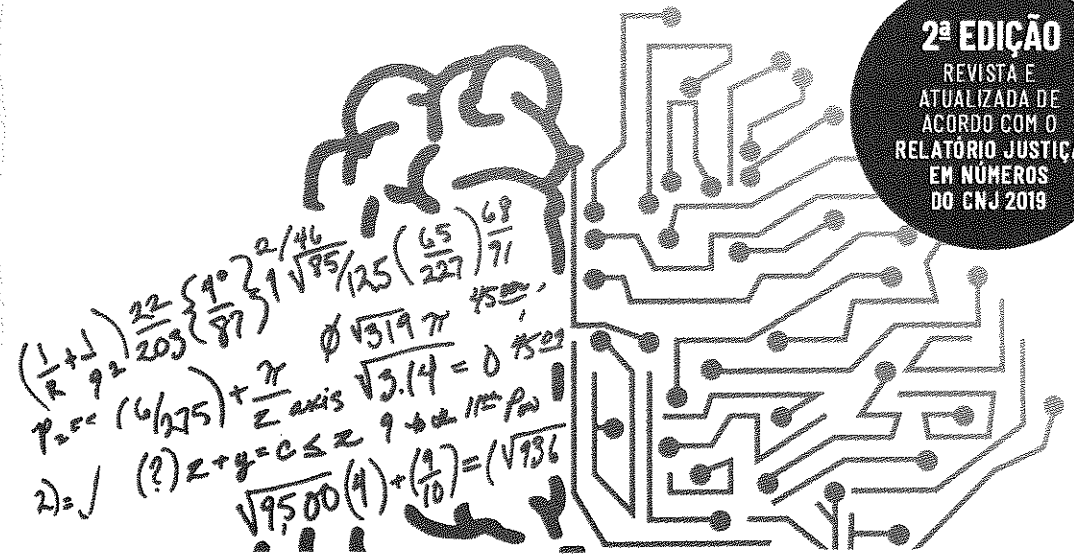


ERIK NAVARRO WOLKART

ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL

2ª EDIÇÃO

REVISTA E ATUALIZADA DE ACORDO COM O RELATÓRIO JUSTIÇA EM NÚMEROS DO CNJ 2019



COMO A ECONOMIA, O DIREITO E A PSICOLOGIA PODEM VENCER A "TRAGÉDIA DA JUSTIÇA"



APRESENTAÇÃO . TERESA ARRUDA ALVIM • PREFÁCIO . LUIZ FUX • QUARTA CAPA . LUÍS ROBERTO BARROSO

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) (Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Wolkart., Erik Navarro
Análise econômica do processo civil : como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça / Erik Navarro Wolkart.. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

Bibliografia.
ISBN 978-65-5065-430-6

1. Direito - Aspectos econômicos 2. Direito - Aspectos psicológicos 3. Direito e economia 4. Processo civil 5. Processo civil - Brasil I. Título.

20-36140

CDU-347.9(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Processo civil 347.9(81)
Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

retora de Conteúdo e Operações Editoriais
JIANA MAYUMI ONO

erente de Conteúdo
ILISA CRISTINE ROMERA

itorial: Aline Marchesi da Silva, Diego Garcia Mendonça, Karolina de Albuquerque Araújo e Quenia Becker

erente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

reitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

ssistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

nalista de Projetos: Camilla Dantara Ventura

stagiários: Alan H. S. Moreira, Ana Amália Strojnowski, Bárbara Baraldi e Bruna Mestriner

rodução Editorial

oordenação

NDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

pecialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

nalista de Projetos: Larissa Gonçalves de Moura

nalistas de Operações Editoriais: Alana Fagundes Valério, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

nalistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Thais Pereira e Victória Menezes Pereira

esigner Editorial: Lucas Kfourri

stagiários: Maria Carolina Ferreira, Sofia Mattos e Tainá Luz Carvalho

apa: Leonardo Fusco

adaptação de capa: Lucas Kfourri

equipe de Conteúdo Digital

oordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

erente de Operações e Produção Gráfica
MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Estagiária de Produção Gráfica: Ana Paula Evangelista

Análise Econômica do Processo Civil

Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a Tragédia da Justiça

ERIK NAVARRO WOLKART

2ª edição

1ª edição: 1ª tiragem: fevereiro de 2019;

2ª tiragem: abril de 2019; 3ª tiragem: setembro de 2019.

© desta edição [2020]

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 - Vila Olímpia

CEP 04533-085, São Paulo, SP, Brasil.

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

O autor goza da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhe a responsabilidade das ideias e dos conceitos emitidos em seu trabalho.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS
(atendimento, em dias úteis, das 9 às 18 horas)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacr@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.livro@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil [06-2020]

Profissional

Fechamento desta edição [22.04.2020]



ISBN 978-65-5065-430-6

APRESENTAÇÃO

Com imensa alegria e satisfação me desincumbo da tarefa de apresentar este trabalho. Trata-se de obra fruto de muita ousadia (no melhor sentido da expressão) e coragem de um jovem estudioso de processo civil, juiz de direito no Rio de Janeiro.

Acompanhei o interessante processo de concepção de seu conteúdo, a fase que estava sendo escrita e, quando pronta, integrei a banca examinadora. Trata-se de trabalho oriundo de tese de doutorado defendido com brilho diante de seleta banca examinadora na UERJ: Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que merece efusivos elogios, pois foi seu orientador, Luís Roberto Barroso, Antonio do Passo Cabral, Flávio Luiz Yarshell, Luciano Benetti Timm e eu, que fui coorientadora.

Esta é uma das primeiras obras realmente interdisciplinares do Processo Civil brasileiro. Erik utiliza economia, psicologia, neurociência, tecnologia e direito para tratar de um dos temas mais importantes do CPC/2015: o *comportamento cooperativo* das partes e do juiz no processo.

Adotando postura abertamente pragmática, o autor demonstra, matematicamente, que as normas processuais atuais são incapazes, por si mesmas, de gerar o comportamento cooperativo dos principais atores do processo. Para tanto, utiliza diversos institutos da microeconomia, como, por exemplo, a Teoria dos Jogos, além das recentes descobertas da psicologia e da neurociência a respeito de como funcionam a mente humana e os vieses cognitivos que lhe são inerentes.

Mais importante, Erik propõe uma revisão do conceito de cooperação processual, afastando todos os deveres cooperativos que desviam o processo do objetivo do art. 6.º do CPC/2015: a prestação da tutela justa, efetiva e em prazo razoável. Para tanto, corajosamente, propõe mesmo uma revisão do próprio conceito de devido processo legal.

Ao longo de toda a obra, o autor sugere várias alterações legislativas e de rumos da jurisprudência que seriam aptas a criar um ambiente cooperativo no processo, em todas as suas fases. Destaco aqui os diversos desenhos procedimentais propostos para diminuição da assimetria de informação fática e de direito entre as partes, tendo por consequência direta a queda na propositura de demandas “frívolas” e o aumento substancial das taxas de acordo no processo, algo extremamente relevante em um sistema judicial engolido por mais de 100 milhões de feitos (um cenário de “tragédia”, para usar a expressão do próprio autor).

Duas situações podem ocorrer: (i) a vítima procura ou é procurada pelo causador do dano e busca algum tipo de composição antes mesmo que haja o ajuizamento da ação; (ii) a vítima ajuíza a ação e o réu será citado para comparecer à audiência de conciliação ou mediação, na forma do art. 334, *caput*, do CPC/2015.

Ocorrida a hipótese (i), o causador do dano terá de decidir se aceita negociar um acordo. Frustrada ou simplesmente não ocorrida a hipótese (i), o autor ajuizará a ação e, via de regra, teremos a hipótese (ii). Nesse caso, ou haverá acordo ou passará a fluir prazo de 15 dias para o réu apresentar contestação (art. 335, I, do CPC/2015).

Nessa fase inicial, portanto, concentram-se as possibilidades de realização de acordo que evitaria o ajuizamento da ação ou o prolongamento do processo. É claro que, tratando-se de direitos com alguma fração disponível, em tese, o acordo pode ser realizado a qualquer momento, inclusive em fase de execução.

Todavia, o *valor social* do acordo diminui na medida em que o processo prorroga-se. Isso porque, quanto antes o acordo for realizado, maior a quantidade de recursos públicos e privados economizados.¹⁰³

Posto isso, classificamos como *cooperativo* o comportamento das partes de buscar o acordo em qualquer momento do processo, e de *não cooperativo* o comportamento contrário. Isso valerá para todo este trabalho. Assim, não são cooperativos o comportamento do autor que indica na petição inicial o desejo de não realizar a audiência do art. 334, e o do réu quando faz o mesmo na contestação.

O ponto crucial aqui, portanto, será a possibilidade da realização de acordo que evite o ajuizamento da ação ou o prolongamento do processo. No primeiro caso, é necessária a postura ativa da vítima e do causador do dano na busca de algum tipo de contato que permita negociação. No segundo, é a própria norma processual que promove um encontro com esse objetivo.

Nos dois casos, a referência inicial para nós é o *valor esperado* do processo, tanto por parte do autor quanto por parte do réu.

Se o valor esperado pelo potencial autor for negativo, a realização de qualquer acordo será muito improvável. É que, como veremos, faltará a ele *credible threat*, ou seja, uma ameaça crível de ajuizamento da ação em face do dito causador do dano. Isso porque o *alegado* causador do dano saberá que nada fez. Mais do que isso, ele terá a consciência de que o autor *sabe que ele sabe*. E é exatamente por isso, ou seja, por saber que a ação jamais será ajuizada, que o *acusado de ter causado* o dano recusará qualquer composição. No fim, não teremos qualquer ação judicial, se as partes forem racionais.¹⁰⁴

103. BORNE, Robert. *Civil Procedure*. ... Op. cit., p. 92.

104. Como explicamos em detalhes no capítulo 5, a ideia de *ameaça* é essencial para que acordos sejam bem-sucedidos. Quem ameaça o faz com o objetivo de não concretizar a ameaça

Por outro lado, se o *valor esperado* for positivo,¹⁰⁵ as possibilidades de acordo passarão pelo *valor esperado* do processo para o réu. Da mesma forma que o autor, o réu terá suas expectativas de vitória e de custos em relação àquele processo. A possibilidade de um acordo é a certeza de economia de parte desses custos.¹⁰⁶ A concretização do acordo dependerá de um ajuste de ambas as expectativas, do valor dos custos do processo e do poder de barganha de cada uma das partes.

Passemos à análise formal de todos esses elementos.

6.6. Análise econômica da autocomposição: modelo básico

Esta seção tem dois principais objetivos: (i) apresentar a modelagem econômica dos movimentos de autocomposição de conflitos antes e durante o processo; e (ii) clarificar as razões pelas quais esse tipo de comportamento cooperativo não é predominante no Brasil. A partir do diagnóstico aqui estabelecido, proporemos as soluções cooperativas no capítulo seguinte.

A teoria econômica prediz que o acordo sempre se realizará quando for vantajoso para as partes.¹⁰⁷ Significa que se o valor a ser recebido/pago em razão do acordo for maior do que aquele que se espera do processo, as partes hão de buscar alguma composição.¹⁰⁸

Se Paulo é dono de um veículo e Pedro quer comprar esse veículo, para que o negócio ocorra é preciso que Pedro valore o veículo mais do que Paulo. Assim, se Paulo confere ao seu carro o *valor/utilidade* de R\$ 30.000,00 e Pedro o valora

Mas, para tanto, essa ameaça tem de ser crível. Há duas formas de conferir credibilidade a uma ameaça, ambas envolvendo o compartilhamento de informações. Na primeira, informa-se ao adversário de que há incentivos suficientes (em termos de recompensas) para que a ameaça seja levada a cabo. A segunda, mais agressiva, transmite a informação de que a ameaça será cumprida independentemente de a recompensa não ser vantajosa. Essa técnica normalmente vem acoplada a algum ato que demonstra claramente a intensão firme do autor da ameaça. Era esse o caso da chamada *bomba do fim do mundo*, na época da Guerra Fria. Acreditava-se que a União Soviética construía uma poderosíssima bomba atômica que seria automaticamente acionada em caso de ataque americano e que, o que é fundamental, uma vez acionada não poderia ser desarmada. Esse mecanismo (*commitment*) conferia credibilidade a uma ameaça desprovida de recompensas vantajosas. Sobre o tema: SCHELLING, Thomas C. *The Strategy*. ... Op. cit., p. 35-36.

105. Ou seja, existe *credible threat*.

106. SHAVELL, Steven. *Foundations*. ... Op. cit., p. 415.

107. Isso ficou claro ao estudarmos o teorema de Coase, ainda no capítulo 2.

108. Por isso ressaltamos que o comportamento colaborativo é o buscar, *a priori*, a realização do acordo. Se ele ocorrerá ou não, depende menos da boa vontade das partes e mais das vantagens que o acordo proporcionará em relação ao processo.

em R\$ 60.000,00, podemos prever que a venda ocorrerá por algum valor entre R\$ 30.000,00 e R\$ 60.000,00, a depender do poder de barganha das partes. De outro lado, se Pedro valora o bem em apenas R\$ 25.000,00, certamente não haverá negócio.¹⁰⁹

No processo, a realização de acordo assemelha-se à *venda do exercício do direito de ação* ou do *direito de continuar exercendo o direito de ação no processo*. Os princípios, portanto, são os mesmos do exemplo anterior. O *valor* desse direito para o autor equivale ao *valor esperado* do processo para ele.

Ainda que haja custos de transação envolvidos na realização do acordo,¹¹⁰ quase sempre eles serão inferiores aos custos do processo.¹¹¹ Assim, caso as partes tenham expectativas parecidas (*valores esperados semelhantes*), a teoria econômica prediz que sempre haverá acordo.

Entretanto, vimos que o percentual de acordos no Brasil é extremamente baixo (apenas 11% na Justiça estadual e ridículos 3,4% na Justiça Federal).¹¹² Descobrir as razões dessa *falência* do modelo colaborativo é o principal objetivo desta seção.

Iniciaremos desenvolvendo um modelo básico para acordos.¹¹³ Após, adaptaremos esse modelo à realidade brasileira. Por fim, acrescentaremos as atualizações decorrentes da economia comportamental. Acreditamos que boa parte dos problemas que impedem a realização de acordos no Brasil ficará bastante clara, bem como as possíveis soluções.

Por simplicidade, manter-nos-emos fiéis ao mesmo exemplo até aqui utilizado, replicando para o réu os custos administrativos do processo tal como considerados para o autor.

Nesse primeiro momento, consideraremos que a perspectiva sentida de vitória pelo autor é de 50% e que o réu compartilha dessa expectativa.

109. Em sentido semelhante: BORNE, Robert. *Civil Procedure*. Op. cit., p. 72.

110. As partes precisam se encontrar; há desgaste emocional envolvido; consome-se algum tempo nas negociações etc.

111. BORNE, Robert. *Civil Procedure*. Op. cit., p. 73.

112. A título de comparação, nos EUA, apenas 4% dos processos vão a julgamento na Justiça estadual e apenas 2% na Justiça Federal. Em ambos os casos, a maior causa de evitamento do julgamento são os acordos (SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 410). As melhores estatísticas indicam percentual de acordo em torno de 70% (BORNE, Robert. *Civil Procedure*. Op. cit., p. 69).

113. Esse modelo básico aqui utilizado é o desenvolvido pela abordagem clássica da análise econômica do direito, conforme articulado por: POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 763-767; e SHAVELL, Steven. *Suit...* Op. cit.

Como vimos, o resultado esperado do processo para o autor é: $Ev = Pa \cdot Ua$

Já os custos totais esperados são: $Ct = Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$.

A chamada condição de litigância foi por nós definida como sendo $Ev \geq Ct$.

Definiremos agora o que chamaremos de *valor de reserva*. Valor de reserva é o valor mínimo que a parte considera como viável para a realização de um acordo.

O valor de reserva do autor (Va) será determinado pela diferença entre o resultado esperado e os custos esperados do processo, para ele autor, ou seja: $Ev - Ct$.

Essa simples equação pode ser assim desdobrada: $(Pa \cdot Ua) - \{Ca + Cl(1 - Pa)\}$.

Vejamos agora como determinar o *valor de reserva* do réu, ou seja, o valor máximo que o réu aceitaria pagar para realizar um acordo.

O réu também tem um valor esperado e um custo esperado para o processo. Esse valor esperado é o valor do pedido ponderado pela possibilidade de vitória do *autor* sentida pelo réu (Pr), de modo que: $Evr = Pr \cdot Ua$. O custo esperado é a soma dos custos administrativos e de litigância, esse último ponderado pela possibilidade de derrota ($Ctr = Ca + Cl \cdot Pr$).

Assim, o *valor de reserva* do réu (Vr) é a soma do valor por ele esperado com o custo por ele esperado: $Evr + Ctr$.

Essa equação pode ser assim desdobrada: $Pr \cdot Ua + Ca + Cl \cdot Pr$.

Por definição, os custos de litigância Cl são sempre os mesmos para autor e réu (R\$ 1.500,00 de custas, mais os 10% sobre o valor da causa a título de honorários judiciais), e serão pagos ao final pelo sucumbente. Como esse valor é ponderado pela probabilidade de vitória/derrota, ele difere entre as partes na medida em que haja *divergências de expectativas* quanto às chances de procedência do pedido.

O mesmo vale para o valor do pedido. Já os custos administrativos podem variar (o nível de aborrecimento com o processo pode ser distinto, o valor dos honorários contratuais dos advogados pode ser maior ou menor), mas aqui serão mantidos iguais por simplicidade (no nosso exemplo eles somam R\$ 4.000,00 para cada parte).

Como já dissemos, neste primeiro momento fixaremos as expectativas do autor e do réu quanto ao resultado do processo no mesmo patamar de 50% de chances de provimento total do pedido.

O valor de reserva do autor no nosso exemplo será:

$$Va = (Pa \cdot Ua) - \{Ca + Cl(1 - Pa)\}$$

$$Va = (0,5 \cdot 50.000) - \{4.000 + 6.500(1 - 0,5)\}$$

$$Va = (25.000) - (4.000 + 3250)$$

$$Va = 25.000 - 7.250$$

$$Va = 17.750$$

O valor de reserva do réu, por sua vez, será:

$$Vr = Pr \cdot Ua + Ca + Cl \cdot Pr$$

$$Vr = (0,5 \cdot 50.000) + 4.000 + (6.500 \cdot 0,5)$$

$$Vr = 25.000 + 7.250$$

$$Vr = 32.250$$

Dados os valores de reserva do autor e do réu, tudo aponta para uma ótima possibilidade de acordo. É que, nas negociações, o autor aceitará qualquer oferta não inferior a R\$ 17.750,00, enquanto que o réu aceitará pagar qualquer valor não superior a R\$ 32.250,00.

A diferença entre os valores de reserva (ou de referência) é chamada de *intervalo (ou janela) de acordo*. Quanto maior esse intervalo, maior a possibilidade de composição. No nosso exemplo, o intervalo é de R\$ 14.500,00.¹¹⁴ Mesmo que as negociações em si tenham algum custo de transação, o *intervalo de acordo* é suficientemente longo para acomodá-lo com tranquilidade.¹¹⁵

Portanto, é possível predizer que autor e réu transacionarão, e que o valor desse acordo será fixado entre R\$ 17.750,00 e R\$ 32.250,00.

114. $32.250 - 17.750 = 14.500$.

115. Acreditamos em valores bastante baixos, decorrentes de eventual encontro, ligação telefônica ou outra forma de comunicação entre as partes, além das despesas financeiras decorrentes do pagamento. Por simplicidade, decidimos sequer incluir esses valores em nossa fórmula. Em alguns casos, todavia, eles podem tornar-se relevantes (como no caso de o causador do dano levantar um empréstimo para pagar à vítima). Por outro lado, ainda que relevante o valor, dificilmente ele impediria o acordo, tendo em vista o tamanho do *superávit* gerado.

O *intervalo de acordo* também é conhecido como *superávit de acordo*. A forma como esse *superávit* será alocado entre as partes depende do poder de barganha de cada qual. Se autor e réu tiverem o mesmo poder de barganha, o *superávit* será dividido ao meio, ou seja, o acordo será *fechado* em R\$ 25.000,00.¹¹⁶

É interessante considerar o *superávit do acordo* como o valor extra que o acordo tem em relação ao processo. Quanto maior esse valor, maior o incentivo às partes para estabelecerem um acordo que evite o processo.

O valor do *superávit* é determinado pelos custos do processo e pelas expectativas de vitória de cada uma das partes. Quando as expectativas são idênticas, como no nosso exemplo, esse valor equivalerá à soma dos *custos totais esperados do processo* para o autor e para o réu (R\$ 7.250,00 para cada um).

A moral da história aqui é simples, e pode ser traduzida em duas conclusões absolutamente importantes, ao nosso sentir, para o processo civil brasileiro:

i. Quanto maiores os custos do processo, maior o incentivo para realização de acordos;¹¹⁷

ii. Quanto maior a diferença de expectativas (incerteza somada ao otimismo) quanto ao resultado do processo, menor o incentivo para realização de acordos.¹¹⁸

É claro que a captação de todo esse *superávit* por Pedro e Paulo, no nosso exemplo, depende do comportamento consciente de ambos procurarem uma negociação direta e razoável antes do ajuizamento da ação. Isso, por diversos motivos, nem sempre ocorre. Nesses casos, a autocomposição deve ser buscada dentro do processo.

6.6.1. Realização do acordo apenas na audiência preliminar

Caso a demanda seja ajuizada e o acordo ocorra na audiência preliminar, apenas parte do valor do *superávit de acordo* será captada. É importante determinarmos o montante dessa perda, bem como suas razões.

A diminuição do *superávit* decorre do pagamento de custos administrativos e de litigância, inerentes à instauração do processo.

Advogados já terão sido necessariamente contratados e as custas iniciais terão sido pagas.

116. Ou seja: $\frac{17.750 + 32.250}{2} = \frac{50.000}{2} = 25.000$. Sobre a definição do valor final do acordo e o poder de barganha: SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 407-409; BORNE, Robert. *Civil Procedure*. Op. cit., p. 94-96; BEBCHUK, Lucian Arye. *Litigation...* Op. cit.

117. SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 403.

118. SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 405.

Em economia, *gastos não recuperáveis* são chamados de *fundo perdido* (*sunk costs*),¹¹⁹ e, na abordagem clássica, devem ser simplesmente desconsiderados.¹²⁰

No nosso exemplo, os custos administrativos totais eram da ordem de R\$ 4.000,00, englobando R\$ 3.000,00 de honorários contratuais e R\$ 1.000,00 de custos administrativos gerais, incluído aí o estresse e o custo de oportunidade do tempo do processo. Esse último certamente poderá ser reduzido, enquanto que o primeiro pode ser negociado.¹²¹ Assim, vamos considerar, por simplicidade, que apenas parte (x) desses valores foi paga até a data da audiência preliminar, de modo que os custos administrativos futuros passam a ser: $Ca' = Ca - x$.

Já os custos de litigância até aqui envolvem custas e taxas judiciárias, além de honorários de sucumbência, ponderados pela probabilidade de êxito/derrota.

Nesse ponto, o sistema processual brasileiro é problemático.

É que o art. 90 do CPC/2015 regula o pagamento de custas e honorários advocatícios em diversas situações de composição entre as partes, inclusive nos casos de transação. Nesses casos, a lei é silente em relação aos honorários judiciais. Sobre as despesas processuais, diz que serão igualmente divididas, isentando-se as partes de custas remanescentes, se houver.¹²²

Isso reduz absurdamente o *superávit* do acordo, diminuindo proporcionalmente os incentivos cooperativos e aumentando o problema de agência.

É que, como vimos, no Brasil, a maior parte das custas em primeira instância são pagas no ajuizamento da ação (*sunk costs*), sendo pouco ou nenhum o *peso* das custas remanescentes.

119. Eles são a versão econômica do adágio “não adianta chorar sobre o leite derramado”, porque não há mais o que fazer para recuperar aqueles valores, eles devem ser desconsiderados na planificação dos passos futuros (MANKIOW, Gregory N. Op. cit., p. 289).

120. A psicologia vem provando a forte influência dos fundos perdidos no comportamento das pessoas. Nesse primeiro momento, todavia, trabalharemos com a abordagem econômica clássica, que ignora esses custos. Após, faremos os ajustes necessários.

121. Como veremos mais à frente, os honorários contratuais podem representar uma grande barreira ao aperfeiçoamento do acordo, principalmente pelo problema de mandato aí bastante evidente.

122. O *caput* e os três primeiros parágrafos do art. 90 tratam do tema. A *sanção premial* está prevista no § 4º, apenas para o caso de reconhecimento do pedido pelo réu com adimplemento total da prestação. Nesse caso, os honorários serão reduzidos pela metade. Esse verdadeiro incentivo, todavia, não se aplica para a transação (REDONDO, Bruno Garcia. Artigo 90. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coord.). *Comentários ao novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 156).

Já os honorários judiciais não só continuam sendo devidos como, no novo regime inaugurado pelo CPC/2015, não podem ser compensados,¹²³ ou seja, serão fixados e cobrados, a menos que sejam negociados com os próprios advogados – o que, novamente, agrava o *problema de agência*.

Assim, no momento da audiência, os novos custos de litigância previstos podem ser definidos como: $Cl' = Cl - y$.

Para ficar no nosso exemplo, tomando por base o regime de custas e despesas do TJ/RJ, vimos que pouco ou nada sobra para pagamento depois do ajuizamento da ação, pensando apenas em primeira instância.

Ainda assim, sejamos generosos e imaginemos o seguinte cenário otimista para ambas as partes:

- i. Em relação aos custos administrativos totais, redução dos custos meramente administrativos em R\$ 500,00 e redução de honorários contratuais em R\$ 1.500,00, perfazendo uma redução total (x) de R\$ 2.000,00;
- ii. Em relação aos custos de litigância, consideremos o pagamento de custas e taxas iniciais de R\$ 1.250,00, ou seja, uma redução (y) de R\$ 1.250,00 nas custas totais de litigância de R\$ 1.500,00 (Cl).

Passemos agora ao cálculo do *valor de reserva* das partes no momento da realização da audiência (V).

O novo valor de reserva do autor no nosso exemplo será:

$$Va' = (Pa \cdot Ua) - \{Ca' + Cl'(1 - Pa)\}$$

$$Va' = (0,5 \cdot 50.000) - \{4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250)(1 - 0,5)\}$$

$$Va' = (25.000) - (2.000 + 2.625)$$

$$Va' = 25.000 - 4.625$$

$$Va' = 20.375$$

123. Essa é uma novidade do CPC/2015 frente ao regime anterior. Para todos os fins, a transação equivale a uma *sucumbência parcial*, e, caso as partes não entrem em acordo com os advogados sobre o valor dos honorários, ambas serão condenadas a pagar honorários ao advogado do adversário, sem possibilidade de compensação, na forma do art. 85, § 14, do CPC/2015. A nova legislação superou assim, o entendimento sumulado pelo STJ no verbete 306 em prol da compensação da verba honorária. Sobre o tema: ARENHART, Gabriela. *Sucumbência parcial e recíproca no CPC/15 e a impossibilidade de compensação de verba honorária*. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). *Honorários advocatícios*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 497-505.

O novo valor de reserva do réu, por sua vez, será:

$$Vr' = Pr \cdot Ua + Ca' + Cl' \cdot Pr$$

$$Vr' = (0,5 \cdot 50.000) + 4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250) \cdot 0,5$$

$$Vr' = 25.000 + 2.000 + 2.625$$

$$Vr' = 29.625$$

É fácil perceber que, nesse novo momento, o valor de reserva do autor aumentou, enquanto o valor de reserva do réu diminuiu. O novo *intervalo de acordo* agora é de apenas R\$ 9.250,00, bem inferior aos R\$ 14.500,00 iniciais.¹²⁴ A diferença ($V - V'$) $Vr - Vr'$ decorre do volume de gastos a fundo perdido dispendidos até o momento da audiência do art. 334 do CPC/2015.

O valor do novo acordo, em tese, transitará entre um mínimo de R\$ 20.375,00 e um máximo de R\$ 29.625,00. Supondo que as partes tenham idêntico poder de barganha, podemos prever um acordo no valor de R\$ 25.000,00, com divisão equitativa do *superávit* do acordo. O mesmo valor anterior, só que agora com um *superávit* de acordo bem menor.

Todavia, há algo novo nesse momento no que se refere aos *custos de transação* do acordo. Algo até aqui não considerado: a presença dos advogados.

É que as regras do CPC/2015 protegem o direito dos advogados aos honorários judiciais no caso de transação entre as partes na fase de conhecimento do processo. Isso significa que, de alguma forma, a negociação precisará incluir algum valor a título de honorários judiciais.

Pelo volume de trabalho realizado pelos advogados até esse momento, considerando-se ainda que eles possivelmente já receberam algo a título de honorários contratuais (R\$ 1.500,00, no nosso exemplo), seria razoável imaginarmos que os advogados pudessem abrir mão desse novo valor, ou ao menos negociar um percentual baixo de honorários judiciais sobre o valor do acordo?

Parece-nos que não. De acordo com a teoria dos jogos e com aquilo que Thomas Schelling chama de *credible threat*, prevemos que esse valor deve girar em torno de 10% sobre o montante do acordo. Explicamos.

O art. 91 do CPC/2015 trata da divisão das despesas processuais nas várias modalidades de composição entre as partes, dispondo pela divisão equitativa no caso de transação, sem qualquer referência aos honorários judiciais. Ocorre que a transação, por definição, gera *sucumbência recíproca* para as partes, implicando a incidência da regra do art. 85, § 14, em relação à definição da verba honora-

124. A diferença decorre dos valores já gastos (*sunk costs*). Como vimos, o fundo perdido é desconsiderado para a tomada de decisão futura, de acordo com a abordagem clássica.

ria.¹²⁵ De acordo com essa norma (que altera o regramento antigo nesse ponto¹²⁶), os honorários judiciais não se compensam em caso de sucumbência recíproca. Isso significa que cada parte pagará, ao advogado da outra, honorários fixados dentro dos limites legais aplicados ao *benefício econômico da causa*,¹²⁷ no caso, o valor do acordo.

Claro que, para que se conclua o acordo em juízo, os advogados podem aceitar algum tipo de negociação. Todavia, amparados pela lei processual, eles não *precisam* aceitar nada menos do que 10% do valor do acordo. Nem mesmo o juiz pode fixar valor inferior.

É exatamente essa garantia aos advogados, provida pelo regime jurídico dos honorários no CPC/2015, que lhes confere *credible threat* na negociação, de modo a forçar a inclusão de verba honorária no momento do acordo.

Isso se materializa na ameaça de: (i) pedir ao juiz a inclusão desse valor; (ii) apelar em nome próprio ao tribunal pleiteando a fixação da verba mínima caso o juiz não concorde;¹²⁸ (iii) ajuizar ação autônoma de cobrança de honorários, em nome próprio, caso a sentença transite em julgado sem fixação da verba honorária.¹²⁹

125. É bem verdade que o CPC/2015 silencia a respeito da fixação dos honorários em caso de transação. Segundo Scartezzini, o CPC/1973 dispunha sobre o tema, impondo que honorários e despesas processuais fossem divididos igualmente (SCARTEZZINI, Jorge Tadeu Goffi Flaquer. *Honorários advocatícios na desistência da ação e na renúncia de direito*. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). *Honorários advocatícios*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 161). Mas a verdade é que o art. 26, § 2º, do CPC/1973 impunha a divisão por igual das despesas, silenciando a respeito dos honorários. No entanto, a jurisprudência já era no sentido de que a transação judicial não prejudica o direito aos honorários do advogado: "Não fere o direito autônomo do advogado aos honorários de sucumbência o acordo celebrado entre as partes, após a réplica, sem que haja nenhum pronunciamento judicial fixando verba honorária" (STJ, Recurso Especial 1.133.638).

126. CPC/1973, art. 21, e STJ, Súmula 306.

127. Art. 85, § 2º.

128. WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa. Da apelação para majoração dos honorários advocatícios. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). *Honorários advocatícios*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 711-719.

129. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Honorários advocatícios no novo Código de Processo Civil e o Superior Tribunal de Justiça. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coord.). *Honorários advocatícios*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 236. Ressalte-se aqui a superação do verbete 453 do STJ pelo regramento do art. 85, § 18, do CPC/2015.

As partes, sabendo que essa ameaça é real e cientes de que o valor mínimo devido por lei aos advogados é de 10% sobre o valor acordado, vão preferir pagar esse valor, desde que ele possa ser acomodado no *superávit* gerado pelo acordo.¹³⁰

Assim, se por um lado as partes terão menos incentivos para buscar um acordo (já que o *superávit* será menor), por outro a nova regra diminui bastante o *problema de mandato* (*agency problem*) advogado/cliente. É que, como os honorários do advogado não serão prejudicados (pelo contrário, serão garantidos), ele tem incentivos para aconselhar seu cliente a aceitar o acordo. O custo para o cliente, no entanto, é alto.

O custo é alto porque o novo regime jurídico do CPC/2015, ao proibir a compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca sem criar regra especial para sua definição nesses casos, acaba dobrando o custo da verba.

É que a regra geral é a fixação da verba ao sucumbente na razão mínima de 10% sobre o valor da condenação ou do benefício econômico obtido ou do valor da causa. Ocorre que, na ausência de permissão para fixação abaixo de 10% e com a proibição de compensação, ambos os causídicos poderão pleitear pagamento de 10% do valor do acordo, a ser executado em face da parte contrária. No fim, isso gera um custo de transação de 20% sobre o valor do acordo, mesmo com a verba honorária fixada em apenas 10%.¹³¹

Imaginando o valor do acordo em R\$ 25.000,00, por lei, os honorários serão fixados em, no mínimo, 10% desse valor, ou seja, R\$ 2.500,00 para cada parte, acarretando um aumento no custo de transação do acordo de R\$ 5.000,00.

130. Alguém ainda poderia argumentar que a *ameaça* não seria assim tão *crível* porque o advogado nada receberia ao final do processo, em caso de derrota. Por isso, melhor seria *garantir* alguma verba honorária agora, mesmo que inferior aos 10% devidos por lei. Esse é, sem dúvida, um incentivo que pode ajudar na negociação com os advogados. Lembramos que valor esperado pelo advogado é de, no mínimo, 10% sobre o valor total do pedido, ponderado por sua possibilidade de vitória. No exemplo dado, isso equivale no mínimo aos R\$ 2.500,00 a que ele faria jus agora, descontados os custos administrativos futuros. Pode haver, é verdade, algum desconto, mas não muito, por tudo o que já foi dito. É preciso ressaltar, ainda, que o advogado pode ter outros ganhos (e outras perdas também) conforme o processo avança, e que, quanto mais longo for o processo, maior deve ser o percentual de honorários ao final. Tudo isso dito, uma coisa é absolutamente certa: se as partes não negociarem com os advogados antes de fechar o acordo, terão de pagar a eles no mínimo 10% cada sobre esse valor, por simples aplicação do regime jurídico vigente, implicando um acréscimo de 20% sobre o valor do acordo a título de custos de transação.

131. Poder-se-ia argumentar que, ainda que a verba honorária mínima tenha dobrado (de 10% para 20%), a feitura do acordo diminuiu proporcionalmente a base de cálculo sobre a qual a verba incidirá. É verdade. Todavia, seria muito razoável que o Código permitisse a fixação de percentuais menores aqui (5% parece-nos razoável), principalmente em razão do pouco trabalho no processo, que ainda se encontra em fase inicial.

Esse altíssimo custo de transação simplesmente não existia no CPC/1973, que não proibia a compensação no caso de sucumbência recíproca.

Assim, no nosso exemplo, será preciso *acomodar* no *superávit do acordo* o custo de transação do próprio acordo, que, por sua vez, equivale, para cada parte, a 10% sobre o valor do acordo em si.

Como é fácil de perceber, o *superávit* do acordo ficou bastante reduzido, mas ainda existe.

A concretização do acordo gerou uma economia de R\$ 4.250,00 (9.250 – 5.000 = 4.250). Na presença dessa clara vantagem, o acordo ainda seria plenamente possível.

A existência de qualquer vantagem levaria partes racionais a transacionar em qualquer caso. Isso, todavia, não predomina no Brasil. Por quê?

Nas próximas seções veremos as razões práticas que dificultam a realização de acordos na vida real.

A maior parte delas pode ser explicada pela abordagem econômica clássica, por meio do modelo já proposto (diferença de expectativas, gerada por assimetria de informação e pelas incertezas do sistema; baixo valor das custas; problema de mandato; problema dos *sunk costs*).

Outras razões para o fracasso dos acordos envolvem atualizações dos modelos clássicos pelas descobertas da economia comportamental, como: otimismo natural das partes quanto às possibilidades de vitória; sentimento de injustiça com a decorrente vontade de punir o outro punindo a si mesmo com um processo desvantajoso; aversão ao risco do autor e procura do risco pelo réu; a importância *inversa dos sunk costs*.

Lembramos que o comportamento de buscar um acordo pode ser considerado *cooperativo*, seja por evitar, ou por ajudar a diminuir, o cenário de *tragédia da justiça*, seja porque provê o término do processo com uma *decisão de mérito justa, efetiva, e em tempo razoável*.¹³²

Consideremos, ainda, que o comportamento cooperativo não surge instantaneamente, dependendo sempre de incentivos. Os incentivos às partes, aos advogados e ao juiz serão o tema do capítulo seguinte.

Na seção seguinte, trataremos dos problemas atuais à obtenção de autocomposição.

132. Com efeito, a transação homologada pelo juiz é uma decisão de mérito (art. 487, III, b, do CPC/2015). É justa – porque desejada por ambas as partes. É proferida em tempo razoável – porque evita a dilação do procedimento, principalmente quando conquistada na audiência preliminar. Por fim, é efetiva – porque é pouco provável que as partes descumpram algo com que tiveram a oportunidade de concordar no mérito.

6.6.2. Causas da não realização do acordo sob o prisma da abordagem econômica clássica

Até aqui retratamos os incentivos óbvios ao comportamento colaborativo para que as partes e seus advogados procurem acordos antes do processo ou no seu início.

Apesar das dificuldades, identificamos valores positivos de *superávit* de acordo em todas as hipóteses, o que nos levaria a prever que o acordo *deveria* ocorrer sempre.

Não podemos perder de vista, porém, que trabalhamos sobre um exemplo em que havia perfeita simetria de expectativas, ou seja, as partes concordavam quanto à probabilidade de vitória do autor.

Vimos também que o valor de *superávit do acordo* não é assim tão alto no Brasil, sendo em verdade bastante reduzido nos casos de efetivo ajuizamento da ação, não só pelo fato de os custos do processo serem baixos para as partes, mas também por conta de sua alocação concentrada no início do segmento procedimental (*sunk costs*).

Isso implica que qualquer perturbação nas condições ideais até aqui apresentadas acarreta uma superação completa do *superávit* de acordo, reduzindo a zero o seu valor e impedindo sua consecução.

No Brasil é efetivamente isso o que ocorre, dadas as nossas baixíssimas taxas de composição de conflitos, principalmente quando comparadas às de outros países.

Nas seções que seguem, estudaremos cada uma dessas potenciais causas de *fechamento da janela de acordo*, avaliando seus efeitos dentro da realidade brasileira. Todas elas decorrem de uma abordagem econômica clássica, ou seja, sem introdução de fatores psicológicos. As ferramentas do *Behavioral Law and Economics* serão apresentadas um pouco mais à frente.

6.6.2.1. Assimetria de informação

A assimetria de informação é classicamente considerada a principal causa de insucesso na tentativa de entabulamento de acordos.¹³³

Antes de o processo iniciar-se, e mesmo durante sua tramitação, é muito provável que as múltiplas facetas da realidade tenham sido captadas pelas partes de modo diferente (incerteza interpretativa). Mais do que isso, é possível que

133. SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 405; BEBCHUK, Lucian Arye. *Litigation...* Op. cit., principalmente p. 404-405. O primeiro artigo a respeito foi escrito por LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. *Journal of Law and Economics*, v. 14, n. 1, p. 61-107, 1971, principalmente p. 67-68.

algumas dessas lâminas da realidade tenham apresentando-se para apenas uma das partes, configurando-se como informação privativa, totalmente desconhecida da outra parte (assimetria de informação propriamente dita).

Essas refrações na apreensão da realidade levam a refrações na formação da expectativa de vitória de cada parte, que acaba seguindo caminho próprio, nem sempre rente à expectativa da outra parte.

O conhecimento privado da existência de uma testemunha ocular, a ciência exclusiva de um fato que pode ser provado por meio de perícia, o domínio de um argumento jurídico de acesso restrito e de forte poder de convencimento. Esses são alguns dos elementos que vão sendo aos poucos compartilhados ao longo do processo, mas que são de domínio restrito antes do seu início.

A partir do início do processo, os fatos de ciência privada começam a ser compartilhados, diminuindo a assimetria de informação e as divergências de expectativas.

A petição inicial e a contestação deitam todos os argumentos jurídicos a serem utilizados pelas partes, já no início do processo, bem como os fatos relevantes (as facetas da realidade que importam para cada parte). Infelizmente, o CPC/2015 optou por não exigir a especificação de provas nesse momento. Como é fácil perceber, o pedido de prova pericial ou testemunhal, com o simultâneo arrolamento de testemunhas e indicação de quesitos ao perito, seria de grande valia para a diminuição da assimetria de informação já na fase postulatória, aumentando a possibilidade de acordo.

Coloquemos tudo isso em termos matemáticos, a partir do mesmo exemplo que vem sendo exaustivamente trabalhado: *ação de responsabilidade civil* em que se pleiteia indenização a danos materiais no valor de R\$ 50.000,00, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Como vimos, o cálculo do valor de reserva para o autor é determinado pela seguinte equação:

$$Va = (Pa \cdot Ua) - \{Ca + Cl(1 - Pa)\}$$

Naquele caso, o autor estimava suas chances de vitória em 50%, e a equação seguia para a determinação do seu *valor de reserva* em R\$ 17.750,00, antes do ajuizamento da ação.

Já o valor de reserva do réu era assim determinado:

$$Vr = Pr \cdot Ua + Ca + Cl \cdot Pr$$

Com as mesmas expectativas do autor, seu valor de reserva era de R\$ 32.250,00.

Todavia, antes do início do processo, a assimetria de informação costuma ser grande, pois as partes ainda não conhecem os argumentos contrários. Vamos

imaginar, então, que as chances de procedência sejam estimadas em 70% pelo autor ($Pa' = .70$) e em apenas 30% pelo réu ($Pr' = .30$).

$$Va' = (35.000) - (4.000 + 1.950)$$

$$Va' = 35.000 - 5.950$$

$$Va' = 29.050$$

Já o novo valor de reserva do réu (Vr') será:

$$Vr' = Pr'.Ua + Ca + Cl.Pr'$$

$$Vr' = (0,3 \cdot 50.000) + 4.000 + (6.500 \cdot 0,3)$$

$$Vr' = 15.000 + 5.950$$

$$Vr' = 20.950$$

Como consequência direta da assimetria de informação, o autor passará a exigir R\$ 11.300,00 a mais do que antes, enquanto o teto de acordo para o réu diminuirá em R\$ 11.300,00 em relação à primeira hipótese.

O *intervalo de acordo* é a diferença entre os valores de referência $Vr' - Va'$, que, no caso, será negativa: $20.950 - 29.050 = -8.100$

Como vimos, só há possibilidade de acordo quando o *intervalo de acordo* é positivo, ou seja, quando existe *superávit* que motive o comportamento colaborativo.

É impressionante notar como uma refração de apenas 20% nas expectativas de ambos os lados inviabilizou a realização do acordo.

Antes do início do processo, pensar uma divergência de expectativas de 20% para cada lado é até uma previsão conservadora, tendo em vista a inexistência de possibilidade de compartilhamento de informações privadas nesse momento.

Como já tivemos oportunidade de ressaltar, custos de litigância extremamente baixos diminuem o *superávit* do acordo.¹³⁴ Com uma janela tão estreita, bastam sutis perturbações para que ela seja completamente fechada.

No nosso exemplo, mantidos os valores iniciais, bem como a expectativa de vitória do autor em 70%, o valor mínimo de expectativa do réu (em relação à procedência), necessário para manter aberta uma mínima possibilidade de acordo, seria de 37,17%.¹³⁵

134. LANDES, William M. *An Economic...* Op. cit., p. 68.

135. Para tanto, $Vr' - Va'$ tem de ser maior ou igual a zero. Sendo $Vr' \geq Va'$, mantidos todos os valores e deixando apenas Pr' como variável, teríamos: $(Pr' \cdot 50.000) + 4.000 + (6.500$

6.6.2.2. A condição de litigância em uma simples fórmula¹³⁶

A fórmula seguinte nada mais é do que um rearranjo das equações até aqui apresentadas.¹³⁷ É a forma por nós escolhida para apresentar com clareza os impactos de todas as variáveis em jogo.

O mérito desta simples e elegante fórmula é deixar clara a intuição econômica que a sustenta, qual seja, a ideia de que: *sempre que a diferença de expectativas das partes for maior do que o custo total do processo, não haverá acordo.*

Assim¹³⁸:

$$(Pa - Pr). U > Cta + Ctr$$

Esse simples modelo expressa a chamada *condição de litigância*. Não haverá acordo sempre que o *intervalo de acordo* for negativo, ou seja, *sempre que as diferenças entre as expectativas das partes quanto à possibilidade de vitória do autor (lado esquerdo da equação) implicarem um valor maior que o valor dos custos totais do processo a serem economizados pelas partes com o sucesso do acordo (lado direito da equação).*

Em outras palavras, sempre que o número do lado esquerdo da equação for maior que o número do lado direito, está satisfeita a *condição de litigância*, o que significa que *não haverá qualquer incentivo para realização de acordo* (comportamento cooperativo).

A fórmula em questão permite as seguintes inferências:

- I. Quanto maior a diferença de expectativas em relação à chance de vitória do autor, $(Pa - Pr)$, maior será o valor do lado esquerdo da equação e menor a chance de acordo (pela satisfação da condição de litigância);¹³⁹

$$Pr' \geq (1 - Pr') \cdot 50.000 - 4.000 - (6.500 \cdot Pr'); (Pr' \cdot 56.500) + 4.000 \geq 46.000 - 56.500 \cdot Pr'; (Pr' \cdot 113.000) \geq 42.000; Pr' \geq 0,3717.$$

136. Note-se que, na seção 6.2.1, estabelecemos a condição de litigância como sendo aquela necessária para que a ação fosse ajuizada: $Ev \geq Ct$, onde $Ev = Pa \cdot Ua$ e $Ct = Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$, ou $Pa \cdot Ua \geq Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$. A diferença para a fórmula agora apresentada é o fato de que, agora, são considerados os custos totais do processo, para autor e réu, bem como a expectativa de vitória de ambos.

137. A fórmula é apresentada em: SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 405, nota de rodapé 405.

138. " $Cta + Ctr$ " equivale aos custos totais do processo, sendo Cta os custos totais do autor e Ctr os custos totais do réu. Claro que mantemos em mente que cada um desses custos é formado pela soma dos custos administrativos (Ca) e dos custos de litigância (Cl), esses últimos também ponderados pela perspectiva de vitória/derrota, o que só agrava o problema.

139. SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 404-405.

- II. Quanto maior o valor do pedido (U), maior será o impacto da diferença de expectativas no valor do lado esquerdo da equação e menor a chance de acordo (pela satisfação da condição de litigância);¹⁴⁰
- III. Quanto menores os custos esperados do processo, menor o número do lado direito da equação e menor a possibilidade de acordo (pela satisfação da condição de litigância);¹⁴¹
- IV. Como parte dos custos do processo só incide no caso de sucumbência, os custos esperados do processo diminuem conforme a expectativa de derrota diminui.¹⁴²

Um comentário acerca da inferência (i) é necessário para refinar nossa análise e evitar conclusões equivocadas: a diferença de expectativas ($Pa - Pr$) só é nociva quando existe otimismo de ambos os lados, ou seja, quando o autor acredita que vá vencer (Pa alto) e o réu acredita que o autor vá perder (Pr baixo).

Quando, ao contrário, a diferença existe porque autor e réu são pessimistas quanto às próprias probabilidades de vitória, as chances de acordo aumentam muito, porque a diferença ($Pa - Pr$) será negativa, transformado em negativo (baixo, portanto), o lado esquerdo da equação.

No nosso exemplo, vimos que, se o autor imagina a chance de vitória em 70% ($Pa = 0,7$) e o réu a imagina em apenas 30% ($Pr = 0,30$), o acordo seria impossível, pois:

$$(0,7 - 0,3) \cdot 50.000 > 5.950 + 5.950;$$

$$(0,4) \cdot 50.000 > 11.900;$$

$$20.000 > 11.900.¹⁴³$$

A inequação também deixa claro que, quanto maior o valor do pedido, menor a possibilidade de acordo na presença de diferenças de expectativas otimistas.¹⁴⁴ Explica-se: no nosso pedido de R\$ 50.000,00, 10% de diferença de expectativas consomem de imediato R\$ 5.000,00 do superávit de acordo. Os mesmos 10% sobre um pedido de R\$ 200.000,00 consomem R\$ 20.000,00 da mesma janela.¹⁴⁵

140. SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 405.

141. SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 406.

142. Essa é uma adaptação da fórmula à realidade brasileira quanto às regras de distribuição dos custos do processo.

143. Note-se que a diferença entre 20.000 e 11.900 é de 8.100, precisamente o valor negativo de intervalo de acordo que encontramos na inequação anterior!

144. SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 405.

145. Claro que o valor a ser economizado com os custos do processo tende a ser maior para pedidos de valor maior. Todavia, como já tivemos oportunidade de demonstrar, os custos de litigância não sobem na mesma proporção do valor do pedido.

No que se refere aos custos, é preciso ter em mente que o valor a ser economizado é o valor dos custos esperados do processo que, ainda, não incidiram no momento em que o acordo é realizado. Como vimos, os custos a *fundo perdido*, ou seja, aqueles já pagos, não importam mais, ao menos conforme a abordagem econômica clássica.¹⁴⁶

É por isso que, no Brasil, o valor do lado direito da equação diminui muito quando o acordo é tentado na audiência preliminar de mediação ou conciliação. Como vimos, nesse momento, os *sunk costs* já são muitos, porque quase todas as custas e taxas judiciárias já foram pagas, além de parte dos valores devidos ao advogado a título de honorários contratuais. No limite, no Brasil, os custos futuros a serem economizados nesse momento podem ser próximos de zero.¹⁴⁷ O acordo será, realmente, muito difícil.

6.6.2.3. As causas da assimetria de informação no processo brasileiro

Já que a causa da divergência de expectativas é a assimetria de informação, é necessário investigar, especificamente no nosso sistema, o que causa essa assimetria.

Como vimos, a assimetria decorre da incerteza quanto aos fatos. Mas pode decorrer também da incerteza quanto ao direito. Passemos ao estudo das duas hipóteses.

6.6.2.3.1. Incerteza quanto aos fatos

Antes do ajuizamento da ação, as causas de assimetria do sistema brasileiro são as mesmas de qualquer sistema de justiça, e já foram referidas na seção anterior. Alguns fatos específicos são de ciência privada de uma das partes. Outros são comuns a ambas, mas apreendidos e/ou valorados de modo distinto por cada uma delas.

As especificidades do nosso sistema processual passam a atuar a partir do ajuizamento da ação.

Citado o réu, ele toma ciência dos fatos e dos argumentos jurídicos do autor, tal qual narrados na petição inicial.

146. Em breve, veremos como remediar esse problema.

147. Restam apenas as possibilidades de custos decorrentes de produção de provas, principalmente de provas periciais, além do custo de demora do processo, em parte remunerado pela correção monetária, incluída nessa demora a ineficiência da execução. Fora isso, não discordamos da possibilidade de incidência de uma outra despesa, boa parte delas de pouca relevância para o nosso modelo. Quanto ao preparo recursal, o tema será objeto de outro modelo, a ser apresentado no capítulo 10.

É na elaboração da petição inicial que se inicia a conduta cooperativa do autor, a ser fiscalizada pelo juiz. Todos os requisitos do art. 319 devem ser preenchidos com clareza e objetividade. Só assim haverá o necessário *compartilhamento de informações*, fundamental para a redução da assimetria informacional no momento da audiência preliminar.

Ficará claro ao longo desse trabalho que, nos chamados *jogos finitos*, o comportamento cooperativo depende de recompensas e punições claras, criadoras de incentivos específicos de cooperação.¹⁴⁸

Não se coopera por uma questão moral ou porque existe um princípio a respeito escrito no Código de Processo Civil. Na análise específica da cooperação, sob a luz da teoria dos jogos, veremos a necessidade não só da rigorosa análise de admissibilidade da inicial pelo juiz, mas também da punição *a posteriori* da litigância de má-fé do autor, que pode ter-se iniciado na petição inicial, mas acabou revelada apenas mais à frente, por outros comportamentos no curso do processo.¹⁴⁹

De toda forma, a citação do réu significa o compartilhamento de parte das informações do autor.

Merece análise separada o inciso IV do art. 319, que exige do autor a *indicação dos meios de prova mediante os quais pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados*.

O texto basicamente repete o art. 282, VI, do CPC/1973. Ocorre que a jurisprudência construída a respeito,¹⁵⁰ tendo por base o velho Código, é nociva para fins cooperativos.¹⁵¹ Trata-se da admissão, *contra legem*, do chamado *protesto genérico de provas*, relegada sua especificação à fase de saneamento.

Sem adentrar as questões teóricas do regime jurídico da prova, nosso ponto é no sentido de que o *protesto genérico* retém informação, aumentando a assimetria e dificultando a autocomposição. Se réu souber que o autor tem testemunhas, ou

148. POUNDSTONE, Willian. Op. cit., p. 222-226; AXELROD, Robert; HAMILTON, William D. The Evolution of Cooperation. *Science*, new series, v. 211, n. 4.489, p. 1390-1396, 27 mar. 1981.

149. Quando fica claro, por exemplo, que o autor narrou fatos na inicial que sabia não serem verdadeiros. Isso pode surgir quando ele assume conduta contraditória ao narrar os mesmos fatos de forma diferente, ou mesmo ao negá-los, em manifestação escrita posterior. Pode decorrer ainda da atividade probatória do réu, que demonstra essa má-fé do autor. A interpretação atenta e rigorosa dos arts. 77 e 80 do CPC/2015 será fundamental aqui. Desenvolveremos o tema nos capítulos 8 e 9.

150. O requerimento de provas é dividido em duas fases, a primeira de protesto genérico por produção de provas feito na petição inicial e, posteriormente, o de especificação de provas.

151. SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Manual de direito processual civil*: inteiramente estruturado à luz do novo CPC. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 263.

que irá realizar uma determinada perícia, ele terá noção mais aproximada do que se passa no universo do autor quanto à sua possibilidade de vitória.¹⁵²

Nesse ponto, como aliás em muitos outros, o anteprojeto do CPC/2015, apresentado originalmente no Senado, prestava um grande serviço ao comportamento cooperativo e à maior probabilidade de acordo.

Naquele documento exigia-se que as partes, ao requererem prova testemunhal, arrolassem as testemunhas já na petição inicial e na contestação.¹⁵³ Essa simples imposição a um só tempo criava um compartilhamento de informações muito maior e funcionava como barreira à jurisprudência desenvolvida sobre o art. 282, VI, do CPC/1973.¹⁵⁴

Citado o réu, a regra geral é que ele compareça à audiência de conciliação ou mediação, na forma do art. 334 do CPC/2015. Esse é o primeiro momento, *criado e incentivado* pelo CPC/2015, para que as partes busquem a composição amigável do conflito.

Optou-se pela realização da audiência sem a anterior apresentação de contestação pelo réu, o que nos parece um grande equívoco do ponto de vista da necessidade de compartilhamento de informações.

O ambiente *físico* criado pelo Código parece-nos adequado, ainda que seja físico.¹⁵⁵ O problema é que as partes encontrar-se-ão em posições bastante desiguais do ponto de vista do acesso à informação.

152. Na doutrina estadunidense há uma expressão que reflete bem a lógica por detrás dessa questão: *bad news are free*, ou seja, más notícias vêm facilmente (em tradução livre). Significa que, se seu adversário está propício a investir na elaboração de uma perícia para provar um fato determinado, por exemplo, significa que provavelmente ele sabe que o fato realmente aconteceu, e que isso o favorecerá. Sobre o tema: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit., p. 391-395.

153. Era o Projeto de Lei 166 do Senado Federal, que assim dispunha: "Art. 306. Na petição inicial e na contestação, as partes apresentarão o rol de testemunhas cuja oitiva pretendam, devidamente qualificadas, em número não superior a cinco".

154. O mesmo deveria ter sido exigido para a perícia e seus quesitos, ressalvada a possibilidade de apresentação de quesitos suplementares.

155. O Código poderia ter privilegiado a composição eletrônica, que claramente diminui os custos de transação da realização da audiência. Já são abundantes no mercado os aplicativos de celular de mediação eletrônica, em que partes e mediador podem atuar de forma simples, direta e barata na busca da solução do conflito, poupando-se inclusive os altos gastos que os tribunais terão com a *contratação* de mediadores e com a construção e aparelhamento dos *centros de solução consensual de conflitos* previstos em separado das unidades judiciais onde tramitam os processos (art. 165 do CPC/2015). Claro que, em alguns casos, a realização de audiência presencial pode ser importante, mas não deveria nunca ser a regra. Voltaremos ao tema no capítulo sobre tecnologia.

No momento em que sentarem frente a frente, o réu e o seu advogado saberão detalhadamente os argumentos jurídicos, os fatos narrados e os fatos que possivelmente deverão ser provados pelo autor ao longo do processo. Já o autor não saberá absolutamente nada sobre a estratégia de defesa do réu.

A audiência dá-se, assim, na penumbra, com clara assimetria informacional. Pior, na verdade o Código contribuiu para, em alguns casos, aumentar a assimetria que já existia antes do ajuizamento da ação. Imagine-se autor e réu otimistas com alto prognóstico de vitória. Suponha-se que o autor alegue um fato sobre o qual o réu já tem uma testemunha que dará uma versão vantajosa para as suas pretensões. Isso aumentará o otimismo do réu, sem alterar o otimismo do autor, reduzindo ainda mais o *intervalo de acordo* no momento da audiência.

6.6.2.3.1.1. A audiência do art. 334 cria um *jogo de informação incompleta*

Na penumbra criada pelo Código, estrutura-se o que chamamos de *jogo dinâmico de informação incompleta*,¹⁵⁶ ou *jogo de sinalização (signaling game)*.¹⁵⁷ Em seu modelo mais simples, esse jogo implica uma tomada de decisão entre duas pessoas, na qual uma delas detém a informação *completa* (réu) e a outra não (autor).

O problema da dinâmica desse jogo é que os atos do jogador que detém a informação (réu) são sempre repletos de significado para o jogador sem acesso à informação (autor).

Pior ainda, o jogador que detém a informação (réu) sabe que seus atos transmitem informação para a outra parte, e pode usar isso estrategicamente. A outra parte também sabe dessa possibilidade de movimentos estratégicos, e assim por diante.¹⁵⁸

Por exemplo, se o réu faz uma proposta razoável de acordo, isso *pode significar* para o autor que os argumentos de defesa do réu são fracos, implicando aumento de otimismo do autor e consequente rejeição da proposta. Antecipando-se a essa possibilidade, o réu pode *mudar a estratégia* e apresentar uma proposta indecorosa, sinalizando a força de seus futuros argumentos de defesa. Mais uma vez, agora pelo baixo valor, a proposta poderá ser rejeitada.

Jogos de informação completa são necessariamente muito mais simples, porque evitam a necessidade de blefes, ameaças e outros subterfúgios. O Código, todavia, optou expressamente por criar esse jogo, ao menos na audiência do art. 334.

156. BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1994. [Brochura, 1998] p. 248.

157. DUTTA, Prajit K. Op. cit., p. 383.

158. DUTTA, Prajit K. Op. cit., p. 383-384.

Alguém poderia argumentar que a assimetria aqui é benéfica, porque cria uma diminuição de expectativas no autor, mantendo o réu com os pés no chão. Ocorre que isso não necessariamente é verdade. Como veremos, o mais provável é que o autor esteja otimista. Aliás, não fosse ele otimista, não teria ajuizado ação.

Ao atualizarmos nosso modelo de acordo com as ferramentas da *Behavioral Law and Economics*, veremos que, na dinâmica do acordo, é razoável criar mecanismos que foquem o réu como aquele de quem partirá a proposta de acordo, vencendo a barreira de sua *propensão à tomada de risco*.

Não nos parece, todavia, que o melhor caminho para tanto seja a criação de assimetria de informações, principalmente quando essa assimetria coloca o réu em situação de vantagem. Além disso, veremos que um dos vieses comportamentais mais estudados pela psicologia é o *otimismo exacerbado (optimism bias)*. É ele o agente invasor que pode dificultar ainda mais as coisas na audiência. Como veremos, ao optar pelo não compartilhamento de informações por parte do réu, o CPC/2015 graciosamente convidou esse pernicioso personagem para a sala de audiência.

Antes, porém, das considerações acerca da economia comportamental, vamos utilizar nosso exemplo para *demonstrar* como a opção do CPC/2015 pela realização da audiência de mediação ou conciliação sem a prévia apresentação de contestação dificulta o comportamento cooperativo da busca da autocomposição.

6.6.2.3.1.2. Modelando o *jogo* criado pelo art. 334 do CPC/2015

Para criar um modelo econômico para as interações comportamentais na audiência de mediação ou conciliação do art. 334 do CPC/2015, tomamos por ponto de partida nosso exemplo de sempre, com as informações básicas sobre os custos do processo: demanda indenizatória, fundada na responsabilidade civil do réu, com pedido condenatório de R\$ 50.000,00.

No momento da audiência de conciliação, o réu possui mais informações do que o autor.

Como o réu ainda não apresentou contestação, o autor sabe muito pouco sobre sua estratégia de defesa. Não sabe, por exemplo, se é uma estratégia forte ou fraca. Suponhamos que haja dois tipos de réus, os *cuidadosos* e os *não cuidadosos*. O réu que é um motorista cuidadoso tem, obviamente, argumentos defensivos mais fortes, enquanto que o réu do tipo *motorista descuidado* possui defesa mais frágil. Consideremos que, contra réus cuidadosos, a possibilidade real de vitória do autor seja de 20%, subindo para 80% se o réu for do tipo descuidado.¹⁵⁹

159. Essa é uma assunção bastante razoável. Por *réu cuidadoso* identificamos aquele que tomou os cuidados razoáveis, sendo o contrário o *não cuidadoso*. Os 20% de chance

Assumamos que, se a contestação fosse apresentada antes da audiência, o autor saberia exatamente qual o tipo de réu e, conseqüentemente, qual sua chance de vitória.¹⁶⁰ Por fim, consideremos que, estatisticamente, 50% dos réus sejam do tipo *cuidadoso*, e 50% sejam do tipo *não cuidadoso*. Em outras palavras, nesse tipo de acidente, em 50% dos casos o causador realmente comporta-se de forma culposa.

Para facilitar a visualização do raciocínio, relembremos a fórmula da condição de litigância, qual seja: $(Pa - Pr) \cdot U > Cta + Ctr$.

No exemplo, se a contestação for apresentada com antecedência, autor e réu cuidadoso saberão que a possibilidade de procedência do pedido será de apenas 20%. Assim, as expectativas de procedência do pedido para o autor (Pa) e para o réu (Pr), coincidem, levando a que o número do lado esquerdo da equação seja zero. Conseqüentemente, desde que haja algum custo do lado direito da equação, não estará satisfeita a condição de litigância, havendo grandes chances de acordo.

Se a contestação não for apresentada, o autor não saberá o *tipo de réu* que ele está enfrentando. Para cada tipo de réu, haverá um *valor de reserva* para o autor.

Lembramos aqui as fórmulas para cálculo dos valores de reserva no momento da audiência do art. 334:

de vitória ou derrota decorrem do sucesso ou fracasso na demonstração dos fatos e da argumentação apresentada.

160. Obviamente, sabemos que nem sempre a apresentação da contestação tem esse efeito. Existe uma diferença entre informação verificável e informação não verificável (opinião). Se, por exemplo, a alegação de conduta culposa do réu está na falta de manutenção do veículo, conforme recomendado oficialmente pela montadora, a contestação, com alegação de realização de todas as revisões obrigatórias, acompanhada dos respectivos documentos comprobatórios emitidos pela oficina autorizada, traz uma *informação verificável*. Por outro lado, se a alegação de culpa consiste na afirmação de que o réu mudou seu veículo de faixa de modo imprudente, a alegação contrária, ainda que sustentada por prova testemunhal do carona do réu, está mais para *opinião*, podendo ou não, a depender das circunstâncias, ser uma informação verificável. Por fim, em uma ação de repetição de indébito fundada no não enquadramento de determinada atividade econômica no fato gerador do tributo, a contestação que afirma o contrário compartilha apenas uma informação essencialmente opinativa, ainda que a qualidade dos argumentos utilizados possa, de alguma forma, influenciar nas expectativas de vitória do autor. Em resumo, podemos afirmar que: (i) o oferecimento de contestação sempre compartilha informação; (ii) a informação compartilhada pode ser mais ou menos verificável; (iii) caso não seja verificável, será apenas opinativa (iv); quanto maior a possibilidade de comprovação da afirmação, maior o seu grau de impacto nas expectativas de vitória do autor (BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. Op. cit., p. 247; p. 261).

$$Va' = (Pa \cdot Ua) - \{Ca' + Cl'(1 - Pa)\}$$

$$Vr' = Pr \cdot Ua + Ca' + Cl' \cdot Pr$$

Se o réu for do tipo cuidadoso, mantidos os números, teremos os seguintes valores de reserva:

$$Va' = 3.800^{161}$$

$$Vr' = 13.050^{162}$$

Caso o réu seja do tipo não cuidadoso, os valores de reserva serão:

$$Va'' = 36.950^{163}$$

$$Vr'' = 46.200^{164}$$

Em ambos os casos, portanto, há possibilidade de acordo, sendo os *intervalos de acordo* calculados no montante de R\$ 9.250,00, em ambos os casos. Considerando que a oferta partirá do réu, ela será de, no máximo, R\$ 13.050,00 no primeiro caso e R\$ 46.200,00 no segundo caso.

Como no nosso exemplo o autor não sabe qual a *tipologia* do réu, seu valor de referência será a ponderação dos dois casos, cuja incidência média assumimos ser de 50%. Assim, o *valor de referência* do autor desinformado (Va^*) será R\$ 20.375,00.¹⁶⁵

Para manter a simplicidade do exemplo, o réu fará uma única oferta. Caso o autor recuse, haverá processo. Apesar disso, vamos considerar que as partes têm o mesmo *poder de barganha*, de modo que as ofertas serão sempre feitas de forma a *dividir por igual o superávit de acordo*.¹⁶⁶

161. $Va' = (Pa \cdot Ua) - \{Ca' + Cl'(1 - Pa)\}$; $Va' = (0,2 \cdot 50.000) - \{4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250)(1 - 0,2)\}$; $Va' = (10.000) - (2.000 + 4.200)$; $Va' = 10.000 - 6.200$; $Va' = 3.800$.

162. $Vr' = Pr \cdot Ua + Ca' + Cl' \cdot Pr$; $Vr' = (0,2 \cdot 50.000) + 4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250) \cdot 0,2$; $Vr' = 10.000 + 2.000 + 1.050$; $Vr' = 13.050$.

163. $Va'' = (Pa \cdot Ua) - \{Ca' + Cl'(1 - Pa)\}$; $Va'' = (0,8 \cdot 50.000) - \{4.000 - 2.000 + 6.500 - 1.250)(1 - 0,8)\}$; $Va'' = (40.000) - (2.000 + 1.050)$; $Va'' = 40.000 - 3.050$; $Va'' = 36.950$.

164. $Vr'' = Pr \cdot Ua + Ca' + Cl' \cdot Pr$; $Vr'' = (0,8 \cdot 50.000) + 4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250) \cdot 0,8$; $Vr'' = 40.000 + 2.000 + 4.200$; $Vr'' = 46.200$.

165. $\frac{Va' + Va''}{2} = \frac{3.800 + 36.950}{2} = 20.375$.

166. Dizemos *apesar disso* porque, via de regra, quando a negociação do acordo resume-se a uma única oferta, a tendência é que o poder de barganha de quem faz a oferta seja maior, acarretando uma divisão desigual do superávit de acordo em favor dessa pessoa. Aqui, para manter a simplicidade, assumimos idêntico poder de barganha. Sobre acordos com oferta única, do tipo *pegar ou largar*: SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 410. Sobre modelos que explicitamente agregam diversas rodadas de negociação: SPIER, Kathryn E.

De quanto será essa oferta? O autor aceitará ou recusará?

O conceito a ser utilizado para resolver esse jogo é o de *equilíbrio bayesiano perfeito*.¹⁶⁷ Equilíbrio bayesiano de Nash é o nome dado à situação de equilíbrio em um jogo de informação incompleta. O método para encontrar esse equilíbrio foi desenvolvido nos anos 1960 por John Harsanyi.

Para tanto, analisaremos as possibilidades de equilíbrio para cada *tipo* de réu, de forma separada, considerando que as propostas dos réus *tipo 1* e *tipo 2* diferem entre si.

Como veremos, o acordo só será possível para um dos tipos de réu.

Imagine-se que os dois tipos de réu façam diferentes ofertas: o réu *tipo 1* oferece R\$ 8.425,00 e o *tipo 2* oferece R\$ 41.575,00.¹⁶⁸ Nesse caso, se o autor aceitasse ambas as ofertas, esse resultado não seria um *equilíbrio de Nash*,¹⁶⁹ porque o réu *tipo 2* teria incentivo para diminuir a sua oferta.

Explicamos: como dissemos, o valor ofertado pelo réu transfere informação para o autor (*signal*), influenciando na sua opinião a respeito do *tipo* de réu contra quem ele está litigando. Se afirmarmos que o autor aceitaria as duas ofertas, então ele estaria considerando que o valor da oferta indica o *tipo* de réu, ou seja, se a oferta for de R\$ 8.425,00 (baixa), ele considera estar litigando contra o réu *tipo 1*

Litigation. Op. cit., p. 268-277. Ainda sobre o tema: BEBCHUK, Lucian Arye. *Litigation...* Op. cit., principalmente p. 408-409. Apesar de sofisticados, esses modelos não serão por nós utilizados, preferimos manter modelos simples e elucidativos em nosso trabalho, principalmente porque as causas de fracasso na consecução de acordos no Brasil parecem claras, sendo altíssimas as taxas de litigância. Nos EUA, onde as taxas de acordo são bastante altas, justifica-se o emprego de modelos mais sofisticados para buscar as causas dos raros casos em que não há acordo, bem como para tentar prever o montante do acordo. Além disso, parte da doutrina sobre o tema desconfia da utilidade desses modelos mais complexos, mesmo nos EUA. É o caso de SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 410.

167. DUTTA, Prajit K. Op. cit., p. 314.

168. São os valores de referência do autor para cada um dos casos, acrescidos da divisão equânime do *superávit de acordo*. Quando litiga contra um réu do tipo cuidadoso, a chance de procedência é de apenas 20%; logo, o valor de referência é de R\$ 3.800,00. Quando litiga contra o réu não cuidadoso, as chances de sucesso sobem para 80% e o valor de referência passa para R\$ 36.959,00. Esses valores, acrescidos do *superávit de acordo* dividido equanimemente (R\$ 4.625,00), resultam nos valores de *oferta baixa* (R\$ 8.425,00) e de *oferta alta* (R\$ 41.584,00).

169. Conforme vimos no capítulo 5, eis a definição de *equilíbrio de Nash*: "Um conjunto de estratégias (uma para cada jogador) está em equilíbrio de Nash se sua implementação confirma as expectativas que cada jogador tinha a respeito da escolha do outro. As estratégias em equilíbrio são as únicas estratégias racionais possíveis que confirmam as expectativas anteriores [...]. Por isso, elas requerem que as crenças dos jogadores estejam alinhadas de modo consistente" (HARGREAVES HEAP, Shaun P.; VAROUFAKIS, Yanis. Op. cit., p. 51-53).

(motorista cuidadoso), hipótese em que seu valor de reserva é de R\$ 3.800,00. Se a oferta for de R\$ 41.575,00 (alta), ele *entende* estar litigando contra um réu *tipo 2* (motorista descuidado), tomando por referência um valor de reserva de R\$ 36.950,00.

Só que se o réu antecipar que esse será o comportamento do autor, o réu *tipo 2* (descuidado) estaria melhor ofertando apenas R\$ 8.425,00 (blefe), porque com isso ele faria o autor *acreditar* ser ele um réu *tipo 1*, e fecharia o acordo por um valor menor. Assim, como no nosso exemplo, o réu *tipo 2* teria incentivo para oferecer um valor menor, o comportamento imaginado (cada réu faz um tipo de oferta de acordo com sua culpabilidade e o autor aceita ambas) não configura um *equilíbrio de Nash*,¹⁷⁰ já que ele, réu *tipo 2*, teria incentivos para fazer uma oferta menor, blefando como se fosse um réu *tipo 1*.

Mas ocorre que o autor racional *sabe* que o réu blefará caso ele simplesmente confie nessa informação. Antecipando mentalmente essa possibilidade, a postura que para ele terá mais valor é a de aceitar apenas ofertas maiores, sempre recusando as menores.

É que, como vimos, não agindo assim o autor, os incentivos seriam todos para que as ofertas sejam sempre de R\$ 8.425,00, prejudicando seus ganhos.

O réu, por sua vez, antecipará na sua mente toda essa elucubração, e saberá que o autor só aceitará as ofertas de R\$ 41.575,00. Assim, quando ele for um réu *tipo 2*, não correrá o risco de oferecer um valor menor e perder a oportunidade de fazer o acordo. Ele fará uma oferta alta e sempre haverá acordo. Por outro lado, como o réu *tipo 1* jamais ofertará um valor alto, nunca haverá acordo nesse caso, porque ofertas baixas serão sempre recusadas.

Essa situação configura um *equilíbrio de Nash*, porque nenhuma das partes tem incentivo para mudar sua escolha. Para qualquer dos tipos de réu, claramente não há nada melhor a fazer.

Para o autor, dado que haverá acordo de R\$ 41.575,00 em 50% dos casos, o valor esperado dessa sua estratégia de sempre recusar ofertas baixas é de R\$ 20.787,50,¹⁷¹ muito superior aos R\$ 8.425,00 da primeira estratégia e superior até ao *valor de reserva médio* (Vr^*) de R\$ 20.375,00 que ele tinha antes de *iniciar o jogo*.¹⁷²

170. Para que haja um equilíbrio, nenhuma das partes pode ter incentivo para mudar seu comportamento em busca de uma situação melhor.

171. $\frac{41.575}{2} = 20.787,5$.

172. A análise na qual cada tipo de réu faz uma oferta diferente é chamada de *separating equilibrium*, e engloba a solução que encontramos para o jogo. As estratégias nas quais ambos os tipos de réu oferecem os mesmos valores denominam-se *pooling*, e, como vimos, não configuram um equilíbrio no nosso exemplo (BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. Op. cit., p. 248-250).

A árvore decisória a seguir (figura 30) é a representação gráfica desse jogo e nos ajudará a entender melhor sua dinâmica, bem como o método de solução utilizado e seus resultados.

Cada nó, como sempre, representa uma decisão a ser tomada. O primeiro nó, na parte superior da árvore, representa a *decisão da natureza*.

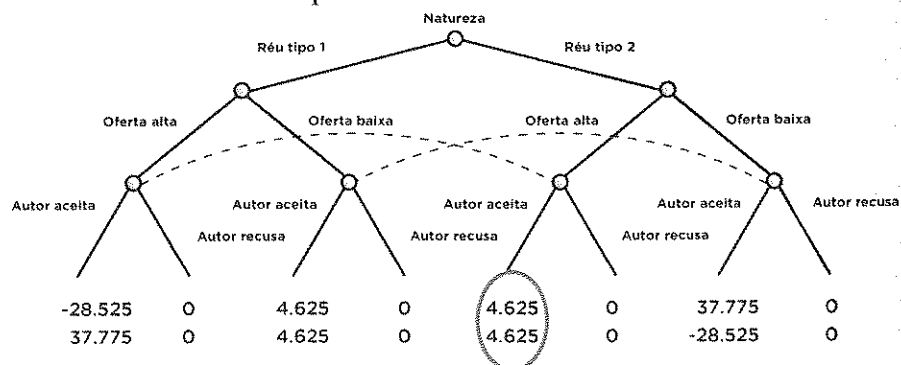
A ideia de *decisão da natureza* foi a forma encontrada por Harsanyi para representar, na mesma árvore, a possibilidade de existência de dois tipos de jogadores, permitindo a análise do equilíbrio de Nash para cada um dos tipos. No nosso caso, temos dois tipos de réus, o cauteloso (*tipo 1*) e o não cauteloso (*tipo 2*). A primeira decisão, tomada pela *natureza*, define de que tipo de réu se trata.

Depois, cada tipo de réu decidirá se fará uma *oferta alta* ou uma *oferta baixa*. Na sequência, para cada tipo de oferta o autor decide se *aceita* e faz o acordo ou se *rejeita* e segue com o processo. Isso acontece para cada tipo de réu.

As linhas ligando os pares de ramos finais de cada tipo de oferta para cada tipo de réu têm uma função crucial nesse diagrama: são elas que *representam* o fato de que o autor, ao aceitar ou rejeitar a oferta, não sabe o tipo de réu que fez a oferta, se o cauteloso ou se o não cauteloso.¹⁷³ Claro que, como dissemos, o tipo de oferta feita transmite um *signal* para o autor e influenciará na sua decisão estratégica final.

Na ponta de cada um dos oito ramos finais estão as recompensas (*payoffs*) das partes para cada par de decisão tomada.¹⁷⁴ O primeiro número abaixo de cada ramo final corresponde à recompensa do réu. O número seguinte indica a recompensa do autor.

Figura 30 – Árvore decisória do jogo de informação incompleta do art. 334 do CPC/2015



Fonte: Elaborada pelo próprio autor.

173. DUTTA, Prajit K. Op. cit., p. 385.

174. Oferta alta que o autor aceita; oferta alta que o autor recusa; oferta baixa que o autor aceita; oferta baixa que o autor recusa. Tudo replicado para os dois tipos de réus.

Cabe uma explicação para o valor das recompensas:

I. Os valores de R\$ 4.625,00 representam a divisão equânime do superávit de acordo, em algumas hipóteses em que as ofertas são aceitas. Isso só ocorre nos casos em que o réu cuidadoso (tipo 1) faz uma oferta baixa e o réu não cuidadoso (tipo 2) faz uma oferta alta;

II. Os valores de abaixo de R\$ 28.525,00 representam o prejuízo do réu que, sendo cuidadoso, faz uma oferta alta aceita pelo autor,¹⁷⁵ bem como o prejuízo do autor que aceita uma oferta baixa feita pelo réu não cuidadoso;¹⁷⁶

III. Os valores de R\$ 37.775,00 contabilizam a vantagem gerada para a parte contrária em razão dos prejuízos do item anterior.¹⁷⁷ Por exemplo, quando o autor aceita uma oferta baixa do réu não cuidadoso, ele sofre um prejuízo de R\$ 28.525,00 e o réu auferir um lucro de R\$ 37.775,00;

IV. Os valores de R\$ 0,00 indicam todos os casos em que o autor não aceitou a oferta do réu, ou seja, os casos em que não houve acordo.

Por fim, repetimos algo fundamental: os nós decisórios do autor estão ligados em pares, de acordo com o tipo de oferta. Assim, o primeiro nó, referente a uma oferta alta, está ligado ao terceiro nó, também referente a uma oferta alta. O mesmo ocorre com o segundo e o quarto nós decisórios, referentes a ofertas baixas. É que, ao receber uma oferta, o autor sabe apenas o seu valor, ou seja, se ela é alta ou baixa. Todavia, o autor *não sabe* se ela provém de um réu tipo 1 ou tipo 2, o que será crucial para a aceitação ou rejeição da oferta.

Analisando individualmente as decisões de aceite e recusa, podemos lançar as seguintes hipóteses, qualificando-as como verdadeiras ou falsas:

- O autor não sabe se a oferta (baixa ou alta) está sendo feita por um réu tipo 1 ou tipo 2. Assim, suas estratégias resumem-se a aceitar ou rejeitar uma oferta alta ou uma oferta baixa: verdadeiro. Por isso seus nós decisórios estão ligados por pares;
- O autor sempre aceita ofertas altas: verdadeiro, pois as recompensas seriam sempre positivas ($\frac{37.775+4.625}{2} = 21.200$);

175. No primeiro caso, valor de referência do réu menos valor do acordo, ou seja: $13.050 - 41.575 = -28.525$.

176. No segundo caso, a diferença do valor de referência do autor e o valor do acordo, ou seja: $36.950 - 8.425 = 28.525$. Colocamos o valor como negativo porque essa diferença representa um prejuízo para o autor.

177. Quando o réu cuidadoso faz uma oferta alta, o autor que esperava receber apenas R\$ 3.800,00 acaba recebendo R\$ 41.575,00, ou seja, uma diferença de R\$ 37.775,00. O mesmo ocorre com o réu não cuidadoso que faz uma oferta baixa aceita pelo autor. Seu valor de referência era R\$ 46.200,00, mas o acordo foi fechado por R\$ 8.425,00, uma diferença de R\$ 37.775,00.

- iii. O autor sempre aceita ofertas baixas: falso. Nesse caso sua recompensa seria negativa ($\frac{4.625 - 28.575}{2} = -11.975$);
- iv. O réu conhece seu próprio tipo, portanto pode optar por sempre oferecer valores altos; sempre oferecer valores baixos; oferecer valores altos quando for tipo 1 e baixos quando for tipo 2; oferecer valores baixos quando for tipo 2 e altos quando for tipo 1. Possui, portanto, quatro estratégias. Verdadeiro;
- v. O réu sempre faz ofertas altas: falso. Sua recompensa seria negativa ($\frac{4.625 - 28.575}{2} = -11.975$);
- vi. O réu tipo 1 fará oferta alta e o réu tipo 2 fará oferta baixa: falso. Nesse caso a recompensa seria negativa ($\frac{-28.525 + 0}{2} = -14.262,5$);
- vii. O réu tipo 1 fará oferta baixa e o réu tipo 2 fará oferta alta: verdadeiro. Nesse caso sua recompensa seria positiva: $\frac{0 + 4.625}{2} = 2.312,5$;
- viii. O réu sempre fará ofertas baixas: falso. Nesse caso, suas ofertas seriam sempre rejeitadas. Como sua recompensa seria zero, ele buscará uma estratégia melhor; no caso, a da premissa anterior (vii).

Dadas as hipóteses qualificadas como verdadeiras, podemos concluir que:

- a) O autor aceita apenas ofertas altas;
- b) O réu tipo 1 faz oferta baixa (negada) e o réu tipo 2 faz oferta alta (aceita).

A solução do jogo é a de que apenas haverá acordo quando o réu tipo 2 fizer uma oferta alta. Esse resultado é um equilíbrio de Nash.

Comprova-se, assim, que a opção do CPC/2015 pela realização da audiência de mediação ou conciliação sem a apresentação de contestação reduz a possibilidade de acordo.

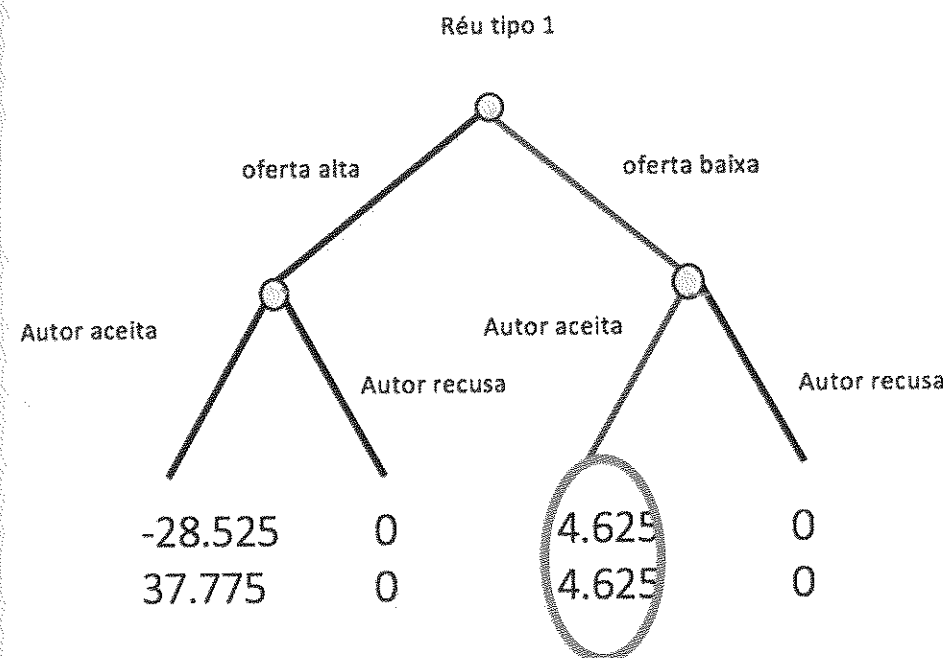
Nosso modelo mostra que, nas hipóteses em que a contestação é capaz de compartilhar informação, sempre haverá acordo, sendo o réu do tipo cauteloso ou do tipo não cauteloso. Já na ausência de contestação só haverá acordo quando o réu for do tipo não cauteloso.

Para que não restem dúvidas, vamos modelar o mesmo exemplo com simetria de informação, ou seja, com a ciência do autor sobre o tipo de réu contra o qual está litigando.

Montaremos assim duas árvores decisórias: uma para o caso do réu cauteloso (tipo 1) e outra para o caso do réu não cauteloso (tipo 2). Nas duas hipóteses, como o autor sabe o tipo de réu, e como o réu sabe que ele sabe, o jogo pode ser facilmente resolvido por *backwards induction*.¹⁷⁸

178. Sobre *backward induction*, tratamos desse assunto quando do estudo das árvores decisórias no início deste capítulo, seção 6.4.

Figura 31 – Jogo tipo 1: réu motorista cauteloso



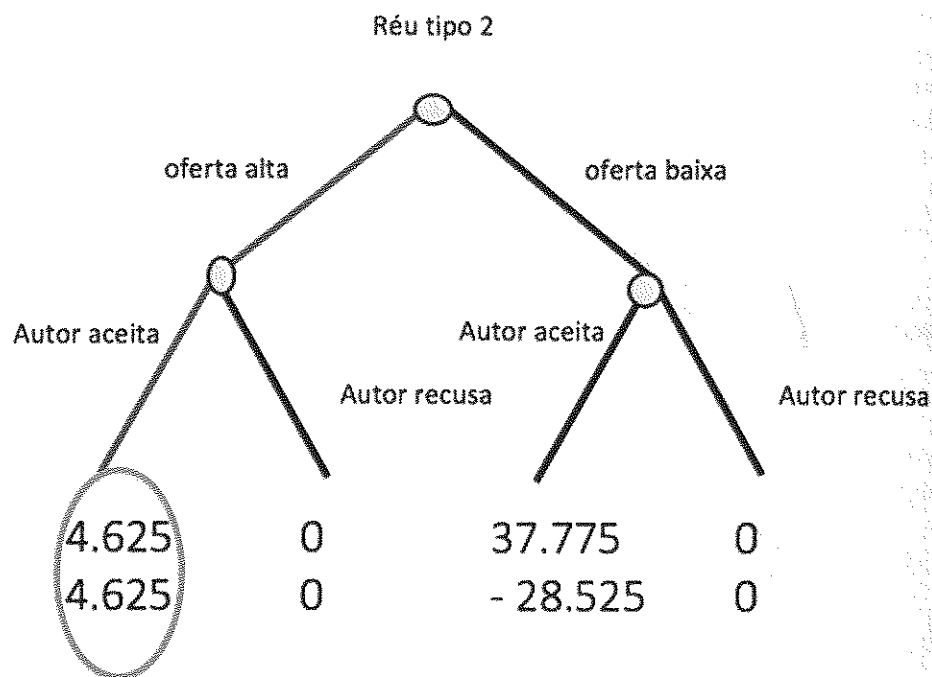
Fonte: Elaborada pelo próprio autor.

Para resolver esse jogo por *backwards induction*, devemos inicialmente olhar para as recompensas do autor e imaginar qual seria sua decisão final.

Claramente, sua maior recompensa está em aceitar uma oferta alta (R\$ 37.775,00). Isso significa que, caso o réu opte por uma oferta alta, ela será aceita pelo autor. Nesse caso, porém, o réu terá um prejuízo enorme (– R\$ 28.525,00). Assim, ele deve considerar fazer uma oferta baixa. Nesse caso, o autor aceitará (4.625 > 0). Essa é a solução do jogo. As linhas cinza claro indicam as estratégias em equilíbrio de Nash: o réu faz oferta baixa e o autor aceita, produzindo as recompensas circuladas em marrom.

Note-se que, quando o autor não sabe qual o tipo de réu, ele apenas aceitará ofertas altas. Ocorre que o réu tipo 1 não oferece valores altos, tornando impossível o acordo. É exatamente esse o prejuízo criado pela opção assimétrica do CPC/2015 para a audiência de mediação e conciliação.

Figura 32 – Jogo tipo 2: réu motorista não cauteloso



Fonte: Elaborada pelo próprio autor.

Nessa segunda hipótese a solução é ainda mais simples. A escolha preferida do autor é *aceitar uma oferta alta*, pois a recompensa de R\$ 4.625,00 é a maior que ele pode receber (as outras são R\$ 0,00 ou – R\$ 28.525,00). Já o réu sabe que, se fizer uma oferta baixa buscando a recompensa máxima de R\$ 37.775,00, ela será recusada pelo autor (que, se aceitasse, teria um prejuízo de – R\$ 28.525,00) e ele réu acabará com zero. Sendo assim, o réu tipo 2 fará uma oferta alta e o autor aceitará. Esse par de estratégias (indicado em vermelho no gráfico) configura um *equilíbrio de Nash*. Essa solução, como vimos, é alcançada mesmo quando o autor não sabe o tipo de réu contra o qual litiga.

Em conclusão, é possível afirmar que a opção do art. 334 do CPC/2015 pela realização da audiência, antes do oferecimento da contestação, reduz as possibilidades de acordo pela metade, dadas as premissas do nosso exemplo.

Um último exemplo do cotidiano pode ajudar a entender na prática os malefícios da assimetria de informação. É que esse tipo de déficit informacional é o grande vilão dos acordos e das transações de mercado de maneira geral.

O ponto foi brilhantemente provado por Akerlof no seu estudo sobre o mercado de carros usados (*lemons market*). Nesse trabalho seminal, o autor demonstra

que o fato de o comprador do carro usado não saber se a qualidade do carro oferecido é alta ou baixa inviabiliza a transação. Isso explica a intensa desvalorização dos veículos usados, ainda que em bom estado, bem como as tentativas de *sinalização crível* da qualidade do veículo, por exemplo, por meio da oferta de garantia pelo vendedor.¹⁷⁹

6.6.2.3.2. Incerteza quanto ao direito

Identificado o problema da incerteza quanto aos fatos, abordemos agora o problema da incerteza quanto ao direito.

A incerteza, como vimos, é a grande causa de inviabilização de autocomposição, de acordo com a abordagem econômica clássica. A incerteza jorra de uma das seguintes fontes: divergências interpretativas de informação comum ou assimetria no acesso a essa informação.

A incerteza quanto aos fatos brota de ambas as fontes,¹⁸⁰ enquanto que a incerteza quanto ao direito nasce principalmente da primeira. Portanto, são as divergências interpretativas da informação comum (*fontes do direito*) que prioritariamente nos interessam nesta seção.

Quando o sistema de justiça é capaz de fixar com razoável segurança jurídica a interpretação “correta” da lei, ou seja, quando os precedentes dos tribunais são estáveis e respeitados, a incerteza diminui bastante, mas ainda há algum espaço para a assimetria de informação. Essa assimetria pode decorrer de duas principais causas: (i) falha na divulgação do precedente; (ii) argumentação jurídica criativa ou sofisticada de uma parte, não conhecida nem antecipada pela outra parte.

A primeira causa ainda é bem importante do Brasil, mas tende a diminuir bastante em curto espaço de tempo.

179. A ideia básica é que, ao comprar um veículo usado, o comprador não sabe sua qualidade. Veículos de baixa qualidade, todavia, não interessam ao comprador. De outro lado, o vendedor detém essa informação. Para o vendedor, veículos de alta qualidade valem um preço “p” e veículos de baixa qualidade valem um preço “q”, sendo que $p > q$. O problema é que o comprador, como não sabe o tipo de carro oferecido, mas sabe que parte dos veículos do mercado são de baixa qualidade (*lemons*), faz uma oferta pelo preço médio, inferior ao valor de um carro de boa qualidade. Sabendo disso, os vendedores param de oferecer carros de qualidade e passam a oferecer apenas *lemons*. Os compradores rapidamente percebem isso e param de comprar carros usados. O mercado entra em colapso, exatamente por conta da assimetria de informação (AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970, principalmente p. 489-492).

180. Mas a economia clássica conecta-a mais à segunda. No entanto, a psicologia descortina a limitação da racionalidade humana, bem como diversos vieses que implicam fortes divergências interpretativas em relação à informação comum. Veremos o tema na seção 6.7, em que será feita a *atualização comportamental* das análises promovidas neste capítulo.

Explicamos. O reconhecimento da adoção de um sistema de precedentes vinculantes é bastante recente no Brasil, mas já é amplamente majoritário na doutrina, ainda que haja estridentes vozes em sentido contrário.¹⁸¹

Com o advento do CPC/2015, que confere a esse sistema um regime jurídico bastante sofisticado, a organização e o acesso estruturado às informações decorrentes dos precedentes tornou-se um tema de administração da justiça que vem sendo prioridade nas gestões recentes do CNJ e dos tribunais de modo geral.¹⁸² O acesso à rede mundial de computadores e o avanço das tecnologias de busca auxiliaram muito na diminuição da assimetria informacional.¹⁸³

Por fim, reconhecidos como fonte do direito, os precedentes serão no Brasil tão conhecidos quanto as leis.¹⁸⁴ É provável que o ensino do direito mude nas facul-

181. Ver nota n. 1.150.

182. Em verdade, o art. 927, § 5º, do CPC/2015 obriga os tribunais a *organizarem seus precedentes por questão jurídica decidida, divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores*. Nos endereços eletrônicos do STJ e do STF, periodicamente somos surpreendidos com valorosos esforços nesse sentido. A classificação de decisões proferidas em recursos especiais repetitivos em *temas numerados, a pesquisa pronta, e a jurisprudência de teses*, são bons exemplos encontrados no site do STJ ([www.stj.jus.br], acesso em: 11.05.2017). A *classificação temática da repercussão geral*, o livro eletrônico “*Súmulas Vinculantes: aplicação e interpretação pelo STF*”, a base organizada de *teses jurídicas*, são alguns dos esforços do STF nesse sentido. O art. 979 do CPC/2015 estrutura a forma de divulgação da instauração de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) por todas as cortes brasileiras, impondo publicidade e divulgação por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, incluídos no registro de cada tese jurídica os fundamentos da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados (§ 2º do art. 979). Sobre o tema, o CNJ editou a Resolução 235/2016, que dispõe sobre a organização de procedimentos administrativos decorrentes dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. O normativo prevê também a criação de um banco nacional de dados que permita ampla consulta às informações de repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência. Segundo o próprio CNJ, “com a criação do banco, a ideia é otimizar o sistema de julgamento de demandas repetitivas e a formação concentrada de precedentes obrigatórios prevista no novo Código de Processo Civil” (ZAMPIER, Deborah. Aprovada resolução sobre procedimentos administrativos em casos repetitivos. *CNJ: Notícias*, 18.07.2016. Disponível em: [www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82860-aprovada-resolucao-sobre-procedimentos-administrativos-em-casos-repetitivos]. Acesso em: 11.05.2017).

183. Como veremos no capítulo 11, a chamada *organização de informações desestruturadas* tem tudo para revolucionar a argumentação por precedentes, reforçando, na prática, essa fonte do direito. Veja-se, especificamente, o caso da *Ravellaw*, na seção 11.4.

184. Em certos casos talvez mais, dada a saliência dos novos precedentes e o dinamismo de sua conformação para resolver casos concretos.

dades, conferindo maior importância ao estudo dos precedentes e acostumando os futuros juristas ao artesanato que lhes caracteriza a aplicação.¹⁸⁵

Não obstante, as refrações informativas, mesmo considerando as mais perfeitas tecnologias de informação, sempre vão existir, antes ou durante o processo judicial.

Uma *norma*, qualquer que seja ela, sempre conterá uma *informação a ser transmitida para alguém*, destinada a influenciar o comportamento desse *alguém*. As peculiaridades de quem informa, as nuances dos meios de transmissão escolhidos, as circunstâncias dos destinatários e o conteúdo da norma em si são aspectos fundamentais que vão influenciar seu *impacto* no comportamento do destinatário.¹⁸⁶

A ignorância desses fatores é o que causa as inúmeras refrações entre o comportamento esperado pela norma e o que é efetivamente observado na vida real.

Qual tipo de texto adotar? Simples ou complexo? Essa escolha depende do tipo de área a ser regulada?¹⁸⁷ Quais os efeitos sociais da obediência ou da desobediência da norma por determinados atores sociais? Quais as consequências que esses atores experimentam pelo seu comportamento? Como a sociedade percebe essas consequências?¹⁸⁸ Qual o papel da vergonha, do estigma, dos preconceitos e dos grupos sociais na interpretação e no cumprimento das normas?¹⁸⁹

Tudo isso há de influenciar as negociações pré-processuais entre os envolvidos em uma relação jurídica conflituosa, bem como a decisão de buscar o Poder Judiciário. Influenciará, ainda, o comportamento das partes, advogados e juízes ao longo do processo, impactando seu desejo de cooperar ou não.

Este trabalho, apesar de reconhecer esse nível de complexidade, não o adota como ponto de partida na elaboração de modelos econômicos de comportamento. Todavia, nas diversas seções de atualização dos modelos econômicos clássicos com as descobertas da economia comportamental, neste e em outros capítulos, parte dessas questões será, ao menos, considerada.

Nossa premissa, no entanto, é a de manter modelos simples que sejam efetivos para a busca do comportamento cooperativo dentro do sistema de justiça e no processo civil brasileiros.

185. ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Introduction to Comparative Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University, 1998. p. 155.

186. Estudo seminal sobre o impacto da norma no comportamento humano foi recentemente produzido por: FRIEDMAN, Lawrence M. *Impact: How Law Affects Behavior*. Cambridge, MA; London: Harvard University, 2016.

187. FRIEDMAN, Lawrence M. Op. cit., p. 26-34.

188. FRIEDMAN, Lawrence M. Op. cit., p. 43.

189. FRIEDMAN, Lawrence M. Op. cit., p. 153-217.

Ainda que a informação seja bem transmitida e absorvida, as fissuras informativas anteriormente identificadas, bem como a criatividade e a sofisticação da argumentação jurídica, criam espaços de incerteza. Essa é a segunda causa de assimetria por nós identificada.

Por exemplo, antes do ajuizamento, autor e réu não sabem ao certo a qualidade de assistência jurídica que terão, nem o tipo de argumentação a ser utilizada.

Ajuizada a ação, a sistemática do art. 334 do CPC/2015 é claramente prejudicial para o problema da *incerteza quanto ao direito*. Caso a contestação fosse apresentada antes da audiência, a assimetria informacional decorrente da elaboração argumentativa seria bastante reduzida. Sem a contestação, a assimetria aumenta, ainda que limitada pelo espaço ocupado por um corpo de precedentes estável, vinculante e acessível.

Mas, e se não houver um sistema estável de precedentes obrigatórios? Ai haverá grande incerteza, com potencial para geração de maiores refrações de crença das partes quanto ao direito em si, ao menos no que se refere a casos idênticos ou muito semelhantes¹⁹⁰, o que pode dificultar a realização de acordos.¹⁹¹

6.6.2.3.2.1. Análise econômica do precedente

Esta seção destina-se a *demonstrar com argumentos econômicos* a necessidade de um sistema estável de precedentes vinculantes como forma de facilitação da

190. Muito comuns, por exemplo, no direito tributário e no direito previdenciário. Veja-se o caso da desaposentação, inicialmente admitida pelo STJ (Recurso Especial 1.334.488/SC) para ser ao final proibida pelo STF (Repercussão Geral n. 503 (RE 381.367/RS, RE 661.256/SC e RE 827.833/SC), gerando inúmeras ações judiciais que não deveriam existir. O mesmo ocorreu no passado com os planos econômicos e, de tempos em tempos, ocorre com questões tributárias – como a definição da base de cálculo do PIS/COFINS (com ou sem ICMS) e a legitimidade ativa do contribuinte de fato para pleitear repetição de indébito do tributo indireto. Apesar de fugir do escopo deste trabalho, o atualíssimo debate a respeito da possibilidade de execução da sentença penal logo após a condenação em segunda instância como regra exemplifica bem o desastre da jurisprudência conflitante, muitas vezes instabilizada por decisões individuais de membros da própria Corte Superior. Sobre o tema, em nova *virada* de jurisprudência, o STF, por maioria de votos, impôs a necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução da pena privativa de liberdade (ADC 43/DF, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 7.11.2019).

191. Uma abordagem clássica diria que a incerteza pode dificultar ou facilitar os acordos. A incerteza contaria como um *custo* do processo, e custos altos em tese favorecem acordos. O problema da incerteza é que, na vida real, ela é agregada ao *viés otimista*, típico da racionalidade humana. Assim, na presença da incerteza, o mais provável é que haja espaço para o crescimento do otimismo de ambas as partes, dificultando ou inviabilizando os acordos. Votaremos ao tema na seção 6.7.1. Nesse sentido: BAR-GILL, Oren. *The Evolution...* Op. cit.

realização de acordos em ações efetivamente ajuizadas, ao menos nos casos em que as questões em debate sejam predominantemente de direito.

Veremos que precedentes vinculantes instáveis e precedentes estáveis não vinculantes geram incerteza para as partes. A depender do nível de incerteza, o acordo será impossível.

Não se pretende aqui aprofundar questões teóricas ou constitucionais sobre a posição do precedente como fonte primária do direito, ou sobre quais precedentes possuem efeito vinculante. O que se deseja é demonstrar que as consequências econômicas para a diminuição dos custos sociais do processo constituem forte argumento para o amplo reconhecimento da força normativa e vinculante dos precedentes, na qual acreditamos e a qual temos por pressuposto.

Ao diminuir a assimetria informacional e estimular a autocomposição, os precedentes passam a ser um importante incentivo para o comportamento cooperativo das partes no processo.

6.6.2.3.2.2. O precedente como um bem de capital a serviço da segurança jurídica e do refinamento do direito: uma interpretação para o art. 1.030 do CPC/2015

Todas as considerações envolvendo o *valor social* do precedente dependem de uma premissa bem estabelecida nos dias atuais do direito brasileiro: *a norma não se confunde com o texto legal*. O texto é um meio de comunicação da norma – a norma, que será aplicada para regular os fatos jurídicos, é extraída daqueles limites semânticos.¹⁹²

192. ZANETI JUNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 140-141. Existe uma quantidade imensa de textos de doutrina afirmando o caráter dinâmico do direito, inclusive no *civil law*. Em resumo, podemos dizer que a complexidade atual das relações sociais é incompatível com o modelo positivista *fechado*, clamando por textos mais fluidos, repletos de conceitos abertos e com maiores possibilidades interpretativas. A força normativa dos princípios de direito (porosos por natureza) e a atual convergência entre *common law* e *civil law* também são temas amplamente reconhecidos na doutrina. Dos muitos textos a respeito, podemos destacar: ARRUDA ALVIM, Teresa. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121-153, jun. 2009; MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. *Revista de Processo*, v. 172, p. 175-232, 2009; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e de *common law*. In: FREIRE, Alexandre et al. *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Salvador: JusPodivm, 2014. v. 3. p. 45-69; MEDINA, José Miguel Garcia et al. Precedentes judiciais e o direito processual civil. In: FREIRE, Alexandre et al. (Coord.) *Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm,

O valor social do precedente, assim, divide-se em dois. Em primeiro lugar, ele muitas vezes identifica a norma, por meio de uma determinada interpretação, reduzindo as assimetrias informacionais, como vimos acima. De outro lado, ao menos em *ambientes decisoriais não rígidos* (como no direito de família),¹⁹³ ele atualiza a norma, conformando-a com mudanças culturais e sociais que ocorrem ao longo do tempo.¹⁹⁴

Nessa linha, os precedentes,

podem ser considerados um estoque de bens de capital que produz conhecimento e confere informação para potenciais litigantes em determinada área do direito.¹⁹⁵ Essa informação é capaz de esclarecê-los quanto aos seus direitos e obrigações presentes e futuros, tratando de modo similar aqueles que se encontram em situação similar.¹⁹⁶

Os custos de formação desse tipo de precedente são inferiores aos custos decorrentes da instabilidade jurídica criada pela sua ausência.¹⁹⁷

O sistema de justiça dotado de precedentes estáveis, vinculantes e acessíveis pode ser comparado a uma fábrica de brinquedos produzidos por máquinas injetoras de material plástico. Cada uma daquelas máquinas injeta plástico em diversos moldes, sendo um molde para cada modelo de brinquedo.

As duas principais características positivas desse método são: (i) a velocidade com que cada máquina produz cada tipo de brinquedo; (ii) o fato de que todos os brinquedos injetados em determinado molde são idênticos.

2017. p. 131-156; NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios gerais e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 6-11; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; CRAMER, Ronaldo. *Precedentes judiciais, teoria e dinâmica*. São Paulo: Forense, 2016. p. 51-59.

193. ARRUDA ALVIM, Teresa. *Precedentes...* Op. cit., principalmente p. 17-18.

194. Já tivemos oportunidade de abordar o tema anteriormente: WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial no processo civil brasileiro: mecanismos de objetivação do processo*. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 19-34; WOLKART, Erik Navarro. *Precedentes no Brasil e cultura*. Op. cit.

195. POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 743.

196. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4. ed. Oxford: Clarendon, 2004. p. 3-4.

197. Os custos decorrentes da ausência compõem todo o cenário de *tragédia da Justiça* aqui estudado: ações que poderiam não ser propostas; necessidade de criar argumentações a cada ação repetitiva proposta; possibilidade de que pessoas em situações semelhantes recebam respostas diferentes do Poder Judiciário; refração de investimentos decorrentes dessa insegurança e falta de previsibilidade etc. Sobre o tema: POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 753.

Continuando com o exemplo, o grande problema dos bens de capital (máquinas injetoras) é que eles depreciam com o tempo. As máquinas ficam velhas e começam a apresentar defeitos ou, o que é pior, tornam-se obsoletas e precisam ser substituídas por outras com tecnologia mais avançada. Caso não se invista em novas máquinas, os produtos caem de qualidade e deixam de atender aos desejos do consumidor. Como consequência, a fábrica perde mercado e acaba indo à falência.

O mesmo pode ocorrer com os precedentes. Como fonte do direito e forma de refinamento da norma, eles também *depreciam* no tempo e demandam atualização. A *atualização tecnológica* do precedente nada mais é do que a sua adaptação à evolução das relações sociais.¹⁹⁸ Seus mecanismos de atualização são o *distinguishing* e o *overruling*.¹⁹⁹

Eis um ponto central que pensamos ser um argumento econômico de grande valor para eficiência do sistema de justiça brasileiro. Por questões culturais e de interesse pessoal, juízes e partes, e até mesmo as cortes formadoras dos precedentes, terão incentivos para desrespeitá-los.²⁰⁰ No entanto, é da conjugação perfeita entre *estabilidade* (aplicação reiterada) e *possibilidade de atualização* do precedente que emerge seu mais alto valor.

Qual deve ser o parâmetro desse balanço entre manutenção/atualização? A resposta é a *taxa de depreciação do precedente*.²⁰¹

A taxa de depreciação do precedente é a velocidade com a qual a norma nele fixada torna-se ultrapassada em razão da dinâmica social e da atualização do texto legislativo. Trata-se de um número difícil de medir de modo direto, mas que pode ser inferido de certos sinais facilmente identificáveis e mensuráveis.

Um desses sinais (*proxy*) é o número de citações do precedente na doutrina e na jurisprudência,²⁰² aí incluído o conteúdo dessas manifestações.

198. POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 744. No *civil law*, como reforça Teresa Arruda Alvim, isso ocorre apenas em *ambientes decisoriais não rígidos*, como no direito de família e em outras áreas do direito civil, quando a lei trabalha com *cláusulas gerais e conceitos indeterminados* (ALVIM, Teresa Arruda. *Precedentes...* Op. cit., p. 55).

199. POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 743.

200. Os advogados preferem lutar pelo interesse do seu cliente, mesmo que contrário ao precedente. O juiz, por vezes, prefere criar algo novo e buscar o reconhecimento da superação do precedente ao invés de aplicá-lo (POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 746).

201. POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 745.

202. LANDES, Willian M; POSNER, Richard A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Law and Economics*, v. 19, n. 2, p. 249-307, ago. 1976. Precedentes ignorados podem ter caído em desuso. Precedentes com muitas citações críticas

Outro sinal é o número de alterações legislativas na área de aplicação do precedente. Em campos onde a atividade legislativa é muito intensa, a taxa de depreciação tende a aumentar.²⁰³

Por fim, o nível de detalhamento da norma contida no precedente também se relaciona com a taxa de depreciação. Explicamos. Quanto mais genérico e aberto for o precedente, menor será sua taxa de depreciação. O ponto negativo é que isso implica imprecisão e um custo mais elevado para o refinamento de sua aplicação aos casos concretos (o que acaba aumentando as incertezas de sua aplicação e diminuindo seu valor para o sistema).²⁰⁴

Precedentes fixados pelo STF ou pelo STJ, principalmente no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral e recursos especiais repetitivos (muitas vezes sumulados), deveriam ser mais genéricos, com diminutas taxas de depreciação no tempo.²⁰⁵

As tramas abertas do *tecido de precedentes* produzido pelas cortes superiores vão sendo *refinadas* pelas instâncias inferiores, ganhando as *amarras* necessárias à fixação dos precedentes aos casos concretos.

Por isso é tão importante que aqueles tribunais realmente produzam *teses*.²⁰⁶ Essas teses terão *elasticidade suficiente para estabilizar o sistema*. O *refinamento* deve ser feito pelo labor das cortes inferiores, incluído o primeiro grau.

normalmente precisam ser superados ou atualizados. Foi esse o caso, por exemplo, do verbete 418 da súmula de jurisprudência do STJ, que impõe a inadmissibilidade do recurso de apelação interposto antes do julgamento dos embargos de declaração apresentados contra a mesma decisão. O verbete era sistematicamente citado e criticado na doutrina. Em 2015, o mesmo STJ reinterpreto o verbete para afirmar que a reiteração da apelação interposta só seria necessária em caso de efeitos infringentes no julgamento dos declaratórios (Recurso Especial 1.129.215/DF). Hoje, o próprio CPC/2015 proíbe o entendimento originalmente fixado pelo verbete (art. 218, § 4º, segundo o qual deve ser “considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”).

203. POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 744.

204. POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 744.

205. Principalmente se a exigência da repercussão geral for realmente levada a sério. A aprovação da repercussão geral para os recursos especiais traria equivalência às taxas de depreciação dos julgados do STJ e do STF. Os precedentes mais estáveis de todos, todavia, serão os fixados pelo STF no exercício da jurisdição constitucional, por meio do julgamento de ações diretas. Isso porque, além da generalidade, eles atuam diretamente na interpretação do texto da Constituição, que, em tese, sofre menos modificações do que a legislação infraconstitucional.

206. Teses que, naturalmente, surgem dos contextos fáticos dos julgados que deram origem aos precedentes.

De outro lado, é absolutamente fundamental que as cortes superiores mantenham e respeitem os próprios precedentes. Mudanças de opinião são uma tragédia para a estabilização do sistema e para o bem-estar social daí decorrente.²⁰⁷

Fixado o precedente pela corte superior, casos novos devem ser resolvidos apenas nas instâncias inferiores. Obviamente, o sistema deve ter mecanismos de revisão do precedente na corte superior, mas eles não devem estar disponíveis *a priori*.

Nesse contexto, surge a necessidade de interpretarmos o disposto no preliminar art. 1.030, I, e § 2º, do CPC/2015, de modo a retirar o maior valor social possível de suas disposições.

6.6.2.3.2.3. Sobre o disposto no art. 1.030, I, e § 2º

A norma em destaque foi introduzida no CPC/2015 pela Lei 13.256/2016. A ideia foi reconduzir aos tribunais de origem o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos especial e extraordinário.

Deu-se essa necessidade porque, na redação original, o CPC/2015 atribuía aos tribunais superiores o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, alterando a sistemática tradicional, vigente no CPC/1973. Com isso, temia-se que as cortes superiores ficassem ainda mais assoberbadas de trabalho, o que efetivamente iria ocorrer.²⁰⁸

Com as alterações da Lei 13.256/2016, todavia, o caminho para alcançar as cortes superiores ficou mais estreito do que no Código de 1973.

É que, nos casos de denegação de segmento de recursos especial ou extraordinário lastreada em precedente vinculante do tribunal superior, o dispositivo agora vigente restringe o recorrente à possibilidade de interposição de agravo interno ao invés de agravo vertical para a corte superior.

O agravo para a corte superior será cabível apenas na ausência de precedente vinculante sobre o tema, ou quando a decisão originária desrespeitar precedente estabelecido pela corte superior (art. 1.042).

Da conjugação das normas dos arts. 1.036 e 1.042 fica claro, então, que só caberá agravo vertical para *forçar a subida* do recurso para análise preliminar

207. Não se pode confundir mudança de opinião com *atualização do precedente*, essa dependente do dinamismo das relações sociais captadas por certas áreas do direito (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Precedentes...* Op. cit., p. 52-57).

208. Segundo estimativas do próprio STJ, a alteração elevaria em cem mil o número de recursos anuais que chegam àquele tribunal (CANÁRIO, Pedro; GALLI, Marcelo. Novo CPC exigirá aprofundamento da análise dos recursos repetitivos. *Conjur*, 31.05.2015. Disponível em: [www.conjur.com.br/2015-mai-31/entrevista-paulo-tarso-sanseverino-ministro-stj]. Acesso em: 18.05.2017).

pela corte superior quando: (i) a questão for inédita, em termos de formação de precedente vinculante; (ii) quando a decisão recorrida violar precedente firmado pela corte superior.

Fora dessas hipóteses, o único recurso cabível será o agravo interno, *horizontal*, que abrirá a possibilidade de reexame da decisão de inadmissibilidade por colegiado do próprio tribunal recorrido.

O aparente problema da nova engrenagem seria a inviabilidade de alcançar-se a corte superior quando: (i) o fundamento do recurso for o *distinguishing* do caso concreto frente ao precedente superior e essa possibilidade não for reconhecida na instância originária; (ii) houver pedido de alteração ou revogação do precedente da corte superior, o que, claramente, só pode ser efetivado por aquela instância.

A primeira parte do dilema parece-nos de fácil solução. Como vimos, o *distinguishing* é o refinamento do precedente a partir de nuances fáticas do caso concreto. Essa atribuição não é prioritária nas cortes superiores, que devem primar pela fixação de precedentes dotados de maior porosidade, focados na formação de teses – ainda que, claro, atrelados à tipologia fática que envolveu a sua formação.

O principal insumo do *distinguishing* são as questões fáticas, de modo que alguém poderia arguir que a impossibilidade decorreria da aplicação dos verbetes sumulares 279 do STF e 7 do STJ.²⁰⁹

Mas é bem verdade que o *distinguishing* não depende necessariamente de *reapreciação* da matéria fática. É possível que o suporte fático delineado pela instância inferior simplesmente seja distinto daquele que se atrela ao precedente, merecendo o caso solução diferente daquela proposta pelo precedente.²¹⁰ Os verbetes não seriam, portanto, bons argumentos para impedir que a matéria tocasse as cortes superiores.

Ainda assim, percebe-se que o sistema optou por uma divisão de trabalho entre cortes de origem e cortes superiores: essas estabelecem o precedente, aquelas detectam a necessidade de *distinguishing*. O instrumento final para *forçar* a boa consecução dessa tarefa é o agravo interno²¹¹ a ser interposto contra a decisão monocrática de inadmissibilidade do recurso excepcional.²¹²

209. Ambos os verbetes proíbem o reexame de matéria fática em sede de recursos excepcionais.

210. Isso acarretaria algo parecido com o *erro de subsunção*, ocorrido quando o tribunal superior, considerando as provas sobre fatos do processo, acaba subsumindo esses fatos a regra de direito que não seria a mais correta. Sobre o tema, com profundidade: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit., p. 357-368.

211. Em sentido diferente, advogando interpretação conforme do art. 1.030 do CPC/2015 para admitir agravo de instrumento à instância superior: NERY JUNIOR, Nelson;

A solução parece boa.

A uma porque, como vimos, é preciso reconduzir os tribunais superiores ao exercício eficiente de sua função principal: fixar e uniformizar a interpretação das leis federais e da Constituição. Para tanto, é urgente reduzir drasticamente o número homérico de processos que hoje lá tramitam. É o caso típico de *processos socialmente indesejáveis*.²¹³

A duas porque não há nada de errado em restringir a *deteção* do *distinguishing* à instância de origem. O Código, aliás, foi pródigo nessa possibilidade, conferindo duas oportunidades à parte que se sentiu prejudicada.

A primeira chance de buscar o *distinguishing* dá-se com a própria interposição do recurso excepcional, buscando convencer o presidente ou vice-presidente do tribunal de sua necessidade na hipótese, caso em que, antes de ser remetido à instância superior, o processo será encaminhado ao órgão prolator da decisão para fins de reconsideração (art. 1.030, II).

A segunda oportunidade abre-se com o cabimento de agravo interno contra a decisão monocrática que nega seguimento ao recurso exatamente por não detectar a necessidade de *distinguishing*.

ABBOUD, Georges. Recursos para os tribunais superiores e a Lei 13.256/2016. *Revista de Processo*, v. 41, n. 257, p. 217-235, jul. 2016.

212. Explicando melhor. Suponha-se um processo em que se discute a condenação do réu no pagamento de danos morais a uma empresa, em razão do depósito antecipado de cheque pré-datado. Trata-se da combinação do disposto em dois verbetes do STJ: 227 e 370. Isolados, os precedentes sumulados parecem garantir o reconhecimento da questão de direito: pessoas jurídicas podem sofrer danos morais (verbetes 227) e o depósito antecipado de cheque pré-datado causa dano moral (verbetes 370). É necessário acrescentar que, para nós, as restrições do art. 1.030 aplicam-se a todos os precedentes que consideramos obrigatórios, aí incluídos os verbetes sumulares e as decisões da Corte Especial do STJ. Será que, no entanto, o simples depósito antecipado seria suficiente para causar dano moral à pessoa jurídica? É dizer: o verbete 370 não seria voltado apenas para pessoas físicas? O verbete 227 não estaria aparelhado apenas para danos decorrentes de condutas que efetivamente prejudicam a imagem da empresa no mercado, sendo diferente disso a mera apresentação antecipada de cheque pré-datado? Nesse caso, havendo condenação em primeiro grau, é razoável que, já na apelação o réu proponha o *distinguishing* com relação aos precedentes invocados na decisão atacada. O mesmo vale para o recurso especial e, no caso de negativa de seguimento, para o agravo interno. Não detectada a possibilidade de *distinguishing*, encerram-se aqui as possibilidades da parte. Caso esse tipo de situação comece a avolumar-se nos tribunais inferiores, talvez seja o caso de revisão do entendimento pela corte superior (*overruling*). Isso nos leva à segunda parte do suposto problema.

213. O tema foi tratado no início deste capítulo.

Obviamente, de nada valeriam as restrições acima se o STJ admitisse reclamação constitucional fundada na violação de precedente vinculante pelo tribunal inferior. Felizmente o STJ recentemente pronunciou-se sobre o tema para negar a possibilidade. No acórdão, a relatora Min. Nancy Andrighi afirma expressamente que o cabimento de reclamação seria uma forma de *burlar* o filtro recursal aqui discutido²¹⁴. O tribunal afirmou o não cabimento da medida fundada em *descumprimento de recurso repetitivo*. Nos fundamentos do voto relator, fica clara a preocupação de reconduzir o STJ às suas atribuições constitucionais, esquivando-o da incômoda posição de tribunal de *terceira instância*. A Min. expressamente afirma, ainda, que, admitido o cabimento de reclamação, tornar-se-ia estéril a vedação do CPC.

Problema maior estaria na negativa de admissibilidade de recurso fundado na necessidade de revogação ou alteração do precedente. O tópico vem sendo levantado e criticado pela doutrina.²¹⁵

Como vimos, precedentes precisam de estabilidade, mas depreciam com o tempo. Se chegou o momento de alterá-lo, como propiciar essa oportunidade à corte superior?

Como vimos, parece não caber agravo vertical contra a decisão que denega seguimento ao recurso excepcional quando a decisão originária estiver de acordo com esse mesmo precedente que agora se imagina estar desatualizado.

214. Segundo a Min., *A aceitação da Rcl em tela tornaria estérea a vedação do CPC quanto à interposição de agravo quando o recurso especial é inadmitido na origem, em razão da coincidência entre o acórdão recorrido e a tese repetitiva do STJ. Isso porque, bastaria à parte cumprir formalmente com a exigência de interposição de agravo interno no tribunal local, para então submeter seu litígio concreto ao exame desta Corte Superior*. STJ, Rcl 36.476, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 05/02/2020.

215. Sobre o tema, sempre criticando e buscando uma solução de acesso à corte superior pela parte: CRAMER, Ronaldo. Op. cit., p. 159-162; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes*. *Consultor Jurídico*, 12.02.2016. Disponível em: [www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes]. Acesso em: 17.05.2017; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários ao art. 1.030. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1371-1372; MACEDO, Lucas Buriel de. *A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários: o pernicioso art. 1.030 do CPC e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes*. *Revista de Processo*, v. 41, n. 262, p. 187-221, dez. 2016; MIRANDA, Victor Vasconcelos. *A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no CPC e a alteração legislativa promovida pela Lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, I, "a"*. *Revista de Processo*, v. 258, p. 419-446, ago. 2016.

A doutrina majoritariamente propõe que, de uma forma ou de outra, o recurso seja remetido à instância superior.²¹⁶

Discordamos fortemente.

Do ponto de vista da necessidade de buscar-se o funcionamento eficiente das cortes superiores, a norma parece-nos acertada.

O raciocínio é simples. Caso coubesse agravo vertical na hipótese, o advogado da parte vencida teria incentivo para sempre agravar, alegando, para tanto, a necessidade de alteração do precedente.

As cortes seriam assim escravizadas a verdadeiro *trabalho de Sísifo*²¹⁷: fixar o precedente para ser aplicado pelas cortes inferiores e depois julgar todos os recursos dos vencidos que discordarem do precedente, cada um com um *argumento diferente*.

Como vimos, quando o número de processos é excessivo, é razoável que a lei desestimule sua proliferação, o mesmo valendo para recursos. Nessa linha, quando o número de recursos é absurdo (como é o caso dos recursos aos tribunais superiores), é justificável seu banimento em certas hipóteses, desde que não se ofenda a Constituição.

Por outro lado, se o sistema funcionar corretamente, tempo virá em que os precedentes ficarão desatualizados e os recursos precisarão ser estimulados. É nesse momento que o art. 1.030 geraria um problema.²¹⁸

Repetimos: hoje o art. 1.030 é uma solução. No futuro, se tudo funcionar corretamente, poderia vir a ser um problema. O que há, todavia, é uma *dificuldade apenas aparente*, já que, se problema houvesse, a solução estaria *bem embaixo do nosso nariz*, grafada no art. 927, §§ 2º a 4º, do CPC/2015.

216. Para Cramer, fundado o recurso na necessidade de superação do precedente, a corte superior pode ser acessada por simples petição, após rejeitado o agravo interno do art. 1.030, § 2º, do CPC/2015 (CRAMER, Ronaldo. Op. cit., p. 162). Câmara (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Novo CPC...* Op. cit.) sugere que, após rejeitado o agravo interno, caberia recurso especial fundado na violação dos artigos do CPC/2015 que preveem a possibilidade de superação do precedente. Caberia ainda recurso extraordinário com base no *caput* do art. 102 da CF, que reserva ao STF o papel de *guardião* da carta constitucional. Solução equivalente é a proposta por: NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. Op. cit.; e por MACEDO, Lucas Buriel de. *A análise...* Op. cit.

217. "Os deuses tinham condenado Sísifo a rolar um rochedo incessantemente até o cimo de uma montanha, de onde a pedra caía de novo por seu próprio peso. Eles tinham pensado, com as suas razões, que não existe punição mais terrível do que o trabalho inútil e sem esperança" (CAMUS, Albert. *O mito de Sísifo*: ensaio sobre o absurdo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989).

218. Essa é a dinâmica dos precedentes em qualquer lugar do mundo (POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 745).

Com efeito, tais normas preveem expressamente a possibilidade de os tribunais superiores *alterarem a tese jurídica fixada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos*, sem obrigar que tal alteração dê-se necessariamente pela admissão de recurso especial ou extraordinário.

Obviamente, a solução passa por mecanismos de atualização do precedente que não soterram os tribunais superiores com milhares de agravos com esse tipo de fundamento.²¹⁹

Por isso o CPC/2015 trata em conjunto da possibilidade de alteração de todos os precedentes vinculantes dos tribunais superiores sem atrelamento necessário a qualquer recurso.

Repare-se: o Código tratou da alteração de precedentes fixados em recursos repetitivos junto da alteração de precedentes sumulados. Mais do que isso, o Código deu o tom de como devem ser esses procedimentos.

Os procedimentos de alteração do precedente vinculante devem ser: (i) inclusivos e abertos, com possibilidade de realização de audiência públicas com participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a discussão da tese; (ii) seguros, com oportunidade de modulação temporal dos efeitos da alteração; (iii) pautados em cuidadosa ponderação de valores que evite a banalização da alteração, sempre considerada a proteção da segurança jurídica, da confiança e da isonomia.

219. Uma alternativa complexa seria a possibilidade de ajuizamento de ADPF contra o precedente. De acordo com o art. 1º da Lei 9.882/1999, a ADPF tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de *ato do poder público*. O próprio STF já admitiu que a expressão *ato do poder público* pode incluir o ato jurisdicional (Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental 127). É bem verdade que o STF também já decidiu pela inadmissibilidade de ADPF contra súmulas (Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental 81 (Medida Cautelar)) e contra decisões transitadas em julgado (Ação Direta de Descumprimento de Preceito Fundamental 147 (Agravo Regimental)). No primeiro caso, a inadmissibilidade decorre principalmente da existência constitucional de procedimento específico para revisão de súmula vinculante. Já a segunda proibição parece não impedir nossa tese, posto não ser necessária a desconstituição da coisa julgada para revisão do precedente. O precedente pode ter surgido do caso concreto, mas é entendimento em tese, objetivado, desvinculado do interesse das partes originárias. Ademais, toda essa jurisprudência restritiva do cabimento da ADPF surgiu antes da vigência do CPC/2015. Com as novas normas, tempo chegará em que o STF desejará ter o poder de rever seus precedentes sem permitir que isso dependa da provocação de toda e qualquer pessoa vencida em um processo no qual o precedente foi aplicado. Problema maior dar-se-ia no âmbito do STJ. Lá não há ADPF para criar a oportunidade de atualização do precedente.

Um desses procedimentos de alteração já havia sido criado antes mesmo do CPC/2015. Trata-se da possibilidade de alteração ou a revogação de súmulas vinculantes.

Com efeito, a Lei Federal 11.417/2006 dispõe sobre a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal.

Alguém poderia objetar pela impossibilidade de os tribunais superiores alterarem ou cancelarem seus precedentes sem reiteradas decisões em sentido contrário.

No entanto, note-se que mesmo a Lei 11.417/2006 só exige a existência de reiteradas decisões do tribunal para a edição de súmula, e não para sua revisão ou cancelamento.

Os únicos requisitos para tanto são: (i) legitimação exclusiva dos relacionados no art. 3º da Lei; (ii) possibilidade de abertura do procedimento para participação de terceiros (art. 3º, § 2º).

Mecanismo semelhante poderia ser adotado pelo regimento interno dos demais tribunais para revisão ou cancelamento das teses fixadas em súmulas não vinculantes, em julgamentos de recurso especial (e extraordinário, no caso do STF) repetitivos ou em apreciação de repercussão geral.

Veja-se que não há necessidade de edição de lei para tanto. A norma já vige no CPC/2015. Mais especificamente em seus art. 927, §§ 2º a 4º.

A solução parece ideal e não tem maiores inconvenientes.

Não é possível que a provocação da revisão de uma norma geral seja direito de quem busca a proteção de interesse individual em processo individual.

Ao contrário, é preciso que haja um corpo de legitimados com representatividade suficiente para *captar* a necessidade de superação do entendimento.

É esse o caso dos legitimados do art. 3º da Lei 11.417/2006. Nota especial para a legitimidade dos tribunais superiores, dos tribunais de justiça de estados ou do Distrito Federal e territórios, dos tribunais regionais federais, dos tribunais regionais do trabalho, dos tribunais regionais eleitorais e dos tribunais militares (inciso XI).

São mesmo os tribunais de origem que vão *captar* primeiro a necessidade de atualização do precedente, exatamente pela reiterada interposição de recursos excepcionais e agravos retidos com essa fundamentação.

Não há engessamento de jurisprudência. Não há violação da missão institucional das cortes superiores. Não há risco de feitura de trabalho de *Sísifo*. Não há necessidade de edição de lei a respeito.

Não é preciso muita criatividade para criar essas regras regimentais. Basta seguir o modelo da Lei 11.417/2006 e as normas impositivas do art. 927 e parágrafos do CPC/2015.

Na prática, é exatamente isso o que está ocorrendo. Em setembro de 2016, o STJ promoveu várias alterações para adequar seu regimento interno ao disposto no novo Código. Uma das principais mudanças consistiu exatamente em permitir que *enunciado de tema repetitivo possa ser revisto, independentemente de processo a ele vinculado*.²²⁰ A revisão²²¹ pode ser proposta por ministro vinculado ao órgão colegiado de onde emanou o precedente ou por membro do Ministério Público Federal que officie no STJ.²²²

O aparente problema, portanto, parece realmente solucionado.

6.6.2.3.2.4. O que Fukushima, Bitcoins e a teoria dos precedentes têm em comum?

Como vimos, toda a lógica dos precedentes e a da interpretação dada por nós ao art. 1.030 decorre de sua qualificação como bem de capital que se deprecia no tempo.

Nessa linha, vimos que a equação ideal entre *estabilidade e atualização* passa pela confecção de precedentes mais amplos pelas cortes superiores, cujos vazios vão sendo *atualizados* pelas cortes inferiores.

Esse sistema, acoplado à possibilidade de revisão do precedente por mecanismos não recursais, parece-nos bastante racional.

Não resistimos, porém, em acrescentar um novo argumento, oriundo muito mais dos círculos difusos e brilhantes da alta tecnologia do que das serenas, sábias e vetustas confrarias jurídicas.

O mundo pós-Internet propicia uma nova e eficiente forma de produção de conhecimento, e ela é baseada muito mais no trabalho coletivo do que no argumento de autoridade. Trata-se de algo difícil de explicar nestas poucas linhas, mas que pode ser complementarmente compreendido com a leitura do capítulo final, inteiramente dedicado à tecnologia.

Em uma primeira tentativa de aproximação, pensamos que a ideia se resume na seguinte frase: *não há nada mais forte do que frágeis amarras*.²²³

220. Trata-se da Emenda Regimental 24/2016. Disponível em: [www.migalhas.com.br/arquivos/2016/10/art20161014-11.pdf]. Acesso em: 16.02.2018.

221. Especificamente, arts. 256-S a 256-V.

222. Pensamos, inclusive, que a nova sistemática é inferior e menos democrática do que a em funcionamento no STF desde 2007.

223. A expressão é devida a Granovetter, cunhada em *paper* de 1973: GRANOVETTER, Mark S. The Strength of Weak Ties. *American Journal of Sociology*, v. 78, n. 6, p. 1360-1380, maio 1973.

Explicamos e exemplificamos.

Em 11 de março de 2011, um grande terremoto no Japão provocou um enorme *tsunami* que atingiu em cheio a usina nuclear de Fukushima, causando o maior acidente nuclear mundial desde Chernobyl.²²⁴

Em decorrência, autoridades japonesas decidiram evacuar uma área de 20 km em volta da usina, desalojando 134 mil pessoas em razão dos óbvios riscos à saúde recorrentes da radiação liberada pelo colapso da usina.²²⁵

No mesmo dia do acidente, o tecnólogo japonês Joichi Ito enfrentava inúmeras entrevistas em Boston para confirmar sua indicação como diretor do mais prestigioso centro de inovação do mundo, o MIT Mídia Lab.

Confirmado na função, Joi Ito, como é conhecido, voltou suas atenções para a tragédia de sua terra natal, e desconfiou dos *rígidos* métodos do governo japonês para medir a radiação liberada e cuidar da segurança das pessoas que viviam perto.

Preocupado, Joi Ito conectou um grupo de voluntários e fundou o Safecast, um grupo focado em medir a radiação no local. Para tanto, era necessário adquirir a maior quantidade possível de aparelhos medidores de radiação. Tais equipamentos eram caros e estavam em falta, já que outros países, principalmente os EUA, haviam adquiridos vários deles para detectar eventual invasão radioativa em seu território.

Um grupo de empresários, conectado via Internet, adquiriu alguns equipamentos ainda disponíveis no mercado. Os demais teriam de ser construídos.

Mais uma vez, um heterogêneo grupo de empresários, estudantes, tecnólogos e especialistas em radiação reuniu-se e criou um equipamento barato e portátil, que poderia ser carregado em veículos para medir os níveis radioativos em diversas localidades.

Seis meses depois, o Safecast descobriu que o governo havia mantido algumas famílias em locais com alta radioatividade e realocado outras de locais sem qualquer traço radioativo.

Após coletarem uma quantidade absurda de informação, os dados foram organizados e difundidos graças à colaboração de empresas de Internet e de mobilidade, auxiliando governo e comunidade a tomar medidas muito mais precisas e seguras.²²⁶

224. GLOBO: EDUCAÇÃO. *Maiores acidentes nucleares da história*. 22.05.2017. Disponível em: [educacao.globo.com/artigo/maiores-acidentes-nucleares-da-historia.html]. Acesso em: 16.02.2018.

225. ITO, Joi; HOWE, Jeff. *Whiplash: How to Survive Our Faster Future*. New York; Boston: Grand Central, 2016. p. 63.

226. ITO, Joi; HOWE, Jeff. Op. cit., p. 81.

O exemplo mostra que o comportamento cooperativo dá-se coletivamente e em camadas, graças a indivíduos unidos por *amarras frouxas*.²²⁷ É exatamente essa a lógica aqui sustentada para a construção de precedentes pelas cortes superiores.

Outro poderoso exemplo diz com a criação e o desenvolvimento do Bitcoin, a moeda eletrônica que pode mudar completamente o sistema monetário mundial.²²⁸

A história do Bitcoin é longa e fascinante. Todavia, dados os limites deste trabalho, remetemos o leitor às elucidativas publicações especializadas no tema.²²⁹

Para nosso propósito, basta dizer que o criador do Bitcoin, um anônimo auto-denominado Satoshi Nakamoto, encaminhou e-mails criptografados a algumas pessoas proclamando o lançamento de uma moeda eletrônica criptografada, apta a viabilizar transações de ponta a ponta, diretamente, com segurança e sem intermediários.²³⁰

As especificidades técnicas da *bitcoin* são complexas e não cabem nesse texto. Para nossos propósitos, basta dizer que: (i) existe um número limitado de *bitcoins* que cai pela metade de quatro em quatro anos; (ii) qualquer um que tenha uma capacidade estratosférica de processamento pode criar alguns *bitcoins*.

A segurança criptográfica do programa propiciou a *segurança e a estabilidade* necessárias para gerar *confiança* no novo sistema monetário. A abertura do sistema e a exigência de absurda capacidade de processamento criaram uma rede de colaboradores para produção da moeda.

Por exemplo, Jeremy Rubin, recém-graduado pelo MIT, criou uma forma cooperativa de produção de *bitcoins*. Jeremy notou que os sistemas de propaganda não eram bem aceitos por clientes de mídias de notícias *online*.²³¹ Os clientes não gostam de anúncios, e isso prejudica a monetização do produto de notícias eletrônicas. Jeremy então sugeriu que os assinantes desses periódicos poderiam *doar* parte da capacidade ociosa de seus computadores para a produção de *bitcoins* e, em troca, ficariam livres dos indesejados anúncios.

Os clientes acabam produzindo *bitcoins* para a mídia eletrônica, que não precisa mais de tantos anunciantes.

Apesar de enfrentar inicialmente alguns problemas legais, Jeremy acabou criando uma rede cooperativa que, junto com as diretrizes básicas de formação da moeda criadas pelo anônimo Satoshi Nakamoto, viabilizou a propagação do

227. Idem.

228. ITO, Joi; HOWE, Jeff. Op. cit., p. 75-76.

229. Por todos: POPPER, Nathaniel. *Digital Gold: Bitcoin and the Inside Story of the Misfits and Millionaires Trying to Reinvent Money*. New York: Harper, 2017. [Kindle].

230. POPPER, Nathaniel. Op. cit., location 266.

231. POPPER, Nathaniel. Op. cit., p. 78-79.

novo sistema monetário, hoje utilizado por mais de 14 milhões de pessoas²³² e aceito em mais de 100 mil estabelecimentos.²³³

O que isso tudo tem em comum com o que falamos até aqui sobre o sistema de precedentes?

A forma pós-moderna de produção de conhecimento e de relações sociais é extremamente fluida, descentralizada e dinâmica, funcionando como uma espécie de *cérebro coletivo*.²³⁴ Esse trabalho coletivo simultâneo foi viabilizado pela extraordinária evolução tecnológica, que permite a criação de conhecimento não só dentro de laboratórios e universidades, mas também a partir de uma rede conectada de pessoas autônomas com diferentes habilidades.

Se assim é a sociedade atual, assim deve ser a moderna regulação dessas relações, ou seja, o direito.

Dessa forma, uma vez que o sistema de justiça seja convocado a intervir, ele deve fazê-lo seguindo os mesmos princípios.

Neste ponto, retomamos a ideia da *força das amarras frágeis*.

A ideia é que problemas complexos são mais bem resolvidos em comunidades de trabalho nas quais os membros estejam conectados pelo ideal de resolver esses problemas, cada um utilizando os recursos e habilidades que tem à disposição, de acordo com a necessidade, de modo que a *soma dos esforços* traga soluções eficientes, rápidas e atualizadas.

Trazendo esse princípio para as barras de nosso sistema de justiça, isso é tudo o que se deseja do sistema de precedentes. E o objetivo é plenamente alcançável.

A *força das amarras frágeis* significa que as cortes superiores firmarão precedentes amplos, compatíveis com a generalidade (*repercussão geral*) das questões

232. BLOCKCHAIN Wallet Users. *Blockchain.info*. Disponível em: [blockchain.info/charts/my-wallet-n-users]. Acesso em: 16.02.2018.

233. OGUNDEJI, Olusegun. Counting Them All: How to Figure Out Actual Number Of Bitcoin Users. *Cointelegraf*, 12.10.2016. Disponível em: [cointelegraph.com/news/counting-them-all-how-to-figure-out-actual-number-of-bitcoin-users]. Acesso em: 16.02.2018.

234. A ideia de *cérebro coletivo* é fundamental na criação do conhecimento que sustenta a evolução e o desenvolvimento da espécie humana. Desde o momento em que a comunicação e a formação de grupos sociais passaram a permitir que os indivíduos aprendessem uns com os outros, houve uma explosão na produção de conhecimento. A tecnologia atual, diminuindo ferozmente os custos de transação dessa comunicação, está a promover uma nova revolução no volume de conhecimento e desenvolvimento gerado pelo cérebro coletivo (HENRICH, Joseph. *The Secret...* Op. cit., p. 211-214, principalmente p. 212).

que lhes serão postas para decisão. Os precedentes devem ser confeccionados em tramadas largas e flexíveis, de modo a alcançarem estabilidade.²³⁵

Nos vãos dessas amarras é que trabalhará a comunidade de colaboradores disposta nas instâncias inferiores.

É do contraditório, das alegações e de decisões bem fundamentadas, dos recursos e das decisões colegiadas que serão entremeadas as mais variadas amarras que *atarão* os precedentes à louca variedade de casos concretos que há de aparecer nas cortes inferiores.

Cada novo justo argumento, ou cada fato novo com impensada peculiaridade, demandará um novo tipo de nó a ser construído nessa *amarra aos processos* individuais que alcançarão as cortes.

A estabilidade do precedente e o desenvolvimento de um número significativo de nós produzirá a resposta adequada às necessidades nesse novo tipo de sociedade, basicamente porque reproduzirá, no remédio jurídico, os mesmos princípios utilizados para a construção da relação jurídica que acabou adoecendo.

O tecido é bordado pelas cortes superiores; as amarras, pelas inferiores. Aquele tecido, com o tempo, demanda reconstrução, quer porque se esgarça, quer porque surgem materiais novos para produção de tecidos muito melhores. É nessa hora que a corte, provocada ou de ofício, reinicia o trabalho abnegado de tecer novas soluções, revogando o precedente anterior.

Um exemplo prático tornará mais *plásticas* as ideias até aqui apresentadas. Em 2014, o STF decidiu, em repercussão geral, pela necessidade de prévio requerimento administrativo, negado ou não respondido, para verificação do interesse de agir no ajuizamento de demandas previdenciárias,²³⁶ ressalvados os casos de notoriedade de entendimento negativo no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o acórdão entendeu que tal exigência não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF.²³⁷

235. Como se sabe, atualmente a repercussão geral só é requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários, gerados pelo procedimento comum e pelo desrespeito aos precedentes (que tem o mesmo valor esperado de perda de R\$ 50).

236. STF, Recurso Extraordinário 631.240/MG.

237. O acórdão decidiu ainda que a regra não vale para os casos em que a posição contrária à postulação do segurado é notória, nem exige o esgotamento das vias administrativas. Há, ainda, questões de direito intertemporal (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão geral: teses de repercussão geral*. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp]. Acesso em: 16.02.2018).

O precedente foi confeccionado, *em parte*, com a força das amarras flexíveis de que falamos. Mas é certo que a riqueza da realidade trará hipóteses não pensadas quando de sua edição.

Por exemplo, quais são os benefícios em que há notoriedade da negativa do INSS? O que é notoriedade? Seria notório o caso de denegação que reiteradamente ocorre em um determinado posto, mas não em outro? O prévio requerimento será necessário na hipótese em que não existe posto do INSS no domicílio do beneficiário? Nesse caso, seria razoável impor um *limite* de distância em que se possa exigir o deslocamento do beneficiário para protocolizar o requerimento? E se houver a possibilidade de requerimento eletrônico? As condições socioeconômicas do segurado poderiam influenciar? E se no futuro todos os dados de nossa vida contributiva estiverem na Internet e houver um sistema que *avisa* o sujeito da possibilidade de concessão de determinado benefício previdenciário, bastando que ele adira ou não? Será que, nesse caso, a decisão do STF deverá ser modificada?

Todas essas questões, pensamos, devem ser resolvidas inicialmente nas instâncias inferiores, de acordo com a realidade local, sem recurso para o STF – e, se possível, com uniformização regional, caso haja multiplicidade de casos (pelas vias do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR, por exemplo).

Se um ou mais desses temas se tornar importante a ponto de exigir uma uniformização nacional, então os meios para tanto devem ser acionados, desde que adequados, mas nunca pela via de recursos individuais para o STF.

Por fim, se o precedente *perder valor no tempo* graças às dinâmicas sociais e tecnológicas, como no último exemplo retromencionado (sistema automático que *avisa* e o segurado *adere*), o STF pode revogá-lo, em procedimento específico, como ocorre hoje com as súmulas vinculantes.²³⁸

Em todos esses casos, reforça-se a ideia de que o *distinguishing* é obra das instâncias inferiores e o *overruling* é labor da corte editora do precedente.

6.6.2.3.2.5. Análise formal da importância do precedente no combate à assimetria de informação

Lembremos a *fórmula da condição de litigância*:

$$(Pa - Pr). U > Cta + Ctr$$

238. A ideia é a regulamentação regimental da questão, feita à semelhança do que dispõe a Lei 11.417/2006 para a alteração ou cancelamento de súmulas vinculantes, instrumentalizando o disposto no art. art. 927, §§ 2º a 4º, do CPC/2015, conforme sugerimos na seção anterior.

Em muitos casos, a existência de precedente vinculante tende a diminuir o número do lado esquerdo da equação, na medida em que aproxima ou mesmo iguala a expectativa das partes quanto à possibilidade de sucesso do autor.²³⁹

239. Veja-se, por exemplo, o caso da legitimidade ativa do contribuinte de fato para o ajuizamento de ação de repetição de indébito de tributo indireto. Sobre o tema, o STJ primeiro decidiu que somente o contribuinte de direito teria legitimidade para repetir o pagamento indevido de IPI sobre a fabricação de bebidas (STJ, Recurso Especial 903.394/AL, Rel. Min. Luiz Fux, *DJe* 26.04.2010). Após, especificamente para a repetição de ICMS indevidamente pago por concessionária de energia elétrica, o STJ afirmou a legitimidade ativa do contribuinte de fato, devido à posição da concessionária frente ao Estado (STJ, Recurso Especial 1.299.303/SC, Rel. Min. Assusete Magalhães, j. 08.08.2012). Já o STF recentemente teve oportunidade para abordar o tema sob um outro ângulo, definindo que nos tributos indiretos a imunidade só existe se relacionada ao contribuinte de direito, perdendo a oportunidade de, ainda que obter *dictum*, pronunciar-se sobre o problema da legitimidade ativa para o pedido de repetição caso a imunidade fosse reconhecida (STJ, Repercussão Geral 342 (RE 608.872/MG), Rel. Min. Dias Toffoli (Plenário), j. 22-23.02.2017). Imaginemos agora uma ação com pedido de repetição de indébito de um tributo indireto municipal (ISS, por exemplo), ajuizada pelo contribuinte de fato, em hipótese em que haja jurisprudência pacífica e vinculante quanto à matéria de fundo (ilegalidade do tributo em determinada situação). A instabilidade do precedente levará: (i) ao ajuizamento da ação; (ii) à inviabilização de qualquer acordo. Isso porque, para superar a preliminar de legitimidade, o autor fundamenta suas pretensões na decisão do STJ sobre ICMS incidente sobre energia elétrica, que é a decisão mais recente, e por isso, avalia as chances de sucesso em 80%. Já o réu considera que a decisão do STJ sobre IPI de bebidas estabeleceu uma regra geral à qual se subsume o caso em tela. Ademais, o STF recentemente pronunciou-se sobre imunidade em tributos indiretos, nada dizendo sobre a legitimidade do contribuinte de fato, o que reforça a tese da ilegitimidade. Assim, a procuradoria do município calcula em apenas 20% a chance de admissão da petição inicial. Caso a inicial seja admitida, a procuradoria alegará a ilegitimidade como preliminar de contestação, buscando a rejeição da inicial. Futuramente, mesmo em caso de procedência, a procuradoria sabe que poderá apelar pleiteando a nulidade da sentença, normalmente com isenção de custas. Assim, mesmo que inicialmente houvesse concordância das partes quanto à questão de fundo (ilegalidade do tributo), a divergência quanto à questão processual (legitimidade) acaba alterando as expectativas das partes, muitas vezes inviabilizando o acordo por aumentar o número do lado esquerdo da equação da condição de litigância – imaginemos um pedido de R\$ 100.000,00, teremos: $(100.000) \cdot 0,8 - (100.000) \cdot 0,2 = 60$. Dificilmente as custas processuais somarão valor tão alto no lado direito da equação, de modo a propiciar a celebração de acordo (obviamente estamos desconsiderando aqui as peculiaridades não só das regras de autocomposição para a Fazenda Pública, mas também as regras constitucionais específicas para cumprimento de condenações judiciais contra esses entes). Esses temas serão tratados em seção específica.

Sendo a questão preponderantemente de direito, como no caso de algumas questões de índole tributária, o *valor social do precedente* estável e vinculante aumenta, praticamente garantindo o comportamento cooperativo das partes.²⁴⁰

Quando a questão principal é de fato e de direito, ainda assim o precedente tem grande valor, mas, como vimos, a assimetria de informação fática pode levar à litigância.

Quando as questões fáticas importam e o precedente é amplo, a possibilidade de *distinguishing* traz alguma incerteza *a priori*, mas acaba por atualizar o valor do precedente.

Da mesma forma ocorre com o *overruling*, mas desde que pressuposta a estabilidade do precedente. Sem estabilidade razoável, todo o sistema perde valor.²⁴¹

É por isso que defendemos extremo rigor no juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários, com interpretação restritiva das possibilidades recursais quando o juízo negativo se funda em precedente vinculante de corte superior.

6.6.2.3.2.6. Sobre o nível de obrigatoriedade dos precedentes

Como todo tema novo, a força normativa dos precedentes gera debates acalorados na doutrina nacional. Mesmo as cortes ainda buscam entender o sabor das novidades. Como guia, o CPC/2015 prevê um regime jurídico que se pretendia completo. Todavia, como vimos, nada é completo no direito positivo.

Uma das principais discussões doutrinárias hoje é a respeito do *nível de obrigatoriedade e ou vinculatividade dos precedentes*, mormente sobre a correta interpretação do art. 927 do CPC/2015, sua necessidade e constitucionalidade. A discussão é longa, intensa, e por vezes até ideológica.²⁴²

240. Nenhuma questão colocada em juízo é exclusivamente *de direito* ou exclusivamente *de fato*. Fato e direito existem de modo imbricado. Há casos, todavia, em que a atenção do julgador volta-se prioritariamente à questão de direito, tendo em vista que a questão fática restou documentalmente provada ou que o ponto fático não foi contraditado (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. *Op. cit.*, p. 347-348).

241. Seria como se o sistema de *bitcoins*, há pouco referido, perdesse a segurança da *blockchain*, acarretando a perda de confiança no sistema, levando a sua falência.

242. A doutrina ainda se divide entre aqueles que consideram inconstitucionais os efeitos vinculantes dos precedentes (ao menos em alguma medida) e aqueles que os têm por imperativo da segurança jurídica e da isonomia. Ademais, importante dizer que não buscamos aqui exaurir a temática, mas apenas demonstrar as diversas posições que encontramos na doutrina nacional. Favoráveis à força normativa dos precedentes: Hermes Zaneti Jr., Fredie Didier Jr., Panutto, entre outros, como segue. Fredie Didier Jr.

Por tudo o que foi dito até aqui, filiamo-nos àqueles que buscam a maior força normativa possível para os precedentes, incluída aí sua força vinculante, dentro dos limites semânticos da lei e da Constituição.

(DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito Brasileiro. *Revista de Processo Comparado*, v. 1, n. 2, p. 99-120, jul.-dez. 2015), ao apresentar estudo histórico sobre os precedentes no Brasil, argumenta que o recrudescimento da importância do precedente judicial no direito brasileiro não é um desvirtuamento, senão um aperfeiçoamento, da tradição jurídica com a qual nosso direito sempre esteve associado. O atual sistema brasileiro de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se estabeleceu por acaso, nem fora de uma linha evolutiva – cujo início remonta ao final do período colonial. Ele é, ao contrário, fruto de uma tradição brasileira que se desenvolveu na prática jurídica e, mais recentemente, no pensamento jurídico pátrio. Para Zaneti Jr. e Pereira (ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? *Revista de Processo*, v. 41, n. 257, p. 371-388, jul. 2016), a previsão de vinculação normativa e formal aos precedentes judiciais: (a) não invade a competência constitucional de criação de normas atribuída ao Poder Legislativo; e (b) é oportuna e alvissareira no contexto de um Estado Democrático Constitucional para a implementação de um sistema processual mais racional. Nesse mesmo sentido, Panutto (PANUTTO, Peter. A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes. *Revista de Processo*, v. 40, n. 242, p. 357-388, abr. 2015) aduz que a força normativa dos precedentes corresponde, especificamente, a um imperativo da segurança jurídica e isonomia, bem como previsibilidade e duração razoável do processo, valores consagrados pela Constituição Federal de 1988. Para Ataíde Jr. (ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. *Revista de Processo*, v. 229, p. 377-401, mar. 2014), para se preservar o princípio da isonomia, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados, sendo inadmissível que haja diferentes e incompatíveis pautas de conduta, em decorrência da divergência jurisprudencial. Dessa maneira, a força vinculante do precedente é, antes de qualquer coisa, garantia do princípio da isonomia, garantido por nosso texto constitucional. É neste mesmo sentido que Filippo (FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação de poderes. *Revista de Processo*, v. 40, n. 247, p. 423-448, set. 2015) argumenta que os precedentes vinculantes colaborarão para o fortalecimento do Poder Judiciário, resultarão em segurança aos jurisdicionados e, ao invés de lesarem a separação dos poderes, afinar-se-ão a esse princípio, contribuindo para um clima harmônico entre os poderes do Estado. Com base na segurança jurídica, Cambi, Haas e Schmitz (CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Uniformização da jurisprudência e precedentes judiciais. *Revista dos Tribunais*, v. 978, p. 227-264, 2017) afirmam que o sistema de precedentes obrigatórios potencializa a projeção de um sistema decisório íntegro, no qual se possa ter maior previsibilidade das decisões, bem como desestimular a propositura de ações infundadas. Afinal, a jurisprudência oscilante e a irrestrita

O problema é que mesmo esses limites semânticos não restam claros. Para parte da doutrina, por exemplo, o caráter vinculante das decisões plenárias do STF sempre pôde ser extraído do Texto constitucional, independentemente do novo regime jurídico inaugurado pelo CPC/2015.²⁴³ Para outros, todavia, é

liberdade de interpretação judicial tornam impossível a pacificação de uma única posição jurídica sobre determinada matéria e colocam o ordenamento jurídico em posição de instabilidade, razão pela qual se faz necessário retomar a integralidade do direito e a coerência da ordem jurídica. Não faltam autores neste sentido. Para Bruno Dantas (DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos tribunais no Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 41, n. 262, p. 323-344, dez. 2016), ao se aplicar o princípio da igualdade perante a lei ao processo de realização do direito no caso concreto, importa ter como verdadeiro que a mesma regra jurídica, incidente sobre suportes fáticos suficientemente idênticos, no mesmo momento histórico, deve ensejar a produção dos mesmos efeitos jurídicos. Da mesma forma, suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensejar a aplicação da mesma norma jurídica e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos. Gaio Jr. (GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro. *Revista de Processo*, v. 41, n. 257, p. 343-370, jul. 2016) aduz que, ainda que tenhamos um modelo incipientemente experimentado no âmbito da processualística pátria, espera-se que o sistema de respeito à verticalidade das decisões possa, em seus propósitos, alcançar maior coerência, isonomia e previsibilidade nas decisões judiciais hodiernas, de modo a prosperar efetiva segurança jurídica à sociedade, tão ávida por dias melhores à prestação do Serviço Público da Justiça no Brasil. Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. *Revista dos Tribunais*, v. 858, p. 11-19, 2007), por sua vez, ainda em 2007 e sob a égide do CPC/1973, aduz não haver como pensar em razoável duração do processo enquanto qualquer juiz puder conscientemente decidir em desacordo com os tribunais superiores. Dessa forma, para o autor, afirmar que o juiz tem o direito de julgar de forma diferente aos tribunais superiores constitui gritante equívoco. Se é o Superior Tribunal de Justiça quem dá a última palavra em relação à interpretação da lei federal, não haveria racionalidade de se dar ao juiz o poder de proferir uma decisão que lhe seja contrária. Somos firmemente favoráveis a esse posicionamento. Para Osmar Côrtes (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A Reclamação para os Tribunais Superiores no Novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016. *Revista de Processo*, v. 257, p. 347-358, 2016), por sua vez, a garantia da autoridade das decisões dos Tribunais, no mesmo sentido, está relacionada ao cumprimento das ordens emanadas das Cortes, que não podem ser desrespeitadas por órgãos inferiores, em decisões posteriores sobre o mesmo assunto, em execuções ou cumprimentos de sentença. Humberto Theodoro Jr. (THEODORO JUNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. *Revista de Processo*, v. 41, n. 255, p. 359-372, maio 2016) é ainda mais incisivo. Para o autor, ao estabelecer competência do STJ para julgamento de recurso especial, a Constituição tem como um de seus objetivos uniformizar o entendimento jurisprudencial. Não se trata, portanto, de uma força vinculante

criada pela pura vontade do legislador processual, mas de algo cujas raízes se encontram nas matrizes constitucionais dos recursos extraordinário e especial. É da imperiosa necessidade de velar pela autoridade da Constituição e de garantir a uniformidade da inteligência e aplicação do direito positivo infraconstitucional que o CPC/2015 extraiu a inspiração para conferir, de forma expressa, a força vinculante da jurisprudência estabelecida no âmbito dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Assim, é a própria Constituição, ao estabelecer como competência dos Tribunais Superiores uniformizar a interpretação do direito objetivo, que cria a força vinculante dos precedentes. Nesse mesmo sentido, para Medina (MEDINA, José Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. *Revista dos Tribunais*, v. 105, n. 974, p. 129-154, dez. 2016), a função dos tribunais superiores é, precipuamente, a uniformização do direito objetivo. Não à toa, a força normativa dos precedentes, para o autor, seria apenas ressaltada pelo CPC/2015. Em interessante estudo sobre a força vinculante dos precedentes, Narda Silva (SILVA, Narda Roberta da. A eficácia dos precedentes no novo CPC: uma reflexão à luz da teoria de Michele Taruffo. *Revista de Processo*, v. 39, n. 228, p. 343-355, fev. 2014), argumenta que não basta somente afirmar que a súmula ou precedente foi editada/prolatado, respectivamente, por determinado Tribunal Superior, como o STJ ou o STF. É necessário que tais enunciados tenham uma racionalidade lógica e condizente com os ditames da moralidade para se justificarem na ordem jurídica. Dessa forma, os magistrados de primeira ou de segunda instância não podem estar atrelados a um precedente ou súmula apenas porque vieram de uma autoridade superior a eles, visto que isso representaria simplesmente uma obediência hierárquica. Ou seja, o convencimento motivado do magistrado se transmutaria, nessas hipóteses, em respeito a uma ordem hierarquicamente superior. Sobre esse aspecto, Costa Neto (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Vinculação a precedente e livre conhecimento judicial. *Revista de Processo*, v. 266, p. 447-480, 2017), por sua vez, aduz que, se de um lado o livre convencimento é apanágio máximo da independência judicial e essencial à cláusula da separação de poderes, de outro a vinculação a precedentes prestigia a isonomia, a segurança jurídica, a confiança, a estabilidade do direito e a coerência. Portanto, ambos os postulados têm como base aspectos éticos de pertinência (conforme valores morais já destacados) e importância fundamentais no Estado Democrático de Direito. Conferir maior peso ou gravidade a um ou a outro, dentro de certa conjuntura (afinal, nem todo precedente é dotado de força vinculante), é uma legítima escolha política do legislador. Não se pode confundir a garantia da independência judicial com a preponderância desta sobre outros valores igualmente caros ao regime democrático. Para Aluísio Mendes e Sofia Temer (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 243, p. 283-331, 2015), o CPC/2015 pretende contingenciar a litigiosidade repetitiva, criando um procedimento modelo que gera um espaço de discussão coletiva, ampla e democrática para a formação da melhor decisão acerca de um tema jurídico que se repete em diversas demandas. Por outro lado, a temática ainda traz discussões afloradas na doutrina brasileira. Assim, autores como Lenio Streck e Lins e Silva argumentam no sentido de que a força normativa do precedente é, em alguma medida, inconstitucional. Streck e Raatz (STRECK, Lenio

exatamente a Constituição que proíbe esse caráter vinculante.²⁴⁴ Há ainda aqueles que adotam posição intermediária.²⁴⁵

Luiz; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. *Revista de Processo*, v. 41, n. 262, p. 379-411, dez. 2016) entendem pela absoluta inconstitucionalidade. Segundo eles, “[...] só faltava algum (neo)realista defender uma mutação constitucional a partir da qual se deve ler no art. 5º da Constituição que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude do precedente’”. Dessa maneira, os autores sustentam a inconstitucionalidade da atribuição da força normativa dos precedentes, uma vez que a Constituição, em seu artigo 5º, prevê somente a lei como fonte normativa vinculante. De nossa parte, se a interpretação é assim tão restritiva, o que dizer da força vinculante de emendas constitucionais, medidas provisórias e outras espécies normativas? Nesse mesmo sentido, Lins e Silva (LINS E SILVA, Evandro. A questão do efeito vinculante. *Revista dos Tribunais*, v. 103, n. 950, p. 387-400, dez. 2014) aduz que, salvo o Supremo Tribunal Federal, que pode julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, nenhum outro tribunal pode julgar em tese ou previamente questões que ainda se encontram em outras instâncias. Sua competência só se afirma no momento em que a causa lhe é aforada. Os Tribunais têm competência originária e recursal definida na Constituição. Assim, a nova previsão do CPC/2015 impede ao juiz de grau inferior que conceda liminar que contrarie a Súmula, manda cessar a eficácia das limitares concedidas e estabelece efeito suspensivo ao recurso que contrarie a Súmula, tudo isso antes de o recurso chegar ao tribunal. Para o autor, parece claro que o Regimento (de que faz parte a Súmula), não pode ter essa força impositiva. Conclui assim pela absoluta inviabilidade de se introduzir o instituto do precedente absolutamente vinculante nos sistemas jurídicos da família romano-germânica. Alexandre Câmara, por sua vez (CÂMARA, Alexandre Freitas. Súmula da jurisprudência dominante, separação e modulação de efeitos no novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 264, p. 281-320, 2017) argumenta que o art. 927 do CPC/2015 não atribui efeitos vinculantes àquelas decisões. Isso porque, para o autor, seria estranho pensar em, por exemplo, súmula não vinculante com efeitos vinculantes. Em outras palavras, a lei processual impõe a todos os órgãos jurisdicionais um ônus argumentativo: sempre que se vai decidir matéria em relação à qual já exista um padrão decisório não vinculante (que pode ser um enunciado de súmula não vinculante ou uma “orientação do plenário ou do órgão especial”), incumbe ao órgão julgador expor na decisão as razões que justificam a inobservância daquele padrão decisório.

243. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários...* Op. cit. Para esses autores, aliás, todas as decisões das cortes superiores são vinculantes, desde que tragam o conteúdo necessário para tanto.

244. É a opinião de Nery e Abboud (NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Op. cit.) e de Streck (STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. Op. cit.).

245. Para Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, o nível de vinculatidade do precedente pode ser forte (quando seu desrespeito enseja cabimento de medida concebida

Diante desse cenário, vislumbramos dois caminhos para nosso trabalho: (i) transformá-lo em polpuda tese sobre o tema, revendo todos os argumentos *por dentro* e procurando tomar partido por uma das posições; ou (ii), observando *por fora*, considerar todas elas *defensáveis e respeitáveis* e escolher aquela que *extraí* dos precedentes seu maior valor do ponto de vista da eficiência, ou seja, a que lhes confere a maior força normativa (opção *pragmática profunda*).

Fiéis à nossa matriz teórica, observamos a intensa discussão doutrinária sobre a constitucionalidade do caráter vinculante dos precedentes como um típico caso de debate de convicções cognitivamente impenetráveis, verdadeiras racionalizações do *sistema 2* ancoradas nos *inputs* do *sistema 1*. Decidido de antemão o que se deseja (*sistema 1*), buscam-se atalhos argumentativos que vão sustentar essa ou aquela posição (*sistema 2*).

Assim, na ausência de norma constitucional que expressamente disponha nesse ou naquele sentido, estamos com aqueles que entendem que: (a) o art. 927 do CPC/2015 deixa clara a força vinculante de todos os precedentes ali listados, principalmente ao *obrigar* juízes e tribunais a observá-los, já no *caput*;²⁴⁶ (b) a Constituição não proíbe em nenhum momento que a lei federal institua precedentes vinculantes.²⁴⁷

Os precedentes vinculantes são a ferramenta encontrada pelo legislador para concretizar os direitos constitucionais fundamentais de igualdade, segurança jurídica e duração razoável do processo. Sem eles, será difícil que se profiram, como regra, decisões de mérito justas, efetivas e em tempo razoável, como quer o art. 6º do CPC/2015. Sem eles, o cenário de *tragédia da Justiça* dificilmente será subvertido.

Os ideais do processo cooperativo, portanto, passam pelo respeito aos precedentes, principalmente no que se refere à *justiça* e à *brevidade* da decisão. Como vimos, decidir casos semelhantes de forma diferente não é nada justo. Não há justiça sem igualdade e sem segurança jurídica.

exclusivamente para esse fim, como é o caso da reclamação), média (quando o desrespeito pode ser corrigido pelos recursos mas não por reclamação) e fraca, quando essa força é apenas cultural ou decorrente da lógica do direito, mas não pode ser forçada ou corrigida por qualquer mecanismo processual (seria o caso da decisão de um juiz ou corte a respeito de um determinado caso que, após, repete-se na sua questão de direito envolvendo outras pessoas). Equivale à uma necessidade de não se mudar de opinião (ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit., p. 278-280).

246. CRAMER, Ronaldo. Op. cit., p. 191.

247. Aliás, o rol do art. 927 sequer é exaustivo. Bom exemplo é o caráter vinculante da decisão do STF sobre inexistência de repercussão geral, prevista no art. 1.035, § 8º (CRAMER, Ronaldo. Op. cit., p. 192).

Da mesma forma, permitir que milhares de ações ou recursos adentrem no sistema para discutir tese já fixada por precedente vinculante apenas aprofunda a tragédia da Justiça, inviabilizando que as decisões sejam tomadas em *tempo razoável*.

Firmado esse ponto, pensamos que nossa verdadeira contribuição está em dar um passo para além dessa discussão. É dizer: se os precedentes são obrigatórios, o que fazer para que juízes e partes²⁴⁸ realmente respeitem os precedentes? Como promover, efetivamente, esse tipo de comportamento cooperativo?

Essa pergunta começa a ser respondida nas seções seguintes e tem sua conclusão no próximo capítulo.

6.6.2.3.2.7. Para que não haja *dúvidas* sobre os males da *incerteza*: um último exemplo

Há um exemplo clássico da ciência econômica que se aplica com perfeição à assimetria informacional que dificulta o comportamento cooperativo das partes e dos advogados.²⁴⁹

Trate-se do chamado *jogo de aquisição de uma companhia* (*acquiring a company game*). O *jogo de aquisição*, famoso nos bancos das faculdades de economia, é exemplo contraintuitivo e, por isso mesmo, surpreendente e pedagógico. Vamos a ele.

Coloque-se o leitor no lugar de um empresário disposto a adquirir uma empresa rival. O comprador não sabe o quanto a empresa realmente vale, mas sabe que, qualquer que seja esse valor, ele aumentaria em 50% após a aquisição, em razão da sinergia administrativa e da posição dominante de mercado daí decorrente.

Sobre esse valor, sua única certeza é que ele se situa em algum lugar no intervalo entre *zero* e *cem*. O controlador da outra empresa, por sua vez, naturalmente conhece esse número²⁵⁰ e não está disposto a vender a companhia por valor inferior. Qual oferta deve ser feita?

248. O art. 927 obriga apenas os juízes. Partes e advogados, entretanto, encontram-se obrigados pelo art. 80, I, que prevê como hipótese de litigância de má-fé: *deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*. Como vimos no capítulo 5, "lei" aqui é sinônimo de texto legal, podendo referir-se ao texto de qualquer fonte do direito, incluída, obviamente, a jurisprudência.

249. SAMUELSON, W. F.; BAZERMAN, M. H. 1985. Negotiation under the Winner's Curse. In: SMITH, V. (Ed.). *Research in Experimental Economics*. Greenwich, CT: JAI Press, 1985, v. 3. p. 105-137.

250. E é exatamente aí que reside a assimetria informacional, tal qual quando o autor negocia com o réu na audiência do art. 334 do CPC/2015 sem a leitura da peça de defesa ou

Deixando mais claro: o comprador fará uma oferta que só será aceita se o vendedor entender que ela esteja acima do verdadeiro valor. Caso empresa seja adquirida, seu valor real crescerá 50% em pouco tempo. A oferta, se for feita, terá zero e cem por limites.

A resposta correta para esse dilema é que, *em razão da magnitude da incerteza*, o comprador não deve apresentar qualquer oferta. Isso porque tamanha incerteza implica que *qualquer oferta terá valor esperado negativo*, e isso pode ser matematicamente comprovado.

A explicação completa desse enigma encontra-se no rodapé desta página.²⁵¹ Todavia, a *intuição econômica* por trás não é difícil de entender: se alguém quer comprar algo de valor exato desconhecido, sabendo apenas seus limites máximo e mínimo, qualquer oferta aceita pelo vendedor *transmite a informação* de que a coisa valia menos do que o comprador supunha.

mesmo quando um precedente é conhecido por apenas uma das partes, ou quando, em razão da ausência do precedente, as partes têm convicções diferentes sobre as chances de vitória.

251. A chave para entender esse enigma é a assimetria de informação presente nas premissas escolhidas para esse jogo. O vendedor sabe o valor (s) da empresa. O comprador tem apenas uma expectativa de valor (s'). Do valor (s) o comprador conhece apenas os limites máximo e mínimo, ou seja, ele sabe apenas que: $0 < s < 100$. O comprador sabe, ainda, que a companhia valerá 50% a mais sob sua administração (b'). Ou seja, $b' = 3/2 s'$. O comprador fará uma oferta (O). O valor esperado da oferta, $EP(O)$, é a diferença entre a oferta e o valor esperado da companhia nas mãos do comprador, ou seja: $EP(O) = b' - O$. Como $b' = 3/2 s'$, então $EP(O) = 3/2 s' - O$. Mas o comprador quer maximizar seus ganhos, por isso ele fará a menor oferta possível que ele espera que seja aceita, ou seja, $O = s' + \epsilon$. O vendedor só aceitará a oferta se ela for superior ao valor real da empresa, ou seja, se, e somente se, $O > s$. Se a oferta efetivada for aceita, o comprador sabe que a empresa valia menos que o valor ofertado. Se houver recusa, ele sabe que a empresa valia mais que o valor ofertado. Vamos dizer então que ele ofereça \$50. Se o valor for aceito, saberemos que o verdadeiro valor da empresa é algo entre zero e 50, ou seja: $0 < s < 50$. Como todos os valores desse intervalo são igualmente prováveis (lembre-se que agora a única informação disponível é a de que a empresa vale algo entre zero e 50), então, após a oferta aceita, o novo valor esperado para o comprador (s'') é de \$25. Agora, após a aquisição, o valor esperado dessa oferta para o comprador será: $EP(O) = 3/2 s'' - O$, onde $EP(O) = 3/2(25 - 50) = -12,5$. Ou seja, o valor esperado da oferta aceita (ele não pode voltar atrás) será negativo! Se repetirmos a mesma conta com qualquer outro valor de oferta aceita, mantida a premissa de que o comprador não possui qualquer outra informação sobre o valor da empresa, que não a que ele tinha antes, atualizada pela certeza de que a empresa não vale mais do que o valor aceito, o resultado final será sempre negativo.

Generalizando, o valor esperado de qualquer oferta aceita será sempre negativo.

O ofertante agora passa a conhecer apenas o novo limite máximo de valor da coisa (o valor ofertado). Sem qualquer outra informação, a *expectativa de valor* (s'') da coisa agora é a média entre zero e o valor ofertado e aceito, ou seja, *necessariamente menos do que foi pago!*

Se os ganhos que o comprador terá pela aquisição da coisa forem inferiores a essa diferença, ele ficará no prejuízo. No nosso exemplo, como a nova *expectativa de valor* é a metade entre zero e o valor ofertado (já que existe uma chance idêntica de o verdadeiro valor ser qualquer número entre zero e a oferta aceita), e como seu ganho será de apenas 50% desse valor, o valor esperado desse movimento será sempre negativo, porque será sempre inferior ao valor da oferta!²⁵²

É incrível a semelhança do exemplo com o processo civil e com o tema do comportamento cooperativo.

Um acordo no processo *só vale a pena* se a parte tiver uma boa noção do *valor esperado do processo*. Caso se busque transacionar fazendo a primeira oferta, sabe-se que, se ela for aceita, ela foi necessariamente superior ao valor esperado do processo pela outra parte. Ou seja, pagou-se mais do que o outro esperava receber.

Se essa diferença for inferior ao valor economizado pelo ofertante por evitar a continuação do processo, ótimo. *Valeu a pena*. Se não for, o prejuízo é certo.

No exemplo da empresa, o comprador tinha a vantagem de ganhar 50% do verdadeiro valor da empresa. Mas a incerteza sobre o valor real era de tal monta que não valia a pena fazer qualquer oferta. Se esse *ganho* fosse maior – digamos, mais que o dobro –, as ofertas passariam a ter valor esperado positivo.

Se o ganho fosse mantido em 50%, mas a incerteza diminuísse, algumas ofertas teriam valor esperado positivo (vamos dizer que ele soubesse que a chance de a empresa valer mais de 50 era o triplo da chance de ela valer menos de 10).

O mesmo vale para o processo. O *ganho* do acordo é a economia com os custos do processo. Quanto maior o *custo*, maior o *ganho* esperado com acordos. Mas nós vimos que o processo é barato no Brasil, o que reduz os *ganhos* do acordo. Sendo assim, é necessário que se reduzam as incertezas. Os precedentes vinculantes e a troca precoce de informação, como vimos, ajudam nessa missão.

252. Na verdade, ele será negativo no valor da oferta menos 1/4 do valor esperado após a oferta. Matematicamente, $EP(O) = O - \frac{1}{4} s'$, sendo EP negativo para todos os valores de O . Exemplificando: se você oferece \$50, a nova expectativa de valor do bem é \$25. Se o valor esperado após a aquisição cresce em 50%, ele será de \$37,5, inferior, portanto à oferta de \$50.

Com incertezas altas e ganhos baixos, as partes preferirão lutar até a morte no processo, muitas vezes abusando do direito de ação e de seus direitos e faculdades processuais.

Sem os incentivos adequados, não adianta esperar comportamento cooperativo de quem quer que seja. Ele não virá.

O exemplo é bom porque *mostra* os efeitos catastróficos da incerteza: uma transação altamente lucrativa (possibilidade de aumentar em 50% o valor do bem adquirido), com evidente aumento do bem-estar social, deixa de acontecer.

O mesmo vale para o processo. Imagine-se, para efeito de comparação, que um acordo reduzisse em 50% o valor esperado do processo para o réu e aumentasse na mesma proporção o seu valor esperado para o autor. Quando, em razão da incerteza, o acordo não ocorre, essa economia desaparece, sendo evidente a diminuição geral do bem-estar social decorrente do aumento dos *custos sociais* do processo.²⁵³

Note-se que não é a mera existência da incerteza que frustra os negócios ou os acordos, mas sim a sua magnitude ponderada pelo *ganho* do negócio (ou do acordo).

Desenhos processuais que promovam melhor e mais rápido compartilhamento de informação entre as partes podem ser prototipados por negócios jurídicos processuais, promovidos inclusive entre instituições.²⁵⁴

Um corpo translúcido, estável e vinculante de precedentes pode ser estabelecido pelas cortes brasileiras por meio do manejo sábio e eficiente dos diversos mecanismos que compõem o atual *microsistema de precedentes* do CPC/2015.²⁵⁵

253. É muito importante sempre ter em mente que os custos do processo são, em grande parte, subsidiados pela sociedade.

254. São os chamados *protocolos institucionais* ou *acordos plurilaterais institucionais*, ou, ainda, *convenção processual coletiva*. Defendemos, por exemplo, que a OAB e uma corte de justiça podem criar contratos processuais nesse sentido, o mesmo valendo para as diversas procuradorias. Ainda que se entenda pela impossibilidade desse movimento, esses acordos poderiam gerar minutas, a serem apresentadas para as partes e efetivadas, desde que houvesse concordância para tanto, ainda que tácita. Não vemos dificuldade de se criarem modelos que já comecem a funcionar desde a citação, podendo as partes optar pelo modelo tradicional. Seria uma espécie de procedimento *default*, criado a partir de protocolos institucionais e que só não se efetivariam em um processo específico com a recusa expressa das partes. Admitindo expressamente os protocolos institucionais como verdadeiras convenções processuais (vinculantes): CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese (Livre-docência em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015. p. 74-76.

255. Sobre uma visão do microsistema de precedentes do CPC/2015, sob o ângulo da eficiência, ver o nosso WOLKART, Erik Navarro. O fetiche dos microsistemas no novo

A tecnologia, encorpada pelo crescimento exponencial de sua capacidade de processamento e pelas luzes da inteligência artificial, pode auxiliar partes e juízes a detectar, correlacionar, interpretar e aplicar precedentes de forma quase automática.²⁵⁶

Já existem, portanto, inúmeros meios de erradicar o mal da insegurança jurídica decorrente do pronunciado nível de incerteza que instabiliza o direito brasileiro e dificulta o comportamento cooperativo dos atores processuais.

O custo atual da incerteza, como já sabemos, e sentimos todos os dias, é alto e é igualmente dividido por toda a comunidade.

Em uma sociedade desigual como a brasileira, o peso desse custo é dramaticamente mais alto para a camada mais pobre da população. Esse argumento parece-nos kantiana e pragmaticamente forte o suficiente para sustentar um modelo robusto de precedentes vinculantes para o Brasil.

6.6.2.3.2.8. A vinculatividade dos precedentes na vida real: por que juízes e advogados respeitariam precedentes?

Pouco importam classificações dos níveis de obrigatoriedade ou vinculação dos precedentes se, na prática, eles forem simplesmente ignorados pelas partes (advogados) e pelos julgadores.

Os precedentes são um subproduto da atividade conjunta de advogados e juízes.²⁵⁷ Ninguém *ganha* algo diretamente para criar um precedente. Juízes são funcionários públicos vitalícios com proventos irredutíveis. Advogados, via de regra, dão o melhor de si para proteger os interesses dos seus clientes.

A criação do precedente é, assim, uma *externalidade positiva* dessas atividades, gerada a partir da intensidade da litigância, normalmente quando um ou vários casos alcançam tribunais locais ou as cortes superiores. Não há, todavia, um estímulo específico para tanto.²⁵⁸

Isso significa que, em um sistema cooperativo em que os precedentes funcionam perfeitamente, podemos imaginar uma enorme diminuição no nível de litigância.

Código de Processo Civil: integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos de processos repetitivos. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando (Coord.). *A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015*. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 363-400.

256. O tema compõe o capítulo 11 deste trabalho.

257. POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 745.

258. Defendemos, inclusive, que demandas aptas a gerar ou renovar precedentes devem ser estimuladas, por serem socialmente desejáveis (SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. cit., p. 391-401).

Isso porque advogados não pleiteariam contra precedentes, acordos extrajudiciais seriam estimulados²⁵⁹ e os poucos processos que permanecessem no sistema seriam brevemente resolvidos pelos juízes²⁶⁰ sem que houvesse interposição de recurso. Com o tempo, esvaziado o sistema de justiça, não haveria mais oportunidade para aplicação e atualização daqueles precedentes, que acabariam por depreciar.

No momento em que os precedentes *envelhecem*, surgem incertezas em relação à solução de novas patologias jurídicas, sendo *socialmente desejável* um leve aumento no nível de litigância para que surjam novos precedentes aptos a afastar as incertezas e promover novamente o comportamento cooperativo, diminuindo a litigância, até que surjam novas incertezas, e assim sucessivamente.

Em resumo, podemos dizer que *o valor do precedente aumenta conforme aumenta a insegurança jurídica em um determinado tema.*²⁶¹

Mas se os precedentes são um subproduto da litigância, eles surgem naturalmente e nós não devemos nos preocupar com os incentivos para que eles sejam criados.²⁶²

Todavia, para que o sistema de precedentes *produza* todo o seu valor, é absolutamente necessário que eles sejam observados por juízes e advogados nos casos concretos, aí incluídos os juízes e as cortes que geraram os próprios precedentes que devem ser respeitados. Essa observância será considerada por nós como *comportamento cooperativo* desses atores processuais.

No entanto, diferentemente do que ocorre com seu surgimento, os precedentes não são *naturalmente* respeitados. Pelo contrário, muitas vezes os incentivos naturais impulsionam para o desrespeito aos precedentes.

A necessidade de buscar a vitória do cliente, por parte do advogado, e a *utilidade* decorrente do sentimento de exercer seu poder sem restrições, para os juízes, são apenas algumas das forças que impulsionam em sentido contrário.

Como vimos no capítulo 5, a criação do comportamento cooperativo em *jogos finitos* não surge naturalmente, sendo necessária a existência de incentivos específicos para tanto. No capítulo 7, sempre sob o prisma do princípio da

259. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Op. cit.

260. Inclusive com a concessão de tutela da evidência fundada nos incisos I e II do art. 311 do CPC/2015. Para nós, a tutela da evidência não recorrida deve gerar a extinção do processo nos mesmos moldes da tutela antecipada antecedente não recorrida (art. 304). Nesse sentido: RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 225-227.

261. POSNER, Richard A. *Economic...* Op. cit., p. 745.

262. Ressalvados os casos em que não há litigância, hipótese em que, como dissemos, ela deve ser estimulada.

cooperação, novamente abordaremos o tema dos precedentes para estudar quais as possibilidades legais atuais para a geração de incentivos cooperativos no sentido da estabilidade e do respeito aos precedentes.

6.7. Behavioral Law and Economics e o necessário ajuste dos modelos até aqui estudados

Como vimos em capítulos anteriores, os desenvolvimentos da psicologia acabaram colocando em xeque a premissa fundamental da abordagem econômica clássica: a racionalidade do ser humano.

Conquanto não se negue a utilidade dos modelos econômicos utilizados até aqui, por vezes as refrações entre o comportamento por eles previsto e o que efetivamente acontece na vida real é enorme.²⁶³

Até os anos 1970, não havia, porém, qualquer ferramental apto à previsão do comportamento humano que levasse em conta desvios e limitações de nossa racionalidade.

Como vimos, isso começa a mudar com as descobertas dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky (*prospect theory*), que, juntamente com o economista Richard Thaler, acabam por propor uma perspectiva completamente nova para a economia.

Nessa nova abordagem, descobertas da psicologia e da neurociência passam, na medida do possível, a ser testadas e a integrar os antigos modelos econômicos: é a chamada *economia comportamental* (*Behavioral Economics*).²⁶⁴

Ao longo do tempo, construíram-se diversos testes de laboratório que, repetidos à exaustão, demonstraram que as pessoas rotineiramente comportam-se de modo diferente do predito pelos modelos clássicos (ditos *racionais*).

263. A genialidade de Thomas Schelling, um dos maiores economistas de todos os tempos, já antecipava nos anos 1980 a necessidade da criação de novos modelos. Segundo o autor, os modelos clássicos sofriam das seguintes limitações: (i) eram simples demais; (ii) assumiam irrealmente que as pessoas têm as mesmas preferências ao longo do tempo; (iii) desconsideravam que as pessoas se "autoenganam"; (iv) eram consequencialistas em excesso; (v) ignoravam a influência que a forma de apresentação da informação e o contexto têm no comportamento do indivíduo que recebe a informação. Sobre o tema: SCHELLING, Thomas C. *The Intimate Contest of Self-Command*. In: *Choice and consequence: Perspectives of an Errant Economist*. Cambridge, MA; London: Harvard University, 1984. p. 57-82; SCHELLING, Thomas C. *The Mind as a Consuming Organ*. In: *Choice and consequence: Perspectives of an Errant Economist*. Cambridge, MA; London: Harvard University, 1984. p. 328-346.

264. JOLLS, Christine. *Behavioral Law and Economics*. *NBER Working Paper Series*, n. 12.879, jan. 2007. p. 2.

para ele será: $Y < Hcb + (p.Hs) - Hs'$, onde $(p.Hs) - Hs'$ expressa a diferença remuneratória entre os honorários decorrentes da possibilidade de vitória do seu cliente ao final do processo e aqueles decorrente da autocomposição com sucumbência recíproca (Hs').

Supondo um *acordo padrão*, em que as partes abram mão exatamente da metade do direito, teremos, no mesmo exemplo:

$$2.000 < Hcb + (1.000 - 2.500);$$

$$2.000 < Hcb - 1.50$$

Isso significa que o advogado buscará o acordo, a menos que os honorários contratuais pós-audiência do art. 334 remontem a valores superiores a R\$ 3,5 mil, bem superiores aos R\$ 1.001 do regime anterior.

Reescrevendo a equação com honorários contratuais pós-audiência fixados em exatos R\$ 1.001, mantendo variável agora apenas a probabilidade de vitória, podemos medir o *nível de confiança* que esse advogado terá de ter na vitória do seu cliente para rejeitar uma tentativa de acordo pela metade do valor inicialmente pretendido.

Assim, teríamos:

$$2.000 < 1.001 + (p. 5.000 - 2.500)$$

$$2.000 - 1.001 + 2.500 < p. 5.000$$

$$3.499 < p. 5.000$$

$$\frac{3.499}{5.000} < p$$

$$0,6998 < p$$

Isso significa que, no novo regime, a condição de litigância para o advogado depende de uma convicção de vitória superior a 69,9%!

Note-se a diferença: mantidos os números anteriores, no regime do CPC/1973, o advogado deixava de cooperar com a busca do acordo caso sua convicção na vitória do seu cliente fosse de apenas 20%. No novo regime, a ausência do comportamento cooperativo exige praticamente 70% de convicção.

Como isso, acreditamos ter demonstrado que a nova regra do art. 84, § 14, do CPC/2015 aumenta o interesse do advogado na busca da autocomposição na audiência do art. 334 do mesmo código, configurando trato adequado ao *agency problem* advogado/cliente.

Debrucemo-nos agora, ainda que rapidamente, sobre a terceira consequência desse novo regime, agora voltada para o comportamento cooperativo das partes: o aumento de incentivos para a busca de solução negociada antes do início do processo.

Para compreender esse ponto, é preciso lembrar que a necessidade de as partes arcarem com os honorários do respectivo advogado no caso de autocomposição dentro do processo aumenta os custos de transação desse tipo de acordo, diminuindo seu superávit.

O efeito colateral desse aumento, desde que ele seja efetivamente percebido pelas partes em litígio, é o estímulo à autocomposição fora do processo. É dizer: como as partes sabem que a composição durante o processo será mais cara (pois implicará pagamento de honorários a ambos os advogados), elas terão estímulo para evitar o processo, preferindo a composição ao ajuizamento da ação, seja pela mediação, seja pela *negociação sem negociador*.¹¹⁶

Claro que a materialização desses incentivos depende da *efetiva disponibilidade* de meios para sua concretização, com custos de transação reduzidos. A utilização de tecnologia e outras possibilidades nesse sentido serão discutidas em capítulo próprio.¹¹⁷

7.4. Incentivos para o juiz

O juiz, bem como os demais atores processuais, não figura no processo exclusivamente por algum tipo de missão, sentimento de responsabilidade social ou sacerdócio.¹¹⁸

Claro que a imagem do juiz sacerdotal, vocacionado, acima do bem e do mal e disposto ao autossacrifício em prol da realização dos mais altos ideais de justiça traz-nos imenso conforto cognitivo. É bem provável que alguns de nós conheçam magistrados com esse perfil. Não negamos, também, a possibilidade de que a maioria dos magistrados, por razões específicas que veremos em breve, já tenha tido momentos de *juiz Hércules*,¹¹⁹ nos quais abdica-se do interesse pessoal em prol de algo maior.

116. CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Op. cit., p. 709-726.

117. Especificamente no capítulo 11, seção 11.2.1.

118. Essa visão romanceada da atividade jurisdicional pode ser encontrada em: CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juizes, vistos por nós, advogados*. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Pílares, 2013. [E-book], location 137. Em sentido contrário, realçando as vicissitudes do magistrado como sendo as de qualquer ser humano, restringindo, todavia, suas observações ao plano da ética: NALINI, José Renato. Apresentação. In: NALINI, José Renato. (Org.). *Magistratura e ética*. São Paulo: Contexto, 2013, location 74-86. [E-book], location 82.

119. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard Universit, 1986, p. 239-240.

Essa visão mitificada do juiz, embora absorva alguns *cacos de realidade*, com ela certamente não corresponde na maior parte. Mais do que dos fundamentos de base ética, cultural ou filosófica sobre a atividade do magistrado, a força no nosso argumento vem da realidade.

Ainda que sejam necessárias pesquisas empíricas para realmente provar este ponto, apelamos aqui para fatos notórios da realidade dos tribunais brasileiros – como, por exemplo, a chamada *jurisprudência defensiva*,¹²⁰ de há muito praticada pelos tribunais superiores, ou ainda toda a *jurisprudência* do STF e do STJ que acaba por atenuar o dever de motivação das decisões judiciais.¹²¹

Nesse cenário, será realmente possível esperar dos juízes o cumprimento de todos os seus *deveres* processuais? Em uma frase, será possível deles esperar *comportamento cooperativo voluntário*?

Nesta quadra, consideramos *cooperativa* a atuação do magistrado apta a contribuir com a solução dos problemas elencados no capítulo anterior. Queremos saber como ele pode cooperar para o aumento da taxa de autocomposição e para a diminuição das demandas frívolas. Especificamente, buscaremos a prova econômica do que realmente se pode esperar do juiz brasileiro no que concerne ao respeito aos precedentes vinculantes que, como vimos, têm papel fundamental na diminuição do grau de incerteza do sistema, facilitando a realização daqueles objetivos.

Partindo de uma perspectiva realista, adaptaremos a *função de utilidade do juiz*, criada por Richard Posner para *prever* o comportamento médio do juiz federal americano, em recentíssima obra a respeito do tema.¹²²

O juiz é um agente econômico ou, se preferimos, um tipo específico de trabalhador dentro de um mercado de trabalho.

Como qualquer agente econômico minimamente racional, seu comportamento médio será regido por uma ponderação intuitiva dos custos e benefícios dos seus atos.

Talvez as principais peculiaridades da função de magistrado no Brasil advenham da forma de recrutamento desse profissional (concurso público, ressalvados

120. Verdadeiras “pegadinhas processuais” criadas pelos tribunais superiores para dificultar a admissibilidade de recursos excepcionais em razão do seu excessivo estoque de processos. Sobe o tema: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit., p. 380-383.

121. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 594.615/PA*. Rel. Min. Humberto Martins (2ª Turma), DJe 04.12.2014; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem em Agravo de Instrumento 791.292*. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13.07.2010.

122. POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, Willian M. Op. cit., p. 25-64.

o quinto dos tribunais e os tribunais superiores) e das próprias *garantias da magistratura*, como a vitaliciedade e a irredutibilidade de benefícios.¹²³

Sobre essa última garantia, é crucial lembrarmos o outro lado da moeda: juízes são remunerados por subsídios fixos, reajustados de tempos em tempos por lei, sem qualquer possibilidade de aumento em decorrência de seu desempenho.¹²⁴

Por conta dessa *estabilidade financeira*, característica presente no Poder Judiciário federal americano, Posner indica que os estímulos do juiz estão na maximização de outros benefícios (que não os financeiros) ligados à sua atividade (como, por exemplo, o aumento de poder, a conquista de reputação, a manutenção da autoestima, a interação social e outros).¹²⁵

A ideia básica é que, ausentes penalidades ou prêmios financeiros (ressalvadas punições decorrentes da prática de ato ilícito), juízes tendem a minimizar os custos do trabalho literalmente trabalhando menos e aumentando o tempo livre para lazer ou para outras atividades.¹²⁶

O juiz é um trabalhador sujeito a um regime de segurança contra demissão (*securely tenured worker*).¹²⁷ Dessa forma, como já vimos, ele guarda *aversão ao esforço*,¹²⁸ característica crucial da chamada *função de utilidade do juiz*.

Segundo a teoria econômica, o trabalhador racional, aí incluído o juiz, buscará sempre diminuir os custos e elevar os benefícios da sua atividade.¹²⁹ Suas escolhas normalmente implicam alguma tensão entre custos e benefícios.¹³⁰

123. Constituição Federal, art. 95, I e III. Ressaltamos novamente que nossa pretensão aqui não é, de modo algum, discutir a extensão das garantias do juiz, muito menos abordar do ponto de vista sociológico ou ético qual deveria ser sua postura do processo.

124. Ao menos no âmbito da Justiça Federal, ressalvada a gratificação pela acumulação de acervo, que não necessariamente remunera a produtividade, pois sua percepção não está vinculada a um número específico de decisões judiciais. É uma remuneração mais do *input* (processos encaminhados ao juiz) do que do *output* (processos decididos pelo juiz). A gratificação, criada pela Lei 13.093/2015, foi regulamentada pelo Conselho da Justiça Federal pela Resolução 341, de 25 de março de 2015.

125. POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, Willian M. Op. cit., p. 31.

126. Ibidem, p. 31.

127. Ibidem, p. 31.

128. POSNER, Richard A. *Economic...*, Op. cit., p. 727.

129. POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, Willian M. Op. cit., p. 32-33.

130. Temos consciência de que Posner criou tal função de utilidade tendo por parâmetro o juiz federal americano, que atua dentro de um sistema de *common law*. Inclusive, em obra anterior, o autor deixa claras as diferenças entre esses juízes e os do *civil law*, que seriam burocratas de carreira com menos poder criativo e mais tementes a seus superiores. (POSNER, Richard A. *How Judges...*, Op. cit., p. 129). Todavia, como vimos,

Por exemplo, o juiz produtivo, que *limpa o gabinete*, ganha reputação perante seus colegas e sua corte. Por outro lado, perde horas de lazer e não tem qualquer aumento de remuneração. O juiz zeloso, que trabalha artesanalmente na fundamentação das decisões judiciais (dando amplo rendimento ao disposto no art. 489, § 1º), ganha reputação com os advogados da causa (ao menos com o vencedor), mas perde horas de lazer e agilidade, eventualmente comprometendo sua produtividade e sua imagem perante seus pares e outros advogados e até mesmo frente à sua corregedoria e o CNJ.¹³¹

Atualmente os sistemas de *civil law* e de *common law* convergem em diversos aspectos, o que diminui as diferenças, por exemplo, no que se refere às potencialidades criativas e interpretativas do juiz. Já se sabe que, de há muito, o juiz do *civil law* não atua mais como boca da lei, e que mesmo a lei é repleta de *standards* e conceitos vagos propositalmente abertos à interpretação do juiz. Sobre o tema: ARRUDA ALVIM, Teresa; DANTAS, Bruno. Op. cit., p. 120-274. Mesmo aspectos relacionados à carreira dos juízes nos dois sistemas são hoje bastante semelhantes. Ambos são vitalícios e têm subsídios irredutíveis, mas que dependem de lei para aumentar. No *common law*, as perspectivas de promoção são baixas em razão do mérito. No Judiciário federal americano, isso ocorre porque a maior parte das vagas nas cortes são preenchidas por entradas laterais, ou seja, pessoas de fora de Judiciário que acabam sendo nomeadas pelo presidente da república. Segundo Posner, apenas 6% dos juízes de primeiro grau acabam sendo nomeados (por mérito) para as instâncias superiores, ainda que todos os juízes da Suprema Corte sejam ex-juízes federais (POSNER, Richard A. *How Judges...* Op. cit., p. 129 e 134). Não há, ainda, grandes diferenças salariais (Ibidem, p. 134). No Brasil, as perspectivas de promoção têm mais peso, e nós levaremos isso em consideração, principalmente em razão da formação de listas tríplices pelos tribunais, de modo a limitar a escolha política que será feita na sequência. Ainda assim, o critério meritório fica bastante atenuado, quer pelas regras de antiguidade (metade das promoções aos tribunais dependem de antiguidade; a outra metade, baseada no merecimento, exige que o juiz esteja no quinto mais antigo da carreira para concorrer), quer pelas entradas laterais para as cortes superiores (nomeação política; veja-se o caso do STF, onde atualmente só existe 1 juiz de carreira). As diferenças salariais também são baixas, ainda que o prestígio de um desembargador, ou de um ministro, seja bastante superior ao de um juiz de primeiro grau. Por fim, Posner indica alguns critérios de avaliação úteis para juízes de carreira, tais como: quantidade de acervo, taxa de reversão de julgados e reclamações de advogados e partes (Ibidem, p. 131). Dentro da realidade brasileira e com as devidas adaptações, utilizaremos esses critérios de modo a provocar os incentivos necessários ao magistrado para que ele busque o comportamento cooperativo.

131. Sem adentrar o mérito, vide o recente caso do juiz paulista compulsoriamente aposentado porque produzia “apenas” uma média de 33 sentenças por mês, elaboradas, segundo seu advogado, de forma artesanal. Disponível em: LUCHETE, Felipe. Elogiado por colegas, juiz é aposentado por só assinar 33 sentenças por mês. *Conjur*, 30 jun. 2017.

Sempre que o custo marginal do comportamento cooperativo do magistrado for superior ao benefício marginal daí decorrente, na média esse proceder não vicejará.

Em outras palavras, quando o custo imediato do comportamento em foco for inferior ao benefício diretamente causado para o próprio juiz, a tendência é que não se assuma esse tipo de conduta.

Uma das formas de estimar esse cálculo é através da *função de utilidade do magistrado*, assim definida por Posner:

$$U = U(S(t_j), EXT(t_j, t_{nj}), L(t_l), W, Y(t_{nj}). Z)$$

O juiz, com todas as peculiaridades acima apresentadas, procurará maximizar sua utilidade dentro de uma constrição temporal, que por sua vez pode ser decomposta em: tempo gasto com a atividade profissional (t_j); horas utilizadas em atividades profissionais fora da justiça (t_{nj}), como, por exemplo, a docência acadêmica, o proferimento de palestras e a autoria de livros; tempo de lazer (t_l).

O tempo total (24 horas de cada um dos 7 dias da semana), pode ser então assim representado: $T = t_j + t_{nj} + t_l$.

S indica a satisfação esperada com a judicatura em si, e é uma função direta das horas gastas com o trabalho na unidade jurisdicional (t_j). EXT indica a utilidade externa retirada do exercício da profissão, como, por exemplo, a decorrente de reconhecimento social, do respeito de parentes e amigos e da influência. EXT é uma função direta do tempo gasto com atividades profissionais diretamente ligadas à magistratura ou não (t_j, t_{nj}).

L representa a satisfação proveniente do lazer, e dá-se em função direta das horas gastas fora de qualquer atividade profissional (t_l , de modo que $t_l = T - t_j - t_{nj}$).

W indica a utilidade retirada do salário fixo (subsídio do magistrado¹³²). Note-se que ela não tem qualquer relação com o tempo gasto na atividade profissional, exatamente porque o juiz brasileiro é remunerado por parcela fixa, invariável em qualquer circunstância.

Y indica a utilidade retirada de remunerações ligadas a atividades externas e obviamente é uma função do tempo a elas dedicado (t_{nj}).

Por fim, Z é apenas um efeito combinado de todas as outras possíveis variáveis não previstas nessa equação.

Movimentando a *função de utilidade*, podemos dizer, genericamente, que: o benefício marginal de uma hora gasta no trabalho (que provoca aumento em S e EXT), implica um custo marginal em L e em Y e não altera nada em W . Existe,

Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-jun-30/elogiado-colegas-juiz-aposentado-baixa-produtividade]. Acesso em: 13.07.2017.

132. Constituição Federal, art. 39, § 4º.

nesse caso, uma tensão decorrente do aumento de utilidade em *S* e *EXT* e do seu decréscimo em *L* e em *Y*.

Vimos no início deste trabalho que, de acordo com a teoria da utilidade esperada, a utilidade costuma aumentar em taxas decrescentes e, conseqüentemente, diminuir em taxas crescentes. Assim, grandes incrementos em *S* e *EXT* dificilmente compensarão profundos decréscimos em *L* e *Y*, o que já indica alguma dificuldade para a assunção de comportamentos cooperativos que sejam muito *trabalhosos* para o magistrado.

Tomemos o exemplo da fundamentação analítica das decisões judiciais, a cereja do bolo do chamado *contraditório substantivo*.¹³³ Ainda que decisões assim proferidas irradiem maior legitimidade e influência, seu incremento em *S* e talvez em *EXT* tende a limitar-se *até um certo ponto*, acrescentando pouca utilidade daí em diante.

Assim, se o juiz preocupa-se em fundamentar adequadamente alguns poucos casos, isso já pode ser motivo de grande satisfação, mas essa espécie de *bem-estar* tende a aumentar pouco se o juiz decide fundamentar analiticamente *todos* os casos que lhe são conclusos para decisão ou sentença. Por outro lado, a utilidade perdida com o tempo gasto nessa atividade avança a taxas crescentes. Talvez o juiz não se importe muito de terminar um almoço mais rapidamente ou de atrasar-se para o jantar uma vez por semana. Mas certamente ficará muito incomodado se não tiver mais tempo para levar os filhos à escola ou curtir os amigos no final de semana. O desvalor da perda do tempo para o lazer é crescente e, como é fácil perceber, não compensa aqueles incrementos de utilidade.¹³⁴

133. THEODORO JUNIOR, Humberto et al. *Novo CPC...* Op. cit., p. 301-322, principalmente p. 317.

134. Outro agravante que nos leva a crer que os deveres de motivação nunca serão perfeitamente cumpridos pelo juiz é o fato de que a ausência de motivação só implicará nulidade caso seja provado efetivo prejuízo para a parte sucumbente, ou seja, caso o sucumbente demonstre que, houvesse o juiz analisado seu argumento, ele venceria a causa. Em hipóteses como essa, o sucumbente obviamente apelará com base na ausência de fundamentação. Nas raras hipóteses em que o prejuízo for realmente demonstrado, caberá ao tribunal não apenas anular a sentença, mas também julgar o mérito se a causa estiver madura. Perceba-se, portanto, que não haverá retrabalho para o juiz de primeiro grau. De outro lado, desde que não se trate de um juiz que não fundamenta absolutamente nada, a taxa de reversão do magistrado tende a ser baixa, de modo que é improvável que essa fundamentação incompleta prejudique a sua imagem perante a corte. O próprio posicionamento dos tribunais superiores em relação à desnecessidade de fundamentação exaustiva já comprova que nossa intuição econômica se verifica na prática. É dizer, em linguagem econômica, que, dados os incentivos presentes, o nível ótimo de motivação para o magistrado será inferior à necessidade de motivação

Posto isso, passemos à análise do comportamento cooperativo do juiz no sentido de buscar a diminuição das incertezas que tanto prejudicam nosso sistema de justiça.

Como vimos, a diminuição das incertezas passa pela instauração de um sistema estável de precedentes efetivamente vinculantes e atualizados. Caso esse sistema funcione corretamente, reduzem-se as *incertezas quanto ao direito* e, conseqüentemente, a assimetria de informação e a divergência de expectativas das partes quanto ao processo.

Como um círculo virtuoso, essa redução de assimetria aumenta os chamados *intervalos de acordo*, incentivando diretamente o comportamento cooperativo das partes no sentido de busca da autocomposição, antes ou durante o processo.

Mas por que os juízes respeitariam precedentes e as cortes os manteriam estáveis, íntegros e coerentes? Certamente não será em razão de alguma mágica advinda do *princípio da cooperação*, insculpido no art. 6º do CPC/2015, ainda que o sistema reforce essa *obrigação* nos arts. 926 e 927.

Como já se faz claro a esta altura, *deveres* do juiz só serão por ele cumpridos caso daí extraia-se uma conta final positiva de utilidade.

Pensando basicamente nos juízes de primeiro grau, quais seriam os incentivos positivos e negativos para que suas decisões sejam proferidas rentes aos precedentes já fixados, de acordo com a *função de utilidade* acima descrita?

Um claro incentivo para seguir precedentes é a diminuição da carga de trabalho proporcionada por esse método. Com efeito, é em tese mais difícil reconhecer e afastar um precedente ou criar algo absolutamente novo do que simplesmente a ele subsumir o caso concreto. Ainda que a fundamentação tenha de se fazer presente nos dois casos¹³⁵ (art. 489, § 1º, V, do CPC/2015), o ônus argumentativo e o exercício mental criativo são muito maiores para evitar do que para aplicar um precedente na decisão.

Mais do que isso, no atual sistema, o reconhecimento do precedente pode levar à aplicação de regras de aceleração do procedimento, abreviando sua

exaustiva que boa parte da doutrina retira do art. 489, § 1º, do CPC/2015. Esse nível *ótimo* parece identificar-se com aquilo que o STJ chama de *motivação sucinta* (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 782.901/SP*. Rel. Min. Nancy Andrighi (3ª Turma), DJ 20.06.2008). Nesse sentido: WELSCH, Gisele Mazzoni. *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*. São Paulo: Ed. R.T., 2016, p. 145.

135. DIDIER JUNIOR, Fredie; SARNO BRAGA, Paula; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil: v. 2: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 338-339.

duração e, conseqüentemente, diminuindo o estoque de processos sob responsabilidade do juiz.¹³⁶ Não à toa, a doutrina do precedente é incluída pelo direito americano no grupo das chamadas *workload-saving doctrines*.¹³⁷

Tudo isso acarreta uma diminuição do tempo gasto com atividades judiciais (t_j), permitindo um incremento do tempo disponível para lazer (t_l) e para atividades profissionais externas à magistratura (t_{nj}).

Assim, é fácil de perceber que a aplicação do precedente pelo juiz de primeiro grau provoca um acréscimo de utilidade em L e em Y , o que parece nos levar à conclusão fácil de que o juiz racional sempre aplicará os precedentes (presumindo, obviamente, que ele os conheça).

Não é, todavia, o que se verifica na prática.¹³⁸ É comum no Brasil que juízes simplesmente ignorem os precedentes. Isso não só na primeira instância, mas também nos tribunais.

A razão dessa *falha* encontra-se nas reduções de utilidade provocadas pela adoção do precedente.

Com efeito, decidir com base em precedentes diminui claramente o poder do juiz, bem como seu potencial criativo. A possibilidade de alterar um precedente, ou de participar da criação de um novo, possibilita ao magistrado a projeção de suas crenças para moldar as relações sociais, o que possivelmente acarreta enorme satisfação pessoal em certos casos. Mais do que isso, a autoria de uma modificação da jurisprudência vinculante confere prestígio social, aumentando a reputação do juiz¹³⁹ dentro e fora da carreira.¹⁴⁰

Tudo isso acarreta claro aumento de utilidade em S e EXT , implicando algum custo marginal em L e em Y .

Sempre que o benefício marginal em S e em EXT superar o custo marginal em L e em Y , o juiz violará o precedente vinculante.

136. É o caso, dentre outros, da possibilidade de improcedência liminar do pedido (art. 322 do CPC/2015), de proferimento de tutela da evidência (art. 311, II), de julgamento antecipado do pedido (arts. 355-356), e do julgamento monocrático de recursos pelo relator (art. 932, IV e V). Sobre o tema: MACEDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais*. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 490-491; p. 486-490; p. 503-505; p. 508-510.

137. POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, Willian M. Op. cit., p. 41.

138. Essa afirmação dependeria de verificação empírica. Todavia, parece-nos fato notório que os precedentes muitas vezes são ignorados pelos juízes e até mesmo pelas cortes superiores. A exata taxa de desrespeito ao precedente no Brasil é, todavia, desconhecida.

139. POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, Willian M. Op. cit., p. 43.

140. Trata-se de caso clássico de *free-rider problem*, ou seja, uma postura que, individualmente considerada, gera pouco prejuízo coletivo, mas grande satisfação pessoal. (LEITZEL, Jim. Op. cit, p. 70; POSNER, Richard A. *Economic...*, Op. cit., p. 746).

Claro que o juiz que viola sistematicamente precedentes vinculantes acaba ferindo sua reputação perante o tribunal, que possivelmente terá enorme trabalho para reverter todas aquelas sentenças. Isso certamente provocará algum decréscimo de utilidade em EXT . Quanto maior a repercussão dessas reversões dentro da carreira, maior esse decréscimo de utilidade.

Caso o desrespeito ao precedente implique anulação da sentença com ordem para que outra seja proferida, reduz-se ainda mais a utilidade em L , visto que o juiz, além de ter gasto mais tempo para fundamentar o afastamento do precedente, terá agora que proferir outra sentença aplicando o precedente.¹⁴¹

Posto isso, resta claro que um sistema eficaz de precedentes depende de uma conta onde a soma das utilidades da conduta cooperativa de respeito ao precedente (vamos chamá-la de $U(c)$) seja superior à soma das utilidades da conduta não cooperativa que o ignora (vamos denominá-la de $U(e)$).

Assim, para que o sistema funcione, $U(c) > U(e)$.

Nem sempre isso ocorre. Vejamos alguns problemas típicos da nossa realidade que podem aumentar $U(e)$ e/ou diminuir $U(c)$.

Todos sabemos que a maioria dos juízes não se desincumbe plenamente do dever de motivação de suas decisões, sendo essa conduta muitas vezes referendada pela própria jurisprudência superior.¹⁴² Assim, caso o juiz simplesmente ignore o precedente ou deixe de fundamentar seu afastamento, o decréscimo de utilidade em L diminui bastante ou mesmo zera. Para ser preciso, quando o juiz não fundamenta o afastamento ou ignora o precedente, não há qualquer acréscimo de trabalho, em comparação com as horas gastas com a confecção de decisões que respeitam precedentes.

Ainda em L , resta o problema da anulação da sentença e do refazimento de trabalho. No sistema atual, sendo a aplicação do precedente uma questão predominantemente de direito e de mérito, o tribunal, no julgamento do recurso, simplesmente reformará a decisão, alterando o mérito, sem necessidade de devolver os autos à instância inferior (art. 1.013, § 3º, I).

Na pior das hipóteses, envolvida questão processual com anulação da sentença, sempre resta a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura,¹⁴³

141. Obviamente, isso só ocorrerá quando o tribunal não avançar diretamente no julgamento do mérito, o que sempre deve ocorrer quando questões de fato não estiverem em discussão.

142. Esse é, desde 2010, o posicionamento oficial do STF sobre o tema. (THEODORO JUNIOR, Humberto et al. *Novo CPC...*, Op. cit., p. 306).

143. Como afirma Teresa Arruda Alvim, "informam o sistema processual os princípios da conservação (ou do aproveitamento) e da convalidação". (ARRUDA ALVIM, Teresa. *Nulidades...*, Op. cit., p. 255). Aplicam-se aqui as normas no art. 1.013 do CPC/2015.

mecanismo eficiente na busca de prestação da tutela em tempo razoável, mas que *poupa* o retrabalho do magistrado desobediente do precedente na instância inferior.¹⁴⁴ Em todos esses casos, a utilidade em *L* resta preservada para o juiz dissidente.

O problema da reputação perante seus pares e a sociedade também pode ser minimizado.

No Brasil, não temos certeza se a reputação do juiz dissidente perante seus pares tende a ser mais baixa. No entanto, danos à reputação devem ocorrer ao menos no que se refere àqueles juizes da corte de revisão que terão aumento de trabalho em razão dos diversos recursos atacando a decisão divergente.

Mas mesmo esse aumento de trabalho, no Brasil, pode ser questionado. Explica-se. Como o recurso de apelação é a todos garantido e há poucos mecanismos de desestímulo à sua interposição (ainda que agora haja os honorários recursais, tratados no capítulo 10 deste trabalho), a cultura da advocacia brasileira é a de sempre recorrer. Assim, os tribunais acabam tendo de analisar recursos tanto de decisões que seguem quando de decisões que violam o precedente.¹⁴⁵

Nos dois casos, havendo precedente, o procedimento recursal nos tribunais é abreviado,¹⁴⁶ de modo que não há aumento de trabalho, podendo ou não haver diminuição de prestígio do juiz perante a corte.¹⁴⁷

No nosso exemplo, especial atenção ao inciso IV do § 3º daquele artigo, ao permitir o julgamento de mérito da apelação quando o tribunal “decretar a nulidade da sentença por falta de fundamentação”.

144. São os demais incisos do art. 1.013, § 3º, do CPC/2015.

145. No capítulo 10, especialmente seção 10.1, abordaremos quais os incentivos das partes e dos advogados ao recurso.

146. É que, presente o precedente, o relator *acelera* o julgamento do recurso através da decisão monocrática, com base no art. 932, IV e V. Sobre o tema: WOLKART, Erik Navarro. *Precedente judicial...*, Op. cit., p. 191-194.

147. O caso é diferente quando, por exemplo, o juiz de primeiro grau provoca o cabimento de agravo de instrumento ao decidir algo que não deveria ter resolvido interlocutoriamente. Nesse caso, ao criar uma decisão, ele cria um recurso que não existiria. Com a limitação do agravo de instrumento às hipóteses do art. 1.015 do CPC/2015, esse problema fica limitado, mas ainda assim pode existir. Imagine-se o juiz que “entenda” que as CDAs de execuções fiscais promovidas pela PGFN tenham de ser substituídas para excluir os encargos do Decreto-Lei 1.025/1969, tendo em vista que os honorários agora pertencem ao advogado público e por isso devem ser por eles executados, fora da execução fiscal. Se esse entendimento estapafúrdio for exarado em mil execuções, ele gerará mil agravos de instrumento ao tribunal (art. 1.015, parágrafo único), cujos membros certamente não ficarão muito contentes com esse novo volume de trabalho.

Ainda assim, o próprio fato de afrontar o tribunal pode ocasionar algum desprestígio ao juiz da instância inferior. Essa ferida na reputação será tanto maior quanto for a publicidade de sua conduta. Com poucos mecanismos de circulação dessa informação, principalmente em cortes muito grandes (como é o caso de alguns tribunais de justiça) ou muito distantes (geográfica ou institucionalmente, como é o caso de tribunais que não tenham autoridade administrativa direta sobre aquele juiz), a informação rarefaz-se, minimizando-se os danos à reputação.

Existem interessantes estudos sobre aspectos da cultura brasileira que levariam ao sistemático desrespeito aos precedentes, inclusive por parte dos magistrados.¹⁴⁸ É o chamado *jeito*, ou *jeitinho brasileiro*.

Todo esse “estofo” cultural que empurra o brasileiro a *retorcer* as regras de modo a descumpri-las pode ser economicamente descrito como *free-rider problem*, ou seja, como uma conta mental na qual se verifica que o benefício individual do *jeitinho* supera os malefícios coletivos. Mas, como vimos ao estudar a *tragédia da Justiça*, é exatamente esse tipo de postura, quando coletivizada, que leva ao cenário de tragédia, pois, se todos pensarem da mesma forma, a segurança jurídica acaba.

Em todo caso, qualquer alteração de sistema que venha a ser proposta deve ser capaz de fazer com que o desrespeito ao precedente implique diminuições de utilidade em *L* e em *Y*, e/ou contenha os incrementos de utilidade em *EXT*, já que dificilmente será possível conter a satisfação pessoal do aumento de poder em *S*.

7.4.1. Possíveis soluções

Sem ter a pretensão de esgotar o tema, mas com o claro intuito de indicar remédios que alterem a *conta de utilidade* do magistrado que não respeita precedentes, propomos aqui dois grupos de soluções para o problema: (i) soluções ligadas a critérios de promoção do juiz; (ii) soluções ligadas à reputação do magistrado dentro e fora da carreira.

Tratemos inicialmente do primeiro grupo.

É preciso deixar clara a amplitude do conceito de “promoção” que utilizaremos nesta seção. Obviamente, as principais *promoções* da carreira de juiz são aquelas que alteram o *cargo* por eles titularizado, ou seja, as que fazem do juiz *substituto* um juiz *titular*, e as que fazem do juiz *titular* um desembargador.¹⁴⁹

Todavia, como as perspectivas dessa espécie de *promoção vertical* são poucas e espaçadas ao longo da carreira (alguém que ingresse com 30 anos como juiz

148. O arquétipo do *homem cordial* e a cultura do *jeitinho brasileiro* serão estudados mais à frente, na seção 7.5.

149. Como as perspectivas de promoção do desembargador para o STJ são muito diminutas e envolvem critérios prioritariamente políticos, esse movimento não será por nós considerado.

substituto e se aposente com 70 como desembargador terá tido, a rigor, apenas 2 promoções em 40 anos), consideraremos “promoção” o deferimento de relotação do magistrado a pedido e a ocupação de funções administrativas destacadas dentro da corte, como por exemplo a *diretoria de foro*, ou a *presidência ou corregedoria do tribunal*, ou, ainda, a diretoria da *escola da magistratura*. Até mesmo a concessão de algumas licenças (como para estudo no exterior, por exemplo) podem vincular-se a critérios meritórios.

Assim, de forma a estimular o comportamento cooperativo de efetivamente seguir os precedentes obrigatórios já existentes, sugerimos considerar a *taxa de reversão de julgados* como um dos critérios de “promoção”, valendo isso para todas as instâncias da justiça, de modo que o critério teria de ser fixado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Como parece claro, decisões que seguem precedentes têm menor taxa de reversão por tribunais que também seguem precedentes, desde que essas regras tenham a devida estabilidade.

Claro que, em um sistema como o nosso, em que precedentes são muitas vezes voláteis, isso pode sim gerar alguma injustiça. Todavia, os mecanismos de controle têm de captar essa realidade. Em verdade, a própria sentença tem de deixar claro – e talvez o próprio CNJ possa criar uma *fórmula ou uma forma para tanto* – qual é o precedente que está seguindo.¹⁵⁰

É preciso lembrar que tentativas de *distinguishing* sem fundamentação devem ser consideradas violação de precedente.¹⁵¹ Por outro lado, como já vimos, se o juiz entende pela superação do precedente superior, ele deve ainda assim segui-lo, ressaltando sua opinião nesse sentido, de forma a robustecer o argumento do apelante, que há de buscar o *overruling* na corte competente, se possível.

Do ponto de vista de *gestão judiciária*, não vemos qualquer dificuldade de o CNJ impor um *modelo formulário de sentença*, com campos específicos para o juiz preencher. Isso já funciona na prática com a estrutura básica da sentença dividida em *relatório, fundamentação e dispositivo*, podendo haver um campo específico para o precedente. Nele, o juiz obrigatoriamente preencheria o precedente seguido, se existente, justificando eventual *distinguishing*, tudo de forma simples e sem burocracia.

Aliás, em um mundo tecnológico, com um sistema unificado e evoluído de processo eletrônico (algo desejado pelo CPC/2015 e ainda mal implementado

150. Como veremos no capítulo 11, em breve novas tecnologias reorganizarão por completo a forma de pesquisa estruturada de precedentes, facilitando sua identificação, bem como a detecção de desrespeito a precedentes vinculantes.

151. POSNER, Richard A. *Economic...*, Op. cit., op. cit. p. 746.

pelo CNJ¹⁵²), a padronização formal dos atos processuais das partes e do juiz é algo simples e necessário. Como veremos no capítulo 11, essas padronizações serão fundamentais ao desenvolvimento de sistemas altamente evoluídos, com introdução de inteligência artificial e automatização de boa parte do trabalho de juízes e advogados.¹⁵³ No limite, algoritmos auxiliarão juízes a decidir seguindo o precedente, se existente.¹⁵⁴

Outro fator a ser considerado como critério de promoção é o acervo do magistrado.¹⁵⁵ As atuais *metas do CNJ* representam clara evolução nesse sentido.¹⁵⁶

Obviamente, as evoluções de acervo devem considerar um ponto de referência ligado à situação das unidades jurisdicionais assumidas pelo juiz no momento imediatamente anterior ao seu início de trabalho naquele local. A partir daí, sua capacidade de gestão passa a ser considerada. Como a decisão com base em precedentes tende a agilizar o trabalho, haverá incentivos para sua sistemática aplicação em razão de as perspectivas de promoção vincularem-se a esse critério.

É sabido, todavia, que existe um perigoso efeito colateral na estipulação de metas de produtividade para magistrados, que é a possível *queda de qualidade de suas decisões*.

No entanto, deve-se refletir sobre o que vem a ser uma *decisão de qualidade*. Para nós, tem qualidade (e legitimidade) a decisão que expressamente considera

152. Desejado expressamente pelo art. 194 do CPC/2015, que impõe a interoperabilidade dos sistemas de automação processual. Mal resolvido porque, por hora, o CNJ definiu como padrão o sistema *PJe*, um dos piores e menos eficientes sistemas de automação processual do Brasil.

153. Como ficará claro, o conceito de *inteligência artificial* parte da ideia de reconhecimento de *padrões* por softwares inteligentes. Esse reconhecimento torna-se mais preciso quanto maior for o número de informação disponível (o chamado *big data*). Obviamente, com um sistema unificado que tenha acesso simultâneo a todas as petições e documentos de mais de uma centena de milhões de processos, como é o caso do Brasil, as potencialidades são “quase” inimagináveis. Trataremos do tema no último capítulo deste trabalho.

154. Sobre o tema: SIMONITE, Tom. *Intelligent Machines: How to Upgrade Judges with Machine Learning*. *MIT Technology Review*, 06.03.2017. Disponível em: [www.technologyreview.com/s/603763/how-to-upgrade-judges-with-machine-learning]. Acesso em: 16.02.2018.

155. POSNER, Richard A. *How Judges...*, Op. cit., p. 131.

156. Trata-se das chamadas *metas nacionais para o judiciário brasileiro*. São diversos objetivos a serem alcançados pelo Poder Judiciário, normalmente ligados à velocidade e ao estoque de processos, ou seja, ao acervo. Disponível em: BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Metas 2020*. Disponível em: [https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/01/Metas-Nacionais-aprovadas-no-XIII-ENPJ.pdf]. Acesso em: 13.02.2020.

os fatos relevantes da causa conforme a prova dos autos (apontando as provas e fazendo a respectiva valoração), apreciando os argumentos relevantes e não genéricos, decidindo de modo a apontar quais regras de direito estão a incidir naquele caso, julgando assim todos os pedidos das partes, sempre que houver condições de pronunciamento de mérito.¹⁵⁷

A decisão não precisa ser longa, erudita, considerar a opinião de múltiplas correntes doutrinárias ou ser fundada em profundas divagações filosóficas. Obviamente, *hard cases* demandam um cuidado maior, principalmente se considerarmos que o juiz do *civil law*, hoje, é chamado a preencher o conteúdo de diversas normas abertas, como já vimos. A exceção, todavia, não pode virar regra.

Qualquer um que milite em alguma atividade ligada ao contencioso judiciário sabe que a grande maioria das causas trata de temas simples ou repetitivos. Essas causas devem, portanto, ser solucionadas por decisões também simples e repetitivas.

Para que esse sistema funcione, é essencial o comportamento cooperativo das partes e, principalmente, dos advogados. Como já tivemos oportunidade de escrever, o respeito das sentenças à forma de fundamentação exigida pelo art. 489, § 1º, do CPC/2015 só será possível se as partes se desincumbirem de deveres semelhantes em suas peças postulatórias, que devem ser despidas de alegações genéricas e descoladas dos fatos concretos.¹⁵⁸

Da mesma forma que o juiz, advogados também precisam de incentivos adequados para proceder de modo cooperativo. Sobre esse tema voltaremos no capítulo seguinte.

157. Sobre o tema, discorreremos longamente em: WOLKART, Erik Navarro. *Novo código...* Op. cit. Na oportunidade, a propósito do art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, escrevemos: "O juiz deverá, assim, indeferir as petições genéricas, ao menos em relação aos argumentos genéricos largados na petição. Deve fazê-lo de forma expressa, evitando assim a nulidade da sentença que não os abordar, fazendo o mesmo em relação à contestação. Agindo assim, podemos afirmar, sem medo de violar o princípio do contraditório ou da motivação das decisões judiciais, que a sentença que ignorar aqueles argumentos não será nula, pois foram expressamente considerados como irrelevantes para o julgamento da causa, possibilitando às partes, inclusive, alterá-los ou contextualizá-los. Acrescentamos: petições iniciais que forem inteiramente genéricas devem ser indeferidas – após possibilidade de emenda, claro; contestações inteiramente genéricas devem implicar confissão ficta, até por violação ao ônus da impugnação especificada. Essa é, portanto, a única novidade do § 1º do art. 489: impor, como reforço das formas do processo e sob pena de reconhecimento de nulidade caso haja prejuízo, que a petição inicial, a contestação e a sentença atenham-se aos fatos subjacentes à causa, abstendo-se de argumentos ou fundamentos abstratos ou genéricos que com ela não tenham relação explícita e fundamentada. A inovação é, por assim dizer, um reforço da forma dos atos postulatórios e dos atos decisórios, com a consequente declaração de nulidade daí decorrente, desde que configurado o prejuízo."

158. Ver nota de rodapé imediatamente anterior.

Acreditamos que as soluções aqui desenvolvidas começam a criar uma matemática na qual o respeito ao precedente por parte do juiz implica uma conta positiva de utilidade.

É que, além de diminuir sensivelmente sua carga de trabalho, aumentando a utilidade em *L* e em *Y*, os critérios aqui apresentados alteram as perspectivas de promoção do juiz, influenciando *S* positiva ou negativamente.

Explicamos. Atualmente, o desrespeito ao precedente não prejudica as perspectivas de promoção (em sentido amplo) do magistrado. Assim, ao ignorar o precedente, impondo a sua opinião em uma decisão, o juiz tem um acréscimo de satisfação pessoal em *S*, muitas vezes superior ao decréscimo de *L* e de *Y*, (principalmente quando ele não fundamenta suas decisões).

A partir do momento em que o juiz violador de precedentes passa a ter menores chances de promoção (em sentido amplo), reverte-se sua função de utilidade em *S*, que passa a ser negativa.¹⁵⁹ Assim, sem outro benefício direto, desrespeitar precedentes deixará de *fazer sentido*, pois será uma conduta com consequências sempre negativas do ponto de vista da função de utilidade do magistrado.

Por outro lado, o respeito ao precedente, por economizar tempo e aumentar as chances de promoção, causará impacto positivo simultaneamente em *S*, em *L* e em *Y*.¹⁶⁰ Com esses incentivos somados, a conta final de utilidade do comportamento cooperativo de respeito ao precedente obrigatório poderá tornar-se positiva.

Com utilidade final positiva, o comportamento cooperativo deixa de ser quimera e torna-se realidade.

7.4.1.1. A reputação como instrumento para a cooperação

Dizer que as pessoas preocupam-se com a própria reputação é afirmação quase tautológica.¹⁶¹ Além da necessidade de reconhecer-se no outro,¹⁶² a reputação está diretamente ligada à ideia de prestígio, poder e influência na sociedade.¹⁶³ É, em última instância, um tipo de bem que confere grande utilidade

159. POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, Willian M. Op. cit., p. 48.

160. Ainda que o impacto positivo em *S* seja em parte contido pela ausência da satisfação pessoal de participar da criação de um novo precedente.

161. WRIGHT, Robert. Op. cit., p. 26-27.

162. Que é, na verdade, a concepção hegeliana de *desejo* (*begierde*), ou seja, "o apetite, a tendência [...] pelas quais se expressa a relação da consciência com o eu. Em outras palavras, a consciência, no sentido hegeliano, reconhece o outro na medida em que se reencontra nele." (ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. Tradução Vera Ribeiro; Lucy Magalhães. *Dicionário de psicanálise*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998. p. 146).

163. SOLIMINE, Michael E. Judicial Stratification and the Reputations of the United States Courts of Appeals. *Florida State University Law Review*, v. 32, n. 4, p. 1.331-1.364, verão 2005, p. 1.331.

ao indivíduo.¹⁶⁴ Todos desejam a amizade e a influência de pessoas com alto *status* social, ao mesmo tempo em que temem sua inimizade pelas consequências negativas potencialmente daí advindas.¹⁶⁵

A história biológica e psicológica da humanidade comprova, ainda, que a busca feroz pela reputação (ou *status social*) tem sido um importante mecanismo de evolução social.¹⁶⁶

De um lado, criam-se sociedades complexas e hierarquicamente organizadas em torno de líderes. Mesmo os primeiros grupos nômades elegiam líderes em tempos difíceis.¹⁶⁷ Após, feudos, burgos e Estados organizaram-se em torno de líderes locais, comerciantes, nobres, reis, presidentes e primeiros-ministros. Essa organização repete-se em esferas menores, chegando às pequenas comunidades e às famílias.

De outro lado, a competição por reputação (por definição um bem escasso) é um dos grandes motores da criação de novas tecnologias. Isso ocorre porque intuitivamente sabemos que a elevação de *status* social depende de algum tipo de distinção, normalmente conquistada pela criação de algo amplamente aceito e desejado pela sociedade.¹⁶⁸

Por conta desse aspecto evolutivo, nossa mente é desenhada para valorizar e negociar a reputação, ainda que inconscientemente.¹⁶⁹ Segundo Pinker, a tendência de buscar uma boa imagem social é *a maior descoberta da psicologia social do século XX*.¹⁷⁰

É de Franz Boas a percepção de que uma das grandes características do desenvolvimento humano é o fato de que atividades exercidas de modo inconsciente passam gradualmente a ser objeto de racionalização.¹⁷¹

É preciso, portanto, capturar essa *sanha reputacional*, racionalizando-a de modo a convertê-la em instrumento de aprimoramento do nosso *sistema de justiça*, principalmente considerando as novas tecnologias disponíveis. É o que procuraremos demonstrar a partir de agora.

164. GREENE, Joshua D. *Moral Tribes*..., Op. cit., p. 44.

165. WRIGHT, Robert. Op. cit., p. 26.

166. Originalmente, inclusive, a reputação está ligada à facilidade de acesso ao sexo e, conseqüentemente, à capacidade de perpetuação da espécie. É assim entre nossos parentes próximos, como macacos e chipanzés. Era assim entre os primeiros agricultores, quando aqueles considerados os mais importantes tinham o maior número de esposas. (Ibidem, p. 70).

167. Ibidem, p. 26.

168. Ibidem, p. 27.

169. Ibidem, p. 26.

170. PINKER, Steven. *The Better Angels*..., Op. cit., p. 490.

171. BOAS, Franz. *Race, Language and Culture*. 1. ed. Chicago; London: University of Chicago, 1982. 1940. p. 288.

7.4.1.2. Reputação e cooperação

Existe uma relação direta entre reputação e cooperação.

Por hora, basta afirmarmos que, por definição, o comportamento cooperativo só existe como regra quando ele é benéfico para quem decide cooperar. Esse benefício pode emergir daquela específica relação que proporciona a decisão do indivíduo de cooperar ou não, ou de outras relações futuras, a serem travadas com pessoas que de alguma forma souberam que aquele indivíduo optou pelo comportamento cooperativo na relação anterior.¹⁷²

Como vimos no capítulo 5, Nowak considera a reputação (*reciprocidade indireta*) como uma das cinco regras da cooperação, afirmando que ela ocorre sempre que a chance de tornar conhecida a postura cooperativa supera o custo-benefício do ato altruísta.¹⁷³

Esse mecanismo mostra uma importante característica do cérebro humano: desde a infância nós somos valorativos do comportamento do outro e tendemos a ajustar nosso comportamento para com esse outro de acordo com essa valoração.¹⁷⁴ Por isso, tendemos a ser cooperativos com quem coopera, e não cooperativos com quem não coopera.¹⁷⁵

A forma como os outros julgam nosso comportamento nas relações anteriores é exatamente o que estamos chamando aqui de “reputação”. Fica clara, assim, a relação entre *reputação* e comportamento *cooperativo* como uma equação social e individualmente benéfica.¹⁷⁶

172. GREENE, Joshua D. *Moral Tribes*..., Op. cit., p. 61.

173. NOWAK, Martin A. Op. cit.

174. Incrível e recente experimento comprovou que mesmo bebês recém-nascidos são dotados de capacidade julgadora da atitude de terceiros. Expostos a simples filmes em que os personagens são círculos, triângulos e quadrados “animados”, que se ajudam ou se prejudicam na busca de um determinado objetivo (subir uma ladeira), os bebês eram depois apresentados a brinquedos de verdade com as mesmas características (círculos, quadrados e retângulos de plástico). Em quase todos os casos, os bebês optavam por brincar apenas com os *personagens cooperativos*, rejeitando aqueles que, no filme, insistiam em não cooperar ou mesmo prejudicavam os demais. Como essas crianças eram muito novas, seu comportamento não foi produzido conscientemente, demonstrando-se, assim, que nosso cérebro vem *pré-programado* para valorar o comportamento cooperativo alheio e para reagir de acordo com aquele comportamento. (HAMLIN, J. Kinley; WYNN, Karen et al. How Infants and Toddlers React to Antisocial Others. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, v. 108, n. 50, p. 19.931-19.936, 2011).

175. GREENE, Joshua D. *Moral Tribes*..., Op. cit.

176. Ibidem, p. 61.

Dada a relação entre cooperação e reputação, parece-nos clara a utilidade dessa última na busca de um comportamento cooperativo do magistrado.

Reputação, por definição, depende da informação que um grupo de pessoas detém sobre alguém. Quanto mais eficiente a comunicação dessa informação, maior a dimensão da questão reputacional.

A neurociência vem demonstrando que nosso cérebro é programado para cooperar sempre que nossa reputação esteja aparentemente em jogo e que o julgamento alheio seja capaz de diminuir-nos uma utilidade futura qualquer.¹⁷⁷

Na era da tecnologia e das redes sociais, a reputação é certamente um bem cuja dimensão de valor merece ser repensada.

A informação hoje voa na velocidade de um raio, as boas e as ruins, as corretas e as incorretas. Boas e más reputações constroem-se em questão de minutos, descortinando ou cerrando caminhos e oportunidades sociais de todos os tipos.

Assim, se a reputação sempre foi um valor, hoje esse valor resta, por um lado, potencializado, já que mais pessoas têm acesso a ele. Por outro lado, relativiza-se de alguma forma a reputação, pois a mistura de informações falsas e verdadeiras nas redes sociais rarefaz um pouco todo esse caldo informativo.¹⁷⁸

177. Em determinado experimento, pesquisadores utilizaram uma versão do famoso *jogo do ditador* (*dictator game*). Nesse jogo, a equipe oferece um determinado montante financeiro ao voluntário, sendo-lhe dito que o valor pode ser repartido no montante que ele escolher com um terceiro desconhecido. Na primeira versão, o terceiro jamais saberá a identidade do voluntário, e o voluntário sabe disso. Na segunda versão, preserva-se a identidade, mas desenha-se um “par de olhos observadores” no papel de parede do computador onde é realizado o experimento e a escolha divisória pelo voluntário. Impressionantemente, enquanto apenas 55% dos voluntários doaram alguma quantidade para o terceiro estranho na primeira versão, 88% doaram na segunda versão. Note-se que todos sabiam que a identidade seria preservada, mas a mera sensação (irracional) de que havia alguém observando (olhos desenhados no papel de parede) foi suficiente para que questões reputacionais assomassem à mente dos participantes, *alterando-lhes o comportamento cooperativo*. (HALEY, Kevin; FESSLER, Daniel. *Nobody's Watching? Subtle Cues Affect Generosity in an Anonymous Economic Game*. *Evolution and Human Behavior Journal*, v. 26, n. 3, p. 245-256, maio 2005). Veja-se a seguinte passagem: “Models indicate that opportunities for reputation formation can play an important role in sustaining cooperation and prosocial behavior [...] However, as predicted, eyespots substantially increased generosity, despite no differences in actual anonymity; when using a computer displaying eyespots, almost twice as many participants gave money to their partners compared with the controls. Investigations of prosocial behavior must consider both overt information about game parameters and subtle cues influencing intuitive judgments.” (Ibidem, p. 245).

178. O próprio conceito de *pós-verdade*, eleita a “palavra do ano” pelo dicionário de Oxford em 2016, representa um pouco essa dualidade. Se por um lado a velocidade da informação é muito maior, por outras opiniões acabam sobrepondo-se aos fatos, plasmando

Preocupados em manter o valor da informação, e com isso seu próprio negócio, os controladores das redes sociais dão dicas de como averiguar a veracidade de uma notícia, verificando, por exemplo, a data da notícia e sua fonte primária, ou seja, onde foi originalmente publicada.¹⁷⁹

Posto isso, parece-nos claro que informações sobre o trabalho e o desempenho dos juizes podem e devem ser organizadas e disponibilizadas nos sítios oficiais dos tribunais a que pertencem, de modo a serem acessadas e compartilhadas, inclusive pelas redes sociais.

É possível, ainda, a elaboração (polêmica, mas eficiente) de *rankings*, a partir de critérios eleitos pelo CNJ como importantes para a avaliação da qualidade do trabalho do juiz.¹⁸⁰

Obviamente, não é objetivo deste trabalho a apresentação de um estudo detalhado sobre os melhores critérios de avaliação do desempenho do magistrado, ainda que alguns deles nos pareçam óbvios, como a produtividade e o percentual de decisões reformadas. É possível afirmar, todavia, que critérios que indiquem com a maior precisão possível a existência de comportamento cooperativo por parte do juiz serão bem-vindos.

Especificamente, abordamos nesta seção formas de estímulo do comportamento cooperativo do juiz na redução das incertezas do processo através do respeito aos precedentes superiores e obrigatórios.

Assim, parece-nos que um bom critério de ranqueamento é a taxa de reversão das decisões daquele juiz, ou dos acórdãos de um determinado colegiado.

Podemos prever que a avaliação dos juizes e a disposição dessa informação para a sociedade impactará fortemente a *função de utilidade do magistrado*, especialmente em *EXT*, mas também em *S*.

imagens muito distintas da realidade. “Post-truth – an adjective defined as ‘relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief’.” (OXFORD DICTIONARIES. *Word of the Year 2016 is...* Disponível em: [https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016]. Acesso em: 17.12.2017).

179. GOMES, Helton Simões. Facebook lança guia para usuário identificar notícia falsa na rede social. *G1*, 06.04.2017. Disponível em: [http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/facebook-lanca-guia-para-usuario-identificar-noticia-falsa-na-rede-social.ghtml]. Acesso em: 17.07.2017.

180. Recentemente, Márcio Carvalho Faria propôs solução semelhante, sugerindo a criação de um *cadastro público de violações processuais* (CPVP), onde seriam inscritas todas as violações processuais (*erros in procedendo*) do magistrado. (FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. São Paulo: Ed. R.T., 2017, p. 406-407).

Com efeito, se juízes que não seguem precedentes forem mal avaliados, e se essa informação for devidamente veiculada e compartilhada, a reprovação social daí decorrente acarretará um enorme desvalor em *EXT*, atuando como contrapeso aos acréscimos de utilidade em *S* e em *EXT* (acréscimo proporcionado pela postura não cooperativa de violação sistemática de precedentes – o *free-riding problem*).

Por outro lado, juízes que ressalvam e fundamentam opinião contrária, mas terminam por seguir o precedente, fomentam os recursos necessários para futuro *overruling*, o que ocorrerá apenas pontualmente, gerando prestígio e satisfação pessoal pela adoção das suas razões pela corte superior.

Deve ficar preservado também o *distinguishing*, pois, desde que feito com sinceridade e com o devido ônus argumentativo, será capaz de persuadir o tribunal revisor, mantendo constante a taxa de reversão dos julgados daquele juiz. Obviamente que, na dúvida ou na ausência de razões realmente plausíveis, o *distinguishing* não deve ser feito, mantendo-se a estabilidade e a integridade de um precedente que não precisa ser atualizado. Como dissemos antes, o *distinguishing* é a *correção monetária* do precedente, atualizando seu valor de acordo com a dinâmica das relações sociais. Todavia, sua conversão em *jeitinho* acaba por distorcer as regras e desestabilizar o sistema. Esse é, sem dúvida, um problema *extra* e que precisa ser abordado.

7.5. Um problema extra: o *jeitinho brasileiro* (juízes, partes e advogados)

A necessidade desta última seção, ao mesmo tempo banal e importante, mais se assemelha ao conteúdo da expressão “só mais uma coisa”, que não raro as pessoas introduzem propositalmente no final de uma conversa, com falsos ares de trivialidade.

É que trataremos aqui do chamado *jeitinho brasileiro*, analisando os evidentes impactos deste nosso *traço cultural* nos mecanismos de incentivo ao comportamento cooperativo até aqui estudados. Como veremos, o *jeitinho* é uma das *forças invisíveis* que corrompem o comportamento cooperativo das partes e do juiz no processo.

A cultura do *jeitinho* foi diagnosticada há décadas por sociólogos e cientistas políticos brasileiros.¹⁸¹ Já seus impactos no nosso sistema de justiça ainda não

181. Com esse ou com outros nomes, o tema já foi tratado por: HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 27. ed. 2014; DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; DAMATTA, Roberto. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 5. ed. São Paulo, Globo, 2012.

foram muito estudados. Curiosamente, foi preciso que um professor americano (Keith S. Rosenn) se debruçasse sobre o tema para que ele viesse à tona em 1998.¹⁸² Daí em diante, alguns autores revisitaram o assunto, que ganhou vigor nas recentes manifestações públicas de Michael Sandel e do Min. Luís Roberto Barroso.¹⁸³ No processo civil o tema foi muito bem trabalhado por Luiz Guilherme Marinoni e L. A. Becker.¹⁸⁴

O *jeito*, segundo DaMatta, é uma forma simpática de sobreposição do impessoal com o pessoal, de modo a buscar a solução de problemas burocráticos (impessoais) utilizando como escada as relações pessoais.¹⁸⁵ É a *fórmula* encontrada pelo brasileiro para obter a *simpatia* do representante do poder público e seu conseqüente *auxílio* no enfrentamento da pesada e ineficiente burocracia do Estado. Os ingredientes dessa *fórmula* são qualquer coisa que promova uma *conexão pessoal* entre o requerente privado e o destinatário público da requisição: gostos, religião, relações pessoais ou qualquer outro fator externo à requisição em si.¹⁸⁶

Como se sabe, a cultura do *jeito* é uma das disfunções da nossa herança colonial.¹⁸⁷ Acostumado a observar as rígidas regras da *metrópole*, o indivíduo residente no Brasil precisou criar artifícios e espaços para sobreviver à opressora e ineficiente estrutura burocrática e hierarquizada de Estado imposta por Portugal.¹⁸⁸ Mesmo com a independência, o Estado torna-se uma empresa privada do Imperador, que recruta e atua de acordo com suas relações pessoais. Surge

182. ROSENN, Keith S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

183. BARROSO, Luís Roberto. Ética e *jeitinho brasileiro*: por que a gente é assim? *Consultor Jurídico*, 10.04.2017. Disponível em: [www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro]. Acesso em: 21.07.2017; SANDEL, Michael. Ethics and “*jeitinho brasileiro*”. In: BRAZIL CONFERENCE, Harvard Business School, 2017. Disponível em: [www.youtube.com/watch?v=5ChU49H4VRg]. Acesso em: 21.07.2017.

184. MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. In: BECKER, L. A. (Org.). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012, p. 447-480; MARINONI, Luiz Guilherme. *A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC*. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. Nós mesmos já tratamos do tema, ainda que sob enfoque um pouco diferente, em: WOLKART, Erik Navarro. *Precedentes no Brasil e cultura...*, Op. cit.

185. DAMATTA, Roberto. *O que faz do Brasil, Brasil?* Rio de Janeiro: Rocco, 1986. p. 101.

186. *Ibidem*.

187. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 3.

188. DAMATTA, Roberto, *A casa e a rua...*, Op. cit., p. 69.

simpatia angariada pelo trato *lhano* e *permeável*¹¹⁸. A postura punitiva gera atritos totalmente incompatíveis com as *delícias da cordialidade*.

Obviamente, a punição por litigância de má-fé ou por abuso dos direitos processuais demanda o esforço de afastar a cordialidade em prol de uma postura impessoal.

O impacto desse tipo de *desconforto na utilidade* do juiz direciona-se para *S* e *EXT*, competindo com a utilidade gerada pelo aumento de poder.

Em consequência, ainda que essa não seja uma análise exata, é possível perceber que os incrementos de utilidade gerados pela postura punitiva são compensados pela diminuição de utilidade anteriormente explicada, exatamente nas mesmas variáveis *S* e *EXT*. Todavia, a diminuição de utilidade decorrente do aumento de trabalho exigido para a produção de decisões fundamentadas em *L* continua presente, sem qualquer tensão em sentido contrário.

Em resumo, os incrementos de utilidade em *S* e *EXT* são subtraídos, mas nada se adiciona à perda de utilidade em *L*. Nesse cenário, a depender da intensidade daquela subtração, é bem possível que a *conta final de utilidade* seja negativa. Traduzindo em números, digamos que o aumento de poder e prestígio impliquem acréscimos de uma unidade de utilidade em *S* e de uma unidade em *EXT*, ao mesmo tempo que a diminuição do tempo de lazer retire uma unidade em *L*. Assuma-se agora que o aborrecimento e o desconforto gerados pela postura *pouco cordial* subtraia aquelas mesmas unidades de utilidade de *S* e de *EXT*. Nesse caso, teríamos, como resultado, a volta às utilidades iniciais de *S* e *EXT*, e utilidade negativa em uma unidade em *L*. Em consequência, a postura predominante do juiz diante de um caso de litigância de má-fé seria de leniência.

Obviamente, não podemos provar a exatidão desses cálculos. Contudo, a tendência claramente não punitiva da jurisprudência¹¹⁹ é um indício da probabilidade de que os incentivos caminham realmente nessa direção.

Esse é um problema grave, pois, ainda que as penas por litigância de má-fé fossem altas o suficiente para impulsionar o comportamento cooperativo, a postura permeável dos juízes diminuiria o *valor esperado da punição*, reduzindo na prática aqueles incentivos e colaborando para a predominância do comportamento não cooperativo.

118. HOLANDA, Sérgio Buarque de. Op. cit., p. 176.

119. Com foco no CPC/1973, o STJ tem diversos julgados no sentido de restringir a condenação em litigância de má-fé, exigindo, para tanto, o preenchimento de *três requisitos*: (i) que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses *taxativamente* elencadas no art. 17 daquele código; (ii) que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e (iii) que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa. Sobre os requisitos: ARRUDA ALVIM WAMBIER, Teresa et al. *Primeiros comentários...*, cit., p. 157.

8.2.2.5. *Agency problems* e a (i)responsabilidade dos advogados

Vimos até aqui que o (des)incentivo à litigância desleal, se existe, volta-se principalmente às partes no processo, já que sobre elas recairão as sanções respectivas.

Todavia, é pouco provável que indivíduos que não sejam do meio jurídico saibam o que venha a ser *litigância de má-fé* ou *abuso de direito processual*. É mais plausível que eles sequer conheçam o significado de cada uma das palavras que compõem essas duas expressões.

A verdade que se desnuda, então, é a de que a conduta que realmente se quer regular no processo, que, de fato, se quer seja cooperativa, é a dos advogados. São eles que têm capacidade postulatória e é deles a decisão final no desenho da litigância.

Como atribuir às partes, por exemplo, a postura de *deduzir defesa contra texto expresso da lei*? Ou mesmo de *interpor recurso manifestamente protelatório*?

Ainda que possam advir diretamente das partes algumas indignidades importantes como *descumprir decisão judicial* (art. 77, IV, CPC/2015) ou praticar atentado (art. 77, VI, CPC/2015), é improvável que aquelas improbidades tipicamente processuais, ou seja, não vinculadas diretamente ao pretense direito material, procedam das partes e não, predominantemente, da vontade dos advogados¹²⁰.

Ocorre que a lei é clara na impossibilidade de qualquer das multas ser aplicada aos advogados, sejam eles públicos ou privados¹²¹. É exatamente neste ponto

120. O problema é percebido por Fábio Milman, para quem essa é uma das principais modificações necessárias à eficiência do sistema (MILMAN, Fábio. Op. cit., p. 53 e 295). Sobre o tema, é curiosa a análise de Dinamarco. O mestre identifica bem que, muitas vezes, a parte nada tem que ver com a postura ilícita do advogado. Todavia, daí decorreria o acerto do legislador em punir apenas pecuniariamente à parte, mantendo-se intactos seus direitos processuais (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, cit., v. 2, p. 311). *Data maxima venia*, essa solução encarta simultaneamente dois problemas: ao punir pecuniariamente a parte, não se gera o incentivo necessário ao advogado. Ao se manterem intactos os direitos processuais da parte, incentiva-se o advogado a prosseguir com esse estilo de litigância, pois ele “ainda pode vencer”, fazendo jus aos honorários sucumbenciais.

121. Art. 77, § 6º, do CPC/2015: “Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.” Art. 81 do CPC/2015: “De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé [...]” O STJ é unânime em afirmar que *litigante* é somente a parte, jamais o advogado. Por todos: BRASIL. Superior

que surgem novamente os *problemas de agência*, dos quais tratamos quando analisamos as divergências de incentivos entre partes e advogados na decisão de propositura da ação. Naquele momento, identificamos os tipos de incentivos gerados pela *estrutura* dos honorários advocatícios no Brasil. Agora, é preciso verificar em que medida a litigância de má-fé pode gerar esse tipo de divergência.

Resgatemos o exemplo utilizado na Seção 8.2.1, bem como a respectiva matriz de *payoffs* para as partes.

Tratava-se de uma ação em que o autor buscava uma condenação de R\$ 100 mil, com 50% de chances de vitória. Essas chances iriam a 70% em caso de litigância de má-fé, mas se reduziriam aos mesmos 50% se o adversário também litigasse de má-fé.

Calculando as penas de eventual condenação em litigância de má-fé em 5% sobre o valor da causa e vinculando a probabilidade dessa condenação às chances de vitória na ação, desenhamos a matriz de *payoffs* da Tabela 12, que agora reproduzimos:

Tabela 13 – Matriz de *payoffs* (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015: novo exemplo

	RÉU COÓPERA	RÉU NÃO COÓPERA
AUTOR COÓPERA	50.000 ; -50.000	30.000 ; -31.500
AUTOR NÃO COÓPERA	68.500 ; -70.000	47.500 ; -52.500

Como seria essa matriz, considerando apenas os *payoffs* dos advogados?

Vamos imaginar um primeiro cenário em que os advogados tenham *zerado* todos os seus *custos administrativos* com os *honorários contratuais*, e busquem agora somente os honorários *sucumbenciais*, que serão fixados em 10% sobre o valor da causa ou da condenação.

Nesse caso, o *valor esperado* do processo para o advogado (V_{adv}) será sempre a multiplicação do valor da causa/condenação por 10% e pela possibilidade de vitória.

Assim, por exemplo, caso ambos cooperem e as chances de vitória sejam de 50% para cada lado, esse valor será, para ambos os advogados, de R\$ 5 mil, porque $V_{adv} = 0,10 \{0,5 (100.000)\} = 0,10 \{50.000\} = 5.000$.

Ocorre que, se o advogado do autor litigar de má-fé, as chances de vitória irão a 70%, de modo que seu valor esperado sobe agora para R\$ 7 mil. O mesmo ocorre se apenas o advogado do réu litigar de má-fé. Caso ambos o façam,

como as chances de vitória voltam para 50%, o valor dos honorários retrocede aos R\$ 5 mil para cada advogado.

A matriz dos *payoffs* dos advogados seria então:

Tabela 14 – Matriz de *payoffs* (valores esperados para os advogados) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015: novo exemplo

	ADVOGADO DO RÉU COÓPERA	ADVOGADO DO RÉU NÃO COÓPERA
ADVOGADO DO AUTOR COÓPERA	5.000 ; 5.000	3.000 ; 7.000
ADVOGADO DO AUTOR NÃO COÓPERA	7.000 ; 3.000	5.000 ; 5.000

Assim como na Tabela 13, o equilíbrio de Nash encontra-se no par de estratégias não cooperativas, disposto no quadrado inferior direito da matriz.

Todavia, aqui, os incentivos não cooperativos são ainda maiores.

Explica-se. *Ao litigar de má-fé, o advogado aumenta suas chances de vencer a causa, sem assumir com isso qualquer risco, visto que as punições não serão a ele direcionadas.* Por isso, mesmo que ambos não cooperem, eles mantêm os *payoffs* que teriam caso cooperassem. Não há nenhuma punição ao comportamento defeituoso e ainda há a chance de buscar um *payoff* de R\$ 7.000. Na pior das hipóteses, caso ambos não cooperem, volta-se ao *payoff* de R\$ 5.000, valor idêntico ao da postura cooperativa. Insistimos nesse ponto: se o advogado não coopera, seu *payoff* jamais será menor do que quando ele coopera. As únicas chances são que esse valor seja ou maior ou igual ao extraído da postura cooperativa (exatamente porque ele não pode ser punido).

O benefício da litigância improba unilateral é imenso, porque eleva as chances de vitória sem imposição de custos no caso de derrota.

Para que tudo fique muito claro, comparemos as duas matrizes:

Figura 40 – Comparação entre os *payoffs* das partes e de seus advogados envolvidos na decisão entre litigar de boa-fé ou litigar de má-fé

	RÉU COÓPERA	RÉU NÃO COÓPERA
AUTOR COÓPERA	50.000 ; -50.000	30.000 ; -31.500
AUTOR NÃO COÓPERA	68.500 ; -70.000	47.500 ; -52.500

	ADVOGADO DO RÉU COÓPERA	ADVOGADO DO RÉU NÃO COÓPERA
ADVOGADO DO AUTOR COÓPERA	5.000 ; 5.000	3.000 ; 7.000
ADVOGADO DO AUTOR NÃO COÓPERA	7.000 ; 3.000	5.000 ; 5.000

Repare-se como a situação dos advogados não cooperativos é proporcionalmente superior à das partes não cooperativas.

Se os honorários equivalem a 10% do valor esperado para a parte, essa razão deveria se reproduzir nos quatro quadrantes das duas matrizes quando comparadas. Não é isso o que ocorre, salvo no quadrante superior esquerdo, quando ambos cooperam (pois R\$ 5 mil é 10% de R\$ 50 mil).

Comparem-se, por exemplo, os *payoffs* do jogador 1 nos quadrantes inferiores da matriz (não cooperativos). No quadrante inferior esquerdo, o valor da segunda matriz equivale a 10,22% do valor da primeira¹²². Já no quadrante mutuamente não cooperativo (inferior direito), o valor da segunda matriz devido ao jogador 1 (R\$ 5 mil) equivale a 10,52% do valor da primeira¹²³.

Isso ocorre, repetimos, porque não há qualquer punição ao advogado não cooperativo, mas se lhe conferem os mesmos benefícios que a parte recebe em razão da elevação das chances de vitória.

Em resumo, se, para as partes, os incentivos cooperativos são reduzidos, para os advogados, eles são inexistentes.

Obviamente que se poderia argumentar que a reputação do advogado pode ficar arranhada com a condenação da parte em litigância de má-fé, ou mesmo que o advogado poderá sim ser punido, desde que o juiz comunique o ocorrido à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

No primeiro caso, ainda que possa haver algum risco à reputação, a eventual (des)utilidade dessa postura é diluída em relação à punição direta, até porque, como dissemos, o homem médio, cliente do advogado, dificilmente saberá a diferença entre custas e multa por litigância de má-fé, isso se ele tiver acesso a essa informação (o que pode ocorrer se o juiz determinar sua intimação pessoal)¹²⁴.

De outro lado, a punição de advogados pelo seu órgão de classe é sabidamente problemática e improvável, o que complica novamente a força dos incentivos.

No Capítulo seguinte, buscaremos alternativas legais e *de lege ferenda* para alterar a estrutura dos incentivos em busca do combate efetivo à litigância de má-fé e da geração de um ambiente cooperativo, ao menos na fase cognitiva do processo.

122. $\frac{7.000}{68.500} = 10,22$.

123. $\frac{47.500}{5.000} = 10,52$.

124. No caso dos advogados públicos, é ainda mais improvável que isso ocorra, já que o seu cliente é o Estado. Mas é claro que a questão reputacional do advogado perante os juizes ou mesmo perante seus colegas deve ter um peso nessa decisão. No Capítulo, 9 trataremos especificamente das questões comportamentais, atualizando parte dos modelos estudados neste capítulo.

CRIANDO UM AMBIENTE COOPERATIVO NO PROCESSO: INCENTIVOS À LITIGÂNCIA DE BOA-FÉ COMO ESTRATÉGIA PREDOMINANTE

SUMÁRIO: 9.1. Atipicidade e desnecessidade de elemento subjetivo. 9.1.1. Um caso particular de atipicidade do abuso do direito de litigar: o comportamento contraditório em processos distintos. 9.2. Valor esperado da multa: perspectiva de punição e exequibilidade. 9.3. Superando a indisposição dos juizes no combate ao comportamento não cooperativo (desleal). 9.3.1. A importância dos honorários sucumbenciais recursais. 9.3.2. Novamente a *função de utilidade* do magistrado. 9.4. *Agency problem* advogado-cliente e *vicarious liability*. 9.5. Refazendo as contas em busca de um *valor ideal de sanção* contra a litigância ímproba. 9.6. Ajustes da economia comportamental. 9.6.1. O viés de otimismo (*optimism bias*). 9.6.1.1. Desprezo às pequenas probabilidades. 9.6.1.2. *Priming* e outras ferramentas comportamentais. 9.6.2. Teoria da perspectiva (*Prospect Theory*) e o verdadeiro *valor* da perdas e punições. 9.6.2.1. Teoria da perspectiva e magnitude da punição: certeza ou probabilidade?. 9.6.3. Força de vontade limitada (*bounded willpower*) e o poder das *punições rápidas*: passado versus presente e *desconto hiperbólico*. 9.7. Conclusão parcial.

Do até aqui exposto, concluiu-se que o sistema de combate à litigância de má-fé em vigência pouco ou nada pode fazer para gerar incentivos cooperativos na fase cognitiva do processo.

Há, todavia, soluções que podem ser buscadas em possíveis interpretações daquelas normas ou mesmo *de lege ferenda*.

Essas soluções, pensamos, partem de uma premissa: a de que a litigância de má-fé decorre diretamente da violação dos deveres de boa-fé. O ponto-chave para a mudança de abordagem da litigância de má-fé está principalmente no dever de não abusar dos direitos processuais. Nesse ponto, é preciso considerar que “o