

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE CIÊNCIAS ECONÔMICAS  
DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

FERNANDO SANTOS ARENHART

**A análise econômica da litigância:  
teoria e evidências**

Porto Alegre  
2009

FERNANDO SANTOS ARENHART

**A análise econômica da litigância:  
teoria e evidências**

Monografia apresentada ao Departamento de Economia como requisito final para obtenção do título de Bacharel em Ciências Econômicas.

Orientador Prof. Dr. Giacomo Balbinotto Neto

Porto Alegre

2009

## RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o fenômeno da litigância sob a ótica da teoria econômica, utilizando-se para tanto do instrumental da microeconomia (em especial a abordagem de Direito e Economia), assim como a análise de evidências empíricas e dos dados macroeconômicos ligados ao tema. No primeiro capítulo, será abordada a questão da integração entre Direito e Economia, como ela se desenvolveu e quais os pressupostos básicos da análise econômica. No capítulo subsequente, será apresentada a teoria econômica da litigância, buscando estabelecer um modelo microeconômico que proporcione a análise de suas principais determinantes. No terceiro capítulo serão apresentadas evidências empíricas sobre as causas da litigância no mundo e dados do Poder Judiciário no Brasil, buscando responder a questão referente às principais causas macroeconômicas de sua morosidade. A conclusão a que se chega é que alguns aspectos microeconômicos da litigância têm influência direta nos dados macroeconômicos sobre o tema e, no caso do Brasil, podem auxiliar no entendimento da baixa eficiência do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito e Economia, litigância, análise econômica, morosidade, Poder Judiciário.

## **ABSTRACT**

This paper wants to investigate litigation through an economic approach, using microeconomics tools (particularly economic analysis of law), and analyze related empirical evidences and macroeconomics data. In the first chapter, I will present the law and economics relationship and its evolution, and the basic assumptions about the economic approach to human behavior. In the next, I will develop the economic analysis of litigation, settling an useful microeconomics model. After, I will investigate empirical evidences about litigation causes around the world and the Brazil's legal system macroeconomics data, asking if the settled model can explain its lack of efficiency. The conclusion is that some microeconomics aspects of litigation has straightforward effects on its macroeconomics issues and, in Brazil, can help to understand the legal system's fails, like its inefficiency.

Keywords: law and economics, litigation, economic analysis, legal system's slowness.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES E GRÁFICOS

Figura 1 – Triangularização processual .....	39
Figura 2 – Árvore de decisão de um litígio .....	42
Figura 3 – O valor esperado de um litígio .....	51
Gráfico 1 – Escolha sob incerteza e posição em relação ao risco .....	54
Gráfico 2 – Processos como função dos danos .....	59
Gráfico 3 – Número de ações ajuizadas .....	59
Gráfico 4 – Regras processuais x Custo social .....	62
Gráfico 5 – Efeito de um aumento no número de advogados no mercado de serviços advocatícios .....	64
Gráfico 6 – Crescimento do PIB per capita x razão entre advogados e físicos.....	89
Gráfico 7 – Formalismo x Duração de uma cobrança judicial de cheque sem fundos .....	91
Gráfico 8 – Grau de formalismo x PNB per capita.....	92
Gráfico 9 – Evolução do formalismo para um caso de despejo.....	93
Gráfico 10 – Evolução do formalismo para a cobrança de cheque .....	93
Gráfico 11 – Taxa de congestionamento na primeira instância.....	99
Gráfico 12 – Taxa de congestionamento da segunda instância .....	99
Gráfico 13 – Custo e prazo para se cumprir um contrato .....	101
Gráfico 14 – Despesa do Judiciário x Despesa do Setor Público.....	104

## LISTA DE QUADROS E TABELAS

Quadro 1 – Relação entre otimismo e pessimismo exagerado das partes .....	75
Quadro 2 – Juízes por cem mil habitantes .....	100
Quadro 3 – Produtividade dos magistrados por tribunal/instância .....	103
Tabela 1 – Índices de litigiosidade .....	97
Tabela 2 – Custo e prazo estimado de recuperação de contrato de crédito .....	102

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AJG	Assistência Judiciária Gratuita
CF	Constituição Federal do Brasil
CJF	Conselho de Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil Brasileiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
NEVS	<i>Negative expected value suits</i>
PEVS	<i>Positive expected value suits</i>
PIB	Produto Interno Bruto
PNB	Produto Nacional Bruto
PPP	Paridade de poder de compra
SRJ	Secretaria da Reforma do Judiciário
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STM	Superior Tribunal Militar
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

## SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO .....	8
2 DIREITO E ECONOMIA .....	14
2.1 Evolução histórica do direito e economia .....	18
2.2 Pressupostos básicos .....	28
2.2.1 A racionalidade dos agentes .....	30
2.2.2 A existência de um mercado .....	33
2.2.3 Conteúdo informacional, custos e risco .....	34
3 A TEORIA ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA.....	37
3.1 A litigância.....	37
3.2 O modelo de análise da litigância.....	44
3.2.1 A decisão de litigar .....	48
3.2.2 A introdução do risco no modelo .....	53
3.2.3 Esforço privado .....	55
3.2.4 As causas principais da litigância .....	56
3.2.5 Custo social e erro judicial.....	60
3.2.6 O mercado de serviços advocatícios.....	63
3.2.7 Jogos de barganha e acordos .....	68
3.2.8 A troca de informações entre as partes .....	72
3.2.9 Litigância frívola .....	77
3.2.10 Julgamentos .....	80
3.2.11 Recursos .....	83
4 ASPECTOS MACROECONÔMICOS DA LITIGÂNCIA.....	86
4.1 Evidências empíricas .....	86
4.2. A litigância no brasil .....	94
4.2.1 Os problemas do poder judiciário .....	96
4.2.2 Litigiosidade, morosidade e recursos .....	97
5 CONCLUSÃO.....	107
REFERÊNCIAS.....	111

## 1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar a litigância do ponto de vista microeconômico, através da abordagem de *law and economics*, e macroeconômico, mediante a observação de algumas evidências empíricas e dados estatísticos referentes ao tema.

A abordagem de *law and economics*, ou de “Direito e Economia”<sup>1</sup>, pode ser definida, segundo Mercurio e Medema (1997, p. 3), como a aplicação da teoria econômica ao exame da formação, estrutura, processos, e impacto econômico do direito e das instituições jurídicas<sup>2</sup>. Cooter e Ulen (2000, p. 3), ao responderem o que é o Direito e Economia, ressaltam que a economia tem teoria precisas (teoria dos preços e teoria dos jogos) e métodos empíricos poderosos (estatística e econometria) para analisar o efeito do Direito no comportamento dos indivíduos.

Dnes (2005, p. 1), por sua vez, define a “Economia do Direito” como a aplicação dos princípios econômicos aos instrumentos, questões e procedimentos jurídicos. Tal abordagem, como se pode notar, busca analisar as leis através de modelos econômicos que se utilizam de instrumentos como a estatística, a matemática, a econometria, a microeconomia, a teoria dos jogos. Segundo Dias (2009):

[...] a Análise Econômica do Direito, em sua versão mais atual e difundida, busca oferecer uma padrão sistemático e analítico de reflexão sobre as normas jurídicas, as expectativas racionais de adoção daquilo que as normas impõem e a busca por soluções jurídicas realmente eficientes. (DIAS, 2009, p. 20).

A litigância se refere a litígio, que, segundo Silva (2000, p. 497), significa “[...] a *controvérsia* ou *discussão* formada em juízo, a respeito do direito ou da coisa, que

---

<sup>1</sup> A literatura estrangeira utiliza tradicionalmente as expressões “*law and economics*” e “*economic analysis of law*” para definir a abordagem de Direito e Economia. Apesar de existir alguma polêmica acerca da nomenclatura, neste trabalho será utilizada a expressão “Direito e Economia” em detrimento de outras como “Análise Econômica do Direito” ou “Economia do Direito”. Além de ser a expressão mais utilizada, “Direito e Economia” comporta melhor as diferentes correntes que integram o movimento, assim como evita a idéia de redução do Direito a mero objeto da Economia que a expressão “Análise Econômica do Direito” tende a passar.

<sup>2</sup> Cento Veljanovski (1994, p. 21), em definição similar, destaca a aplicação da teoria dos preços e a aplicação dos métodos estatísticos.

serve de objeto da ação ajuizada”. Já Spier (2008, p. 1) afirma que a expressão se relaciona ao processo de levar um argumento (ou demanda) a uma corte judicial onde uma decisão será tomada. Entretanto, não obstante Silva (2000, p. 497) afirmar que, a rigor, entende-se por litígio a demanda proposta na justiça e contestada, a litigância deve ser entendida aqui em um sentido mais amplo, envolvendo todos os passos desde o surgimento de um determinado conflito (e a decisão de levar ou não este a juízo) até a sua resolução (seja judicial, através do julgamento da demanda, seja através de um acordo). Apesar de tal processo ter etapas pré-judiciais, quando este se desenvolve em juízo é regrado pelas normas de Direito Processual.

O Direito Processual pode ser definido como o “Conjunto de regras e formas solenes que a lei estabelece para o exercício do direito de ação e movimentação desta” (NUNES, 1994, p. 346), ou “[...] o ramo da ciência jurídica que estuda e regulamenta o exercício, pelo Estado, da função jurisdicional” (CÂMARA, 2006, p. 5). Resumindo, o Direito Processual pode ser entendido como o conjunto de normas que tutelam a forma como o direito de ação<sup>3</sup> deve ser exercido. Abrange, assim, conforme Cooter e Ulen (2000, p. 373), todo o caminho percorrido por um processo judicial, desde o seu ajuizamento até a decisão final e, posteriormente, o cumprimento de tal decisão.

Assim, diferentes arranjos referentes às regras processuais podem modificar significativamente o andamento dos processos (e, conseqüentemente, os níveis de litigância), alterando variáveis que irão afetar as mais diferentes decisões dos agentes envolvidos: iniciar ou não uma disputa judicial; realizar ou não um acordo antes do julgamento; revelar ou não determinada informação; recorrer ou não da decisão proferida etc. Posner (2007, p. 593), ciente de tal relação, afirma que o objetivo de um sistema processual (*procedural system*), do ponto de vista econômico, é minimizar a soma de dois tipos de custos: os custos diretos e o custo das decisões judiciais equivocadas.

Patrício (2005) ressalta a importância da “teoria econômica da litigância” para um entendimento melhorado de alguns aspectos que reputa relevantes, tais como:

---

<sup>3</sup> Segundo Nunes (1994, p. 335), direito de ação é o “[...] poder ou faculdade de exercitar um direito subjetivo. Faculdade, inerente a toda pessoa capaz, com qualidade e interesse de agir, de ingressar em juízo para defender ou reivindicar um direito subjetivo ameaçado, turbado ou violado”.

1) a avaliação dos motivos econômicos que podem fazer surgir casos de litigância; 2) a ponderação das vantagens e desvantagens econômicas no recurso à litigância judicial ou a certas formas alternativas de resolução de litígios; e 3) quais as possíveis vias para a tentativa de resolução da tensão no binômio *justiça garantística/justiça célere* (PATRÍCIO, 2005, p. 9-11).

Ao colocar que a litigância obedece a critérios de racionalidade, Patrício (2005, p. 14) pondera que “[...] o que leva um determinado indivíduo a levar a sua questão em tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão.” Tal ponderação, continua, engloba duas vertentes essenciais: *micro-análise* (referente às partes envolvidas no litígio e seus incentivos privados) e *macro-análise* (referente à sociedade como um todo, ponderando-se a escolha desejável à luz do ótimo social).

Segundo levantamento do Conselho Nacional de Justiça (2009a) tramitou no Brasil no ano de 2008 um total de 202.645.656 processo judiciais<sup>4</sup>. Com relação à litigiosidade, foi apurado um índice de 13.282,75 casos novos por cem mil habitantes. Somando os 25.185.788 casos novos aos 44.942.652 casos pendentes de julgamento, a carga de trabalho média em 2008 foi de 4.458 casos por magistrado. Apesar da despesa total da Justiça (Federal, Estadual e do Trabalho) ter chegado a 1,16% do PIB nacional, a taxa de congestionamento média<sup>5</sup> ficou em 68,79%, ou seja, de cada 100 processos que chegaram à justiça em 2008, apenas 31 foram resolvidos.

Armando Castelar Pinheiro e Fábio Giambiagi (2006, p. 213) apontam a morosidade como o problema mais notório do Judiciário Brasileiro, afirmando que “A lentidão das decisões judiciais já é praticamente parte do folclore nacional e reconhecida pelos próprios magistrados”. Com efeito, segundo o relatório *Doing Business 2010 Brazil*, para se conseguir fazer cumprir judicialmente um contrato no Brasil, necessita-se aproximadamente 45 procedimentos, levando o processo em média 616 dias a um custo de 16,5% do valor da causa (BANCO MUNDIAL, 2009, p.

---

<sup>4</sup> Os dados abrangem apenas o Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho e Tribunais de Justiça dos Estados.

<sup>5</sup> Número de sentenças proferidas nos diversos tribunais e instâncias dividido pelo número resultante da soma dos casos novos e pendentes de julgamento (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009, p.72).

41). As causas da morosidade, bem conhecidas, seriam desde a possibilidade de impetrar um número elevado de recursos e de recorrer em três níveis de instâncias<sup>6</sup> superiores até problemas com a gestão administrativa dos tribunais.

Embora muitos magistrados apontem a falta de recursos como a principal razão de tal morosidade, Pinheiro e Giambiagi (2006, p. 213-214) afirmam que a melhoria da eficiência do Judiciário se daria, pelo lado da demanda, através da reforma do Código de Processo Civil, uma vez que, apesar de se ter aumentado o gasto com o judiciário ao longo dos últimos anos, a taxa de resolução de processos permaneceu relativamente estagnada. Segundo o Banco Mundial (2009, p. 41), nos últimos três relatórios *Doing Business* (referentes aos anos de 2007 a 2009), o Brasil tem se mantido praticamente na mesma posição do *ranking* relativo ao cumprimento judicial dos contratos, sem qualquer mudança no tempo médio decorrido entre o ajuizamento do processo e a sua resolução<sup>7</sup>.

Vê-se, portanto, a importância de estudar a litigância e suas causas, em especial através de uma abordagem econômica e de seus efeitos macroeconômicos. Patrício (2005, p. 10) ressalta “[...] a crescente importância do estudo da teoria *supra* mencionada [teoria econômica da litigância] para o aperfeiçoamento dos regimes processuais”, de acordo com as necessidades de Justiça das sociedades. É fato que as demandas judiciais consomem recursos preciosos, que poderiam ser alocados de forma diferente (e, *a priori*, de forma mais eficiente)<sup>8</sup>. Além disso, um nível de litigância exagerado não é algo socialmente

---

<sup>6</sup> O Poder Judiciário brasileiro é composto, segundo o art. 92 da Constituição Federal do Brasil (CF), pelos seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Conselho Nacional de Justiça, Superior Tribunal de Justiça. Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, Tribunais e Juízes do Trabalho, Tribunais e Juízes Eleitorais, Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Tais órgãos compõem, em geral, três níveis de instâncias ou graus de hierarquia: a primeira instância, referente ao juízo onde se iniciou a disputa (Juízos Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar e Estadual); a segunda instância, onde, via de regra, são processados os recursos referentes às decisões da primeira instância (Tribunais Regionais Federais, do Trabalho, Eleitorais, Militares e Estaduais); a terceira instância, composta por Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, que apreciam, via de regra, recursos referentes às decisões dos tribunais e onde há violação à Constituição ou a lei federal.

<sup>7</sup> Importante ressaltar que os relatórios *Doing Business* contabilizam a eficiência de se fazer valer um contrato comercial judicialmente através de pesquisa enviada a advogados dos diferentes países, com questões referentes ao número de procedimentos necessários, tempo decorrido e custo do processo.

<sup>8</sup> Segundo Pinheiro e Giambiagi (2006, p. 214) “Tudo indica que simplesmente continuar injetando mais recursos [no Judiciário], sem mudar a forma como as coisas são feitas, não vai resolver o problema, além de vir a desviar recursos que poderiam estar sendo mais bem aproveitados na saúde, na educação, na segurança pública etc.”.

desejável, pois tal fato pode determinar, por exemplo, uma maior morosidade do sistema judicial.

Por outro lado, o presente trabalho representa um dos primeiros estudos feitos no Brasil sobre a teoria econômica da litigância<sup>9</sup>. Assim, a relevância da análise da litigância sob o ponto de vista microeconômico está em poder levantar questões sobre o comportamento estratégico das partes que ainda não foram consideradas no debate acerca da melhoria da eficiência do Poder Judiciário. Conforme pondera Dias (2009, p. 23), “O que a análise econômica oferece de particular interesse para o estudioso do Direito é o método de raciocínio orientado para a solução eficiente de problemas.” Entretanto, este trabalho se limita a apontar alguns *insights* básicos sobre o tema, sendo necessário um aprofundamento sobre os pontos discutidos para alcançar tal objetivo. Tem-se, portanto, um grande campo de pesquisa nesta área que, segundo Dias (2009):

[...] tem sido de capital importância na formulação de normas capazes de orientar a atuação judicial de modo a realmente oferecer soluções eficientes e consentâneas de consagração do direito fundamental ao devido processo legal. (DIAS, 2009, p. 24).

A hipótese básica deste trabalho é que a litigância pode ser analisada do ponto de vista econômico, e que existem alguns aspectos microeconômicos no comportamento estratégico das partes durante um processo judicial fundamentais para a explicação de graves problemas macroeconômicos da atividade judiciária, em especial a sua eficiência.

De que forma as regras que regem os procedimentos judiciais afetam o comportamento dos indivíduos em juízo? Quais são e como são tomadas as decisões durante o trâmite de uma disputa judicial? As regras procedimentais podem incentivar comportamentos oportunistas? Os acordos e decisões judiciais minimizam os custos sociais? Os procedimentos judiciais são eficientes? Estas são algumas das perguntas a que se buscará resposta através do presente trabalho, servindo a teoria econômica de ferramenta para tanto.

---

<sup>9</sup> Recentemente foi lançada a obra “Análise econômica do processo civil brasileiro”, de Jean Carlos Dias (2009).

No próximo capítulo será abordada a questão da integração entre Direito e Economia, como ela se desenvolveu e quais os pressupostos básicos da análise econômica. Trata-se de um capítulo introdutório, destinado àqueles que não estão ambientados ao Direito e Economia. Na seção subsequente será apresentada a teoria econômica da litigância, buscando estabelecer um modelo microeconômico que proporcione a análise de suas principais determinantes, com base nos trabalhos de Baird, Gertner e Picker (1998), Cooter e Rubinfeld (1989), Cooter e Ulen (2000), Patrício (2005), Posner (2007) e Spier (2007). Na quarta seção serão apresentadas evidências empíricas da litigância no mundo e dados da atuação do Poder Judiciário no Brasil, buscando responder a questão referente às principais causas macroeconômicas de sua morosidade e ineficiência. Por fim, serão tecidas algumas considerações com base no que foi visto nas seções precedentes.

## 2 DIREITO E ECONOMIA

O objetivo deste capítulo é traçar as linhas gerais da integração entre Direito e Economia, apresentando a abordagem de *law and economics* e a sua evolução histórica (com ênfase na teoria econômica da litigância)<sup>10</sup>, bem como os principais pressupostos da teoria a ser apresentada no capítulo subsequente.

As sociedades contemporâneas, em sua quase totalidade, são estruturadas através de um conjunto de regras, necessárias à manutenção de certa ordem. Não há como conceber uma sociedade sem regras que determinem um mínimo a ser seguido como forma de manutenção da harmonia no convívio entre os indivíduos.

Hans Kelsen, em sua clássica “Teoria Pura do Direito”, buscou estabelecer o Direito como uma ciência autônoma,<sup>11</sup> de caráter normativo. Considerado um dos maiores juristas do século XX, sua teoria está na base da definição do Direito como uma ordem coativa<sup>12</sup> de conduta humana<sup>13</sup>. Assim, as normas jurídicas são indispensáveis à busca incessante da paz social, e em prol de tal objetivo necessitam de uma carga coercitiva, que busca garantir que sejam observadas pelos indivíduos.

Não obstante a dificuldade que sempre acompanhou a conceituação do termo, o Direito pode ser entendido objetivamente como um “[...] complexo orgânico, cujo conteúdo é constituído pela soma de preceitos, regras e leis, com as respectivas sanções, que regem as relações do homem, vivendo em sociedade”

---

<sup>10</sup> Para uma análise mais aprofundada acerca da evolução histórica do movimento de “Direito e Economia”, ver Battesini (2009).

<sup>11</sup> Kelsen (1998, p. 1), ao comentar a “pureza” de sua teoria, explica que esta “[...] se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito”. Sua intenção é “[...] libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos”, tais como a psicologia, sociologia, a ética e a teoria política. Posner (1995, p. 18) questiona tal noção (autonomia do direito), alegando ser impossível haver autonomia deste em face à sociedade e perante outras disciplinas, e que a tese da autonomia estaria fundada em uma preocupação, por parte dos juristas, do monopólio da prática do direito. Afirma ainda que a análise econômica do direito quase que por definição nega a autonomia do direito.

<sup>12</sup> “A característica dominante do Direito, no seu sentido objetivo, está portanto na *coação social*, meio de que se utiliza a própria sociedade para fazer respeitar os deveres jurídicos, que ela mesmo instituiu, a fim de manter a harmonia dos interesses gerais e implantar a ordem jurídica” (SILVA, 2000, p. 268).

<sup>13</sup> “Uma ‘ordem’ é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental de qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa ordem.” (KELSEN, 1998, p.33).

(SILVA, 2000, p. 268) ou, mais estritamente, “[...] o conjunto das normas jurídicas vigentes num país” (FERREIRA, 2004, p. 683-684).

Enquanto ciência, o Direito tem como objeto estabelecer e sistematizar “[...] as regras necessárias para assegurar o equilíbrio das funções do organismo social” (NUNES, 1994, p. 331). Para tanto, tradicionalmente a ciência jurídica teve um caráter eminentemente dogmático-normativo, principalmente no que se refere aos seus princípios gerais. A preocupação da Teoria Geral do Direito<sup>14</sup>, por tal razão, sempre esteve centrada no “dever ser” (idealismo), ou seja, na estipulação de normas com base na conduta ideal.

A Economia é, na clássica definição de Lionel Robbins (1935), a ciência que estuda o comportamento humano como uma relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos que possuem usos alternativos<sup>15</sup>. Samuelson (1967) apud Blackhouse e Medema (2008), define a Economia como o estudo de como os homens e a sociedade decidem, com ou sem a utilização de dinheiro, empregar recursos produtivos escassos, que possuem usos alternativos, para produzir diversas mercadorias ao longo do tempo e distribuí-las para consumo, agora e no futuro, entre diversas pessoas e grupos da sociedade<sup>16</sup>. Posner (2007, p. 3), tendo em vista o Direito e Economia, afirma que a Economia é a ciência da escolha racional em um mundo no qual os recursos são limitados em relação às necessidades humanas.

Apesar de possuir um caráter normativo, a Economia desenvolveu-se principalmente como uma ciência positiva, com o estabelecimento de um método bastante sofisticado para a análise do seu objeto<sup>17</sup>. Este, por sua vez, com o passar do tempo extrapolou as fronteiras do mercado, podendo-se afirmar “[...] que a teoria econômica ortodoxa mostrou-se uma poderosa ferramenta de análise dos

---

<sup>14</sup> Ou *jurisprudence*, conforme aponta Hart (1994, p. 301). Silva (2000, p. 469) afirma que “jurisprudência” equivale, modernamente, a Ciência do Direito; todavia, tal expressão serve também para designar o “[...] conjunto de decisões acerca de um mesmo assunto ou a coleção de decisões de um tribunal”.

<sup>15</sup> “Economics is the science which studies human behavior as a relationship between given ends and scarce means which have alternative uses” (ROBBINS, 1935, p. 16).

<sup>16</sup> “Economics is the study of how men and society choose, with or without the use of money, to employ scarce productive resources, which could have alternative uses, to produce various commodities over time and distribute them for consumption, now and in the future, among various people and groups in society” (SAMUELSON, 1967 apud BLACKHOUSE; MEDEMA, 2008).

<sup>17</sup> Sobre a metodologia da ciência econômica, ver Friedman (1966).

fenômenos, invadindo até mesmo o terreno de outras ciências sociais” (MONTEIRO, 2003, p. 207).

Efetivamente, durante o século XX, a ciência econômica teve o seu escopo ampliado, principalmente a partir do trabalho de Gary Becker (1976) sobre o comportamento humano, que contribuiu fortemente para a popularização da utilização da abordagem econômica por outras ciências sociais. O poder metodológico da ciência econômica fez Lazear (2000) acreditar na capacidade da economia ampliar o seu espaço e adentrar o campo de estudo de outras disciplinas sociais:

Economics is not only a social science, it is a genuine science. Like the physical sciences, economics uses a methodology that produces refutable implications and test these implications using solid statistical techniques. In particular, economics stresses three factors that distinguish it from other social sciences. Economists use the construct of rational individuals who engage in maximizing behavior. Economic models adhere strictly to the importance of equilibrium as part of any theory. Finally, a focus on efficiency leads economists to ask questions that other social sciences ignore. These ingredients have allowed economics to invade intellectual territory that was previously deemed to be outside the discipline's realm. (LAZEAR, 2000, p. 99).

O fato é que a abordagem econômica (principalmente aquela baseada na teoria econômica ortodoxa) efetivamente “invadiu” a esfera de outras ciências sociais, como demonstram estudos citados por Becker (1976, p. 9) sobre a evolução da linguagem (MARSCHAK, 1965), pena de morte (EHRlich, 1975), extinção de animais (SMITH, 1975), incidência de suicídios (HAMMERMESCH; SOSS, 1974). O próprio Becker (1992) aponta, em sua *Nobel Lecture*, a discriminação contra minorias, o crime e sua punição, o capital humano e a formação, dissolução e estrutura das famílias como exemplos de situações “não econômicas” que são objeto da abordagem econômica.

A tal movimento o Direito não ficou imune, e a integração, apesar de sua origem mais distante, se consolida na década de 1970 nos Estados Unidos, ficando conhecida como *law and economics*, ou “Direito e Economia”. Conforme já referido anteriormente, tal abordagem utiliza-se da teoria econômica e dos métodos econométricos ao exame da formação, estrutura, processos e impactos das leis e instituições jurídicas. Conforme Anthony Dnes (2005):

Interest has grown recently in the combined study often known as law and economics, for which the “economic analysis of law” is really a better description. Anyone with an interest in the institutional framework, i.e., the “rules of the game,” governing economic activity, will find the combined study useful in understanding how rules affect human incentives. The economics of law may be defined as the application of economic principles to legal instruments, questions, and procedures. It has many practical applications, such as helping with the drafting of laws or assessing the amount of damages required to return a person to the level of welfare enjoyed before an accident occurred. (DNES, 2005, p. 1).

O pressuposto básico para a aplicação da teoria econômica ao Direito é o comportamento racional dos indivíduos, que entendem as normas jurídicas como preços e procuram maximizar seu bem-estar. A partir de tais pressupostos, seria possível analisar qualquer tipo de comportamento social, conforme preceitua Gary Becker (1992):

I have been impressed by how many economists want to work on social issues rather than issues forming the traditional core of economics. At the same time, specialists from fields that do consider social questions are often attracted to the economic way of modelling behavior because of the analytical power provided by the assumption of individual rationality. Thriving schools of rational choice theorists and empirical researchers are active in sociology, law, political science, history, anthropology, and psychology. The rational choice model provides the most promising basis presently available for a unified approach to the analysis of the social world by scholars from the social sciences. (BECKER, 1992, p. 52).

Polinsky e Shavell (2008 p. 1), por sua vez, afirmam que o Direito e Economia busca identificar os efeitos das normas jurídicas no comportamento dos atores relevantes e determinar se tais efeitos são socialmente desejáveis.

Shäfer e Ott (2005, p. 3) definem tal abordagem como a aplicação da perspectiva da eficiência às normas jurídicas. E, ao questionarem qual seria a tarefa do Direito e Economia, Schäfer e Ott (2005, p. 11) destacam a análise dos seguintes objetos:

- a) a natureza e origem do sistema jurídico existente e sua distribuição de direitos;
- b) o efeito da estrutura jurídica na eficiência alocativa;

- c) as condições necessárias para o desenvolvimento e nascimento de estruturas jurídicas eficientes;
- d) como uma estrutura jurídica eficiente pode ser implementada.

Garoupa e Ginsburg (2009) descrevem com bastante clareza qual seria o objetivo e os principais pressupostos do Direito e Economia:

The Economic Analysis of Law investigates the answer to two fundamental questions: (a) a positive question concerning the impact of laws and regulations on the behavior of individuals, in terms of their decisions and the implications for social welfare; and (b) a normative question concerning the relative advantages of laws in terms of efficiency and social welfare. To answer these two questions, the Economic Analysis of Law applies the methodology of microeconomics analysis. Microeconomic analysis makes certain simplifying assumptions, namely that individuals respond to incentives and make their decisions in a rational way, comparing costs and benefits, given all available information. More recent developments have relaxed the assumption of full rationality to adopt a more realistic limited rationality assumption in the context of the so-called Behavioral Law and Economics. Another assumption is that the welfare of society is measured by aggregating the individual welfare of its members. (GAROUPA; GINSBURG, 2009, p. 1).

Não obstante os debates acerca de tal abordagem, *law and economics* tem demonstrado ser um instrumental extremamente útil para a análise dos problemas jurídicos. Segundo Posner (1989) apud Cooter e Ulen (2000, p. 1), o aspecto mais interessante do movimento de *law and economics* tem sido a sua aspiração em colocar o estudo da lei em uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e testes empíricos para testar as hipóteses.

## 2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO E ECONOMIA

Antes de adentrar a teoria econômica da litigância, convém estabelecer um breve histórico do movimento de *law and economics*, de forma a esclarecer a abrangência do atual movimento e localizar mais precisamente a abordagem que fundamenta o presente estudo. E, apesar da aplicação dos conceitos econômicos para um melhor entendimento do Direito parecer ser algo relativamente recente,

alguns conceitos chave são muito anteriores ao movimento que surgiu no EUA na década de 1950 e se tornou popular a partir da década de 1970.

O Direito e Economia pode ser entendido, conforme já mencionado, como a aplicação da teoria econômica para examinar o Direito e as instituições jurídicas. Tal definição, abrangente, considera as instituições jurídicas não como fatores exógenos, mas como variáveis do sistema. Nesse sentido, seminal o trabalho de Douglass North, que buscou demonstrar a importância das instituições para o desenvolvimento econômico, sendo laureado, em 1993, com o Prêmio Nobel de Economia. Assim, a ambição de tal abordagem é muito maior do que a sua aplicação em áreas como a da regulação econômica ou política antitruste, buscando espaço em todas as áreas do Direito<sup>18</sup>.

Com efeito, até a década de 1960, o Direito e Economia era quase que somente reconhecido por sua ligação com questões antitruste, embora houvesse algum trabalho econômico em questões tributárias, empresariais, referente a patentes e contratos, utilidade pública e regulação de transportes.

A atual encarnação do Direito e Economia teve origem nos Estados Unidos nos fins da década de 1950, e encontrou aceitação dentro da comunidade jurídica a partir da década de 1970, principalmente devido aos trabalhos de Richard A. Posner.<sup>19</sup> Mackaay (2000, p. 67) nomina tal movimento de “Segunda Onda” de *law and economics*, precedida pela “Primeira Onda”, esta desenvolvida entre o fim do século XIX e o início do século XX, e que procurava mostrar quão melhor podia ser entendido o Direito através de conceitos e métodos econômicos: “For the rational study of the law the black-letter man may be the man of the present, but the man of the future is the man of statistics and the master of economics” (HOLMES, 1897 apud MACKAAY, 2000, p. 66).

Entretanto, tais movimentos foram antecidos por autores que devem ser considerados os precursores da integração entre o Direito e a Economia. Considerado o pai da ciência econômica, Adam Smith já estava preocupado, em

---

<sup>18</sup> Posner (2007) utiliza a abordagem econômica para a análise da propriedade, contratos, direito de família, responsabilidade civil, direito penal, processo judicial, direito constitucional, discriminação racial. Cooter e Ulen (2000) analisam direito de propriedade, contratos, responsabilidade civil, processo judicial e direito penal. Schäfer e Ott (2005) abordam a responsabilidade civil, contratos e direitos de propriedade. Pinheiro e Saddi (2005) tratam de propriedade e contratos, falências, regulação e defesa da concorrência.

<sup>19</sup> Especialmente o livro “Economic analysis of law”, de 1973.

pleno século XVIII, com os efeitos econômicos das leis mercantilistas, chamando atenção para os efeitos incentivadores da legislação em um determinado sistema econômico:

For if the legislature should appoint pecuniary rewards for the inventors of new machines, etc., they would hardly ever be so precisely proportioned to the merit of the invention as it is. For here, if the invention be good and such as is profitable to mankind, he will probably make a fortune by it; but if it be of no value he also will reap no benefit. (SMITH, 1776 apud MACKAAY, 2000, p. 68).

Antes disso, porém, foram desenvolvidos inúmeros trabalhos por pensadores que podem ser considerados os precursores do Direito e Economia. Muito antes de Adam Smith escrever “A riqueza das nações”, obra tida como a fundadora da ciência econômica, já podiam ser encontrados escritos no qual o comportamento humano era analisado como o resultado de uma escolha racional, fundada no cálculo dos custos e benefícios de determinada ação. Mackaay (2000, p. 68) cita a obra de Maquiavel e Hobbes como exemplos de tal análise.

David Hume, contemporâneo de Adam Smith, em seu “Tratado da Natureza Humana”, de 1739-1740, apresentava a lei como um conjunto de convenções que os seres humanos haviam aprendido para tornar possível a cooperação em um mundo de escassez. A lei é vista sob a ótica utilitarista, como um instrumento de promoção do bem-estar público.

No fim do século XVIII, Beccaria e Bellamy (1995), através de seus trabalhos sobre o efeito desmotivador das sanções penais, tiveram um importante *insight* sobre a análise das leis. Posteriormente Jeremy Bentham associou legislação e utilitarismo na composição de seu “cálculo hedonista”, utilizado para a análise de diversas questões jurídicas. Entretanto, apesar de diversos escritos, não houve a formação de um entendimento sistemático da lei através de um modelo de escolha racional.

Becker (1976, p. 9) afirma que Marx e seus seguidores também aplicavam a abordagem econômica em sua análise. Esclarece, entretanto, que para os marxistas, tal abordagem significava que a organização da produção seria decisiva na organização da estrutura política e social, colocando ênfase no conflito entre capitalistas e trabalhadores, e a subjugação destes últimos pelos primeiros.

A “Primeira Onda” de *law and economics* buscava justamente isso. Surgida na Europa entre economistas, representava pontos de vista heterogêneos, através da busca pela determinação de como os direitos eram determinados histórica e funcionalmente nas diferentes sociedades. Refutando a resposta dada pelo jusnaturalismo<sup>20</sup>, que não explicava as variações dos direitos no tempo e no espaço, acreditavam que tais mudanças se davam em reflexo a mudanças nas condições econômicas.

Na Europa, tal movimento teve maior força na Alemanha, através da chamada “Escola Histórica”, que entendia que o Direito tinha como condicionante as questões econômicas e sociais. Tal movimento, tendo ganhado força entre juristas e historiadores a partir da década de 1870, tinha como principais representantes Otto Von Gierke e Rudolf Von Jhering na Alemanha e Henry J. S. Maine na Inglaterra. Destacam-se ainda os trabalhos no âmbito da tradição da escola austríaca, em especial os de Carl Menger e Victor Mataja. Da Europa o movimento migrou para os Estados Unidos, onde ficou conhecido como (Velho) Institucionalismo, sendo alguns de seus mais expoentes representantes Thorstein Veblen e John R. Commons.

O aspecto econômico dos estudos históricos desenvolvidos pelos autores dessa primeira onda de *law and economics* estava no fato de se basearem na análise dos custos e benefícios para os indivíduos, que escolhem racionalmente em um ambiente de escassez de recursos.

Com o aumento da especialização entre os cientistas sociais, levando os economistas a restringir seu foco a questões mais ligadas aos mercados (instituições eram consideradas variáveis exógenas do modelo), o movimento foi perdendo fôlego. Contribuiu ainda para tal o aumento da indeterminação acerca da verdadeira metodologia econômica, eis que a revolução marginalista ainda não havia tomado o seu lugar. Faltava ainda uma teoria, apesar do amplo material descritivo produzido pelos autores do movimento.

---

<sup>20</sup> Trata-se de uma corrente de pensamento que afirma a existência de um “Direito Natural”, ou seja, um direito cujo conteúdo é estabelecido pela própria natureza da realidade e, portanto, válido em qualquer local e sob qualquer circunstância. Hart (1994, p. 202) afirma que as teorias clássicas do Direito Natural assumem que “[...] há certos princípios de conduta humana, que esperam a descoberta pela razão humana, com os quais o direito feito pelos homens deve se conformar para ser válido”, ou, como expõe Kelsen (1998, p. 76), “[...] que o Direito é, segundo a sua própria essência, moral”.

Na comunidade jurídica o movimento não teve melhor sorte. A incompreensão acerca da verdadeira essência da economia (individualismo metodológico e racionalismo instrumental) fazia com que os juristas tivessem, segundo Del Vecchio apud Mackaay (2000, p. 71) a visão de que os fatores econômicos, por si só, não podiam contribuir para a grandeza das “[...] tendências e aspirações da alma humana” refletida na lei. Tal incompreensão persistente tornou-se uma barreira ao movimento, que acabou esmorecendo.

Mackaay (2000) aponta então o surgimento de uma segunda onda, dividindo-a em quatro estágios distintos: 1) o início; 2) a proposta de um paradigma (1958-1973); 3) a aceitação do paradigma (1973-1980); 4) a crítica ao paradigma (1976-1983) e 5) a agitação do movimento (1983-hoje).

O primeiro estágio remonta a década de 1930, quando começaram a surgir nos EUA novos estudos revivendo a ligação entre Direito e Economia, mas sob um enfoque diferente dos escritos da fase anterior. É nesse contexto que surge o famoso estudo de Ronald Coase sobre a natureza da firma (1937), indicando o caminho a ser seguido. Todavia, o verdadeiro renascimento se deu na década de 1940 na Universidade de Chicago, sob a batuta de Aaron Director.

Director era economista, mas havia sido designado para a Escola de Direito da universidade em substituição a Henry Simons. No departamento de economia, Director era colega de Frank Knight, George Stigler e Milton Friedman, grupo que ficou conhecido como a “Escola de Chicago”. Tal escola econômica adotava uma abordagem diferente na sua análise, através da elaboração de teorias com hipóteses que eram testadas através de pesquisas empíricas. Havia forte fundamento na teoria neoclássica e defesa do livre mercado.

Tendo em conta o ambiente em que Aaron Director estava inserido, fica fácil entender sua tentativa de fazer com que seus novos colegas do Departamento de Direito levassem a análise econômica a sério. Assim, Director aplicou a análise econômica em seus estudos de casos judiciais, em especial à legislação antitruste. E, durante as décadas de 1940 e 1950, publicou diversos trabalhos sobre falências, regulação de seguros, direito trabalhista, tributação, responsabilidade civil, dentre outros assuntos.

Tal período foi descrito por Posner e outros como a “velha” escola de *law and economics*, em contraste com a “nova” escola, surgida na década de 1960, e que buscava aplicar a economia ao centro das doutrinas jurídicas e em matérias como contratos, direitos de propriedade, responsabilidade civil e criminal. Sobre a “nova” *law and economics*, afirma Rowley:

[...] its distinctive feature is the application of market economics to legal institutions, rules, and procedures which in certain areas (notably in tort and crime) are not conventionally seen to influence market behavior, but which indeed are defined in terms of market failure. (ROWLEY, 1989b apud MACKAAY, 2000, p. 72).

A mudança da “velha” para a “nova” Análise Econômica do Direito se deu, em grande parte, pela influência dos trabalhos de Gary Becker, que mostrou a relevância da metodologia econômica para a análise de comportamentos não necessariamente relacionados a situações típicas de mercado, tais como discriminação de minorias, crimes e penas, capital humano, formação, dissolução e estrutura das famílias, etc.<sup>21</sup> Por tal contribuição Becker recebeu, em 1992, o Prêmio Nobel de Economia.

Mas os fatos determinantes para proposição de um novo paradigma (a introdução da economia nas principais áreas do direito) ocorreram entre 1958 e 1961. O primeiro fato crucial foi a criação, em 1958, do *Journal of Law and Economics*, cujo primeiro editor foi Aaron Director. O segundo ocorreu em 1960, com a publicação, no referido jornal, de um artigo de Ronald Coase intitulado “*The problem of social cost*”.

No referido artigo, Coase (1960) expõe que as externalidades<sup>22</sup> não são motivo para a intervenção governamental, mas significam apenas que os direitos de propriedade não estão adequadamente especificados. Ou seja, direitos de propriedade bem definidos podem resolver os problemas causados pelas externalidades. De suma importância em tal artigo é o conceito de custos de transação, que Coase definia como aqueles necessários para a identificação dos potenciais parceiros contratuais, para se chegar a um acordo com ele e para

---

<sup>21</sup> Um resumo do pensamento de Gary Becker sobre a forma “econômica” de analisar assuntos diversos da vida cotidiana pode ser conferido em Becker (1992).

<sup>22</sup> Externalidades são, segundo Laffont (2008, p. 1), efeitos indiretos da atividade de consumo ou produção e que não são negociados nos mercados.

monitorar o cumprimento do mesmo<sup>23</sup>. Tal conceito, desenvolvido posteriormente (até hoje existem discussões acerca de sua definição)<sup>24</sup>, ofereceu um poderoso *insight* para a análise do Direito, eis que a diminuição dos custos de transação é questão diretamente ligada à eficiência das leis e das instituições jurídicas.

Outro artigo importante citado por Mackaay (2000) foi escrito por Armen A. Alchian no final da década de 1950, e se chama “*Some economics of property rights*”. Apesar de ter circulado bastante, o artigo, que examina os efeitos das diferenças entre propriedade pública e privada e as trata como variáveis econômicas que podem ser manipuladas, somente foi publicado em 1965.

Em 1961 Guido Calabresi, da Universidade de Yale, escreve um *paper* intitulado “*Some thoughts on risk-distribution and the law of torts*”, referindo-se à responsabilidade civil como um sistema indutor do nível adequado de cuidado em atividades potencialmente prejudiciais a terceiros.

Estes três artigos se tornaram inspiração para um sem número de economistas, e se mostraram responsáveis por uma enxurrada de artigos, nas mais diversas áreas do Direito. Todavia, a literatura da época era produzida predominantemente por economistas, sendo exceção os nomes de Henry Manne e Guido Calabresi. Estes tiveram um papel fundamental na disseminação da abordagem econômica no meio jurídico.

Henry Manne organizou, a partir de 1971, diversos pequenos cursos intensivos de Economia para advogados e juízes, e de Direito para economistas. Já a importância de Guido Calabresi foi assim descrita por Cento Veljanovski (1994, p. 30): “A qualidade especial da contribuição de Calabresi consistiu em mostrar o poder de alguns simples princípios de economia para racionalizar toda uma lei, e desenvolver uma base coerente para o seu aperfeiçoamento”.

Mackaay (2000) destaca três eventos que caracterizariam o início de uma nova etapa na história da relação entre Direito e Economia, com o ingresso da

---

<sup>23</sup> Veljanovski (1994, p. 31) afirma que, de acordo com o “Teorema de Coase”, quando os custos de transação ou negociação são nulos, os direitos de propriedade serão transferidos aos agentes que atribuem o maior valor a eles.

<sup>24</sup> Pinheiro e Saddi (2005, p. 61-62, 75) reconhecem a existência de diversas definições acerca dos custos de transação e buscam apresentar a sua noção mais corrente: “custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado”.

abordagem nas escolas de direito e a sua definitiva aceitação por parte dos juristas: 1) a fundação, em 1972, do *Journal of Legal Studies*, na Universidade de Chicago; 2) a primeira publicação do livro “*Economic Analysis of Law*”, de Richard Posner, em 1973; 3) a organização, por Henry Manne, a partir de 1971, dos cursos acima referidos (*Economics Institute for Law Professor*).

A importância do livro de Posner (1973) está no fato de que foi escrito por um jurista, para juristas, e em um estilo claro e direto. Dentre as várias matérias abordadas, Posner faz uma análise econômica do processo judicial, traçando as bases do que viria a ser a teoria econômica da litigância. Como ponto central está a afirmação de que o sistema processual, do ponto de vista econômico, tem como objetivo a minimização dos custos dos erros judiciais e dos diretos (custos sociais).

Tal afirmativa acompanha sua principal tese acerca da eficiência da *common law*. Posner acreditava (e ainda hoje acredita) que todas as regras da tradição da *common law* refletiam uma eficiência lógica, objetivando evitar o desperdício ou então maximizar a riqueza da sociedade. A discussão acerca de tal tese foi o programa de pesquisa que ocupou a comunidade da *law and economics* durante a década de 1970. A controvérsia acerca da eficiência da *common law* iniciou uma etapa seguinte na história da *law and economics*, denominada por Mackaay como o questionamento do paradigma. As principais críticas eram feitas pelos institucionalistas, mas outros autores de outras escolas participaram do debate: Dworkin e Fried (filósofos legais), Horwitz e Kennedy (da escola dos Estudos Críticos do Direito), Calabresi e Kronman (juristas da tradição de Yale), Rizzo (da escola austríaca).

A tese da eficiência levou ainda a outro debate, que segue até hoje, acerca de qual sistema jurídico seria eficiente. Battesini (2009, p. 57) ressalta que Gordon Tullock, em seu livro “*The logic of law*”, de 1971, já se opunha à tese de eficiência da *common law*. Segundo Tullock, a *common law* seria um sistema em crise, propondo este a superioridade do sistema da *civil law*.

Apesar do debate e das críticas, a abordagem de *law and economics* de Chicago não foi seriamente abalada. Posner seguiu publicando seus trabalhos, assim como continuaram funcionando plenamente o *Journal of Law and Economics* e o *Journal of Legal Studies*. A partir de 1979 foram lançados uma série de relatórios anuais chamado “*The research in law and economics*”. Assim, a década de 1980 foi,

nos EUA, um período de maturação e consolidação do Direito e Economia. O que havia mudado a partir da crítica à escola de Chicago é que os debates passaram a permitir pontos de vista dissonantes daqueles fundados na teoria neoclássica.

Assim, além da escola de Chicago de *law and economics*, participavam do debate diversas outras, tais como a escola da Escolha Pública (*public choice theory*), a escola Institucional (*Institutional Law and Economics*) e Neo-Institucional (*Neo-institutional Law and Economics*), além da escola Austríaca (*Austrian Law and Economics*). Resultado de tal diversificação foi a fundação, em 1981, do jornal *International Review of Law and Economics*.

No ano de 1985, em Yale, foi a vez da fundação do *Journal of Law, Economics and Organization*, que em sua primeira edição tinha a seguinte observação de seus editores: “[Law and economics] has expanded to take account of the institutional forms within which legal rules and transactions take place” (LEO, 1985 apud MACKAAY, 2000, p. 80).

Como já dito, o desenvolvimento da *law and economics* fez surgir uma grande agenda de pesquisa, em grande parte baseada na proposta da escola de Chicago, tendo como principais temas: 1) instituições; 2) estudos históricos (*comparative law*); 3) comportamento estratégico; 4) racionalidade limitada dos agentes; 5) incerteza e empreendedorismo; 6) escolha pública; 7) regulação econômica; 8) teoria dos jogos; 9) relação entre *law and economics* e a sociologia do direito. Acerca de tal diversificação, Posner faz a seguinte repreensão:

[...] too many bells and whistles will stop the analytic engine in its tracks. [...] A commitment to a relatively simple economic model, one that does not supply a facile explanation for every regularity (or peculiarity) in human behavior, forces the analyst to think hard before discarding the possibility that the behavior under scrutiny may indeed be rational in a straightforward sense. By the same token, a too-great readiness to abandon the simple model in favor of alternative approaches to behavior at the first sign of difficulty carries the risk to overlooking promising avenues for economic analysis. (POSNER, 1989 apud MACKAAY, 2000, p. 81).

O contraponto é dado por Backhaus e Stephen (1994, apud Mackaay, 2000, p. 81): “considerable disappointment with the lack of usefulness for practical economic policy of much rigorous theoretical work in economics has resulted in a resurgence of institutionally rich economic work”.

Battesini (2009, p. 86) afirma que, apesar de ser incontestável a influência do movimento de *law and economics* nos Estados Unidos, somente a partir da década de 1990 é que há uma intensificação em seu processo de internacionalização, contudo sem alcançar a mesma influência que em seu país de origem. Especificamente no Brasil, Battesini (2009, p. 92) afirma que, “[...] apesar de pouco difundido, o movimento de direito e economia vem gradualmente ocupando espaços”, destacando trabalhos oriundos da Universidade de São Paulo e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, assim como os livros organizados por Décio Zylberstajn e Rachel Stajn (“Direito e Economia, Análise Econômica do Direito e das Obrigações”, de 2005) e por Luciano Timm (“Direito e Economia”, de 2005), e a obra de maior referência, “Direito, Economia e Mercados”, de Pinheiro e Saddi (2006). Recentemente houve o lançamento do livro de Dias (2009), sendo a primeira publicação nacional acerca da teoria econômica aplicada ao processo civil.

Com relação à teoria econômica da litigância, Patrício (2005, p. 9) aponta suas origens em três artigos seminais: 1) “*An economic analysis of courts*”, de William M. Landes, publicado em 1971 no *Journal of Law and Economics*; 2) “*The economics of legal conflicts*”, de John P. Gould, publicado em 1973 no *Journal of Legal Studies*; e 3) “*An economic approach to legal procedure and judicial administration*”, de Richard A. Posner, publicado em 1973 no *Journal of Legal Studies*. Outro artigo importante é publicado em 1989 no *Journal of Economic Literature*, denominado “*Analysis of legal disputes and their resolution*”, de Coooter e Rubinfeld (1989). As obras referenciais com relação à análise econômica da litigância são os livros de Posner (2007), Shavell (2004), Coooter e Ulen (2000) e Patrício (2005), e os artigos de Spier (2007) e Kobaiashi e Parker (2000).

Convém ressaltar que o presente trabalho tem como fundamento teórico a abordagem de *law and economics* na versão que lhe é dada pela Escola de Chicago, ou seja, uma abordagem mais ligada à teoria econômica neoclássica, com a utilização de conceitos estatísticos e forte apoio na teoria dos jogos e no que pode ser chamado de Economia da Informação.

## 2.2 PRESSUPOSTOS BÁSICOS

O Direito pode ser entendido como um fenômeno social. Estritamente, nada mais é do que a normatização do comportamento humano, através de um sistema de regras cogentes. Assim, para que o Direito seja objeto da análise econômica, mostra-se imprescindível o estabelecimento de pressupostos (hipóteses acerca do funcionamento do comportamento humano) que tornem tal metodologia (econômica) aplicável.

Gary Becker (1976, p. 5), ao reconhecer a abordagem econômica como aplicável a qualquer comportamento humano, afirma que esta está baseada em duas assunções: 1) o comportamento maximizador dos indivíduos e; 2) a existência de mercados que coordenem as ações dos diferentes participantes, tal que seus comportamentos se tornem mutuamente consistentes. O entendimento de que tais pressupostos estão presentes na maioria das situações levou Becker a afirmar:

I have come to the position that the economic approach is a comprehensive one that is applicable to all human behavior, be it behavior involving moneyprices or imputed shadow prices, repeated or infrequent decisions, large or minor decisions, emotional or mechanical ends, rich or poor persons, men or women, adults or children, brilliant or stupid persons, patients or therapists, businessman or politicians, teachers or students. (BECKER, 1976, p. 8).

Muito tempo antes Jeremy Bentham havia escrito a respeito das motivações que nos levam a determinadas condutas:

Nature has placed mankind under the governance of two sovereign masters, pain and pleasure. It is for them alone to point out what we ought to do, as well as to determine what we shall do [...] They govern us in all we do, in all we say, in all we think. (BENTHAM apud BECKER, 1976, p. 8).

Posner (1987, p. 5) cita as seguintes premissas básicas para que a análise econômica seja aplicável a situações jurídicas não ligadas diretamente a mercados: 1) as pessoas agem como maximizadoras racionais de suas satisfações; 2) as

regras de direito agem de forma a impor preços às atividades que regula, alterando o montante ou as características de tal atividade.

Tanto Becker (1976) quanto Posner (2007) afirmam que é necessário supor que os indivíduos sejam racionais, tendo comportamentos maximizadores, e que exista uma espécie de mercado onde haverá a interação dos agentes. Convém esclarecer que tais pressupostos não devem ser considerados em termos absolutos, mas observáveis em regra.

Shäfer e Ott (2005, p. 3), por outro lado, afirmam que a abordagem de Direito e Economia é uma aplicação da perspectiva da eficiência às normas jurídicas. Por eficiência entendem atingir a maior satisfação possível das necessidades com os recursos escassos disponíveis. Todavia, o objetivo da eficiência exige a maximização racional de algum valor, e o ambiente caracteriza o mercado onde ocorrem as trocas. Dessa forma, os referidos autores concluem:

If, however, we define economics as the study of how a society meets its material needs, then it is obvious that the legal system is a subject for economic analysis as well as a whole range of other subjects [...] In fact, we could say that any social phenomenon in which we can assume scarcity and methodological individualism is a legitimate domain of analysis for economists. (SHÄFER e OTT, 2005, p. 50).

A escassez se refere, na economia, ao fato de as pessoas terem necessidades ilimitadas mas recursos apenas limitados. E, considerando a escassez como fato, necessariamente as decisões devem estar pautadas pela eficiência. Ao lado da escassez, Schäfer e Ott (2005, p. 51) apontam como premissa da economia a regra do “egoísmo racional”, ou seja, a hipótese de que as pessoas buscam sempre o melhor para si de acordo com os seus interesses particulares. Assim, apenas o indivíduo pode julgar o que é bom ou ruim para ele próprio.

Por outro lado, o Direito e Economia também está ligado ao que Schäfer e Ott (2005, p. 4-5) chamam “conseqüencialismo”, ou “ética conseqüencialista”. Tal significa que esta abordagem levará em conta apenas os efeitos dos comportamentos e escolhas, sendo irrelevante o componente deontológico<sup>25</sup> destas.

---

<sup>25</sup> Segundo o deontologismo, o valor de uma ação, comportamento ou decisão está nela própria, e não nas suas conseqüências (SHÄFER e OTT, 2005, p. 5).

### 2.2.1 A racionalidade dos agentes

Não obstante o entendimento acerca do conteúdo da análise econômica, todas as hipóteses acima apontam para uma primeira suposição para que a teoria possa ser utilizada como instrumento de análise do Direito: a racionalidade. Segundo tal princípio, cada indivíduo age de acordo com seus interesses, de forma a buscar escolher aquilo que deseja ao invés do que não deseja. O indivíduo racional tem um objetivo claro (qualquer que seja, podendo ser ou não um objetivo egoísta) e emprega os meios disponíveis para alcançá-lo, com o menor desperdício de recursos possíveis (otimização).

Deve-se levar em conta que a racionalidade não significa exclusivamente a maximização da riqueza individual (simplificação do conceito de *homo oeconomicus*), apesar deste comportamento também ser racional. Também não há necessidade de que o agente esteja plenamente consciente das suas escolhas: Shäfer e Ott (2005, p. 52) apontam como exemplo de racionalidade inconsciente (ou genética) o vôo de um animal ou a sua luta por sobrevivência. Além disso, a racionalidade dos agentes não necessariamente precisa ser absoluta, mas deve se confirmar como regra<sup>26</sup>. Assim, apesar de ser possível que certos indivíduos tomem algumas decisões de forma irracional (apesar de tal irracionalidade, na maioria das vezes, ser apenas aparente), tal comportamento deve ser entendido como exceção, sob pena de se tornar impossível a teorização acerca de determinados padrões sociais.

Aliás, se a irracionalidade fosse a regra, o Direito perderia toda a sua efetividade, uma vez que os indivíduos não observariam as normas de conduta postas. Ora, independentemente daquilo que nos faz agir de uma forma ou de outra (princípios morais, hedonismo, tradição, coação, etc.), nossas condutas sempre estão balizadas por um juízo de racionalidade, mesmo que limitado. Assim, se entendermos o Direito como um conjunto de ordens coercivas tendo como objetivo a definição de condutas tidas como ideais (pelo menos em algum sentido), o seu

---

<sup>26</sup> A moderna análise econômica, ciente da limitação cognociva dos indivíduos (impossibilidade de um cálculo perfeito de todos os ganhos possíveis e suas probabilidades atreladas) e, principalmente a partir do trabalho de Herbert A. Simon, trabalha com uma hipótese de racionalidade limitada, devendo-se tal limitação principalmente ao fato da informação raramente ser completa e da existência de custos não previstos.

funcionamento necessariamente estará vinculado ao fato de a maioria dos indivíduos cumprirem a norma para evitar tal coerção. E tal submissão (ou mesmo na grande parte dos casos a insubordinação) à norma só ocorre através de um juízo de racionalidade.

Como decorrência direta da racionalidade temos a hipótese do comportamento maximizador dos indivíduos. Basicamente, devemos pressupor que, se o agente está agindo racionalmente, seu objetivo será tirar o máximo proveito possível (maximizar a utilidade) na tomada de uma determinada decisão, de acordo com um determinado valor que entenda desejável. São exemplos clássicos de tais valores a utilidade, os ganhos econômicos, o prazer, a liberdade, etc.

Shäfer e Ott (2005, p. 52) relacionam três axiomas básicos que formariam o cerne da moderna teoria da decisão: a) a completitude (*completeness*)<sup>27</sup> ou integralidade; b) a reflexividade (*reflexivity*)<sup>28</sup> e; c) a transitividade (*transitivity*)<sup>29</sup>. Varian (2000, p. 37) chama tais pressupostos acerca das preferências individuais de “axiomas” da teoria do consumidor. Shäfer e Ott (2005, p. 52-54) incluem ainda dois outros pressupostos da racionalidade, quais sejam: d) a independência (*independence*) e; e) a consistência (*consistency*)<sup>30</sup>.

Considerando que a violação dos axiomas da transitividade e consistência pode se dar em razão de uma mudança de preferências dos indivíduos, devemos assumir que estas são estáveis, ou seja, não mudam substancialmente com o passar do tempo. E, apesar da estabilidade das preferências não ser uma hipótese

---

<sup>27</sup> A completitude significa que qualquer pessoa é capaz de efetuar comparações entre todas as alternativas disponíveis e estabelecer uma escala ordenada de preferências entre elas (o indivíduo compara  $x$  e  $y$  e afirma se  $x$  é melhor, pior ou igual a  $y$ ). Apenas para registro, certas situações extremas podem tornar impossível a escolha entre determinadas alternativas (escolhas de vida e morte); todavia, como o objeto deste trabalho é a litigância e seus desdobramentos processuais, o axioma da preferência completa não impõe maiores dificuldades.

<sup>28</sup> A reflexividade significa que qualquer alternativa  $x$  é pelo menos tão boa quanto ela mesma. Varian (2000, p. 37) afirma ser trivial tal axioma, eis que qualquer cesta (ou escolha) é pelo menos tão boa quanto uma outra que lhe seja idêntica.

<sup>29</sup> A transitividade, por sua vez, quer dizer que, se um determinado indivíduo prefere  $a$  a  $b$ , e  $b$  a  $c$ , então podemos dizer que  $a$  é preferível a  $c$ . Apesar de problemática – Varian (2000, p. 37) afirma que tal pressuposto não parece ser imperioso em termos de lógica pura, a transitividade das preferências é uma hipótese necessária para a teorização do comportamento racional, e consegue descrever corretamente o comportamento humano normalmente observado.

<sup>30</sup> A independência afirma que se uma pessoa prefere uma alternativa  $x$  a outra  $y$ , tal preferência se mantém apesar de existir alguma probabilidade específica dela não receber nem  $x$  e nem  $y$ , mas  $z$ . A consistência diz que se alguém prefere uma alternativa  $x$  a outra  $y$ , então deve preferir a probabilidade de receber  $x$  à probabilidade de receber  $y$ .

muito realista, tal pressuposto se torna necessário para que se estabeleçam certos padrões de comportamento que possam ser objeto da teoria que será exposta.

Aliás, Shäfer e Ott (2005, p. 53) ponderam que, apesar dos críticos da teoria da escolha racional alegarem que o comportamento do consumidor (ou agente) raramente preenche as condições dos cinco pressupostos, muitos dos comportamentos tidos como irracionais podem se dar em razão de falta da informação necessária para decidir pela melhor escolha, o que não invalida a teoria.

Patrício (2005, p. 13-14), ao referir que a litigância obedece a “critérios de racionalidade”, evidencia o caráter tendencial ou probabilístico dos comportamentos humanos (com a necessária consideração de possíveis margens de erro ou desvios padrões), que seguem certos padrões que ajudam na compreensão dos fenômenos de massa. Após, conclui:

Pode afirmar-se, com razoável segurança, que a ponderação custos-benefícios é natural ao raciocínio de qualquer indivíduo, o que pode ser aferido ao nível das decisões económicas individuais e, por uma extensão admissível, também ao nível das decisões colectivas. [...] No caso específico da litigância, a utilização desta ponderação parece, aliás, constituir uma evidência, pois o que leva um determinado indivíduo a colocar a sua questão em Tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão. (PATRÍCIO, 2005, p. 14).

Para Patrício (2005, p. 15), a “análise custos-benefícios” nada mais é do que a consideração daquilo que condiciona as escolhas feitas pelos indivíduos, ou seja, um exame dos incentivos (sejam positivos ou negativos) existentes em determinada situação de tomada de decisão. Lester Lave (2001) apud Patrício (2005) aponta treze características essenciais que surgem associadas à noção da análise de custos-benefícios:

- 1) enumeração de um conjunto de objectivos a cumprir; 2) identificação da larga gama de opções que podem satisfazer esses mesmos objectivos; 3) utilização do método analítico e sistemático para a avaliação das implicações inerentes às opções disponíveis; 4) numa dupla perspectiva, dilucidação do modo e dos termos em que se produzem os denominados *trade-offs* entre as diversas opções (a um nível individual, e colectivo por agregação); 5) encorajamento da procura de eventuais externalidades associadas à opção, existindo uma avaliação do peso específico das mesmas; 6) ponderação dos custos e benefícios distendidos no tempo, considerados numa decisão actual; 7) prossecução dos objectivos

delineados tendo em vista a diminuição dos custos inerentes. [...] 8) utilização, dado o grau de flexibilidade, em ponderações que envolvem informação ou recursos reduzidos ou, pelo contrário, demasiado extensos para poderem ser devidamente tidos em conta através de qualquer outro método; 9) ponderação, com algum grau de fiabilidade, dos custos ou benefícios ainda não inteiramente conhecidos ou disponibilizados; 10) análise não exclusivamente centrada no interesse pessoal, podendo assim acautelar outros interesses, nomeadamente de ordem social; 11) ponderação da normal multidimensionalidade das situações; 12) encorajamento de uma *análise distanciada* (o que não significa que seja “verdadeira”), despida de valorações puramente subjectivas; 13) associação da decisão, ao nível da escolha social, à melhor opção disponível – presumindo-se que esta é a que globalmente melhormente serve os interesses da sociedade. (LAVE, 2001 apud PATRÍCIO, 2005, p. 15-16).

Importante ressaltar, ainda, que por se tratar de uma abordagem econômica, há um comprometimento de seu instrumental com o individualismo metodológico, que, segundo Blume e Easley (2008), propõe que os fenômenos sociais podem ser explicados em termos das ações individuais, que por seu turno podem ser explicadas pelas motivações dos indivíduos. Shäfer e Ott (2005, p. 5-6) referem-se ao individualismo como fundamento do Direito e Economia, dividindo-o em normativo (a função do Estado é restrita às preferências de seus cidadãos) e metodológico (o todo é a agregação das partes).

### **2.2.2 A existência de um mercado**

Analisadas as principais questões referentes à racionalidade, temos o segundo pressuposto para a utilização da abordagem econômica: assumir a existência de um “mercado” que coordene as ações dos diferentes participantes de modo que seus comportamentos se tornem mutuamente consistentes.

A questão referente à existência de um “mercado”, apesar de polêmica, pode ser facilmente superada. Em um determinado mercado, os preços medem o custo de oportunidade de uso de um determinado recurso e, segundo a teoria neoclássica, são os determinantes do seu equilíbrio. Ocorre que alguns preços, conforme preceitua Becker (1976, p. 6), são implícitos (*shadow prices*): o valor de uma indenização é o preço implícito de uma ação que objetiva a reparação de um dano; a pena o preço implícito de um crime. Ocorre que o fato de a maioria dos preços em

situações não típicas de mercado ser implícita induz à errada idéia de que este inexistente.

No caso específico do Direito, as normas jurídicas acabam por impor “preços” (entenda-se aqui preço como condição, encargo) a certas atividades, procurando assim discipliná-las. No modelo de escolha racional proposto, a tomada de decisão está condicionada à otimização do uso dos recursos, o que exige a consideração dos custos e benefícios envolvidos. Assim, a interação entre as partes de um litígio deve ser mutuamente consistente e, conseqüentemente, equilibrada. Tal interação se dá em um “mercado” que irá definir as condições de tal equilíbrio. Segundo Posner (2007, p. 9), um mercado nada mais é que a possibilidade de ocorrência de trocas voluntárias, garantindo que os recursos gravitem ao redor dos seus usos mais valiosos.

Especificamente quanto à litigância, temos, de um lado, a oferta de serviços advocatícios e judiciais e, de outro, uma determinada procura por tais serviços, de modo a satisfazer determinado objetivo. Pode-se imaginar que exista um número de processos judiciais que equilibre tal situação com os custos envolvidos (que podem ser tratados como preços). Ainda, eventual excesso de litigância pode estar relacionado ao mercado de serviços advocatícios (número de advogados e preço dos honorários), às taxas cobradas pelo Judiciário (ou a isenção dada a certos indivíduos), ou a um equivocado sistema de incentivos (regras processuais) e baixa eficiência dos agentes (baixa taxa de resolução das lides).

Considerando tais questões, fica difícil duvidar da existência de um “mercado” referente à litigância. Assim, a análise econômica, além de aplicável, se mostra recomendável, como forma de verificar a estrutura dos incentivos e suas conseqüências no número de processos judiciais.

### **2.2.3 Conteúdo informacional, custos e risco**

Antes de se passar a expor a teoria econômica do processo judicial, deve-se ainda tecer alguns comentários acerca de outras questões cruciais ao exame proposto: 1) o conteúdo informacional que os indivíduos dispõem no momento de

suas decisões; 2) os custos envolvidos; 3) a posição dos agentes em relação ao risco.

Quanto ao conteúdo informacional, a teoria econômica neoclássica pressupõe que os agentes possuem informação completa e perfeita<sup>31</sup>. Tal simplificação, apesar de útil na construção de modelos econômicos, não corresponde à realidade da interação entre os indivíduos. Assim, diversos estudos mostraram que nem toda informação necessária está disponível aos agentes ou, quando disponível, muitas vezes a sua obtenção implica em elevados custos. Com informação incompleta e/ou imperfeita, as previsões dos agentes com relação às conseqüências de cada uma das alternativas disponíveis não são tão precisas, o que aumenta o risco relacionado à sua conduta.

Tal fato, entretanto, não invalida a abordagem econômica. O desenvolvimento da teoria dos jogos demonstra que é possível estabelecer equilíbrios em situações de informação incompleta, desde que seus agentes respeitem o pressuposto da racionalidade. No caso em análise, muitas informações são privadas, e se revelam apenas com o andamento do processo. Todavia, as decisões são tomadas em cada ponto com base nas informações disponíveis, bastando ao agente ter uma mínima capacidade de processá-las em cada momento.

No caso da litigância, o modelo inicial assumirá que as partes (ou jogadores) têm informação perfeita acerca dos ganhos e custos envolvidos, assim como das probabilidades atreladas a cada evento. Apesar de se tratar de hipótese que raramente se verifica, esta se mostra importante para facilitar a elaboração de um modelo simples, de fácil entendimento e aplicação.

Também se deve assumir que o litígio é oneroso para as partes envolvidas, tendo cada uma que suportar, por exemplo, as taxas judiciárias e os honorários de seu advogado, além de outras despesas referentes à obtenção de informações para o desenvolvimento do caso. Em decorrência da premissa de onerosidade do

---

<sup>31</sup> Mirman (2008, p. 1) esclarece que há diferença entre informação "completa" e informação "perfeita". Informação perfeita seria o conhecimento, por parte dos agentes, da história prévia do jogo, ou seja, de toda a informação sobre as ações praticadas pelos agentes e do resultado de equilíbrio. A informação seria completa se há conhecimento do ambiente pelas partes, ou seja, segundo Baird, Gertner e Picker (1998, p.305), se estas conhecem a estrutura do jogo e os *payoffs* de cada jogador (mas não necessariamente de suas ações). Patrício (2005, p. 21) explica que num jogo de informação perfeita, "[...] é possível não só o rastreamento da história do jogo como a memorização dos comportamentos".

judiciário, supõe-se que as partes, sendo racionais, têm incentivos para pesar cuidadosamente suas opções em cada ponto e tomar uma decisão prudente, evitando assim o desperdício de recursos.

Por fim, cabe ressaltar que problemas relacionados a informações, custos e risco são freqüentemente apontados como os causadores de uma mitigação da hipótese da racionalidade maximizadora. Com efeito, a assimetria informacional<sup>32</sup> não permite que o agente que possui informação incompleta ou imperfeita tome uma decisão ótima em um sentido absoluto. Da mesma forma, elevados custos de transação podem impedir trocas que, em uma situação normal, seriam consideradas eficientes do ponto de vista econômico. O mesmo ocorre com uma elevada aversão ou propensão ao risco, que afastará a escolha de um padrão considerado ótimo.

Tais fatores influem diretamente na conduta dos agentes, que por tal razão podem acabar tomando decisões que aparentemente pareçam irracionais. Entretanto, a racionalidade, mesmo em tais situações, se afirma, mesmo que de forma limitada. Para tanto, basta que a decisão seja satisfatória: pautada pela análise racional das informações disponíveis (inclusive os custos atrelados) e por um conhecimento razoável das probabilidades atreladas aos eventos.

---

<sup>32</sup> A assimetria informacional é, segundo Patrício (2005, p. 39), “[...] a maior garantia do normal funcionamento do sistema judicial”.

### 3 A TEORIA ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA

O objetivo deste capítulo é apresentar o modelo básico da litigância sob a ótica da abordagem de *law and economics*. Segundo Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1068), supõe-se que as disputas judiciais são resolvidas através de vários estágios de um processo seqüencial de tomada de decisão, no qual as partes têm informação limitada e agem de acordo com seu próprio interesse.

As regras processuais, segundo Balas et al. (2003, p. 2), são o conjunto de leis que dizem respeito aos métodos, procedimentos e práticas usadas na litigância e, por tal razão, afetam o comportamento das partes. Posner (2007, p. 593) entende que o objetivo de tais regras seria minimizar os custos dos erros judiciais e dos demais custos diretos, ou seja, alcançar a eficiência. Esta seria alcançada quando determinado arranjo fosse obtido de forma a desperdiçar a menor quantidade de recursos.

No caso das regras processuais, haveria um determinado arranjo eficiente que, alternado os incentivos privados, levaria a um nível ótimo de litigância. Este, em teoria, minimizaria os custos sociais envolvidos e permitiria que a decisão judicial fosse a melhor possível, proferida dentro de um tempo razoável. Neste capítulo, será possível verificar as questões que alteram os incentivos privados envolvidos em um litígio e como tal mudança pode afetar a eficiência das regras processuais.

#### 3.1 A LITIGÂNCIA

Wambier (2007, p. 54) afirma que o Direito se constitui, em certo sentido, num “[...] conjunto de regras, de normas, de dispositivos regulatórios”, e que “Existem vários critérios pelos quais se podem agrupar tais regras”. Uma das formas de classificar as normas jurídicas consiste em dividi-las em dois grandes grupos: regras materiais (*substantive laws*) e regras processuais (*procedural laws*).

Regras substantivas são aquelas que estabelecem os direitos, definindo institutos jurídicos como a propriedade, a responsabilidade civil, o contrato. Tais

normas são a fonte do direito subjetivo, e este, quando violado, possibilita ao ofendido que inicie uma disputa judicial, buscando reparar o dano que lhe foi causado. Sobre a diferença entre regras materiais e processuais diz Wambier (2007):

Regra geral, é possível afirmar que todas as normas que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é lícito e pode ser feito, aquilo que é ilícito e não deve ser feito, constituem-se em normas jurídicas de direito material. [...]. Estas últimas [regras processuais], que tratam da disciplina processual, da forma como se fará a veiculação da pretensão, com vistas à solução da lide, têm conteúdo nitidamente vinculado àquilo que acontece em juízo, isto é, quando o litígio chega ao Poder Judiciário (ou, se for o caso, quando se celebra o compromisso arbitral) sob a forma de lide. (WAMBIER, 2007, p. 54).

Cabe ao Judiciário, acionado como última instância na busca da reparação de um direito violado, solucionar tais disputas. Ocorre que a busca pela reparação (ou compensação) do direito violado deve obedecer a certas regras que, semelhantes às de direito substantivo por sua força vinculativa, não criam direitos substantivos, mas apenas regulam o procedimento judicial. Tais regras processuais (também chamadas de procedimentais), diferentemente das regras substantivas, dizem respeito ao andamento de uma disputa judicial, desde o seu ajuizamento até a sua resolução. Shavell (2004, p. 445) refere-se a processo judicial (ou regras processuais) como o conjunto de regras que governam o exercício dos direitos substantivos das partes e a maneira pela qual a parte contrária se defende.

Não é novidade que o risco é inerente à vida em sociedade, eis que esta pressupõe a interação entre indivíduos que nem sempre possuem os mesmos interesses. Assim, problemas surgem a todo o momento, a grande maioria deles sendo resolvidos imediatamente pelas partes envolvidas. Entretanto, muitos problemas necessitam, para a sua resolução, da intervenção do Estado e de seu poder coativo, exercido através do Judiciário. Quando uma questão envolvendo direitos e obrigações necessita de tal intervenção, então dissemos que surge um litígio.

Litígio, a rigor, se refere a uma controvérsia ou discussão formada em juízo, ou seja, perante o Poder Judiciário<sup>33</sup>. Plácido e Silva (2000, p. 497) considera o litígio, em um sentido mais restrito e preciso do termo, como uma demanda proposta na justiça e apenas a partir de quando é contestada. Em tal momento ocorre a triangularização do processo, ou seja, quando todas as três principais partes envolvidas (autor, réu e juiz) passam a integrar formalmente a lide: o autor formalizou o seu pedido, o juiz declarou-se competente para o julgamento e o réu contestou a ação. Ocorrida a triangularização, entende-se que formou-se a lide, ou o “[...] conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida ou insatisfeita” (CARNELUTTI apud SILVA, 2000, p. 492). Tal relação é classicamente representada pela Figura 1, onde a posição superior do juiz dá a entender quem seria o responsável pela condução da lide, e a equidistância entre este e autor e réu (trata-se de um triângulo equilátero) demonstraria a inexistência de viés em relação a uma ou outra parte.

Neste trabalho, contudo, a expressão litigância tem um sentido um pouco mais amplo, contemplando ainda situações em que, apesar de já surgido o problema, ainda não há litígio em sentido técnico. Tal se justifica em razão da necessidade de análise das razões que levam um indivíduo a iniciar formalmente uma disputa judicial, bem como as que levam o réu a contestar a ação proposta, todas situações precedentes ao litígio.

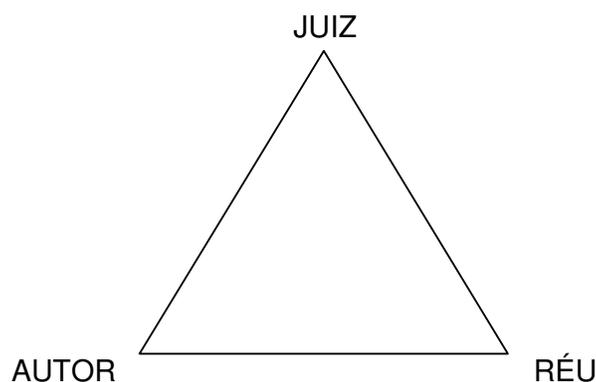


Figura 1 – Triangularização processual  
Fonte: elaborado pelo autor (2009).

<sup>33</sup> Convém ressaltar, entretanto, que a litigância pode se dar também administrativamente, apresentando estas características particulares. Neste trabalho, entretanto, a litigância será eminentemente tratada na esfera judicial.

Assim, o termo *litigation* está relacionado ao caminho percorrido por um processo judicial, desde a ocorrência do fato danoso até a resolução da questão. Spiers (2008, p. 1) afirma que a litigância se refere ao processo de levar um argumento a uma corte de justiça onde uma decisão será tomada.

Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1069-1070), ao estabelecerem a cronologia de uma disputa judicial, estabelecem quatro estágios: 1) ocorrência de um evento danoso; 2) decisão de iniciar ou não a disputa; 3) o estabelecimento de um jogo de barganha (*bargaining game*) entre as partes; 4) o julgamento da disputa. Shavell (2004, p. 389), por outro lado, divide a litigância em apenas três estágios: 1) ajuizamento; 2) acordo; e 3) julgamento.

Assim, apesar das diferenças existentes entre os sistemas judiciais dos diversos países, em geral um processo judicial é composto pelas seguintes fases: a) formação; b) resposta; c) conciliação; d) instrução; e) julgamento; f) recurso; g) julgamento final; h) liquidação de sentença; i) execução; j) arquivamento.

A fase de formação é quando o indivíduo que entende ter tido algum direito seu violado postula formalmente na justiça um determinado pedido. Tal se faz através de uma petição ou queixa, onde o requerente relata os fatos ocorridos e fundamenta a razão pela qual faz jus a ver seu pedido atendido. O juiz então irá verificar se foram cumpridas as formalidades exigidas e, em caso positivo, dará ciência ao réu do pedido do agora autor.

Inicia-se então a segunda fase, onde o potencial defensor irá oferecer a sua resposta, que pode ser a aceitação do pedido ou a sua contestação. O réu irá alegar sua matéria de defesa, podendo em muitos casos fazer um ou mais pedidos em face do autor.

Segundo Spier (2007, p. 5), o queixoso (ou *plaintiff*) é a parte que sofreu danos, e que por isto está demandando uma compensação do causador. Por outro lado, o demandado (ou *defendant*)<sup>34</sup> é a parte potencialmente responsável<sup>35</sup> pelos danos causados ao queixoso.

---

<sup>34</sup> Neste trabalho, autor, queixoso, requerente, demandante serão considerados sinônimos, apesar do rigor técnico oferecer alguma diferenciação entre os termos. Da mesma forma serão consideradas sinônimas as expressões réu, demandado, requerido.

<sup>35</sup> Fala-se aqui em “potencialmente responsável” em razão de não interessar, neste momento, se a parte demandada é ou não efetivamente responsável pelo dano.

Estabelecidas tese e antítese, normalmente abre-se espaço para que as partes busquem um acordo, conciliando o litígio. Tal fase pode ocorrer em diferentes momentos em um processo (inclusive em mais de um momento), de acordo com as regras de cada país. Em geral os dois momentos mais utilizados para a discussão e obtenção de um acordo são antes de ajuizada a ação (extrajudicial) e depois da manifestação das partes. Todavia, acordos ocorrem em todas as fases processuais, sendo apenas mais freqüentes, por motivos óbvios, antes de julgado o processo.

Caso não se obtenha um acordo, inicia-se a fase de instrução, onde as partes irão produzir as provas que entendem necessárias para comprovar as suas teses e argumentos. As provas obtidas nessa fase irão subsidiar o julgamento do juiz (quinta fase), momento em que este, apreciando os fatos, as provas e os argumentos, decidirá qual o direito aplicável ao caso. A decisão juiz irá deferir total ou parcialmente os pedidos do autor, ou então indeferi-los.

De tal decisão em geral cabe recurso, normalmente chamado de apelação, onde a parte perdedora (ou perdedora em parte), inconformada com o resultado, irá submeter a causa à apreciação de um órgão superior, geralmente colegiado, que irá confirmar ou reformar o julgamento do juiz ou júri. A fase recursal pode desdobrar-se e prolongar-se, eis que é comum a existência de diversas instâncias de julgamento.

Definida a questão pela corte superior, em caso do não cumprimento voluntário daquilo que foi decidido, pode a parte vencedora forçar a parte perdedora a fazê-lo, o que se dá em uma fase de execução. Neste ponto tomam-se as medidas necessárias ao cumprimento da decisão, utilizando-se inclusive de meios coativos. Cumprida a decisão (ou não podendo esta ser cumprida por algum motivo), encerra-se o litígio, arquivando-se o processo.

Como já referido, este é, com maior ou menor grau de precisão, o caminho que percorre (ou pode percorrer) uma disputa judicial, desde o surgimento do problema até a sua resolução. Cada fase possui características peculiares que modificam o sistema de incentivos relacionado à tomada das decisões processuais. E cada ponto de decisão possui uma situação informacional, além de custos e benefícios atrelados aos eventos possíveis, estes com uma determinada probabilidade de ocorrência.

O que se pode notar é que um processo judicial (ou litígio) pode ser equiparado a um jogo seqüencial<sup>36</sup>, conforme a figura abaixo (Figura 2):

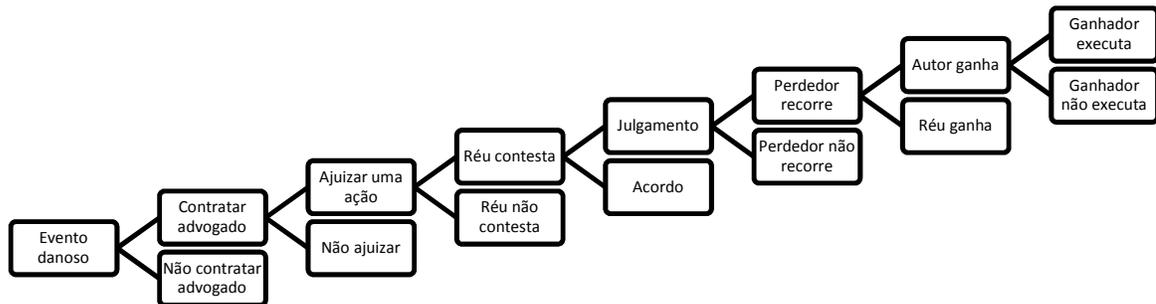


Figura 2 – Árvore de decisão de um litígio  
Fonte: elaborada pelo autor (2009).

Pinheiro e Saddi (2005, p.163) referem-se ao conceito de Von Neumann de jogo, que seria “[...] uma situação de conflito em que alguém precisa fazer uma escolha, sabendo que há outros, ao mesmo tempo, também em processo de escolha”, conceito este que se identifica completamente com a idéia de litígio apresentada.

A abordagem de *law and economics*, além de estudar leis substantivas, também se ocupa das regras processuais, e como estas afetam o comportamento das partes. Ademais, alterando o comportamento dos agentes, as regras processuais são fortemente responsáveis pelo nível de litigância, influenciando inclusive na alocação dos custos sociais e privados e na eficiência do sistema judicial.

A esse respeito, Garoupa e Ginsburg (2009, p. 3) afirmam:

<sup>36</sup> Varian (2000, p. 538) define jogos seqüenciais como aqueles onde um jogador se movimenta primeiro e o outro reage. Tais jogos representam, segundo Baird, Gertner e Picker (1998, p. 50), a interação dinâmica entre as partes, e só podem ser representados de forma extensiva, onde aparecem as ações que os jogadores tomam, a seqüência na qual elas ocorrem e a informação que os jogadores possuem no momento de tomada de decisão.

There is a serious divergence between the private and the social motivation to litigate. Each party cares about the estimated benefit from litigation and the respective private costs. Society cares about the extent to which litigation incentivizes compliance with the law and helps the development of the legal system through articulating efficient rules. From this perspective, the rules of civil procedure and the institutional framework where litigation takes place should reduce transaction costs (thus favoring cheaper out-of-court settlements) and align the private interests of the litigants with the social welfare maximizing goals. (GAROUPA; GINSBURG, 2009, p. 3).

Patrício (2005, p. 46) ressalta que a “[...] falta de correlação positiva entre *incentivo privado* para processar e o *nível ótimo* de litigância [...] poderá levar, como parece suceder em diversos Estados, a um excesso de litigância judicial”. Dentre as possíveis soluções para amenizar a divergência entre interesse privado e interesse social, de forma a atingir um nível ideal de litigância, seria a alteração das regras processuais. Como será visto oportunamente, uma modificação em tais regras, ao alterar variáveis de decisão das partes, poderá incentivar certas condutas desejáveis, tais como a solução negociada do litígio, a que desperdice o menor volume de recursos, a revelação de informações socialmente relevantes, etc.

Convém aqui novamente lembrar que as regras processuais, justamente por se relacionarem à forma como o processo judicial se desenvolve, serão analisadas sob a ótica da eficiência, conforme preceitua Posner (2007). Assim, não se estará considerando se determinada regra é justa ou injusta, mas sim se produz um arranjo eficiente. É nesse sentido que Dias (2009, p. 21) afirma:

É fácil perceber, assim, que a Análise Econômica do Direito, pelo menos na sua versão dominante, não está preocupada em conceber os parâmetros morais que uma norma jurídica deve adotar, mas, em primeiro plano, demonstrar como esse valor pode se tornar eficiente ao alcançar o nível de positividade. (DIAS, 2009, p. 21).

Shäfer e Ott (2005, p. 8) afirmam que a maior fonte de desentendimentos entre economistas e juristas está na relação entre eficiência alocativa e justiça.<sup>37</sup> Entretanto, fazem uma consideração interessante sobre a questão: apesar de uma

---

<sup>37</sup> Considera-se a justiça distributiva como uma forma alternativa de alocação dos recursos, na qual se estará buscando não um uso mais eficiente dos mesmos, mas uma distribuição feita com base na equidade. Tal distribuição é justificada no fato de que, em certas situações, a alocação realizada nos mercados não é justa, dada a distribuição inicial dos recursos. Nunes (1994, p. 535) relaciona tal conceito ao princípio aristotélico de justiça. Entretanto, atualmente o maior expoente da justiça distributiva é John Rawls, que trata da matéria no livro “Uma teoria da justiça”, de 1971.

sociedade com um sistema jurídico e instituições eficientes não ser necessariamente justa, parece difícil imaginar que uma sociedade completamente ineficiente possa sê-lo. Acabam então concluindo: “Civil law is not a very appropriate instrument for achieving goals of social justice; although is a powerful instrument for achieving efficiency” (SHÄFER; OTT, 2005, p. 28).

Ainda com relação à eficiência, esta se dá sob a ótica do princípio de Pareto, que diz que determinado arranjo é eficiente quando não é possível melhorar a situação de qualquer indivíduo envolvido sem que tal modificação prejudique a de outro. Mais especificamente, considerando que duas situações pareto-eficientes não podem ser ranqueadas (e que tal hipótese quebra a regra da transitividade), considera-se a eficiência de acordo com o critério de Kaldor-Hicks<sup>38</sup>.

Ocorre que, em uma disputa judicial, estão envolvidos, como já referido, além dos interesses privados, interesses sociais. Assim, pode haver conflitos entre tais interesses: diminuir o nível de litigância pode ser socialmente desejável; entretanto, se para isso houver a proibição que os indivíduos façam uso do sistema judiciário para resolver determinados conflitos, certamente se estará diminuindo o bem-estar daqueles indivíduos atingidos. Ocorre que, mesmo em tais casos, a eficiência parece ser a melhor saída, uma vez que dentre várias alternativas diferentes, tal critério irá definir aquela que irá maximizar os ganhos conjuntos.

### 3.2 O MODELO DE ANÁLISE DA LITIGÂNCIA

A teoria econômica da litigância – ou análise econômica do processo civil, como prefere Dias (2009) – pode ser entendida como a utilização das ferramentas da análise econômica para o estudo das disputas judiciais, principalmente em relação às ações das partes e o efeito de certas regras substantivas e

---

<sup>38</sup> Uma situação social  $x$  é distinta de uma situação social  $y$  se pelo menos um membro da sociedade prefere  $x$  a  $y$  e ao menos um membro prefere  $y$  a  $x$ . A situação social  $x$  é superior a  $y$ , segundo o critério de Kaldor-Hicks, se e somente se aqueles que preferem  $x$  podem compensar aqueles que preferem  $y$  de forma que eles permaneçam indiferentes entre  $x$  e  $y$  e aqueles que preferem  $x$  estão numa situação melhor em  $x$  do que em  $y$  (SHÄFER e OTT, 2005, p.30).

procedimentais em seu comportamento (KOBASHI; PARKER, 2000, p. 1). Mais do que a análise das regras processuais, a teoria econômica da litigância tem como objeto todo o processo que se desenvolve, desde o momento em que um indivíduo decide exercer seu direito de ação e busca um advogado para tanto, até a resolução da disputa (inclusive a execução do que foi decidido, caso a parte perdedora não tenha cumprido voluntariamente o que foi decidido).

O objetivo é, através da referida análise, buscar responder algumas questões acerca das disputas judiciais. O que leva alguém a iniciar um processo judicial? Por que algumas processos vão a julgamento enquanto outros são resolvidos através de acordo? Que tipo de solução judicial é interessante para a sociedade? De que forma as regras que regem os procedimentos judiciais afetam o comportamento dos indivíduos em juízo? A parte perdedora deve reembolsar os custos judiciais da perdedora? As regras processuais podem incentivar comportamentos oportunistas? Essas e outras inúmeras questões podem ser respondidas através da análise econômica da litigância.

A todo momento direitos são, em maior ou menor grau, violados. Entretanto, nem todo dano causado ou direito violado necessariamente resulta em uma ação judicial. Uma das razões para isso é que uma grande parte dos conflitos que surgem são amigavelmente resolvidos, sem necessidade da intervenção estatal através do judiciário. Todavia, em muitos casos, apesar de não ter sido possível a resolução amigável do conflito, a vítima do dano não aciona o Poder Judiciário.

Conforme já referido, aquele que tem um direito violado deve decidir se promove ou não uma ação judicial contra quem entende responsável pelo dano. Para tanto, deve consultar um advogado, que irá cobrar um determinado valor a título de honorários e dará um parecer sobre o caso. O potencial autor então decidirá se ajuíza a ação e, em caso positivo, terá que pagar uma parte das despesas processuais. Ajuizada a demanda, esta poderá ser resolvida antes do seu julgamento através de um acordo. Não havendo sucesso, as partes terão que produzir as provas que irão subsidiar a decisão do juiz. Julgada a ação, haverá a decisão sobre a necessidade/possibilidade de recurso. Resolvida a disputa, a parte vencedora procederá a execução da decisão caso esta não seja cumprida voluntariamente, para que efetivamente se repare o dano causado.

Como se pode notar, o desenrolar de um processo judicial representa uma sucessão de momentos onde as partes têm que tomar decisões: processar ou não processar; contratar um advogado por tarefa, tempo, ou por um percentual do resultado; fazer ou não um acordo; revelar ou não determinada informação; recorrer ou não da decisão judicial, etc. Assim, a teoria econômica da litigância, ou teoria econômica do processo judicial, busca, com os instrumentos analíticos da economia (principalmente da teoria dos jogos e teoria econômica da decisão), desenvolver um modelo acerca do comportamento dos diversos atores durante os diversos momentos de uma disputa judicial.

Para tanto, foi necessário primeiramente estabelecer algumas premissas da referida teoria, como a racionalidade dos agentes, a estabilidade de preferência, a existência de um “mercado”, assim como alguns critérios referentes à eficiência. Entretanto, mostra-se importante tecer algumas outras considerações.

A primeira é que se estará trabalhando a partir do ponto de vista da teoria estatística da decisão, baseada não apenas em probabilidades, mas em conseqüências econômicas. O critério utilizado é o do valor esperado, que considera tanto as probabilidades associadas aos possíveis eventos como as conseqüências econômicas para todas as combinações dos diversos atos e diversos eventos<sup>39</sup>.

Segundo Kazmier (1982, p. 240), “O critério do *valor esperado* é o padrão pelo qual o melhor ato é aquele cujo resultado econômico esperado é o maior, como uma média de longo prazo”. Tal critério pode ser referido como *critério bayesiano*. Em termos de cálculo, o valor esperado para cada evento é obtido através da multiplicação do valor condicional para cada combinação ato/evento pela probabilidade do evento, somando-se tais produtos para cada ato.

A segunda consideração é que, na presente teoria, se estará trabalhando com distribuições de probabilidade atribuídas *a priori* aos eventos, ou seja, antes da coleta de qualquer informação amostral. Isso porque a atribuição de probabilidades aos eventos será baseada em juízos pessoais e/ou informações históricas.

Temos ainda que considerar como pressuposto que os agentes são neutros ao risco. Tal se dá em razão das diferentes posições frente ao risco modificarem

---

<sup>39</sup> Segundo Kazmier (1982, p. 235), atos “[...] são os caminhos alternativos da ação, ou estratégias, disponíveis ao tomador de decisão” e eventos “[...] identificam as ocorrências que estão fora do controle do tomador de decisões, e que determinam o nível de sucesso de cada ato”.

substancialmente a curva de utilidade esperada, e que a neutralidade ao risco implica em equivalência entre o critério do valor esperado e da utilidade esperada.

Em relação ao processo judicial, a assunção que se faz (em um caso onde o autor tem razão no seu pedido judicial) é que o demandante irá procurar maximizar os seus ganhos monetários e minimizar o tempo de espera até que a questão seja resolvida, e o demandado minimizar a reparação do dano e maximizar o intervalo de tempo entre o ajuizamento da ação e o cumprimento da ordem judicial.

Com relação à hipótese anterior, é importante ressaltar que não se desconhece o fato de que em muitas demandas judiciais o valor a ser maximizado/minimizado não é o ganho/prejuízo econômico envolvido. Muitas das ações que tramitam no judiciário envolvem questões que não possuem necessariamente um conteúdo econômico: ações penais, referentes ao estado e capacidade de pessoas, questões envolvendo o Direito de Família, etc. Da mesma forma, a motivação que nos leva a ajuizar uma ação pode ser simplesmente a necessidade de ver respeitado um determinado direito ou a satisfação de um desejo de justiça. Entretanto, dois motivos levam à desconsideração de tais hipóteses na teoria em questão.

A primeira delas é que muitas das ações, apesar de não terem um objetivo de maximização (ou minimização) do ganho (ou perda) econômico, podem ter seu resultado quantificado monetariamente. Advoga-se que a honra não tem preço, entretanto, indenizações por danos morais podem (e devem) ser quantificadas em termos monetários. Uma separação, apesar de envolver motivações de cunho sentimental, pode envolver a divisão de um patrimônio, ou o dever de prestar alimentos. Assim, mesmo que em muitos casos as ações envolvam questões não econômicas, muitas destas podem ser representadas em termos monetários, tornando aplicável a teoria proposta.

Outra questão relevante é que o objeto do presente trabalho está restrito a ações que envolvam bens ou direitos disponíveis<sup>40</sup>. A disponibilidade é uma característica de alguns bens e direitos, que por tal razão podem ser objeto de livre disposição do seu titular (dentro de certos limites, evidentemente, uma vez que não se admite mais a disponibilidade absoluta sobre um determinado direito). Podem ser

---

<sup>40</sup> Tal se dá justamente para evitar críticas ao pressuposto de que se está maximizando em um litígio, através de uma análise de custo-benefício, os ganhos econômicos (riqueza).

caracterizados dessa forma, por exemplo, os direitos vinculados a um determinado contrato, os direitos de propriedade, o direito de exigir uma indenização por um dano sofrido, dentre outros. Em razão de tal característica, tais bens ou direitos podem ser transacionados e, portanto, possuem um nítido caráter econômico. Até mesmo questões como as referentes a indenizações por danos morais podem ser colocadas nos termos da racionalidade proposta, eis que envolvem direitos disponíveis, que por tal razão podem ser objeto de acordo monetário, onde se estará – em um certo sentido – precificando o direito posto em questão.

Apesar de não ser objeto da presente análise, até mesmo questões penais podem ser analisadas do ponto de vista da teoria econômica. Mesmo que um processo penal envolva valores não monetários, a pena pode ser entendida como um preço a pagar pelo infrator. Do mesmo modo, o risco de ser preso e os ganhos obtidos pelo infrator com o crime praticado também podem ser quantificados, e com algumas modificações, os pressupostos da racionalidade maximizadora podem ser aplicados<sup>41</sup>.

### **3.2.1 A decisão de litigar**

A decisão de litigar se dá através da avaliação, por parte do queixoso (ou vítima), dos benefícios obtidos no desenvolvimento do caso e também de seus custos. Conforme se pode observar, a sua decisão se preocupa exclusivamente com questões de interesse privado, sendo neste momento irrelevante, por exemplo, o impacto de tal decisão no custo social.

Convém ressaltar, porém, que a primeira decisão estratégica por parte daquele que pretensamente teve um direito violado é contratar ou não um advogado para que este examine o caso. Evidente que se o custo do advogado for superior ao valor do dano (ou muito próximo deste), então o queixoso não irá contratá-lo e,

---

<sup>41</sup> Sobre a teoria econômica do crime, temos o artigo de Gary Becker “*Crime and punishment: an economic approach*”, de 1968.

conseqüentemente, não ajuizará qualquer ação judicial<sup>42</sup>. Entretanto, para fins de simplificação, tal decisão será considerada simultânea à de ajuizar ou não a ação.

Assim, um queixoso racional escolherá iniciar uma disputa judicial com a parte que é potencialmente responsável pelos danos sofridos quando o valor esperado de um determinado litígio ( $EV$ , ou *expected value*) superar os custos de ajuizamento da ação. O valor esperado, no momento em que se toma a decisão de ajuizar ou não uma ação, corresponde à probabilidade de sucesso da demanda (ou de ser feito um acordo antes do seu julgamento), multiplicado pelo retorno que terá o autor com a procedência de sua ação (ou o valor resultante de um possível acordo). Já os custos de ajuizamento correspondem às taxas iniciais pagas ao judiciário e os honorários pagos ao advogado contratado.

Portanto, o queixoso irá iniciar uma demanda judicial contra o potencial causador do dano se e somente se  $EV(x) > c_p$ , onde  $EV(x)$  é o valor esperado do litígio para o queixoso e  $c_p$  é o custo que este incorrerá ao iniciar a lide.

Assim, se a parte autora tem 50% de chance de ganhar uma ação indenizatória, e a reparação do dano (valor da condenação) for \$1.000,00, tal causa tem um valor esperado de \$500,00. Neste caso, se o autor fosse gastar na contratação do advogado e no pagamento das taxas de ajuizamento (aqui denominadas *filling costs*, ou custos de ajuizamento) um valor superior a \$500,00, supõe-se que não iniciaria tal disputa. Por outro lado, se tais custos forem inferiores a \$500,00, terá incentivos para ajuizar a ação. Por fim, caso os custos fossem iguais a \$500,00, um autor racional seria indiferente entre iniciar ou não a lide.

Resumindo, temos a seguinte regra de decisão:

$EV(x) > c_p \rightarrow$  queixoso ajuíza a ação;

$EV(x) = c_p \rightarrow$  ponto de indiferença;

$EV(x) < c_p \rightarrow$  queixoso não ajuíza a ação.

---

<sup>42</sup> Supõe-se aqui que o ajuizamento de um ação judicial é ato privativo do advogado (no Brasil, trata-se de regra geral, conforme art. 36 do CPC). Sabe-se, entretanto, que em alguns casos a parte pode postular diretamente em juízo (por exemplo, causas com valor máximo de 20 salários mínimos no Juizado Especial Cível – art. 9.º da Lei n.º 9.099/90); todavia, trata-se de exceção à regra.

Casos onde  $EV(x) > c_p$  são chamados de PEVS, ou *positive expected value suits*. Quando  $EV(x) < c_p$ , então temos NEVS, ou *negative expected value suits*, e em tais casos o queixoso escolherá, via de regra, não iniciar o litígio.

O exemplo dado se limita a apenas a um ponto de decisão (ajuizar ou não a ação) e dois possíveis desdobramentos (ganhar ou perder o processo), o que foi feito para fins de simplificação. Ocorre que uma ação judicial tem vários pontos de decisão e inúmeros desdobramentos possíveis, que podem dificultar o cálculo do valor esperado do litígio. Nos casos mais realistas, se atribuirmos probabilidades e *payoffs* (pagamentos) para cada evento, poderemos calcular o  $EV(x)$  através do instrumental desenvolvido pela teoria dos jogos.

Uma disputa judicial pode ser considerada um jogo seqüencial, representado na sua forma extensiva<sup>43</sup>. Tal forma de representação de um jogo explicita as ações dos jogadores, a seqüência na qual tais decisões são tomadas e a informação sobre o resultado de cada ação. Conforme o exemplo da Figura 3, o jogo é representado como uma árvore, onde os pontos representam os momentos de decisão e os vértices as possíveis escolhas. Cada escolha leva a um novo ponto, onde novas escolhas são feitas. A resolução se dá através de indução retroativa: como os eventos que se sucedem ocorrerão no futuro, preciso resolver o jogo de trás para frente, calculando em cada ponto de decisão o valor esperado desta.

O mesmo raciocínio pode ser feito, com algumas adaptações, para o réu (ou demandado) de uma determinada disputa. Este, diferente do autor (que procura maximizar o valor esperado do litígio), busca minimizar o custo esperado de sua responsabilidade (se esta for igual a zero, então o réu não é responsável).

O réu que agir racionalmente irá responder à ação (contestar) apenas se o custo esperado de tal decisão for inferior ao pedido do autor. Se o pedido do autor for inferior ao custo esperado da disputa, a melhor decisão para o réu é não

---

<sup>43</sup> “Jogo é uma situação em que os *jogadores* (participantes) tomam *decisões estratégicas*, ou seja, decisões que levam em consideração as atitudes e as respostas dos outros”. Um jogo pode ser cooperativo (quando seus participantes podem negociar contratos vinculativos entre si, planejando estratégias em conjunto) ou não-cooperativo. Os jogos podem ser ainda simultâneos ou seqüenciais. Jogos simultâneos são aqueles em que “[...] ambos os participantes fazem seus movimentos ao mesmo tempo”. Já o jogo seqüencial é aquele “[...] em que os jogadores se movem (um após o outro) em resposta a ações e reações do oponente”. A forma extensiva de um jogo é a “Representação de possíveis movimentos de um jogo no formato de uma árvore de decisões”. (PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 408 et. seq.).

contestar a ação e pagar o valor da indenização pedida. Por fim, caso o valor da indenização pedida seja igual ao custo esperado da disputa, um réu racional será indiferente entre contestar ou não a ação.

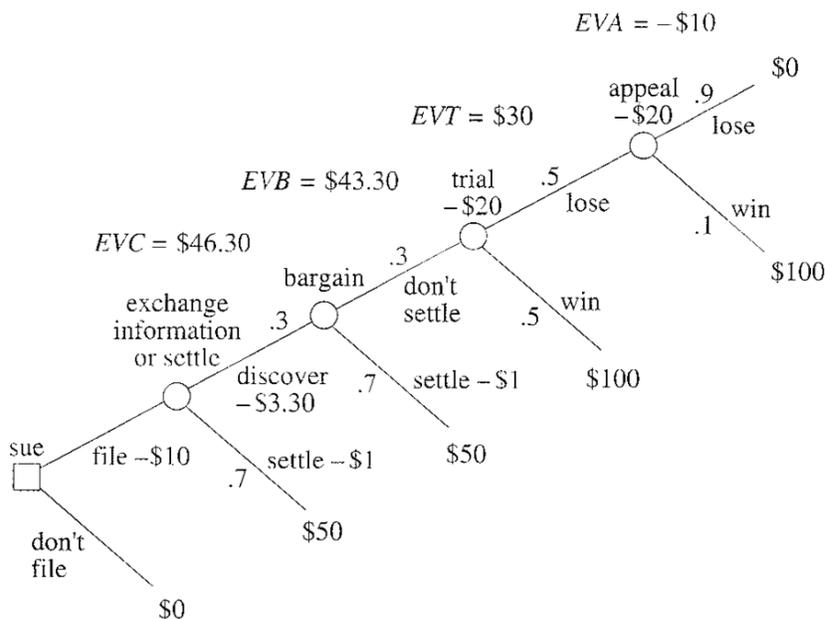


Figura 3 – O valor esperado de um litígio  
Fonte: Cooter e Ulen (2000, p. 381).

Assim, o demandado só irá se defender se e somente se  $EV(x) < c_d$ , onde  $EV(x)$  é o valor esperado da sua responsabilidade e  $c_d$  os custos que incorrerá na sua defesa.

Eis uma situação hipotética: o autor ajuizou uma ação pedindo uma indenização de \$1.000,00 e, se o réu contestar, existe 50% de chance de perder a disputa; caso o réu conteste e perca a ação, pagará todas as despesas do processo (advogado das partes e custas judiciais), equivalentes a \$500,00. Neste caso, o custo esperado de contestar a ação é \$750,00, ou seja, a probabilidade de perder a disputa em caso de contestar a ação ( $p = 0,5$ ) vezes o valor que terá que pagar em caso de derrota ( $\$1.000,00 + \$500,00$ ). Como o custo esperado da disputa é menor que o valor pedido pelo autor, o réu irá contestar a ação. Entretanto, se as despesas do processo em caso de derrota do réu na ação forem \$ 1.200,00, então o custo

esperado da disputa em caso de contestação será \$ 1.100,00. Neste caso o réu preferirá não contestar a ação e pagar o pedido do autor, pois \$1.000,00 é inferior a \$1.100,00 (COOTER; ULEN, 2000).

A regra de decisão, para o demandado, é semelhante à do queixoso:

$EV(x) > c_d \rightarrow$  réu não contesta a ação;

$EV(x) = c_d \rightarrow$  ponto de indiferença;

$EV(x) < c_d \rightarrow$  réu contesta a ação.

Conforme foi visto, tanto para o autor quanto para o réu a decisão que será tomada levará em conta os custos do litígio. Nesse caso irá importar, no modelo de decisão exposto, a regra vigente de alocação dos custos da disputa, existindo dois modelos básicos:

- a) onde cada parte paga suas próprias despesas (regra “*each pays his own*”);
- b) onde o perdedor da disputa paga todas as despesas incorridas no seu desenrolar (regra “*loser pays all*”).

Caso se esteja diante da chamada “regra americana” (*each pays his own*), cada uma das partes sabe com certeza que irá pagar as suas despesas com o processo e, portanto, não há qualquer alteração no modelo apresentado. Entretanto, em caso de aplicação da chamada “regra britânica” (*loser pays all*), o perdedor da demanda irá suportar toda a despesa do processo ( $c_p + c_d$ ) com uma determinada probabilidade.

Assim, se considerarmos  $p_{vp}$  a probabilidade de vitória do queixoso, então este espera suportar a despesa do processo com uma probabilidade  $(1 - p_{vp})$ . Por outro lado, o demandado irá suportar os custos totais do processo com uma probabilidade  $p_{vp}$ . A regra de decisão das partes então se modifica, e o queixoso só irá processar se:

$$EV(x) > (1 - p_{vp})(c_p + c_d) \quad (1)$$

Já o demandado só irá contestar e levar o caso a julgamento se:

$$EV(x) < p_{vp}(c_p + c_d) \quad (2)$$

A influência de cada regra de distribuição das despesas na obtenção (ou não) de acordos será analisada oportunamente. Por enquanto, é suficiente ao modelo apresentado apenas a diferenciação entre as equações referentes à decisão das partes com relação a ajuizar (contestar) ou não o processo.

### 3.2.2 A introdução do risco no modelo

O critério do valor esperado, conforme já referido, pressupõe neutralidade dos agentes ao risco, de forma a poder equiparar-se tal valor à utilidade esperada pela parte. Todavia, ressalta-se que a relação das partes com o risco (escolha sob incerteza) pode assumir três posições, que irão afetar a sua curva de utilidade:

- a) aversão ao risco (*risk-averse*);
- b) neutralidade ao risco (*risk-neutral*);
- c) propensão ao risco (*risk-lover*).

Conforme o Gráfico 1, as posições em relação ao risco implicam em diferentes curvas de utilidade: o gráfico (a) representa uma situação de aversão ao risco, uma vez que a utilidade marginal diminui à medida que a probabilidade de ocorrência de um determinado evento aumenta; o gráfico (b), por outro lado, representa uma situação de propensão ao risco, quando a utilidade marginal diminui à medida que a probabilidade aumenta; por fim, o gráfico (c) demonstra neutralidade ao risco, eis que o indivíduo é indiferente entre eventos certos e incertos que tenham o mesmo valor esperado.

Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1076) afirmam que um julgamento representa uma aposta (podemos aqui equiparar o exemplo à decisão de ajuizar uma demanda), e que por tal razão o valor subjetivo do julgamento<sup>44</sup> (ou do litígio) pode divergir do seu valor esperado. Assim, se as partes são avessas ao risco, mesmo que tenham as mesmas expectativas, seus valores subjetivos divergem:

$$T_p < p_{vp} D_p = p_{vd} D_d < T_d \quad (3)$$

<sup>44</sup> Segundo Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1072), o valor subjetivo seria o valor que a parte espera receber, ou seja, seria equivalente à idéia de valor esperado no caso de neutralidade ao risco.

Neste caso, o valor subjetivo do autor ( $T_p$ ) é inferior ao valor esperado da lide ( $p_{vp}D_p$ , ou seja, a probabilidade de sua vitória multiplicada pelo resultado), o mesmo ocorrendo com o valor subjetivo da lide para o réu ( $T_d$ ), que é inferior à probabilidade de sua vitória ( $p_{vd}$ ) multiplicada pelo resultado obtido ( $D_d$ ). Em tal hipótese de aversão ao risco, os litigantes estão menos propensos a insistir em uma disputa judicial, uma vez que mesmo que  $EV(x)$  seja maior que os custos judiciais (situação em que decidiriam litigar), a utilidade atribuída ao evento “litigar” é menor que a atribuída ao evento “não litigar”. Por outro lado, se as partes são propensas ao risco, espera-se que ocorra o contrário: seus valores subjetivos serão superiores ao valor esperado da lide para cada um, o que implica em que, mesmo que  $EV(x)$  seja igual (ou até inferior) aos custos judiciais, a utilidade do evento “litigar” é maior do que a atribuída a manter-se indiferente (ou então a atribuída ao evento “não litigar”).

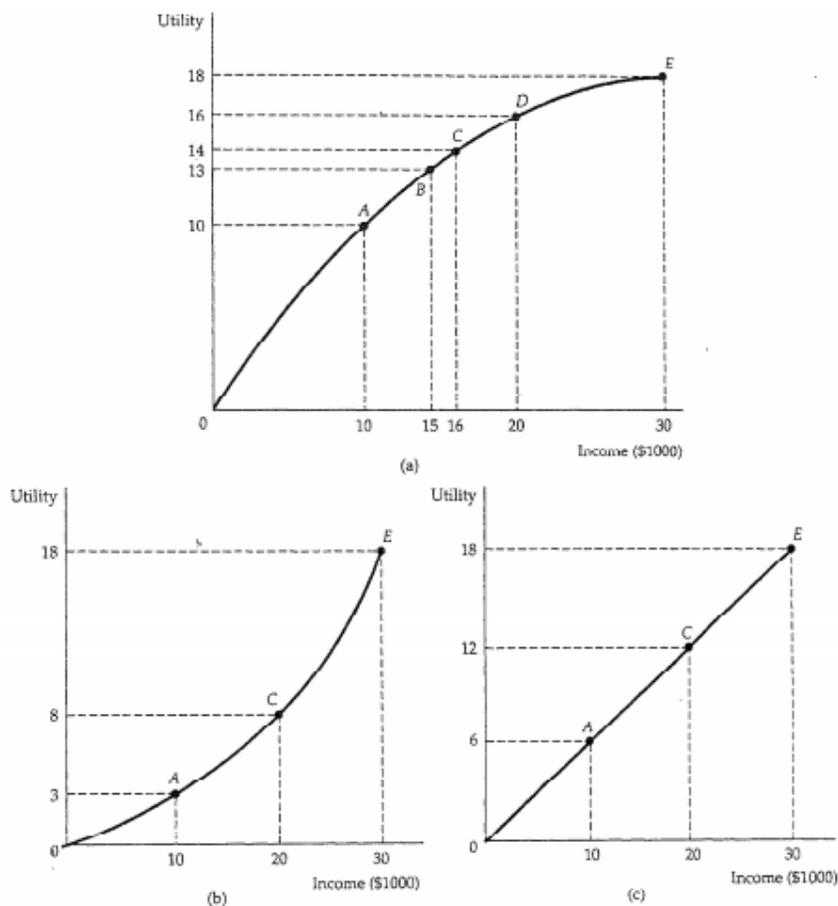


Gráfico 1 – Escolha sob incerteza e posição em relação ao risco  
Fonte: Pindyck e Rubinfeld (1995, p. 145).

A regra de decisão para o agente avesso ou propenso ao risco irá depender fundamentalmente do grau de concavidade ou convexidade de sua função utilidade, o que torna o modelo excessivamente complexo para as pretensões deste trabalho. É suficiente, com relação à decisão a ser tomada, saber que posições divergentes da neutralidade ao risco impedem a utilização do valor esperado e tornam o agente mais propenso ou avesso a escolher o evento incerto.

### 3.2.3 Esforço privado

Na maioria das vezes, a parte tem a possibilidade de decidir (juntamente com a ajuda de seu advogado) quanto tempo e esforço investirá no processo judicial. Por tal razão Spier (2007, p. 6) afirma que os custos privados da litigância são endógenos e não exógenos. Não se pode negar, portanto, que o resultado de um processo judicial é, em certo sentido, afetado pelos investimentos feitos pelas partes no seu desenvolvimento: “The amount that plaintiff expects to win is determined, not by the merits of the case alone, but also by the efforts the parties devote to winning” (COOTER e RUBINFELD, 1989, p. 1071).

Se tomarmos a posição do queixoso, temos que os ganhos obtidos serão, em certo sentido, proporcionais ao seu investimento na causa ( $c_p$ ) e inversamente proporcionais aos investimentos feitos pelo demandado ( $c_d$ ). Ao contrário, os ganhos obtidos pelo demandado serão proporcionais a  $c_d$  e inversamente proporcionais a  $c_p$ . Assim, os valores esperados do ganho e da perda do queixoso e demandado são, respectivamente:

$$EV_p(c_p, c_d) - c_p \quad (4)$$

$$EV_d(c_p, c_d) + c_d \quad (5)$$

A derivada de cada equação com relação ao esforço respectivo ( $\partial EV_p / \partial c_p$  e  $\partial EV_d / \partial c_d$ ) é a produtividade marginal de tal esforço. Se  $\partial EV_p / \partial c_p > 0$ , o esforço da parte é produtivo, e ela irá aumentá-lo até que o benefício marginal de tal aumento se iguale ao seu custo marginal. Apesar do aumento do esforço incrementar a probabilidade de vitória, tal ocorre a uma taxa decrescente. Assim, a partir de certo

ponto, o aumento de esforço causará uma piora na situação da parte, eis que o aumento na probabilidade de vitória não compensará o aumento nos custos judiciais.

### 3.2.4 As causas principais da litigância

Até agora, o modelo apresentou três causas imediatas para que sejam iniciadas disputas judiciais (ou seja, que influem no grau de litigância):

- a) a existência de eventos danosos;
- b) o custo de se ajuizar uma ação;
- c) o valor esperado do litígio.

Portanto, qualquer modificação em uma das três variáveis acima irá influenciar no número de ações judiciais existentes. Parece evidente, portanto, que o número de ações judiciais irá aumentar se eventos como acidentes, quebras de contratos, invasões de propriedade, ocorrerem com mais freqüência.

Clemenz e Gugler (2000), em um interessante estudo sobre a litigância civil na Áustria, testaram duas hipóteses de correlação entre o número de processos per capita e o PIB per capita, sendo uma delas que o crescimento econômico, ao aumentar o número de transações na economia, aumenta a probabilidade de eventos danosos (quebras de contato) e conseqüentemente o número de ações judiciais. Os testes efetuados confirmaram tal hipótese no caso austríaco, o que é coerente com o modelo aqui apresentado.

Também parece razoável concluir que a diminuição do custo de ajuizamento de uma ação (incluindo a despesa com honorários advocatícios) terá como conseqüência um aumento no número de ações judiciais. É o que se supõe que ocorra com a instituição de regras que isentam certos grupos do pagamento dos custos de litigância<sup>45</sup>, ou com efeito contrário (diminuição na litigância), com o aumento das taxas de ajuizamento. Outro importante *insight* é que, se houver

---

<sup>45</sup> No Brasil, tal regra é conhecida como Assistência Judiciária Gratuita (AJG) e foi instituída pela Lei n.º 1.060/50.

variação no valor médio dos honorários advocatícios (o que pode ocorrer, por exemplo, com uma variação na oferta de tais profissionais para uma determinada demanda estável), pode-se esperar uma modificação nos índices de litigância.

Por fim, como foi observado, o valor esperado do litígio também pode ser considerado uma causa direta do número de processos, pois se trata de um critério de decisão da parte que age racionalmente. Considerando o critério *bayesiano* como fator de decisão, temos que qualquer modificação no valor das probabilidades dos eventos, nos resultados ou nos custos envolvidos, ao alterar o valor esperado, poderá alterar o número de processos judiciais existentes.

Tomando o exemplo de uma causa em que se busque a indenização de um dano sofrido, qualquer alteração nos parâmetros de fixação de tais indenizações pelos juízes e tribunais irá, de acordo com o modelo apresentado, afetar a decisão de iniciar uma disputa judicial (ou contestar a ação). Nesse sentido, se o critério utilizado for, ao invés de arbitrar a indenização no valor do dano sofrido, fixá-la em duas vezes o valor deste<sup>46</sup>, é evidente que teremos, para uma determinada probabilidade, um valor esperado duas vezes superior. Mantendo-se os custos judiciais constantes, evidente que em tal hipótese ( $EV(2x) = 2EV(x)$ ) há maior incentivo em iniciar uma disputa judicial.

Aqui já podemos ressaltar a importância da jurisprudência<sup>47</sup> na determinação do volume de processos existentes, principalmente se a observância do precedente tiver um maior grau de obrigatoriedade. Quanto mais vinculada ao precedente estiver a decisão do juiz, menor será a variação da probabilidade atribuída aos eventos vitória e derrota. O precedente sinaliza às partes os critérios que serão utilizados na decisão judicial, diminuindo assim o seu erro de previsão com relação ao resultado do litígio. E, se há maior certeza quanto ao resultado, parece claro que serão evitados NEVS, que podem ocorrer, dentre outros casos, quando há equívoco

---

<sup>46</sup> Quando o valor da indenização é superior ao dano sofrido (seja esta patrimonial ou extrapatrimonial), podemos dizer que houve o arbitramento de *punitive damages*, ou seja, um valor a título de punição, cujo objetivo é mandar um sinal aos potenciais ofensores de forma que estes tomem medidas de prevenção.

<sup>47</sup> Segundo Ferreira (2004, p. 1164), jurisprudência é o “[...] conjunto de soluções dadas às questões de direito pelos tribunais superiores”, ou a “[...] interpretação reiterada que os tribunais dão à lei, nos casos concretos submetidos ao seu julgamento”.

das partes com relação às probabilidades do caso. Por tal razão, súmulas vinculantes<sup>48</sup> possuem a capacidade de diminuir o número de litígios.

Por outro lado, quanto maior o valor da indenização para um mesmo dano, mais autores potenciais irão ajuizar ações. Seria o caso das indenizações milionárias: segundo o modelo, a litigiosidade em ações que possibilitam tais indenizações vultosas deverá maior que outros casos cujos valores sejam menores. Assim, fica fácil observar a importância do critério de arbitramento das indenizações para o volume de litígios existentes. Casos como as ações de indenização por danos morais, em razão da falta de critério de arbitramento decorrente da própria dificuldade em mensurar algo intangível (honra, imagem, saúde mental) tem se multiplicado nas cortes, sendo razoável supor que tal se dá em razão de um aumento do valor esperado para tais litígios para os autores, causado por uma expectativa de recebimento de valores elevados.

Entretanto, existe um outro efeito a ser observado: a partir de um determinado nível, o aumento do valor das indenizações irá resultar em um decréscimo no número de ações judiciais, pois a partir de tal ponto os réus passarão a ter um cuidado maior, buscando evitar a prática de atos danosos (efeito preventivo das indenizações<sup>49</sup>). A relação pode ser representada pelo Gráfico 2, onde o ponto  $\tilde{d}$  representa o valor de indenização a partir de qual um aumento deste irá redundar em um decréscimo no número de ações judiciais.

Da mesma forma como o resultado monetário da disputa judicial, os custos de ajuizamento de uma demanda também afetam diretamente o número de processos existentes, atuando como um filtro. Sabemos que, em um conjunto de diversos potenciais autores de uma demanda judicial, a distribuição dos valores esperados não é linear. Algumas pessoas podem possuir mais elementos para comprovar o seu direito e, portanto, maior probabilidade de sucesso na disputa do que outras. Por outro lado, os danos sofridos por cada um dos potenciais autores não são idênticos: um pode pretender, por exemplo, a reparação de uma bicicleta danificada em um acidente, enquanto outro pode estar objetivando uma indenização pelo roubo de um

---

<sup>48</sup> Uma súmula é, segundo Silva (2000, p. 784), “[...] a condensação de uma séria de acórdãos [decisões dos tribunais], do mesmo tribunal, que adotem idêntica interpretação de preceito jurídico em tese”. Se tal súmula possuir caráter obrigatório, então é chamada de “vinculante”.

<sup>49</sup> Segundo Patrício (2005, p. 47), a “prevenção” é um benefício social que altera a probabilidade de ocorrência de futuros eventos danosos.

anel de diamantes que estava na posse de um banco depositário. Assim, fica fácil verificar que os valores esperados de cada potencial litigante no momento do ajuizamento de uma ação são diferentes. E, como já foi antecipado, o número de potenciais autores aumentará na medida em que aumenta o valor esperado do litígio (pelo menos até o ponto onde tal valor passar a servir de desestímulo à prática da conduta danosa, a partir do qual irá decrescer o valor esperado do litígio).

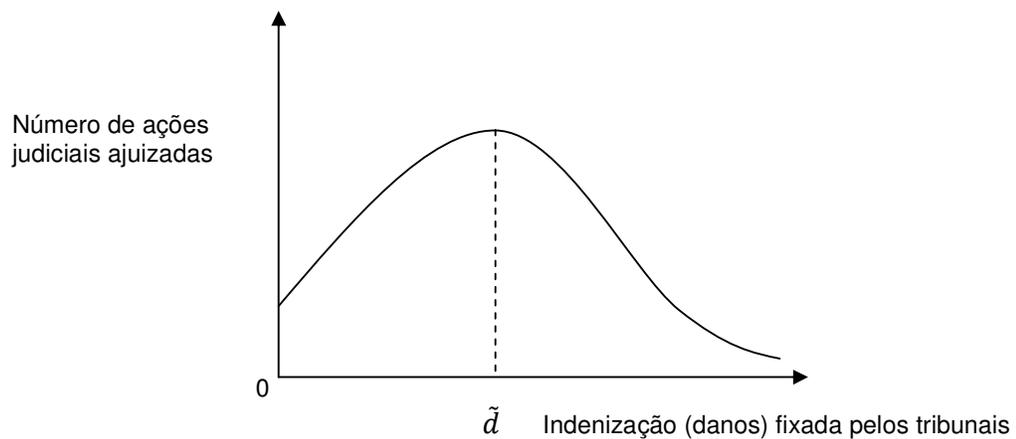


Gráfico 2 – Processos como função dos danos

Fonte: elaborado pelo autor (2009), baseado em Cooter e Ulen (2000, p. 382).

A curva representativa da relação entre o número de potenciais autores e o valor esperado de um litígio pode ser o do Gráfico 3:

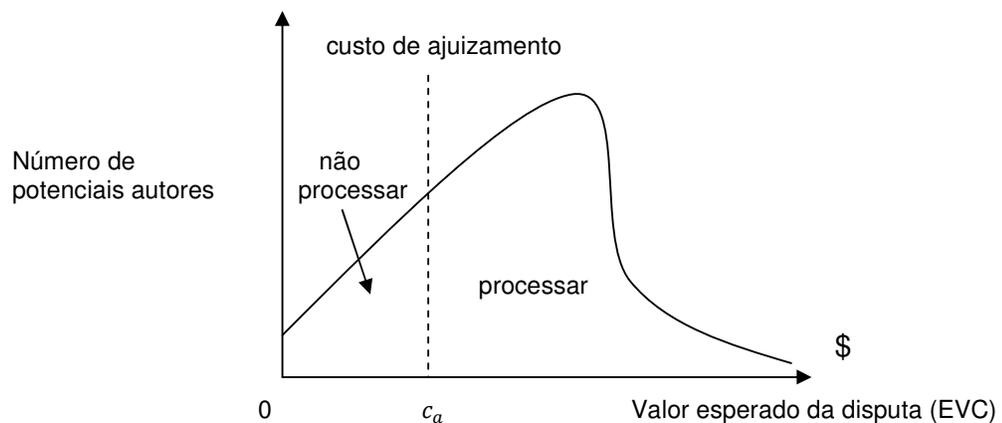


Gráfico 3 – Número de ações ajuizadas

Fonte: Cooter e Ulen (2000, p. 383).

Se fixarmos o custo do ajuizamento ( $c_a$ )<sup>50</sup> em um determinado valor, temos que tal linha vertical divide a distribuição de potenciais autores em dois grupos. Os potenciais autores à esquerda de  $c_a$ , caso sejam racionais, não irão ajuizar a demanda, porque o valor esperado do litígio é inferior aos custos de ajuizamento. Por outro lado, os potenciais autores à direita de  $c_a$  têm boas razões para prosseguir no seu objetivo, eis que o ganho esperado do litígio é superior aos custos de ajuizamento.

A conclusão a que se pode chegar é que o controle do número de demandas pode se dar através do aumento do “preço” da utilização do Poder Judiciário. Aumentar os custos de ajuizamento significa deslocar a curva  $c_a$  para a direita, diminuindo o número de demandas para apenas aquelas com alto valor esperado. Ao contrário, diminuir as taxas judiciárias possibilita que potenciais autores com menores ganhos esperados ingressem com suas ações judiciais, aumentando o número de demandas.

Deve-se, entretanto, ter em vista que diminuir o número de demandas através do aumento das taxas judiciárias pode não ser socialmente desejado. Tal expediente, apesar de eficiente no controle do número de demandas, evidentemente diminui as possibilidades de acesso ao judiciário para a resolução de pequenas disputas.

### **3.2.5 Custo social e erro judicial**

Este trabalho não pretende entrar no mérito da questão exposta no último parágrafo, entretanto, é bastante evidente a necessidade de se ajustar as taxas judiciárias (assim como outras variáveis que afetam a decisão de litigar) ao ponto de se obter a máxima eficiência social. Assim, a análise das regras e práticas processuais pode ser muito facilitada através da utilização de uma medida dos custos sociais. Para tanto, devemos pensar as regras processuais como instrumentos para a realização de direitos substantivos.

---

<sup>50</sup> Valor despendido para a contratação de advogado, obtenção de documentos e informações, pagamento das despesas de ajuizamento de uma determinada ação, etc.

Uma das hipóteses para a maximização da eficiência social seria, por exemplo, minimizar a soma dos custos administrativos e dos custos dos erros (minimizando, assim, o desperdício de recursos). Posner (2007, p. 593) afirma, inclusive, que tal minimização seria o objetivo primordial do sistema processual. Custos administrativos seriam todos aqueles despendidos pelas partes durante o processo para a resolução da disputa (incluindo taxas judiciárias, honorários advocatícios, despesas relativas à obtenção de documentos, etc.). O custo dos erros estaria relacionado à distância entre a solução encontrada pelo juiz em uma determinada demanda e a solução que seria proferida pelo Hercules de Dworkin<sup>51</sup> (a que seria a proferida pelo juiz caso este tivesse informação perfeita acerca dos fatos e do direito envolvido).

Os erros judiciais, segundo Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1087), podem ser classificados em erros do Tipo I e erro do Tipo II. O primeiro (erro do Tipo I) seria aquele cometido quando um juiz (ou corte) julga culpado alguém que agiu corretamente. O segundo (erro do Tipo II) seria aquele cometido pelo juiz que entende que alguém agiu corretamente quando, na verdade, efetivamente violou o direito de outrem<sup>52</sup>.

Os erros judiciais acabam por distorcer os incentivos e impõem custos às sociedades. São causados, em geral, pela informação que os juízes têm acerca dos fatos ocorridos e pelo conhecimento que estes têm do Direito aplicável ao caso em questão<sup>53</sup>. Assim, seria altamente desejável resolver uma determinada lide da forma mais justa possível (minimização dos erros), gastando o mínimo possível par tanto (eficiência na utilização dos recursos).

Ora, se o objetivo econômico das regras processuais é minimizar a soma dos custos administrativos (*administrative costs*) e daqueles decorrentes dos erros

---

<sup>51</sup> Ao buscar a resposta para a problemática da resolução dos casos difíceis e controversos em sua teoria, Dworkin (2003) recorre a Hércules, um juiz com habilidades super-humanas que, tendo conhecimento pleno dos fatos envolvidos e do direito aplicável, proferiria sempre a decisão perfeita (ou justa).

<sup>52</sup> Kazmier (1982, p. 155), ao comentar sobre testes de hipóteses, explica que o Erro Tipo I é aquele que é cometido quando se rejeita a hipótese nula sendo a mesma verdadeira, e sua probabilidade é sempre igual ao nível de significância utilizado como padrão para rejeitar a hipótese nula. Já o Erro Tipo II ocorre quando a hipótese nula é aceita sendo a mesma falsa.

<sup>53</sup> Não se pode ignorar que os erros judiciais podem ser causados também pela existência de um determinado viés político do magistrado, que, em sua interpretação dos fatos e do direito relativo ao caso, afasta a aplicação da lei objetiva em detrimento de um determinado valor que considera superior. Seria o caso, por exemplo, da decisão que nega o despejo de um locatário inadimplente sob o fundamento de proteger o direito à habitação ou a dignidade da pessoa humana.

judiciais (*error costs*), e se  $SC$  é o custo social da disputa,  $c_a$  o seu custo administrativo e  $c(e)$  o custo do erro cometido, então temos:

$$\min SC = c_a + c(e) \quad (6)$$

Graficamente teríamos, no eixo  $x$ , as diferentes regras processuais que dariam ensejo a diferentes decisões judiciais. Para cada decisão, teríamos um custo social diferente associado. A regra eficiente seria aquela onde o custo social fosse o menor possível, conforme demonstra o Gráfico 4:

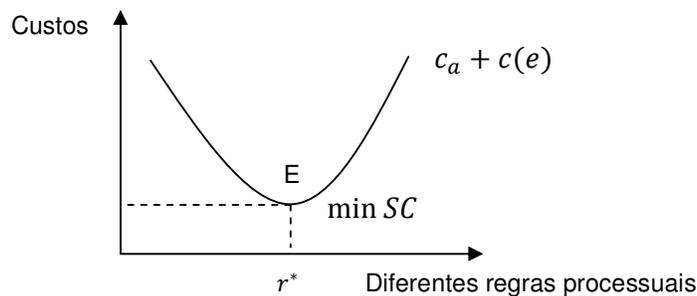


Gráfico 4 – Regras processuais x Custo social  
Fonte: elaborado pelo autor (2009).

Supondo um caso onde as partes compõem um acordo nos mesmos termos que seriam proferidos caso houvesse o julgamento da lide, temos então que eventual custo do erro relacionado ao acordo (se é que existe) seria igual ao custo do erro relacionado ao julgamento. Entretanto, no caso do acordo, os custos administrativos seriam infinitamente inferiores e implicariam, *ceteris paribus*, em um menor custo social. Tal exemplo ilustra a vantagem dos acordos que “imitam” as soluções judiciais, e reforça os argumentos daqueles que advogam em favor dos tribunais arbitrais ou de conciliação.

Quanto aos erros, se supormos que são a diferença entre o julgamento perfeito e aquele que é proferido pelas cortes ( $e = j^* - j$ ), podemos então ter uma medida exata de tal conceito. Se a decisão do Hercules de Dworkin para determinado caso fosse condenar o réu a pagar uma indenização de \$2.500,00 e a decisão da corte fosse arbitrar tal indenização em \$2.000,00, então o custo do erro cometido equivaleria a \$500,00, e seria suportado pelo autor em favor do réu. Para a situação oposta (indenização no julgamento perfeito fixada em \$2.000,00 e no

juízo real em \$2.500,00) o custo do erro, apesar de idêntico, estaria sendo implicado ao réu em favor do autor.

Convém, ainda, destacar que, mantendo-se os custos administrativos constantes, não necessariamente a extensão do erro será equivalente ao custo social. Este depende, ainda, da distorção que o custo atrelado ao erro causará nos incentivos privados que influenciam no surgimento das disputas judiciais.

Para ilustrar, temos que, se um determinado erro (\$500,00) implica, por exemplo, em uma diminuição no cuidado do fornecedor para com a qualidade do produto fornecido, e que tal diminuição lhe possibilita uma economia de \$1.000,00 em prevenção mas, por outro lado, aumenta em \$10.000 os prejuízos sofridos pelos consumidores, então o custo social será \$9.000,00 – equivalente à perda dos consumidores (\$10.000,00) menos o ganho do fornecedor (\$1.000,00), e não \$500,00.

### **3.2.6 O mercado de serviços advocatícios**

Outro fator de extrema importância para a decisão de ajuizar ou não uma demanda é a oferta de serviços advocatícios. A questão que está implícita é se uma variação no número de advogados irá afetar ou não a quantidade de ações judiciais? A resposta racional é positiva, sendo que o efeito irá depender de como tal mercado está regulamentado.

Em muitos países há grande liberdade na definição dos contratos de honorários, na forma como as sociedades de advogados atuam e na possibilidade destas divulgarem seus serviços. Os órgãos de classe (*bar associations*) em tais países regulamentam de forma fraca a atividade, e por tal razão o mercado de serviços advocatícios se aproxima mais de uma situação de livre mercado, onde a oferta e a demanda determinam os preços.

Quando a regulamentação é fraca (como no caso dos EUA), um aumento no número de advogados irá deslocar a curva da oferta de serviços advocatícios para a direita, conforme se pode observar no Gráfico 5:

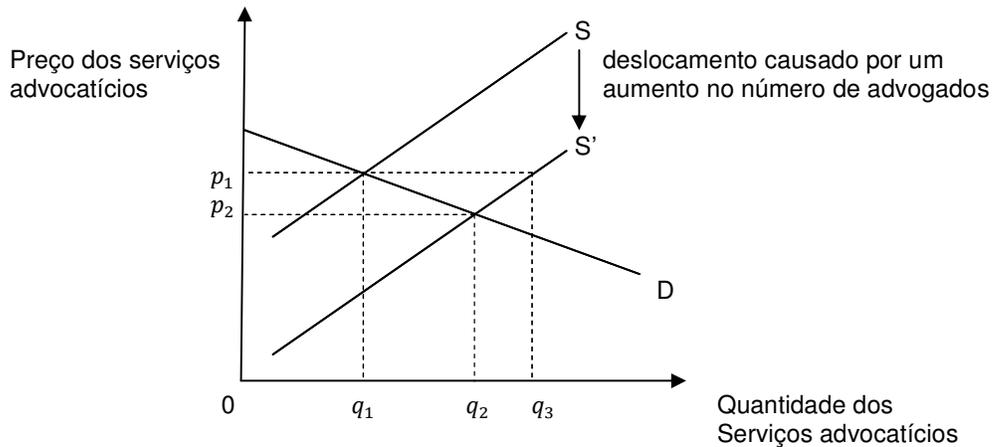


Gráfico 5 – Efeito de um aumento no número de advogados no mercado de serviços advocatícios

Fonte: elaborado pelo autor (2009) baseado em Cooter e Ulen (2000, p. 385).

De acordo com a teoria microeconômica, tal deslocamento na curva de oferta irá causar uma queda nos preços dos serviços advocatícios, de  $p_1$  para  $p_2$ . O novo ponto de equilíbrio se dará a um preço mais baixo e a uma quantidade maior de serviços. A queda dos preços causa um incremento na demanda por serviços advocatícios em razão de, segundo a teoria já exposta, alterar uma das variáveis do modelo de decisão: *ceteris paribus*, a queda nos preços diminui os custos administrativos, tornando litígios que antes não seriam ajuizados mais atraentes para os advogados (e para os clientes).

Exemplificando, se supormos que uma pessoa possa ganhar \$1.000,00 com uma chance de 50%, e que o advogado cobrará 30% a título de honorários, o valor esperado desta demanda para o seu advogado será igual a \$150,00 ( $\$1.000,00 \cdot 0,5 \cdot 0,3$ ). Imaginando que tal caso exige do advogado duas horas de trabalho, sua remuneração esperada seria de \$75,00 por hora. Tal caso seria interessante se não houvesse uma oportunidade alternativa que pagasse mais do que \$75,00 por hora. Ocorre que, com um acréscimo no número de advogados, tais oportunidades alternativas diminuem, fazendo com que aqueles aceitem causas que não eram consideradas lucrativas anteriormente.

Como se pode facilmente notar, o preço dos serviços advocatícios em mercados mais liberais pode ser controlado pelo número de advogados existentes no mercado. Por tal razão, algumas *bar associations* impõem inúmeros requisitos ao

exercício da profissão, de forma a manter o controle da oferta de advogados. Exigência de maior qualificação para a obtenção de licença para advogar é uma das formas mais comuns de manter em determinado nível os preços dos serviços advocatícios.

Em outros países, os órgãos de regulamentação da profissão impõem regras mais rígidas para o exercício da atividade. Um dos exemplos é a Alemanha, onde os preços dos serviços advocatícios são fixados e o órgão regulador é efetivo no controle do cumprimento de tal regra. Entretanto, tal situação não isenta o mercado de submeter-se à regra da oferta e da demanda. O que ocorre é que, em tal situação, um aumento no número de advogados não terá influência no preço dos serviços advocatícios. Todavia, haverá uma quantidade maior de advogados para uma determinada quantidade de serviços demandados, o que causará desemprego.

Se tomarmos o mesmo exemplo do Gráfico 5, vemos que o deslocamento da curva de oferta para a direita não irá afetar o preço. Na nova situação, o preço não é aquele que equilibra oferta e demanda. O mercado está a oferecer uma quantidade  $q_3$  de serviços advocatícios, mas ao o preço  $p_1$  só existe demanda por uma quantidade  $q_1$ . A diferença ( $q_3 - q_1$ ) é o excesso de oferta sobre a demanda, que pode ser entendida como a quantidade de advogados que gostaria de trabalhar ao preço  $p_1$ , mas não consegue. Tal situação pode causar desemprego ou subemprego, ou então a situação em que os advogados, por não poderem baixar os preços e com o objetivo de atrair clientes, passarão a devotar mais tempo aos casos ou então oferecer serviços extra de forma gratuita. Em geral, não havendo possibilidade de competição por preços, esta se dará através da qualidade e da oferta de descontos secretos.

Um dado interessante sobre a quantidade de advogados é apresentado por Carmignani e Giacomelli (2009). Ao investigarem a relação entre o número de advogados e a litigância civil nas províncias da Itália nos anos de 2000 a 2005, os resultados apontaram para uma relação causal entre as duas variáveis. Ao interpretarem o número de advogados como uma *proxy* da intensidade de competição no mercado de serviços advocatícios, as autoras concluíram que o aumento da litigância se deu de acordo com dois possíveis comportamentos: uma redução no preço dos serviços advocatícios tornou mais conveniente para os

clientes o ajuizamento de ações judiciais; o aumento no esforço dos advogados de induzir seus clientes, em virtude da existência de assimetria informacional, a demandar seus serviços.

Cooter e Ulen (2000, p. 386-390) apontam o mercado de serviços advocatícios, por suas características, como integrante de um típico problema de agente-principal<sup>54</sup>. Tal problema pode ser tanto pré-contratual (seleção adversa), quanto pós-contratual (*moral hazard*, ou risco moral)<sup>55</sup>, e se deve à assimetria informacional existente entre agente e principal.

Temos, de um lado, o cliente decidindo se coloca ou não determinada questão jurídica sob o controle do advogado (seleção adversa). Por outro lado, temos o advogado decidindo se se dedica ou não ao caso do cliente (risco moral). Como há assimetria de informação (o cliente sabe muito mais acerca dos fatos da disputa e o advogado muito mais acerca do direito aplicável e da sua própria capacidade), a resolução de tal problema (contratar ou não o advogado/aceitar ou não a causa) dependerá dos incentivos que estarão em jogo.

Em um problema de agência, a eficiência é alcançada quando agente e principal maximizam seus *payoffs* conjuntos, ou seja, quando o custo marginal se iguala ao benefício marginal para ambas as partes. Para tanto, deve-se desenhar um contrato que alcance tal objetivo, ou seja, que de um lado incremente o valor esperado da disputa para o cliente e, por outro, represente para o advogado a melhor oportunidade entre as demais alternativas de trabalho.

Geralmente tais contratos são construídos considerando-se três variáveis: 1) tempo gasto na causa; 2) os serviços desempenhados pelo advogado; 3) o resultado da disputa. Quando o advogado recebe por tempo, torna-se atrativo que gaste muito tempo trabalhando no caso. Se for pago por serviço prestado, há incentivos para

---

<sup>54</sup> No problema do agente-principal, há uma delegação de tarefas ao agente por parte do principal. O objetivo de tal delegação é que o agente execute as ações de acordo com os interesses do principal. Todavia, o esforço do agente não pode ser diretamente monitorado pelo principal, em razão da existência de assimetria informacional. Assim, pode haver um desalinhamento de interesses entre as partes.

<sup>55</sup> Seleção adversa é uma forma de falha de mercado que ocorre quando, devido a informações assimétricas, produtos/serviços de diferentes qualidades são vendidos a um mesmo preço; a dificuldade em determinar a real qualidade do produto/serviço faz com que muitos produtos/serviços de baixa qualidade e poucos de alta sejam vendidos. O risco moral ocorre quando uma parte apresenta ações que não são observadas e que podem afetar a probabilidade ou a magnitude de um pagamento associado a um evento. (PINDYCK; RUBINFELD, 2006, p. 532 e 539).

que gaste pouco tempo no caso, aproveitando o tempo economizado para trabalhar em outros casos. Também se deve considerar que, em casos onde o advogado recebe por hora trabalhada ou por serviço prestado, não há incentivos para que seja sincero com o cliente quanto aos possíveis resultados de sua ação, ou seja, que informe ao cliente o verdadeiro valor esperado da disputa. O advogado pode, exagerando nas informações acerca das variáveis de decisão (resultado, probabilidade de vitória e custos envolvidos), induzir o cliente a iniciar uma disputa que não seria iniciada se este tivesse ciência de suas verdadeiras chances.

Ao contrário, um advogado contratado por uma porcentagem do resultado (*contingency fee*) tem incentivos para informar ao cliente a real dimensão da disputa, eis que só aceitará o trabalho se efetivamente o valor esperado da demanda for inferior ao seu custo (tempo gasto na demanda e, em alguns casos, despesas suportadas em nome do cliente). Tal tipo de contrato também faz com que o advogado se esforce na causa, eis que sua remuneração será maior quanto maior for o sucesso obtido. Assim, quanto maior for o percentual cobrado, menor gravidade terá o problema de agência.

No entanto, muitos países proíbem a cobrança de percentual sobre os resultados ou, quando permitem, fixam limites mínimos e máximos. Caso não existissem quaisquer limitações, o problema de agência estaria resolvido quando o contrato estipulasse uma taxa de 100% sobre os resultados. Tal hipótese representaria verdadeira venda da causa do cliente ao advogado, e este só ingressaria com uma ação quando o valor esperado do litígio fosse inferior aos custos relacionados ao caso.

Como já dito, o problema de agência envolvendo advogado e cliente tem como uma de suas causas a assimetria informacional. Entretanto, eventos aleatórios como o entendimento do juiz do caso sobre a matéria, ou a existência ou não de determinada prova sobre certo fato também agravam o problema, eis que desincentivam o advogado a trabalhar em troca de percentual sobre os resultados. A aleatoriedade dificulta a obtenção das probabilidades dos eventos, prejudicando a decisão através do modelo do valor esperado.

Assim, como forma de resolver tais problemas, as pessoas acabam escolhendo seus advogados em razão de sua reputação, ou então através de indicação ou relações de longo prazo. Ou seja, buscam indicativos que inspirem

confiança no trabalho. Não é por outra razão que se mostra vantajoso o estabelecimento de grandes sociedades de advogados, eis que permitem o desenvolvimento de uma marca que indique boa reputação e qualidade no trabalho executado. Apesar de ser uma das formas de solução do problema de agência, a propaganda nem sempre é livremente permitida no mercado de serviços advocatícios.

Percebe-se que o agravamento dos problemas de agência pode causar alterações no número de ações ajuizadas, eis que, ao aumentar os custos administrativos, desencorajam-se as disputas judiciais de menor valor esperado. Contudo, controlar o número de processos aumentando os problemas de agência não é algo eficiente, eis que há distorção nos incentivos que os advogados têm em bem representar seus clientes, sendo mais eficiente, por exemplo, um aumento dos custos judiciais.

### **3.2.7 Jogos de barganha e acordos**

Patrício (2005, p. 52) afirma que, algumas vezes, após a propositura da ação, é necessário verificar a frequência com que as partes recorrem ao acordo ou insistem em ir até a decisão final da corte. O acordo, que normalmente envolve o pagamento de um montante por parte do infrator à vítima, representa o resultado de uma interação estratégica entre as partes denominada “barganha”. Esta deve ser entendida como a negociação a que se sujeitam as partes na tentativa de obter uma solução acerca de determinado problema.

Em situações de barganha, temos dois princípios a observar: 1) agentes racionais devem modificar suas crenças de acordo com as ações tomadas pelo outro agente; 2) os agentes devem agir de uma forma consistente com suas crenças. Além disso, em uma situação de equilíbrio as crenças dos agentes devem ser consistentes não só com suas próprias ações, mas também com as ações dos outros participantes.

Assim, em uma situação de barganha, as partes podem cooperar ou não, sendo que a cooperação leva, em geral, a um *payoff* conjunto maior do que a soma

dos *payoffs* individuais da não-cooperação. Portanto, para induzir alguém a cooperar, é necessário que a parte receba, com tal atitude, ao menos aquilo que obteria ao não cooperar. Tal valor é chamado de *threat value*<sup>56</sup>, e a soma dos *threat values* de todas as partes envolvidas equivale ao valor não-cooperativo do jogo. A diferença entre o *payoff* conjunto da cooperação e o valor não-cooperativo do jogo pode ser denominado lucro cooperativo. E, para que haja cooperação, as partes devem concordar acerca da divisão de tal lucro, sendo razoável que a divisão se dê de forma equânime.

Resumindo, se considerarmos que o resultado não-cooperativo para o autor equivale ao valor subjetivo do litígio ( $T_p$ ) menos os custos judiciais do julgamento ( $c_{tp}$ ) e que, para o réu, equivale ao valor subjetivo de sua responsabilidade ( $T_d$ ) somado aos custos incorridos no julgamento ( $c_{td}$ ), então teremos os seguintes *threat values* para autor e réu, na notação de Cooter e Rubinfeld (1989):

$$T_p - c_{tp} \quad (7)$$

$$T_d + c_{td} \quad (8)$$

Convém ressaltar que o *threat value* do jogo para o réu sempre será negativo, eis que terá que pagar  $T_d + c_d$ . A soma dos *threat values* das partes (equações 7 e 8) resulta no valor não cooperativo do jogo:

$$(T_p - c_{tp}) - (T_d + c_{td}) \quad (9)$$

$$= (T_p - T_d) - (c_{tp} + c_{td}) \quad (10)$$

Em um acordo, a transferência líquida entre as partes é sempre zero, ou seja, sempre uma parte ganha exatamente aquilo que a outra perde. Com o acordo, evita-se o julgamento, e as partes irão suportar apenas os custos da transação ( $c_{sp}$  e  $c_{sd}$ ), que se supõe sejam inferiores aos custos atribuídos ao julgamento. Assim, o valor cooperativo do jogo em caso de acordo é  $-(c_{sp} + c_{sd})$ , ou seja, o valor da transferência líquida (igual a zero) menos a soma dos custos.

Por fim, o lucro cooperativo de um jogo será igual à diferença entre os seus valores cooperativo e não-cooperativo:

---

<sup>56</sup> Patrício (2005, p. 61) traduz *threat value* como o “valor de ameaça”, ou o valor que induz a não cooperação.

$$\{(c_{tp} + c_{td}) - (c_{sp} + c_{sd})\} + [T_d - T_p] \quad (11)$$

Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1075), ao reconhecerem que os custos do julgamento são muito superiores aos custos do acordo, afirmam que muitos autores preferem simplificar o modelo, assumindo que estes custos são nulos ( $c_{sp} = c_{sd} = 0$ ). Nesse caso, o lucro cooperativo será:

$$(c_{td} + c_{tp}) + (T_d - T_p) \quad (12)$$

Um acordo para a composição da lide só será possível se o lucro cooperativo do jogo for positivo, e dependerá da forma como tal lucro será distribuído entre as partes. Tal afirmação é bastante óbvia, eis que, se o lucro cooperativo for negativo, então as partes preferirão levar o caso até o julgamento. Assim, quanto maior o lucro cooperativo, maior a freqüência de ocorrência de acordos.

Para exemplificar o modelo apresentado, vamos supor que em um determinado caso o autor espera ganhar \$100 em caso de um julgamento com uma probabilidade 0,5, sendo que, independentemente do resultado, irá gastar \$20 no litígio. O valor esperado da disputa (ou valor subjetivo) para o autor é \$30 ( $\$100 \cdot 0,5 - \$20$ ), e equivale ao seu *threat value*. Se o réu espera perder \$100 com a probabilidade 0,5 e o seu custo for os mesmos \$20, o valor esperado da sua responsabilidade (valor subjetivo) será \$70 ( $-\$100 \cdot 0,5 - \$20$ ), que também será equivalente ao seu *threat value*. A soma dos valores esperados de cada parte (valor não-cooperativo) equivale a \$40 ( $\$30 - \$70$ ).

Se as partes do exemplo cooperassem, então uma delas receberia  $T$  e outra pagaria  $T$ , cada uma gastando \$1, e não os \$20. O valor cooperativo do jogo seria  $[+T - \$1 - \$T - \$1 = -\$2]$ , e o resultado líquido da cooperação seria  $[-\$2 - (-\$40) = \$38]$ , ou seja, a diferença entre os valores cooperativos e não cooperativos. O resultado líquido da cooperação seria igual à diferença entre os custos conjuntos do acordo ( $-\$2$ ) e os custos conjuntos da litigância ( $-\$40$ ) e, dessa forma, a economia de custos na realização do acordo criaria o lucro cooperativo.

Desenhando um acordo razoável, teríamos uma divisão equânime do resultado líquido da cooperação entre as partes. Assim, somando o valor esperado da disputa para o autor (\$30) com a sua parte do lucro cooperativo (\$19), teríamos um *payoff* de \$49, que poderia ser obtido por um acordo no valor de \$50, descontando-se o custo do mesmo para o autor (\$1). Para o réu faz-se o mesmo

raciocínio: seu *payoff* será igual ao seu valor esperado (- \$70) somado à sua parcela no lucro cooperativo (\$19), resultando em \$51. Como era de se esperar, para alcançar tal *payoff*, o réu deveria pagar ao autor \$50, suportando ainda \$1 a título de custo do acordo.

Se computarmos agora o valor esperado do julgamento, teremos  $0,5(\$100) = \$50$ , ou seja, o mesmo valor do acordo. Lembrando que o custo social pode ser medido pela soma dos custos administrativo e pelo custo do erro judicial, conclui-se que acordos que repetem decisões judiciais reduzem tais custos. Isso porque tal acordo reduz os custos de transação para alcançar o mesmo resultado que seria obtido através de um julgamento. Por tal razão, a legislação processual deveria encorajar acordos que repetissem as decisões judiciais, alcançando assim um mesmo resultado, mas com custos sociais menores. Todavia, para que o acordo repita a decisão judicial é necessário que: 1) as partes tenham a mesma expectativa acerca do resultado do julgamento; 2) as partes suportem os mesmos custos de transação para resolver a disputa.

Tais situações nem sempre ocorrem, eis que muitas vezes há exagerado otimismo ou pessimismo de uma ou ambas as partes (a causa de tal exagero terá relação com problemas informacionais, conforme será verificado na próxima seção). No modelo proposto, situações de exagerado otimismo ou pessimismo são visualizadas na probabilidade que as partes atribuem ao resultado da lide: se a soma das probabilidades excede 100%, então certamente há excesso de otimismo de uma ou de ambas as partes; *a contrario sensu*, se a soma das probabilidades é inferior a 100%, então diagnostica-se relativo pessimismo.

Considerando que o relativo pessimismo incentiva as partes a realizar um acordo, e que este economiza recursos em razão de um menor custo social, tal hipótese não merece maior atenção. No caso do relativo otimismo, convém aplicar o modelo de barganha a um exemplo concreto, de forma a identificar a relação entre expectativas, custos da litigância e custos do acordo.

Supõe-se uma situação onde o autor acredita receber em julgamento uma indenização de \$100 do réu com uma probabilidade 0,8, e que este espera ter que pagar \$100 a uma probabilidade 0,5 (relativo otimismo do autor), com custos de julgamento e de acordo para ambos nos valores de \$20 e \$1 respectivamente. O *threat value* do autor será \$60 ( $[0,8*\$100 + 0,2*\$0] - \$20$ ), e o do réu será -\$70

$([0,5*\$100 + 0,5*\$0] - \$20)$ ; conseqüentemente, o valor não-cooperativo do jogo será  $-\$10$  ( $\$60 - \$70$ ). O lucro cooperativo do jogo será igual ao seu valor cooperativo menos o seu valor não cooperativo, ou seja:  $+\$S -\$1 -\$S -\$1 - (-\$10) = \$8$ . Dividindo-se igualmente o lucro cooperativo, temos uma cota de  $\$4$  para cada parte. Assim, um acordo razoável para o autor seria igual ao seu valor esperado acrescido de sua parcela no lucro cooperativo ( $\$60 + \$4 = \$64$ ); para o réu, o acordo razoável seria igual a  $-\$66$  ( $-\$70 + \$4$ ). Para atingir tal acordo, o valor deste seria igual a  $\$65$ , suportando cada parte o custo de  $\$1$ .

O lucro cooperativo para este exemplo, que era de  $\$40$  quando as probabilidades das partes eram equivalentes a 0,5, diminuiu para  $\$8$ , o que significa que o relativo otimismo afeta negativamente tal lucro. Se este cair abaixo de zero, o acordo não será possível, eis que as partes estarão em uma melhor situação através da solução judicial<sup>57</sup>. Tal se dá em razão do relativo otimismo (diferença entre as expectativas das partes) ultrapassar os custos que seriam economizados através do acordo (diferença entre os custos judiciais e os custos do acordo). Assim, temos que a variação entre as expectativas das partes ( $\Delta EJ$ ) tem ligação direta com a diferença entre os custos judicial e do acordo ( $LC - SC$ ), de forma que haverá acordo apenas se  $\Delta EJ < LC - SC$ . Se ocorrer o contrário ( $\Delta EJ > LC - SC$ ), as partes submeterão a decisão a julgamento e, em caso de igualdade, haverá indiferença com relação à forma de solução do litígio.

### 3.2.8 A troca de informações entre as partes

Já foi referido anteriormente que o litígio se caracteriza por ser, no seu início, um jogo de informação assimétrica: em geral, cada parte possui mais informação sobre os fatos que lhe ocorreram do que seu adversário. Parece razoável supor, por

<sup>57</sup> Utilizando o mesmo exemplo, se a probabilidade atribuída ao autor for 0,95, então seu valor esperado será  $[0,95*\$100 + 0,05*\$0] - \$20 = \$75$ . O valor cooperativo do jogo será  $-\$2$  (soma dos custos com a realização do acordo) e, por tal razão, o lucro cooperativo será  $-\$7 = -\$2 - [\$75 - \$70]$ . Um acordo razoável dividiria tal lucro igualmente entre as partes ( $-\$3,5$  para cada). O *payoff* para autor seria  $\$72,5$  ( $\$75 - \$3,5$ ), o que seria possível através de um acordo no valor de  $\$73,5$  se considerarmos o custo de  $\$1$  para a parte realizar o acordo. Ocorre que o valor esperado para o réu em caso de julgamento é  $-\$70$ , o que faz com que este prefira a solução judicial à amigável.

exemplo, que no caso de um acidente de trânsito, a vítima tenha mais conhecimento sobre os danos que sofreu e o infrator mais informações sobre a sua negligência.

Jogos de informação incompleta, segundo Baird, Gertner e Picker (1998, p. 79-80) são situações onde uma das partes possui algum conhecimento que a outra parte não possui. E, quando uma pessoa possui alguma informação que a outra não possui, tal assimetria afeta o comportamento de ambas as partes. Assim, as regras que regulam a troca de informações entre as partes têm efeito direto na forma como as pessoas interagem entre si.

Foi visto que a primeira grande decisão tomada pelo queixoso em uma situação de litigância é iniciar ou não a disputa judicial. Por outro lado, cabe ao demandado decidir se irá defender-se ou não. Entretanto, após a tomada de tais decisões, inicia-se uma fase muito importante no processo, que é a troca de informações entre as partes. Quando o autor decide ajuizar uma ação, o faz através de uma petição, onde expõe os fatos ocorridos, alega o direito que entende violado e faz os pedidos que julga pertinentes. Após ser noticiado da ação, o réu oferece sua defesa, onde expõe a sua versão dos fatos, alega sua matéria de defesa e faz os pedidos que entende apropriados. Em tal ponto, em geral cabe às partes decidir se entram em um acordo e resolvem a disputa ou se continuam com a lide e se submetem ao julgamento do juiz<sup>58</sup>.

Supondo que é do conhecimento de todos que o acordo é, via de regra, uma solução menos onerosa que submeter a lide à julgamento (conforme exposto anteriormente), em tese os julgamentos só deveriam ocorrer em casos em que uma das partes estivesse se comportando de maneira irracional. Todavia, a teoria dos jogos demonstra que, mesmo que as partes estejam agindo de forma racional e que o acordo seja a melhor solução para o caso, muitas vezes este não ocorre.

Para que as partes cheguem a um acordo, é necessário que as expectativas de ambas com relação ao que aconteceria em eventual julgamento sejam parecidas. Se autor e réu estiverem excessivamente otimistas com relação ao seu desempenho na demanda (o autor acha que vai ganhar mais do que efetivamente ganharia e o réu acha que vai perder muito menos do que aquilo que efetivamente perderia), o

---

<sup>58</sup> No processo civil brasileiro, antes de entrar na fase de produção de provas, cabe ao juiz designar uma audiência preliminar, onde se tentará, em um primeiro momento, a conciliação (art. 331 do CPC).

acordo estará prejudicado, eis que os valores pelos quais cada um estaria disposto a encerrar a discussão são muito diferentes.

Exemplificativamente, vamos assumir que um ônibus atropelou um pedestre, e que a empresa de transportes admite sua culpa (probabilidade do autor é 1 e do réu é 0), mas diverge da vítima com relação ao valor dos prejuízos causados (exemplo tirado de Cooter e Ulen, 2000). A empresa entende que, se o processo for a julgamento, além de gastar \$1.000 com o processo, será condenada a pagar uma indenização de \$1.500, o que totalizaria um desembolso de \$2.500 ( $EV(x)_d = [1.500*1,0] + 1.000$ ). Já o pedestre entende que, se o processo for a julgamento, apesar de gastar os mesmos \$1.000 em despesas judiciais, irá receber uma indenização de \$15.000, resultando num ganho líquido de \$14.000 ( $EV(x)_p = [15.000*1,0] - 1.000$ ). Neste caso, qualquer proposta inferior a \$14.000 será rejeitada pelo autor; o réu, por sua vez, não irá aceitar um acordo superior a \$2.500. Isso porque tais ofertas se situam abaixo do valor esperado de cada parte (o valor esperado da ação para o autor e o valor esperado da responsabilidade para o réu).

Se supormos agora uma situação inversa, onde as partes estão extremamente pessimistas com relação ao resultado da ação, a lógica indica que será fácil a obtenção de um acordo. Tal hipótese é aquela onde o autor tem a expectativa de ganhar uma quantia menor do que aquela que o réu espera perder. Considerando o mesmo exemplo do atropelamento, mas invertendo os valores que as partes esperam ganhar/perder, teríamos  $EV(x)_d = [15.000*1,0] + 1.000$  e  $EV(x)_p = [1.500*1,0] - 1.000$ . O valor esperado da lide para o autor seria \$500, e o valor esperado da responsabilidade do réu seria \$16.000. O falso pessimismo da companhia de ônibus a leva a aceitar qualquer proposta inferior a \$16.000. Por outro lado, o falso pessimismo do autor o levar a aceitar qualquer proposta superior a \$500.

A conclusão a que se chega é que o relativo pessimismo das partes favorece a obtenção de acordos judiciais, e o otimismo relativo (ou exagerado) acerca do resultado do julgamento dificulta tal composição:

Otimismo excessivo + Otimismo excessivo	Alta probabilidade de JULGAMENTO
Pessimismo excessivo + Pessimismo excessivo	Alta probabilidade de ACORDO
Otimismo excessivo + Pessimismo excessivo	Depende de lucro cooperativo: Se >0, ACORDO Se <0, JULGAMENTO

Quadro 1 – Relação entre otimismo e pessimismo exagerado das partes  
Fonte: elaborado pelo autor (2009).

No caso usado como exemplo, o otimismo/pessimismo está relacionado ao entendimento das partes acerca da real extensão dos danos sofridos pelo autor. No entanto, mesmo se tratando de um caso específico, pode-se, através da abstração, chegar à conclusão de que as diferenças com relação às expectativas das partes estão diretamente ligadas à assimetria informacional existente, devendo-se esta à existência de informações privadas não compartilhadas.

Parece bastante evidente que a existência de assimetria informacional entre as partes pode, dependendo do caso, facilitar ou dificultar a composição. Assim, transmitir à outra parte más notícias com relação às suas chances no caso é bom para a geração de acordos, eis que aumenta o pessimismo desta.

Parte da informação trocada pelas partes se dá de forma voluntária. Em países europeus e no Brasil, tal se dá perante o juiz, quando o autor instrui seu pedido com a documentação que acredita demonstrar que é merecedor de ter assegurado determinado direito, e quando o réu, em sua resposta, apresenta elementos que entende justificarem o não atendimento, pelo juiz, dos pedidos do autor (ou de parte deles). Já nos EUA, tal troca de informações nem sempre ocorre perante o juiz.

Ocorre, entretanto, que certas informações, por serem prejudiciais aos intentos do seu portador, são voluntariamente omitidas. Em tais casos, como se tratam de informações que, em tese, beneficiariam a parte contrária, inexistente incentivo para que sejam reveladas. Por outro lado, a revelação de tais informações é desejável para aquele que seria supostamente beneficiado. E, se pensarmos que a decisão deve se dar de forma a minimizar o erro judicial, e que este é determinado também pelo conhecimento que o juiz tem dos fatos da causa, parece salutar que a troca de informações se dê, em algum grau, de forma compulsória.

Temos então a correta dimensão da importância que as regras atinentes à produção das provas têm em uma demanda judicial: estas podem incentivar ou até mesmo obrigar a revelação de informações privadas. No modelo proposto, a troca voluntária de informações que ocorre antes que um processo seja submetido a julgamento serve para corrigir eventual excesso de otimismo existente entre as partes, e por tal razão, aumenta a probabilidade de se chegar a um acordo. Tal revelação é mostra eficiente (eis que permite a economia com despesas processuais que seriam despendidas na obtenção de informações caso o processo continuasse) e reforça o poder de barganha da parte que toma tal iniciativa.

Ocorre que, quando a situação posta é de excesso de pessimismo, as partes tendem a manter privadas as informações que serviriam para corrigir tal assimetria informacional. No caso do atropelamento, se a vítima tem conhecimento de que seus danos são menores do que aqueles que a empresa de ônibus imagina, não irá espontaneamente revelar tal fato, eis que a assimetria informacional permite que seja realizado um acordo em valores superiores aos que receberia caso o processo fosse a julgamento.

Da mesma forma como no excesso de otimismo, quando há excessivo pessimismo, ao menos uma das partes está mal informada ou desinformada. Ocorre que, em tal caso, não há incentivo para a revelação de informação privada, uma vez que esta prejudica a obtenção de um acordo. E, apesar de aumentar as possibilidades de acordo, tal situação nem sempre é desejável. A revelação compulsória de informações tende a aproximar o juiz da verdade real dos fatos, o que pode diminuir o erro judicial, que é um dos componentes do modelo de minimização dos custos sociais.

Aliás, como “revelação involuntária” de informações deve-se entender a descoberta de informação privada mantida por uma das partes pela outra. Na prática, tal processo (*discovery*) implica em que uma parte faça questionamentos à outra na busca de obter a informação desejada. Tal sistema tende a corrigir situações de excesso de pessimismo, e por tal razão alguns advogam contra a sua adoção, eis que desincentivaria a obtenção de acordos.

O sistema existente nos EUA acerca da produção de provas é bastante elaborado, mas o juiz tem um papel passivo, mediando a disputa entre os advogados. Antes mesmo dos processos começarem, as partes devem revelar os

argumentos básicos que pretendem utilizar em juízo, as evidências que fundamentarão tais argumentos, os nomes das testemunhas e a natureza dos seus testemunhos. Diferentemente, em muitos países da Europa ( e no Brasil) a produção de prova deve ocorrer judicialmente, sendo uma etapa do processo onde o juiz possui um papel ativo no desenvolvimento de argumentos e exploração das evidências.

Quanto aos custos sociais, temos que a troca voluntária de informações (*voluntary pooling*), ao corrigir a assimetria informacional existente entre as partes, aumenta as chances da obtenção de acordos, e por tal razão diminui a probabilidade de determinada disputa ir a julgamento. Destarte, parece evidente que a troca voluntária de informações evita custos administrativos, ao incentivar a abreviação da solução da lide. Com relação ao erro judicial, considerando que este também é decorrente do desconhecimento, por parte do juiz, dos verdadeiros fatos da causa, podemos dizer que também há redução do seu custo em caso de troca voluntária de informações. Assim, tal troca tende diminuir os custos sociais, eis que reduz ambos os seus componentes (custos administrativos e dos erros).

A troca compulsória de informações (*compulsory pooling*) também tende a reduzir os custos do erro judicial, uma vez que permite ao juiz um maior conhecimento sobre os fatos da causa. Contudo, no que se refere aos custos administrativos, não há como prever o efeito causado pela troca compulsória. Isso porque, em tese, tal troca pode tanto incentivar o acordo quanto a continuidade da disputa. Ademais, não se deve esquecer que a obtenção das informações pode envolver custos que superem o custo do julgamento que tal procedimento iria evitar.

### **3.2.9 Litigância frívola**

Assim como no caso de divergência com relação às expectativas de cada parte, a diferença entre os custos da litigância suportados por cada parte influi na obtenção (ou não) de uma solução amigável para o litígio. Como já dito, um acordo razoável pode ser desenhado quando ambas as partes possuem a mesma

expectativa acerca dos resultados de uma disputa submetida a juízo e quando suportam os mesmo custos de transação.

Por tal razão, importante questionar por que em alguns casos, mesmo tendo conhecimento de que a probabilidade de sucesso é zero, algumas pessoas insistem em ingressar com demandas judiciais? Aproveitando o exemplo de Cooter e Ulen (2000, p. 402) sobre os construtores de Nova Iorque, pode-se verificar o que ocorre em uma situação em que os custos de transação são diferentes para as partes. Tal exemplo explora a situação em que a construção de um prédio pode ser embargada por moradores da vizinhança, que decidem ingressar com a ação mesmo inexistindo qualquer chance de sucesso.

Em uma situação onde o custo judicial de cada uma das partes é igual a \$1.000 e as probabilidades associadas ao autor e réu são, respectivamente, 1 e 0, é fácil verificar que a perda com a não cooperação é -\$2000 e, portanto, o lucro cooperativo é \$2.000. Desenhando um acordo razoável, temos a soma do custo da litigância com a parcela de cada parte em tal lucro, que é \$0. Não parece difícil entender que, neste caso, não haverá oferta de acordo por parte do réu, eis que o ajuizamento da ação não passa de um blefe do autor.

Ocorre, entretanto, que o autor pode conseguir, por exemplo, embargar a obra judicialmente enquanto se discute a questão. Em tal situação, apesar de seu valor esperado do litígio permanecer igual a zero, há uma modificação nos custos suportados por cada parte. Indiretamente, o atraso (ou obstrução) na construção implica em um aumento dos custos para o construtor<sup>59</sup>. Supondo nesse caso que apenas os custos para o construtor aumentem para \$5.000, o modelo de barganha aponta para a realização de um acordo, mesmo se mantendo estáveis as probabilidades associadas aos eventos.

Com efeito, considerando os custos das partes, temos que o lucro da cooperação seria equivalente a \$6.000 (\$5.000 + \$1.000). Dividindo-se de forma equânime tal lucro e levando em conta os custos de cada parte, teríamos os seguintes *payoffs*:  $Pa = -\$1000 + 0,5*(\$6.000)$  e  $Pr = -\$5.000 + 0,5*(\$6.000)$ . Um acordo razoável seria o réu oferecer ao autor a quantia de \$2.000, mesmo em se tratando de um caso em que sua probabilidade de vencer no tribunal seja igual a 1.

---

<sup>59</sup> Apenas como exemplo, o atraso pode causar desistência de alguns dos compradores, ou então gerar multas por atraso na entrega dos imóveis.

Em tal hipótese, o que realmente ocorre é que o réu “compra” a desistência do autor com relação à idéia de ingressar com a ação, para de tal forma evitar os altos custos que terá com a lide.

Segundo Patrício (2005, p. 63), tal situação pode ser definida como *litigância frívola*<sup>60</sup>, ou com baixa probabilidade de êxito. Spier (2007, p. 43) afirma que tal litigância é causada por queixosos agressivos, com o único propósito de conseguir extrair ofertas de acordo dos potenciais réus. Tal situação ocorre geralmente em casos em que se configura a relação *NEVS* (*negative expected value suit*), ou seja, quando o valor que o queixoso irá obter é inferior aos custos que irá suportar. Entretanto, podem-se admitir casos de litigância frívola resultantes de *PEVS* (*positive value suits*) e em casos de *NEVS* onde há legitimidade na litigância.

A litigância frívola, aparentemente ilógica, tem algumas explicações: 1) assimetria informacional; 2) o fato de o queixoso iniciar a litigância com um custo reduzido e ter ciência de que irá ganhar algo através de acordo, a não ser que o infrator faça um esforço extraordinário em sua defesa (processar para conseguir um acordo compensador); 3) a já comentada diferença de percepção das partes acerca do resultado do julgamento; 4) a possibilidade de ocorrência de erros judiciais do Tipo II (erro na condenação).

Apesar do excesso de otimismo ser causa de litigância frívola, esta pode, em alguns casos, se dar entre partes que não estão exageradamente otimistas, justamente em razão da natureza estratégica da barganha. Algumas vezes o réu utiliza ofertas de acordo para filtrar os autores.

Considerando um caso de produto defeituoso que atinge várias pessoas, temos que a empresa ré não tem como dimensionar os danos sofridos por cada uma das vítimas antes do julgamento. Por tal razão, não tem como efetuar uma oferta individual para cada vítima de forma a indenizar exatamente o valor do dano sofrido por cada um. Assim, o ofensor poderá fazer uma única oferta para todas as vítimas. Como cada uma destas só ia aceitar o acordo se a oferta for igual ou superior aos danos sofridos, tal oferta servirá para o ofensor “filtrar” as vítimas de acordo com a magnitude dos danos.

---

<sup>60</sup> A litigância frívola se dá nos chamados *nuisance suits*, ou “processos incômodos” em uma tradução literal do inglês. Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1083) definem um *nuisance suit* como um processo em que ambas as partes reconhecem não haver mérito no litígio, e que o valor esperado é zero.

No exemplo apresentado, quanto maior a oferta, maior será o gasto com os acordos e menor o gasto com os processos. Dessa forma, há um *trade off* entre acordo e julgamento, e o ofensor achará um ponto de equilíbrio quando minimizar o custo de sua responsabilidade. Assim, deverá ir aumentando o valor da oferta até que seus custos globais (gasto com os acordos somado ao gasto com os processos) parem de cair.

### 3.2.10 Julgamentos

O julgamento é a resolução do litígio através de uma decisão judicial. Silva (2000, p. 462) define julgamento como “[...] o ato pelo qual se decide a contenda, condenando-se ou se absolvendo o réu”. Em um sentido amplo, o julgamento pode compreender todo o processo de decisão do litígio, envolvendo desde a coleta e apreciação da prova até a divulgação da sentença.

Diferentes países organizam seus julgamentos de forma diversa, podendo este ser unitário ou segmentado, efetuado por juízes ou júris, especializados ou não, ativos ou neutros em relação à produção da prova e revelação da informação. As diferentes regras acerca da condução de um julgamento, como já sabido, irão determinar os incentivos das partes e seus advogados no desenvolvimento do caso. Por tal razão, faz-se muito importante a análise de certos aspectos dos julgamentos.

O primeiro ponto se refere ao papel do juiz no desenvolvimento do caso. Este pode ser ativo, tendo o magistrado total liberdade para buscar as informações necessárias ao julgamento, ou de neutralidade, hipótese em que o juiz apenas arbitra o desenvolvimento da causa. O primeiro caso é chamado de *inquisitorial process* (processo inquisitorial), e o segundo de *adversarial process* (processo adversarial).

A questão, do ponto de vista econômico, resume-se a investigar qual seria o nível ótimo de intervenção do juiz no desenvolvimento dos argumentos da causa. Quando tem um papel mais ativo, o juiz diminui o espaço de atuação dos advogados. Portanto, as diferenças entre o processo inquisitório e adversarial se concentram na alocação do esforço entre juízes e advogados. Spiers (2007, p. 9-10)

afirma que no sistema adversarial cada parte coleta e processa as informações separadamente, enquanto que no sistema inquisitorial tais atividades estão centralizadas na pessoa do juiz.

A crítica que se faz ao sistema adversarial é que este incentivaria os litigantes a esconderem informações importantes da parte contrária e da corte (ou juiz), quando isto se mostra vantajoso do ponto de vista privado. Por outro lado, pode haver uma dispendiosa duplicidade de esforços, eis que as partes podem estar buscando simultaneamente a mesma informação, o que aumentaria os custos sociais. Importante ressaltar, ainda, que se não houver problema de *moral hazard* entre cliente e advogado, este, ao procurar maximizar seus lucros, irá dedicar alto esforço para a busca de informações importantes para a vitória do cliente. Neste caso, estará alinhado o interesse privado com o interesse público, eis que, como já visto, quanto mais completa a informação sobre o caso disponível ao juiz, menor tenderá a ser o erro de sua decisão.

Quanto ao sistema inquisitorial, o juiz não terá qualquer benefício econômico decorrente de sua atividade, e é necessário, por motivos óbvios, que assim o seja. Para tanto, é essencial que o Judiciário (e os juízes) tenha a garantia da independência, de forma a quebrar qualquer possível ligação entre o interesse das partes e o interesse dos juízes.

Entretanto, como o resultado do julgamento do juiz não afeta a própria riqueza, poderá surgir um problema de agente-principal: o juiz, ao contrário de buscar a verdade dos fatos, poderá almejar a maximização de sua tranquilidade e/ou a minimização de seu esforço. Agindo dessa forma, o magistrado estará mais propenso a cometer erros de julgamento, uma vez que o processo será mal instruído. Neste caso, mostra-se evidente o desalinhamento entre os interesses privados e sociais.

O segundo ponto importante é como o julgamento se dará: se será unitário ou segmentado. Julgamento unitário é aquele que aprecia todas as questões do caso em um único momento (tal momento pode ser inclusive uma audiência ou sentença), enquanto que segmentado é o julgamento que analisa cada questão em um momento (ou julgamento) separado. O julgamento unitário tende a produzir

economias de escopo<sup>61</sup>, e decidir todas as questões em um único momento requer um uso menor de recursos do que decidi-las de forma seqüencial.

Por outro lado, o julgamento seqüencial também pode economizar recursos. Todavia, isso só irá ocorrer se o exame de uma questão precedente evitar os passos subseqüentes do julgamento. Seria o caso do exame de uma alegação de nulidade do processo onde, uma vez declarada a nulidade, o juiz evitaria o exame do mérito da questão. Ou então do julgamento que, ao afastar a responsabilidade civil do réu, evita que se gaste recursos para a mensuração dos danos sofridos. Outra vantagem do julgamento seqüencial é que este, ao atualizar de forma seqüencial as informações das partes acerca do processo, proporciona vários momentos para obtenção da conciliação entre as partes, que irão atualizar suas expectativas e readequar suas estratégias.

Outra questão relevante acerca dos julgamentos é se estes são incentivados ou não pela regra referente à forma como os custos judiciais serão suportado pelas partes. Para tanto, deve-se revisitar a discussão acerca da diferença entre a regra americana (*each pays own*) e da regra britânica (*loser pays all*) de distribuição dos custos.

Os custos judiciais são, como já visto, uma importante variável de decisão no contexto da litigância, inclusive no que se refere à decisão de levar ou não uma disputa a julgamento. Na regra britânica, os custos dependem das probabilidades atreladas aos eventos vitória e derrota e, por isso, devem ser contabilizados através da noção de valor esperado. Assim, atribuindo-se uma probabilidade qualquer ao evento vitória ( $p_v$ ), e considerando  $c_p$  e  $c_d$  os custos judiciais do litígio para autor e réu respectivamente, o custo esperado da lide para cada parte será:

$$(1 - p_v)(c_p + c_d) \quad (13)$$

Ou seja, a parte só pagará as despesas processuais se  $p_v \neq 1$ , e o custo esperado será equivalente ao custo conjunto de autor e réu multiplicado pela probabilidade de derrota. Analisando a estrutura da equação (13), verifica-se que a regra britânica, *ceteris paribus*, desencorajará as partes a optarem pelo julgamento quando a sua probabilidade de vitória for muito baixa. Ao contrário, se a

---

<sup>61</sup> Economia de escopo é, segundo Cooter e Ulen (2000, p. 411), a redução nos custos através da combinação de duas ou mais atividades próximas.

probabilidade de vitória da parte for muito alta, então o custo esperado será baixo, e a tendência é que tal regra incentive a ocorrência de julgamentos.

Um último ponto importante é que, no julgamento, o juiz não pode deixar de decidir alegando que não se convenceu sobre o direito e/ou os fatos ocorridos. Tal obrigatoriedade do juiz decidir mesmo na falta das provas (ou evidências) necessárias ao seu convencimento exige alguma regra de valoração das evidências apresentadas. A principal delas é chamada de “ônus da prova”<sup>62</sup>, ou *burden of proof*, e define qual prova incumbe a cada parte. Tal ônus se refere à produção da prova (a parte deve apresentar evidências suficientes da procedência de seu pedido) e à persuasão da mesma (*standard of proof*, ou o nível de certeza que a prova deve alcançar). Assim, o julgamento deve considerar, por um lado, a quem incumbia a prova de determinados fatos e se tal parte obteve sucesso ou não em tal tarefa e, por outro, se as evidências apresentadas efetivamente provam os fatos da causa.

As regras referentes ao ônus da prova afetam diretamente os incentivos privados envolvidos na disputa, e podem servir para alinhar tais interesses aos interesses sociais. Tornando necessária a prova de determinados fatos sob pena de ser o caso julgado improcedente, o autor será incentivado a buscar voluntariamente tais informações, o que é socialmente desejável. Por outro lado, certas presunções acerca do dever de provar podem, por exemplo, implicar em um aumento na prevenção por parte de potenciais ofensores. Isso porque estes buscarão evitar a ocorrência de eventos danosos em razão de lhes ser exigido um maior esforço (aumento dos custos) relacionado à prova dos fatos ocorridos.

### 3.2.11 Recursos

A maioria dos sistemas judiciais é composto por instâncias dispostas de forma hierárquica. No exemplo mais comum, temos a primeira instância, que irá apreciar o caso e dar uma resposta ao problema em questão, e uma segunda instância (ou instância recursal), onde o caso será reapreciado em caso de recurso.

---

<sup>62</sup> No Brasil a regra geral do ônus da prova está prevista no art. 333 do CPC, havendo algumas exceções em outros dispositivos legais.

O recurso evidentemente tem como objetivo alterar o resultado do julgamento na parte em que este foi desfavorável ao recorrente. Assim, um dos objetivos da corte recursal<sup>63</sup> é corrigir eventuais erros praticados pela instância inferior. O outro seria a criação de precedentes, que podem ser considerados lei (sistema da *common law*) ou não (sistema da *civil law*). Todavia, o recurso nem sempre deve ser aceito pela corte, podendo esta rejeitá-lo caso esteja ausente algum de seus pressupostos. Por outro lado, a corte recursal pode ou não, de acordo com as suas características, estar limitada à apreciação de apenas alguns aspectos do litígio.

A correção dos erros pelas cortes superiores é uma forma de monitorar o desempenho das cortes inferiores e, reduzindo o erro judicial, aquelas estarão reduzindo o custo social do processo. Com relação às partes, a decisão de recorrer será equivalente à de ajuizar a ação ou decidir se aceita um acordo ou leva o caso a julgamento: o recurso só será viável se a sua probabilidade de sucesso multiplicada pelo resultado de tal evento for superior aos custos envolvidos. E a probabilidade de sucesso do recurso será tão maior quanto maior for o erro cometido pela instância inferior<sup>64</sup>. Quanto ao custo social, a sua diminuição pela corte superior será maior quando for maior a probabilidade de reversão de um erro judicial do que de uma decisão correta, e quando as partes recorrerem com maior probabilidade em casos de erro do que em casos de decisões corretas.

Tais considerações permitem algumas conclusões acerca da relação entre algumas variáveis e a litigância em sede recursal. A quantidade de recursos será: a) proporcional ao erro cometido pelos juízes e ao erro de entendimento da parte com relação ao acerto (ou erro) da decisão recorrida; e b) inversamente proporcional ao custo de recorrer, à força vinculativa de precedentes contrários à decisão recorrida, à quantidade de requisitos de admissibilidade do recurso e a dificuldade em preenchê-los, e à maior restrição com relação às matérias apreciadas pela corte.

---

<sup>63</sup> Não obstante a existência de diversos recursos e diversas cortes, tribunais e outras instâncias hierárquicas, a título de simplificação, a expressão “corte recursal” será utilizada para designar a instância superior (qualquer que seja o seu nome e grau de hierarquia) que apreciará o recurso (seja este qual for).

<sup>64</sup> Considera-se aqui que a corte superior, se cometer novo erro, este será um erro de menor gravidade do que o cometido pela instância inferior. Todavia, deve-se ter consciência de que é possível que a decisão da corte superior aumente a magnitude do erro cometido. Seria o caso, por exemplo, de uma corte que, mantendo o erro cometido pela instância inferior ao responsabilizar o réu pelos danos sofridos pelo autor, aumente o valor da indenização fixada.

Haverá mais litigância e mais recursos se as decisões forem sistematicamente equivocadas. Assim, controlar a correção das decisões pode ser uma forma de diminuir a necessidade de utilização dos recursos. Todavia, considerando que “certo” e “errado” são conceitos subjetivos, tal controle seria difícil ou até mesmo impossível. Uma das possíveis soluções a tal impasse é a vinculação da decisão ao precedente da corte superior. Dessa forma, se a decisão da instância inferior estiver de acordo com a jurisprudência majoritária da instância superior, presume-se que o erro cometido foi o menor possível, e por tal razão não haveria necessidade de recurso.

Quanto ao erro de entendimento, esse pode estar traduzido no falso otimismo da parte perdedora com relação à reversão da decisão. O falso otimismo, causado neste caso por um problema informacional (a parte entende que houve erro, quando este não ocorreu, ou que o erro foi maior do que o efetivamente cometido), distorce a probabilidade atrelada à procedência do recurso, e por tal razão causa um nível de litigância recursal maior do que o ideal.

Já o aumento dos custos relacionados à decisão de recorrer certamente diminui a quantidade de recursos protocolados, eis que diminui o valor esperado do recurso. Entretanto, tal política pode não ser socialmente desejável, eis que tende a impedir a correção de erros em causas de menor valor.

Por fim, as cortes podem dificultar a aceitação dos recursos através da imposição de requisitos de admissibilidade, tais como o cumprimento de prazos e a restrição das hipóteses de cabimento do recurso. O mesmo ocorrerá se as cortes limitarem a matéria a ser examinada em grau de recurso, diminuindo dessa forma quantidade de pontos passíveis de discussão. Tais formas de impedimento têm sido recorrentemente utilizadas para o desafogamento das instâncias recursais. No Brasil, alguns exemplos são a criação da súmula vinculante e a necessidade de mostrar a repercussão geral para a admissibilidade do Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (STF)<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> A exigência de demonstração de repercussão geral para a admissibilidade do Recurso Extraordinário e a súmula vinculante foram instituídas pela Emenda Constitucional n.º 45, conhecida como Reforma do Judiciário.

## 4 ASPECTOS MACROECONÔMICOS DA LITIGÂNCIA

Enquanto a segunda seção deste trabalho traçou as linhas gerais da integração entre Direito e Economia e introduziu a abordagem de *law and economics*, a terceira apresentou um modelo da litigância, onde foram estudadas as principais variáveis que, do ponto de vista microeconômico, determinam o nível de litigância.

O objetivo desta seção é apresentar algumas evidências empíricas relacionadas à litigância e, após, alguns dados macroeconômicos referentes à atuação do Poder Judiciário no Brasil, buscando sempre fazer uma relação entre os fenômenos abordados e suas possíveis causas microeconômicas.

### 4.1 EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS

Patrício (2005, p. 155-156) coloca que a litigância não depende apenas de aspectos relacionados com a sua estrutura interna, mas depende também de algumas variáveis macroeconômicas. Aponta, então, a existência de uma correlação positiva entre nível de litigância e desenvolvimento econômico.

Clemenz e Gugler (2000), ao testarem tal hipótese no caso austríaco, verificam uma distinção entre os efeitos de curto e longo prazo. Enquanto no longo prazo o desenvolvimento econômico foi um determinante significativo da litigância na Áustria, havendo uma correlação positiva entre ambos (devido principalmente ao aumento do número de transações e contratos e, portanto, do número de potenciais conflitos), no curto prazo os efeitos predominantes foram contra-cíclicos.

Nas flutuações cíclicas de curto prazo, quando há um *boom* de crescimento econômico, melhoram os níveis de solvência e os agentes econômicos têm melhores oportunidades econômicas de realocação de recursos fora dos tribunais. Ao contrário, nas recessões, a capacidade de pagamento dos indivíduos e das empresas se deteriora, sendo mais provável a ocorrência de situações de insolvência, o que aumenta a procura pela decisão judicial.

Outros fatores apontados tanto por Clemenz e Gugler (2000) quanto por Patrício (2005) como positivamente correlacionados com o nível de litigância são o crescimento populacional e o aumento da urbanização. Patrício (2005, p. 157) aponta ainda uma correlação negativa entre o número de processos e a taxa de desemprego. Entretanto, faz uma ressalva quanto a tal correlação depender da conjuntura econômica, admitindo que possa haver, no curto prazo, um aumento na litigância juntamente com o aumento no desemprego, o que vai ao encontro às conclusões de Clemenz e Gugler (2000).

O número de advogados também parece estar, de acordo com o modelo apresentado na seção anterior, positivamente correlacionado com os níveis de litigância, hipótese que é defendida por Patrício (2005, p. 163).

Tal hipótese foi testada por Carmignani e Giacomelli (2000), que investigaram a relação entre o número de advogados e o número de litígios civis na províncias italianas durante o período de 2000 a 2005. Os resultados mostraram forte correlação entre o número de advogados e o nível de litigância (casos novos por cem mil habitantes). As autoras, assumindo o número de advogados como uma *proxy* da intensidade de competição no mercado de serviços advocatícios, atribuíram a relação a dois tipos de comportamentos dos advogados: 1) uma redução nos preços cobrados pelos seus serviços tornou mais atraente para os clientes o ajuizamento de ações judiciais; 2) um aumento na procura por seus serviços devido a uma maior exploração, por parte dos advogados, das vantagens informacionais que possuem em relação aos clientes (agravamento do problema de *moral hazard*).

As conclusões a que chegaram Carmignani e Giacomelli (2000) vão de encontro às predições da teoria econômica da litigância. Primeiro porque uma diminuição nas taxas cobradas pelos advogados diminui parte dos custos judiciais e, assim, aumenta o valor esperado do litígio se tudo o mais ficar constante. Por outro lado, o problema de assimetria informacional permite que o advogado passe informações ao cliente que o deixe exageradamente otimista, o que faz com que este inicie disputas judiciais que não iniciaria se estivesse corretamente informado sobre as suas chances de sucesso.

O problema de seleção adversa entre advogados e clientes é agravado, segundo Sobbrío, D'Agostino e Sironi (2009), onde existe uma alta densidade de

advogados, eis que haveria um acirramento na competição para atrair potenciais clientes. A falta de habilidade técnica por parte do cliente para valorar corretamente suas possibilidades de vitória/derrota em uma disputa judicial o torna vulnerável a comportamentos oportunistas dos advogados, que acabam decidindo pelo cliente sobre iniciar ou não um processo. E, considerando que a maximização da riqueza do advogado depende deste ser contratado, este teria incentivos a levar a juízo o maior número de ações possíveis, mesmo em casos onde se verifica um valor esperado negativo para o cliente.

A pesquisa realizada por Sobbrío, D'Agostino e Sironi (2009) examinou a relação entre disputas judiciais e advogados registrados no respectivo órgão de classe na Itália entre os anos de 1998 e 2006. O estudo demonstra que o número de advogados é maior onde existem escolas de direito e onde há um número maior de candidatos qualificados disputando o registro profissional. Tais fatores, ao aumentarem as possibilidades do advogado obter a licença para atuar, afetam o número de advogados existentes. As evidências apontaram para o fato de que os advogados causam mudanças nas novas disputas, havendo correlação entre o número de advogados e o número de ações judiciais.

Quanto à influência dos arranjos relativos às taxas cobradas pelos advogados nos níveis de litigância, a resposta obtida no nível microeconômico foi no sentido de que esta existe e é significativa. Todavia, Kritzer (2002), ao analisar os padrões de litigiosidade, verificou que a possibilidade de cobrança, por parte dos advogados, de taxas percentuais sobre o resultado da disputa, não leva necessariamente a um nível maior de litigância. Países onde há proibição das *contingency fees* (percentual sobre o resultado), tais como Alemanha, Suécia e Áustria possuem um nível de litigância bastante superior ao dos Estados Unidos, onde não há qualquer limitação quanto à forma de cobrança dos honorários. Por outro lado, verificou-se que mesmo países como a Grécia, que permitem tais taxas percentuais, possuem um nível de litigância muito inferior ao dos Estados Unidos.

O estudo de Kritzer (2002) permite concluir que, mesmo em locais onde o mercado de serviços advocatícios é fortemente regulado, a lei da oferta e demanda prevalece, e o controle dos preços não se mostra eficiente com relação à limitação do número de litígios. Pode-se especular, assim, que os níveis de litigância estão

muito mais ligados à proporção advogados per capita/processos per capita do que à forma de cobrança pelos serviços advocatícios.

Ainda referente ao mercado de advogados, Magee, Brock e Young (1989, p. 111-121) levantam a hipótese de que a atividade advocatícia, por se caracterizar como redistributiva de renda, teria uma correlação negativa com o crescimento do PIB per capita. A idéia que existe por trás de tal afirmação é o fato do custo da litigância (do qual faz parte a remuneração do advogado) ser simplesmente um custo de transação que a sociedade deve suportar para resolver conflitos, e que por tal razão impede o crescimento econômico. Ao comparar as taxas de crescimento do PIB per capita de 1960 a 1980 de trinta e quatro países com a proporção entre advogados e físicos<sup>66</sup>, os autores verificaram uma correlação negativa: quanto maior a proporção advogados/físicos, menor a taxa de crescimento econômico dos países:

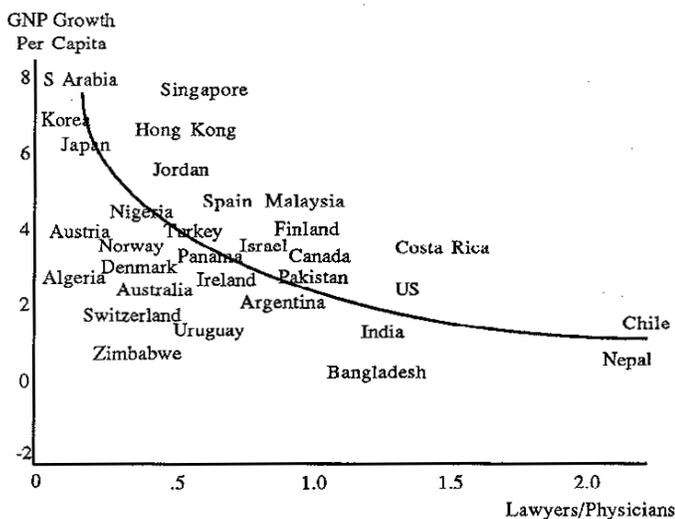


Gráfico 6 – Crescimento do PIB per capita x razão entre advogados e físicos  
Fonte: Magee, Brock e Young (1989, p. 119).

Parece evidente que alterações no mercado de serviços advocatícios implicam em alterações nos níveis de litigância. Além das evidências apontadas, interessante estudo feito por Ginsburg e Hoetker (2006) relacionado ao caso do Japão confirma tal hipótese, trazendo ainda evidências empíricas sobre a relação

<sup>66</sup> Tal proporção, resultante da divisão do número de advogados pelo número de físicos existentes em um determinado país, busca medir a proporção existente entre uma atividade redistributiva (trabalho dos advogados) e outra produtiva (trabalho dos físicos).

entre legislação processual e material e mudanças estruturais na economia e o número de processos judiciais.

O Japão passou, na década de 1990, por uma onda de reformas, decorrente da necessidade de mudanças na economia, que passava por uma severa crise. Tais reformas provocaram enormes mudanças na legislação japonesa, atingindo principalmente o código de processo civil e a legislação financeira e comercial. As mudanças afetaram os incentivos particulares e causaram, juntamente com a expansão no número de advogados (causado por um abrandamento na regulação do mercado por parte da associação profissional do país), um incremento no número de litígios.

Confirmando alguns *insights* da teoria econômica da litigância, Ginsburg e Hoetker (2006) verificaram que o aumento do número de processos no Japão se concentrou nos centros urbanos e teve relação direta com o declínio econômico (efeito observado por CLEMENZ; GUGLER, 2000, para o curto prazo), a expansão no número de advogados e a mudança na legislação processual, com grande peso para as últimas duas causas. Outro dado interessante foi não ter havido evidências para a alteração no nível de litigância ter se dado por fatores culturais, o que vai de encontro com a crença existente de que os japoneses triam uma preferência cultural pelo consenso e harmonia (KAWASHIMA, 1963; NODA, 1976 apud GINSBERG; HOETKER, 2006, p. 32).

Com relação ao desempenho dos tribunais (ou cortes), de fundamental importância o artigo de Djankov et al. (2003). Intitulado simplesmente "*Courts*", trata-se de um estudo realizado com escritórios de advocacia de 109 países, onde se buscou, através de questionários, construir um índice de formalismo procedimental para disputas judiciais em cada país. Os referidos questionários continham perguntas sobre dois procedimentos judiciais bastante simples e comuns em todos os países pesquisados: o despejo de um inquilino inadimplente e a cobrança de um cheque sem fundos. A simplificação se deu justamente para obter um índice que pudesse servir de comparativo entre diferentes países e sistemas judiciais, com o objetivo principal de avaliar quais fatores tornariam os tribunais mais ou menos eficientes.

O índice foi construindo tendo como modelo teórico um tribunal ideal: a disputa entre dois vizinhos, resolvida por um terceiro em bases justas, com pouco

conhecimento ou uso da lei, sem advogados, sem procedimentos escritos, sem qualquer limitação processual acerca de como as provas, testemunhas e argumentos são apresentados, e sem a possibilidade de recurso da decisão (SHAPIRO, 1981 apud DJANKOV et al., 2003, p. 455). Quanto mais as variáveis de determinado país se afastavam do modelo ideal, maior o índice de formalismo arbitrado. Este, variando entre 0 (menor grau de formalismo) e 7 (maior grau de formalismo), foi apurado com a agregação de sete sub-índices: 1) grau de profissionalismo dos atores do processo judicial; 2) natureza escrita ou oral do processo; 3) nível de justificação jurídica requerida; 4) nível de regulação da produção da prova; 5) o nível de controle da corte superior sobre o julgamento da corte inferior; 6) as formalidades requeridas para assegurar a vinculação das partes ao processo; 7) o número de ações procedimentais independentes.

A questão crucial por detrás do trabalho é a questão: o formalismo assegura a justiça? A pesquisa desenvolvida sugere que não, uma vez que países com um alto grau de formalismo apresentaram baixo grau de justiça, imparcialidade, honestidade, consistência e confiança no sistema jurídico (DJANKOV et al., 2003, p. 506-507). Da mesma forma, as evidências apontaram para o fato de que um alto grau de formalismo é associado a sistemas judiciais morosos e de baixa qualidade:

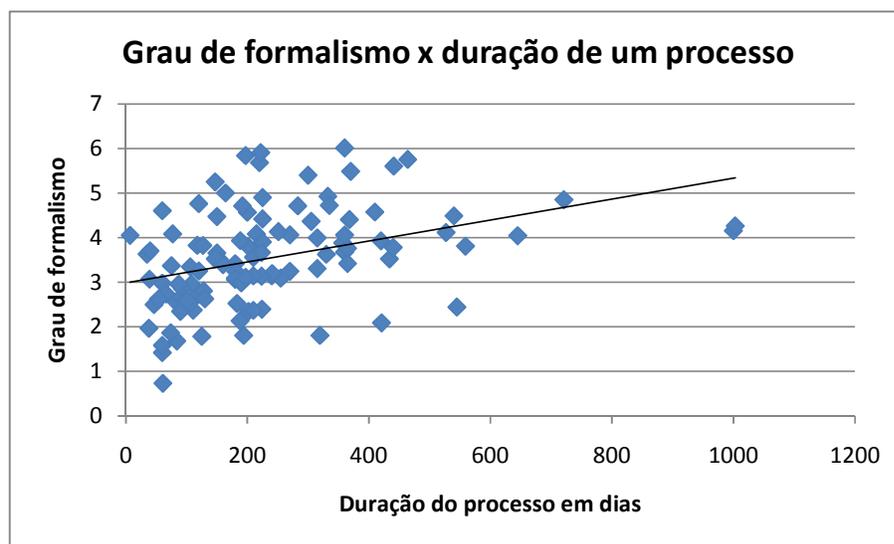


Gráfico 7 – Formalismo x Duração de uma de cobrança judicial de cheque sem fundos  
Fonte: elaborado pelo autor (2009) baseado em Djankov et al. (2003).

Com relação aos grandes sistemas de direito (*common law* e *civil law*), as evidências apontaram para um maior grau de formalismo em países da *civil law*,

sendo que o sistema jurídico foi responsável por 40% do índice de formalismo. Comparando o grau de formalismo com a duração dos processos, verifica-se que países mais formalistas em geral possuem sistemas mais morosos e menos eficientes.

Outro dado interessante é a existência de correlação negativa entre grau de formalismo e PNB per capita, apurando com base nos dados de Djankov et al. (2003) para a cobrança de um cheque sem fundos:

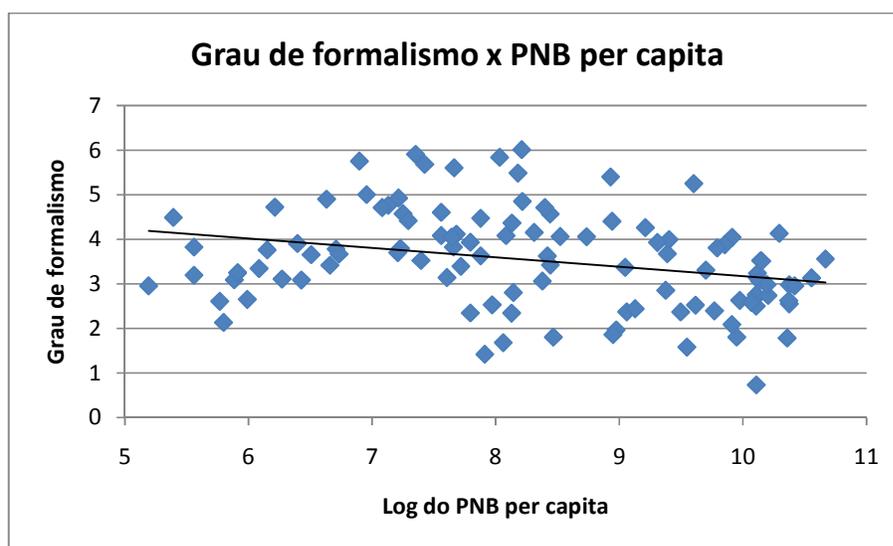


Gráfico 8 – Grau de formalismo x PNB per capita  
Fonte: elaborado pelo autor (2009) baseado em Djankov et al. (2003).

No que se refere ao Brasil, seu índice de formalismo para o despejo de um inquilino inadimplente é 3,83, abaixo da média dos países de origem jurídica francesa (4,38), mas acima da média dos países de origem jurídica inglesa (3,02). O mesmo ocorre para a cobrança de um cheque sem fundo, quando o índice de formalismo brasileiro ficou em 3,06, contra 4,29 da média dos países de origem jurídica francesa e 2,76 dos países de origem jurídica inglesa. A duração de das ações de despejo e cobrança foram, respectivamente, de 120 e 180 dias, abaixo das médias apuradas para todos os países (254 e 234 meses)

Balas et al. (2008), aproveitando o índice de formalismo de Djankov et al. (2003), apuraram a sua variação em 40 países entre 1950 e 2000. Os resultados confirmaram um maior formalismo em países de origem jurídica francesa do que em países de origem jurídica inglesa Além disso, verificou-se, ao contrário do que se imaginava, uma tendência de aumento de formalismo nos países de origem jurídica

francesa e uma diminuição nos países de origem jurídica inglesa, ou seja, uma divergência entre *common law* e na *civil law* no quesito formalismo:

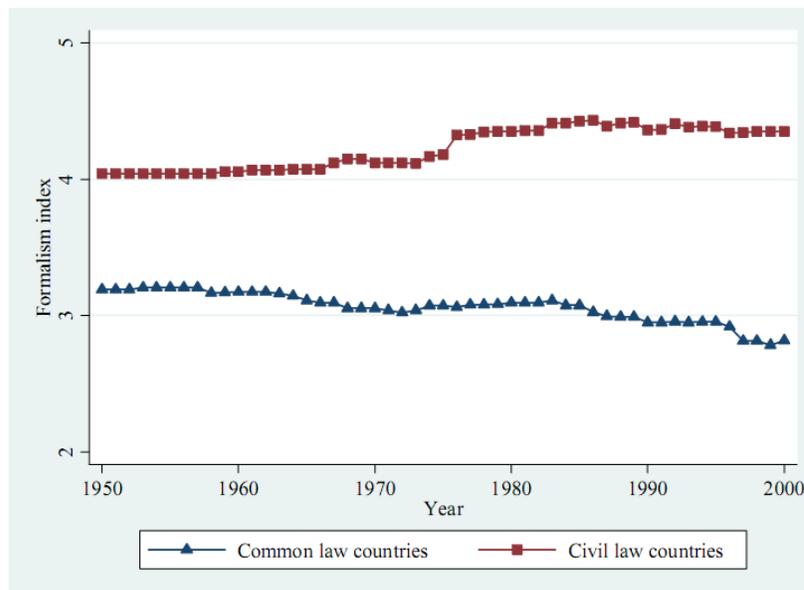


Gráfico 9 – Evolução do formalismo para um caso de despejo  
Fonte: Balas et al. (2008).

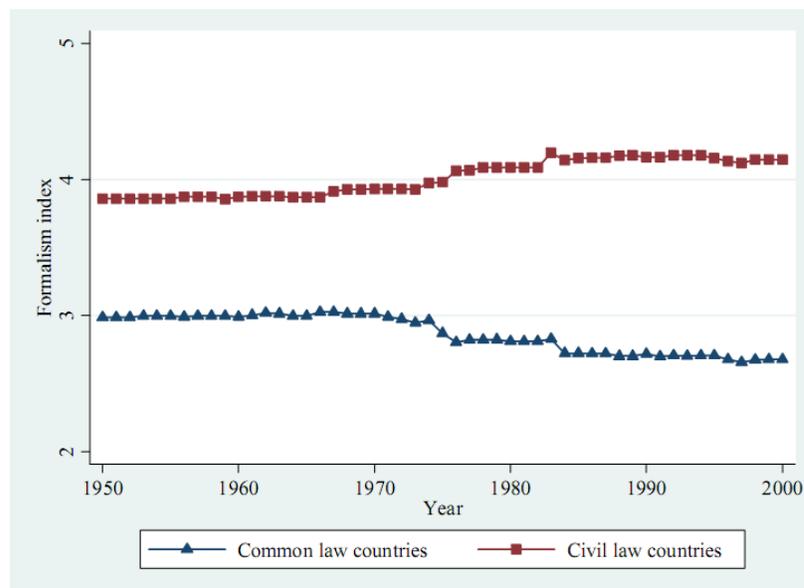


Gráfico 10 – Evolução do formalismo para a cobrança de cheque  
Fonte: Balas et al. (2008).

## 4.2. A LITIGÂNCIA NO BRASIL

Embora a atividade judiciária em terras brasileiras remonte ao século XVI, a grande maioria das séries de dados oficiais disponibilizadas ao público pelos tribunais tem início em meados da década de 1990, sendo exceção o STF, que possui alguns dados a partir de 1940. A mudança no sentido do aperfeiçoamento da coleta e controle dos dados estatísticos no país ocorreu no início da década de 2000, com uma série de ações voltadas à Reforma do Judiciário, considerada uma das reformas da década de 1990 que menos tinha avançado até então.

Em 2003 o Banco Mundial publica o relatório chamado “*Brazil, judicial performance and private sectors impacts: findings from World Bank sponsored research*”, no qual analisou uma amostra de processos civis em curso na Justiça Estadual de São Paulo como forma de verificar o impacto do judiciário sobre as transações de ordem econômica. Devido ao reduzido universo considerado e às críticas recebidas, em 30 de dezembro de 2004 o Banco Mundial publicou o relatório intitulado “Fazendo com que a Justiça conte: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil”, onde foi adotado um exame mais amplo, com enfoque na

[...] determinação de como as principais organizações do sistema executam o monitoramento do próprio desempenho [...] e com que conseqüências para o entendimento dos problemas e para a elaboração de programas para solucioná-los. (BANCO MUNDIAL, 2004, p. 2).

Na mesma época o Ministério da Justiça criou (em 30 de abril de 2004) a Secretaria da Reforma do Judiciário (SRJ), com o objetivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário. Uma das primeiras atividades da recém criada secretaria foi elaborar um diagnóstico do Poder Judiciário, publicado no mesmo ano. Na apresentação do referido diagnóstico, o então Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos afirma:

A constatação de que a organização do Poder Judiciário no Brasil é muito complexa, fragmentada, pouco uniforme e pouco conhecida levou-nos à conclusão que poderíamos contribuir para a reforma trazendo informações mais detalhadas e consistentes, que permitissem o aprofundamento da discussão sobre o assunto de forma mais objetiva. (BRASIL, 2004, p. 4).

Sérgio Rabello Tamm Renault, titular da SRJ, ao ressaltar a importância do diagnóstico efetuado, afirma poder ser este de grande utilidade para o futuro órgão de planejamento do Poder Judiciário, que viria a ser o Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2004, p. 6). A criação deste, em 31 de dezembro de 2004 (sua instalação só se deu em 14 de junho de 2005), foi um grande passo para o aperfeiçoamento da coleta e controle dos dados estatísticos no Brasil.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) “[...] é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual”, e que “[...] visa, mediante ações de planejamento, coordenação e controle administrativo, aperfeiçoar o serviço público de prestação da Justiça” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2009b).

A criação do CNJ se deu em razão da publicação, após 12 anos de tramitação, da Emenda Constitucional n.º 45/04, também chamada de Reforma do Judiciário. Esta contemplava um dos três eixos fundamentais das ações necessárias à “verdadeira” reforma do Poder Judiciário: 1) modernização da gestão, 2) alteração da legislação constitucional e 3) reforma constitucional (BRASIL, 2004, p. 6). A alteração da legislação infraconstitucional foi em parte alcançada nos anos seguintes, com a publicação de diversas alterações no processo civil (leis 11.187/05, 11.232/05, 11.276/06, 11.277/06, 11.280/06, 11.382/06 e 11.441/07), processo penal (11.689/08, 11.690/08 e 11.719/08) e processo trabalhista (11.495/07 e 11.496/07).

Como uma das ações essenciais ao objetivo de modernização da gestão do Judiciário, desde 2005 o CNJ vem publicando relatórios anuais denominados “Justiça em Números”, buscando apurar variáveis e indicadores do Poder Judiciário no Brasil, capazes de retratar o desempenho dos seus diversos tribunais. As informações são fornecidas pelos tribunais participantes da pesquisa, sendo que, a partir da Resolução n.º 15/2006 do CNJ, o seu fornecimento passou a ser obrigatório. Tal relatório é uma tentativa de construir um sistema integrado de informações do Poder Judiciário, algo que até então não existia. Os dados colhidos, que hoje contemplam o período de 2003 a 2008, englobam quatro categorias gerais: 1) insumos, dotações e grau de utilização; 2) litigiosidade e carga de trabalho; 3) acesso à justiça; 4) perfil das demandas.

Alguns desses dados, juntamente com outros fornecidos pelo Banco Mundial, Ministério da Justiça, STF e Conselho de Justiça Federal (CJF), serão apresentados adiante, como forma de estabelecer um pequeno diagnóstico da litigância no Brasil e suas possíveis causas e conseqüências.

#### **4.2.1 Os problemas do poder judiciário**

Pinheiro (2003, p. 13) aponta que tanto os magistrados quanto o empresariado consideram a falta de agilidade como o principal problema do Judiciário brasileiro, seguido do custo de acesso (despesas e custas) e da falta de previsibilidade. Enquanto 45,3% dos magistrados consideram a agilidade do Judiciário ruim ou péssima, entre os empresários o índice sobe para 91%.

A falta de agilidade, ou morosidade, teria, segundo Pinheiro (2003, p. 15-16) causas de dois tipos diversos: 1) o grande número de casos levados aos tribunais por pessoas, empresas e grupos de interesses, não para lutar por um direito, mas para adiar o cumprimento de uma obrigação; e 2) a carência de recursos, deficiência na legislação e problemas relacionados à atuação dos juízes e de outros operadores do Direito.

Quando apresentados a possíveis fatores apontados como responsáveis pela morosidade da Justiça, a maioria dos magistrados respondeu ser a insuficiência de recursos o mais relevante e, dentre tais recursos, a falta de juízes o maior problema. Também se destaca como problema da morosidade as muitas possibilidades existentes para se protelar uma decisão, dentre elas o número excessivo de recursos (PINHEIRO, 2003, p. 17-18, 44).

Em um relatório nominado “Judiciário e Economia”, da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, a morosidade também é considerada o principal problema do Poder Judiciário, sendo esta decorrente da alta litigiosidade existente no país. Por sua vez, a alta litigiosidade não implicaria em amplo acesso à Justiça, mas se daria em razão de poucas pessoas ou instituições utilizarem demais o Poder Judiciário (BRASIL, 2005, p. 3-6).

Considerando os principais problemas apontados (alta litigiosidade, morosidade, insuficiência de recursos), passa-se agora a apresentar alguns dados referentes à litigiosidade no Brasil e seus principais aspectos.

#### 4.2.2 Litigiosidade, morosidade e recursos

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2009b), existiam em 2008 no Brasil<sup>67</sup> aproximadamente 202.645.656 processos judiciais. Considerando uma população estimada em 189.612.814 pessoas, o número de processos per capita ficou em 1,114. Assim, existem aproximadamente 10 processos judiciais para cada 9 brasileiros. Tal índice vem crescendo de 2004 a 2008 a uma taxa média de aproximadamente 21%, e seu crescimento indica que, apesar do aumento da população implicar naturalmente em um aumento do número de processos judiciais, no Brasil existem outros fatores influenciando este aumento.

Já a litigiosidade, apurada pelo CNJ através de vários índices, em termos agregados pode ser observada através da Tabela 1:

Tabela 1 – Índices de litigiosidade

Ano		2004	2005	2006	2007	2008
<b>Casos novos por 100.000 habitantes</b>	JF	1.526,68	1.452,82	1.270,59	1.454,72	1.414,27
	JT	1.705,37	1.893,47	1.871,37	1.963,59	2.033,20
	JE	7.789,04	8.127,22	8.762,69	9.480,49	9.835,28
	Total	<b>11.021,10</b>	<b>11.473,51</b>	<b>11.904,65</b>	<b>12.898,80</b>	<b>13.282,75</b>
<b>Casos novos por magistrado</b>	JF	2.339,38	2.075,92	1.763,07	1.849,71	1.814,37
	JT	2.613,19	2.705,57	2.596,71	2.496,76	2.608,40
	JE	11.935,38	11.612,93	12.159,08	12.054,69	12.617,69
	Total	<b>16.887,95</b>	<b>16.394,41</b>	<b>16.518,86</b>	<b>16.401,16</b>	<b>17.040,45</b>

<sup>67</sup> Apesar da organização judiciária brasileira contar com diversos tribunais e instâncias<sup>67</sup>, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Estadual responderam por cerca de 98,3% dos processos que entraram ou foram distribuídos na Justiça no ano de 2003 (BRASIL, 2004, p. 31). Considerando que tal percentual não se alterou significativamente, e que os dados disponibilizados pelo CNJ se referem apenas a tais instâncias, quando se falar em dado representativo do judiciário brasileiro se estará referindo aos dados agregados da Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Estadual.

<b>Carga de trabalho</b>	JF	5.023,94	4.848,76	4.454,45	4.270,97	4.111,82
	JT	2.247,65	2.271,07	2.258,08	2.209,91	2.196,33
	JE	4.358,89	4.448,57	4.685,87	4.948,56	5.144,37
	Total	<b>4.009,19</b>	<b>4.073,21</b>	<b>4.200,62</b>	<b>4.355,19</b>	<b>4.457,98</b>
<b>Taxa de congestionamento no 1º Grau</b>	JF	0,7626	0,7827	0,7569	0,7803	0,7608
	JT	0,4796	0,5054	0,5168	0,4841	0,4749
	JE	0,8036	0,8000	0,8019	0,8053	0,7961
	Total	<b>0,7604</b>	<b>0,7625</b>	<b>0,7655</b>	<b>0,7681</b>	<b>0,7585</b>
<b>Taxa de congestionamento no 2º Grau</b>	JF	0,6713	0,6530	0,6041	0,6049	0,5983
	JT	0,3318	0,3003	0,2873	0,2805	0,2518
	JE	0,5282	0,5014	0,4697	0,4623	0,4258
	Total	<b>0,5370</b>	<b>0,5080</b>	<b>0,4722</b>	<b>0,4631</b>	<b>0,4358</b>

Fonte: elaborado pelo autor (2009) com base em Conselho Nacional de Justiça (2009a).

Como se pode facilmente notar, o número total de casos novos por cem mil habitantes tem crescido, resultando em um aumento de aproximadamente 20,5% de 2004 a 2008, influenciado principalmente pelos dados da Justiça do Trabalho e Justiça Estadual. Também houve aumento de 0,9%, entre 2004 e 2008, com relação ao número de casos novos por magistrado; entretanto, neste caso, tal aumento global foi influenciado exclusivamente pelo comportamento e magnitude dos dados da Justiça Estadual.

O dado mais relevante apurado pelo CNJ em relação à litigiosidade certamente é a chamada “taxa de congestionamento”, que equivale à quantidade de processos pendentes de decisões que põem fim ao litígio em relação aos processos em andamento no período (casos pendentes de julgamento somados aos casos novos). Na Justiça Estadual, onde tramita a maior parte dos processos existentes no país, de cada 100 processos em andamento em 2008, apenas 21 deles foram resolvidos no mesmo ano. Dito de outra forma, aproximadamente 79% dos processos existentes em 2008 irão se somar aos novos casos do ano seguinte para compor o estoque total de processos da Justiça Estadual. De acordo com a Tabela 1, o índice de congestionamento é muito superior na primeira instância de julgamento do que na segunda instância, e é significativamente inferior na Justiça do Trabalho:

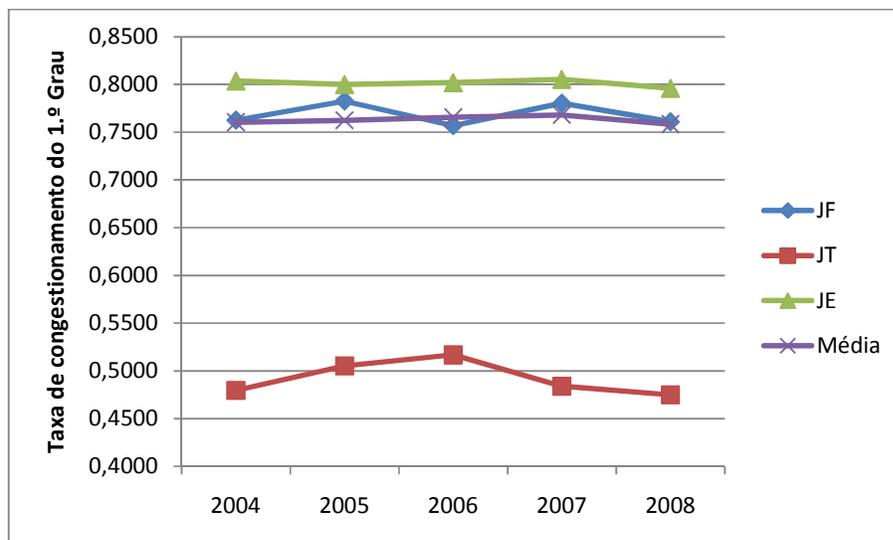


Gráfico 11 – Taxa de congestionamento na primeira instância  
Fonte: elaborado pelo autor (2009) e baseado na Tabela 1.

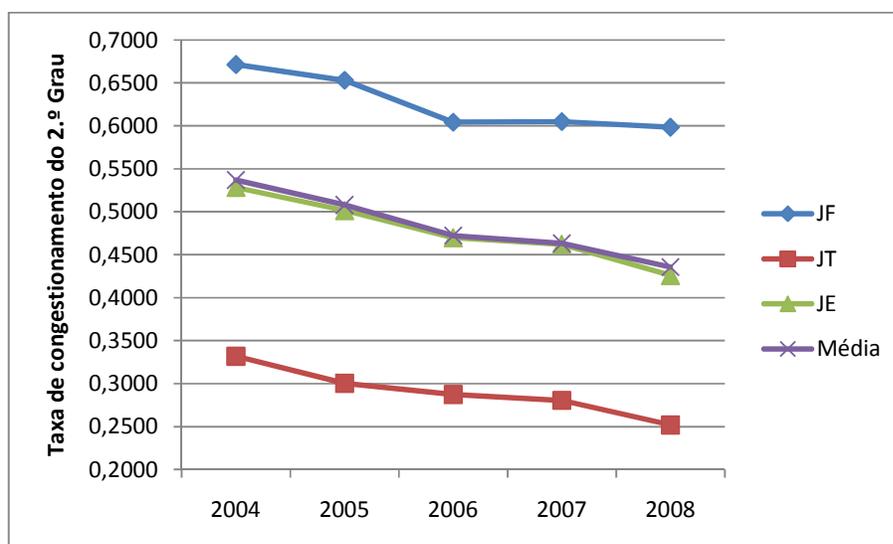
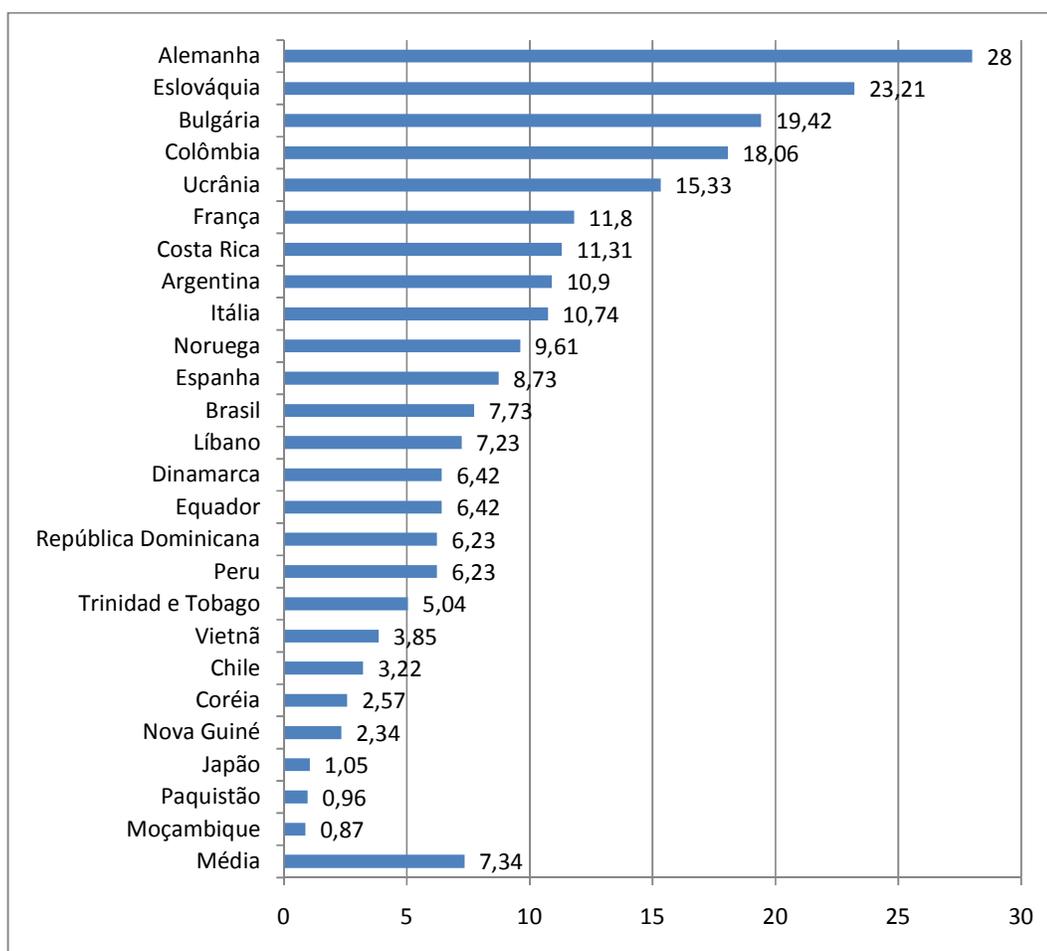


Gráfico 12 – Taxa de congestionamento da segunda instância  
Fonte: elaborado pelo autor (2009) e baseado na Tabela 1.

A carga de trabalho, medida através da quantidade de casos novos e pendentes dividida pelo número de magistrados, representou, em 2008, uma média de 4.458 processos por magistrado. A carga média mensal no ano ficou em 371,5 processos e, considerando uma carga horária de 220 horas mensais, cada magistrado teria tido aproximadamente 36 minutos por mês para dedicar a cada processo. Entretanto, se analisarmos os dados de forma separada, veremos que a

carga de trabalho caiu na Justiça Federal e do Trabalho entre 2004 e 2008, mas aumentou 18% na Justiça Estadual no mesmo período.

Entretanto, se fizermos uma comparação entre o número de juízes por cem mil habitantes nos diversos países, veremos que situação do Brasil (7,73 juízes/100.000 habitantes) encontra-se acima da média (7,34 juízes/100.000 habitantes), conforme o Quadro 2. Assim, não parece ser a insuficiência de magistrados o grande problema do Judiciário brasileiro.



Quadro 2 – Juízes por cem mil habitantes  
Fonte: Brasil (2004, p. 68).

Se considerarmos os dados contidos no relatório “Judiciário e Economia”, da SRJ do Ministério da Justiça, temos que a litigiosidade (ou taxa de congestionamento) média da Justiça como um todo beira o percentual de 60% (BRASIL, 2005, p. 4). A alta taxa de litigiosidade é apontada pelo relatório como a

responsável pelo elevado tempo de duração médio dos processos. Segundo Brasil (2005, p. 5), um processo que tramitar pelo 1.º Grau, 2.º Grau e pela instância Especial (STJ ou STF), pode durar de 50 a 100 meses, principalmente quando consideramos que a probabilidade de um processo ser objeto de recurso é muito grande, principalmente em relação aos casos julgados na primeira instância.

Considerando os dados do *Doing Business 2006* para o Brasil, contidos no Gráfico 13, temos que o prazo para se fazer cumprir judicialmente um contrato simples varia entre 1,5 (São Paulo) e quatro anos (Rio Grande do Sul). Já o custo de cobrança de uma dívida varia de 15,5% a 22,1% do valor da dívida entre a maioria dos estados brasileiros, com exceção do Ceará (32%) e do Maranhão (48,3%).

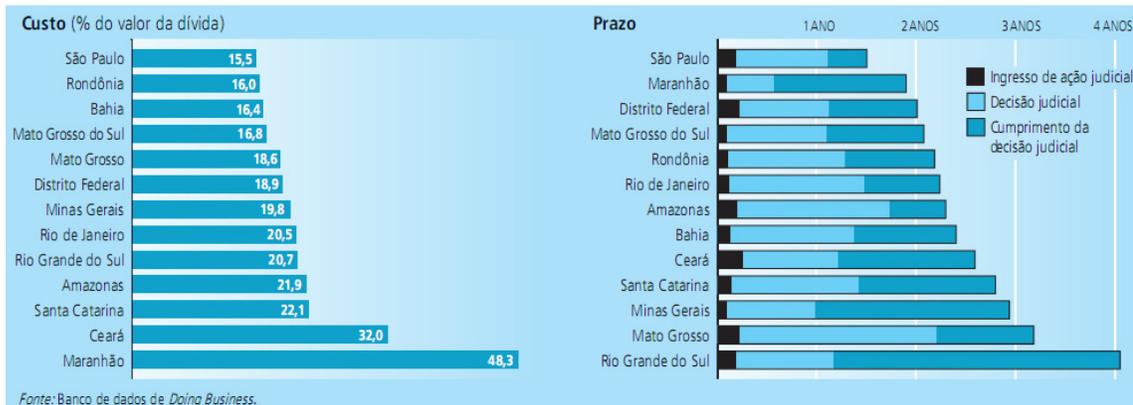


Gráfico 13 – Custo e prazo para se cumprir um contrato  
Fonte: Banco Mundial (2006, p. 12).

Com relação à dificuldade de recuperação de crédito, a Tabela 2, elaborada por Fachada, Figueiredo e Lundberg (2003) apud Brasil (2005, p. 7) aponta estimativas de custo e prazo de tramitação de contratos hipotéticos de crédito. Cabe destacar a análise feita pelo Ministério da Fazenda com relação aos dados da Tabela 2:

Dessa forma, se o cidadão lesado desejar recorrer à Justiça brasileira para ver garantido seus direitos, perderia no processo entre 43,2% e 17% do valor da causa – no menor e no maior valor do contrato, respectivamente – pela modalidade extrajudicial, que é a mais simples e a mais rápida (de até 1 ano em se considerando que não sejam interpostos embargos à execução). O rito processual mais complexo pode durar até 8 anos entre as fases de conhecimento, de liquidação determinação do valor e execução da sentença. Se o processo tiver curso até o fim, para valores até R\$ 500, verifica-se que o custo é superior ao valor da causa, o que inviabiliza o uso

do serviço judicial. Mesmo para o maior valor de contrato considerado no estudo, de R\$ 50 mil, quase 76% desse valor se perderia ao longo do processo judicial, o que explica o porquê do desestímulo do cidadão de recorrer ao serviço jurisdicional. De fato, da perspectiva do proponente do pleito, que tem um direito a ser ressarcido, só é economicamente viável levá-lo até seu termo caso seja uma causa de alto valor ou se disponha de estrutura jurídica permanente, como no caso das empresas de grande porte. Já do lado da parte ré, é economicamente vantajoso estender o pleito até seu último recurso, pois o valor da sentença não sofre atualização na mesma proporção que o rendimento oferecido por ativos financeiros. (BRASIL, 2005, p. 8).

Tabela 2 – Custo e prazo estimado de recuperação de contrato de crédito

Processo	Prazo de Tramitação	Valor do Contrato			
		R\$ 500	R\$ 1.000	R\$ 5.000	R\$ 50.000
Extrajudicial Simples	até 1 ano	R\$ 216	R\$ 320	R\$ 997	R\$ 8.502
		43,2%	32,0%	19,9%	17,0%
Judicial	até 8 anos				R\$
Fase de Conhecimento	até 3 anos	R\$ 486	R\$ 779	R\$ 3.018	28.122
		97,2%	77,9%	60,4%	56,3%
Fase de Execução	até 5 anos	R\$ 500	R\$ 967	R\$ 3.989	37.946
		100,0%	96,7%	79,9%	75,9%

Fonte: elaborado pelo autor (2009) baseado em Brasil (2005, p. 7).

Nos processos de execução, o problema não é apenas a morosidade, mas a não conclusão. Segundo o Banco Mundial (2003) apud Brasil (2005, p. 13), em pesquisa realizada nos órgãos judiciais paulistas, 70% dos processos de execução desapareceram, uma parte divida a acordos extrajudiciais ou ao pagamento, mas a maior parcela porque o credor não encontrou bens e desistiu do caso.

Com relação à produtividade dos magistrados em 2003, o Quadro 3 aponta um índice bastante alto para STF, STJ e Tribunal Superior do Trabalho (TST), e extremamente baixo para a Justiça Militar e Eleitoral:

Tribunal	Julgados / Magistrados	Índice
Supremo Tribunal Federal	9.806	888
Superior Tribunal de Justiça	6.576	596
Superior Tribunal Militar	44	4
Tribunal Superior do Trabalho	5.733	519
Tribunal Superior Eleitoral	330	30
Justiça do Trabalho 1ª instância	794	72
Tribunais Regionais do Trabalho	1.039	94
Justiça Federal 1ª instância	999	90
Tribunais Regionais Federais	2.288	207
Justiça Comum 1ª instância <sup>2</sup>	1.207	109
Tribunais de Justiça <sup>3</sup>	642	58
Média 2003 <sup>4</sup>	1.104	100

Quadro 3 – Produtividade dos magistrados por tribunal/instância  
Fonte: Brasil (2005, p. 61).

Enquanto o melhor desempenho ficou com o STF, com 9.806 julgamentos por magistrado, o pior coube ao Superior Tribunal Militar (STM), com apenas 44 julgamentos por magistrado. Quando a comparação de diferença de produtividade é feita entre a Justiça Comum de 1.ª e 2.ª instâncias dos Estados, as três primeiras posições são sempre integradas por Rio Grande do Sul, Santa Catarina e São Paulo. Já na 1.ª instância da Justiça Federal, as maiores produtividades ficam com Estados integrantes do Tribunal Regional Federal (TRF) da 4.ª Região: Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul (BRASIL, 2005, p. 61-63).

E, se considerarmos que os salários dos juízes brasileiros se situam no topo do *ranking* dos maiores, conforme Brasil, (2004, p. 69), podemos concluir de forma generalizada que se está remunerando muito bem uma atividade com baixa produtividade (baixo custo-benefício).

Considerando outros países como parâmetro, pode-se concluir que o custo-benefício do judiciário brasileiro é muito baixo. Isso porque, se de um lado, os gastos com o judiciário estão entre os maiores, por outro lado a confiança eficiência e principalmente agilidade deixa muito a desejar na comparação internacional.

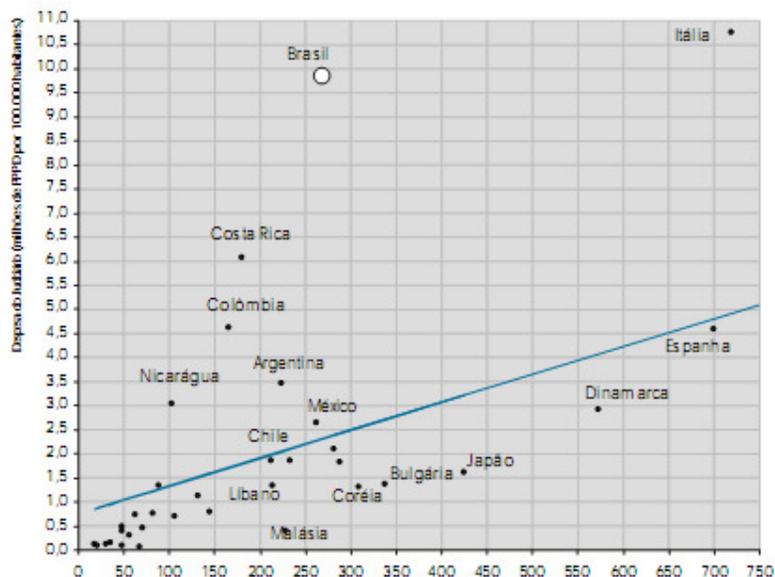


Gráfico 14 – Despesa do Judiciário x Despesa do Setor Público  
Fonte: Brasil (2004, p. 75).

Quanto ao custo por processo julgado, relatório da SRJ de 2004 aponta para um valor médio de R\$ 1.848,00. Todavia, a diferença de valores por Estado é significativa, variando de R\$ 973,00 por processo na Paraíba para R\$ 6.839,00 no Amapá (BRASIL, 2004, p. 78).

Considerando os dados disponibilizados pelo CJF (2009), em 2008 a Justiça Federal de 1.<sup>a</sup> instância teve 6.088.158 processos em tramitação, sendo arrecadado no período R\$ 54.538.753 a título de custas judiciais. Com relação à 2.<sup>a</sup> instância da Justiça Federal, tramitaram 1.013.016 processos, com uma arrecadação de custas de R\$ 3.645.778. Assim, a arrecadação média de custas por processo nas duas instâncias foi equivalente a R\$ 8,19. Agora, se considerarmos a despesa total para a manutenção da Justiça Federal em 2008 (R\$ 5.249.389.886) e a dividirmos pelo número de processos em tramitação no mesmo ano (7.101.174), teremos um custo médio por processo de R\$ 739,23.

A enorme diferença entre o custo de manutenção do processo e o valor arrecadado a título de custas indica que a administração da justiça é deficitária, e isso pode ser devido, em parte, ao fato de que muitos litigantes não pagam as despesas processuais, sendo subsidiados pelo Estado. Tal subsídio se dá através do instituto da Assistência Judiciária Gratuita (AJG), ou, em se tratando do próprio Estado, através da dispensa de recolhimento de diversas despesas.

A AJG é um benefício introduzido pela Lei n.º 1.060/50, representando isenção de pagamento a diversas despesas processuais<sup>68</sup>: O benefício é destinado, segundo o art. 2.º da Lei n.º 1.060/50, aos nacionais ou estrangeiros residentes no país que forem “necessitados”, sendo estes considerados aqueles cuja situação econômica não lhe permite pagar os custos do processo e os honorários do advogado sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família. E, segundo o art. 4.º da referida lei, presume-se pobre aquele que afirmar tal condição.

Como se vê, a lei não determinou critérios objetivos para a definição de quem efetivamente faz jus ao benefício. Primeiro, estabeleceu um conceito aberto de necessidade. Segundo, presumiu pobre (ou necessitado) aquele que simplesmente declara tal condição, não sendo exigida qualquer comprovação. Terceiro, atribuiu à parte contrária o ônus de provar que o “necessitado” não faz jus a tal benefício. Ou seja, a lei criou um problema de agente-principal: o agente possui a informação sobre sua condição financeira, mas o juiz (principal) não. Há uma clara situação de risco moral, onde há incentivos para que o agente não revele sua real situação financeira. Por serem estes dados geralmente privados, torna-se difícil a desconstituição da presunção gerada pela declaração do “necessitado”. Por outro lado, é socialmente desejável que tal benefício seja atribuído apenas àqueles que realmente necessitem dele. A concessão indiscriminada do benefício, além do desperdício de recursos, pode acabar, ao diminuir uma das variáveis de decisão do modelo de litigância apresentado, aumentando o valor esperado do litígio e, por tal razão, ocasionando um número maior de processos judiciais.

Uma última questão a ser abordada é a composição das demandas judiciais por matéria e por participação. Para tanto, serão considerados os dados relativos ao

---

<sup>68</sup> A isenção se refere ao pagamento: 1) das taxas judiciárias e dos selos; 2) dos emolumentos e custas devidas aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; 3) das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; 4) das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; 5) dos honorários de advogado e peritos; 6) das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade; 7) dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

STF, por representarem casos com alto grau de recorribilidade<sup>69</sup> e tratarem de um número muito menor de assuntos.

Com efeito, um estudo do STF demonstrou que 58% dos processos que neste tramitam tratam de apenas 45 assuntos diferentes (Brasil, 2005, p. 15). Tal fato significa que a grande maioria dos casos levados ao STF trata de matéria repetitiva, que poderiam ser resolvidos, por exemplo, através da vinculação das decisões a certos precedentes (súmula vinculante).

Por fim, temos que, segundo dados do próprio STF, 79% dos processos que lá tramitam tem como uma das partes o Poder Público, sendo a União Federal (seja direta ou indiretamente) responsável por 65% dos casos (BRASIL, 2004, p. 52). Tal fato demonstra que um dos grandes responsáveis pelo excesso de litigância é o próprio Estado, que tem em seus casos altas taxas de recorribilidade<sup>70</sup>.

Ademais, os benefícios processuais de que desfruta o Poder Público e o fato de contar com uma rede instituída de procuradores e não precisar que recolher grande parte das despesas processuais, faz com que a decisão microeconômica de litigar não se dê da mesma forma como ocorre com as pessoas de direito privado. A decisão se dá em outros parâmetros e, por tal razão, o índice de litigância do Poder Público é muito superior a de qualquer outro indivíduo ou grupo de indivíduos.

---

<sup>69</sup> Para chegar ao STF, um processo deve ter sido julgado em primeira e segunda instância, o que significa que foi objeto de, pelo menos, dois recursos.

<sup>70</sup> Convém lembrar a existência do instituto da remessa recursal (art. 475 do CPC), que dá aos entes públicos o benefício do processo ser apreciado sempre por duas instâncias, mesmo se não houver recurso.

## 5 CONCLUSÃO

O objetivo do trabalho foi apresentar a teoria econômica da litigância e, a partir de seus principais fundamentos teóricos, buscar identificar, em estudos empíricos e dados macroeconômicos, relações de causa e efeito que ajudassem a compreender que fatores determinariam a eficiência de um sistema processual.

No modelo microeconômico proposto, diversas variáveis foram identificadas como possíveis condicionantes, do nível de litigância. Do ponto de vista individual, um litigante só irá iniciar uma disputa judicial (ou levar um caso para julgamento ou recorrer de uma decisão) se o valor esperado de sua decisão for superior aos custos envolvidos. Assim, qualquer modificação na quantidade/magnitude dos eventos danosos, ou alteração nas probabilidades e/ou custos atrelados a uma determinada disputa judicial tende a afetar o nível de litigância.

Enquanto a decisão privada das partes se dá no sentido de maximizar o valor esperado do litígio (ou minimizar a responsabilidade esperada), do ponto de vista social, a eficiência exige que determinada alocação ocorra ao menor custo social, ou seja, com o menor desperdício de recursos possíveis. Considerando que os incentivos privados e sociais podem (e muitas vezes irão) divergir, caberá às regras processuais limitar a atuação das partes e buscar conciliar tais interesses.

Nesse sentido, ficou claro o fato de que a litigância obedece a critérios de racionalidade, sendo função de um sistema processual eficiente solucionar cada caso da melhor forma possível ao menor custo social possível. Ocorre, entretanto, que as regras processuais divergem entre os países e, por tal razão, variam também os níveis de litigância e o grau de eficiência dos sistemas judiciais de resolução de conflitos.

Através de diversas evidências empíricas, ficou demonstrado que o número de litígios por cem mil habitantes tem crescido no mundo inteiro, causando em muitos países problemas de excesso de litigância e, conseqüentemente, a morosidade e baixa eficiência do sistema judicial. Tal aumento tem se dado em razão do crescimento econômico (que aumenta o número de trocas em uma economia e por isso a possibilidade de surgimento de novos litígios), mas também se deve a um desequilíbrio no mercado de serviços advocatícios. Uma maior

competição no mercado de serviços advocatícios devido a um aumento no número de advogados, além de agravar o problema da seleção adversa, tende a diminuir as taxas de honorários cobrados, induzindo um aumento indesejado no nível de litigância.

No caso do Brasil, os índices de litigância demonstram que a eficiência do sistema judiciário, comparado com outros países, deixa a desejar, gerando efeitos perversos. A morosidade é considerado o maior problema, e se deve a uma alta taxa de congestionamento dos nossos tribunais. Ou seja, nosso sistema judiciário, na média, julga uma quantidade de processos muito inferior à quantidade de processos entrantes, o que causa um aumento sistemático no estoque de processos pendentes. Como decorrência direta, está o aumento da carga de trabalho dos magistrados, que aumenta a morosidade do setor.

Todavia, não há evidências de que um aumento de recursos destinados gere uma aumento na eficiência do judiciário: nos últimos anos, apesar de um aumento significativo no gasto do judiciário como percentual do PIB, as taxas de resolução de processos tem se mantido estagnadas. As evidências empíricas demonstram que grande parte do problema se relaciona ao arranjo legal de nossas normas processuais.

Djankov et al. (2003) apuraram um nível de formalismo exagerado no Brasil, o que prejudica a eficiência do sistema e coloca o país em uma péssima colocação no *ranking* relativo à facilidade de se fazer negócios (BANCO MUNDIAL, 2009). Procedimentos simples como o despejo de um inquilino inadimplente e a cobrança de um cheque sem fundo chegam a demorar uma média de 616 dias, e sabe-se que questões mais complexas podem demorar mais de 5 anos.

Colaboram para a morosidade regras como a da AJG, que ao beneficiar com isenção das custas judiciais aqueles que simplesmente se declarem pobres (sem muitas vezes a necessidade de provar tal condição), acabam incentivando comportamentos oportunistas e contribuem para o aumento da litigância frívola. Da mesma forma ocorre com a falta de um maior respeito aos precedentes, tornando difícil para as partes apurar a verdadeira probabilidade atrelada aos eventos vitória e derrota, o que causa distorções nas expectativas e possibilita o ajuizamento de processos com valores esperados negativos (NEVS). Tal hipótese se confirma através dos dados empíricos apresentados por Balas et al. (2008), eis que

demonstra que uma maior vinculação ao precedente (sistema da *common law*) tende a tornar o sistema mais eficiente.

Uma última questão relevante com relação à litigância no Brasil se refere ao fato do poder público ser responsável por grande parcela dos litígios<sup>71</sup>. Tratando-se de um ente público, sua decisão de litigar não segue o modelo apresentado. O poder público não suporta uma grande parcela das taxas judiciárias, possui prazos privilegiados para se manifestar e possui um custo fixo com o pagamento de seus advogados. Assim, *ceteris paribus*, o valor esperado da litigância em geral será menor que no caso de um ente privado, devido a um menor custo envolvido na litigância. Por outro lado, o Estado nem sempre busca maximizar sua utilidade, mas sim postergar o cumprimento da obrigação. E mesmo nos casos repetitivos, o poder público raramente faz acordos, mesmo quando a sua probabilidade de vitória é mínima. Tal posição privilegiada do Estado na utilização do sistema judicial afeta negativamente os níveis de litigância, tornando o mais moroso e menos confiável.

Como se verifica, a eficiência de um sistema processual depende, em grande parte, das regras que alteram os incentivos privados e sociais da decisão de litigar. E, conforme as evidências empíricas e dados macroeconômicos apresentados, tal arcabouço normativo não tem se mostrado eficiente no Brasil, apesar das diversas reformas efetivadas. Com este trabalho, é possível concluir que tais regras ainda merecem modificações, principalmente no sentido de evitar comportamentos oportunistas das partes e buscar efetivamente a maximização dos benefícios sociais.

A importância deste trabalho está em auxiliar na predição dos efeitos que as regras processuais podem causar nos níveis de litigância, o que seria impossível sem uma análise econômica de tais fenômenos jurídicos. Como afirma Dias (2009):

Uma parte considerável das disposições do atual Código de Processo Civil, relacionadas às condutas das partes em juízo, está calcada em cenários claramente incorretos, o que levou à formulação de regras que não têm a mínima eficiência em relação aos problemas reais que precisam ser enfrentados (DIAS, 2009, p. 25).

---

<sup>71</sup> O Estado, principalmente em nível federal, é um grande cliente do poder judiciário, o que pode ser confirmado, por exemplo, através da existência de um órgão específico para julgar casos onde algum ente federal for autor ou réu – Justiça Federal.

Entretanto, ainda são necessários inúmeros estudos empíricos relativos ao caso do Brasil, de forma a testar as diversas hipóteses apresentadas pela teoria econômica da litigância, evitando assim mudanças inócuas, como muitas das que já ocorreram ao longo dos últimos anos.

## REFERÊNCIAS

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. **Game theory and the law**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1998.

BALAS, Aron et al. **The divergence of legal procedures**. Cambridge, Mass: National Bureau of Economic research, 2008. Working Paper n. 13809. Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w13809.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

BANCO MUNDIAL. **Fazendo com que a justiça conte**: medindo e aprimorando o desempenho do judiciário no Brasil. Brasília: Banco Mundial, 2004. Relatório n. 32789-BR. Disponível em: <<http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1185895645304/4044168-1186404259243/29Justica.pdf>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. **Doing business no Brasil**. [Washington]: Banco Mundial, 2006. Disponível em: <[http://www.doingbusiness.org/documents/doing\\_business\\_in\\_brazil\\_portuguese.pdf](http://www.doingbusiness.org/documents/doing_business_in_brazil_portuguese.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. **Doing business 2010 Brazil**. [Washington]: Banco Mundial, 2009. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/Downloads/>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

BATTESINI, Eugênio. **Direito e economia**: novos horizontes no estudo da responsabilidade civil no Brasil. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre: UFRGS, 2009.

BECCARIA, Cesare; BELLAMY, Richard. **On crimes and punishments and other writings**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1995.

BECKER, Gary S. **The economic approach to human behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976.

\_\_\_\_\_. **The economic way of looking at life**. [Chicago]: University of Chicago, 1992. Nobel Lecture. Disponível em: <<http://home.uchicago.edu/~gbecker/Nobel/nobellecture.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2008.

BLACKHOUSE, Roger E; MEDEMA, Steven G. Definition of economics. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) **The New Palgrave Dictionary of Economics online**. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <[http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008\\_E000291&q=economics%20definition&topicid=&result\\_number=1#aw8](http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008_E000291&q=economics%20definition&topicid=&result_number=1#aw8)>. Acesso em: 22 ago. 2009.

BLUME, Lawrence E.; EASLEY, David. Rationality. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) **The New Palgrave Dictionary of Economics online**. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <[http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008\\_R000277](http://www.dictionarofeconomics.com/article?id=pde2008_R000277)>. Acesso em: 15 ago. 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Diagnóstico do poder judiciário**. Brasília: Ministério da Justiça, 2004. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Judiciário e economia**. Brasília: Ministério da Justiça, 2005. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

CÂMARA, Alexandre F. **Lições de direito processual civil**: Vol. I. 15.ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARMIGNANI, Amanda; GIACOMELLI, Silvia. **Too many lawyers? Litigation in italian civil courts** [S.l: s.n.], 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1431986>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

CLEMENZ, Gerhard; GUGLER, Klaus. Macroeconomic development and civil litigation. **European Journal of Law and Economics**. [S.l.] Springer Netherlands, v. 9, n. 3, p. 215-230, may 2000. Disponível em: <<http://www.springerlink.com/content/x7580gq57303408r/#ContactOfAuthor2>>. Acesso em: 22 nov. 2009.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**. Chicago, oct. 1960. Disponível em: <<http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2009.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. **Portal da Justiça Federal** [homepage]. Brasília, [2009]. Disponível em: <<http://www.justicafederal.jus.br/cjf>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2008**: variáveis e indicadores do Poder Judiciário. Brasília, 2009a. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica\\_em\\_numeros\\_2008.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/justica_em_numeros_2008.pdf)>. Acesso em: 29 set. 2009.

\_\_\_\_\_. **Conselho Nacional de Justiça** [homepage]. Brasília, 2009b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acesso em: 18 nov. 2009.

COOTER, Robert D.; RUBINFELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. **Journal of Economic Literature**. Pittsburgh: American Economic Association, v. 27, n. 3, p. 1067-1097, sep. 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/2726775>>. Acesso em: 19 set. 2008.

COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 3rd ed. Reading: Addison Wesley Longman, 2000.

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.

DNES, Anthony W. **The economics of law**: property, contracts and obligations. [Scarborough]: South-Western, 2005.

DJANKOV, Simeon et al. Courts. **Quarterly Journal of Economics**. Cambridge, Mass., v. 118, n. 2, p. 453-517, may 2003.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Marins Fontes, 2003.

FERREIRA, Aurélio B. de H. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. 3.ed. rev. e atual. Curitiba: Positivo, 2004.

FRIEDMAN, Milton. **Essays in positive economics**. Chicago: The University of Chicago Press, 1953.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Economic analysis and comparative law. In: BUSSANI, Mauro; MATTEI, Ugo. (Eds.) **Cambridge companion to comparative law**. Trabalho apresentado no Mini-Curso "Law and Economics na Europa e EUA: uma visão comparada", Porto Alegre, 2009.

GINSBURG, Tom; HOETKER, Glen. The unreluctant litigant? An empirical analysis of Japan's turn to litigation. **Journal of Legal Studies**. Chicago, vol. 35, pp. 31-59, jan. 2006.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. 2.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

KAZMIER, Leonardo J. **Estatística aplicada à economia e administração**. São Paulo: McGraw-Hill do Brasil, 1982.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOBAIASHI, Bruce H; PARKER, Jeffrey S. Civil procedure: general economic analysis. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. (Eds.) **Encyclopedia of law and economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 65-117. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/7000book.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2009.

KRITZER, Herbert M. Lawyers fees and lawyer behavior on litigation: what does the empirical literature really say? **Texas Law Review**. Austin, vol. 80, pp. 1943-1983, jun. 2002. Disponível em: <[http://users.polisci.wisc.edu/kritzer/research/law\\_misc/TexasLR-2002.pdf](http://users.polisci.wisc.edu/kritzer/research/law_misc/TexasLR-2002.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2009.

LAFFONT, J. J. Externalities. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) **The New Palgrave Dictionary of Economics online**. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <[http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008\\_E000200](http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_E000200)>. Acesso em: 21 nov. 2009.

LAZEAR, Edward P. Economic Imperialism. **Quarterly Journal of Economics**. Cambridge, Mass., v. 115, n. 1, p. 99-146, fev. 2000.

MACKAAY, Ejan. History of law and economics. In: BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. (Eds.) **Encyclopedia of law and economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2000. v. 1, p. 65-117. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/0200book.pdf>>. Acesso em: 9 jun. e 12 set. 2008.

MAGEE, Stephen P.; BROCK, William A. YOUNG, Leslie. **Black hole tariffs and endogenous policy theory**: political economy in general equilibrium. [New York]: Cambridge University Press, 1989.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: from Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MIRMAN, Leonard J. Perfect information. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) **The New Palgrave Dictionary of Economics online**. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <[http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008\\_P000058](http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_P000058)>. Acesso em: 22 nov. 2009.

MONTEIRO, Sérgio. M. M. Metodologia da economia e a filosofia da ciência. In: CORAZZA, Gentil. (Org.) **Métodos da ciência econômica**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2003.

NUNES, Pedro. **Dicionário de tecnologia jurídica**. 12.ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1994.

PASSOS, J. J. Calmon de. O risco na sociedade moderna e seus reflexos na teoria da responsabilidade civil e na natureza jurídica do contrato de seguro. **Jus Navigandi**. Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2988>>. Acesso em: 06 nov. 2009.

PATRÍCIO, Miguel C. T. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

PINDYCK, Robert S. RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6.ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2006.

PINHEIRO, Armando C. **Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados**. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td\\_0966.pdf](http://www.ipea.gov.br/pub/td/2003/td_0966.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2009.

PINHEIRO, Armando C.; GIAMBIAGI, Fabio. **Rompendo o marasmo: a retomada do desenvolvimento no Brasil**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

PINHEIRO, Armando C.; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) **The New Palgrave Dictionary of Economics online**. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em:

<[http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008\\_L000038](http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_L000038)>. Acesso em: 15 ago. 2008.

POSNER, Richard. A. **Overcoming law**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1995.

\_\_\_\_\_. **Economic analysis of law**. 7th ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2nd ed. Londres: Macmillan, 1935.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. **The economic analysis of civil law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2005.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SOBBRIO, Giuseppe; D'AGOSTINO, Elena; SIRONI, Emiliano. Do lawyers affect legal disputes in Italy? An instrumental variable approach. In: **XXVI Annual Conference of European Association of Law and Economics**. Roma: European Association of Law and Economics, 2009. Disponível em: <<http://www.eale09.eu/ocs2/index.php/EALE/roma09/paper/download/92/34>>. Acesso em: 20 nov. 2009.

SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven (Eds.) **The Handbook of Law & Economics**: volume 1. [San Francisco]: North Holland, 2007.

\_\_\_\_\_. Economics of litigation. In: BLUME, Lawrence E.; DURLAUF, Steven N. (Eds.) **The New Palgrave Dictionary of Economics online**. 2nd ed. [S.l.]: Palgrave Macmillan, 2008. Disponível em: <[http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008\\_E000217](http://www.dictionaryofeconomics.com/article?id=pde2008_E000217)>. Acesso em: 22 ago. 2008.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: princípios básicos. Trad. da 6.ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VELJANOVSKI, Cento. **A economia do direito e da lei**: uma introdução. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994.

WAMBIER, Luiz R. (Coord.) **Curso avançado de processo civil**: Vol. I. 9.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.