵⁹. Os resultados continuam desproporcionais, ela perderia o dobro do que ganharia, caso perdesse, mas agora as chances estão do lado dela. Ela tem três vezes mais chances de ganhar (1, 2 e 3 no dado de 4) do que de perder (4 no dado de 4). Seria o aumento das chances de êxito suficiente para fazê-la investir no negócio? Como você agiria? Se tivesse de descrever o comportamento médio das pessoas diante de uma escolha como essa, e não de um indivíduo em particular, como você o faria?

A essa altura está claro que a inserção do risco tornou a decisão de abrir ou não o negócio muito menos direta do que as decisões sem riscos; e agora precisamos considerar não apenas os resultados (*payoffs*) associados a cada alternativa, mas também a probabilidade de ocorrência de cada uma. É fácil perceber que, para cada opção, quanto maior a probabilidade de sua ocorrência, maior será o seu peso na decisão final, tanto para o lado positivo, quanto para o lado negativo.

A forma como representamos essa intuição é por meio da ponderação de cada resultado por sua probabilidade de ocorrência (risco), de maneira a considerarmos os efeitos tanto de variações no *payoff*, quanto de variações nas probabilidades de ocorrência. Assim, a variação do valor do resultado tornará a opção mais atraente, se

258. Lembre-se de que as pessoas costumam usar a palavra *chance* para probabilidades associadas a resultados positivos, desejáveis; e usam a palavra *risco* para probabilidades associadas a resultados negativos, indesejáveis. Mas, na realidade, tanto chance quanto risco não passam de probabilidades.

259. Se o leitor estiver se perguntando se existe um dado de quatro lados, é porque nunca participou de um jogo de interpretação (*role-playing game* ou RPG). Um kit padrão de RPG tem dados de vários lados, inclusive de 4, de 8, de 10, de 12 e de 20 lados, além dos tradicionais dados de 6 lados. Fim do momento *nerd*.

for positiva, e menos atraente, se for negativa, enquanto o aumento da probabilidade tornará aquela opção mais relevante para decisão final – e a diminuição da probabilidade a tornará menos relevante.

Assim, o retorno esperado²⁶⁰ de uma alternativa é o *payoff* associado a essa alternativa que pode ser positivo ou negativo, multiplicado pela probabilidade de sua ocorrência. Nesse sentido, o valor esperado de uma aposta de R\$ 100 com 60% de chance de sucesso é R\$ 60, *i.e.*, $100 \cdot 0,60 = 60$, enquanto o valor esperado de um acidente que gere um prejuízo de R\$ 100 com probabilidade de ocorrência de 10% é -R\$ 10, ou $-100 \cdot 0,1 = -10$. Podemos agora combinar o resultado esperado de cada alternativa para gerar o valor esperado da decisão como um todo. Raciocinar dessa forma nos permitirá avaliar melhor os dois exemplos acima e compará-los.

No primeiro exemplo, Roberta estava diante de duas opções: investir ou não investir na sorveteria. A opção de não investir na sorveteria a mantém no estado inicial, no *status quo*; já o investimento na sorveteria pode levar a dois resultados diferentes: lucro ou prejuízo²⁶¹. As opções de Roberta são as seguintes:

RETORNO ESPERADO DO INVESTIMENTO NA SORVETERIA

Figura 4-3

	Probabilidade (A)	Resultado (B)	Retorno Esperado (A . B)
Lucro	50%	5.000	2.500
Prejuízo	50%	-10.000	-5.000
Retorno Esperado			-2.500

Como se pode ver, o retorno esperado do investimento na sorveteria para Roberta é -R\$ 2.500²⁶², o que significa que se esse negócio fosse aberto várias vezes, o retorno esperado seria um prejuízo médio de R\$ 2.500; ou que considerando todas as sorveterias no lago, em média, elas perdem R\$ 2.500. Logo, de um ponto de vista racional, o investimento na sorveteria não faz sentido para Roberta, pois ela espera obter um retorno negativo. A decisão de Roberta também pode ser representada na seguinte árvore de decisão:

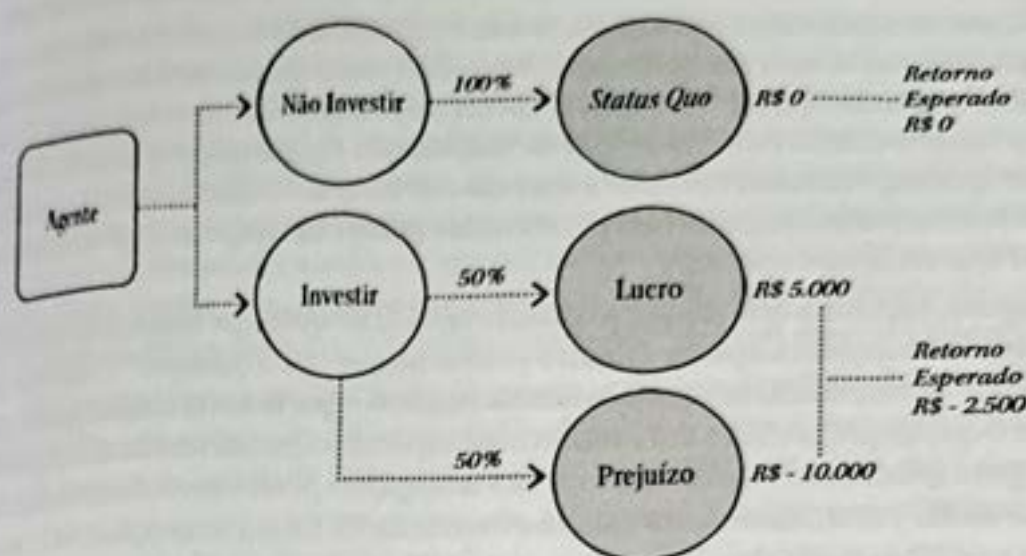
260. Em matemática ou estatística o retorno esperado também é chamado de valor esperado, de esperança matemática ou de expectativa.

261. Do ponto de vista matemático é relativamente simples fazer com que o resultado seja qualquer valor entre 0 e 100% de sucesso, gerando infinitos resultados. No entanto, o tratamento dos modelos requereria algum grau de domínio de cálculo matemático, o que é desnecessário para nosso leitor captar as intuições dos modelos.

262. Retorno Esperado (RE) = $0,5 \cdot 5.000 + 0,5 \cdot (-10.000) = -2.500$.

INVESTIR OU NÃO INVESTIR - SORVETERIA

Figura 4-4



O caso do investimento no quiosque de bebidas é quase idêntico ao caso da sorveteria, com todas as alternativas permanecendo iguais, inclusive os *payoffs* de cada resultado, mudando apenas as probabilidades associadas a cada resultado. Podemos resumir o caso do quiosque de bebida assim:

RETORNO ESPERADO DO INVESTIMENTO NO BAR

Figura 4-5

	Probabilidade (A)	Resultado (B)	Retorno Esperado (A . B)
Lucro	75%	5.000	3.750
Prejuízo	25%	-10.000	-2.500
Retorno Esperado			1.250

Note que a simples mudança das probabilidades associadas a cada resultado foi o suficiente para alterar o retorno esperado do investimento, que passou de um prejuízo médio de R\$ 2.500 para o ganho médio de R\$ 1.250³⁶³, apesar de todas as demais variáveis permanecerem constantes. Logo, a mudança das probabilidades a favor foi o suficiente para tornar o investimento no quiosque uma opção racional para Roberta.

É importante ressaltar que, em uma decisão com risco, o valor esperado não representa necessariamente qualquer um dos resultados possíveis, nem é o resultado mais provável (associado a uma maior probabilidade); ele é apenas o valor médio que se obteria, caso a mesma decisão fosse tomada um número grande de vezes. Assim, no caso da sorveteria, o retorno esperado é -R\$ 2.500, mas os resultados possíveis

363. Retorno Esperado (RE) = $0,75 \cdot 5.000 + 0,25 \cdot (-10.000) = 1.250$.

são apenas R\$ 5.000 e -R\$ 10.000, enquanto no caso do quiosque de bebidas o retorno esperado é R\$ 1.250, com os mesmos resultados possíveis de R\$ 5.000 e -R\$ 10.000.

Nesse sentido, o retorno esperado não é uma medida dos resultados possíveis de uma decisão com risco, mas *um indicativo de quanto vale a aposta em si*, considerando todos os resultados possíveis e suas respectivas probabilidades de ocorrência. Em qualquer decisão com risco, por definição, não é possível saber qual será o resultado da aposta, é razoável valorar a decisão sob incerteza como o resultado da soma de todos os resultados possíveis ponderados pelas suas respectivas probabilidades, *i.e.*, por seu retorno esperado.

Agora, suponha que Roberta tenha investido no quiosque de bebidas, mas ela não tenha começado a operar. Quanto você acha que vale o quiosque? Suponha que você esteja interessado em abrir o mesmo negócio e que Roberta esteja disposta a vender o quiosque por R\$ 1.250, seu retorno esperado. Quanto você estaria disposto a pagar pelo quiosque? Aqui temos apenas três opções possíveis: você estaria disposto a pagar os R\$ 1.250, mais de R\$ 1.250 ou menos de R\$ 1.250. Cada opção destaca um aspecto das preferências do agente decisor.

Se o adquirente valorizar o negócio tanto quanto valoriza R\$ 1.250, seu retorno esperado, diremos que o agente é **neutro ao risco**, *i.e.*, a atitude do agente em face à presença de risco é neutra; ele nem extrai maior utilidade pelo simples fato de estar correndo um risco, nem sofre qualquer desutilidade por estar correndo um risco. Se o agente valoriza a aposta mais do que valoriza o retorno esperado, diremos que ele é **propenso ao risco**, pois extrai mais utilidade da aposta do que o retorno esperado. Por fim, se o agente valoriza a aposta menos do que valoriza o retorno esperado, ele é considerado **avesso ao risco**. Alguns exemplos poderão facilitar a compreensão.

Começemos com os propensos ao risco. Se a ideia de que alguém possa ganhar com o jogo de propenso a riscos o surpreende, pense novamente. A Mega-Sena é um jogo de números, em que o jogador pode apostar de 6 a 15 números (com o custo da aposta subindo se o apostador marcar mais números). O prêmio é integralmente pago a quem acertar 6 números. Assim, se apostamos 6 números, a chance de ganhar é de 1 em 50.063.860²⁶⁵, aproximadamente 0,000002%, ou seja, para um prêmio de R\$ 20 milhões, o retorno esperado da Mega-Sena é de apenas R\$ 0,40 por aposta. E, assim, milhões de pessoas, todas as semanas, apostam pelo menos R\$ 6,50 para ter a chance de concorrer a R\$ 20 milhões.

Por outro lado, há circunstâncias em que as pessoas são extremamente avessas ao risco. Por exemplo, é comum pessoas não retirarem um carro novo da concessionária.

264. Em geral, negócios são vendidos por múltiplos de seu retorno esperado e não pelo retorno esperado em si. No entanto, para refletir o fato de que a operação gerará resultados no tempo. No entanto, para fins de simplificação, pense no exemplo como uma aposta, um ticket da loteria, que vale para apenas um sorteio.

265. A chance é calculada fazendo a combinação simples de 60 elementos tomados 6 a 6, *i.e.*, C_{60}^6 .

não iria sem antes realizar um contrato de seguro, apesar do alto preço das apólices. A compra de um seguro, de qualquer espécie (e.g. de carro, de vida, de saúde), significa que o segurado valoriza mais a transferência do risco para a seguradora (extrai mais utilidade) do que o preço pago pela apólice, ainda que o preço da apólice seja superior ao retorno esperado do sinistro, ou seja, muitas pessoas são avessas ao risco quando se trata de acidentes (perdas). É a aversão ao risco das pessoas que explica a existência de um mercado de seguro, pois, se todas as pessoas fossem neutras ao risco, elas aceitariam pagar pela apólice de seguro apenas o retorno esperado do sinistro, sem nenhum prêmio adicional – então, a seguradora não conseguiria obter qualquer lucro. Mas como muitas pessoas extraem mais utilidade da transferência de risco do que do equivalente em dinheiro do retorno esperado²⁶⁶, há um mercado de seguros.

Não por outra razão, uma boa parte das pessoas prefere a certeza de um resultado menor a um retorno esperado maior: quando oferecidas duas notas de R\$ 20 ou um ticket de loteria para ganhar R\$ 100 com 50% de chance ($RE = 50 = 100 \cdot 0,5$), é comum que, em vez de maximizar o retorno esperado, as pessoas prefiram minimizar riscos e optem por receber R\$ 40, que é um resultado certo. Afinal de contas, mais vale um pássaro na mão do que dois voando, já dizia minha mãe. Na realidade, pesquisas mostram que até mesmo o gênero das pessoas pode afetar sua propensão ao risco, com os homens sendo mais propensos a ele, enquanto as mulheres são mais cautelosas. O mesmo ocorre com relação à idade, os jovens são mais propensos ao risco do que os idosos. Por isso, as mulheres pagam prêmios menores do que os homens na hora de contratar seguro contra acidente de carro (apesar de muitos homens insistirem que dirigem melhor), e os jovens pagam prêmios maiores dos que os mais velhos, da mesma forma que os solteiros pagam mais que os casados e assim por diante. Pura estatística.

Quando discutimos a utilidade de uma decisão com risco para um determinado agente, estamos lidando com sua utilidade esperada. Quando discutimos os resultados possíveis, ponderados pelas respectivas probabilidades, estamos tratando do valor ou retorno esperado da aposta. Como visto acima, a utilidade esperada se iguala ao retorno esperado apenas quando o agente é neutro ao risco. De qualquer forma, a partir de agora, adotaremos o pressuposto simplificador de que, em geral, as pessoas são neutras ao risco, ainda que isso não seja sempre verdade, pois isso facilitará nossas discussões futuras. Quando a aversão ao risco se tornar algo relevante, poderemos relaxar esse pressuposto.

Dito isso, temos que, de acordo com a Teoria da Escolha Racional, em decisões sem risco, o agente sempre escolherá a opção que mais lhe gerar benefício, o melhor

266. As pessoas não costumam pensar assim, mas no contrato de seguro, os segurados são os vendedores e as seguradoras são as compradoras. O problema é que os segurados vendem risco, o que é ruim, logo, o preço pago pela seguradora é negativo, i.e., o segurado tem de pagar à seguradora (apólice) para que ela compre o seu risco. É por isso que quem faz a proposta de seguro é o segurado e a seguradora aceita ou não, de acordo com o perfil, e não o contrário.

retorno, enquanto nas decisões com risco, pessoas neutras ao risco escolherão a opção que lhes gerará o maior retorno esperado. Ao decidir, uma pessoa neutra ao risco realizará uma análise custo-benefício (ainda que intuitivamente) de todas as opções disponíveis (que conseguir identificar) e atribuindo uma probabilidade subjetiva a cada uma, estimará o retorno esperado de cada opção. Uma vez identificadas as opções com o melhor retorno esperado, esse será o curso de ação escolhido. Nessa linha, para sabermos qual a provável decisão de alguém, basta identificarmos qual decisão trará o maior retorno esperado.

4.1.2 Teoria da Barganha: ou por que existem as trocas?

Na seção anterior discutimos como as pessoas decidem diante de opções com e sem risco. Mas a discussão foi sobre a decisão de um único agente racional diante de alternativas concorrentes. Nada dissemos sobre o processo de decisão de dois agentes quando interagem para realizar uma troca e como decidem os termos dessa interação. Por isso, antes de avançarmos para a Análise Econômica do Processo, precisamos explicar brevemente por que e como as pessoas realizam trocas; para isso, usaremos a Teoria da Barganha, *i.e.*, a parte da Teoria dos Jogos que investiga problemas de negociação sobre a divisão de bens entre dois ou mais agentes.

Em 1776, Adam Smith²⁶⁸ disse: "O homem quase sempre precisa da ajuda de outros semelhantes, e seria vão esperar obtê-la somente da benevolência. Terá muitas chances de conseguir o que quer se puder interessar o amor-próprio deles a seu favor e convencê-los de que terão vantagens em fazer o que deles pretende. Todos os que oferecem a outros qualquer espécie de trato propõem-se fazer isso. Deixando aquilo que eu desejo, e terás isto que desejas, é o significado de todas as propostas de troca de gênero e é dessa maneira que nós obtemos uns dos outros grande maioria dos favores e serviços de que necessitamos. Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro, do padeiro que esperamos o nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelos próprios interesses. Apelamos não à humanidade, mas ao amor-próprio, e nunca falamos de nossas necessidades, mas das vantagens que eles podem obter". Como se pode ver, há muito tempo já percebemos que, para obter algo de outrem, em geral precisamos oferecer-lhe uma contraprestação que o interesse. Essa é a ideia central da Teoria da Barganha.

267. A probabilidade de um evento incerto pode ter seus valores atribuídos de forma subjetiva ou de forma objetiva. A probabilidade subjetiva é uma porcentagem que indica o grau de confiança ou a estimativa de uma pessoa quanto à possibilidade de ocorrência de um determinado evento. Por exemplo, quando afirmamos "hoje há 30% de chance de chover hoje". A probabilidade objetiva é a proporção da ocorrência de um evento em relação ao número de eventos possíveis associado a um experimento frequentista. Como aqui estamos estudando o comportamento do agente, é a probabilidade subjetiva que importa, pois é ela que determina o retorno esperado percebido e, em última instância, a conduta esperada.

268. Cf. Smith (2013 [1776], p. 19).

Considere a seguinte situação: Antônio possui uma casa voltada para o nascente, com vista única e desimpedida para o vale, e Roberta, que mora na rua de baixo, sempre quis morar nessa casa. Em que condições a troca ocorreria? Se estivessemos no estado da natureza (ausência de Estado), talvez Roberta pudesse usar a força para obter a casa que deseja. Ela poderia entrar à noite na casa de Antônio e assassiná-lo para ficar com a casa, ou, se fosse muito forte, poderia simplesmente ameaçá-lo e coagi-lo a deixar a casa para ela. No entanto, em função da existência do direito de propriedade (*sociedade civil*), Roberta não pode usar a própria força para expropriar Antônio. Então, como disse Adam Smith, ela precisa encontrar algo que interesse mais a Antônio do que a casa para que consiga convencê-lo a trocá-la voluntariamente. É o que os juristas tradicionais chamam de autonomia da vontade. Do ponto de vista da Teoria da Barganha, na presença do direito de propriedade (ausência de violência), a troca ocorrerá se – e somente se – Roberta for capaz e estiver disposta a pagar pela casa mais do que Antônio a valoriza. Do contrário, a troca não ocorrerá.

Suponha que Antônio esteja disposto a vender sua casa pelo preço mínimo de R\$ 850.000, ou seja, ele valoriza a casa em R\$ 850.000, enquanto Roberta está disposta a pagar o preço máximo de R\$ 1.250.000, *i.e.*, ela valoriza a casa em R\$ 1.250.000. Se a troca acontecer – se Roberta comprar a casa de Antônio – por qualquer preço entre R\$ 850.000 e R\$ 1.250.000, ambos estarão em uma situação melhor do que estavam antes da troca. Em outras palavras, a troca voluntária, livre de erro e vício de vontade, é Pareto eficiente. Logo, nessa situação, os dois agentes possuem um *interesse convergente* em realizar a troca. Ao mesmo tempo, porém, eles possuem um *interesse divergente* sobre o preço para realizar a troca. Ambos concordam que a troca é benéfica, mas Antônio gostaria que o preço fosse o mais alto possível, enquanto Roberta gostaria que o preço fosse o mais baixo possível.

Qualquer situação de negociação em que dois ou mais de agentes podem realizar uma troca que seria mutuamente benéfica – mas na qual divergem acerca dos termos da troca – é uma situação de barganha. Em termos gerais, uma situação de barganha é uma conjuntura na qual dois ou mais jogadores²⁶⁹ possuem o interesse convergente em cooperar, mas possuem interesses divergentes sobre a forma exata de como a cooperação deve acontecer (conflito de interesses).

Assim, a principal questão que os jogadores enfrentam em qualquer situação de barganha é como chegar a um acordo sobre os termos da cooperação, da troca. Cada jogador prefere chegar a algum entendimento e celebrar o acordo, a discordar e, por isso, não celebrar acordo algum. Cada jogador, é claro, também prefere que o acordo seja o mais favorável possível para si. Nesse sentido, é possível que os jogadores

269. Jogadores é como a Teoria dos Jogos se refere aos agentes em um contexto estratégico, *i.e.*, em um jogo. Eles podem ser uma pessoa, uma família, um grupo ou uma organização, por exemplo.

cheguem a um acordo apenas após incorrerem em grandes custos de negociação (e.g. gastem muito tempo) ou mesmo que falhem em alcançar um acordo.

A barganha é o processo pelo qual as partes tentam chegar a um acordo. O processo de barganha normalmente é demorado, cada parte faz propostas e contrapropostas à outra, em um processo contínuo de teste da força do lado oposto e de aquisição de mais informações (redução da assimetria de informações). A barganha pode ser muito prejudicial para ambos e gerar muitos custos, como, por exemplo, quando empregados e empregadores celebram um acordo coletivo, mas somente depois de uma longa e custosa greve que paralisou a produção e suspendeu os salários; ou quando acionistas de uma empresa celebram um acordo de acionistas, mas só após anos de briga societária na justiça e de impedimento de decisões lucrativas para a empresa.

Retomando o nosso exemplo, Antônio valoriza a casa em R\$ 850.000 e, portanto, assumindo a ausência de violência (troca voluntária), ele só aceitará transferir a casa se receber esse valor ou mais. Por isso, esse será o seu preço mínimo, seu valor de reserva ou valor de ameaça ($V_A = \text{R\$ } 850.000$). A proposta de qualquer valor abaixo do valor de reserva pode levar Antônio a se levantar da mesa de negociações, pois estará em uma situação melhor se não vender. Por outro lado, Roberta valoriza a casa em R\$ 1.250.000 e, portanto, ela só aceitará comprar a casa se tiver de pagar um montante igual ou inferior a esse valor. Por isso, esse será o seu preço máximo, seu valor de reserva ou de ameaça ($V_R = \text{R\$ } 1.250.000$). Se Antônio pedir qualquer valor acima de seu preço máximo, Roberta pode sair da mesa de negociação, pois estará melhor se não comprar a casa. Suponha agora que Roberta tenha R\$ 2.000.000 no banco. O negócio jurídico será realizado? Se sim, por quanto?

Se $V_R < V_A$, i.e., se Roberta valorizasse a casa menos do que Antônio, não haveria espaço para troca, e a negociação se encerraria quase imediatamente. Não há ganho para as partes em continuar. No entanto, como no nosso exemplo $V_R > V_A$, há espaço de acordo²⁷¹, pois há valor a ser criado com a troca. Se Antônio transferir a casa para Roberta por qualquer valor entre R\$ 850.000 e R\$ 1.250.000 será criado um valor adicional de R\$ 400.000. Esse valor adicional, criado pela alocação do bem para uma destinação que é mais valiosa (de Antônio para Roberta), é chamado de excedente cooperativo. Toda troca voluntária gera bem-estar, pois a toda troca voluntária se

270. Os custos de negociação são um dos custos de transação associados à utilização do mercado (mecanismo de preço) para a realização de uma operação, como uma troca. Os custos de transação incluem os custos de procura de um parceiro, os custos de negociação dos termos da troca, os custos de monitoramento da transação após o acordo e os custos de coerção para fazer valer o acordo, caso o parceiro não cumpra com o acordado. Cf. Coase (1937) e (1960) e Williamson (1983 [1975]; 1985; 1999), ambos ganhadores do Prêmio Nobel.

271. Em análise econômica dos contratos e em microeconomia, o espaço de acordo também é chamado de curva contratual. A curva contratual é o conjunto de pontos que representam todas as alocações finais de dois bens entre dois agentes e que podem ocorrer como o resultado de trocas voluntárias, dada uma alocação inicial de recursos. A curva contratual pode ser representada por uma Caixa de Edgeworth. A ideia original foi apresentada por Francis Y. Edgeworth em seu *Mathematical Psychics: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*, ao discutir a Teoria da Barganha (1881, pp. 28 e 113). Sua formulação mais moderna no formato de uma caixa foi feita por Pareto, no seu já citado livro *Manuale di Economia Politica* (1919, p. 187 e ss.).

associa um excedente cooperativo. Para entender como a simples troca de um bem pode gerar valor para a sociedade e para as partes envolvidas, basta lembrarmos que o valor decorre das preferências de cada agente e, portanto, sua utilidade não se confunde com o preço⁷². O preço pago na operação de compra e venda será exatamente o mesmo preço recebido na operação de compra e venda, mas o valor extraído do bem da vida trocado pelas partes, não. O quadro abaixo pode facilitar a visualização desse conceito simples, mas fundamental:

EXCEDENTE COOPERATIVO DECORRENTE DA TROCA VOLUNTÁRIA
Figura 4-6

	Antes da Operação (A)	Depois da Operação (B)	Saldo (B - A)
Antônio	850.000 (Casa)	1.050.000 (Banco)	200.000
Roberta	2.000.000 (Banco)	1.250.000 (Casa) 950.000 (Banco)	200.000
Total	2.850.000	3.250.000	400.000

Na figura acima, assumimos que o preço pago foi a metade entre o preço mínimo e o máximo que cada parte estava pedindo, o que parece um resultado razoável. No entanto, note que a criação do excedente cooperativo e sua magnitude independem do preço que as partes acertarão para o negócio jurídico, desde que ele esteja entre o preço de reserva de Antônio e de Roberta ($V_R \geq P \geq V_A$). O que muda, a depender do preço ajustado pelas partes, é a *distribuição* do excedente cooperativo, mas não sua existência ou magnitude. Assim, por exemplo, suponha que, sabendo do intenso desejo de Roberta pela casa, Antônio tenha adotado uma postura mais dura na negociação até conseguir que ela aceitasse pagar R\$ 1.250.000. Haveria a criação de excedente cooperativo? Se sim, de quanto e como ele estaria distribuído? A tabela abaixo responde a essas perguntas:

DISTRIBUIÇÃO DO EXCEDENTE COOPERATIVO
Figura 4-7

	Antes da Operação (A)	Depois da Operação (B)	Saldo (B - A)
Antônio	850.000 (Casa)	1.250.000 (Banco)	400.000
Roberta	2.000.000 (Banco)	1.250.000 (Casa) 750.000 (Banco)	0
Total	2.850.000	3.250.000	400.000

Como se pode ver, o excedente cooperativo gerado pela transação continuou a ser exatamente de R\$ 400 mil. Ele apenas foi capturado integralmente por uma das partes (Antônio), mas Roberta recebeu ao menos o seu valor de ameaça (preço mínimo).

72. Mais uma vez, sobre a diferença entre preço e valor, cf. Gico Jr. (2019).

Dado que os agentes são racionais, uma troca voluntária sempre gerará valor para as partes (excedente cooperativo), cuja distribuição dependerá da barganha real. E mesmo que uma das partes capture todo o excedente cooperativo, ainda assim a outra parte não terá sido prejudicada, pois estará com o bem da vida que desejava numa situação no mínimo igual à que estava antes; portanto, a mudança será Pareto eficiente (a situação de alguém melhorou sem prejudicar outrem). Isso ocorre porque, como a troca é voluntária, cada jogador deve receber ao menos o seu preço de reserva, ou ele não cooperará e a troca não será realizada. Se tiver sido realizada, é porque é vantajosa para ambos.

O processo de negociação pode ser entendido tanto como um mecanismo de redução de assimetria de informação como uma disputa pela distribuição do excedente cooperativo. E todo processo de negociação passará por três etapas: (i) a identificação dos valores de ameaça (preço máximo e mínimo); (ii) a criação do excedente cooperativo; e (iii) a distribuição do excedente cooperativo.

Quando uma pessoa diz que uma negociação foi injusta, muitas vezes está se referindo não ao fato de o negócio jurídico ter efetivamente prejudicado uma das partes (violação do preço máximo ou mínimo), mas sim à sua opinião de que a distribuição do excedente cooperativo não teria sido adequada de acordo com algum critério normativo (julgamento de valor). Todavia, como demonstramos, uma troca voluntária não pode prejudicar uma pessoa racional, independentemente da distribuição do excedente cooperativo, salvo em caso de erro.

Mas o que determina o resultado desse processo de negociação? Se não houvesse custos de transação, ou melhor, se a negociação não envolvesse tempo, investimento em informação, advogados, elaboração de contratos, paciência etc., a barganha provavelmente continuaria até que as partes chegassem a um resultado que agradasse ambas, algo entre os preços de reserva dos negociadores. Por outro lado, elas poderiam ficar presas em um impasse, pois o momento do acordo não importaria, e as partes não incorreriam em custos para negociar (mundo sem atrito). No entanto, como toda negociação consome no mínimo tempo e tempo é um recurso valioso, negociar é custoso. Há custos de transação associados a qualquer processo de negociação (mundo com atrito).

Além dos custos de transação, que podem ser distribuídos assimetricamente entre as partes, há outros fatores que podem afetar o resultado da negociação (a distribuição do excedente cooperativo), como a existência de assimetria de informação ou a impaciência (ou ansiedade) das partes. Como já se disse, há uma assimetria de informação quando, em uma relação entre dois ou mais agentes quaisquer, um deles possui informações em quantidade ou qualidade superior às da outra parte (e.g. um vendedor com o consumidor em relação ao seu produto), logo, um dos agentes possui informação privada (e.g. segurado em relação à seguradora). Nesse caso, o detentor da informação privada pode capturar uma parcela maior do excedente cooperativo.

ansiedade ou impaciência ocorre quando, por qualquer razão, uma das partes atribui um valor substancial a variável tempo na negociação (maior taxa de desconto)²⁷³.

Em geral, quanto mais paciente uma parte for, maior será seu poder de barganha e quanto mais impaciente, menor será seu poder de barganha. A impaciência é especialmente importante quando a outra parte está em condição financeira desfavorável, pois ela tende a precisar muito de dinheiro em curto prazo; ou seja, quem precisa muito de dinheiro agora aplica uma taxa de desconto muito grande sobre o dinheiro no futuro e, portanto, está disposta a receber menos hoje ou a pagar mais no futuro pelo mesmo montante no presente²⁷⁴.

Agora que temos uma compreensão mais profunda acerca de como agentes racionais tomam decisões e de como e por que eles realizam trocas, estamos prontos para aplicar esse conhecimento no âmbito do processo civil e avançarmos para o modelo juseconômico do processo.

4.2 Da Lide no Processo: o modelo juseconômico do litígio

4.2.1 Autocomposição e Análise Custo-Benefício

Como discutido no Capítulo 2, a função social do Judiciário é resolver conflitos aplicando as regras jurídicas. Neste sentido, enquanto o Poder Executivo e o Poder Legislativo, compostos por representantes do povo, podem – *ex officio* – iniciar medidas e/ou políticas públicas que entendam do interesse da sociedade, o Poder Judiciário é um poder passivo, reativo. Não é seu papel, nem pode ele agir *moto proprio*, devendo apenas reagir às demandas que a sociedade traz na forma de conflitos²⁷⁵ (ações judiciais) e, quando provocado, resolver tais conflitos de acordo com o direito. Assim, a prestação do serviço público adjudicatório está sempre condicionada não apenas à existência prévia de uma lide, mas também a que essa lide seja efetivamente trazida perante o Judiciário para resolução por uma das partes envolvidas²⁷⁶.

Na abordagem tradicional de Carnelutti²⁷⁷, a lide é um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida, *i.e.*, alguém quer algo, mas a pessoa que pode prover o bem da vida pretendido se recusa a fazê-lo. Há quem critique essa de-

273. Essa questão será muito importante quando discutirmos a seleção adversa decorrente da Tragédia do Judiciário na Seção 6.6 adiante.

274. É por isso que pessoas impacientes pegam empréstimos para comprar carros, casas ou financiar viagens, e, portanto, pagam juros pelo aluguel do dinheiro de terceiros; ou ainda, credores do Estado aceitam vender seus precatórios com descontos substanciais sobre o principal. Tudo isso é o resultado da ansiedade ou da impaciência do agente.

275. De acordo com o art. 2º do CPC: "O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei."

276. Excepcionalmente, o Ministério Público pode iniciar a ação em nome dos interessados (como nas ações civis públicas), bem como os sindicatos em nome de seus substituídos.

277. Cf. Carnelutti (2000 [1953], p. 93).

finição de lide porque o Judiciário também pode ser acessado em casos em que não haveria pretensão resistida – como na hipótese de um pedido de alteração de nome ou em um divórcio consensual. No entanto, apesar de essa ressalva ser parcialmente verdadeira²⁷⁸, para fins da presente discussão, as atividades desempenhadas pelo Judiciário que não envolvem uma lide são residuais e, muitas vezes, são ou podem ser transferidas para cartórios ou outros entes administrativos, pois não requerem a prestação de serviço público adjudicatório²⁷⁹ – como é o caso de divórcio ou de inventário consensuais que não envolvam menores.

De qualquer forma, nossa reserva à definição de lide não se deve ao fato de o Judiciário também realizar trabalho não-adjudicatório, mas sim ao fato de que nem toda pretensão é exercida e, das que são exercidas, nem todas são resistidas e, das que são resistidas, nem todas são judicializadas. Logo, há pretensões que não viram lides, e há lides que não viram processos. Compreender por que isso ocorre é o primeiro passo para entendermos o comportamento das partes no curso de um processo.

De início, é importante ressaltar que todos os dias as pessoas querem os mais variados tipos de coisas. Ora alguém deseja receber um aumento de salário, ora alguém deseja começar a namorar outrem, ora alguém deseja comprar um carro novo etc. O número de pretensões é quase infinito. Como o ser humano é um ser movido por propósito, é justamente o agregado de todos esses desejos ou pretensões que move a humanidade. Uma parte substancial dessas pretensões é frustrada e nunca passa disso, desejos frustrados. Muitas vezes, as pessoas tentam submeter os outros às suas pretensões e, às vezes, o detentor do bem da vida se submete à pretensão alheia espontaneamente, em outros casos, não.

Por exemplo, normalmente quando se pede licença na rua, a pessoa a bloqueia o caminho costuma liberá-lo sem muita resistência. Ela se submete à pretensão de outro, que é passar livremente. Já quando se dá seta no trânsito para virar à esquerda, como o leitor deve ter experimentado, nem sempre o motorista do veículo ao lado cede espaço; e, muitas vezes, mesmo que haja espaço, o outro motorista acelera para impedir que você entre. Mais uma pretensão frustrada. Dos mais simples aos mais complexos, esta lista de exemplos poderia continuar eternamente.

Como os recursos são escassos e as pessoas são racionais, é natural que concorram entre si pelos recursos existentes. Muitas vezes tal disputa – essa concorrência – pelos recursos escassos gera oportunidades de cooperação (trocas voluntárias) e outras vezes gerará um conflito. Um conflito surge quando alguém tem uma pretensão

278. Os casos de jurisdição voluntária podem ser interpretados como uma pretensão contra o Estado que nasce *ab initio*, mas que pode ceder se o Judiciário aquiescer, ou como uma atividade regulatória, em que o Judiciário atua para garantir que a vontade da lei e os interesses de um vulnerável não sejam prejudicados.

279. Na ausência de um litúgio, de uma lide, o Judiciário não *ad judica*, não atribui o direito, mas do que atua como uma atividade regulatória, apenas desempenha uma atividade meramente administrativa.

sobre determinado recurso ou bem da vida e o seu detentor resiste. Estará formada uma lide no sentido clássico.

No entanto, a vasta maioria dos conflitos humanos é resolvida entre os próprios partes do conflito (*autocomposição*), mediante uma solução negociada entre si, ou com uma das partes abrindo mão de sua pretensão ou a outra se submetendo. Apenas uma pequena parcela dos conflitos humanos é levada ao conhecimento do Judiciário para resolução (*heterocomposição*). Como disse, para que uma lide se transforme em um processo, não basta que a pretensão seja resistida, ela precisa ser judicializada.

Suponha, por exemplo, que Roberta tenha abalroado a traseira do veículo de Antônio em alguma via movimentada de Brasília. Ainda que não haja controvérsia quanto aos fatos acima descritos, é possível que Antônio e Roberta discordem sobre alguns aspectos do acidente. Roberta pode acreditar que Antônio foi negligente e parou onde não deveria, sendo responsável pelo acidente. Antônio, por sua vez, pode acreditar que Roberta não mantinha uma distância razoável de seu veículo e, que se tivesse mantido essa distância, o acidente não teria ocorrido. Roberta, ainda, pode simplesmente não se importar com o prejuízo de Antônio e não ter interesse algum em arcar com os custos de reparo do carro de outra pessoa, pois já basta consertar o seu próprio veículo. Nesse contexto, seria possível Antônio e Roberta se autocomporem?

Se Antônio e Roberta vivessem no estado da natureza, *i.e.*, em um país sem lei, sem um mecanismo pacífico de solução de controvérsias, sem monopólio do uso legítimo da força, portanto, sem Estado, talvez ambos negociassem pacificamente alguma solução entre eles (*autocomposição*). Eles poderiam ser vizinhos, membros de uma mesma tribo, simplesmente por medo de que o conflito escalasse²⁸⁰ ou porque são boas pessoas (preferências). Todavia, também é possível que o simples incidente de trânsito evoluísse para a violência e um dos dois tentasse subjugar o outro à sua pretensão pelo exercício da força. Antônio poderia ameaçar Roberta por ser mais forte, ou Roberta poderia ameaçar Antônio por vir de uma família mais rica e poderosa. Lembre-se dos *fayz* do início do Capítulo 2 e da substancial redução de sua população por causa da violência entre eles. É justamente para tentar mitigar o escalonamento da violência em geral que o Estado procura impedir que as pessoas exerçam as suas próprias razões e usem a força para fazer valer suas pretensões, mesmo quando são detentores do direito²⁸¹.

Ainda que o uso da força privada não seja uma alternativa viável para a solução do conflito, se Antônio pressionar Roberta para que conserte o seu carro (se ele exercer a sua pretensão), ela pode resistir ou se submeter espontaneamente. Con-

280. Sobre a resolução de conflitos entre vizinhos sem a necessidade do direito, cf. Ellickson (1991).

281. De acordo com o art. 345 do Código Penal é crime: "Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite".

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa."

siderando que tanto Antônio quanto Roberta são agentes racionais, o que sempre é que na tomada de suas decisões, eles ponderem os custos (C) e os benefícios associados a cada uma de suas opções. Assim, Antônio exercerá a sua pretensão se entender que os benefícios de o fazer mais do que compensam os custos de fazê-lo ($B > C$). Se ele achar que vale a pena, exercerá a sua pretensão, do contrário, não exercerá.

Por exemplo, quantas vezes você já fez uma compra em que o troco ou o produto veio levemente errado ou em desacordo com o pedido original e você sabia que se voltasse, o vendedor ajustaria espontaneamente o pedido, mas simplesmente deixou de fazê-lo porque o custo não compensava? Talvez não queiramos perder tempo voltando à loja, talvez não queiramos esperar mais pelo sanduíche quente, ou talvez não queiramos ir ao correio devolver o produto comprado pela internet. Não importa. Em todos esses casos, o custo de exercer a pretensão é percebido pelo agente como maior que o benefício associado ao seu exercício e, por isso, o agente racional não exercerá a sua pretensão. Sem o exercício da pretensão, não se forma a lide.

Por outro lado, se Antônio exercer a sua pretensão, Roberta também agirá de acordo, *i.e.*, ela também ponderará sobre os custos e os benefícios de resistir ou não à pretensão de Antônio. Se ela entender que resistir traz mais benefícios do que custos ($B > C$), Roberta racionalmente o fará. Se resistir trouxer menos benefícios do que custos ($B < C$), então, Roberta racionalmente se submeterá à pretensão de Antônio. Como regra, a contraparte exigida se submete à pretensão quando o benefício de resistir for menor que o seu custo ($B < C$).

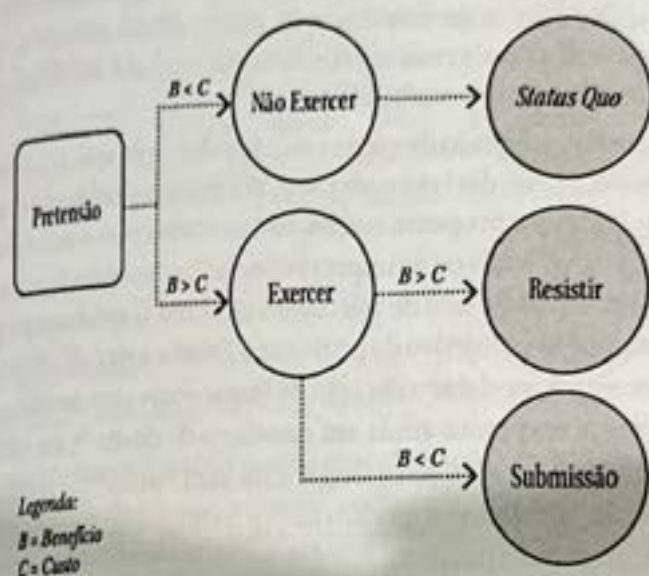
Por exemplo, às vezes, um comerciante aceita trocar um produto, ainda que não tenha qualquer defeito, apenas para agradar o cliente e não incorrer no desgosto de uma discussão²⁸²; ou então, aceitamos dividir os custos de um novo sistema de vigilância coletivo da rua, ainda que a nossa casa já tenha um sistema de vigilância próprio, apenas para não criarmos um clima adverso na vizinhança. Pense em suas reuniões familiares e talvez você perceba o quanto capitulamos em relação às pretensões alheias para evitar conflitos.

Quando $B < C$, a contraparte racional aceitará submeter-se espontaneamente à pretensão, e a autocomposição será alcançada. Mas quando $B > C$, não. Em ambos os casos, a decisão será o resultado de uma ponderação de custos e benefícios pelos agentes racionais, ou seja, de uma análise custo-benefício. Nesse sentido, tanto a conduta do agente pretendente quanto a conduta do agente pretendido serão regidas pelo mesmo pressuposto de racionalidade, *i.e.*, o curso de ação escolhido

282. Lembre-se da política quase corriqueira de lojas físicas que, a despeito de não realizarem vendas a distância, aceitam trocar os produtos vendidos em até trinta dias sem que haja qualquer obrigação legal para tanto.

por cada um será aquele que gerar o maior benefício líquido esperado²⁸³, segundo a percepção subjetiva dos custos e benefícios associados a cada opção, por cada um deles. Esse raciocínio pode ser ilustrado na seguinte árvore de decisão²⁸⁴:

LIDE SEM AÇÃO JUDICIAL
Figura 4-8



Em resumo, considerando que os agentes são racionais, a autocomposição ocorrerá apenas quando ambos os agentes acharem que lhes é benéfico cooperar, ou seja, quando, para ambos, $B > C$. Assim, na análise custo-benefício de avaliação acerca da conveniência e oportunidade de se propor ou resistir a uma ação, cada agente racional estimará os custos e os benefícios associados à ação judicial. Para entendermos como esse raciocínio funciona, precisamos entender como é a decisão de judicializar, o que faremos a seguir.

4.2.2 Judicialização como uma Decisão com Risco

Suponha que, por qualquer razão, uma parte exerça sua pretensão e a contraparte resista a essa pretensão, o que ocorre? No estado da natureza, o agente pretendente conta apenas com a sua força privada ou com a boa vontade de sua contraparte para ter sua pretensão atendida. Já na sociedade civil, o agente pretendente pode exercer o seu direito de ação e requerer ao Estado-juiz que intervenha e, se o

²⁸³ Lembra-se de que, em análise econômica, tanto o custo quanto o benefício referem-se à utilidade e não apenas a questões financeiras. Assim, alguém pode extrair utilidade de agir corretamente, segundo algum critério normativo (moral) e pode incorrer em custos associados a agir em desconformidade com tais parâmetros. Depende de suas preferências.

²⁸⁴ Note que B e C são iguais para Antônio e Roberta, mas não coloquei subscritos identificando cada um por simplificação.

autor tiver direito – de acordo com as regras vigentes –, então, que o juiz deva usar a força estatal para fazer valer esse direito e lhe entregue o bem da vida pretendido (coerção), caso o réu não o faça espontaneamente. Não obstante, apesar de não terem o *direito de ação*, ou seja, o direito de provocar o Estado a se manifestar sobre determinado pedido (serviço público adjudicatório), a adjudicação, o uso da força estatal para tentar realizar a entrega do bem da vida pretendido, depende do julgamento de mérito acerca da existência ou não do *direito material* ao bem da vida pretendido. Em outras palavras, a manifestação estatal é um direito, enquanto o uso da força estatal é uma possibilidade.

Nesse contexto, a decisão de exercer ou não o direito de ação, *i.e.*, de propor ou não uma ação judicial, é uma decisão com risco, nos mesmos moldes do que discutimos na Seção 4.1.1. Uma vez proposta a ação, os resultados para o autor podem ser um julgamento de procedência ou de improcedência²⁸⁵, a depender do entendimento do juiz acerca da presença ou não de seu direito material. O autor sempre pode propor uma ação, é seu direito subjetivo de provocar o Estado, mas o resultado dessa ação é incerto. O primeiro a modelar a decisão de litigar como uma decisão sob incerteza foi Alan Friedman, enquanto ainda era estudante de direito²⁸⁶, em 1969, no que foi seguido por William Landes, John Gould e Richard Posner²⁸⁷. O resultado desse esforço é conhecido hoje como o modelo básico da litigância. Começaremos por ele e gradualmente, iremos expandi-lo.

Do ponto de vista do potencial autor, a decisão de ajuizar ou não ajuizar a ação é claramente uma decisão arriscada, no sentido de que não há garantia de que o resultado seja o pretendido, *i.e.*, pode ser que o pedido seja julgado procedente ou improcedente, seja por questões de prova, de direito ou de erro no ajuizamento ou condução da ação. Assim, a decisão do agente racional seguirá o mesmo princípio de racionalidade: a ação será proposta se $B > C$, mas o benefício agora é incerto e, portanto, há uma probabilidade p de o pedido ser julgado procedente e uma probabilidade $(1-p)$ de ser julgado improcedente²⁸⁸.

285. A decisão de procedência parcial não altera a discussão que segue, razão pela qual, para simplificar, discutiremos apenas as opções binárias.

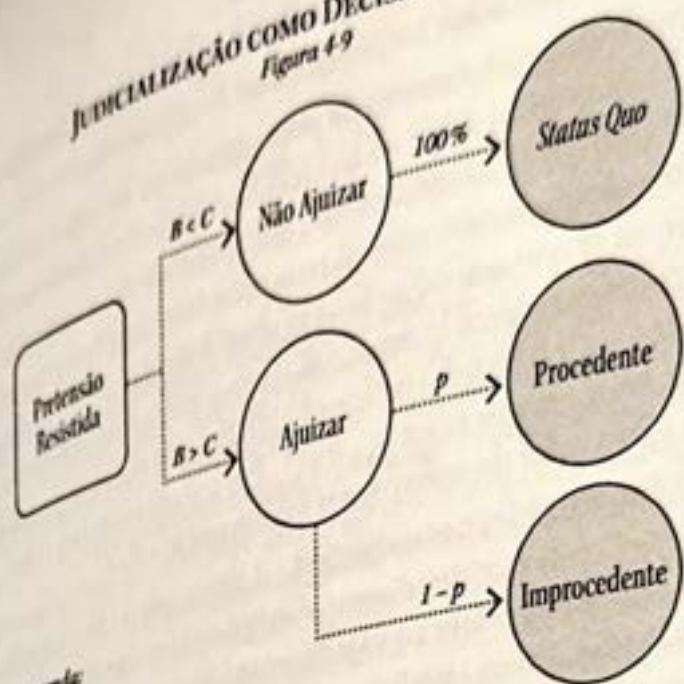
286. Cf. Friedman (1969). Nos Estados Unidos, quando um aluno publica um artigo em uma *Law Review*, ele o publica como uma *Note*.

287. Cf. Landes (1971), Gould (1973) e Posner (1973). Apesar de nenhum dos três autores citar o trabalho de Friedman, seu trabalho já possui os elementos essenciais do modelo juseconômico do processo. Assim, apesar de o modelo, muitas vezes, ser referido na literatura como modelo LPG (Landes-Posner-Gould), Friedman foi – de fato – o primeiro a propor um modelo econômico do litígio.

288. Lembrando que, se em um espaço amostral (Ω) há apenas dois eventos possíveis e um deles tem a probabilidade p de ocorrer, necessariamente a probabilidade de o outro evento ocorrer será de $1-p$, *i.e.*, 100% menos a probabilidade do primeiro evento, dado que o somatório das probabilidades tem que ser 100%, ou seja, 1.

JUDICIALIZAÇÃO COMO DECISÃO COM RISCO

Figura 4-9



Legenda:
 B = Benefício
 C = Custo
 p = Probabilidade

Até o momento, temos discutido genericamente que a conduta tanto do potencial autor quanto do eventual réu será comandada pela racionalidade, ou seja, que adotará determinado curso de ação se $B > C$, logo, se $B - C > 0$ (os benefícios forem maiores que os custos). No entanto, ainda que o valor atribuído ao bem da vida em disputa seja o mesmo para ambos (B), os custos incorridos por um agente na negociação e na propositura da ação não necessariamente serão. O modelo pode ser alterado para comportar que as partes também atribuam valores diversos para o mesmo bem da vida, i.e., $B_A \neq B_R$, como faremos na Seção 4.3.1, mas, por ora, para fins de simplificação, assumiremos que tanto autor quanto o réu valorizam igualmente o bem da vida.

Dito isso, assim como a negociação na fase de autocomposição, a propositura de uma ação judicial impõe custos ao autor²⁸⁹. Via de regra, a propositura de uma ação judicial requer a contratação de um advogado, o pagamento de custas processuais, o tempo de preparação da ação, a coleta de documentos, a identificação de testemunhas, os honorários de eventuais peritos etc. Todos os custos que o autor terá de incorrer caso ajuíze uma ação serão denotados por C_A . Desse modo, mesmo que o autor tenha sua ação julgada procedente e o juiz ordene que o réu lhe entregue o bem da vida B , como o autor teve de incorrer no custo irrecuperável²⁹⁰ C_A , o resultado final da ação para o autor será, no máximo, $B - C_A$ ²⁹¹. Já se sua ação for julgada improcedente, o re-

289. Sobre os efeitos da mitigação desses custos, como é o caso dos juizados especiais, da defensoria pública e da gratuidade de justiça, cf. Cico Jr. (2012; 2014) e Cico Jr. e Arake (2014).

290. Um custo irrecuperável ou sunk cost é um custo que, se nele incorrido, não pode ser recuperado posteriormente. Por exemplo, se comprei um imóvel por R\$ 45 mil e depois posso vendê-lo pelo mesmo valor, esse custo é recuperável. Mas se eu gasto R\$ 10 mil em uma ação judicial e não serei reembolsado, esse custo é irrecuperável.

291. Note que em caso de vitória, a parte vitoriosa terá de volta apenas as custas e os honorários periciais, os honorários advocatícios, o tempo e os demais custos incorridos não serão reembolsados ao vitorioso.

sultado final será um prejuízo de C_A . Portanto, os resultados possíveis de uma decisão de litigar para o potencial autor (os *payoffs*) são: $B - C_A$ ou $-C_A$.

Além disso, como o julgamento de procedência ou de improcedência da ação não depende da decisão do autor – é um resultado incerto (não determinístico) – a cada um desses *payoffs* associamos uma probabilidade de ocorrência. Seja p_A a expectativa de sucesso que o autor atribui à sua ação, isso significa que o autor acredita (probabilidade subjetiva) que existe uma probabilidade p_A de obter B a um custo C_A . Dessa forma, o retorno esperado dessa ação para o autor é dado pela ponderação do valor do bem da vida (ou pedido) pela probabilidade de sucesso de sua ação, menos os custos de ajuizamento da ação: $p_A \cdot B - C_A$. Em outras palavras, o autor neutro ao risco acredita que o valor da ação para si é dado por $p_A \cdot B - C_A$.

Note que, como discutimos na Seção 4.1.1, dizer que o valor da ação é dado pela expressão $p_A \cdot B - C_A$ não significa dizer que esse é o valor da causa. O valor da causa é o termo técnico que se refere ao valor monetário certo, ainda que o pedido não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível, que deve constar da petição inicial e da reconvenção, nos termos do art. 291/CPC²⁹². O valor da causa é utilizado pelo Judiciário para calcular o pagamento de multas, das custas processuais e dos honorários de sucumbência²⁹³. O cálculo do valor da causa está previsto no art. 292/CPC e, em resumo, é uma estimativa monetária do valor do bem da vida pretendido. Já o valor da condenação é o valor efetivamente atribuído pelo Judiciário ao autor ao final do processo. Se a ação for julgada integralmente procedente, o valor da causa será igual ao valor da condenação. Se for parcialmente procedente ou improcedente, eles serão diversos.

Nesse sentido, o valor da causa pode ser entendido como o maior resultado possível da ação, ou seja, o valor do *payoff* caso a ação seja julgada integralmente procedente (perspectiva *ex ante*). É o valor que deve ser inicialmente atribuído ao processo. O valor da condenação é o resultado que efetivamente se concretizou no encerramento da ação (perspectiva *ex post*), enquanto o valor da ação é o quanto vale a aposta em si, *i.e.*, se o agente fosse neutro ao risco, quanto estaria disposto a pagar por aquela ação antes de seu ajuizamento; ou seja, é o somatório de cada um dos resultados possíveis, inclusive o resultado de improcedência, mas não limitado a ele, ponderado pelas respectivas probabilidades de ocorrência.

Assim o valor esperado de uma ação para o autor é dado por $p_A \cdot B$ (procedência) $+ (1 - p_A) \cdot 0$ (improcedência), menos os custos do litígio C_A . Como no caso de impro-

292. Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.

293. Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. [...] § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa atendidos: [...].

positiva e o valor esperado será zero, a condição de ajuizamento de uma ação pode ser enunciada da seguinte forma:

Inequação 4.2-1

$$P_A \cdot B - C_A > 0$$

Quando a condição de ajuizamento for satisfeita e, portanto, o valor da ação for positivo, chamaremos essa ação de ação VEP (valor esperado positivo). Quando a condição de ajuizamento de uma ação não for satisfeita, i.e., o valor da ação for negativo ($P_A \cdot B - C_A < 0$), chamaremos essa ação de ação VEN (valor esperado negativo). Portanto, um agente racional neutro ao risco ajuizaria apenas uma ação VEP e não ajuizaria uma ação VEN. No entanto, a depender do modelo e do contexto, é possível que uma ação tenha o retorno esperado negativo e, ainda assim, seja proposta ou, no mínimo, que seja mantida após a sua propositura, como discutiremos na Seção 5.1.2. Essa diferença também será importante quando discutirmos o papel do advogado na Seção 5.3²⁹⁴. Por ora, foquemos na regra geral, ou seja, nas ações que satisfazem a condição de ajuizamento.

4.2.3 O Direito de Ação e seu Impacto sobre a Autocomposição

Agora que temos o valor da ação e sabemos a condição de ajuizamento, podemos voltar à discussão de autocomposição e explorar como a existência da possibilidade de ajuizamento de uma ação judicial (direito de ação) afeta a estrutura de incentivos dos agentes em suas decisões na fase de autocomposição. Quando o potencial autor encerra a sua pretensão, o eventual réu deve decidir se se submete à pretensão ou não. O agente racional se submeterá apenas se o benefício associado à resistência for menor do que o seu custo ($B < C$), ou seja, no estado da natureza, as partes cooperarão apenas se houver mecanismos que convençam ou coajam o agente pretendido a cooperar. Se o custo de resistir for menor que o benefício de resistir²⁹⁵, por exemplo, se não houver direito de ação e não houver ameaça crível de uso de força privada, então, o eventual réu não cederá à pretensão e a autocomposição fracassará. Estará formada a lide.

No entanto, a partir do momento em que o Estado assume para si a atividade adjudicatória, o potencial autor pode ameaçar o eventual réu com o exercício do seu direito subjetivo de ação e, caso sua ação seja julgada procedente, o Estado utilizará toda a sua força para subjugar o eventual réu. Mas quanto vale essa ameaça de coerção estatal? Justamente o valor da ação. Se, durante a negociação, o eventual réu

294. Para uma discussão mais aprofundada de ações VEN, cf. Bone (2003, p. 40 e ss.) e Fux e Bodart (2019, p. 85 e ss.).

295. Aqui incluídos os custos psicológicos ou morais de agir corretamente. Lembre-se, nem todo mundo tem em sua função utilidade agir corretamente e, portanto, a moral não é suficiente para fazer todas as pessoas cooperarem.

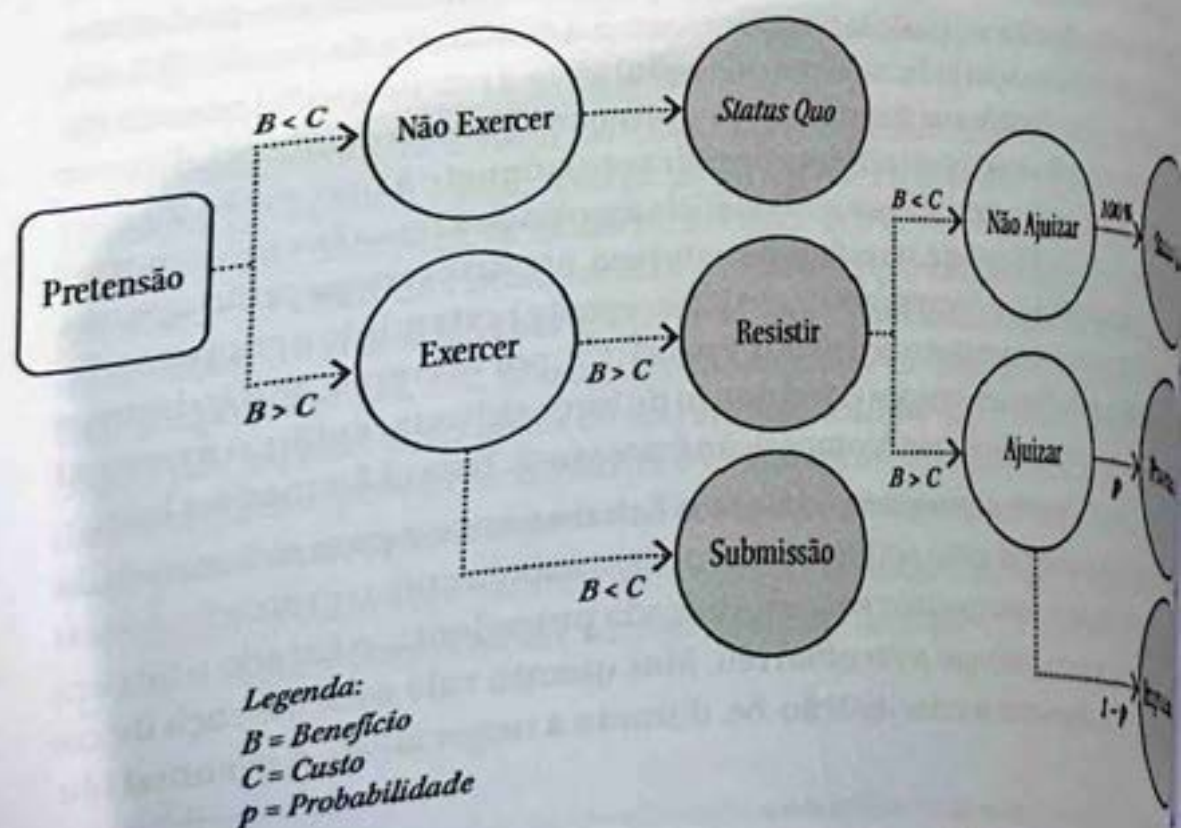
não oferecer ao potencial autor ao menos $p_A \cdot B - C_A$, i.e., quanto ele propusesse a ação, então, o autor preferirá ajuizar a ação e a lide não será composta espontaneamente.

Colocado de outra forma, nos termos da Teoria da Barganha, se a oferta de acordo oferecida pelo eventual réu ao potencial autor durante as negociações na fase de autocomposição. Se $A \geq p_A \cdot B - C_A$, i.e., se o valor oferecido pelo réu é maior ou igual ao valor esperado da ação, então, o agente racional aceitará a proposta e a lide será composta espontaneamente. Por outro lado, se $A < p_A \cdot B - C_A$, a proposta é mais interessante para o potencial autor será ajuizar a ação, logo, o acordo não será celebrado e a autocomposição fracassará.

Apenas para ilustrar como um modelo simples como esse pode ser mais interessante, veja que se não houver a possibilidade de uma ação judicial ($p_A \cdot B - C_A \leq 0$), se ela for muito custosa ($p_A \cdot B - C_A \leq 0$), qualquer valor que o eventual réu ofereça, o potencial autor será aceito, inclusive *nada*, pois $A \geq 0 \geq p_A \cdot B - C_A$. Por outro lado, se houver o direito de ação com um valor esperado positivo ($p_A \cdot B - C_A > 0$) e o potencial réu não realizar qualquer oferta ($A \leq 0$), então, a ação será ajuizada. Podemos agregar todas as decisões em uma única árvore para demonstrar a dinâmica da autocomposição:

DECISÃO DE AUTOCOMPOSIÇÃO E DE AJUIZAMENTO

Figura 4-10



Não obstante, como visto acima, mesmo a negociação entre as partes na fase de autocomposição tem custos (e.g. tempo, estresse, levantamento de provas etc.). Logo, tanto a opção de ajuizar a ação quanto a de negociar geram custos.

denotaremos os custos de propositura da ação dos custos de negociação, denotamos estes de N , sendo N_A o custo de negociação do potencial autor e N_R o custo de negociação do eventual réu. Dessa forma, uma autocomposição será alcançada se e somente se $-A - N_A \geq p_A \cdot B - C_A$, o que pode ser reescrito como $A \geq p_A \cdot B - C_A + N_A$.

Se um acordo só será alcançado caso a oferta do eventual réu seja maior ou igual ao valor da ação acrescido dos custos de negociação, então, uma lide será instaurada caso a oferta seja menor do que esse valor, i.e., se $A < p_A \cdot B - C_A + N_A$. A esse limite da negociação chamaremos de **Valor de Reserva do Autor** (V_A), pois é o mínimo que o autor aceitará para que a lide seja composta espontaneamente. Em resumo:

Equação 4.2.2

$$V_A = p_A \cdot B - C_A + N_A$$

De acordo com a Teoria da Barganha, para que haja uma troca voluntária, deve haver um excedente cooperativo a ser distribuído entre as partes, logo, o valor de reserva da parte a quem se alocará o bem da vida deve ser maior que o valor de reserva da parte que abrirá mão dele; do contrário, as partes não perceberão qualquer benefício em realizar o acordo espontaneamente e a troca só ocorrerá mediante coerção. No contexto de uma ação judicial, o que se está negociando é a ação judicial em si, i.e., se está negociando a propositura ou a não de uma ação pelo autor. Se o réu valorizar a não propositura da ação mais do que o autor valoriza a sua propositura, então, haverá espaço para acordo, pois haverá um excedente cooperativo a ser distribuído. Do contrário, não haverá acordo, pois o réu prefere que a ação seja proposta a se submeter voluntariamente à pretensão. Se é assim, então, precisamos descobrir quanto o réu valoriza a ação.

Para fins de simplificação, começemos assumindo que tanto o autor quanto o réu valorizam igualmente o bem da vida em disputa, ou seja, $B_A = B_R$, logo, podemos usar simplesmente B e podemos assumir que, se o réu sucumbir integralmente na ação, ele perderá B . Além disso, assim como o autor, o réu também incorrerá em custos para negociar um acordo na fase pré-processual, os quais denotaremos de N_R e, caso a ação seja ajuizada, ele incorrerá em custos para se defender, os quais denotaremos de C_R . De início, vamos assumir que, tal qual nos juizados especiais, cada parte arca com seus próprios custos do litígio.²⁹⁶ Assim, ainda que o réu venha a ganhar a ação e não tenha que pagar B para o autor, ela terá incorrido no custo irrecuperável C_R e, portanto, o resultado da ação terá sido negativo. Por outro lado, se o réu for sucum-

²⁹⁶ Na literatura *law & economics*, essa regra processual é chamada de regra americana, pois é assim que, em geral, funciona nos Estados Unidos. Já a regra segundo a qual a parte sucumbente indeniza a outra parte é chamada de regra britânica ou continental. Todavia, essa indenização nunca é integral, logo, C sempre será maior que zero. Por isso, para fins de simplificação, adotamos a dita regra americana na exposição, pois ela se aproxima mais da realidade.

bente, ele terá de entregar o bem da vida B e ainda terá incorrido no custo C_R de litigar. Portanto, o custo total para o réu será perdido $B + C_R$.

Mais uma vez, assim como para o autor, também para o réu a decisão é um evento aleatório (não determinístico), sobre o qual nenhuma das partes tem pleno controle, e cujo resultado esperado depende da probabilidade que o réu atribui a cada um dos possíveis resultados. Assim, denotemos a probabilidade que o réu atribui ao evento procedência da ação, que pode ser igual à probabilidade de êxito estimada pelo autor para o mesmo evento. No contexto, o réu acredita que, se for acionado pelo autor, ele terá uma probabilidade p_R de ter de pagar B ao autor, logo, seu custo esperado é $p_R \cdot B$ acrescido do custo de litigar $p_R \cdot B + C_R$.

Nesse sentido, caso a autocomposição reste frustrada, o réu acredita que estará exposto a um prejuízo máximo esperado de $p_R \cdot B + C_R$ e esse é o valor da ação para o réu, pois, se ganhar a ação, perderá apenas C_R . Dado que o valor da ação é o prejuízo esperado do réu, na hipótese de fracasso da autocomposição, não é racional que ele ofereça ao autor, em uma proposta de acordo, qualquer montante acima desse valor. O réu neutro ao risco oferecerá ao autor durante as negociações nada mais do que o retorno esperado da ação para si. Todavia, devemos manter em mente que o réu também incorrerá em custos da negociação, razão pela qual a sua oferta levará em consideração. Assim, para o réu, é racional oferecer uma proposta na fase processual se o seu benefício esperado for maior que o seu custo esperado, ou seja, se $A + N_R \geq p_R \cdot B + C_R$.

Isolando apenas o valor da oferta de acordo, a inequação acima pode ser reescrita da seguinte maneira $A \geq p_R \cdot B + C_R - N_R$ para reforçar o impacto dos custos de negociação sobre a autocomposição. Como se pode ver, não apenas o montante A é relevante para a realização de uma oferta, mas também os custos de transação associados à negociação em si. Quanto mais custoso for negociar, seja, quanto maior for N_R , menor será o valor da oferta realizada pelo réu e, portanto, maior deve ser o valor esperado da ação para que seja racional para o réu negociar. Em tese, se os custos de transação para realizar a negociação forem muito elevados, será mais interessante resolver a questão judicialmente, não negociar. Nesse sentido, a plataforma consumidor.gov.br, na qual consumidores podem cadastrar seus pleitos consumeristas e as empresas cadastradas podem realizar ofertas de acordo eletronicamente, pode ser interpretada como uma tentativa de redução dos custos de transação da negociação, ou seja, de N_R . A expectativa é que, com a redução dos custos de negociação para ambos os lados, mais acordos sejam feitos. É a eficiência a serviço do consumidor.

Como a inequação $A \geq p_R \cdot B + C_R - N_R$ representa o valor máximo que o potencial autor estaria disposto a oferecer ao potencial réu, antes de litigar se tornar a negociação mais interessante, podemos afirmar que uma lide será instaurada se $A < p_R \cdot B + C_R - N_R$ e esse é o Valor de Reserva do Réu (V_R). Se o potencial autor aceitar receber esse valor, ele estará disposto a oferecer ao potencial réu o valor máximo que o réu estaria disposto a aceitar.

valor igual ou inferior a V_R , o eventual réu preferirá o acordo a litigar. Se ele exigir um valor superior a V_R , então, será mais interessante para o réu racional resistir. O valor de reserva do réu pode ser expresso da seguinte forma:

Equação 4.2-3

$$V_R = p_R \cdot B + C_R - N_R$$

Agora que temos o valor de reserva do autor e o valor de reserva do réu, a Teoria da barganha nos ensina que – para que haja um excedente cooperativo e seja possível a celebração de uma troca voluntária –, o valor da ação para o réu deve ser maior que o valor da ação para o autor, e eles têm de acordar em algum valor A entre o valor de reserva de ambos, ou seja, $V_R \geq A \geq V_A$. Por isso, antes de avançarmos nessa discussão, é interessante compararmos o valor de reserva do autor com o do réu:

Equação 4.2-2

$$V_A = p_A \cdot B - C_A + N_A$$

Equação 4.2-3

$$V_R = p_R \cdot B + C_R - N_R$$

Note que, no valor de reserva do autor, os custos de litígio são extraídos ($-C_A$) e o custo de negociação é adicionado ($+N_A$), pois, quando estiver decidindo entre o acordo e o ajuizamento da ação, o autor estará ponderando entre incorrer em N_A se negociar – logo, é um custo que precisa ser coberto pela oferta para que seja interessante – e evitar C_A ao não litigar. Logo, esse é um ganho que pode ser reduzido da oferta. Já no caso do valor de reserva do réu, a situação se inverte, pois, se o réu negocia, ele evita C_R , isso significa que ele pode acrescentar esse valor poupado na oferta, mas incorre em N_R e, portanto, precisa descontar esse valor do quanto está disposto a oferecer. Essas diferenças, além das expectativas diversas, podem possibilitar (ou não) a realização da autocomposição.

Dito isto, teremos um acordo quando o mínimo que o autor está disposto a aceitar, V_A , for menor ou igual ao máximo que o réu está disposto a pagar V_R , assim, quando $V_A \leq V_R$ e, portanto, houver um excedente cooperativo a ser distribuído. A *contrario sensu*, um acordo não será alcançado e uma ação será ajuizada, dado que $V_A > V_R$, e essa condição, que é suficiente para o fracasso da autocomposição e, portanto, para o surgimento do processo, é a condição de litigância²⁹⁷. Se substituirmos o preço

297. Cf. Gico Jr. (2014, p. 183 e ss.).

de reserva do autor (Equação 4.2-2) e o preço de reserva do réu (Equação 4.2-3) condição de litigância, temos que:

Inequação 4.2-4

$$\begin{aligned} V_A &> V_R \\ p_A \cdot B - C_A + N_A &> p_R \cdot B + C_R - N_R \\ p_A \cdot B - p_R \cdot B &> C_R - N_R + C_A - N_A \\ (p_A - p_R) \cdot B &> (C_A + C_R) - (N_A + N_R) \\ (p_A - p_R) &> \frac{(C_A + C_R) - (N_A + N_R)}{B} \\ \Delta p &> \frac{C - N}{B} \end{aligned}$$

onde $C = C_R + C_A$, $N = N_R + N_A$ e $\Delta p = p_A - p_R$. Em uma primeira análise, a formulação, embora possa parecer muito complexa ou até mesmo muito simples, a depender do ponto de vista do leitor, para nos ajudar a compreender o comportamento das partes em um litígio. Mas se olharmos com cuidado, depois de passado o susto, veremos que esse simples modelo é muito poderoso e traz importantes implicações para nossa compreensão do comportamento das partes.

(a) *Bem da Vida.* Primeiro, quanto mais importante for o bem da vida para as partes, ou seja, quanto maior o valor de B , maior será a probabilidade de um litígio, pois mais fácil será satisfazer a condição de litigância. Como, no modelo, o denominador B divide o numerador $C - N$, quanto maior for B , mais fácil será que a condição seja satisfeita, i.e., que $\Delta p > (C - N)/B$. Nesse sentido, à medida que o valor do bem da vida B cresce, menos relevantes se tornam os custos totais de um eventual litígio (C) e a poupança dos custos de negociação ($-N$). Dito de outra forma: os custos de contratação de um advogado ou o tempo que a lide demora para ser resolvida são mitigados em face do prêmio almejado pelo autor ou pelo réu, e o prejuízo que o réu espera evitar. Assim, a probabilidade de um litígio é uma função crescente²⁹⁸ do valor do bem da vida B : quanto mais valioso o bem da vida, maior a probabilidade de um litígio.

(b) *Custos de Litigar.* Segundo, a intuição nos diz que quanto mais barato é litigar, mais as pessoas litigarão²⁹⁹, e é justamente isso que o modelo aponta: quanto menor for o custo de litigar (C), menor será o numerador $(C - N)$ e, mais fácil

298. Uma função é crescente em uma variável quando o aumento dessa variável leva ao aumento do valor atribuído pela função. E será decrescente quando o aumento dessa variável leva ao decréscimo do valor atribuído pela função.

299. Note como essa intuição é uma aplicação pura e simples da lei da oferta e da demanda. Se o preço de consumo do serviço público adjudicatário cai, a quantidade demandada aumenta. Logo, se o preço de consumo do serviço público adjudicatário aumenta a quantidade demandada, ou seja, o número de litígios.

condição será satisfeita, i.e., que $\Delta p > (C - N) / B$. E quanto maior for C , maior será o numerador e mais difícil será que a condição seja satisfeita.

Por consequência, quanto menor o custo de litigar, mais facilmente a condição de litigância será satisfeita, e maior será a probabilidade de um litígio ser instaurado. Assim, por exemplo, quando uma das partes se beneficia da gratuidade da justiça ou é assistida pela defensoria pública, ela não tem de arcar com os custos de litigar, nem é exposta aos ônus da litigância, logo, mais provável será que essa pessoa queira litigar.

Por outro lado, quanto mais custoso for negociar (N), menores as chances de se alcançar um acordo e maiores as chances de a lide se converter em um processo judicial. Por exemplo, em casos de divórcio, em que as partes estão emocionalmente envolvidas com o processo em si e não apenas com o resultado, negociar pode ser muito difícil para elas. No modelo, como os custos de negociação são subtraídos do numerador ($-N$), quanto maiores forem os custos de negociar, mais fácil a condição de litigância será satisfeita. Quanto mais barato for negociar, maior será a chance de acordo.

(c) *Hiato de Expectativas*. Terceiro, o modelo descreve e prevê claramente que, *ceteris paribus*, quanto maior for a distância das expectativas entre autor e réu (Δp) em relação ao potencial êxito da ação, maior será a probabilidade de haver um litígio. Essa diferença de expectativas entre os agentes, tão importante para a compreensão de seu comportamento, é o que chamo de o hiato de expectativas³⁰⁰, pois a probabilidade de um litígio também é uma função crescente dessa diferença de expectativas. Por sua vez, considerando que os agentes envolvidos são racionais, o hiato de expectativas é uma função de duas variáveis³⁰¹: insegurança jurídica e assimetria de informação.

De uma forma mais objetiva, segurança jurídica é a capacidade que o agente tem de prever, com precisão, como o Judiciário julgará um determinado caso antes mesmo do ajuizamento. Quanto mais previsível for o julgamento, mais segurança jurídica há. Quanto menos previsível, menos segurança. Note que a ideia de segurança jurídica está vinculada única e exclusivamente à previsibilidade do direito, não importando a qualidade da regra jurídica, sua justiça ou a fonte do direito. Nesse sentido, há claramente uma distinção³⁰² entre o problema do ativismo judicial e o problema do anarquismo judicial. Se um Judiciário é ativista, i.e., profere decisões *contra legem*, mas o faz de maneira coerente e consistente, portanto, previsível, haverá insegurança jurídica apenas curto prazo (nas primeiras rodadas), enquanto o jurisdicionado ainda acredita na lei. No médio e no longo prazo, depois de o jurisdicionado (ou sua advogada) aprender que o Judiciário ativista não segue a lei, o jurisdicionado será

300. Cf. Gico Jr. (2014, p. 184).

301. O hiato de expectativas também é afetado por certas limitações cognitivas, como o viés de otimismo, mas como não podemos influenciar essa variável, estamos deixando a sua discussão de fora no momento. Mais sobre isso, cf. Seção 5.4.

302. Cf. Gico Jr. (2015, pp. 483 e 484).

capaz de prever com precisão a posição ativista adotada – desde que o juiz tenha a própria jurisprudência – assim, haverá algum grau de segurança jurídica.

Já o anarquismo judicial, aqui entendido como o alto grau de indeterminação, de dispersão da jurisprudência sobre o mesmo assunto, eleva o custo da segurança jurídica e, portanto, o hiato de expectativas. O anarquismo judicial em processos similares, a depender das regras jurídicas diferentes podem ser aplicadas, a depender das preferências do magistrado, sem que haja uma jurisprudência caminha para se tornar uniforme e dominante. É a falta de segurança jurídica decorrente da ausência de cultura e de mecanismos jurídicos de uniformização dos magistrados das diversas instâncias para a formação de e respeito à jurisprudência. As partes não sabem que regra jurídica será aplicada a seu caso, o viés de risco natural das pessoas tende a fazer com que as expectativas de autor e réu aumentem, aumentando a litigância. Exatamente como o modelo acima prevê.

O não investimento em segurança jurídica pode levar a um aumento da litigância entre as probabilidades subjetivas de êxito atribuídas pelo autor (p_A) e pelo réu (p_R). O aumento do hiato de expectativas aumenta o retorno esperado da litigância e, *ceteris paribus*, o número de litígios. Nos termos do ciclo da litigância³⁰³, se se incentivos adequados para o investimento em segurança jurídica por parte dos magistrados, a expansão do número de litígios levaria à formação de jurisprudência sobre determinado assunto que, por sua vez, informaria a baixos custos os potenciais autores e réus acerca do conjunto de regras que seria aplicado em casos semelhantes no futuro, fazendo convergir suas probabilidades subjetivas ($p_A \rightarrow p_R$). No pressupondo-se ausência de informações privadas, teríamos $p_A = p_R$. Se não há assimetria de informação e a segurança jurídica é perfeita ($p_A = p_R$), então, $\Delta p = 0$. No mundo do direito e do Judiciário perfeitos, só não haverá acordo se os custos de transação associados à negociação forem maiores que os custos associados à litigância ($N > C$)³⁰⁴. Como negociar, em geral, é muito menos custoso que litigar, no mundo do direito e do Judiciário perfeitos, praticamente todos os casos acabariam em acordo, pois sempre seria racional compor. Mais uma vez, tudo isso pode ser estimado pelo modelo acima descrito.

Por outro lado, se a regra jurídica aplicada a cada caso varia com as preferências do magistrado (ativismo e anarquismo judicial) e a distribuição de custos entre as varas é aleatória, então, autor e réu podem ter muita dificuldade em estimar p_R . No limite, tal estimativa pode ser impossível, e as partes estariam diante de uma incerteza *stricto sensu*. A dificuldade de estimar a probabilidade de êxito

303. Cf. Gico Jr. (2013) e a discussão da Seção 3.5 neste livro. Para uma breve revisão da literatura sobre a taxa de litigância decorrente do aumento da incerteza decorrente da insegurança jurídica, vide Deffains e Deffains (2007, p. 11 e ss.). E para uma demonstração empírica dessa relação, vide Brande e Brande (2011).

304. De forma explícita: se $\Delta p = 0$, então, $0 > (C - N)/B$, logo, $0 > C - N$ e, portanto, $N > C$, e q.d.

ainda pode acenar uma limitação cognitiva conhecida como viés de otimismo ou *overconfidence*, ou, ainda, otimismo comparativo³⁰⁵.

O viés de otimismo é uma limitação cognitiva já identificada na literatura em diversos contextos, segundo qual o cérebro humano está programado para ser otimista, i.e., em média, as pessoas acreditam que estão expostas a riscos menores de ocorrência de eventos negativos do que as demais pessoas. Justamente por serem otimistas, pessoas podem, por exemplo, investir menos em prevenção, usando menos cintos de segurança ou dirigindo em excesso de velocidade³⁰⁶. No presente caso, um autor otimista e um réu otimista podem superestimar suas expectativas³⁰⁷ chances de êxito, aumentando o hiato de expectativas, diminuindo ou simplesmente eliminando a possibilidade de realização de um acordo. Quanto mais difícil estimar tais probabilidades, maior a chance de o viés de otimismo ser relevante no caso concreto.

A insegurança jurídica, todavia, não afeta apenas a capacidade de as partes estimarem suas chances de sucesso, ela também afeta a capacidade de estimar o que está juridicamente disponível como resultado do próprio litígio, ou seja, *B*. Diante da inexistência de regras jurídicas ou diante de sua obscuridade, autores potenciais - otimistas ou não - podem iniciar ações para que magistrados reduzam os juros de um financiamento, ainda que tais juros estejam de acordo com a lei e o contrato; podem pedir para que um magistrado obrigue a outra parte a negociar um desconto na mensalidade escolar; podem pedir R\$ 1 milhão de um hospital por supostos danos morais decorrentes de um atendimento médico supostamente grosseiro, ainda que eficaz, e assim por diante. Sem um parâmetro claro acerca do que é ou não um interesse juridicamente protegido, ou seja, do que é viável pedir ao Judiciário, a imaginação dos autores (ou de seus advogados³⁰⁸) é o limite do que pode ser pedido e, portanto, de *B*.

(d) *Aversão e Propensão ao Risco*. Quarto, é interessante notar que a discussão acima foi toda realizada assumindo a neutralidade ao risco, ou seja, que ambas as partes valorizam a ação pelo seu retorno esperado. Quando relaxamos esse pressuposto os efeitos são interessantes. Por exemplo, se relaxarmos o pressuposto de neutralidade de risco e assumirmos que a partes são avessas ao risco, a probabilidade de realização de um acordo aumenta, pois, o valor da ação cai para o autor - que aplica um desconto ao seu valor maior que o retorno esperado - e o valor da ação sobe para o réu - que aplica um desconto ao seu valor da ação menor que o retorno esperado. A diminuição de V_A e o aumento de V_R dificulta a satisfação da condição de litigância ($V_A > V_R$) e, portanto, aumenta a probabilidade de autocomposição.

305. A título de exemplo, cf. Armor e Taylor (1998). Confira, também, a Seção 5.4 adiante.

306. Cf. Burger e Burns (1988).

307. Cf. McKenna, Stanier e Lewis (1991).

308. Sobre o problema principal-agente entre advogado e cliente, cf. Seção 5.3 adiante.

O exato oposto ocorre se as partes forem propensas ao risco, pois, pelas mesmas razões, mas no sentido contrário, o valor da ação para o autor aumentará mais que o retorno esperado, incrementando V_A e o valor da ação para o réu será menor que o retorno esperado, diminuindo V_R . Logo, o litígio será mais provável. Discutiremos mais estes efeitos na Seção 4.3.1.

(e) *Formação de Expectativas.* Quinto, apesar de o modelo não informar como as expectativas são formadas³⁰⁹, ele aponta que quanto mais alta for a expectativa do autor com relação ao sucesso de sua ação (p_A) e quanto mais baixa for a expectativa do réu com relação ao sucesso dessa ação (p_R), maior será o hiato de expectativas e mais facilmente a condição de litigância será satisfeita, logo, maior a probabilidade de a lide se converter em um litígio. Essa conclusão é coerente com a intuição. Se o réu acredita que as chances de o autor vencer são baixas, certamente o seu valor de reserva será igualmente baixo, o que limitará a sua oferta durante a fase de autocomposição. De modo semelhante, se o autor acredita que suas chances de êxito são altas, o seu valor de reserva será igualmente alto, o que limitará os valores aceitáveis por ele para uma autocomposição.

O inverso também é verdade. Se o autor acredita que suas chances de êxito são muito baixas, o seu valor de reserva será igualmente baixo, o que aumenta a probabilidade de que uma autocomposição seja alcançada. Do mesmo modo, se o réu acreditar que as chances de sucesso do autor são muito altas, o seu valor de reserva também será alto, o que aumenta a probabilidade de alcance da autocomposição. Como se pode ver, as expectativas das partes são um elemento fundamental para a compreensão de suas condutas, mas como são estimadas essas probabilidades?

Considerando-se que estamos no âmbito do processo civil, é razoável assumir que a maioria das pessoas busque o auxílio de um advogado antes de ajuizar uma ação. Advogados são profissionais treinados justamente para estudar as leis e a jurisprudência na tentativa de antever o resultado provável de um determinado pleito³¹⁰. Sem saber, advogados são especialistas em estimar probabilidades. Assim, quando um advogado avalia a propositura de uma ação, ele avalia a probabilidade de sucesso, o valor provável da condenação e os custos de se chegar lá³¹¹. Quanto mais experiente for o advogado, maior será a sua vivência com determinada área do direito (terá visto mais casos semelhantes) e maior será seu conhecimento dos tribunais que julgarão a causa, logo, espera-se que mais precisa seja sua estimativa. Obviamente, o exercício da advocacia traz uma boa dose de intuição, dado que advogar é uma arte, não uma

309. Como o modelo não explica de onde vêm as expectativas, dizemos que sua formação é *exôgena* ao modelo. Portanto, está fora dele.

310. Sobre a utilidade do direito como previsão de como o Judiciário se comportará, cf. a Seção 6.2 adiante.

311. Aqui discutiremos o advogado como um agente fiel a seu cliente. Na Seção 5.3 exploraremos as consequências do relaxamento desse pressuposto, i.e., da existência de um problema agente-principal entre cliente e advogado.

na sua totalidade, como demonstramos acima, o domínio de uma abordagem científica do processo pode auxiliar, em muito, o exercício e a compreensão dessa atividade.

No momento de estimar a probabilidade de êxito de um processo (p_A), utilizando a experiência e a informação disponível, inclusive sobre as provas do alegado, o advogado tentará identificar não a probabilidade exata de ocorrência do êxito (o que ainda não é possível), mas uma ordem de grandeza que dê uma ideia de p_A . Assim, se o advogado achar que as chances são meio a meio, ou seja, que o caso é equilibrado, ele pode estimar em 50% a chance de êxito (p_A). Já se o êxito for mais provável que o processo, o advogado pode atribuir uma probabilidade de 60% ou 70% e, se for muito provável, de 80% ou 90%. Por outro lado, se a chance de êxito for menos que provável, de 40% ou 30% e, se for muito improvável, de 20% ou 10%. Essas estimativas não são exatas, mas são próximas o suficiente para auxiliar uma decisão.

Na realidade, a depender do contexto, o advogado é obrigado a fazer esse tipo de estimativa. Por exemplo, o Comitê de Pronunciamentos Contábeis – o outro CPC – responsável pela regulação técnica dos procedimentos contábeis no Brasil, tem uma resolução específica sobre o assunto, a CPC 25³¹², que regula como as provisões, passivos contingentes³¹³ e ativos contingentes devem ser qualificados e registrados contabilmente. Por isso, todos os anos, os advogados de empresas devem elaborar um relatório de auditoria em que classificam individualmente cada processo sob seus critérios como provável, possível ou remoto. Uma ação será provável se: (i) o direito invocado se encontrar amparado em norma jurídica vigente; (ii) o conjunto probatório for suficiente para amparar o pedido; e (iii) houver jurisprudência sobre casos similares que permita o confronto de decisões favoráveis e desfavoráveis³¹⁴. Além disso, uma ação será considerada um ativo contingente se o resultado considerado for a entrega de um valor (B) para a pessoa e será um passivo contingente se for a imposição de uma obrigação à pessoa de entregar B . Assim, em uma ação de cobrança, o cobrador considera a ação como um ativo contingente, enquanto o devedor a considera um passivo contingente³¹⁵.

Retomando a discussão sobre a decisão de litigar, a estimativa realizada pelo advogado não se limita a p_A . O mesmo tipo de estimativa é feito em relação ao montante que será adjudicado (B) e os prováveis custos envolvidos com o litígio (C_A). Nesse

312. "O objetivo do Pronunciamento Técnico CPC 25 é o de assegurar que sejam aplicados critérios de reconhecimento e bases de mensuração apropriados a provisões, passivos contingentes e ativos contingentes e que seja divulgada informação suficiente nas notas explicativas, para permitir que os usuários entendam a sua natureza, oportunidade e valor." Note como a lógica é a mesma que utilizamos.

313. Aqui contingente é utilizado no sentido de que depende de um resultado futuro incerto, de uma contingência, logo, todo ativo ou passivo contingente é um ativo ou passivo com risco.

314. Sobre como até as normas de contabilidade já entenderam que, nos dias de hoje, não basta o texto da lei, deve-se considerar também como os tribunais estão aplicando (ou não) a lei.

315. A título de exemplo, veja o art. 195 da Lei das S.A. sobre a criação de reserva de contingência.

contexto, espera-se que quanto mais experiente for o advogado e quanto maior for o grau de segurança jurídica, maior será a precisão da estimativa de cada variável, e que se expostos à mesma informação (ausência de assimetria de informação), advogados diferentes chegarão a estimativas próximas, não necessariamente iguais, para cada uma delas. Assim, nos juizados especiais, onde as partes possuem capacidade postulatória (não precisam de advogado), espera-se que haja uma grande dispersão de expectativas, dado que são leigos estimando suas chances de êxito sem o domínio do direito e da jurisprudência. Já nos casos de maior valor, nos quais a presença de advogado é obrigatória, espera-se que o hiato de expectativas seja menor. Além disso, como veremos mais adiante, se as expectativas são estimadas em um dado momento, elas serão gradualmente atualizadas (*update bayesiano*³¹⁶) à medida que a assimetria de informações for sendo reduzida pelo avançar do processo.

Como se pode ver, apesar de o modelo juseconômico do litígio ser relativamente simples³¹⁷, ele é aderente à realidade e possui um enorme potencial explicativo e preditivo, *i.e.*, nos ajuda não apenas a explicar vários comportamentos que observamos efetivamente no dia a dia dos fóruns, mas também nos ajuda a prever como eventuais mudanças nas regras processuais poderão alterar as estruturas de incentivos das partes e, assim, seu comportamento. Agora, vamos avançar na fase processual: investigar o que acontece após a propositura da ação.

4.3. Contestação ou Acordo: o modelo juseconômico da transação

Superada a fase de autocomposição, estamos agora no momento processual logo após o ajuizamento da ação pelo autor e da citação do réu, em que este, ciente da existência da ação, deve decidir o seu próximo passo: contestar ou fazer um acordo. O pressuposto da racionalidade permanece o mesmo, *i.e.*, ambos os agentes agem de acordo com seus próprios interesses e adotarão a conduta que lhes trouxer maior benefício. A pergunta é que conduta será essa? Além disso, agora os custos da negociação pré-processual (*N*) não são mais relevantes, pois ou a negociação já ocorreu e fracassou, portanto, já se incorreu em tais custos e são irrecuperáveis, ou a negociação não ocorreu e estes custos não foram incorridos. Em ambos os casos, não afetam a conduta dos agentes.

Na seção acima utilizamos o modelo básico, com algumas discussões adicionais para explorar essa questão. Esse tipo de abordagem é conhecido como modelo de otimismo mútuo³¹⁸. Agora, além de retomarmos o modelo de otimismo, apresentamos

316. *Inferência bayesiana* é o método de inferência estatística na qual o Teorema de Bayes é utilizado para atualizar as probabilidades de uma hipótese à medida que novas evidências ou informações se tornam disponíveis. Essa atualização de probabilidade é chamada de *update bayesiano* ou *atualização bayesiana*.

317. Para um interessante modelo de autocomposição, sob a ameaça de judicialização, como um jogo de coordenação, cf. Cooter, Marks e Mnookin (1982).

318. Cf. Baird, Gertner e Picker (1994, p. 247).

temos o modelo de assimetria de informação para sofisticar a discussão e a nossa compreensão acerca das razões de as partes litigantes celebrarem ou não um acordo no curso de um processo.

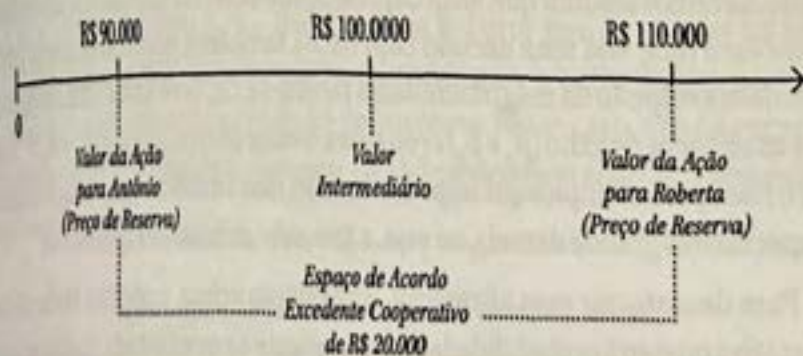
4.3.1 O Modelo de Otimismo Mútuo

Retornemos o exemplo do início deste capítulo e suponhamos que Antônio seja um consumidor que tenha sofrido um prejuízo de R\$ 100.000 (B) em decorrência de um acidente supostamente causado pela empresa de Roberta. Suponha, ainda, que seja incontroverso que houve um dano e que houve a prática de um ato ilícito e que estamos diante de uma hipótese de responsabilidade objetiva, logo, basta que Antônio prove em juízo o nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano para que seu pleito de indenização seja julgado procedente. Os custos de litigar para cada parte são estimados em R\$ 10.000 ($C = C_A = C_R$), dada a complexidade do caso.

Nesse cenário, o custo esperado do litígio ou o valor da ação para Roberta é de R\$ 110.000 (a indenização mais os custos de litigar, i.e., $B + C_R$) e o benefício esperado do litígio ou o valor da ação para Antônio é de R\$ 90.000 (a indenização menos os custos de litigar, i.e., $B - C_A$). Como se pode ver, há claramente um excedente cooperativo de R\$ 20.000, que equivale ao somatório dos custos do litígio ($C_A + C_R$), e esse é o espaço de acordo entre as partes. Qualquer pagamento realizado entre R\$ 90.000 e R\$ 110.000 melhorará a posição de ambas as partes em comparação com a opção de ajuizamento da ação, i.e., será Pareto eficiente. Logo, não é racional continuar litigando, pois litigar é custoso e o litígio apenas destruiria valor para ambas as partes. As partes podem dividir entre si os custos esperados da continuação do litígio e, assim, poupar recursos.

ESPAÇO DE ACORDO SEM RISCO

Figura 4-11

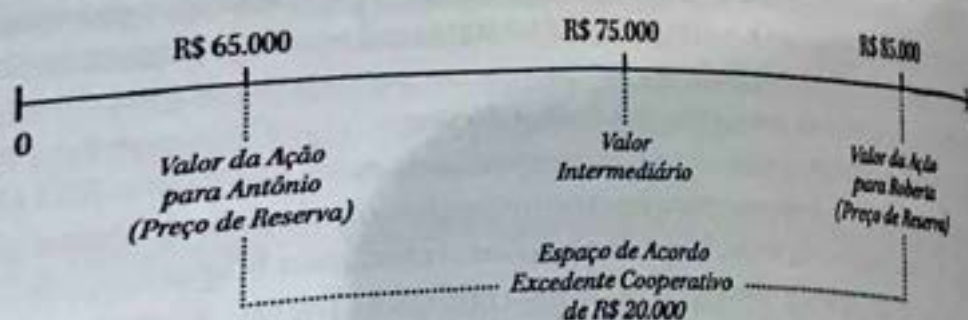


No entanto, no mundo real, dificilmente as partes sabem exatamente o tamanho do excedente cooperativo e dificilmente possuem as mesmas expectativas. Para que isso ocorra, as partes devem concordar não apenas com a probabilidade de sucesso da ação (p), mas também com o montante que seria adjudicado, ou seja, o bem da vida (B). Mesmo assim, a simples presença de risco não é suficiente para impedir o acordo. Se ambas as partes possuírem a mesma expectativa, i.e., estimarem a mesma probabilidade de êxito para a ação e do valor do bem da vida, então, elas também

conseguirão identificar o valor da ação, o tamanho do excedente cooperativo e, portanto, o acordo será viável.

Para demonstrar como a simples inserção do risco não é suficiente para alterar nossa conclusão, portanto, que continua sendo racional realizar o acordo, retomemos o exemplo acima e suponhamos que, agora, as partes não têm certeza de que Roberto seria condenada a pagar a indenização. Se a probabilidade de êxito for de 75% ($p_R = 0,75$), a única coisa que muda é o espaço de acordo, ou seja o intervalo de valores do qual é racional celebrar o acordo, mas ele continua a existir. O espaço de valores original, que era de R\$ 90.000 a R\$ 110.000, será reduzido para o intervalo de R\$ 85.000 a R\$ 100.000 ($= 100.000 \cdot 0,75 - 10.000$) a R\$ 85.000 ($= 100.000 \cdot 0,75 + 10.000$). Note que o excedente cooperativo continua exatamente o mesmo, R\$ 20.000, pois é o somatório dos custos de litigar, que não mudaram:

ESPAÇO DE ACORDO COM RISCO
Figura 4-12



Como a maioria dos casos não acaba em acordo, algum pressuposto deve ser relaxado para aproximar esse modelo do resultado observado no mundo real. Nesse sentido, devemos assumir que, além da presença de incerteza com relação aos resultados do processo (que seja uma decisão com risco), também é necessário que as partes discordem a respeito da magnitude dessa incerteza, i.e., deve haver uma divergência sobre as chances de êxito ($p_A \neq p_R$) e/ou sobre o valor do bem da vida ($B_A \neq B_R$). Isso não é o risco puro e simples que impede o acordo, mas a existência de uma divergência de expectativas grande demais, ou seja, o tamanho do hiato de expectativas.

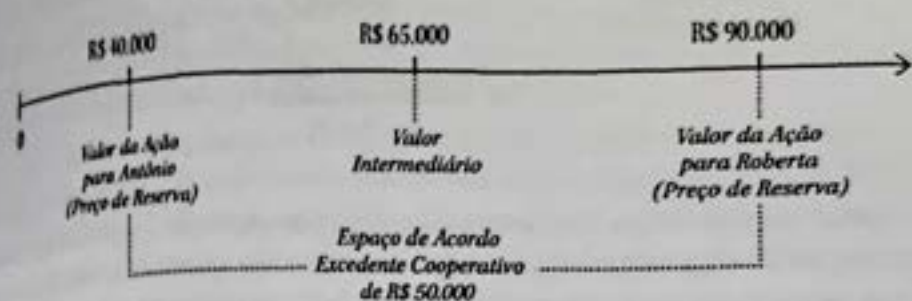
Para demonstrar essa afirmação, no exemplo acima, podemos variar tanto a expectativa quanto à probabilidade de êxito, quanto ao montante da condenação. Se o hiato de expectativas não for muito grande, ainda assim haverá espaço de acordo. Suponha agora que $p_A = 50\%$ e $p_R = 75\%$, isto é, que tanto Antônio quanto Roberto são pessimistas. Além disso, é mais custoso para Roberto litigar do que para Antônio. No exemplo, $C_A = 10.000$ e $C_R = 15.000$. Agora nem as expectativas estão alinhadas, nem os custos são simétricos. Nesse exemplo, o valor da ação para Antônio é R\$ 40.000

319. O relaxamento do pressuposto de concordância das partes acerca do valor do bem litigioso, aliado a outras alterações, não altera as conclusões básicas do modelo. Cf. Cooter e Rubinfeld (1989).

($= 100.000 \cdot 0,5 - 10.000$) e para Roberta é R\$ 90.000,00 ($= 100.000 \cdot 0,75 + 15.000$). Não obstante essas variações, não apenas o acordo ainda é possível, como ele é mais provável como o diagrama abaixo mostra:

ESPAÇO DE ACORDO COM POUCA DIVERGÊNCIA DE EXPECTATIVA

Figura 4-13

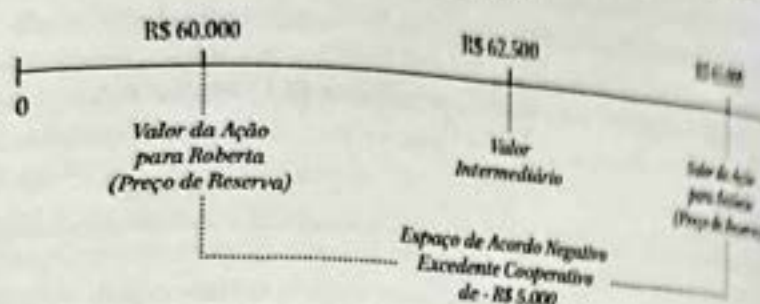


Na realidade, como nessa variação o réu acredita que a chance êxito da ação é maior do que o autor espera, mesmo sendo mais custoso para o réu litigar, o espaço de negociação ao invés de diminuir, aumentará. O excedente cooperativo a ser dividido nesse caso é de R\$ 50.000. Note que, apesar de haver uma divergência de expectativas, essa divergência não é suficiente para destruir o excedente cooperativo e, a depender de sua direção, pode até aumentá-lo, como no exemplo acima.

Agora se invertemos algumas variáveis e aumentarmos demais o hiato de expectativas, a distância pode ser o suficiente para impedir a realização de um acordo. Assim, por exemplo, assumamos que $p_A = 75\%$ e $p_R = 50\%$, ou seja, que tanto Antônio quanto Roberta sejam otimistas. Além disso, é tão custoso para Antônio litigar quanto para Roberta, por exemplo, $C_A = C_R = 10.000$. Nesse exemplo, o valor da ação para Antônio será R\$ 65.000 ($= 100.000 \cdot 0,75 - 10.000$) e para Roberta será de apenas R\$ 60.000 ($= 100.000 \cdot 0,5 + 10.000$), ou seja, a ação vale mais para o autor do que para o réu ($V_A > V_R$), logo, está satisfeita a condição de litigância. Nesse caso, não há excedente cooperativo a ser distribuído e, portanto, não há espaço para acordo, como o diagrama abaixo demonstra:

ESPAÇO DE ACORDO COM MUITA DIVERGÊNCIA DE EXPECTATIVAS

Figura 4.14



Como se pode ver, a existência ou não de um excedente cooperativo depende da interação da expectativa de ambos autor e réu e não apenas de um deles. As condições em que o acordo é possível são infinitas, desde que a divergência entre as expectativas não seja grande demais. O que importa para nossa discussão é que o leitor pense na dinâmica de cada variável sobre a estrutura de incentivo das partes e o seu impacto sobre a probabilidade de composição e que entenda que, *sem um excedente cooperativo, a ser partilhado, é racional litigar*. Nesse contexto, faz sentido voltarmos ao modelo para investigarmos quando isso será verdade.

Retomando o modelo básico, seja p_A e p_R as probabilidades subjetivas acerca do êxito da ação, B_A e B_R o valor estimado do bem da vida e C_A e C_R os custos de litigância. O valor da ação para o autor e, portanto, seu preço de reserva é $V_A = p_A B_A - C_A$, enquanto o valor da ação para o réu e o seu preço de reserva será $V_R = p_R B_R - C_R$. Usando a condição de litigância, temos que um acordo é possível apenas se o valor da ação para o autor for menor que o valor da ação para o réu, i.e., se $V_A \leq V_R$, logo, haverá uma expectativa de acordo se $p_R B_R + C_R > p_A B_A - C_A$, ou seja, se a perda esperada para o réu for maior que o ganho esperado para o autor. Assim, reorganizando a condição de litigância, temos que a condição de acordo é:

Inequação 4.3-1

$$C_A + C_R > p_A B_A - p_R B_R$$

O lado esquerdo da condição de acordo representa os custos totais do litígio, enquanto o lado direito representa a divergência entre o valor esperado da ação para o autor e para o réu. Dessa forma, a condição de acordo nos ensina que um acordo será possível toda a vez que a diferença de expectativas das partes sobre o valor da ação ($\Delta p \cdot B$) não for maior que os custos totais do litígio (C). Em outras palavras, as partes podem até ter expectativas divergentes com relação ao resultado esperado da ação, mas desde que tais divergências não sejam maiores que os custos de litigância, o acordo ainda é possível. Do contrário, as partes litigarão. Explore mos brevemente as implicações da condição de acordo.

identidade de expectativas. Se as partes concordarem com o valor esperado da condenação, i.e., se $p_A = p_B$ e $B_A = B_B$, então, sempre haverá espaço de acordo, pois $C_A = C_B$. Note que a identidade de expectativas gera um espaço para acordo independente do valor da condenação (B). Por outro lado, quando existe um hiato de expectativas sobre o valor da condenação ($B_A \neq B_B$), a probabilidade de haver um litígio é afetada pela divergência de expectativas sobre o valor da condenação ($B_A \neq B_B$). Em outras palavras, quanto maior a divergência sobre o valor da condenação, maior a probabilidade de acordo e, quanto menor a segurança jurídica com relação à probabilidade de êxito, mais relevante para a probabilidade de litígio será a divergência sobre o valor do bem em litígio.

(b) *Condição de litigância.* A condição de acordo é o inverso da condição de litigância. Assim, se a condição de acordo não estiver satisfeita a condição de litigância estará satisfeita. Portanto, $C_A + C_B < p_A B_A - p_B B_B$. Nesse caso, os custos de litigar serão menores que o hiato nas crenças das partes sobre o valor esperado da ação. Note que nessa hipótese, para que um litígio ocorra, o valor da ação para o autor tem que ser maior que o valor da ação para o réu e isso pode ser o resultado tanto de uma probabilidade subjetiva maior, quanto de uma expectativa de montante de condenação maior. Como nessa situação $p_A > p_B$ e/ou $B_A > B_B$, a literatura costuma dizer que há um otimismo mútuo, daí o nome dos modelos.

(c) *Componentes do Excedente Cooperativo.* É interessante notar que o modelo também nos ensina que o excedente cooperativo é composto de duas partes: os custos de litigar e as divergências de expectativas sobre o valor da ação. São essas duas parcelas que, conjuntamente, tornam possível que seja criado valor para as partes pela celebração de um acordo (excedente cooperativo). Assim, quando um acordo é realizado, na prática, as partes dividem entre si a poupança dos recursos que gastariam com o litígio e o valor de troca do direito de ação.

Além disso, como visto na Seção 4.1.2, como o excedente cooperativo nada mais é que a diferença do preço de reserva do autor para o preço de reserva do réu, i.e., $V_A - V_B = (p_A B_A - C_A) - (p_B B_B - C_B)$, então, assumindo que as partes concordam com o valor do bem em litígio ($B = B_A = B_B$), para simplificar, podemos reescrever essa diferença para encontrarmos a expressão que nos dará o *tamanho do excedente cooperativo*³²¹:

Equação 4.3-2

$$\text{Excedente Cooperativo} = (C_A + C_B) + (p_A - p_B) B$$

Expresso dessa forma, fica perfeitamente claro que o excedente cooperativo é composto por duas parcelas. O termo $(C_A + C_B)$ corresponde aos custos de litigância das partes que serão poupados com a realização do acordo e podem partilhados, e o

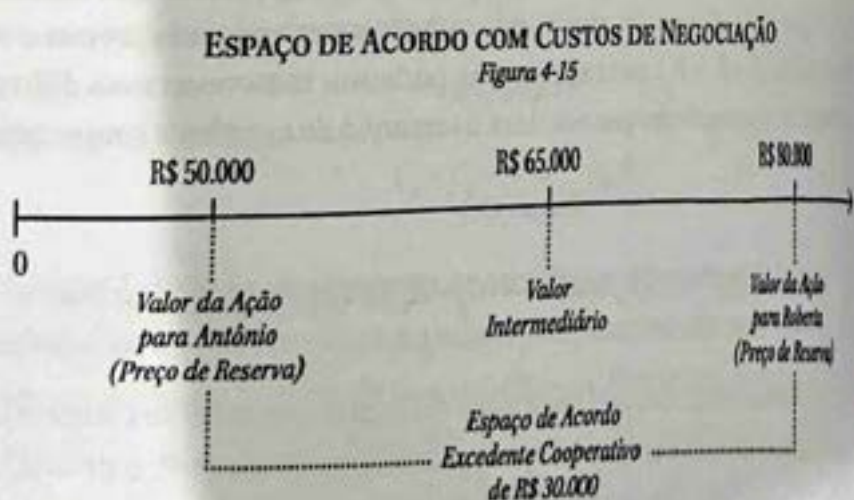
320. Obviamente, excluindo-se o ponto de indiferença, quando ao invés de uma inequação teremos uma igualdade.

321. Sobre a única diferença, caso não assumamos que $B = B_A = B_B$, é que os valores esperados da ação permanecem separados, mas a lógica continua igual, sendo o excedente cooperativo $= (C_A + C_B) + [(p_A B_A - p_B B_B)]$.

termo $(p_A - p_R) B$ corresponde à diferença de valor que as partes atribuem à ação, função de haver um hiato de expectativas entre elas, e que também pode ser positivo. Note que é possível, por exemplo, que o autor seja mais otimista que o réu ($p_A > p_R$), o que tornaria o termo $(p_A - p_R) B$ negativo e, ainda assim haver espaço para acordo. Basta que os custos do processo sejam elevados o suficiente para compensar. Por outro lado, se autor e réu forem pessimistas, ainda que o hiato de expectativas seja pequeno, se os custos de litigar forem muito baixos, como na hipótese de gratuidade da justiça e de uso da defensoria pública, litigar ainda pode ser racional. Por fim, se o hiato de expectativas entre o autor ou o réu excessivamente otimista for grande o suficiente para superar os custos do processo, então, o excedente cooperativo é positivo e não haverá acordo.

(d) *O Impacto do Custo de Negociação.* É interessante notar que, se reinserirmos os custos de negociação nessa etapa processual, i.e., se relaxarmos o pressuposto de que não há custos de negociação durante o curso do processo ou que esse custo é desprezível, o efeito será apenas a redução do espaço de acordo. É relativamente simples de perceber isso, pois, como visto acima, sem os custos de negociação, o excedente cooperativo é o somatório dos custos de litigar e do valor de troca da ação. A reinserção do custo de negociação apenas consumiria parte desse valor e, portanto, reduziria o excedente cooperativo.

Voltemos ao exemplo da Figura 4-13, mas agora um eventual acordo custaria R\$ 10.000 para cada parte em perícias contábeis, tempo, estresse etc. Como o valor da ação para Antônio era R\$ 40.000 e o valor da ação para Roberta era R\$ 90.000, para um acordo custoso seja racional estes custos adicionais precisam ser compensados. Logo, para Antônio aceitar negociar, ele precisa receber ao menos R\$ 50.000 ($= 40.000 + 10.000$), enquanto Roberta aceita pagar apenas R\$ 80.000 ($= 90.000 - 10.000$). O novo diagrama do espaço de acordo é o seguinte:



Como se pode ver, a simples inserção dos custos de negociação restringiu o espaço de acordo de R\$ 40.000 a R\$ 90.000 para R\$ 50.000 a R\$ 80.000 e, ao fazê-lo, reduziu o excedente cooperativo de R\$ 50.000 para R\$ 30.000. O acordo ainda é possível, mas o espaço de acordo agora é bem menor. Não obstante, é improvável que os custos

expectações consigam de alguma forma superar os custos de litigar, pois, por exemplo, se peritos são necessários para negociar, também serão para liquidar a sentença, logo, ainda que provavelmente existam custos de negociação, como eles sempre (ou quase sempre) serão menores que o custo de litigar, podemos manter o pressuposto simplificador de negociação sem custo no curso do processo. Via de regra, não serão os custos de negociação que impedirão um processo de terminar em acordo, ainda que sempre valha a pena reduzi-los.

Dito isso, modelos elaborados com base na divergência de expectativas, seja sobre a probabilidade de sucesso, seja sobre o montante da condenação, são chamados de modelos de otimismo mútuo, pois neles o litígio só ocorre porque as partes são otimistas em relação às chances de sucesso e não apenas pela presença de risco. No entanto, é importante alertar que isso não significa, necessariamente, que ambas as partes são otimistas em relação às suas próprias chances, apenas que elas discordam entre si de suas chances (hiato de expectativas) e que ao menos uma delas é otimista demais. Todavia, em vez de o litígio decorrer do otimismo, pode ser que ele seja o resultado de informações assimétricas. É o que exploramos a seguir.

4.3.2 O Modelo de Assimetria de Informação

Os modelos de otimismo trabalham com diferenças de crenças, de expectativas, enquanto os modelos de assimetria de informação trabalham com informações imperfeitas. A distinção é sutil, porém relevante, pois enquanto as crenças de uma das partes não são alteradas pela simples crença da sua contraparte, tais crenças podem, sim, ser alteradas pelo acesso à informação privada que antes apenas a outra parte tinha. Em outras palavras, as opiniões das partes podem não ser suficientes para alterar a opinião de seus oponentes, mas ambos estão constantemente atualizando suas crenças à medida que novas informações são disponibilizadas (*update* bayesiano).

Por exemplo, suponha que o exemplo inicial da seção anterior fosse um caso de responsabilidade subjetiva (logo, requereria a demonstração de culpa), mas Roberta tenha informação privada de que, na realidade, a sua empresa tomou o nível de cuidado exigido do homem médio e, portanto, que dificilmente será considerada negligente. Todavia, Antônio não tinha como observar o nível de cuidado tomado por Roberta quando sofreu o acidente. Nesse caso, há uma assimetria de informação entre as partes que afeta a formação de suas respectivas expectativas quanto a probabilidade de sucesso de uma eventual ação. Essa é uma diferença de informação, não apenas de expectativas, pois se Antônio tivesse acesso à informação privada de Roberta de forma crível, ele atualizaria suas expectativas e ajustaria sua probabilidade subjetiva convergindo-a com a de Roberta.

A distinção entre divergência de expectativa em função de mera opinião e divergência de expectativa em função de assimetria de informação é relevante, pois as regras processuais impõem às partes oportunidades e obrigações de revelar informações e

140

documentos umas às outras, em diferentes momentos processuais, que podem ir reduzindo a assimetria de informação entre as partes envolvidas e, assim, o juiz, fazendo com que o hiato de expectativa vá se estreitando ao longo do processo e a divergência de crenças sobre o valor esperado da ação se reduz. Se o autor for bem-sucedido e houver convergência de crenças, um acordo pode ser alcançado após a propositura da ação³²².

Nesse sentido, modelos de informação assimétrica podem ser mais úteis para variações de informação à medida que o processo segue o seu curso. Assim, por exemplo, se na fase de autocomposição o autor não desejasse revelar seus argumentos ao réu, por uma questão estratégica, no momento de propositura da ação, por força de lei³²³, ele é obrigado a revelar os fatos e os fundamentos que entenda subsidiarem o seu pleito, bem como deve informar exatamente o que pretende produzir. Caso haja qualquer documento preexistente que fundamente o pedido, ele também terá de acompanhá-lo na inicial³²⁴. Se o autor não satisfizer tudo isso e, portanto, a petição inicial não atender todos estes requisitos, o juiz determinará que emende a inicial³²⁵. E, se o autor não fizer, o juiz deve indeferir a petição inicial e encerrar o processo.

Essas regras processuais são claramente direcionadas à redução de assimetria de informação entre réu e autor – permitindo um *update bayesiano* à estabilização da lide³²⁶, mas também são direcionadas à redução da assimetria de informação entre as partes e o juiz, que é quem terá que decidir o caso e, portanto, precisa saber: o que e por que se pede. Com a estabilização da lide e o acesso às informações privadas, o réu poderá analisar com maior segurança as alegações feitas e os documentos juntados pelo autor e atualizar suas crenças acerca da viabilidade da ação proposta. Da petição inicial podemos concluir uma de duas coisas: ou o autor possuía informações privadas e agora é obrigado a revelá-las; ou (ii) o autor possuía informação privada a revelar e isso, por si só, constitui uma nova informação. De um jeito ou de outro, o réu atualizará suas crenças à luz das novas informações.

322. Por outro lado, os custos irrecuperáveis podem tornar o acordo não interessante, como veremos no capítulo 5.1.2.

323. Art. 319. A petição inicial indicará: [...]

III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido;

IV - o pedido com as suas especificações;

V - o valor da causa;

VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; [...]

324. Art. 320. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.

325. Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou acrescentado. Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

326. A estabilização da lide significa que, com o aperfeiçoamento da relação tripartite, o autor não pode mais mudar o seu pedido e o réu só é obrigado a se defender dele. Qualquer julgamento além do pedido é *ultra petita*.

o avaliar a conveniência e a oportunidade da propositura de um acordo, ou seja, realizar uma análise custo-benefício para decidir se contesta a ação ou capitula.

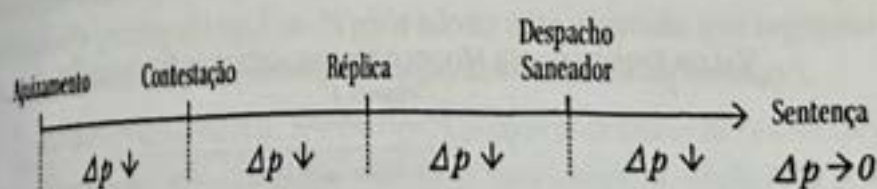
A mesma redução de assimetria de informação pode ser assumida com relação à contestação pois, também de acordo com a lei, incumbe ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir (art. 336/CPC). Ao fazê-lo, o réu reduz a eventual assimetria de informação que existia entre ele e o autor.

Suponha que, após a análise da inicial, o réu tenha decidido contestar e, portanto, não propor um acordo¹²⁷. Da contestação podemos concluir uma de duas coisas: (i) ou o réu possuía informações privadas e agora é obrigado a revelá-las; ou (ii) o réu não tinha nada a revelar, e a ausência de novas informações em si constitui informação nova para o autor. De um jeito ou de outro, após a contestação, o autor também atualizará suas crenças e realizará uma nova análise custo-benefício para decidir como agir¹²⁸.

Considerando apenas o primeiro grau de jurisdição, podemos ilustrar a gradual redução do hiato de expectativas entre as partes, em decorrência da marcha processual na forma da Figura 4-16 abaixo. Obviamente, nela estamos assumindo a ausência de contradição, omissão ou obscuridade, hipótese na qual o hiato de expectativas não tenderia a zero e seria o caso de oposição de embargos de declaração. Nesse contexto, o hiato de expectativas evolui da seguinte forma:

REDUÇÃO DA ASSIMETRIA PELO PROCESSO

Figura 4-16



Sentido da revelação de informação entre as partes.

↑ Informação Pública ↓ Informação Privada

No entanto, às vezes, as informações disponibilizadas na fase postulatória não são suficientes para esgotar a controvérsia e, portanto, para que as partes tenham segurança dos fatos alegados, é necessária a realização de instrução processual, como a oitiva de testemunhas, a realização de perícias etc. A persistência da assimetria de

127. Usualmente o réu pode fazer ambos, propor um acordo e contestar, mas, para simplificar, mantemos apenas uma escolha.

128. Note que, com a estabilização da lide, i.e., após a contestação pelo réu, via de regra, o autor não pode mais desistência, devendo replicar ou propor um acordo (que inclui a possibilidade de desistência), mas, como é uma proposta de acordo, depende da concordância do réu.

informações na fase postulatória pode afetar substancialmente o comportamento dos litigantes. Exploramos esse ponto. O modelo clássico de litígio com base em assimetria de informação, a litigância econômica de Lucian Bebchuck³²⁹ e, a partir desse momento, a litigância econômica do processo praticamente se voltou integralmente para a análise da Teoria dos Jogos e as diversas formas que o processo de barganha pode assumir. grande maioria dos modelos é excessivamente técnica, mas sem ser tão complexa quanto a definitiva para a compreensão do processo que seja comparável à análise que utilizá-los. Como o objetivo do presente livro é apresentar a análise econômica do processo de uma maneira que juristas de todas as estirpes possam apreciar e empregaremos uma ilustração para demonstrar os principais insights desse processo sem adentrar nos detalhes do modelo.

Suponha o caso de um advogado de uma grande operadora de plano de saúde que, após receber a citação, é convocado pela empresa para decidir se aceita ou não um acordo³³⁰. O advogado específico deve ser litigado ou se a empresa deve propor um acordo? Existem dois tipos de autores em casos de negativa indevida de cobertura: autores com casos ruins e autores com casos ruins. Os autores com casos ruins são aqueles a quem a operadora negou cobertura, apesar de ser devida, e têm 80% de chance de êxito. Os autores com casos ruins são aqueles em que a cobertura foi negada e não era devida. Esses autores têm apenas 20% de chance de êxito ($p_r = 0,2$). Assuma que a indenização por danos é de R\$ 100.000 ($B = 100.000$) e que o custo do litígio é R\$ 10.000 para cada parte ($C_n = 10.000$). De início, suponhamos que, tanto a operadora quanto o autor não saibam se o caso é forte ou fraco desde o início (informação perfeita). Este caso pode ser representado da seguinte maneira:

VALOR ESPERADO NO MODELO DE ASSIMETRIA DE INFORMAÇÃO
Figura 4-17

Tipo de Litigante	Caso Forte	Valor Esperado do Autor	
		$p_f \cdot B - C = 70.000$	Valor Esperado do Remanescente
	Caso Fraco	$p_r \cdot B - C = 10.000$	$p_f \cdot B + C = 90.000$
			$p_r \cdot B + C = 30.000$

A Figura 4-17 mostra o valor da ação tanto para os dois tipos de autores para a operadora de saúde, por tipo de litigante. Em ambos os casos, assim como no modelo de otimismo mútuo, é possível a celebração de um acordo, pois

329. Cf. Bebchuck (1984). O modelo de Bebchuck assume que a ameaça de litigar do autor era o valor esperado do litígio é positivo. Nalebuff relaxou esse pressuposto para investigar o problema de litigância econômica. Cf. Nalebuff (1987).
330. Nosso exemplo assume que uma operadora de plano de saúde deve garantir aos seus segurados os serviços e os medicamentos previstos em lei e no contrato, nos termos do direito fundamental à saúde. Obviamente, se a operadora tivesse que oferecer qualquer tipo de atendimento aos seus segurados, então, toda ação por negativa de cobertura contra ela seria infundada.

casos cooperativos a ser partilhado. Note que o excedente cooperativo em ambas as hipóteses é de R\$ 20.000, correspondente ao custo do litígio, variando apenas o tamanho da negociação. Para os casos mais fortes, o espaço de acordo é de R\$ 70.000 a R\$ 80.000, enquanto para os casos mais fracos é de R\$ 10.000 a R\$ 30.000.

Assim, a celebração de um acordo é simples e direta porque não há assimetria de informações, *i.e.*, tanto a operadora de plano de saúde quanto os segurados conseguem identificar quais casos são fortes e quais casos são fracos. As coisas ficam mais complicadas se a operadora não conseguir identificar o tipo do litigante no momento de decidir oferecer um acordo ou não e, portanto, quando inserimos a assimetria de informação.

Suponha agora que da petição inicial e pelo histórico do segurado, a operadora não consiga saber se o caso é forte ou fraco, que apenas consiga saber que a cobertura é negada - mas não se a razão da negativa está correta na prática - sem a realização da instrução e de uma eventual perícia. No entanto, por sua experiência, o advogado da operadora sabe que uma parcela de casos é forte e uma parcela de casos é fraca. Suponha agora que, por causa do prazo exíguo e do tempo que demora para aprovar internamente qualquer acordo, a operadora possa realizar uma única oferta de acordo dentro do prazo de contestação que o segurado deve pegar ou largar. Se você fosse o advogado da operadora, como reagiria a este cenário? Ofereceria uma proposta de acordo? Se sim, de quanto? Por quê? Gaste um tempo pensando nestas perguntas antes de avançar no texto.

Em tal cenário, em que o réu enfrenta um tipo desconhecido de autor, a operadora tem duas estratégias possíveis: ela pode agrupar todos os autores em um grande grupo e fazer um proposta uniforme, que todos aceitem, a chamada *estratégia de agrupamento* (*pooling strategy*), ou ela pode adotar uma proposta que segregue os autores por tipos, a chamada *estratégia de separação* (*separating strategy*).

Considerando que o valor de reserva dos litigantes com casos fortes na média é R\$ 70.000 e o valor de reserva dos litigantes com casos fracos na média é R\$ 10.000, a operadora de plano de saúde poderia nivelar por cima e oferecer R\$ 70.000 para todo e qualquer um que propusesse uma ação contra ela por negativa de cobertura. Nessa hipótese, todos os litigantes seriam agrupados em uma única categoria, daí o nome da estratégia, *agrupamento*, e todas as propostas seriam aceitas (dado que são iguais ou superiores ao preço de reserva de todos os autores). Haveria certeza de que todas as propostas seriam aceitas e todos os litígios seriam evitados, mas o custo seria sempre de R\$ 70.000 por processo, independentemente do tipo de segurado com que a operadora estivesse lidando. Em outras palavras, a operadora estaria comprando a certeza do acordo com R\$ 60.000 por litigante com caso fraco. Ela só não sabe quantos são e, portanto, quanto isto lhe custará.

Uma segunda estratégia possível seria adotar como regra uma proposta que apenas os litigantes com casos fracos aceitariam. Assim, a operadora adotaria como padrão de comportamento sempre ofertar R\$ 10.000 a título de acordo para todos os

litigantes. Nesse caso, todos os litigantes com caso fraco aceitariam a proposta, pois o valor oferecido é igual ao seu preço de reserva, mas todos os litigantes com casos fortes rejeitariam e continuariam a litigar, pois o valor está muito abaixo de seu preço de reserva. Como cada tipo de litigante reagirá de forma diferente à mesma oferta, essa estratégia separa os litigantes por tipo, daí o seu nome, *separação*.

Além disso, como a estratégia de separação gera litígio, o seu custo para a operadora dependerá da parcela da população de litigantes com casos fortes que continuará a ação. Mas qual das duas seria a melhor estratégia para a operadora?

Não é possível responder a esta pergunta teoricamente, pois, como dito, o retorno esperado de cada uma delas depende da distribuição de casos fortes e fracos na população de casos ajuizados. Mas se tivermos os dados ou uma estimativa razoável, podemos fazê-lo. Suponha, por exemplo, que os tipos de casos estejam distribuídos igualmente, i.e., para qualquer caso individualmente considerado, há 50% de chance de ele ser forte e 50% de chance de ele ser fraco. Nesse cenário, o custo médio por processo da estratégia de agrupamento será de R\$ 70.000, ou seja, será de R\$ 70 milhões por bloco de 1.000 processos.

Já na estratégia de separação, como todos os litigantes fracos aceitarão a proposta de R\$ 10 mil, sobrarão apenas os litigantes fortes que continuarão o litígio até o fim. O custo médio esperado da estratégia de separação será R\$ 50.000 ($= 0,5 \cdot 10.000 + 0,5 \cdot 90.000$), ou seja, R\$ 50 milhões por bloco de 1.000 processos. Ergo, neste cenário, a estratégia de separação é mais barata para a operadora de plano de saúde que a estratégia de agrupamento, ainda que gere mais litígio. Portanto, é a escolha racional que a operadora adotará. Como se pode ver, do ponto de vista privado, nem sempre litigar é um desperdício de recursos. Às vezes, litigar é a estratégia mais eficiente³³¹.

Curiosamente, e isso é muito interessante, enquanto na estratégia de agrupamento nenhum caso vai para julgamento (todos terminam em acordo), na estratégia de separação muitos casos vão a julgamento e, contraintuitivamente, apenas casos fortes vão a julgamento³³². Logo, a operadora de plano de saúde perderá a maioria dos casos que litigar (80%) e, ainda assim, essa estratégia será mais vantajosa, dado que separa os litigantes. Nesse sentido, quando alguém observa certos grandes litigantes que costumeiramente perdem no Judiciário, mas continuam litigando, pode ser que esse cenário seja o resultado de um comportamento estratégico do réu para separar os vários tipos de autores. Portanto, um reflexo de seu comportamento racional e estratégico, não necessariamente um caso de litigância de má-fé. Se a conduta é socialmente desejável é outra discussão, mas que pode ser racional e eficiente do

331. Eu suspeito que quase todos os grandes litigantes do setor privado, como empresas aéreas, bancos, empresas de telecomunicação, possuem uma modelagem dos custos de litigância e adotem a estratégia que maximiza o seu retorno. Logo, que ajam estrategicamente. Aqueles que não possuem tal estratégia, podem estar perdendo dezenas de milhões de reais todos os anos.

332. Note que, neste cenário, os casos que vão a julgamento não são os difíceis, como previsto por Priest e Klein (1984), mas justamente os fáceis (ou seja, os casos fortes). Sobre essa discussão, cf. Seção 6.6.

ponto de vista privado, como demonstrado acima, pode. Estamos diante de mais uma hipótese na qual o uso da Teoria dos Jogos pode nos ajudar a compreender adequadamente a realidade.

No entanto, é importante lembrar que a superioridade de uma ou outra estratégia não está na estratégia em si, mas no cenário construído. Assim, se mudarmos algum parâmetro, pode ser que a estratégia de agrupamento se torne mais interessante que a estratégia de segregação. Por exemplo, suponha que $p_f = 80\%$ e $p_r = 20\%$. A estratégia de separação agora custa R\$ 74.000 ($= 0,2 \cdot 10.000 + 0,8 \cdot 90.000$) por processo, ou seja, custará R\$ 74 milhões por bloco de 1.000 processos. Enquanto a estratégia de agrupamento custará R\$ 70.000 ($= 0,2 \cdot 70.000 + 0,8 \cdot 70.000$) por processo, ou seja, custará R\$ 70 milhões por bloco de 1.000 processos. Neste cenário, a operadora estaria em melhor situação se agrupasse todos os litigantes e fizesse acordo em todos os casos pagando o preço de reserva dos casos fortes, ainda que em alguns casos fracos ela pagasse mais do que precisaria³³³.

Assim, está claro que existe um *trade-off* entre a estratégia de agrupamento e a estratégia de separação. A primeira economiza custos de litigância ao preço de um incremento nos custos de acordo (paga-se demais para litigantes fracos), já a segunda economiza custos de acordo ao não pagar demais aos litigantes fracos, ao preço de litigar demais com litigantes fortes, aumentando o custo de litigância. Portanto, é de se esperar que o agente varie de estratégia à medida que sua percepção da distribuição de tipos de litigantes varie no tempo. À medida que a população de casos fracos cresce, é de se esperar que o número de litígios também cresça, pois o réu estratégico começará a migrar para a estratégia de separação. À medida que a população de casos fracos cai, é de se esperar que o número de litígios também caia, pois o réu estratégico começará a migrar para a estratégia de agrupamento. Este é um resultado muito interessante, pois são os casos fracos que determinam a estratégia do réu.

A literatura é vasta em outros modelos que discutem variações desse caso, como mudar quem faz a oferta para o detentor da informação privada, introduzindo a possibilidade de uma fase de pontuação³³⁴ ou mesmo quando ambos os lados possuem informações privadas (assimetria recíproca)³³⁵. Entretanto, as conclusões alcançadas não alteram substancialmente as principais conclusões discutidas acima e são, em larga medida, compatíveis com o modelo de otimismo mútuo.

O principal mérito dessa literatura é demonstrar os ganhos que a negociação pode ter com a revelação de informação de uma parte para a outra e, em especial,

333. O leitor consegue perceber como a lógica da estratégia de agregação parece um seguro?

334. Em direito contratual, a fase de pontuação é a fase em que cada lado faz ofertas e contraofertas não vinculantes umas às outras.

335. Para o leitor realmente animado, sugiro que consulte o Volume V da *Encyclopedia of Law and Economics*, disponível online. Cf. Bouckaert e De Geest (2000). Se estiver disponível em sua biblioteca, vá direto para o Volume 8 – *Procedural Law and Economics*, da segunda edição da enciclopédia. Cf. Sanchirico (2012) e, em especial, o Capítulo 15 – *Settlement* de Andrew F. Daugherty e Jennifer F. Reinganum.

com o comportamento da outra parte. Já sua principal limitação, além do alto nível de complexidade matemática, é que pressupõem regras para a negociação que não necessariamente se aplicam no mundo real, como a hipótese de se realizar uma única oferta.

Como nota final deste capítulo, é importante ressaltar que o que fizemos até aqui foi uma aplicação da análise econômica do direito positiva, *i.e.*, investigamos como a conduta dos agentes é e não como ela deveria ser, segundo algum critério normativo. Nesse sentido, o modelo teórico dos jogos discutido acima nos ajuda a compreender certos comportamentos de litigantes de massa que, individualmente considerados, podem não fazer sentido à primeira vista, mas que se revelam plenamente racionais quando considerados no agregado. Além disso, como neste capítulo estamos investigando o mundo do ser (positivo) e não o do dever-ser (normativo), não estamos discutindo se essa conduta é boa ou ruim para a sociedade. Estamos apenas tentando entender o mundo.

Para o leitor interessado na discussão juseconômica acerca da "adequação social" de um litigante ajuizar uma ação ou não, recomendo o trabalho de Steven Shavell, que foi o primeiro a demonstrar que os custos sociais do litígio podem ser diferentes dos custos privados e, portanto, que pode haver excesso ou falta de litigância³³⁶, a depender do caso. Por outro lado, no Capítulo 6, investigaremos as consequências sociais desse excesso de litigância e como a sobreutilização do Judiciário pode destruir sua capacidade de adjudicar adequadamente, em função de congestionamento endêmico, a chamada Tragédia do Judiciário³³⁷, e também que essa tragédia pode ser uma decorrência direta da própria natureza econômica do direito e dos tribunais³³⁸. Mas antes disso, agora que dominamos os modelos básicos, vamos explorar alguns tópicos avançados da análise econômica do processo que ampliarão, ainda mais, o rol de possíveis aplicações da Teoria Positiva do Processo.

336. Cf. Shavell (1982).

337. Cf. Gico Jr. (2012) e (2014).

338. Cf. Gico Jr. (2019) e (2020).

