

*Diretora Responsável*  
**MARISA HARMS**

*Diretora de Operações de Conteúdo*  
**JULIANA MAYUMI ONO**

*Editores:* Aline Darcy Flôr de Souza, Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Diego Garcia Mendonça, Iviê A. M. Loureiro Gomes, Luciana Felix e Marcella Pâmela da Costa Silva

*Assistentes Administrativos Editoriais:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena e Juliana Camilo Menezes

*Produção, Qualidade Editorial e Revisão*  
*Coordenação*  
**LUCIANA VAZ CAMEIRA**

*Analistas de Operações Editoriais:* André Furtado de Oliveira, Bryan Macedo Ferreira, Damares Regina Felício, Danielle Rondon Castro de Moraes, Felipe Augusto da Costa Souza, Felipe Jordão Magalhães, Fernanda Teles de Oliveira, Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos, Juliana Cornacini Ferreira, Maria Eduarda Silva Rocha, Mayara Macioni Pinto, Patrícia Melhado Navarra, Rafaella Araujo Akiyama, Thiago César Gonçalves de Souza e Thiago Rodrigo Rangel Vicentini

*Estagiários:* Angélica Andrade, Guilherme Monteiro dos Santos, Larissa Gonçalves de Moura, Miriam da Costa e Sthefany Moreira Barros

*Analistas de Qualidade Editorial:* Carina Xavier Silva, Daniela Medeiros Gonçalves Melo, Marcelo Ventura e Maria Angélica Leite

*Analistas Editoriais:* Daniele de Andrade Vintecinco, Maria Cecília Andreo e Mayara Crispim Freitas

*Capa:* Chrisley Figueiredo

*Administrativo e Produção Gráfica*  
*Coordenação*  
**CAIO HENRIQUE ANDRADE**

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

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

---

Müller, Julio Guilherme

Negócios processuais / Julio Guilherme Müller. -- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

Bibliografia.

ISBN: 978-85-203-7296-8

1. Ato jurídico 2. Direito processual 3. Fato jurídico 4. Negócios jurídicos  
5. Processo civil I. Título.

17-03824

CDU-347.9

---

**Índices para catálogo sistemático:** 1. Negócios jurídicos processuais: Direito processual 347.9

JULIO GUILHERME  
MÜLLER



# NEGÓCIOS PROCESSUAIS E DESJUDICIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO DA PROVA

Análise Econômica e Jurídica

LUIZ GUILHERME MARINONI  
SÉRGIO CRUZ ARENHART  
DANIEL MITIDIERO  
Coordenadores

THOMSON REUTERS  
**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

Ronald Coase<sup>56</sup> e por Oliver Williamson<sup>57</sup>, e que serão abordados no capítulo 3, mais adiante. Antes disso, examinar-se-á como os interesses nas relações intersubjetivas entre representante e representado podem igualmente afetar a análise econômica e a eficiência das atividades processuais.

#### 2.4. Teoria da agência e negócio processual: quando os interesses dos representantes (juízes e advogados) não representam os interesses dos representados (Estado e partes)

Os litígios que tramitam perante o Judiciário são operacionalizados por pessoas e instituições que atuam não propriamente para atender os seus interesses próprios, mas sim, representando e atuando em prol de interesses de outras pessoas.

Os juízes (agentes) trabalham em favor não de seus interesses próprios, mas em nome e em prol de interesses do Estado (principal), de prestar a tutela jurisdicional, realizar direitos e promover justiça.

Os advogados (agentes) também trabalham em favor de interesses de seus clientes e partes no processo (principal). Os interesses dos agentes, ou representantes, e do principal, ou representado, não são necessariamente os mesmos. Nem sempre há uma exata correspondência entre aquilo que o Estado espera de um magistrado e aquilo que ele faz. Nem sempre a atuação dos advogados, o que fazem ou deixam de fazer no processo, está alinhada com os interesses das partes. No campo da economia, esta relação de representação é analisada por meio do modelo teórico da agência. Como explica Ronaldo Fiani, “diz-se haver um problema agente-principal quando uma atividade é delegada a alguém, e o cumprimento de sua atividade não pode ser observada por quem a delegou”<sup>58</sup>. Richard Posner identifica, na relação entre advogado e cliente, um exemplo típico de “direito de agência”, sendo o primeiro um agente fiduciário do segundo e que deve buscar a maximização dos interesses daquele e não os próprios<sup>59</sup>.

A teoria da agência é aplicável nas relações intersubjetivas em que há uma pessoa (principal) que define objetivos a serem perseguidos, ou em nome de que se faz algo, e outra pessoa que recebe instruções, ou que atua para atingir os objetivos

56. COASE, Ronald. *The nature of the firm*. In: *The nature of the firm: origins, evolution, and development*. New York: Oxford University Press, 1993.

57. WILLIAMSON, Oliver E. *The economics institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

58. FIANI, Ronaldo. *Cooperação e conflito: instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2011. p. 182.

59. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 114.



da primeira (agente). As preferências e os interesses dos agentes, em relação ao principal, nem sempre são convergentes, como já se disse<sup>60</sup>.

A divergência entre os interesses se dá por várias razões, uma delas é a assimetria de informações em relação aos compromissos assumidos pelo representado, ou agente, e o comprometimento efetivo para que ele possa atender aos objetivos do principal, ou representante.

Nas palavras de Francisco Pinheiro Filho, no “âmbito da Teoria da Agência, assimetria de informações significa que o principal não consegue saber se o nível de comprometimento do agente é compatível com o grau de maximização de utilidade desejada”<sup>61</sup>.

Trazendo ao processo estes aportes teóricos, o Estado (principal) não dispõe de informações suficientes para saber se o juiz (agente) que ingressa na carreira se desincumbirá contento de suas atividades, e tampouco tem ou utiliza mecanismos eficientes para monitorar se ele (o juiz) está desempenhando diretamente e de forma comprometida o seu mister para atender seus objetivos (atuação jurisdicional). O interesse do Estado é que a prestação jurisdicional dê-se de forma completa, justa, efetiva e em tempo razoável para os jurisdicionados, disponibilizando, para isto, instalação, estrutura e orçamento. Outro objetivo é que o magistrado comprometa-se a servir, em atividades judiciárias e jurisdicionais, em um número inferior a dez meses por ano (com 60 dias de férias e recessos), com uma carga de trabalho semanal que varia de 30 a 40 horas, dependendo de cada unidade da Federação, recebendo, para isto, remuneração digna e uma série de prerrogativas.

Quanto às atividades processuais de produção da prova, Robert Cooter e Thomas Ulen entendem que os juízes e advogados têm incentivos diferentes para a realização daquela atividade. Para os referidos os juízes, “não ganham nada de concreto ao trabalharem mais arduamente em um caso [...] os juízes têm incentivos para fazer o que é certo e fácil, enquanto os advogados têm incentivos para fazer o que é lucrativo e difícil”<sup>62</sup>. O apontamento feito deve levar em consideração o contexto do modelo adversarial nos EUA, no qual os juízes não

60. PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência (problema agente-principal). In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; KLEIN, Vinicius. (Coords.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 103.

61. PINHEIRO FILHO, Francisco Renato Codevila. Teoria da agência (problema agente-principal). In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; KLEIN, Vinicius. (Coords.) *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011. p. 104.

62. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 438-439.

têm verdadeiro compromisso com a descoberta da verdade, resolvendo o caso no interesse das partes.

De outro lado, a parte (principal) – ou cliente – contrata o advogado (agente) para, em seu nome, prestar o melhor serviço jurídico ao alcance dele. Além dos objetivos específicos estabelecidos em contrato, o advogado deve desincumbir-se de deveres legais, de avaliar e aconselhar o cliente quanto a meios alternativos de resolução da controvérsia e, quando o escopo abranger a advocacia em juízo, apresentar as postulações necessárias e acompanhar os atos do processo, praticando em seu nome os atos necessários para o bom cumprimento do mandato. Espera-se do advogado (agente) comprometimento, dedicação, ética, estudo, lealdade, honestidade, decoro, veracidade, dignidade e boa-fé.

A análise econômica da relação intersubjetiva entre o Estado (principal) e o juiz (agente), ou entre a parte (principal) e o advogado (agente), permite examinar pelo menos duas situações: (i) se os mecanismos de incentivo ou de sanções são eficientes para que os interesses próprios dos agentes não se sobreponham aos interesses e objetivos daqueles que ele representa – o principal; e (ii) quais os custos de transação para que o principal monitore a atividade do agente, e se a diferença entre estes custos e os benefícios gerados justificam este controle.

Retomando a relação entre Estado (principal) e juiz (agente), a análise econômica, a partir da teoria da agência, objetiva verificar se as medidas de incentivo ou de sanção existentes são eficientes para que o juiz não coloque seus interesses próprios à frente dos interesses do Estado e do direito.

Isso significa adotar métricas e sistemas, que implicam em custos, para acompanhar se o magistrado presta a atividade judicial ou jurisdicional no período que se espera que ele esteja se desincumbindo destas atividades, ao invés de cuidar de interesses pessoais; se os processos estão sendo apreciados e julgados por ele diretamente ou por outras pessoas; e, ainda, se a prestação jurisdicional através do poder que ele exerce está alinhado com os objetivos do Estado (da Constituição) ou, contrariamente, estão sendo regidos por preferências pessoais, valores meta-jurídicos individuais ou a consciência pessoal. Os interesses próprios dos juízes (agentes) podem distanciar-se dos interesses do Estado e do Direito (principal). Richard Posner, que além de jurista, é magistrado, registra que os interesses próprios dos juízes muitas vezes inclinam-se ao ócio e ao prestígio<sup>63</sup>.

A teoria da agência preocupa-se em avaliar se o comportamento do juiz condiz com os interesses do Estado e se os meios para monitorar ou controlar isto são eficientes. A razão disto é que, quando uma atividade é realizada pelo juiz sem atender os interesses do Estado, o exame da eficiência da atividade jurisdicional fica comprometida e obscurecida pelos interesses próprios do juiz.

63. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 542-545.



Existindo algum controle e informações levantadas adequadamente, a análise econômica do direito preocupa-se com a conduta do agente (diagnóstico), e com a eficiência das medidas que deveriam induzir o comportamento esperado. Quando a conclusão aponta que um meio é ineficiente, a análise econômica auxilia o próprio Estado a rever os mecanismos de indução de comportamento (prognóstico), de modo que os interesses do principal possam ser atendidos pelos agentes a partir de uma nova política de incentivos ou sanções.

No caso da produção da prova nos processos, por exemplo, parece correto afirmar que, dentre os interesses do Estado, estão a duração razoável do processo e a busca da verdade como premissa para a justiça da decisão, e para evitar erros judiciais<sup>64</sup>. A análise econômica da atuação do juiz em relação à produção desjudicializada da prova, leva em consideração se estes interesses estão sendo bem atendidos no processo e se os custos para o monitoramento ou fiscalização desta atividade são elevados ao ponto de anular os benefícios.

Voltando à relação entre advogado e cliente, pode a teoria da agência analisar se o aconselhamento do advogado quanto à celebração, ou não, de convenção processual, para a produção desjudicializada da prova, atende aos interesses particulares do advogado em detrimento dos interesses da parte. A falha de mercado na relação entre o advogado e o cliente, como informa Richard Posner, pode ocorrer em razão da prevalência dos interesses do primeiro (pecuniários, ócio, prestígio), que o impulsiona em uma direção oposta ao desejado pelo segundo. Dependendo da dimensão econômica da causa, e da própria aversão ao risco (do advogado, inclusive), as diferenças aparecem de forma ainda mais clara<sup>65</sup>.

Além disso, interessa à análise econômica saber se os advogados que buscam, ou não, resolver a causa em menor tempo, recebem o estímulo adequado para um comportamento em dissonância com o que o cliente espera. O mesmo se dá em relação a atuar em regime de cooperação, quando as circunstâncias indicarem que esta é uma solução conveniente, mas desalinhada dos interesses pessoais do advogado.

Os advogados, quando funcionam como agentes da parte, podem ter estímulos diferentes delas para negociar uma autocomposição no processo, ou mesmo uma convenção capaz de oferecer ao cliente informações mais completas sobre os fatos da causa e os riscos da demanda.

64. Para Richard Posner, a meta social do direito probatório é minimizar os custos de erros judiciais. Os custos para isto, segundo ele, devem ser dimensionados economicamente. As partes devem considerar na atividade probatória os custos para a obtenção de uma prova em relação à probabilidade de erro judicial no caso de sua não obtenção, numa relação entre custo e benefício. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 611-616.

65. POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed. New York: Aspen Publishers, 2003. p. 575-576.



Steven Shavell chama a atenção para o fato de que, a depender de como foram estabelecidos os honorários da causa – se por hora, por ato ou fase processual, ou mediante um percentual sobre os ganhos –, os advogados podem ser incentivados a agir de um ou outro modo, a se empenhar ou não em um acordo<sup>66</sup>.

Como alertam Cooter e Ulen, honorários contratados no sistema de hora servem de estímulo para trabalhar além do necessário; honorários contratados no modelo por serviço ou por caso, tendem a estimular o advogado a dedicar menos tempo para as atividades. Não à toa a assimetria de informação quanto ao custo ou benefício marginal decorrentes do trabalho do advogado (o quanto trabalhou a menos ou a mais), e os custos de transação para implementar um controle da execução do contrato de prestação de serviços, são superados pelo mercado a partir de seleção de profissionais, com base em reputação e confiança. Isto explica, como afirmam Cooter e Ulen, porque escritórios tradicionais, testados, reconhecidos ou de confiança, podem inclusive cobrar um preço superior aos demais<sup>67</sup>.

Michael Adams conclui, após um estudo comparativo entre o sistema processual alemão e o americano, no que tange às atividades de descoberta dos fatos e das provas, que os custos com honorários na atividade do *discovery pretrial* são bem mais elevados do que na Alemanha, em razão da assimetria de informação, decorrente do problema advogado-cliente (agente-principal)<sup>68</sup>.

O mesmo ocorre em relação à convenção processual. O aconselhamento dos advogados aos seus clientes quanto a convencionar ou não a produção extrajudicial da prova, pode levar em consideração não os interesses do cliente (principal), mas os dos seus mandatários. Nem sempre a avaliação dos interesses do cliente está imune aos interesses do advogado; e não se trata necessariamente de avaliar o profissionalismo e a ética. Muitas vezes, são vieses comportamentais que podem levar a comportamentos previsivelmente irracionais. É o caso do advogado com aversão ao risco de acompanhar a produção de prova por meio atípico e desconhecido, ou mesmo o interesse manifestado pela manutenção do *status quo*, revelado na preferência do ócio, em prejuízo de um comportamento esperado de *negar-o-ócio* e celebrar o negócio.

66. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004. p. 435.

67. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Trad. Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 419.

68. ADAMS, Michael. The conflict of jurisdictions – an economic analysis of pretrial discovery, fact gathering and cost allocation rules in the United States and Germany. *European Review of Private Law*, vol. 3, n. 1, 1995. Disponível em: [https://www.wiso.uni-hamburg.de/fileadmin/bwl/rechtderwirtschaft/institut/Veroeffentlichungen/Artikel\_36\_ConflictOfJurisdiction.pdf]. Acesso em: 22.10.2016.

Em qualquer relação intersubjetiva em que alguém atua em nome de outro, a teoria da agência demonstra que a dificuldade de monitoramento por qualquer razão – incluindo e não se limitando aos seus custos – e a inexistência de incentivos são fatores que podem levar mais facilmente à maximização de interesses próprios do agente, em detrimento da maximização dos interesses do principal.