



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Erik Navarro Wolkart

**Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a
cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro**

Rio de Janeiro

2018

Erik Navarro Wolkart

Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Co-orientadora: Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim

Rio de Janeiro

2018

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

W862 Wolkart, Erik Navarro.

Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro / Erik Navarro Wolkart - 2018.

801 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

Coorientadora: Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Processo civil - Teses. 2. Contraditório (Direito) - Teses. 3. Recursos (Direito) - Teses. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. II. Alvim, Teresa Arruda
- III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito.
- IV. Título.

CDU 347.91/.95

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Erik Navarro Wolkart

Análise econômica e comportamental do processo civil: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de pesquisa: Direito Processual.

Aprovada em: 19 de março de 2018

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Faculdade de Direito – UERJ

Profa. Dra. Teresa Arruda Alvim
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Prof. Dr. Luiz Roberto Barroso
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Antônio do Passo Cabral
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Flávio Luiz Yarshell
Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Luciano Benetti Timm
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Rio de Janeiro

2018

DEDICATÓRIA

Ao Professor Paulo Cezar, que permitiu a minha loucura.

À Professora Teresa, que acreditou na minha loucura.

Ao Professor Oren Bar-Gill, que inspirou a minha loucura.

Aos meus pais e à Isabela,

que são a minha loucura.

AGRADECIMENTOS

Isabela, Christiano e Amélia: eu não existo sem vocês.

À Teresa e ao Paulo Cezar, por deixarem minha cabeça nas nuvens e meus pés no chão. Aos amigos do Curso Ênfase, pelo apoio incondicional e pela compreensão. Aos Champas e ao Clube da Fé, por fazerem de todos os dias uma delícia de viver. À Luísa, à Débora, ao Hugo e ao Victor, por darem uma moldura aos rasgos confusos da minha mente. Ao Lemmy, por drenar todo o ódio da minha alma.

Ao Domício, pela lição de amor e de dignidade que eu jamais esquecerei.

EPÍGRAFE

Quero os quentes e os gélidos. Os mornos, eu os vomito.

Apocalipse 3:16 (adaptado)

RESUMO

WOLKART, Erik Navarro. **Análise econômica e comportamental do processo civil**: como promover a cooperação para enfrentar a tragédia da Justiça no processo civil brasileiro. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

A presente tese trata da promoção do comportamento cooperativo no processo civil brasileiro como caminho para a construção de um sistema de justiça apto a oferecer tutelas jurídicas justas e efetivas, em prazo razoável. Como matriz teórica, utilizam-se: a economia do bem-estar, a análise econômica do direito clássica, a economia comportamental (e a correspondente análise econômica comportamental do direito) e o pragmatismo profundo (neurociência da moralidade). Utilizando diversas técnicas microeconômicas (principalmente a teoria dos jogos), atualizadas pelos *insights* da economia comportamental, demonstra-se como é possível que juízes, advogados e partes efetivamente cooperem para a eficiência do sistema, desde antes do ajuizamento da ação até o efetivo cumprimento das decisões judiciais. No capítulo 1 delineamos o panorama de *tragédia da Justiça*, análogo ao cenário econômico de *esgotamento do bem de uso comum*. No capítulo 2 apresentamos um breve histórico da análise econômica do direito no mundo e no Brasil, identificando seu *estado da arte*. No capítulo 3 exibimos as matrizes teóricas e filosóficas utilizadas neste trabalho. No capítulo 4 apresentamos a concepção doutrinária atual a respeito do que venha a ser cooperação no processo civil brasileiro. No capítulo 5 comprovamos que essa concepção é completamente dissociada da natureza do comportamento cooperativo como diferencial evolutivo, tal como definido pela biologia e aplicado pela economia e pela psicologia no estudo do comportamento humano. Nesse mesmo capítulo, demonstramos que os deveres cooperativos hoje definidos pela doutrina pouco contribuem para a construção de um sistema judiciário civil capaz de oferecer tutela jurisdicional justa, efetiva e em prazo razoável. Nos capítulos 6 a 10 identificamos alguns comportamentos cooperativos necessários à promoção de um sistema de justiça civil com essas qualidades. Neles, distinguimos os incentivos atuais e a necessidade da criação de novos incentivos para que juízes, partes e advogados atuem cooperativamente, desde antes do início do processo até a fase de cumprimento de sentença, com especial atenção às possibilidades autocompositivas e à efetividade das decisões judiciais. Finalmente, no capítulo 11, abordamos a possibilidade de *disrupção cooperativa* proporcionada pela aplicação da tecnologia no processo civil e no funcionamento do sistema de justiça como um todo, com especial atenção às potencialidades da inteligência artificial. Por fim, concluímos que as normas atuais de processo civil não produzem incentivos suficientes à promoção do comportamento cooperativo dos sujeitos processuais, mas atestamos que esses incentivos podem ser normativa e administrativamente corrigidos para que, com o auxílio da tecnologia, o cenário de tragédia da Justiça seja vencido e substituído por um sistema de justiça civil capaz de entregar a tutela jurisdicional justa, de forma efetiva e tempestiva.

Palavras-chave: Processo Civil. Cooperação. Princípio da cooperação. Modelo cooperativo. Boa-fé. Devido processo legal. Contraditório. Participação. Análise Econômica do Direito. Análise Econômica e Comportamental do Direito. Economia e processo. Psicologia e processo. Processo e tecnologia. Processo

e inteligência artificial. Processo e teoria dos Jogos. Eficiência. Demandas frívolas. Custas processuais. Sucumbência. Gratuidade da justiça. Autocomposição de Conflitos. Mediação e conciliação. Precedentes vinculantes. Análise econômica dos precedentes. Litigância de má-fé. Recursos. Execução. Art. 139, IV, do CPC/2015. Execução atípica. Execução flexível.

ABSTRACT

WOLKART, Erik Navarro. **The Economics and the behavioral economics of civil procedure**: how to promote cooperation to face the tragedy of justice in the Brazilian civil procedure. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

This thesis deals with the promotion of cooperative behavior in the Brazilian civil procedure as a way to build a system of justice capable of offering fair and effective judicial protection within a reasonable time frame. The theoretical matrix which shall be used are the welfare economics, the classical economic analysis of law, behavioral economics (and the corresponding behavioral law & economics) and deep pragmatism (neuroscience of morality). Using a variety of microeconomic techniques (mainly game theory), updated by the insights of behavioral economics, it is demonstrated how judges, lawyers and parties can effectively cooperate for the efficiency of the system, prior to the filing of the action until the effective enforcement of judicial decisions. In Chapter 1, we outline the *tragedy of justice* scenario, analogous to the economic scenario of *the tragedy of the Commons*. In Chapter 2, we present a brief history of the economic analysis of law in the world and in Brazil, identifying its *state of the art*. In Chapter 3, we present the theoretical and philosophical matrices used in this work. In Chapter 4, we present the current doctrinal conception regarding what is cooperation in the Brazilian civil procedure. In Chapter 5, we demonstrate that this conception is completely dissociated from the nature of cooperative behavior as an evolutionary feature, such as defined by biology and applied by economics and by psychology in the study of human behavior. In this same chapter, we demonstrate that the cooperative duties as defined by legal scholars nowadays contribute little to the construction of a civil legal system capable of offering judicial protection that is fair, effective and rendered within a reasonable time frame. In Chapters 6 to 10, we identified some cooperative behaviors needed to promote a civil legal system with such qualities. We identify the existing incentives and the need to create new incentives so that judges, parties and lawyers can behave cooperatively, since before the beginning of the lawsuit until the execution, with special attention to the possibilities of alternative dispute resolution and the effectiveness of judicial decisions. In Chapter 11, we discuss the possibility of *cooperative disruption* caused by the application of technology in civil procedure and in the functioning of the legal system as a whole, with special attention to the potentialities of artificial intelligence. Finally, we conclude that the current rules of civil procedure do not produce sufficient incentives to promote cooperation between procedural subjects, but we attest that these incentives can be normatively and administratively gauged so that, with the aid of technology, the scenario of tragedy of justice is overruled and replaced by a civil legal system capable of delivering a fair, effective and timely judicial protection.

Keywords: Civil Procedure. Cooperation. Principle of cooperation. Cooperative model. Good faith. Due process of law. Adversarial system. Participation. Law & Economics. Behavioral Law & Economics. Economics and civil procedure. Psychology and civil procedure. Civil procedure and technology. Civil Procedure and artificial intelligence. Civil Procedure and game theory. Efficiency. Frivolous lawsuits.

Procedural costs. Defeat fees. Free legal aid. Alternative dispute resolution. Mediation. Binding precedents. Economic analysis of precedents. Barratry. Appeals. Execution. Article 139, IV, Code of Civil Procedure/2015. Atypical execution. Flexible execution..

SOMMARIO

WOLKART, Erik Navarro. **Analisi economica e comportamentale del processo civile:** come promuovere la cooperazione in modo tale da confrontare la tragedia della giustizia nel processo civile brasiliano. 2018. 801 p. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

La presente tesi tratta della promozione del comportamento cooperativo nel processo civile brasiliano come una via per la costruzione di un sistema di giustizia atto a offrire delle tutele giuridiche giuste ed effettive in tempi ragionevoli. Come matrice teorica sono state utilizzati: l'economia del benessere, l'analisi economica classica del diritto, l'economia comportamentale (e l'analisi economica comportamentale del diritto corrispondente) e il pragmatismo profondo (neuroscienze della moralità). Utilizzando diverse tecniche microeconomiche (soprattutto la Teoria dei Giochi) attualizzate da *insights* dell'economia comportamentale, si dimostra com'è possibile che i giudici, gli avvocati e le parti cooperino effettivamente per l'efficienza del sistema sin da prima dell'azione giudiziaria fino all'effettivo compimento delle decisioni giudiziarie. Nel capitolo 1 tracciamo lo scenario di *tragedia della giustizia*, analogo allo scenario economico di *esaurimento di un bene di uso comune*. Nel capitolo 2 presentiamo un breve storico dell'analisi economica del diritto nel mondo e in Brasile, identificando il suo *stato dell'arte*. Nel capitolo 3 esponiamo le matrici teoriche e filosofiche utilizzate in questo studio. Nel capitolo 4 presentiamo la concezione dottrinarie attuale rispetto cosa significa la cooperazione nel processo civile brasiliano. Nel capitolo 5 comproviamo che questa concezione si dissocia completamente dalla natura del comportamento cooperativo come differenziale evolutivo conforme definito dalla biologia e applicato dall'economia e dalla psicologia nello studio del comportamento umano. In questo stesso capitolo, dimostriamo che i dovere cooperativi oggi definiti dalla dottrina contribuiscono poco alla costruzione di un sistema giudiziario civile capace di offrire una tutela giurisdizionale giusta, effettiva e in tempi ragionevoli. Nei capitoli 6 a 10 identifichiamo alcuni comportamenti cooperativi necessari per la promozione di un sistema di giustizia civile con tali qualità. Identifichiamo gli incentivi attuali e la necessità della creazione di nuovi incentivi affinché i giudici, le parti e gli avvocati agiscono in modo cooperativo sin dall'inizio del processo fino alla fase di compimento della sentenza, con attenzione speciale alle possibilità autocompositive e all'effettività delle decisioni giudiziarie. Finalmente, nel capitolo 11 discutiamo la possibilità di un'*interruzione cooperativa* promossa dall'applicazione della tecnologia nel processo civile e nel funzionamento del sistema della giustizia in generale, con attenzione speciale alle potenzialità dell'intelligenza artificiale. Infine, concludiamo che le norme attuali del processo civile non producono incentivi sufficienti per la promozione del comportamento cooperativo dei soggetti processuali. Ciò nonostante, attestiamo che tali incentivi possono essere corretti normativa e amministrativamente affinché che, con l'aiuto della tecnologia, lo scenario di tragedia della giustizia sia sconfitto e sostituito da un sistema di giustizia civile capace di offrire una tutela giurisdizionale giusta, in modo effettivo e tempestivamente.

Parole-chiave: Processo Civile. Cooperazione. Principio della cooperazione. Modello cooperativo. Buona fede. Processo legale dovuto. Contraddittorio. Partecipazione. Analisi Economica del Diritto. Analisi Economica e

Comportamentale del Diritto. Economia e processo. Psicologia e processo. Processo e tecnologia. Processo e intelligenza artificiale. Processo e Teoria dei Giochi. Efficienza. Domande frivole. Spese processuali. Soccombenza. Gratuità della giustizia. Autocomposizione di conflitti. Mediazione e conciliazione. Precedenti vincolanti. Analisi economica dei precedenti. Contenzioso in malafede. Appelli. Esecuzione. Art. 139, IV, del CPC/2015. Esecuzione atipica. Esecuzione flessibile.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 -	Série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário.....	47
Gráfico 2 -	Série histórica da movimentação processual da Justiça Federal.....	49
Gráfico 3 -	Série histórica da movimentação processual da Justiça estadual.....	50
Gráfico 4 -	Série histórica da movimentação processual do Superior Tribunal de Justiça	52
Gráfico 5 -	Repercussões gerais julgadas reconhecidas por semestre (2007-2015).....	54
Gráfico 6 -	Repercussões gerais julgadas no mérito (2008-2017).....	54
Gráfico 7 -	Total de repercussões gerais recebidas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (2008-2017).....	55
Gráfico 8 -	Tempo médio da sentença no primeiro grau (exceto juizados especiais): execução vs. conhecimento.....	57
Gráfico 9 -	Tempo médio de tramitação dos processos pendentes no primeiro grau (exceto juizados especiais): execução vs. conhecimento.....	59
Gráfico 10 -	Tempo médio da sentença nas varas: execução vs. conhecimento.....	62
Gráfico 11 -	Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nas varas: execução vs. conhecimento.....	63
Gráfico 12 -	Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nos juizados especiais: execução vs. conhecimento.....	64
Gráfico 13 -	Tempo médio da sentença no primeiro grau: execução vs. conhecimento.....	66
Gráfico 14 -	Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nos juizados especiais: execução vs. conhecimento.....	67
Gráfico 15 -	Série histórica da recorribilidade externa no Poder Judiciário.....	71
Gráfico 16 -	Indicadores de recorribilidade interna e externa do Poder Judiciário, por justiça.....	72
Gráfico 17 -	Série histórica das execuções iniciadas e pendentes.....	77
Gráfico 18 -	Série histórica da taxa de congestionamento e dos índices de atendimento à demanda e de processos eletrônicos no Poder Judiciário.....	86
Gráfico 19 -	Termômetro da taxa de congestionamento.....	87
Gráfico 20 -	Distribuição da população por sexo, segundo os grupos de idade (2010).....	130
Gráfico 21 -	Teoria da Utilidade Esperada.....	153
Gráfico 22 -	Aversão ao risco na Teoria da Utilidade Esperada.....	155

Gráfico 23 -	Função de valor hipotético.....	160
Gráfico 24 -	Teoria da perspectiva e a busca do risco nos casos de perda.....	161
Gráfico 25 -	Dilema do prisioneiro jogado infinitas vezes e a prevalência da cooperação em razão da importância do futuro para os jogadores.....	237
Gráfico 26 -	Teorema do povo.....	241
Gráfico 27 -	<i>The Public Goods Game</i> , versão sem punição.....	252
Gráfico 28 -	<i>The Public Goods Game</i> , versão com punição.....	252
Gráfico 29 -	<i>The Public Goods Game</i> , <i>punishment versus antisocial punishment</i>	253
Gráfico 30 -	<i>The Public Goods Game</i> , correlação negativa entre nível de cooperação e nível de <i>antisocial punishment</i>	254
Gráfico 31 -	Relação entre nível de participação no processo e realização do direito material.....	268
Gráfico 32 -	Nível de otimismo em função do grau de incerteza do sistema.....	392
Gráfico 33 -	Teoria da perspectiva: análise do comportamento em relação ao risco em situações de ganho e em situações de perda.....	394
Gráfico 34 -	Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nos juizados especiais: execução vs. conhecimento.....	424
Gráfico 35 -	Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nas varas: execução vs. conhecimento.....	425
Gráfico 36 -	Quantidade ótima a ser produzida a partir do custo e da receita marginal.....	445
Gráfico 37 -	Advogado público: quantidade ótima de litigância.....	448
Gráfico 38 -	Ente público representado (parte no processo): quantidade ótima de litigância.....	448
Gráfico 39 -	Desprezo às pequenas probabilidades a partir de baixas probabilidades reais	561
Gráfico 40 -	Desprezo às pequenas probabilidades a partir de baixas probabilidades reduzidas pelo otimismo.....	562
Gráfico 41 -	Desprezo às pequenas probabilidades, otimismo e distorção causada pelo viés de disponibilidade.....	563
Gráfico 42 -	Percentual de quitação das dívidas fiscais em relação às correspondências enviadas pelo HMRC.....	572
Gráfico 43 -	Teoria da perspectiva e a busca do risco nos casos de perda.....	574
Gráfico 44 -	Teoria da perspectiva: comparação dos ganhos decrescentes de utilidade.....	575
Gráfico 45 -	Teoria da perspectiva: comparação das perdas decrescentes de utilidade.....	576

Gráfico 46 -	Teoria da perspectiva: comportamento de risco para as perdas.....	577
Gráfico 47 -	Teoria da perspectiva: comparação do impacto punitivo gerado por punições por litigância de má-fé em valor certo e em valor variável.....	579
Gráfico 48 -	Desconto hiperbólico.....	581
Gráfico 49 -	Tempo médio da sentença no 1º grau (exceto juizados especiais): execução x conhecimento.....	609
Gráfico 50 -	Eficiência das diligências de penhora: varas federais de execução fiscal/RJ...	624
Gráfico 51 -	Quantidade de transístores por circuitos integrados ano a ano.....	676

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Tempo médio de tramitação processual.....	60
Figura 2 - Tempo médio de tramitação processual.....	65
Figura 3 - Tempos médio de tramitação processual no Superior Tribunal de Justiça..	67
Figura 4 - Taxas de recorribilidade externa.....	73
Figura 5 - Versão de Thompson do dilema do bonde desgovernado (<i>footbridge case</i>).....	170
Figura 6 - <i>Switch dilema</i>	172
Figura 7 - Estruturas cerebrais envolvidas nos julgamentos morais.....	174
Figura 8 - <i>Remote footbridge case</i>	176
Figura 9 - <i>Footbridge switch case</i>	176
Figura 10 - <i>Footbridge pole dilema</i>	178
Figura 11 - <i>Obstacle collide dilema</i>	179
Figura 12 - <i>Loop case</i>	180
Figura 13 - Cadeias causais, <i>Switch</i> e <i>Footbridge cases</i>	186
Figura 14 - Cadeia causal real do <i>loop case</i>	187
Figura 15 - Cadeia causal do <i>loop case</i> tal como percebida pelo sistema 1 (ignorando o que parece ser um efeito colateral).....	188
Figura 16 - Equilíbrio de Nash ineficiente (não cooperativo).....	223
Figura 17 - Célula viva cercada por células mortas: resultado morte.....	225
Figura 18 - Célula viva cercada por muitas células vivas: competição por espaço: resultado morte.....	226
Figura 19 - Célula viva cercada por um número ótimo de células vivas: cooperação e sobrevivência.....	226
Figura 20 - Célula morta cercada por um número ótimo de células vivas: cooperação e renascimento.....	226
Figura 21 - Resultados do <i>autômato celular</i> de Conway.....	227
Figura 22 - Interação homogênea e prevalência do comportamento não cooperativo..	230
Figura 23 - Interação heterogênea (em cachos).....	231
Figura 24 - As cinco leis da evolução da cooperação.....	232

Figura 25 - Matriz de estratégias e <i>payoff</i> no dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes.....	240
Figura 26 - Matriz de estratégias e <i>payoff</i> no dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes: momento em que a estratégia cooperativa torna-se dominante.....	240
Figura 27 - Comparação entre o Dilema do Prisioneiro e o <i>Assurance Game (Stag Hunt)</i>	244
Figura 28 - Árvore decisional: autor escolhe demandar ou não.....	312
Figura 29 - Árvore decisional: advogado escolhe aceitar ou não a causa.....	313
Figura 30 - Árvore decisória do jogo de informação incompleta do art. 334 do CPC/2015.....	341
Figura 31 - Jogo tipo 1: réu motorista cauteloso.....	343
Figura 32 - Jogo tipo 2: réu motorista não cauteloso.....	344
Figura 33 - Intervalo de acordo sem otimismo.....	380
Figura 34 - Intervalo de acordo com otimismo (intervalo negativo).....	381
Figura 35 - Diagrama do tempo médio de tramitação processual.....	423
Figura 36 - Diagrama do tempo médio de tramitação processual.....	423
Figura 37 - Matriz de estratégias e <i>payoff</i> no dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes.....	501
Figura 38 - Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para a parte e para o <i>sistema de Justiça</i>) de acordo com cada combinação possível de estratégias em um jogo repetitivo.....	502
Figura 39 - Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para a parte e para o <i>sistema de Justiça</i>) de acordo com cada combinação possível de estratégias em um jogo repetitivo: exemplo com números reais.....	506
Figura 40 - Comparação entre os <i>payoffs</i> das partes e de seus advogados envolvidos na decisão entre litigar de boa-fé ou litigar de má-fé.....	527
Figura 41 - Comparação das duas estruturas de <i>payoffs</i> . Sistema de repressão à litigância de má-fé do CPC/2015 (não cooperativo) e sistema sugerido (cooperativo).....	555
Figura 42 - Estruturas cerebrais envolvidas no desconto hiperbólico.....	583
Figura 43 - Cenário F1	634
Figura 44 - Cenário F1 : solução do jogo.....	635
Figura 45 - Cenário F1 : movimento final.....	636

Figura 46 - Cenário F1 : movimento intermediário: parte 2.....	637
Figura 47 - Cenário F1 : movimento intermediário: parte 1.....	638
Figura 48 - Cenário F1 : movimento inicial.....	639
Figura 49 - Cenário F2 : movimento final.....	641
Figura 50 - Cenário F2 : movimento intermediário: parte 2.....	641
Figura 51 - Cenário F2 : movimento intermediário: parte 1.....	642
Figura 52 - Cenário F2 : movimento inicial.....	643
Figura 53 - Cenário F3 : movimento final.....	646
Figura 54 - Cenário F3 : movimento intermediário: parte 2.....	646
Figura 55 - Cenário F3 : movimento intermediário: parte 1.....	647
Figura 56 - Cenário F3 : movimento inicial.....	648
Figura 57 - Cenário F4 : movimento final.....	650
Figura 58 - Cenário F4 : movimento intermediário: parte 2.....	651
Figura 59 - Cenário F4 : movimento intermediário: parte 1.....	652
Figura 60 - Cenário F4 : movimento inicial.....	653
Figura 61 - Promoção do comportamento cooperativo.....	659
Figura 62 - Rede neural com <i>back propagation</i>	666
Figura 63 - Rede neural convolucional utilizada para jogar Atari.....	668
Figura 64 - Rede neural de treinamento do AlphaGo: processo e arquitetura.....	670
Figura 65 - Árvore de Monte Carlo.....	671
Figura 66 - Sistema neural DNC - <i>Differentiable neural computer</i>	672
Figura 67 - Rede neural convolucional hierarquizada (HCNN) utilizada no reconhecimento de faces.....	673
Figura 68 - Semelhanças entre a HCNN e o sistema ventral visual do cérebro de um macaco (<i>ventral visual stream</i>).....	674
Figura 69 - Velocidade de processamento dos computadores comparada a diversas estruturas cerebrais.....	677
Figura 70 - Capacidade de processamento de dados e de memória da inteligência artificial em comparação com diversas estruturas cerebrais naturais nos dias atuais.....	678
Figura 71 - Duas formas de abordagem de conflitos.....	691
Figura 72 - Resolução de controvérsias: judicialização <i>versus</i> arbitragem.....	692

Figura 73 - A lógica da abordagem de conflitos utilizada pelo The British Columbia Civil Resolution Tribunal.....	694
Figura 74 - Medidor de estado emocional dos litigantes utilizado pelo CRT.....	696
Figura 75 - Mapa de precedentes a partir da pesquisa de um determinado tema.....	708
Figura 76 - Estrutura da argumentação do <i>Debater</i>	711
Figura 77 - Estrutura da argumentação da Suprema Corte da Califórnia.....	712

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 -	Movimentação processual comparada por país.....	89
Tabela 2 -	Matriz de <i>payoffs</i> (tempo de prisão para cada acusado) de acordo com cada combinação possível de estratégias.....	214
Tabela 3 -	Matriz de <i>payoffs</i> (tempo de prisão para cada acusado) de acordo com cada combinação possível de estratégias: solução do jogo.....	215
Tabela 4 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores a serem recebidos/pagos) de acordo com cada combinação possível de estratégias.....	222
Tabela 5 -	Matriz de estratégias e <i>payoff</i> no dilema do prisioneiro.....	239
Tabela 6 -	Comparação dos custos sociais de processos com procedimento simples e com procedimento complexo.....	267
Tabela 7 -	Unidades federativas: proporção dos cem maiores no total de processos	433
Tabela 8 -	Os dez maiores litigantes por ramo da justiça civil.....	487
Tabela 9 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para a parte e para o <i>sistema de justiça</i>) de acordo com cada combinação possível de estratégias.....	497
Tabela 10 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para a parte e para o <i>sistema de justiça</i>) de acordo com cada combinação possível de estratégias: solução do jogo.....	500
Tabela 11 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para a parte e para o <i>sistema de Justiça</i>) de acordo com cada combinação possível de estratégias: exemplo com números reais.....	503
Tabela 12 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015.....	514
Tabela 13 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015: novo exemplo.....	526
Tabela 14 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os advogados) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015: novo exemplo.....	526

Tabela 15 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os advogados) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015.....	551
Tabela 16 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os advogados) de acordo com cada combinação possível de estratégias: imposição de perda de direitos processuais.....	552
Tabela 17 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015.....	553
Tabela 18 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé com punição elevada para 70% do valor da causa....	554
Tabela 19 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé com punição elevada a 70% do valor da causa.....	565
Tabela 20 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé com punição elevada a 70% do valor da causa em um cenário de otimismo das partes quanto às possibilidades punitivas...	566
Tabela 21 -	Matriz de <i>payoffs</i> (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé com punição elevada a 140% do valor da causa em um cenário de otimismo das partes quanto às possibilidades punitivas...	567
Tabela 22 -	Mandados e diligências (2012–2017).....	624
Tabela 23 -	Processos com leilão e processos com arrematação (2014-2017).....	625
Tabela 24 -	<i>Payoffs</i> em caso de pagamento voluntário no cenário F1	632
Tabela 25 -	<i>Payoffs</i> em caso de execução ineficiente no cenário F1	633
Tabela 26 -	<i>Payoffs</i> em caso de execução mais eficiente no cenário F2	640
Tabela 27 -	<i>Payoffs</i> em caso de pagamento voluntário no cenário F3	644
Tabela 28 -	<i>Payoffs</i> em caso de execução mais efetiva no cenário F3	645
Tabela 29 -	<i>Payoffs</i> em caso de pagamento voluntário no cenário F4	649
Tabela 30 -	<i>Payoffs</i> em caso de execução menos eficiente no cenário F4	650

LISTA DE SIGLAS

ACC	<i>anterior cingulate cortex</i>
ADECON	ação direta de constitucionalidade
ADI	ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	ação direta de descumprimento de preceito fundamental
AED	Análise Econômica do Direito
AgInt	agravo interno
AGU	Advocacia Geral da União
AI	agravo de instrumento
AM	<i>argument mining</i>
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil alemão)
CAARJ	Caixa de Assistência dos Advogados do Rio de Janeiro
CDA	Certidões de Dívida Ativa
CEPEJ	Comissão para a Eficácia da Justiça na Europa
CMLR	<i>computational automatic legal reasoning</i>
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNN	<i>convolutional neural network</i> (rede neural convolucional)
COFINS	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
CPC/1973	Código de Processo Civil, Lei 5.869/1973
CPC/2015	Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015
CRT	The British Columbia Civil Resolution Tribunal
DLPFC	córtex pré-frontal dorso lateral
DNC	<i>differentiable neural computer</i>
EDcl	embargos de declaração
FGV	Fundação Getulio Vargas
GRERJ	Guia de Recolhimento de Receita Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
HC	<i>habeas corpus</i>

HCNN	<i>hierarchical convolutional neural networks</i> (redes neurais convolucionais hierárquicas)
HLMI	<i>human level machine intelligence</i>
HMRC	HM Revenue & Customs
IA	inteligência artificial
IAB	Instituto dos Advogados Brasileiros
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
ICMS	Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços
IE	<i>information extraction</i>
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IOT	<i>Internet of things</i>
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
IRDR	incidente de resolução de demandas repetitivas
ISS	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
MCTS	<i>Monte Carlo tree search</i>
MI	mandado de injunção
MS	mandado de segurança
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
OADR	<i>online alternative dispute resolution</i>
ODR	<i>online dispute resolutions</i>
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PIB	Produto Interno Bruto
PIS	Programa de Integração Social
QA	<i>question answering</i>
RE	recurso extraordinário
REsp	recurso especial
RL	<i>reinforced learning</i>
RO	recurso ordinário
SPNE	<i>subgame perfect Nash equilibrium</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SWF	<i>social welfare function</i> (função de bem-estar social)
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
UE	União Europeia
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
VMPFC	córtex pré-frontal ventromedial

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	33
1	A TRAGÉDIA DOS COMUNS E A JUSTIÇA BRASILEIRA EM NÚMEROS.....	42
1.1	A Justiça brasileira em números: panorama geral.....	43
1.1.1	<u>Números da Justiça brasileira.....</u>	46
1.1.1.1	Panorama geral da Justiça brasileira.....	47
1.1.1.2	Justiça Federal.....	48
1.1.1.3	Justiça estadual.....	50
1.1.1.4	Superior Tribunal de Justiça.....	51
1.1.1.5	Supremo Tribunal Federal.....	52
1.1.2	<u>O problema do tempo do processo.....</u>	56
1.1.2.1	Justiça estadual.....	59
1.1.2.2	Justiça Federal.....	65
1.1.2.3	Superior Tribunal de Justiça.....	67
1.1.2.4	Supremo Tribunal Federal.....	68
1.1.3	<u>Recorribilidade.....</u>	70
1.1.4	<u>A execução é o grande vilão?.....</u>	74
1.1.4.1	Números da execução.....	75
1.1.5	<u>Conciliação.....</u>	79
1.2	A Justiça como <i>bem comum</i>.....	81
1.2.1	<u>A tragédia dos comuns e a tragédia da Justiça.....</u>	84
1.2.1.1	Pequeno panorama da <i>tragédia da Justiça</i> em outros países (nem tão <i>trágico</i> assim).....	87
1.2.2	<u>Soluções para a <i>tragédia da Justiça</i>: a cooperação como caminho.....</u>	89
2	UMA MUITO BREVE HISTÓRIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	92
2.1	Antecedentes filosóficos.....	92
2.2	Nascimento da AED.....	97
2.3	Uma outra visão.....	101

2.4	Notas de um utilitarismo pronunciado.....	102
2.5	Ampliação do movimento e novas descobertas.....	105
2.6	Críticas e outras escolas.....	108
2.7	Análise econômica do direito fora dos Estados Unidos.....	109
2.7.1	<u>Pequeno perfil da AED e do processo no Brasil.....</u>	113
2.8	Uma explicação adicional: formalismo versus realismo e a “nova” análise econômica do direito.....	122
3	MATRIZES TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DESTE TRABALHO.....	126
3.1	O que é eficiência? De Posner a Shavell/Kaplow e Calabresi.....	128
3.1.1	<u>Eficiência, Tântalo e as garantias processuais.....</u>	129
3.1.2	<u>O(s) critério(s) de Posner.....</u>	131
3.1.3	<u>Shavell e Kaplow: muito mais que <i>riqueza</i>: o bem-estar social como critério normativo (<i>welfare economics</i>).....</u>	137
3.1.3.1	Uma análise mais formal da função de bem-estar social (<i>social welfare function – SWF</i>).....	142
3.1.3.2	Questões distributivas importam para o bem-estar social.....	143
3.1.3.3	Por que não consideraremos a norma (de forma geral) e o processo como meio adequado para promoção de redistribuição de renda.....	144
3.1.4	<u>Calabresi/Ackerman e “escola de Yale”.....</u>	146
3.1.4.1	A função de bem-estar social é <i>Pareto superior</i> ? Isso realmente importa? Como essa função opera no estudo do princípio da cooperação no processo civil?.....	149
3.2	A teoria da utilidade esperada e a teoria da perspectiva.....	151
3.2.1	<u>Teoria da utilidade esperada.....</u>	152
3.2.1.1	<i>Valor esperado, utilidade esperada</i> e comportamento cooperativo no processo civil: uma primeira aproximação.....	155
3.2.2	<u>Uma atualização decorrente da economia comportamental: a teoria da perspectiva.....</u>	157
3.2.2.1	Teoria da perspectiva e comportamento cooperativo no processo civil: uma primeira aproximação.....	162
3.3	Matriz filosófica: A neurociência da moralidade e o pragmatismo profundo.....	163

3.3.1	<u>Dual process brain e os caminhos da moralidade.....</u>	164
3.3.2	<u>Explicando as traições do sistema I: a troleologia de Joshua Greene.....</u>	169
3.3.3	<u>A raiz biológica dos instintos transformada em imperativo categórico kantiano (a teoria da miopia modular).....</u>	182
3.3.4	<u>Pragmatismo profundo e políticas públicas: como debater questões difíceis, inclusive em direito processual civil.....</u>	193
4	A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: LEI E DOCTRINA EM CAMINHOS DIVERGENTES.....	199
4.1	Cooperação como modelo e como princípio de processo civil.....	199
4.2	Comportamento cooperativo na norma e na doutrina: caminhos divergentes.....	208
5	O QUE É COOPERAÇÃO? DIRETO, BIOLOGIA, ECONOMIA E PSICOLOGIA JUNTAS NA ODISSEIA EVOLUTIVA DA ESPÉCIE HUMANA.....	210
5.1	A cooperação levada a sério.....	210
5.2	A cooperação na teoria dos jogos.....	212
5.3	A cooperação nas ciências naturais (cooperação como mecanismo evolutivo).....	224
5.4	Como promover cooperação: a lição de Robert Axelrod.....	233
5.4.1	<u>Estratégias para a promoção da cooperação.....</u>	243
5.4.1.1	Principal premissa do comportamento cooperativo: o poder da punição.....	247
5.5	Fundamento da cooperação no processo civil brasileiro: o devido processo legal: devido para o quê?.....	256
5.5.1	<u>A participação é elemento necessário ao processo civil?.....</u>	259
5.5.1.1	Participação como instrumento às finalidades do processo civil.....	259
5.5.1.1.1	Participação como instrumento de precisão do processo: análise econômica clássica.....	262
5.5.1.1.2	Participação como instrumento legitimador da atividade jurisdicional, <i>procedural justice e behavior law & economics</i>	270
5.5.1.2	Participação como elemento essencial ao conceito de processo.....	276
5.6	Conclusão parcial.....	281
6	PRIMEIRO MOMENTO DA COOPERAÇÃO: DE ANTES DO	

	PROCESSO À AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO CPC/2015.....	283
6.1	A decisão de ajuizar uma ação: custas processuais, condições da ação e demandas frívolas.....	287
6.1.1	<u>Processos socialmente desejáveis e processos socialmente indesejáveis.....</u>	289
6.1.2	<u>Comentários sobre as soluções.....</u>	293
6.2	Análise econômica da decisão de demandar (ajuizamento da ação).....	297
6.2.1	<u>Comportamento da parte.....</u>	299
6.2.2	<u>Comportamento do advogado.....</u>	303
6.2.3	<u>A demanda na Justiça Federal.....</u>	307
6.3	Desperdício de recursos públicos e privados (<i>deadweight loss</i>).....	309
6.4	Modelagem em árvores decisórias: aprendendo a trabalhar com <i>backwards induction</i>.....	311
6.5	Postura do réu.....	314
6.6	Análise econômica da autocomposição: modelo básico.....	316
6.6.1	<u>Realização do acordo apenas na audiência preliminar.....</u>	320
6.6.2	<u>Causas da não realização do acordo sob o prisma da abordagem econômica clássica.....</u>	326
6.6.2.1	Assimetria de informação.....	327
6.6.2.2	A condição de litigância em uma simples fórmula.....	329
6.6.2.3	As causas da assimetria de informação no processo brasileiro.....	332
6.6.2.3.1	Incerteza quanto aos fatos.....	332
6.6.2.3.1.1	A audiência do art. 334 cria um <i>jogo de informação incompleta</i>	334
6.6.2.3.1.2	Modelando o <i>jogo</i> criado pelo art. 334 do CPC/2015.....	336
6.6.2.3.2	Incerteza quanto ao direito.....	345
6.6.2.3.2.1	Análise econômica do precedente.....	348
6.6.2.3.2.2	O precedente como um bem de capital a serviço da segurança jurídica e do refinamento do direito: uma interpretação para o art. 1.030 do CPC/2015.....	349
6.6.2.3.2.3	Sobre o disposto no art. 1.030, I, e § 2º.....	352
6.6.2.3.2.4	O que Fukushima, Bitcoins e teoria dos precedentes têm em comum?.....	358
6.6.2.3.2.5	Análise formal da importância do precedente no combate à assimetria de informação.....	364

6.6.2.3.2.6	Sobre o nível de obrigatoriedade dos precedentes.....	365
6.6.2.3.2.7	A vinculatividade dos precedentes na vida real: por que juízes e advogados respeitariam precedentes?.....	369
6.6.2.3.2.8	Para que não haja <i>dúvidas</i> sobre os males da <i>incerteza</i> : um último exemplo.....	371
6.7	<i>Behavioral Law and Economics</i> e o necessário ajuste dos modelos até aqui estudados.....	374
6.7.1	<u>Otimismo: não somos pessimistas, e isso é um problema!</u>	377
6.7.1.1	Por que somos otimistas? Partes e advogados.....	381
6.7.1.2	Otimismo endógeno e realidade brasileira.....	386
6.7.2	<u>Aversão ao risco</u>	393
6.7.3	<u>O momento do acordo: gastos a fundo perdido importam... mas de um jeito diferente</u>	397
6.7.3.1	O efeito da falácia dos custos a fundo perdido no processo civil brasileiro.....	398
6.7.4	<u>Outros vieses e possíveis atualizações de modelo</u>	401
6.8	Conclusão parcial	402
7	PRIMEIRAS SOLUÇÕES COOPERATIVAS	404
7.1	Retrato em branco e preto do processo civil brasileiro	404
7.2	Restruturação das custas processuais (correção de incentivos para as partes)	405
7.2.1	<u>Aumento substancial das custas judiciais e extinção do teto de custas</u>	405
7.2.2	<u>Redistribuição do valor das custas ao longo do processo</u>	408
7.2.3	<u>Desvinculação parcial entre pagamento de custas e sucumbência</u>	409
7.2.4	<u>Reestruturação da apreciação ao pedido de gratuidade da Justiça</u>	412
7.2.4.1	Considerações preliminares: por que é tão difícil questionar as <i>gratuidades de justiça</i> ?.....	412
7.2.4.2	A racionalização da gratuidade: dar a cada um de acordo com a sua “necessidade”.....	416
7.2.5	<u>Fim das isenções às pessoas jurídicas de direito público</u>	431
7.3	Incentivos aos advogados	438
7.3.1	<u>Alteração do regime de “dupla remuneração sem risco” dos advogados públicos</u>	438

7.3.1.1	A decisão de produzir mais.....	443
7.3.1.2	Análise econômica dos honorários.....	449
7.3.2	<u>O regime de honorários na autocomposição</u>	452
7.4	Incentivos para o juiz	457
7.4.1	<u>Possíveis soluções</u>	466
7.4.1.1	A reputação como instrumento para a cooperação.....	470
7.4.1.2	Reputação e cooperação.....	471
7.5	Um problema extra: o <i>jeitinho brasileiro</i> (juízes, partes e advogados)	475
8	CRIANDO UM AMBIENTE COOPERATIVO NO PROCESSO: CONTRA A LITIGÂNCIA HABITUAL E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ	486
8.1	Como promover a cooperação dos litigantes habituais	486
8.1.1	<u>Modelo</u>	487
8.1.2	<u>A interação entre litigantes habituais e o sistema de justiça: <i>the public goods game</i> e a tragédia anunciada</u>	489
8.1.3	<u>O dilema do prisioneiro repetitivo e a busca da autocomposição</u>	496
8.2	Comportamento cooperativo das partes e juízes no âmbito da fase cognitiva de processos individuais: contra a litigância de má-fé	508
8.2.1	<u>Em busca dos incentivos adequados à cooperação na fase cognitiva do processo</u>	510
8.2.2	<u>Dificuldades na busca dos incentivos adequados</u>	517
8.2.2.1	Premissa não punitiva e exigência do elemento subjetivo.....	517
8.2.2.2	Dificuldades executivas das multas devidas ao Estado.....	520
8.2.2.3	Tipificação dos casos de litigância de má-fé e abuso do direito de litigar.....	521
8.2.2.4	Indisposição do juiz para aplicação das sanções devidas.....	522
8.2.2.5	<i>Agency problems</i> e a (i)responsabilidade dos advogados.....	524
9	CRIANDO UM AMBIENTE COOPERATIVO NO PROCESSO: INCENTIVOS À LITIGÂNCIA DE BOA-FÉ COMO ESTRATÉGIA PREDOMINANTE	530
9.1	Atipicidade e desnecessidade de elemento subjetivo	530
9.1.1	<u>Um caso particular de atipicidade do abuso do direito de litigar: o</u>	

	<u>comportamento contraditório em processos distintos.....</u>	533
9.2	Valor esperado da multa: perspectiva de punição e exequibilidade.....	539
9.3	Superando a indisposição dos juízes no combate ao comportamento não cooperativo (desleal).....	542
9.3.1	<u>A importância dos honorários sucumbenciais recursais.....</u>	544
9.3.2	<u>Novamente a <i>função de utilidade</i> do magistrado.....</u>	548
9.4	<i>Agency problem</i> advogado-cliente e <i>vicarious liability</i>	549
9.5	Refazendo as contas em busca de um valor ideal de sanção contra a litigância ímproba.....	553
9.6	Ajustes da economia comportamental.....	556
9.6.1	<u>O viés de otimismo (<i>optimism bias</i>).....</u>	556
9.6.1.1	Desprezo às pequenas probabilidades.....	559
9.6.1.2	<i>Priming</i> e outras ferramentas comportamentais.....	567
9.6.2	<u>Teoria da perspectiva (<i>Prospect Theory</i>) e o verdadeiro valor das perdas e punições.....</u>	573
9.6.2.1	Teoria da perspectiva e magnitude da punição: certeza ou probabilidade?.....	577
9.6.3	<u>Força de vontade limitada (<i>bounded willpower</i>) e o poder das punições rápidas: passado versus presente e desconto hiperbólico.....</u>	579
9.7	Conclusão parcial.....	584
10	EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: A COOPERAÇÃO NOS RECURSOS E NA EXECUÇÃO.....	586
10.1	Análise econômica dos recursos (principalmente da apelação).....	586
10.1.1	<u>O interesse social na eliminação dos erros de julgamento.....</u>	588
10.1.2	<u>Calculando o custo social do erro.....</u>	592
10.1.2.1	Interposição de apelação: análise de eficiência do modelo brasileiro.....	593
10.1.3	<u>Qualificações e extensões do modelo.....</u>	599
10.1.4	<u>Atualizações da economia comportamental.....</u>	601
10.1.4.1	<i>Endowment effect</i> , <i>status quo bias</i> e autocomposição em segunda instância.....	603
10.1.5	<u>Conclusão parcial.....</u>	606
10.2	A efetividade das decisões judiciais como fundamental ao ambiente cooperativo do processo: cooperação na execução.....	607

10.2.1	<u>Brevíssimo panorama doutrinário e nossa posição sobre a abrangência do art. 139, IV, do CPC/2015</u>	609
10.2.2	<u>Análise econômica da execução: modelo</u>	615
10.2.2.1	Cumprimento de sentença e o <i>Teorema de Coase</i>	616
10.2.2.2	Cumprimento de sentença, tutela efetiva e bem-estar social.....	617
10.2.3	<u>Execução flexível, credible threat e comportamento cooperativo do devedor</u>	620
10.2.4	<u>Modelando o comportamento do executado (backwards induction)</u>	627
10.2.4.1	Jogo dinâmico e sequencial: colocando tudo junto.....	629
10.2.4.2	Estudo dos cenários.....	631
10.2.4.2.1	Cenário F1: litigância de má-fé e execução ineficiente.....	631
10.2.4.2.2	Cenário F2: litigância de má-fé e execução eficiente.....	639
10.2.4.2.3	Cenário F3: litigância de boa-fé e execução eficiente.....	644
10.2.4.2.4	Cenário F4: litigância de boa-fé e execução ineficiente.....	649
10.2.4.3	Extensões do modelo a outros temas ligados à execução.....	654
10.2.5	<u>Atualizações da economia comportamental</u>	656
10.2.6	<u>Conclusão parcial</u>	659
11	TECNOLOGIA E DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DIMINUINDO OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E PROMOVENDO COOPERAÇÃO DE FORMA DISRUPTIVA	660
11.1	Por que vivemos um momento revolucionário?	660
11.1.1	<u>Inteligência artificial: o que é e como funciona</u>	664
11.1.2	<u>Inteligência artificial versus inteligência natural: semelhanças e limites da IA</u>	673
11.2	Impactos da tecnologia no sistema de Justiça: automação, reinvenção, custos de transação e cooperação	680
11.2.1	<u>Autocomposição digital de conflitos (online alternative dispute resolution – OADR)</u>	684
11.2.2	<u>Inovações tecnológicas nas cortes de Justiça</u>	690
11.3	Tecnologia e acesso à justiça: uma nova abordagem	697
11.3.1	<u>Esclarecimento ao cidadão</u>	698
11.3.2	<u>Garantia da aplicação da lei</u>	701
11.4	A inteligência artificial e o futuro do processo civil: precedentes,	

	litigância de boa-fé e decisão por algoritmos.....	704
11.5	Conclusão parcial.....	715
	CONCLUSÃO.....	717
	REFERÊNCIAS.....	734
	ANEXOS.....	786
	Anexo 1 - Dados sobre tempo e estoque de processos em países europeus.....	787
	Anexo 2 - Número de processos julgados pela Quarta Turma especializada em direito tributário: Tribunal Regional Federal da Segunda Região: meses de julho e agosto de 2017.....	790
	Anexo 3 - Pesquisa: acórdãos do STJ sobre litigância de má-fé (janeiro a 26 de outubro de 2017).....	793

INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata da criação de incentivos cooperativos aos sujeitos do processo civil como forma de enfrentamento e superação do cenário de tragédia da Justiça civil brasileira.

O tema insere-se no âmbito do direito processual civil, na medida em que lida com deveres processuais das partes, dos advogados e dos juízes na busca da construção de um sistema capaz de atingir o objetivo cooperativo descrito no art. 6º do CPC/2015, qual seja, proporcionar a tutela de direitos de forma justa, tempestiva e efetiva.

Esse cenário de *tragédia da Justiça* configura o problema que enfrentaremos. A expressão, pouco conhecida no meio jurídico,¹ é uma adaptação da *tragédia dos comuns*, locução econômica clássica utilizada pioneiramente por Garrett Hardin para tratar dos incentivos envolvidos com o uso descontrolado e o consequente esgotamento dos chamados *bens comuns*. Em economia, *bens comuns* são aqueles a que todos têm acesso, mas cujos recursos diminuem conforme o uso, de forma que a fruição excessiva os leva a um cenário de esgotamento pela falta de tempo para sua renovação.

Acreditamos que o esgotamento do aparato estatal envolvido na prestação jurisdicional civil é, de há muito, evidente e notório. Recentemente, relatórios empíricos do CNJ deram números à *tragédia da Justiça*, que se despedaça em profundas ineficiências que corroem o bem-estar social e afligem cidadãos e empresas na espera surda por uma tutela de direitos que possa ser concedida e efetivada em prazo razoável.

Como proposta para enfrentar o problema, sugerimos a criação de incentivos normativos para que partes, advogados e juízes comportem-se no processo de modo a facilitar a obtenção de tutelas justas e efetivas, em prazo razoável. Denominamos essa postura de *comportamento cooperativo*. Acreditamos que, tal como ocorre na *tragédia dos comuns*, os incentivos naturais do sistema de Justiça induzem os sujeitos processuais a comportarem-se como *free-riders*, ou seja, a buscarem a maximização das próprias utilidades (benefícios pessoais) sem colaborar com a manutenção do bem (*Justiça*) para o resto da sociedade. Não por outra razão, magistrados fundamentam suas decisões de forma inadequada, autores ajuízam ações com pouca probabilidade de procedência, partes priorizam a litigância à autocomposição

¹ No entanto, já foi utilizada por ao menos três autores: Hermílio Pereira dos Santos Filho e Luciano Benetti Timm (SANTOS FILHO, Hermílio (Coord.); TIMM, Luciano Benetti (Co-coord.). **Demandas judiciais e a morosidade da Justiça civil**: diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil: relatório final ajustado. Porto Alegre: PUCRS, 2011. Disponível em: <https://issuu.com/cnj_oficial/docs/relatorio_sobre_as_demandas_judici>. Acesso em: 16 fev. 2018) e Ivo Gico (GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014).

do conflito, advogados e partes não raro litigam de má-fé, juízes e cortes em geral desrespeitam precedentes obrigatórios e devedores recusam-se ao adimplemento de decisões judiciais. Essas e outras posturas não cooperativas geram efeitos sistêmicos, criando e mantendo o cenário de *tragédia* que impede a conquista dos objetivos do art. 6º do CPC/2015.

Assim, acreditamos que a solução para promover o comportamento cooperativo e enfrentar esse cenário passe pela criação de incentivos adequados aos principais sujeitos do processo, o que depende, via de regra, de modificações na estrutura de custas processuais, na lei e na jurisprudência de processo civil, além de alterações administrativas nas cortes de justiça e do uso correto da tecnologia na prevenção e na solução de conflitos.

Não se imagina que a promoção do comportamento cooperativo seja solução única para o problema da *tragédia*. Como em todos os problemas complexos, dificilmente a superação passa por um único caminho, ainda mais nos martírios da justiça, que ecoa boa parte das mazelas sociais, de causas muito anteriores ao direito e ao processo civil. Todavia, parece evidente que o processo civil, como ciência que normatiza a atividade dos principais sujeitos processuais, pode e deve dar a sua contribuição.

O que nos motivou a escrever este trabalho foi uma espécie de inconformismo com a ineficiência da Justiça civil, incapaz de garantir direitos e, por consequência, de gerar incentivos para que as pessoas em geral evitem a prática de atos ilícitos. Acreditamos que existe um paradoxo na forma de implementar o direito no Brasil: de um lado, incentiva-se o uso exclusivo do Poder Judiciário para a solução de conflitos. De outro, como esse Poder não proporciona soluções efetivas, incentiva-se o cidadão à prática eventual de atos ilícitos na desvairada luta pela sobrevivência que caracteriza a existência humana, criando-se múltiplos conflitos que ingressarão na roda da Justiça, emperrando-a ainda mais. O resultado é nefasto para o bem-estar social.

Mais especificamente, pensamos que a doutrina de direito processual civil, extremamente bem-sucedida no desenvolvimento dogmático da ciência processual, pouco contribuiu para a solução prática do problema da entrega tempestiva e efetiva da tutela jurisdicional. Muito se pensou na tutela justa (e isso foi realmente necessário), mas, diante do cenário atual que *nega o substantivo*, inutiliza-se o *adjetivo*. É que, sem efetividade, não há a *tutela* para qualificar como *justa*. Em verdade, nega-se jurisdição e acesso à Justiça, em clara violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Assim, não pretendemos refundar o direito processual nem criar algum tipo de nova teoria geral para o processo. Pelo contrário, partiremos das conquistas da doutrina processual nacional para trilhar caminhos interdisciplinares que levem à solução, ainda que parcial, de um problema prático.

A promulgação do novo Código de Processo Civil em 2015 foi sem dúvida uma materialização dos avanços teóricos da doutrina brasileira, além de uma tentativa de conferir maior efetividade ao sistema como um todo. Todavia, quando se estudam os escritos a respeito dos deveres cooperativos, percebe-se claramente sua inaptidão para enfrentar o cenário trágico. Essa inaptidão decorre da total desconsideração do tema dos incentivos comportamentais no processo. Explica-se: os deveres cooperativos que a doutrina atual retira dos princípios de processo civil pouco ou nada contribuem para a obtenção de tutelas efetivas em prazo razoável. Há, é bem verdade, uma evidente preocupação com a *justiça* da tutela, mas, como dissemos, se a tutela não for efetiva, sua *justiça* passa a ser *ouro de tolo*. A existência desse *ponto cego* instigou-nos a escrever esse trabalho.

Existe, portanto, uma *disfunção* entre o que se entende doutrinariamente por cooperação e os objetivos cooperativos expressamente descritos no art. 6º do CPC/2015. É dessa disfunção que decorre a relevância do tema aqui tratado. É preciso ter em mente que um sistema de Justiça que sofre de esgotamento de recursos não será capaz de tutelar direitos. Para enfrentar esse cenário, partes, juízes e advogados têm que cooperar para atingir os objetivos do art. 6º. Para que eles efetivamente cooperem, devem-se criar os incentivos corretos. A cooperação não se dá em um *passe de mágica*.

A principal contribuição deste trabalho está exatamente nessa abordagem invertida e pragmática do problema. Ao invés de dogmaticamente criar deveres cooperativos na busca de um ideal de *tutela justa*, parte-se das condições reais do Poder Judiciário brasileiro e da letra do art. 6º do CPC/2015 para criar deveres cooperativos que auxiliem a real efetivação de tutelas daquela qualidade, sem descuidar dos incentivos necessários para que os sujeitos processuais comportem-se da forma esperada.

Foi a necessidade dessa abordagem pragmática que nos levou à utilização da metodologia conhecida como análise econômica do direito (AED). Com efeito, a AED é um método² multidisciplinar capaz de prever como as pessoas respondem a incentivos legais. Em sua versão tradicional, ela desenvolve-se através de modelos econômicos construídos sobre a presunção de racionalidade do comportamento humano.³ Obviamente, nenhum economista acredita realmente que os indivíduos sejam cem por cento racionais. Trata-se de um modelo que, *por ser apenas um modelo*, trabalha com simplificações úteis para a análise da realidade

² É, por assim dizer, uma forma de abordagem da lei, um *approach*. (POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. New York: Aspen, 2011, p. 29-36).

³ SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge; London: Belknap, 2004, p. 4.

complexa, assim como um mapa cartográfico é útil por representar em menor escala a realidade geográfica de um determinado local.

De toda forma, além da análise econômica *tradicional*, utilizaremos como método também a análise econômica comportamental do direito (*Behavioral Law & Economics* – BL&E). Com efeito, as descobertas mais recentes da psicologia apontaram para determinadas limitações da racionalidade e para vieses comportamentais tão nítidos e previsíveis que acabaram forçando a necessidade de alteração dos modelos econômicos clássicos em certos casos. Criou-se, assim, a partir da década de 1970, a chamada *economia comportamental*, que, no final dos anos 1990, impactou o estudo do direito, dando origem à BL&E. Como os modelos comportamentais são mais complexos do que os clássicos, partiremos sempre destes últimos, buscando atualizações com *insights* comportamentais quando evidenciada a necessidade.

Priorizaremos sempre a utilização de modelos econômicos simples, normalmente resolvidos com álgebra básica e com intuições econômicas singelas. Complexidade, em ciência, é um custo que precisa ser justificado — e nosso trabalho não precisa de aportes econômicos complexos, principalmente porque a *disfunção* entre os objetivos da norma processual e os incentivos comportamentais por ela proporcionados são tão evidentes que a maioria dos problemas cooperativos que abordaremos serão bem resolvidos com modelos básicos e consagrados, utilizados com sucesso em outros países e que podem ser adaptados sem dificuldades para a realidade brasileira.

Essa abordagem tem ainda a vantagem de evitar equívocos técnicos de um autor cuja formação oficial é apenas jurídica e que teria dificuldades no manejo de cálculos complexos. Além disso, em um ambiente em que direito e economia não costumam caminhar juntos, modelos simples podem ser compreendidos com mais facilidade. Quanto aos resultados, acreditamos que os ganhos da complexidade são sempre decrescentes e, como o argumento econômico não é normalmente utilizado na ciência processual brasileira, os ganhos iniciais de modelos mais acessíveis serão bastante satisfatórios.

A atenção especial que daremos à neurociência e à tecnologia justifica-se por motivos distintos. A primeira é fundamental na compreensão da matriz filosófica escolhida para este trabalho: o *pragmatismo profundo*, também chamado de *neurociência da moralidade* (uma releitura contemporânea do utilitarismo pelas luzes da neurociência). A segunda é importante porque o desenvolvimento tecnológico exponencial cria possibilidades cooperativas disruptivas no processo civil, derrubando custos de transação e alterando a forma de abordagem da resolução de conflitos. Modelos econômicos do presente e do futuro deverão absorver a realidade das novas tecnologias.

No capítulo 1 fixaremos a premissa da *tragédia da Justiça* como sendo o cenário prevalente do sistema brasileiro de justiça civil. Para tanto, partimos do conceito econômico de *bem comum*, tendente ao esgotamento pelo uso descontrolado. Após, buscaremos comprovar a realidade da *tragédia da Justiça* civil brasileira a partir dos números divulgados pelo relatório “Justiça em Números”,⁴ do Conselho Nacional de Justiça, realçando problemas graves como, por exemplo, o tempo excessivo do processo e a inefetividade das decisões judiciais. Por fim, apontaremos para a necessidade de criação de incentivos reais à promoção do comportamento cooperativo de partes, advogados e juízes no processo civil.

No capítulo 2 apresentaremos uma noção evolutiva da análise econômica do direito, exibindo seus antecedentes filosóficos e alinhando seus principais pensadores até aportarmos no estado da arte. Buscaremos também compreender o atual estágio de desenvolvimento da AED no Brasil e no processo civil brasileiro.

No capítulo 3 estudaremos as matrizes econômicas e filosóficas da análise econômica do direito, escolhendo aquelas que serão utilizadas neste trabalho. Veremos que o critério normativo por nós adotado será a *função de bem-estar social*, que, na análise do *conteúdo normativo da cooperação*, identifica-se com os objetivos elencados no art. 6º do CPC/2015. No estudo das utilidades que compõem a *função de bem-estar*, incluiremos diversos aportes da economia comportamental. O pano de fundo filosófico de todos esses parâmetros será o *pragmatismo profundo* (ou *neurociência da moralidade*).

No capítulo 4 estudaremos o que a doutrina brasileira entende por cooperação no processo civil. Verificaremos que existe uma distância entre os deveres cooperativos elencados pela doutrina e os objetivos que a lei descreve para o comportamento cooperativo dos sujeitos processuais no art. 6º do CPC/2015. Diagnosticaremos também uma ausência de preocupação com a existência de incentivos adequados à promoção desse comportamento.

No capítulo 5 inicialmente abordaremos a cooperação como diferencial biológico evolutivo, sujeita à presença de determinados incentivos que a tornam uma estratégia dominante nos mais variados tipos de interação entre seres vivos no nosso planeta. Para provar esse ponto, trabalharemos com teoria da evolução e teoria dos jogos. Após, buscaremos demonstrar que o significado atual doutrinariamente conferido à cooperação parte de um específico desenho do devido processo legal, fundado em razões que não se sustentam, principalmente no que se referem à participação das partes como única forma de buscar-se a precisão do julgado e de legitimar-se a atividade jurisdicional. Por fim, intentamos apresentar um conteúdo pragmático

⁴ Utilizamos em nossa pesquisa a versão 2016, com dados de 2015. Todas as versões podem ser acessadas neste endereço eletrônico: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>>.

para os deveres cooperativos no processo civil, vinculando-os à busca do bem-estar social, medido esse bem-estar pelos indicadores do art. 6º do CPC/2015.

No capítulo 6 estudaremos o *primeiro momento da cooperação*, assim considerado a partir da cronologia do processo e do procedimento. O foco específico será o estudo dos incentivos cooperativos desde antes do ajuizamento da ação até a audiência do art. 334 do CPC/2015. O comportamento cooperativo em análise será aquele capaz de evitar o ajuizamento de demandas frívolas (com baixa probabilidade de sucesso) e de promover a autocomposição de conflitos antes ou durante o processo. Investigaremos os incentivos específicos para partes e advogados, além do possível desalinhamento de interesses entre eles (*agency problems*). Verificaremos ainda o papel que um sistema estável de precedentes vinculantes desempenha na promoção da autocomposição, apontando para a necessidade da criação de incentivos que levem partes e juízes a respeitar precedentes vinculantes. Nesse capítulo, partiremos de exemplos que consideram a real estrutura de custas da Justiça cível brasileira e trabalharemos com modelos simples e conceitos econômicos clássicos, como, por exemplo, *assimetria de informação*, *agency problems*, *sunk costs*, *equilíbrio de Nash* e *teoria dos jogos*. Após, atualizaremos os modelos com alguns vieses comportamentais que identificaremos como relevantes na busca da autocomposição, tais como o *excesso de otimismo*, a *falácia dos custos a fundo perdido* e a atitude de *busca do risco em situações de perda* (decorrente da aplicação da *teoria da perspectiva*).

No capítulo 7 buscaremos soluções cooperativas para os problemas identificados no capítulo 6. Para remediar a litigância frívola, proporemos uma substancial elevação das custas processuais, o fim das isenções de custas ao poder público e maior rigor na concessão do benefício da gratuidade da Justiça. Para estimular a autocomposição, recomendaremos, além da elevação das custas, a sua redistribuição ao longo do processo. Para realinhar os interesses advogado/cliente (*agency problem*), estudaremos os incentivos proporcionados pelos diversos modelos remuneratórios da advocacia. Em todas essas propostas, a preocupação com o acesso à justiça será uma constante. Quanto à promoção do comportamento cooperativo do magistrado, buscaremos trabalhar as utilidades que orbitam a atividade jurisdicional, recomendando normas legais e administrativas de punição do comportamento não cooperativo, principalmente no que diz para com o descumprimento de precedentes, com especial atenção para a reputação e para as perspectivas de promoção do juiz. Por fim, buscamos soluções capazes de superar o chamado *jeitinho brasileiro*, traço cultural que dificulta a promoção da cooperação na realidade do processo civil pátrio.

No capítulo 8 abordaremos problemas e soluções envolvendo a litigância habitual. Buscaremos ainda identificar os incentivos prevalentes no combate à litigância de má-fé na fase cognitiva do processo. Intentaremos demonstrar que a litigância habitual pode ser modelada como um dilema do prisioneiro jogado entre o litigante habitual e o sistema de Justiça, no qual o primeiro explora o comportamento cooperativo do segundo, com grande prejuízo social. Como solução, proporemos um modelo de custas elevadas, parcialmente descoladas da sucumbência. Buscaremos demonstrar a eficiência desse modelo a partir do dilema do prisioneiro jogado múltiplas vezes, no qual o comportamento cooperativo pode emergir em equilíbrio, a depender do *peso* do futuro para os jogadores. Quanto à litigância de má-fé, tentaremos comprovar que os incentivos atuais, tanto para as partes quanto para os advogados, compõem um típico dilema do prisioneiro no qual estratégias não cooperativas prevalecem em *equilíbrio de Nash*.

No capítulo 9 utilizaremos teoria dos jogos para identificar a dimensão das sanções à litigância de má-fé que seria necessária para gerar os incentivos adequados à litigância de boa-fé na fase cognitiva do processo. Verificaremos as dificuldades legislativas e jurisprudenciais para tanto, propondo mudanças. Quanto às últimas, enfrentaremos especificamente a tendência leniente da magistratura quanto à punição da litigância de má-fé, utilizando a *função de utilidade do juiz* para provar o ponto. Abordaremos também o *agency problem* que há entre a parte e seu advogado, agravado aqui pela impossibilidade de responsabilização direta do advogado no processo. Por fim, aportaremos os *insights* da economia comportamental, estudando principalmente o viés de otimismo, a teoria da perspectiva e a força de vontade limitada.

No capítulo 10 trataremos da promoção do comportamento cooperativo nos recursos e na execução. Quanto aos recursos, intentaremos demonstrar que a estrutura de custas na maioria das cortes não é capaz de evitar a sua interposição por recorrentes que sabem não ter razão, gerando um acúmulo de processos nos tribunais que, por sua vez, diminui a capacidade dessas cortes de corrigir os erros cometidos nas instâncias inferiores, acarretando diminuição geral no bem-estar social. No final, acrescentaremos *insights* da economia comportamental que talvez ajudem a entender as baixíssimas taxas de autocomposição em fase recursal. Quanto às execuções, buscaremos comprovar que a baixa efetividade dos meios típicos de execução de obrigação de pagar quantia em dinheiro contribui decisivamente para o inadimplemento do devedor, influenciando negativamente o comportamento cooperativo ao longo de todo o processo, afetando até mesmo as possibilidades autocompositivas iniciais. Como possível solução, proporemos a aplicação rigorosa do art. 139, IV, do CPC, privilegiando os meios

executivos atípicos como forma de conferir os incentivos adequados ao adimplemento do devedor. Buscaremos provar esse ponto utilizando árvores decisórias e *backwards induction*, identificando cenários cooperativos e não cooperativos em *equilíbrio de Nash*, a depender das regras do jogo.

No capítulo 11 estudaremos o impacto que o uso da tecnologia pode produzir no comportamento cooperativo dos sujeitos processuais. Para tanto, procuraremos descrever o estado da arte da tecnologia que pode ser utilizada para solucionar conflitos, com atenção especial para a inteligência artificial. Noticiaremos que a inteligência artificial desenvolve-se exponencialmente e que se encontra atualmente em um momento de disrupção. Após, descreveremos tecnologias específicas que já vêm sendo empregadas para melhorar o sistema de justiça, como, por exemplo, a automação documental, a resolução *online* de disputas e o *embedded legal knowledge*. Nesse ponto, fixaremos a premissa de que a forma correta de utilização da tecnologia implica uma abordagem diferente, que privilegia o evitamento de conflitos ou a sua autocomposição, deixando a resolução como hipótese residual. Passaremos então ao estudo de algumas plataformas de resolução *online* de disputas, demonstrando como elas incorporam diversos dos incentivos cooperativos estudados ao longo deste trabalho na busca da autocomposição de conflitos. Após, analisaremos inovações tecnológicas nas cortes de Justiça, utilizando para tanto um exemplo inglês e um canadense. Ao final, estudaremos outras novidades tecnológicas que são ou podem vir a ser utilizadas pelo Poder Judiciário para promoção do comportamento cooperativo de juízes, partes e advogados no trato dos precedentes, na elaboração de decisões judiciais, na busca da litigância de boa-fé e da efetividade das decisões e na promoção do acesso à justiça. Quanto à efetividade, daremos especial atenção à Internet das coisas (*Internet of things – IOT*) e aos contratos inteligentes (*smart contracts*).

No nosso estudo, o trabalho de determinados autores foi adotado como fonte primária, tanto na confecção dos modelos econômicos quanto na abordagem filosófica pragmática e no estudo da tecnologia aplicada ao direito.

No que se refere aos modelos econômicos clássicos, deu-se prioridade ao pensamento de Steven Shavell. Como veremos, apesar de não ser pioneiro no movimento da AED, Shavell é um dos primeiros a *formalizar* as intuições econômicas em modelos matemáticos, sempre tendo por referência a *economia do bem-estar social (welfare economics)*. Seus modelos caracterizam-se pela simplicidade, elegância e funcionalidade, motivos suficientes para sua adoção, senão na integralidade, ao menos como ponto de partida para adaptação ou para a criação de modelos próprios.

Quando da específica abordagem dos incentivos cooperativos, o autor principal será Robert Axelrod, que é, de longe, o autor mais importante no estudo da promoção do comportamento cooperativo de forma geral. Sua obra, uma das mais citadas em toda a história da ciência, trabalha principalmente com teoria dos jogos para identificar os incentivos necessários à promoção da cooperação em uma série de circunstâncias, inclusive sugerindo caminhos para a confecção de políticas públicas, o que será essencial, principalmente porque muitas das propostas aqui apresentadas dependem de modificações na lei e na jurisprudência.

Para a atualização dos modelos econômicos clássicos pelos *insights* da economia comportamental, as pesquisas de Daniel Kahneman, Amos Tversky e Richard Thaler passarão a ser nossa referência. Esses três autores são os fundadores da economia comportamental, possuindo trabalhos em praticamente todos os campos de relevância para nós. Nesse ponto, Thaler tem ainda a vantagem de ter sido o primeiro economista a envolver-se com a aplicação da economia comportamental ao direito, praticamente fundando a BL&E, junto a Cass R. Sunstein e Christine Jolls.

Para fundamentar nossa abordagem pragmática escolhemos principalmente as pesquisas de Joshua Greene. Greene é neurocientista e fundador do *pragmatismo profundo*, também conhecido como *neurociência da moralidade*. Sua obra é bastante técnica, mas de fácil compreensão. Suas pesquisas, todas muito recentes, mas bem-estabelecidas e utilizadas por um sem-número de cientistas, *modernizaram* o utilitarismo, atualizando-o e justificando-o pelas descobertas da neurociência. A vantagem da utilização desse tipo de pragmatismo é não só sua ligação direta com a economia comportamental, explicando as causas remotas dos vieses cognitivos, mas também sua capacidade de indicar caminhos para discussões de temas difíceis e polêmicos, como será o caso de alguns dos assuntos de processo civil que serão aqui abordados.

Por fim, ao tratar do uso da tecnologia como forma de *disrupção cooperativa*, partiremos dos estudos de Richard Susskind. Susskind é pioneiro no trato dos impactos da tecnologia no direito e participou pessoalmente de experiências recentes de introdução de novas tecnologias no sistema de Justiça do Reino Unido. Ao seu lado, terão importância também destacada os trabalhos de Ethan Katsh e Orna Rabinovich, por serem os primeiros a tratar especificamente da absorção da tecnologia pelas cortes de Justiça, e de Colin Rule, por ter criado o primeiro e mais utilizado sistema online de resolução de disputas no mundo.

1 A TRAGÉDIA DOS COMUNS E A JUSTIÇA BRASILEIRA EM NÚMEROS

Neste capítulo, após um breve diagnóstico panorâmico da Justiça brasileira, com referências específicas à Justiça Federal, à Justiça estadual e aos Tribunais Superiores, demonstraremos por que a *Justiça*, enquanto conjunto de órgãos estatais destinado a prestar atividade jurisdicional,⁵ pode ser considerada um *bem comum*, estando assim sujeita a um fenômeno que em economia é conhecido como *tragédia dos comuns*. Uma vicissitude que, como veremos, é bastante acentuada no caso da Justiça brasileira.

O objetivo último deste trabalho é demonstrar que o comportamento cooperativo das partes, advogados e juízes pode atuar para melhorar esse estado de coisas e diminuir o tamanho da “tragédia”. É o próprio CPC/2015 que define o objetivo da cooperação no processo civil: a busca de tutelas de mérito, justas e efetivas, proferidas em tempo razoável. Um cenário de todo oposto ao de tragédia. A busca do comportamento cooperativo, no entanto, depende de incentivos específicos, nem sempre presentes no sistema.

Um dos *sensos comuns* mais presentes na vida do brasileiro é a certeza de que *a justiça não funciona*. Como vimos brevemente na introdução deste trabalho, a reclamação é antiga e parece existir desde sempre.

Quem trabalha com o *direito contencioso*, além de lidar com as mazelas diuturnas da justiça, normalmente é alvo de reclamações de parentes e amigos sobre a conhecida morosidade. Quem nunca ouviu lamurias como “tenho um processo há anos e nada aconteceu até agora” ou então “ganhei e não levei, porque o devedor foi condenado e não me pagou”, ou ainda “existem milhares de recursos e o processo é infundável”? No dia a dia da advocacia, não raro se espera durante meses pela *juntada* de uma petição e, às vezes, durante anos por uma decisão interlocutória ou pelo julgamento de um agravo.

Para o bem ou para o mal, esse tipo de reclamação impulsionou diversas reformas na legislação processual, principalmente a partir da década de 1990,⁶ que culminaram na recente edição de um novo código.⁷ A introdução de um mínimo de tecnologia⁸ e melhoras na gestão

⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 112-113

⁶ Araken de Assis as qualifica como *reformas parciais do terceiro período republicano*. ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: RT, 2015, p. 264.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

⁸ Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. 1, p. 90. O relatório *Justiça em números*, do CNJ indica que o número de processos eletrônicos vem crescendo rapidamente no Brasil, chegando à casa de 55,7% das ações ajuizadas em 2015. (BRASIL. Conselho Nacional de

administrativa da Justiça também ocorreram.⁹ Todavia, grande parte desses movimentos deu-se *no escuro*,¹⁰ ou seja, apenas como reação a uma sensação de insatisfação, mas sem que se soubesse a real dimensão do problema e as suas causas.¹¹

A diferença desse histórico de lamentações para os tempos atuais é que finalmente existem trabalhos estatísticos que desnudam em parte os males da Justiça.¹² Hoje, sabemos com razoável precisão quantos processos tramitam perante cada órgão jurisdicional; quanto tempo dura o processo, por fases ou em sua tramitação completa (incluída aí a fase de efetivação da decisão); quais os índices de recorribilidade e de autocomposição; quais as *taxas de congestionamento* da justiça e muito mais. Possuímos ainda dados ligados à administração da justiça, tais como a *radiografia* dos recursos humanos envolvidos e da produtividade de magistrados e servidores, gastos orçamentários especificados por área e índice de virtualização de processos.

A maior parte desses dados encontra-se nos relatórios anuais do Conselho Nacional de Justiça, que vêm sendo aperfeiçoados ano a ano, mas ainda precisam de depuração na base de dados e de sofisticação estatística.¹³ No entanto, não podemos esquecer que até 2013 estávamos totalmente no escuro. Agora que a chama se faz acesa, ainda que devamos nos empenhar para expandir seu clarão, já é possível e desejável abordar esses números com ferramentas de microeconomia.

1.1 A Justiça brasileira em números: panorama geral

“[...] when you cannot measure it, when you cannot express it in numbers, your knowledge is of a meagre and unsatisfactory kind [...].”

Sir William Thomson (Lord Kelvin)

Justiça. **Relatório Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016, p. 49. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 24 abr. 2017.

⁹ O próprio advento do Conselho Nacional de Justiça, criado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004, foi um grande passo nesse sentido.

¹⁰ Para Araken de Assis, tais reformas retalharam as leis processuais e foram bastante inefetivas ao misturar o novo com o velho. Sofriam ainda de ausência de diretriz técnica ou ideológica. Por fim, identifica como um de seus *defeitos congênitos a falta de identificação dos problemas, ante a inexistência de dados empíricos [...]*. ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro, volume I: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2015. P.264 e 273.

¹¹ É de Marcelo Abelha a perspicaz observação no sentido de que *A crise de demora da prestação jurisdicional deveria ser analisada sob um ângulo inverso, a partir dos números apresentados pelo CNJ*. Aponta, por exemplo, que segundo o relatório do CNJ de 2013, 90% dos processos têm por demandante governos, bancos, empresas de telefonia ou concessionárias de serviço público. ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 6a. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016. P. 5 e 6.

¹² Hoje, existem diversos estudos empíricos sobre o tema. Assim, temos disponíveis não somente os relatórios do CNJ, mas também trabalhos do IPEA, da FGV, bem como estatísticas disponíveis no site de diversas cortes, incluindo o site do Supremo Tribunal Federal.

¹³ Acessíveis em www.cnj.jus.br

Sim, existe pesquisa empírica no Brasil. O *diabo* é a qualidade das bases de dados e de algumas conclusões daí decalcadas. A boa notícia é que, quanto às conclusões, o *diabo está em toda parte*.¹⁴

O parágrafo acima foi propositalmente escrito de modo um tanto heterodoxo para chamar a atenção ao papel da pesquisa empírica no processo civil brasileiro. Não é impossível ao estudante brasileiro passar pela faculdade de direito, pelo mestrado e pelo doutorado em direito processual, e nunca ter contato com um trabalho ou uma aula sequer que contenham algum estudo de análise empírica. De outro lado, do início deste século em diante, é notável o esforço de algumas instituições na busca e consolidação de números sobre a Justiça brasileira, coletando e analisando dados inclusive sobre processos e procedimentos. Esses estudos são extremamente importantes para a compreensão do direito processual civil no Brasil, incluído aí o redesenho de normas processuais pelo Poder Legislativo e pela jurisprudência.

Ocorre que a doutrina brasileira de direito processual dificilmente acessa esses números para iluminar suas lições e quase nunca propõe, ela mesma, pesquisas empíricas de direito processual.¹⁵ E é aí que entra o papel do *diabo e das conclusões*.

Pesquisa empírica é tema extremamente complexo, tanto no procedimento de elaboração quanto, e principalmente, nas conclusões que se traduzem do material coletado. Recolher e descrever dados, gerar e testar hipóteses, inferir relações causais dos dados coletados e interpretar e apresentar resultados¹⁶ — esse é o roteiro completo de uma pesquisa empírica, algo definitivamente nada simples.

Estatísticos, matemáticos, cientistas sociais e economistas estão mais familiarizados com o artesanato da pesquisa empírica do que o jurista, mas não compreendem o direito com a

¹⁴ O estudo empírico e a estatística revelam a necessidade de domínio de um grande cabedal de conhecimento não só para desenhar uma pesquisa empírica, mas também para ler pesquisas já produzidas. Quando essa leitura é feita de forma criteriosa, é possível identificar eventuais equívocos do pesquisador, seja no método, seja nas conclusões, sendo que erros no primeiro podem comprometer as conclusões. Sem pesquisa empírica, equívocos de diagnóstico dos problemas da Justiça são, quase sempre, certos. Sobre a pesquisa empírica no campo do direito, sua importância e seus métodos, LAWLESS, Robert M.; ROBBENNOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. *Empirical Methods in Law*, Wolters Kluwer, US, 2010.

¹⁵ Já é célebre a exortação de José Carlos Barbosa Moreira a respeito desse nosso *traço de personalidade: É bem conhecido nosso desamor pelas estatísticas judiciais. As que existem e merecem crédito, ou são insuficientes, ou insuficiente é a respectiva divulgação, como o é a facilidade de acesso a elas. Tal carência responde por uma série de inconvenientes, que me permito distribuir em duas classes: os anteriores e os posteriores à edição da norma. O futuro da justiça: alguns mitos*. in Revista de Processo v. 99. P. 161.

O tema já havia sido diretamente abordado pelo autor em *As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*, in Temas de Direito Processual Civil, Sexta série, 1997, p. 81 e segs.

¹⁶ LAWLESS, Robert M.; ROBBENNOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. *Empirical Methods in Law*. New York: Wolters Kluwer, 2010, p. 10-13 e p. 26.

profundidade deste último. Daí a importância de que haja uma junção de competências;¹⁷ que juristas e outros cientistas trabalhem juntos na abordagem empírica do direito, para que não somente a pesquisa, mas também as conclusões e propostas dela decorrentes possam ser de alta qualidade.

A pesquisa empírica é exatamente um dos ramos da análise econômica do direito. É o que se chama hoje *empirical legal studies* ou, mais especificamente, *empirical law and economics*. Nesse último caso, a evolução dos métodos estatísticos e da tecnologia¹⁸ causou uma revolução no estudo empírico do direito, principalmente nos Estados Unidos,¹⁹ com uma explosão de trabalhos extremamente sofisticados que buscam identificar relações causais entre lei e comportamento humano.²⁰

¹⁷ *Why should lawyers study economics? Why should economists study law?* COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6o. Ed. Boston: Addison-Wesley, 2012. P. 9 e 10

¹⁸ Softwares modernos como o STATA são capazes de analisar dados e rodar regressões extremamente complexas, encontrando correlações estatísticas que no passado seriam impossíveis de serem observadas. <https://www.stata.com/why-use-stata/>

¹⁹ GEORGE, Tracey E. *An empirical study of empirical legal scholarship*, in *Indiana Law Review*, vol 81. 2001, p. 141-161

²⁰ Por exemplo, Holger Spamann and Lars Klöhn, “Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought” *Journal of Legal Studies*, Vol. 45, No. 2 (2016); Kiju Jung et al Kiju Junga, Sharon Shavitta, Madhu Viswanathana, and Joseph M. Hilbe, “Female hurricanes are deadlier” (*PNAS* 2014, vol 111, n 24); Amanda Agan and Sonja Starr, “Ban the Box, Criminal Records, and Statistical Discrimination: A Field Experiment” (2016, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2795795). Esse último trabalho é especialmente interessante. Descobriu-se que, após a lei que proibiu empregadores americanos de perguntar a respeito do histórico criminal dos candidatos a emprego nos formulários de *aplicação* para os cargos oferecidos, o número de retorno de ligações para candidatos brancos aumentou em relação aos *callbacks* para candidatos negros, ou seja, a impossibilidade de saber o histórico criminal aumentou a desigualdade de oportunidades, gerando o efeito oposto ao desejado pelo legislador. Outra interessantíssima pesquisa empírica recente, agora em direito processual, pode ser encontrada no William H.J. Hubbard, “An Empirical Study of the Effect of *Shady Grove v. Allstate*” (*Journal of Law Economics and Policy* 2013, vol 10, p. 152-172). Nesse trabalho, o autor analisa os efeitos práticos de *Shady Grove*, julgamento de 2010 que alterou a chamada *Erie Doctrine*, precedente que determina os casos em que as cortes federais aplicam a legislação estadual, o que acaba criando um *forum shopping*, ou seja, um comportamento estratégico das partes na escolha da corte federal ou estadual no ajuizamento da ação. Ocorre que, antes de *Shady Grove*, as cortes federais usavam a legislação do estado de Nova Iorque para limitar indenizações em determinado tipo de *class action*. Após esse julgamento, todavia, passou-se a utilizar a legislação federal, que não contém limitação às indenizações. Esse é um ótimo exemplo de *quasi-experiment*, ou experimento natural, onde aproveitasse uma mudança real na legislação para se estudar uma hipótese. As complexidades são imensas. Por exemplo, é possível que não se identifiquem mudanças de comportamento após a implementação da lei, mas apenas pelo fato de a lei ser esperada a algum tempo e o comportamento ter se alterado antes da sua efetiva implementação. A técnica utilizada nesse trabalho para captar essa nuance foi da *diferença da diferença*, criando-se *grupos de tratamento e de controle* em dois períodos diferentes, antes e depois da edição do novo precedente. Assim, as diferenças entre o grupo de controle e grupo de tratamento após a edição da norma são medidas tendo por base as diferenças entre eles no primeiro período. O estudo identificou relevante alteração no padrão de *forum shopping* após *Shady Grove*, o que indica que algo parecido deve ter ocorrido em 1938, época da edição de *Erie Doctrine* (*Erie R. Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938). P. 171-172. Por fim, uma das mais relevantes e interessantes pesquisas empíricas por nós observadas refere-se aos efeitos práticos da decisão da Suprema Corte Americana de elevar os *standards de plausibility pleading*, uma espécie de justa causa para o ajuizamento de uma ação civil nos EUA (algo minimamente equivalente às nossas condições da ação). A nova determinação da Suprema Corte, exarada em 2007 no caso *Bell Atlantic Corp. v. Twombly* (550 U.S. 544 [2007]) e também no caso *Ashcroft v. Iqbal* (556 U.S. 662, 684 [2009]), passou a exigir dos autores descrição fática mais detalhada para que as ações pudessem ser aceitas. Intuitivamente, o que se esperava com essa decisão era: (i) uma diminuição das ações

Esta tese não é uma pesquisa empírica, mas usará modestamente pesquisas empíricas e estatísticas sobre números do Poder Judiciário e do processo no Brasil, principalmente para iluminar a discussão sobre o princípio da cooperação e sobre o comportamento cooperativo, não só realçando sua importância prática, mas também buscando sua melhor configuração para que funcione *na* prática.²¹ Com os mesmos objetivos, usaremos ainda diversas pesquisas realizadas no exterior, não só sobre processo civil, mas também sobre comportamento humano (principalmente comportamento cooperativo), desde que tenham *validade externa*²²

Neste capítulo, traçaremos um panorama numérico da Justiça e do processo no Brasil, sem pretensões estatísticas muito avançadas. Depois, ao longo do trabalho, recuperaremos esses números e acrescentaremos outros para introduzir temas específicos e para subsidiar algumas de nossas diversas propostas e conclusões.

1.1.1 Números da Justiça brasileira

A base de dados quantitativa mais confiável e atualizada sobre a Justiça Brasileira, em todas as suas instâncias, excluindo o Supremo Tribunal Federal (STF), é o relatório do Conselho Nacional de Justiça, “Justiça em números”, de 2016, atualizado com dados de 2015.²³

Para acessar números do STF, utilizaremos dados disponíveis no site do próprio tribunal, bem como os relatórios do projeto “O Supremo em números”, da Fundação Getúlio Vargas (FGV).²⁴ Complementarmente, nos valeremos de algumas pesquisas empíricas pontuais do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), como, por exemplo, as que traçam um panorama da segunda instância da Justiça paulista (TJ/SP, o maior tribunal do Brasil em quantidade de processos) e o famoso e de certa forma pioneiro estudo sobre o custo da execução

propostas; (ii) um aumento de *dismissals*, ou seja, de decisões sem resolução de mérito, ainda no início do processo. Com técnicas sofisticadas de controles de inúmeras variáveis que podem ter atuado no período, o autor conclui que Twombly e Iqbal, ainda que sejam as decisões mais importantes dos últimos 50 anos sobre os requisitos de admissibilidade da ação, não geraram mudanças relevantes em nenhuma daquelas medidas, isso porque o alto custo do processo nos EUA já produz os incentivos necessários a uma *seleção positiva de demandas*. HUBBARD, William, e Empirical Effects of Twombly and Iqbal, in (2016). Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics. 810., disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2479&context=law_and_economics, P. 34

²¹ Pesquisas empíricas podem ser quantitativas (numéricas) ou qualitativas (não numéricas, como é o caso da coleta de dados por entrevistas, por exemplo). Ambas são empíricas e importantes a depender do contexto. (EPSTEIN and KING 2002)

²² Ou seja, desde que possam ser generalizadas, dadas as circunstâncias da pesquisa, ainda que aplicada a um outro ambiente. *Empirical Methods*, op. cit. p. 39

²³ CNJ. **Justiça em números** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros> Acesso em 24/04/2017. Possivelmente, quando da conclusão deste trabalho, o Relatório Justiça em Números de 2017 já estará disponível.

²⁴ FGV. **Supremo em números**. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/> Acesso em 05/06/2017

fiscal na Justiça Federal.²⁵ Por fim, pontualmente, utilizaremos relatórios oficiais disponibilizados por governos e instituições estrangeiras para contrastar os números da Justiça brasileira com dados do Poder Judiciário de outros países.²⁶

Vamos aos números.

1.1.1.1 Panorama geral da Justiça brasileira

No ano de 2016 tramitaram 102 milhões de processos em todas as instâncias do Poder Judiciário (ressalvado o STF), para um total de 17.338 magistrados, ou seja, uma média de 5.883 processos por juiz. Já o estoque de processos, ou seja, o número de processos pendentes no final de 2015 era de 74 milhões — 1,9 milhões a mais do que no final de 2014. Desde 2009 esse número subiu 19,4%, ou seja, 9,6 milhões de processos a mais em estoque.

A taxa de congestionamento bruta do Poder Judiciário em 2016 foi de 72,2%. Isso significa que, desse estoque de 74 milhões de processos, pouco mais de 72% foram instaurados em anos anteriores a 2015.²⁷ Assim como o estoque total, a taxa de congestionamento vem aumentando ano a ano nos últimos quatro anos.

Gráfico 1 - Série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário²⁸



²⁵ IPEA. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.** Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5751/1/NT_n01_Custo-tempo-processo-execucao_Diest_2011-nov.pdf Acesso em 06/05/2017

²⁶ Vide seção 1.2.1.1.

²⁷ Esse tema será explorado mais detalhadamente no seção 1.2.1.

²⁸ Op. cit. p. 43.

Por mais que se esforcem juízes e servidores para gerir esse fantástico estoque, o número de casos novos contribui para seu aumento.²⁹ Desde 2009 esse número só cresceu, sendo que, em 2015, pela primeira vez, o número retraiu-se em 5,5%, com exceção da Justiça do Trabalho, onde houve aumento de 1,2%, e dos tribunais superiores (excluído o STF), com crescimento de incríveis 17,5%.

Não há pesquisas no Brasil sobre as causas dessa parcial retração. Já quanto aos tribunais superiores, o aumento representa uma tendência histórica que, como veremos, só pode ser revertida com a alocação de *filtros* de acesso recursal, como ocorreu no STF, com grandes implicações no volume de processos naquele tribunal a partir de 2007.

A definição e o respeito aos precedentes vinculantes, bem como o uso crescente de meios alternativos de solução de conflitos são algumas formas eficientes de diminuir drasticamente o número de casos novos. É neste ponto que, ao nosso sentir, figura uma de nossas contribuições: demonstrar como é possível *garantir* que a autocomposição será prioritária e que os precedentes serão efetivamente respeitados por partes e juízes. É esse tipo de comportamento que chamaremos de *cooperativo* e, para nós, o chamado *princípio da cooperação* é a norma que aponta nessa direção.

1.1.1.2 Justiça Federal

Especificamente na Justiça Federal, o ano de 2015 terminou com 9,1 milhões de processos em tramitação. Ainda que tenha diminuído em relação a 2013, o estoque aumentou 16,6% desde o início das medições em 2009, representando 1,3 milhão de processos a mais comparando-se os estoques de 2015 com 2009.

Nesse mesmo ano, foram *baixados*³⁰ 3,6 milhões de processos e proferidas 3,1 milhões de sentenças, o que implica uma média anual de 2.169 processos *baixados* e de 1.858 sentenças proferidas por cada um dos 1.775 magistrados federais.

²⁹ Os Índices de Produtividade dos Magistrados (IPM) e dos Servidores da Área Judiciária (IPS-Jud) aumentaram no último ano em 3,7% e 3,9%, respectivamente. A carga de trabalho, índice que mede o número de procedimentos pendentes ou resolvidos no ano (processos, recursos internos e incidentes) por magistrado e servidor, aumentou, proporcionalmente, ainda mais, em 6,5% e 6,7%, respectivamente. p. 44

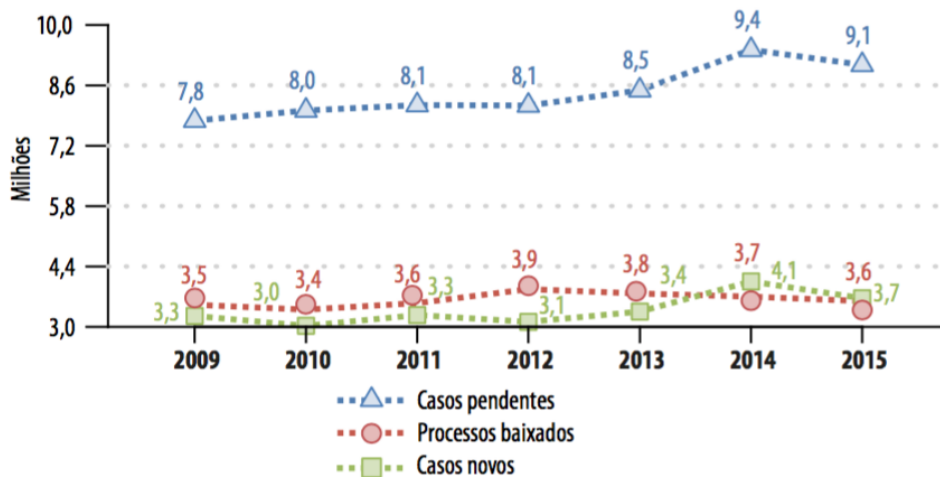
³⁰ O relatório do CNJ considera *baixado* todo processo: a) Remetidos para outros órgãos judiciais competentes, desde que vinculados a tribunais diferentes; b) Remetidos para as instâncias superiores ou inferiores; c) Arquivados definitivamente; d) Em que houve decisões que transitaram em julgado e iniciou-se a liquidação, cumprimento ou execução. Por essa razão, o número de processos *baixados* é superior ao número de sentenças proferidas. Nem toda sentença implica baixa e nem toda baixa implica sentença. Além disso, *baixar* não significa excluir o processo do acervo da Justiça. Veja-se que a remessa para instâncias superiores ou para outros órgãos competentes vinculados a outros tribunais configuram baixa naquela unidade judiciária, mas não diminuem o acervo total de processos.

Já o número de casos novos vem diminuindo desde 2012, saindo de 3,9 milhões naquele ano para 3,6 milhões de novos casos em 2015. As causas reais da redução nunca foram pesquisadas. Sabe-se apenas que a redução deu-se prioritariamente em primeiro grau de jurisdição, com 23% de novos processos em fase de conhecimento a menos do que em 2014. Essa redução, todavia, não contempla o cumprimento de sentença, que teve aumento expressivo de 132%, nem as execuções fiscais, que cresceram 11%.³¹ O tema das execuções fiscais, pela importância, merecerá análise em separado.

Em se tratando de Justiça Federal, o comportamento do Poder Público Federal sempre tem impacto decisivo. Dessa forma, políticas públicas desastradas normalmente geram uma explosão de demandas em algum momento.³² De outro lado, quando o Estado passa a seguir precedentes das Cortes Superiores no desenho dessas políticas, a tendência passa a ser de queda. Obviamente, muitos outros fatores podem influenciar esses números, como, por exemplo, o acesso à Justiça (interiorização da Justiça Federal, introdução do processo eletrônico, criação de novos juizados especiais federais), a alteração do valor das custas e as crises econômicas. Todas essas aparentes correlações dependem de rígidos estudos empíricos para demonstração de efetiva relação causal. Esses estudos, por hora, inexistem.

O gráfico 2 representa a variação do número de processos novos, *baixados* e *em estoque* na Justiça Federal entre 2009 e 2015.

Gráfico 2 - Série histórica da movimentação processual da Justiça Federal³³



³¹ Ibidem p, 265

³² Sobre o assunto, segundo a Revista Veja, mais de 1,7 milhões de processo sobre planos econômicos chegaram ao Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/politica/a-avalanche-de-processos-que-trava-o-tribunal-mais-importante-do-pais/> Acesso em 06/05/2017

³³ Relatório CNJ, 2016, p. 222.

Em 2015, a taxa de congestionamento bruta na Justiça Federal foi de 71,6%, significando que, do estoque de 9,1 milhões de processos, pouco mais de 71% foram instaurados em anos anteriores a 2015.³⁴ Assim como o estoque total, a taxa de congestionamento vinha aumentando por três anos seguidos e teve leve redução no último ano.

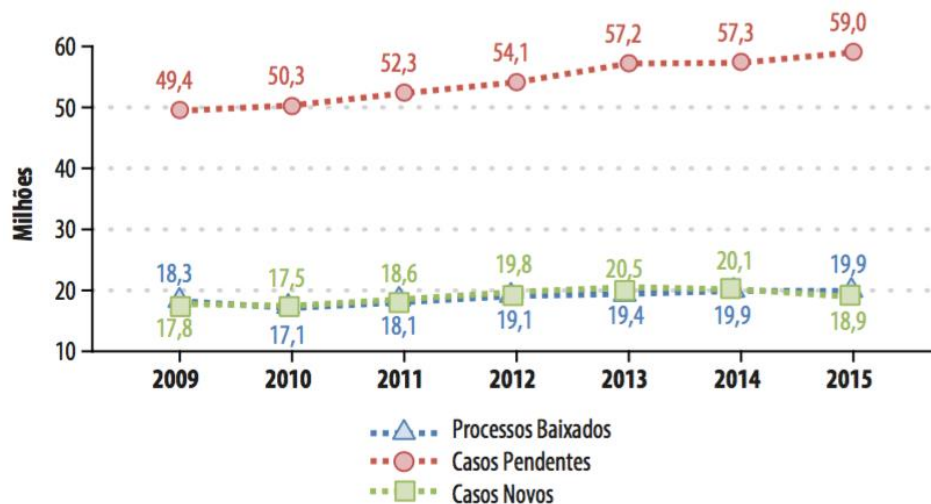
1.1.1.3 Justiça estadual

A Justiça estadual concentra o maior número de processos no Brasil. Nesse ramo, o ano de 2015 terminou com 59 milhões de feitos em tramitação, 1,7 milhão de processos a mais do que em 2014, ou seja, aproximadamente 3% de aumento.

Nesse mesmo ano, os 11.807 magistrados estaduais baixaram 21,3 milhões de casos, uma média de 1.804 por magistrado, pouco mais de 7 processos por dia útil, sem descontar férias, feriados e recessos.

O número de casos novos aumentou até 2013, quando alcançou o ápice de 20,5 milhões de processos, reduzindo-se nos dois anos seguintes, somando 18,9 milhões de novos feitos em 2015. O gráfico 3 ilustra bem a série histórica e, curiosamente, mostra uma tendência parecida com a da Justiça Federal no que se refere à diminuição recente de processos novos.

Gráfico 3 - Série histórica da movimentação processual da Justiça estadual³⁵



³⁴ Esse tema será explorado mais detalhadamente na seção 1.2 (A Justiça como *bem comum*).

³⁵ CNJ. **Relatório Justiça em Números 2016**, p. 97. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros/relatorios> acesso em 24/04/2017

O relatório do CNJ apurou que tal redução concentrou-se no primeiro grau de jurisdição, predominantemente no *juízo comum* (9,8%), mas também ocorreu nos juizados especiais (1,6%). A principal causa de redução de novas demandas no *juízo comum* foi a expressiva diminuição de novas execuções fiscais, na casa de -26%, o equivalente a 758 mil processos.³⁶ A tendência possivelmente reflete a introdução da análise de custo-benefício para ajuizamento de execuções de pequeno valor, bem como a adoção de programas de parcelamento fiscal pelas unidades federativas, que suspendem a exigibilidade do crédito tributário.³⁷

No âmbito estadual, o comportamento do poder público importa menos, mas os precedentes ainda assim guardam papel importante. Já o valor das custas e a crise econômica têm, provavelmente, impacto ao verificado na Justiça Federal.³⁸

Na Justiça estadual, a taxa de congestionamento bruta foi de 74,8% em 2015, significando que, desse estoque de 59 milhões de processos, quase 75% foram instaurados em anos anteriores a 2015. Posto que o estoque venha aumentando desde o início da série histórica, a taxa de congestionamento teve leve redução entre 2013 e 2014, mas voltou a aumentar em 2015.³⁹

1.1.1.4 Superior Tribunal de Justiça

No Superior Tribunal de Justiça, o ano de 2015 terminou com 373.545 processos em tramitação, um aumento de 2,5% em relação a 2014, mesmo considerando o aumento de 19,6% no número de processos baixados.⁴⁰

O total de processo baixados em 2015 foi de 341.536, o maior da série histórica. Isso implica uma média de 10.350 processos para cada um dos 33 ministros, ou seja, 43 casos baixados por dia útil,⁴¹ (para entender o volume de trabalho de cada um dos ministros, acrescentem-se a esse número, todos os votos e decisões que não causaram baixa de processo).

Já o número de casos novos manteve-se praticamente estável, com retração de apenas 0,1% em relação a 2014.

Os dados estão bem representados no gráfico 4.

³⁶ Ibidem, p. 147.

³⁷ Brasil. **Código Tributário Nacional**. Art. 151, VI.

³⁸ Ressalvado, é claro, o fato de que a Fazenda Pública goza de diversas isenções de custas judiciais e de que a presença desse litigante é muito mais acentuada na Justiça Federal do que na Justiça Estadual. Sob essa perspectiva, o impacto das custas (ou de sua ausência) acaba sendo diferente entre os dois ramos.

³⁹ p. 102

⁴⁰ p. 351

⁴¹ p. 351

Gráfico 4 - Série histórica da movimentação processual do Superior Tribunal de Justiça⁴²



No STJ, A taxa de congestionamento bruta foi de 52,2% em 2015, registrando significativa queda de 7% em relação ao ano anterior.⁴³ Isso significa que, do estoque de 373.534 processos, quase a metade diz respeito a processos instaurados no próprio ano de 2015.

1.1.1.5 Supremo Tribunal Federal

O desenho do panorama numérico do Supremo Tribunal Federal não pode observar a metodologia utilizada até aqui porque nossa Corte Superior não está contemplada nos relatórios do CNJ. Todavia, há muitos dados no site do próprio STF e também no relatório “O Supremo em números”, da Fundação Getulio Vargas,⁴⁴ que passaremos agora a reproduzir e organizar.

Historicamente, o STF sempre recebeu mais processos do que qualquer Corte Constitucional poderia imaginar,⁴⁵ alcançando o ápice histórico em 2002, quando a fantástica

⁴² p. 352

⁴³ p. 351

⁴⁴ FGV. **Supremo em números**. Disponível em: <http://www.fgv.br/supremoemnumeros/> Acesso em 05/06/2017

⁴⁵ Apenas para fins comparativos, a Suprema Corte dos EUA julgava, em média, 150 casos por ano até 1980. Esse número passou a cair ano a ano, somando apenas 71 casos em 2014. <https://fivethirtyeight.com/features/the-supreme-courts-caseload-is-on-track-to-be-the-lightest-in-70-years/>. A Suprema Corte do Reino Unido, entre Abril de 2017 e Março de 2017 julgou apenas 76 casos, garantindo, no mesmo período, apenas 67 *permissions to appeal*. In *The Supreme Court - Annual report - 2016-2017*, p. 22 e 23. <https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2016-17.pdf>

quantidade de 160.463 feitos chegou à Corte, dos quais 87.313 foram efetivamente distribuídos para uma força de trabalho de apenas 11 ministros.⁴⁶

Embora fruto da Emenda Constitucional n. 45/2004, o filtro da repercussão geral para o recurso extraordinário só passou a vigorar em 03 de maio de 2007, data em que entrou em vigor a emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de n. 21/2007.

Não obstante, já a partir de 2004, o número de processos caiu drasticamente, passando de 109.965 feitos distribuídos em 2003 para “apenas” 69.171 em 2004. Daí em diante esse número voltou a aumentar consistentemente até atingir 112.938 processos distribuídos em 2007.

Após 2007, com a efetiva operação da repercussão geral, houve novas e consistentes quedas no número de casos novos até 2011, ano que somou 38.019 novas distribuições. Por fim, a distribuição retomou um padrão de aumento anual, até o STF fechar 2015 com 65.108 processos efetivamente distribuídos.

O número de repercussões gerais reconhecidas de 2007 a 2015 oscilou bastante, chegando, por exemplo, a 157 em 2011 (a mais alta) e a 77 em 2103 (a mais baixa). Em 2015 foram 84 repercussões gerais reconhecidas.⁴⁷

Os gráficos 5 e 6 ilustram, respectivamente, o total de repercussões gerais reconhecidas por semestre, entre 2007 e 2015, e o total de repercussões gerais julgadas no mérito, entre 2008 e 14 de dezembro de 2017:

⁴⁶ Como bem aponta o relatório *O múltiplo Supremo*, da Fundação Getúlio Vargas, o STF comporta-se simultaneamente como três cortes: constitucional, ordinária (competência originária) e recursal. Para se ter uma ideia dos diferentes pesos quantitativos que esses três vieses têm na carga de trabalho da Corte, em 2013, de um total de 1.120.597 processos em estoque, 91,69% eram recursos, 7,80% eram ações de competência originária e apenas 0,51% eram ações de controle concentrado de constitucionalidade. P. 22.

⁴⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=numeroRepercussao>. Acesso em 20/12/2016

Gráfico 5 - Repercussões gerais julgadas reconhecidas por semestre (2007-2015)⁴⁸

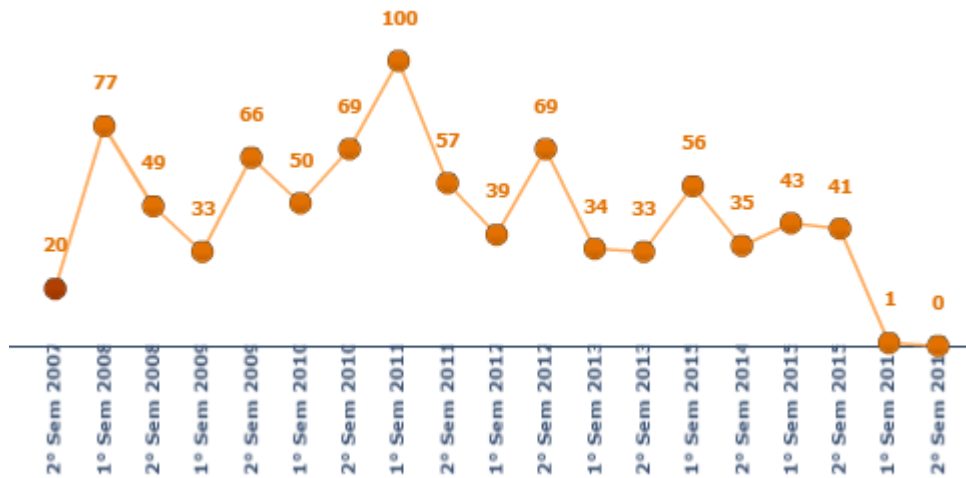
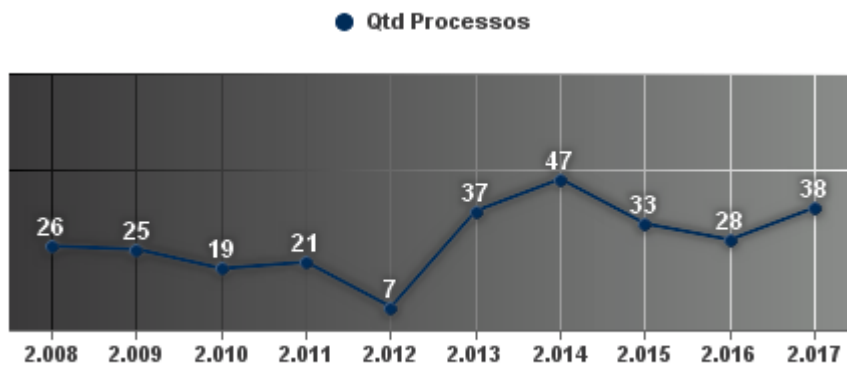


Gráfico 6 - Repercussões gerais julgadas no mérito (2008-2017)⁴⁹



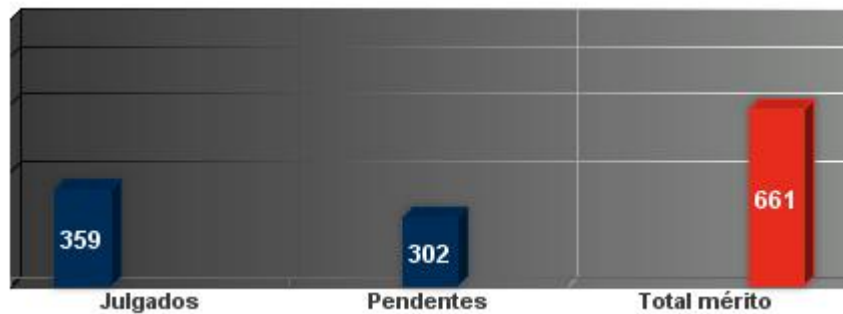
De 2007 até 15 dezembro de 2017, o STF havia julgado o mérito de 359 recursos com repercussão geral reconhecida,⁵⁰ uma média de 35,9 por ano, bastante inferior à média de aproximadamente 66,1 repercussões reconhecidas por ano no mesmo período, como fica bastante claro na comparação do gráfico 7:

⁴⁸ *Números da Repercussão Geral* (atualizado até 14/12/2017). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>, acesso em julho de 2016.

⁴⁹ *Números da Repercussão Geral* (atualizado até 14/12/2017). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>

⁵⁰ *Processos com repercussão geral reconhecida e mérito julgado a cada ano*. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg

Gráfico 7 – Total de repercussões gerais recebidas e julgadas pelo Supremo Tribunal Federal (2008-2017)⁵¹



Como é fácil de observar, a uma média de 35,9 julgamentos de mérito/ano, o STF levaria 8,41 anos para *zerar* o estoque de repercussões gerais, *desde que* nenhuma nova repercussão geral fosse reconhecida a partir de 14 de dezembro de 2017.⁵²

Em 15 de dezembro de 2017, havia um total de 1.097.636 de processos sobrestados em todo o Brasil à espera do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida.⁵³

O número de julgados (monocráticos e colegiados) aumentou bastante entre 2004 e 2007. Foram 101.690 julgamentos em 2004 e 159.522 em 2007. Daí em diante, possivelmente pela menor pressão de demanda, os números foram-se reduzindo. Contabilizaram-se 104.237 julgamentos em 2008; 109.193 em 2015; 109.174 em 2016 e 115.105 até 14 de dezembro de 2017.⁵⁴ Todavia, não existem dados precisos sobre *processos baixados*, como há, por exemplo, nos relatórios do CNJ. Não há também qualquer referência às chamadas *taxas de congestionamento*.

⁵¹ *Números da Repercussão Geral* (atualizado até 14/12/2017). Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>

⁵² Em agosto de 2014, o Ministro Luís Roberto Barroso concedeu entrevista em que afirmava que o prazo para zerar o estoque de repercussões gerais, caso nenhuma nova fosse reconhecida, seria de 12 anos. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo> - acesso em 21/01/2016. Possivelmente o Ministro tomou por base dados de 2013, apresentados no relatório da FGV - Posteriormente, em entrevista concedida ao Jornal *O Estado de São Paulo* em setembro de 2016, o Ministro refez os cálculos e chegou a 14 anos: *Há um estoque de 320 repercussões gerais reconhecidas. Nesse primeiro semestre conseguimos julgar 11. Mantendo essa média dá 22 por ano. Basta fazer a conta: dividindo-se 320 por 22, dá mais de 14 anos....* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-05/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo> - acesso em 21/01/2016.

⁵³ STF. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>, acesso em 14/12/2017.

⁵⁴ Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>, acesso em 14/12/2017.

1.1.2 O problema do tempo do processo

Quanto tempo leva um processo no Brasil? Essa sempre foi *a pergunta de um milhão de dólares*, a cuja resposta nunca tivemos acesso por ausência de pesquisas empíricas a respeito. A bem da verdade, mesmo pesquisas, oferecer precisão aqui é uma inglória missão, porque um processo pode *terminar* de várias maneiras, e nem todas elas *efetivam* o direito.

Existem, como sabemos, processos fadados ao insucesso, por carência da ação ou ausência de pressupostos de existência ou desenvolvimento válido. Outros terminam rapidamente em razão de algum tipo de composição entre as partes. Há aqueles que percorrem longos caminhos recursais até o trânsito em julgado, enquanto alguns alcançam o trânsito ainda na instância de origem.

De outro lado, a efetivação do provimento jurisdicional importa muito mais do que a obtenção desse provimento. Nessa linha, vale pouco a rápida obtenção de reconhecimento judicial da existência de determinada obrigação inadimplida se o cumprimento do julgado for inefetivo ou demorar demais. Ninguém busca o provimento jurisdicional por fetiche. O que se quer é desfrutar desse provimento. Portanto, é necessário olhar para o tempo do processo considerando, quando for o caso, sua fase executiva (cumprimento de sentença), bem como contabilizar em separado a velocidade das ações autônomas de execução.

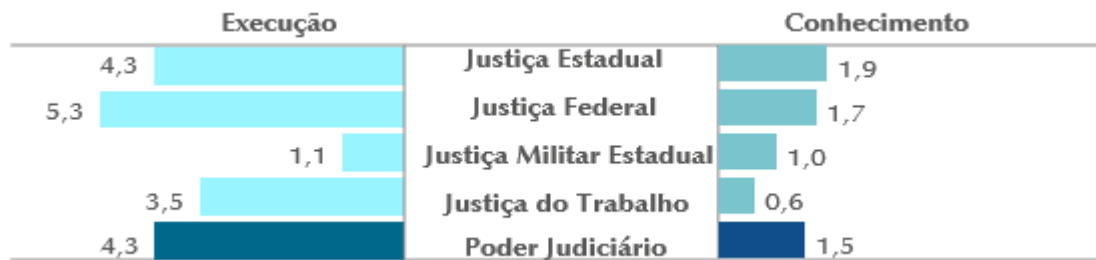
Pela primeira vez, o relatório do CNJ trouxe dados sobre o tempo do processo e, sem surpresa alguma, desnudou o problema do *gargalo* da execução.⁵⁵

Apesar dos grandes obstáculos metodológicos, nesta seção esses e outros dados serão por nós manipulados para apresentar da forma mais clara possível o panorama do tempo do processo no Brasil como um todo e, especificamente, nas Justiças Federal, estadual e nas Cortes Superiores (STF e STJ).

O gráfico 8 serve para introduzir o tema.

⁵⁵ p.61 e sgts.

**Gráfico 8 - Tempo médio da sentença no primeiro grau (exceto juizados especiais):
execução vs. conhecimento⁵⁶**



A única lição realmente válida que se decalca do gráfico 8 é a óbvia diferença dos tempos de duração do processo de conhecimento e do processo de execução/cumprimento de sentença — ou, em linguagem cotidiana, a diferença de tempos entre *ganhar* e *levar*.

Tomemos como exemplo a Justiça estadual, aqui sem os dados dos juizados especiais. Na fase de conhecimento, um processo consome 1,9 ano entre o protocolo da petição inicial até a primeira sentença em primeiro grau,⁵⁷ enquanto que, na fase de cumprimento ou no processo de execução, a primeira sentença demora 4,3 anos.⁵⁸

⁵⁶ p.70

⁵⁷ A bem da verdade, em tempos anteriores à vigência do CPC/2015, rejeitava-se majoritariamente o proferimento de sentenças parciais, de modo que toda sentença de primeiro grau era a primeira e última sentença naquele grau, ressalvada a possibilidade de anulação da sentença e devolução à instância de origem para proferimento de outra. Era assim na *prática forense* e na parcela majoritária da doutrina. DINAMARCO, Cândido Rangel, *Instituições de direito processual civil, Vol III*, 10a. Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 670. Em sentido contrário. BUENO, Cássio Scarpinella. *Tutela Antecipada*. São Paulo: Saraiva, 2004. P. 49.

⁵⁸ No cumprimento de sentença, *sentença* é o ato terminativo que extingue a execução, quer pelo cumprimento da obrigação, quer pelo reconhecimento da falta de algum pressuposto processual ou condição da ação (CPC/2015, art. 924). Não se descartam ainda a possibilidade de rejeição imediata da petição inicial e até mesmo do julgamento liminar de improcedência do pedido, na forma do art. 332 do CPC/2015. ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 797 a 823*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016 - (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 13/coordenação Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero). P. 101

Havia divergência na doutrina, ainda sob a vigência do CPC/73, sobre se a decisão da impugnação ao cumprimento de sentença teria natureza de sentença ou de decisão interlocutória. Destacava-se o posicionamento no sentido de tratar-se de decisão interlocutória, ressalvada a hipótese de extinção da execução, quando então a decisão assumia o caráter de sentença (em sentido diverso, com profundidade, ALVIM, Teresa Arruda, *Nulidades do processo e da sentença*, 7a. ed., Ed. RT, São Paulo, 2014, p 23-32, principalmente p. 32. Essa dualidade refletia-se no recurso cabível: agravo de instrumento como regra ou apelação no caso de extinção da execução (ALVIM, Teresa Arruda et. al. *Primeiros comentários*. op. cit. p. 369 e 871). Em menor medida, existia ainda alguma controvérsia sobre a natureza da decisão que julgava o pedido de liquidação de sentença, havendo posicionamento minoritário por sua qualificação como sentença (ibidem). Para nós, todos esses atos tinham a natureza de sentença, na forma do art. 162, §1o. do CPC/73. No mesmo sentido, WAMBIER, Luiz Rodrigues e TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, v.2 - Execução*. 14a. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais 2014. P. 512. Todavia, após a edição do CPC/2015, em razão da redação dada ao art. 203, §1o, em nossa opinião, todos esses atos passaram a ter natureza de decisão interlocutória, salvo quando, pelo seu conteúdo, tendem a colocar fim ao processo de execução ou à fase de cumprimento de sentença. Em sentido contrário, insistindo na natureza de sentença: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016 - (Coleção Comentários ao Código de Processo Civil; v. 3/coordenação Luiz

Note-se que a *média* de 1,9 ano refere-se ao conjunto de todos os tipos de sentença proferidas na fase de conhecimento, incluídas as sentenças terminativas. Um grande número de sentenças que indeferem a petição inicial, por exemplo, contribui para baixar muito a média do tempo do processo, distorcendo nossa visão sobre o *tempo médio real* para proferimento de uma sentença de mérito. Voltaremos logo mais a abordar esse tipo de distorção.

Outro problema é o fato de que o gráfico 8 leva em conta médias de processos que, de fato, alcançaram algum tipo de sentença. Isso, obviamente, exclui o tempo médio do *estoque* atual.

Ao menos esse obstáculo metodológico foi reconhecido pelo CNJ, que produziu análises separadas dessas duas classes de processo. Como era de esperar-se, o tempo médio do *estoque* é bem maior do que o dos processos que já obtiveram sentença. Uma das razões óbvias, em nosso sentir, é que a seleção de processos em trâmite exclui boa parte daqueles casos de extinção prematura com sentenças terminativas, como a maior parte das hipóteses de indeferimento da petição inicial, por exemplo.⁵⁹ De outro lado, processos *difíceis*, que tramitam há muito tempo sem solução, ou execuções que nunca se efetivam, contribuem para aumentar essa média. O gráfico 9 demonstra bem essa realidade.

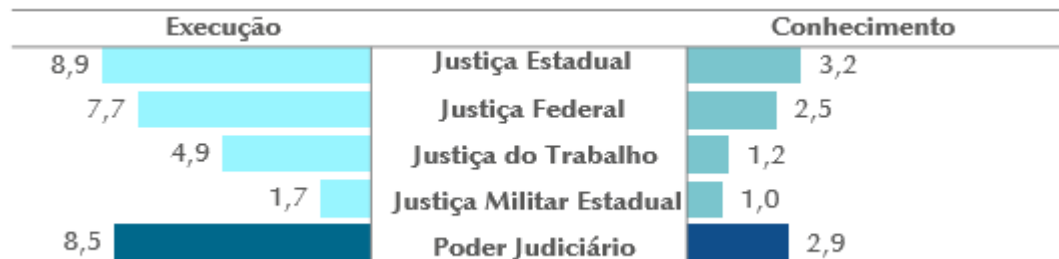
Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero). P. 105.

Dessa ordem de coisas, pergunta-se qual é a *sentença* considerada pelo relatório do CNJ como marco na aferição do tempo do processo de execução. Caso *sentença* em execução seja apenas a sentença final, terminativa, o tempo médio do processo apontado no relatório aponta para o término da execução em primeiro grau, ou com sua satisfação ou com o reconhecimento da extinção da obrigação por outro motivo. Caso contrário, o tempo da execução reflete uma média muito mais perniciososa em termos de efetividade, pois consideraria *sentenças* proferidas na liquidação e no julgamento da impugnação ao cumprimento de sentença, decisões muito raramente dotadas de alguma efetividade em termos de concretização do direito material.

A solução dada pelo relatório aparece clara na explicação da metodologia para cálculo do tempo do processo/fase de execução, optando-se claramente pela última sentença aí proferida: *Importante esclarecer que a apuração dos tempos médios se deu pela avaliação da duração em cada fase ou instância. Por exemplo, na execução, conta-se o tempo a partir do início da execução ou liquidação ou cumprimento, até a data da última sentença em execução.* (grifos nossos, p. 125). Portanto, consideraram-se as sentenças terminativas da execução, seja em razão da satisfação da obrigação, seja pela extinção do processo por qualquer outro motivo (como em alguns casos de provimento total dos embargos/impugnação ou de exceção/objeção de pré-executividade).

⁵⁹ Discordamos, portanto, da sugestão do próprio relatório, no sentido genérico de que os processos do estoque são naturalmente mais morosos (p. 128). Nosso sentir, repetimos, é no sentido de que a maioria dos processos do estoque são efetivamente *processos com relação processual triangularizada*, que passaram pela análise das condições da ação e dos pressupostos processuais. Isso significa que o judiciário tem dificuldade de lidar com qualquer processo hígido, não somente os do *estoque* atual.

Gráfico 9 - Tempo médio de tramitação dos processos pendentes no primeiro grau (exceto juizados especiais): execução vs. conhecimento⁶⁰



Mais uma vez tomando como exemplo a Justiça estadual, o tempo médio da execução/cumprimento de sentença dos processos em estoque é de incríveis 8,9 anos, contra 4,3 anos das execuções/cumprimentos de sentença que receberam sentença em 2015. Isso mostra como ambas as médias são distorcidas. De outro lado, os dados também trazem a certeza de que a efetivação do provimento jurisdicional no Brasil é realmente problemática. Como comprovaremos ao longo deste trabalho,⁶¹ esse é um dos campos mais férteis para aplicação da nova configuração do princípio da cooperação.

1.1.2.1 Justiça estadual

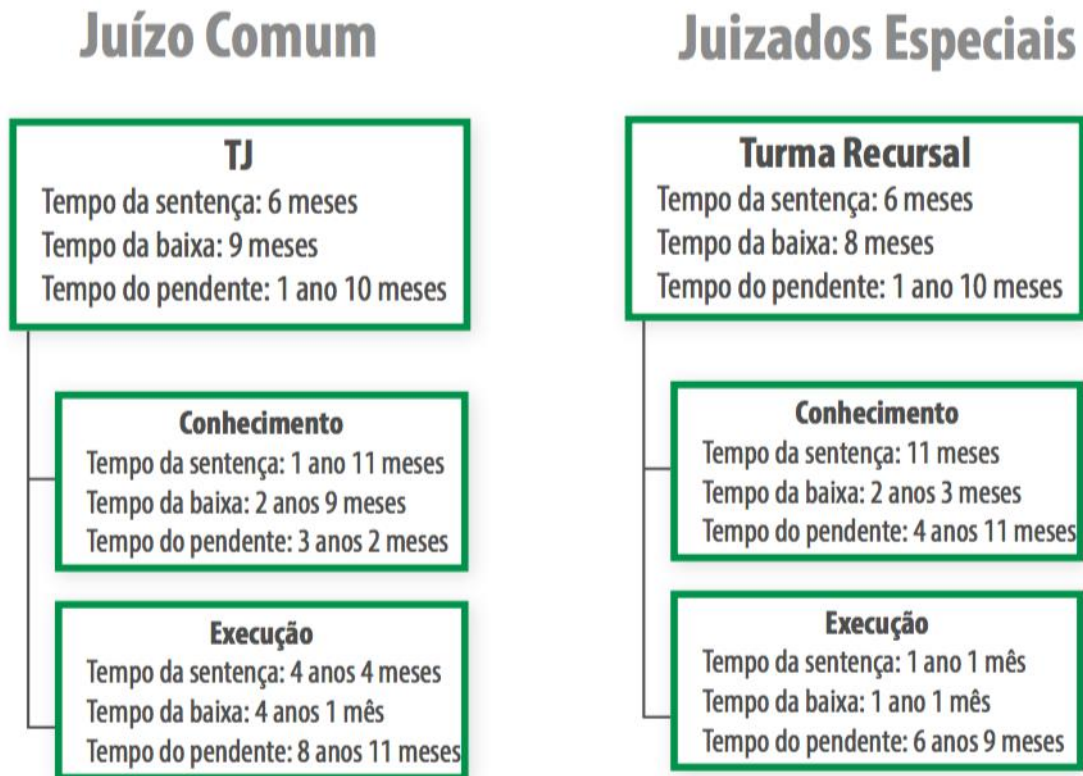
Para além das dificuldades metodológicas já apresentadas, o estudo do tempo do processo na Justiça estadual envolve dois outros obstáculos: a imensa gama de diferentes procedimentos e temas de processo existentes neste ramo e a disparidade de desempenho entre os 27 tribunais de justiça. Não obstante, algumas lições podem ser deduzidas dos números que apresentaremos.

O diagrama da figura 1 descortina um panorama do tempo médio do processo em cada uma das instâncias, incluídos os juizados especiais.

⁶⁰ p. 71

⁶¹ Principalmente no capítulo 10, seção 10.2 (A efetividade das decisões judiciais como fundamental ao ambiente cooperativo do processo: cooperação na execução).

Figura 1 - Tempo médio de tramitação processual⁶²



O diagrama separa os tempos do *juízo comum* e dos *juizados especiais*, contemplando todas as instâncias da Justiça estadual. Cada *caixa* apresenta três médias de tempo: (i) tempo para proferimento de sentença; (ii) tempo para baixa; (iii) tempo médio do acervo pendente.

Como já havíamos adiantado, o tempo do acervo pendente é bem superior à média de tempo do acervo baixado e, obviamente, aumentará ano a ano caso as taxas de congestionamento continuem altas. A diferença entre *tempo de baixa* e *tempo de sentença* decorre do fato de que prolação de sentença e *baixa* são eventos distintos, ainda que a *baixa*, ou seja, a saída do processo do estoque de uma determinada instância, dependa da sentença. Ocorre que muitas vezes a sentença é proferida em um ano e a baixa dá-se no ano seguinte. Como as médias são anualizadas, pode acontecer de o tempo médio de baixa ser inferior ao tempo médio de proferimento de sentença. Por isso, não nos debruçaremos sobre os tempos de *baixa*, mas sim sobre os tempos médios do proferimento de sentença e do acervo pendente.

O diagrama deixa clara a inefetividade dos juizados especiais estaduais. O tempo médio do seu acervo de execução é de seis anos e nove meses, ainda que o tempo médio de produção de sentença na execução seja de um ano e um mês, ou seja, bem inferior ao tempo do juízo

⁶² P.126

comum. Nossa intuição aqui é no sentido de que essa diferença no tempo da execução não decorre de alguma peculiaridade procedimental executiva relevante nos juizados, senão do fato de que a *patológica* morosidade das execuções fiscais, que tramitam apenas nos *juízos comuns*, eleva muito aquela média. Outro fator que pode ter influenciado essa diferença é o número de execuções contra a Fazenda Pública existentes nas duas esferas, já que os Juizados Especiais da Fazenda Pública ainda são muito recentes.⁶³

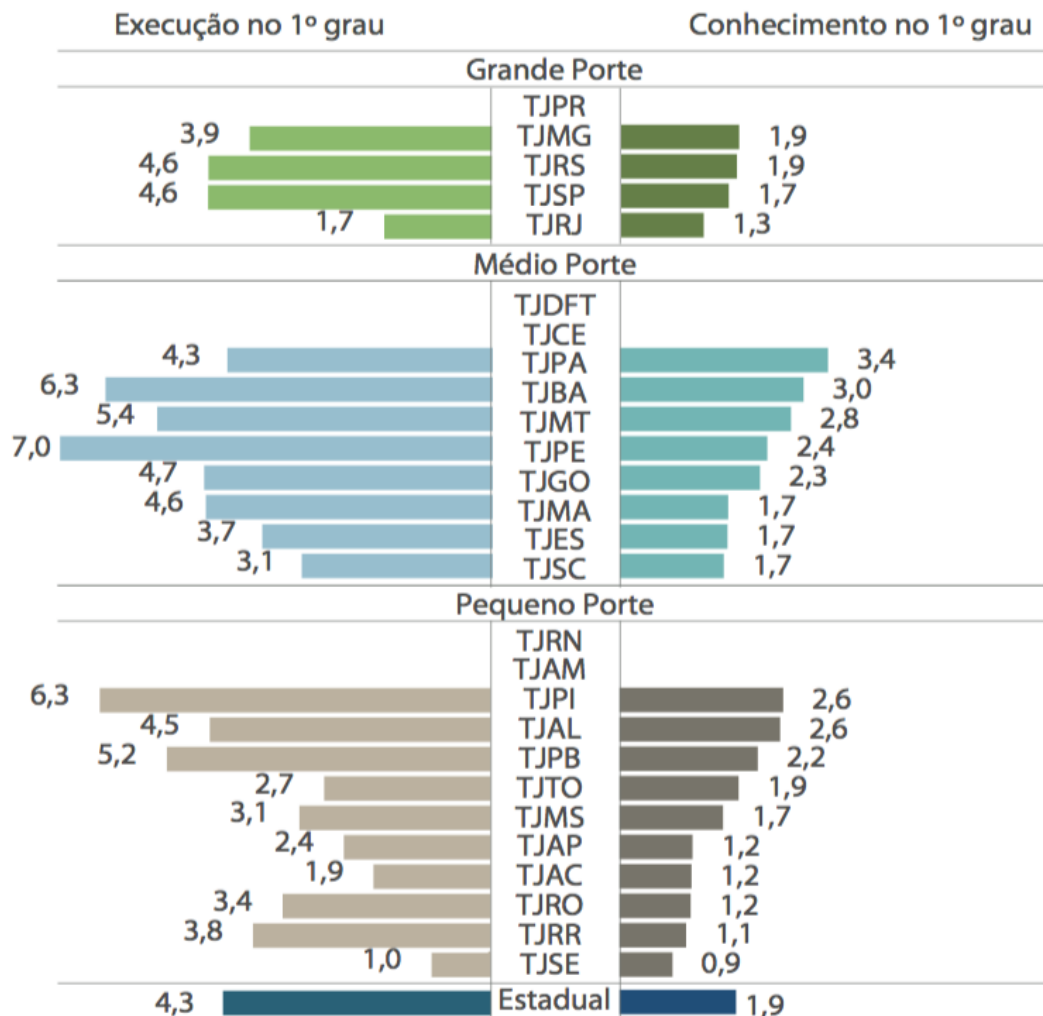
Por fim, é notável a semelhança das médias gerais de tempo entre os tribunais de justiça e as turmas recursais dos juizados especiais. Se a ideia era construir uma justiça mais célere para as pequenas causas, isso não parece acontecer, ao menos na fase recursal.

O gráfico 10 mostra a disparidade de celeridade para prolação de sentença na primeira instância entre os tribunais de justiça, que aqui foram agregados em três grupos: tribunais de grande, médio e pequeno porte.⁶⁴

⁶³ Em verdade, os juizados estaduais da fazenda pública foram criados pela Lei 12.153/2009, e seu tempo de instalação variou bastante de estado para estado. O prazo legal de instalação era de dois anos da data da vigência da nova lei (art. 22). Afora o respeito ao prazo, o volume relativo de juizados instalados variou bastante de estado para estado. Na prática, na maior parte dos casos os tribunais apenas *investiram* os juízos comuns nessa nova competência, determinando que novos processos contra a Fazenda Pública que se enquadrassem na competência dos Juizados passariam a observar aquele procedimento. Por todos, vide a Resolução 700/2012 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, art. 2o. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/re07002012.pdf> - acesso dia 02.02.2017. No TJ baiano, por exemplo, as primeiras unidades vieram apenas em abril de 2015, após, inclusive, pedido de providências do CNJ emitido a todos os tribunais de justiça para cumprimento do disposto no citado art. 22. Disponível em <http://sintaj.org/juizado-especial-e-instalado-para-desafogar-processos-nas-varas-da-fazenda-publica/> - acesso em 02.02.2017.

⁶⁴ De acordo com o CNJ, “Para a classificação dos tribunais em portes, utiliza-se a técnica estatística de análise multivariada denominada análise de componentes principais. A partir da sua aplicação, passa a ser possível reduzir o número de dimensões em análise. No caso específico, quatro variáveis são sintetizadas em apenas um fator (score) obtido por meio de uma combinação linear das variáveis originais. As quatro variáveis utilizadas no cálculo do score foram: despesa total da Justiça, total de processos que tramitaram, total de magistrados e força de trabalho.” Op. Cit., P. 7.

Gráfico 10 - Tempo médio da sentença nas varas: execução vs. conhecimento⁶⁵

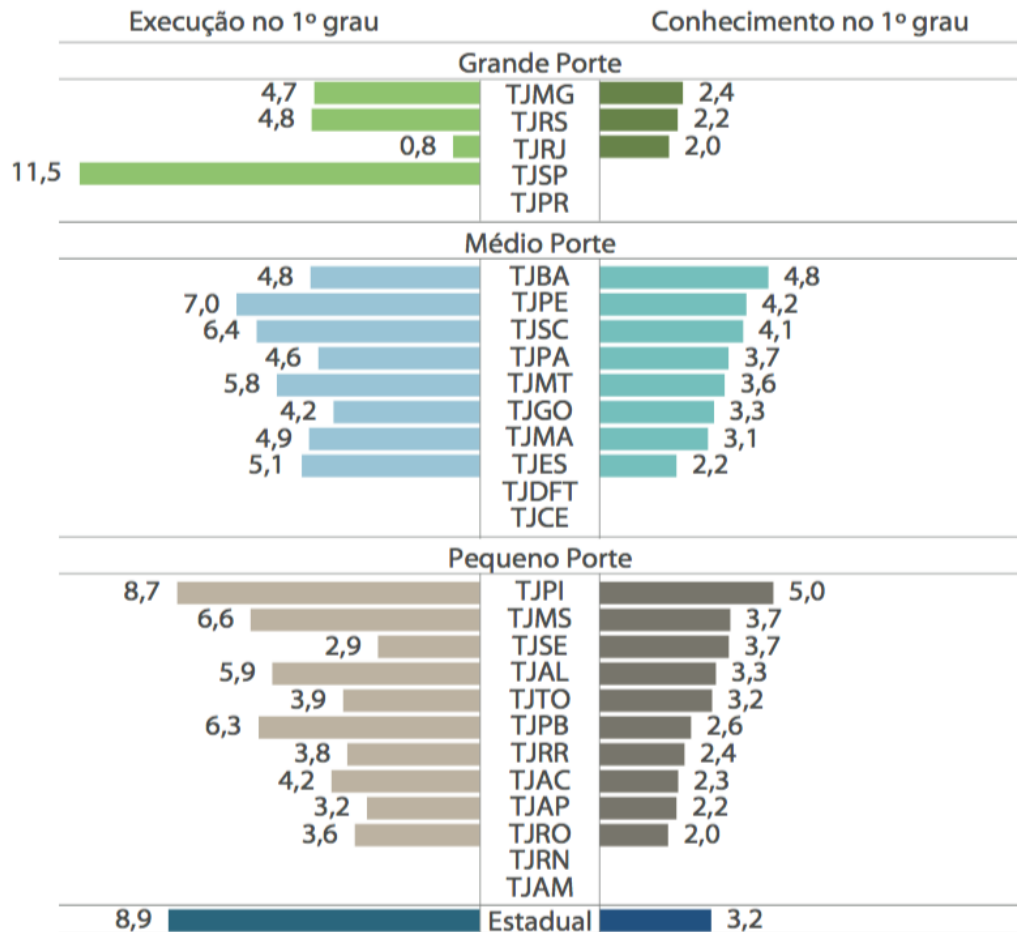


Nem todos os tribunais apresentaram dados sobre tempo do processo ao CNJ. Todavia, daqueles que apresentaram, destacam-se positivamente o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, cuja média de tempo para prolação de sentença em primeiro grau é de 1,3 ano, e o Tribunal do Sergipe, com média de 0,9 ano. Do lado negativo do desempenho figuram o Tribunal da Paraíba, que tem média de 3,4 anos, o do Piauí (2,6 anos) e o da Bahia (3 anos). A mesma magnitude de disparidade entre tribunais revela-se no tempo da execução, como se pode observar pelas barras do lado esquerdo da tabela.

Discrepância equivalente, mas com média de morosidade bem mais alta, pode ser verificada no gráfico 11, que compara o tempo médio dos processos do acervo pendente dos tribunais nas fases de execução/cumprimento de sentença e de conhecimento.

⁶⁵ Relatório CNJ, op. cit. p. 126

Gráfico 11 - Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nas varas: execução vs. conhecimento⁶⁶

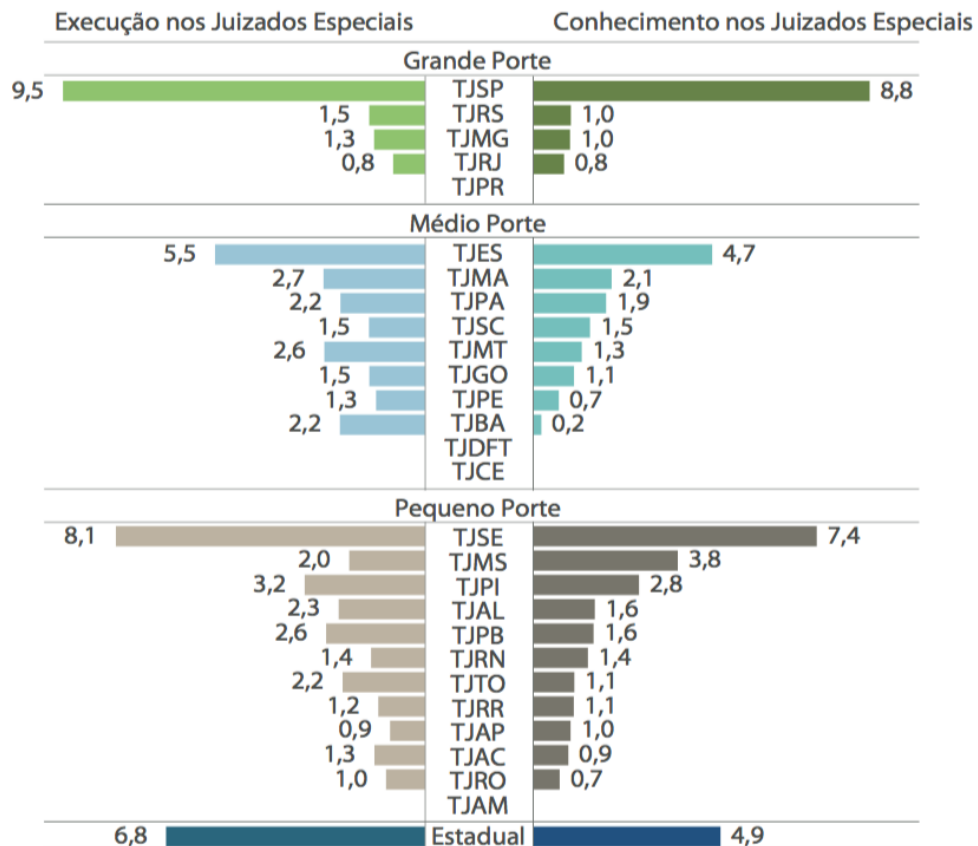


Como podemos observar no gráfico 12, a situação é parecida nos juizados especiais, onde o tempo de tramitação do acervo é altíssimo, ainda que comparado com o tempo do acervo das varas. Isso mostra que mesmo iniciativas de acesso à justiça dependem de cálculos ponderados com olhos na efetividade do processo, sob pena de construção de um paradoxo kafkiano no qual *o acesso à justiça* diminui ou dificulta o próprio *acesso à justiça*.⁶⁷

⁶⁶ Relatório CNJ, op. cit. p. 129

⁶⁷ Porque de nada adianta permitir que todos adentrem os portões da justiça para logo em seguida trancafiá-los nos corredores empoeirados por lustros ou décadas, a espera do provimento jurisdicional efetivo. Acesso à Justiça não pode ser uma mera promessa. Como afirma Yarshell, *Só há sentido e se falar em direito à jurisdição se ao processo se a atuação estatal [...] for tempestiva*, Op. cit. P. 90. O tema será novamente explorado no capítulo 3, *Matrizes teóricas da análise econômica do processo e deste trabalho* (seção 3.1.1) e no capítulo 7, *Primeiras soluções cooperativas* (seção 7.2.).

Gráfico 12 - Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nos juizados especiais: execução vs. conhecimento⁶⁸



É verdade que as divergências regionais mais uma vez têm de ser levadas em consideração. Todavia, os números do Tribunal de Justiça de São Paulo, o maior tribunal do país, revelam a falência dos juizados especiais na média de 8,8 anos de duração do estoque atual de processos na fase de conhecimento e de 9,5 anos na fase de execução.

De outro lado, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro apresenta aparente celeridade, com prazos inferiores a um ano no estoque pendente, mostrando uma baixa taxa de congestionamento. Ainda assim, não temos dados para analisar se as sentenças proferidas, em sua maioria, garantiram e efetivaram direitos ou se há apenas uma política de *baixar processos* pelo reconhecimento indiscriminado de nulidades, em violação ao princípio da colaboração, como veremos mais à frente.⁶⁹

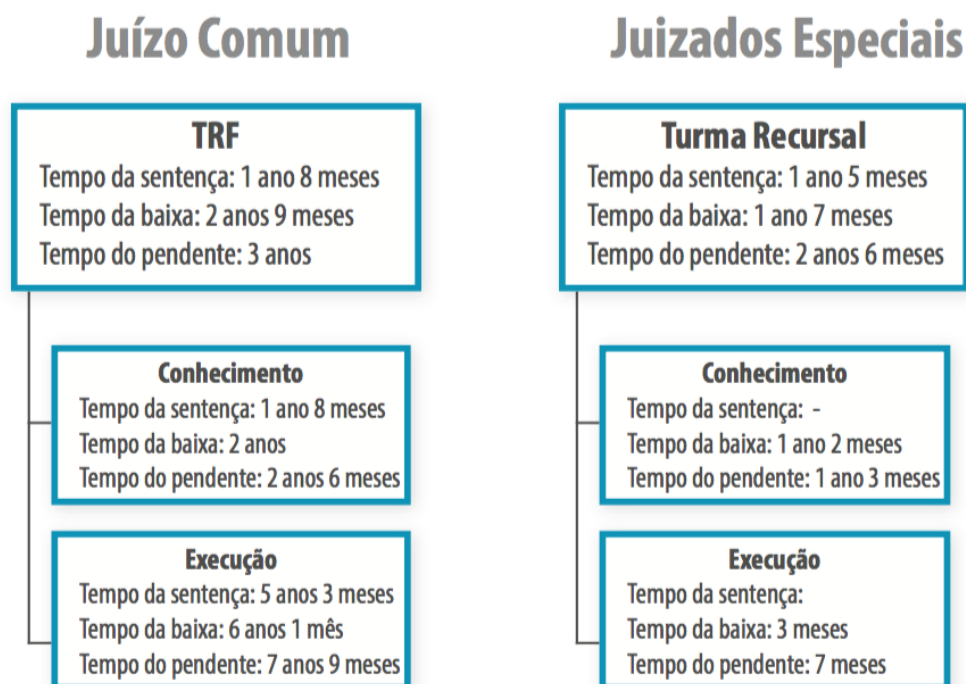
⁶⁸ p. 129.

⁶⁹ A “eficiência” do TJ/RJ foi comprovada no excelente trabalho empírico de Luciana Yeung, no qual, utilizando análise comparativa a entre todos os tribunais de justiça do Brasil, o TJ/RJ, junto ao TJ/RS, figurou como o mais eficiente. YEUNG, Luciana e AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Além dos “achismos” e das evidências anedóticas: medindo a eficiência dos tribunais brasileiros*, in Econ. Apl. vol.16 no.4 Ribeirão Preto oct./dec. 2012. Em versão mais atualizada da pesquisa, ainda não publicada, a autora alcança conclusões semelhantes: YEUNG, Luciana L. *Measuring efficiency of Brazilian courts: one decade after*, 2017, Código WPE-375, Disponível em:

1.1.2.2 Justiça Federal

Ressalvadas as dificuldades metodológicas já apontadas na seção anterior, o panorama do tempo médio do processo em todas as instâncias da Justiça Federal, incluídos os juizados especiais federais, está bem espelhado no diagrama da figura 2:

Figura 2 - Tempo médio de tramitação processual⁷⁰



Posto que não seja idêntica, a análise aqui é semelhante àquela que elaboramos para a Justiça estadual. O tempo médio dos processos terminados é quase sempre inferior ao do acervo, ressalvado o caso do processo de conhecimento na primeira instância dos juizados especiais.⁷¹ Sendo que as taxas de congestionamento são bastante altas, a tendência aqui é de aprofundamento do problema ao longo dos anos.

<https://www.insper.edu.br/working-papers/working-papers-2017/measuring-efficiency-of-brazilian-courts-one-decade-after/>

⁷⁰ P. 244.

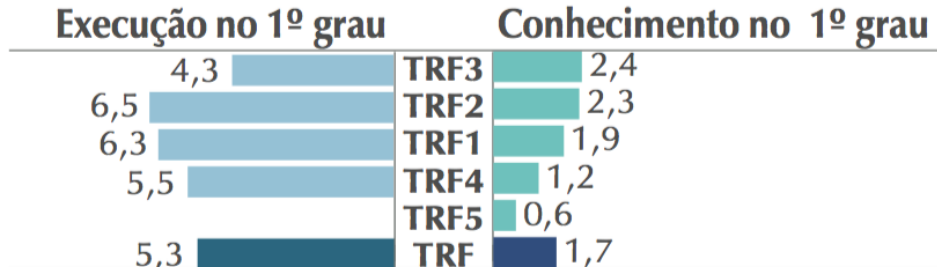
⁷¹ Note-se que nesse caso o relatório não traz dados sobre o *tempo de sentença*, mas apenas sobre o *tempo de baixa*. Assim, o tempo médio de baixa é de 1 ano e 2 meses na fase de conhecimento, enquanto o tempo médio do acervo pendente é de 1 ano e 3 meses. No geral essas diferenças são muito maiores, beirando o dobro nos TRF's (1,8 anos para *sentença* e 3 anos para a média do acervo)

A inefetividade dos juizados especiais é novamente patente, ao menos na fase de conhecimento e nas turmas recursais, estas últimas com números bem próximos aos dos tribunais regionais federais (TRFs). A diferença está na fase de execução, onde realmente verifica-se grande disparidade em termos de celeridade em relação ao juízo comum, tanto no tempo de baixa (3 meses contra 6 anos e 1 mês) quanto no tempo médio do acervo pendente (7 anos e 9 meses contra 7 meses). Parte dessa diferença pode ser explicada em razão das execuções fiscais, que são extremamente ineficientes e não tramitam nos juizados especiais.

Comparando com a média do *juízo comum* da Justiça estadual, notamos uma segunda instância ainda mais morosa (com quase o triplo do tempo médio para proferir *sentença*); uma primeira instância semelhante, mas com taxa de congestionamento inferior (por ter menor média de tempo para processos pendentes); e uma fase de execução/cumprimento de sentença também mais morosa, ainda que com taxa de congestionamento mais baixa.⁷²

As discrepâncias entre os tribunais regionais federais existem, mas não são tão profundas quanto as dos tribunais de justiça. O gráfico 13 ilustra essa realidade.

Gráfico 13 - Tempo médio da sentença no primeiro grau: execução vs. conhecimento⁷³



Em execução, a diferença máxima para proferimento de sentença é de 2,1 anos, verificada entre os TRFs 3 e 2. Já na fase de conhecimento, o máximo da discrepância dá-se nos tempos para proferimento de sentença na primeira instância entre os TRFs 5 e 3, com 1,8 ano. Para facilitar a comparação, lembramos que, entre os tribunais de justiça, as diferenças chegavam a 6 anos na execução e a 2,5 anos na fase de conhecimento.

Quanto ao acervo dos juizados especiais federais, a situação não parece ser tão grave, com prazos médios bem baixos se comparados com o acervo do *juízo comum*, conforme

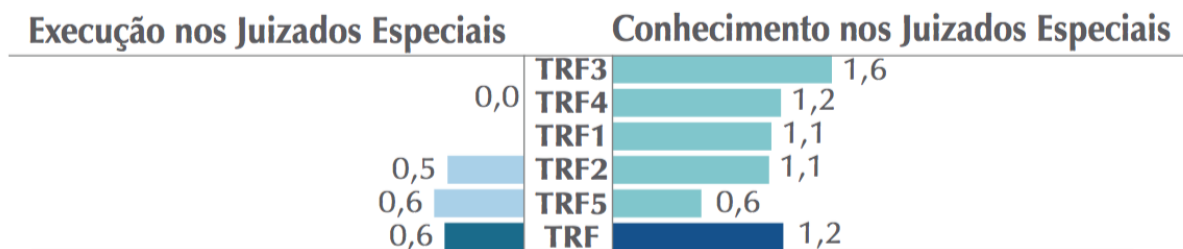
⁷² Aqui o tempo da sentença é de 5 anos e três meses, contra 4 anos e 4 meses na justiça estadual, enquanto que o tempo médio do processo pendente é de 7 anos e 9 meses, contra 8 anos e 11 meses da justiça estadual.

⁷³ p. 244

demonstra o gráfico 14. Lembramos, todavia, que essa bonança não se reproduz nas turmas recursais, onde a situação já é bem pior, com um tempo médio de acervo de 2,5 anos.

Infelizmente os dados sobre o acervo da execução estão bastante incompletos, mas os números existentes apontam para uma média de tempo de apenas 0,6 ano, ao menos para os TRFs 2 e 5.⁷⁴

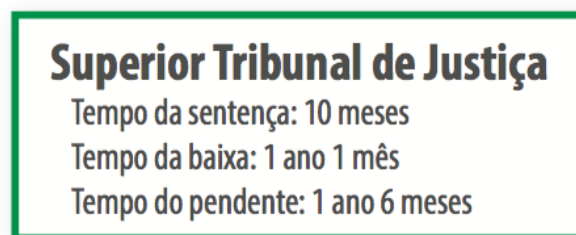
Gráfico 14 - Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nos juizados especiais: execução vs. conhecimento⁷⁵



1.1.2.3 Superior Tribunal de Justiça

Consideradas as mesmas dificuldades metodológicas já apontadas, a situação do tempo do processo no STJ está resumida no diagrama da figura 3.⁷⁶

Figura 3 - Tempos médio de tramitação processual no Superior Tribunal de Justiça



A análise aqui é bem mais simples, tendo em vista tratar-se de uma única corte e instância, ainda que os dados misturem processos de competência originária e recursal, o que impede estudos mais precisos e minuciosos. Os padrões já observados, no entanto, repetem-se.

⁷⁴ p. 246

⁷⁵ p. 246

⁷⁶ p. 353

O tempo para proferimento de *sentença* (no caso, a decisão colegiada ou monocrática que induz a *baixa* do processo daquela corte) é de 10 meses, enquanto que a média de tempo do acervo pendente é de quase o dobro, ou seja, 1 ano e 6 meses. Ainda que a taxa de congestionamento do STJ venha diminuindo, ela ainda é alta, o que aponta para o aprofundamento dessa diferença.

Lembremos, por fim, que o uso da chamada *jurisprudência defensiva*⁷⁷ pelo STJ vem provocando o sistemático não conhecimento de recursos especiais e agravos naquele tribunal, na maior parte das vezes por decisões monocráticas. Pois bem, todas essas *decisões terminativas* entram no cálculo do tempo médio que o SJT leva para decidir, distorcendo sobremaneira as médias acima.

Note-se que nesse tribunal há pouquíssimas execuções,⁷⁸ motivo pelo qual a análise ficou restrita ao conhecimento. Infelizmente não há dados separados sobre o tempo dos recursos especiais, dos recursos ordinários e dos processos de competência originária.

1.1.2.4 Supremo Tribunal Federal

O relatório do CNJ não traz qualquer dado sobre o STF, motivo pelo qual a análise abaixo tem por suporte números encontrados no site do próprio tribunal e nos relatórios do projeto “O Supremo em números”, da Fundação Getulio Vargas.

A única informação realmente relevante sobre tempo do processo encontrada diretamente no site do tribunal diz respeito ao número de repercussões gerais reconhecidas e julgadas ao longo dos últimos 10 anos,⁷⁹ que, como vimos, em 2016 apontava um prazo de 14 anos para solução do estoque de repercussões pendentes de julgamento, desde que nenhuma nova repercussão geral fosse reconhecida daí em diante.⁸⁰

A análise do tempo do processo no Supremo é qualitativamente mais complexa que a de outros tribunais. Isso porque, como já visto, essa corte funciona ora como corte constitucional, ora como corte revisora e ora como corte ordinária. Além disso, graças à EC n.

⁷⁷ “[...] consiste na criação de entraves e pretextos excessivamente formais e burocráticos para impedir o conhecimento dos recursos especiais² que lhe são dirigidos, obstando a análise do mérito.” VAUGHN, Gustavo Fávero. *A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual*. Revista de Processo | vol. 254/2016 | p. 339 - 373 | Abr / 2016 | DTR\2016\19694 - Ed. Revista dos Tribunais. São Paulo. P. 339

⁷⁸ Apenas aquelas decorrentes de causas de competência originária (CPC/2015, art. 516, I), e mesmo assim, com possibilidade de delegação do cumprimento de medidas executivas a juízos de primeiro grau.

⁷⁹ Ou seja, entre 2007 e 2017.

⁸⁰ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-05/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo>, acessado em 10/01/2017.

45/2004 e ao novo Código de Processo Civil (CPC/2015), reforçou-se o papel do STF de corte emissora de precedentes vinculantes responsável por uniformizar a interpretação de normas constitucionais para todo o Poder Judiciário, em todas as suas instâncias.⁸¹ O mesmo papel coube ao STJ, no que se refere à legislação federal, e para tanto o CPC/2015 teve importância equivalente.

Os números abaixo apresentados referem-se a base de dados atualizada até 2013 e, ressalvados os dados sobre duração de processos com liminares deferidas, não há informação sobre a média de tempo do acervo pendente. Como vimos, todavia, há fortes motivos para que essa média sempre seja superior àquela do *acervo baixado*.

O tempo médio de um processo no STF, até seu trânsito em julgado,⁸² é de 330 dias,⁸³ ou seja, praticamente um ano. Essa média varia muito a depender do tipo de processo, já que, como vimos, nossa Corte Suprema exerce várias funções simultâneas.

Enquanto corte que realiza controle concentrado de constitucionalidade, o STF tinha em 2013 as seguintes médias de prazo para julgamento definitivo: 5,3 anos para a ação direta de inconstitucionalidade (ADI); 2,7 anos para a ação direta de descumprimento de preceito fundamental (ADPF); e 3 anos para a ação direta de constitucionalidade (ADECON).⁸⁴

No papel de corte originária, o STF tinha em 2013 média de tempo de: 1,7 ano para julgamento definitivo de mandado de segurança (MS); 1,4 ano para mandado de injunção (MI); e 310 dias para *habeas corpus* (HC).

No papel de corte revisora,⁸⁵ o STF levava em 2013 uma média de 379 dias para decidir um recurso extraordinário (RE) em caráter definitivo e 281 dias para fazer o mesmo com um agravo de instrumento (AI).⁸⁶ O agravo em recurso extraordinário, modalidade de acesso

⁸¹ Parece ser essa a tendência da jurisprudência do próprio STF a respeito do tema. Na doutrina de direito processual civil pós CPC/2015 esse também é o entendimento majoritário, ainda que haja posições em sentido contrário. O tema da força dos precedentes será tratado mais à frente, em item próprio.

⁸² Lembrando que o STF é a última instância, mas nem todo o processo transita em julgado no Supremo, porque, por exemplo, pode haver anulação de acórdão via Re e remessa à instância de origem, evento que parece não foi considerado individualmente pelo relatório da FGV.

⁸³ FGV, p. 17.

⁸⁴ FGV, p. 18.

⁸⁵ Como vimos, nos dias atuais, o papel revisor do STF tem a mesma importância de suas decisões como Corte Constitucional, tendo em vista o caráter vinculante de seus precedentes.

⁸⁶ Cabível antes das alterações ao CPC/1973 promovidas pela Lei 12.322/2010. Com a atual redação do art. 1.042 do CPC/2015 o número de agravos para o STF ou para o STJ deve cair bastante (“Art. 1.042. Cabe agravo contra decisão do presidente ou do vice-presidente do tribunal recorrido que inadmitir recurso extraordinário ou recurso especial, salvo quando fundada na aplicação de entendimento firmado em regime de repercussão geral ou em julgamento de recursos repetitivos”).

forçado após reforma do Código de Processo Civil revogado (CPC/1973),⁸⁷ era de 133 dias naquela data.⁸⁸

Vale ainda ressaltar que o tempo do processo aumenta muito no caso de feitos com liminares deferidas. O tempo entre o deferimento de uma liminar e sua confirmação ou reversão final é de 653 dias, sendo de 6,2 anos nas ADIs. Note-se que, para liminares ainda vigentes, quando da coleta dos dados em 2013, a média de duração dos processos era de incríveis 6,6 anos.⁸⁹ Este é um número muito relevante que praticamente confirma nossa intuição no sentido de que o tempo médio do acervo pendente no STF segue a tendência dos demais tribunais, ou seja, será sempre bastante superior à média temporal dos processos *baixados*.

1.1.3 Recorribilidade

Após análise do estoque e do tempo dos processos em todas das instâncias da Justiça brasileira, passemos à análise dos índices de recorribilidade das decisões judiciais. A ideia aqui é, através dos dados divulgados pelo último relatório do CNJ, identificar traços de eventual relação entre recorribilidade e ineficiência. Dizemos *traços* porque a análise completa depende de uma abordagem teórico-econômica que levará em conta a relação entre as externalidades positivas e negativas do uso dos recursos,⁹⁰ sempre sob o lúmen do princípio da cooperação a reger o comportamento dos atores processuais.

O relatório do CNJ utiliza critérios diferentes para calcular o índice de recorribilidade de cada *Justiça*, mas ainda assim apresenta um índice agregado. O relatório vale-se ainda dos conceitos de *recorribilidade interna* e *externa*, diferenciando o tipo de recorribilidade de acordo com o órgão para o qual o recurso é dirigido.

Assim, *recorribilidade interna* contempla recursos direcionados ao mesmo órgão prolator da decisão, ou a órgão qualificado com competência horizontal de revisão.⁹¹ É o caso dos embargos de declaração (EDcl), dos finados embargos infringentes e dos agravos internos

⁸⁷ Art. 544 do CPC/73, introduzido pela Lei 12.322/2010.

⁸⁸ FGV p. 18.

⁸⁹ FGV p. 14

⁹⁰ Como veremos no capítulo 10, a externalidade negativa aqui é o aumento da carga de trabalho dos tribunais, os custos e a morosidade daí decorrentes. A externalidade positiva é a diminuição do *erro* nas decisões judiciais. A forma como esses elementos relacionam-se é contraintuitiva e será analisada mais detidamente naquele capítulo.

⁹¹ Existe alguma imprecisão técnica no relatório do CNJ ao conceituar *recorribilidade interna* como *o resultado da relação entre o número de recursos endereçados ao mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida e o número de decisões por ele proferidas no período de apuração. Neste índice são considerados, por exemplo, os embargos declaratórios e infringentes, os agravos internos e regimentais* - p. 46. Note-se que, para o relatório, embargos infringentes são recurso endereçado ao *mesmo órgão jurisdicional prolator da decisão recorrida*, o que sabemos não ser verdade.

(AgInt). Os índices apresentados são o resultado entre o total de decisões potencialmente recorríveis por um desses recursos e o número de recursos efetivamente apresentado.

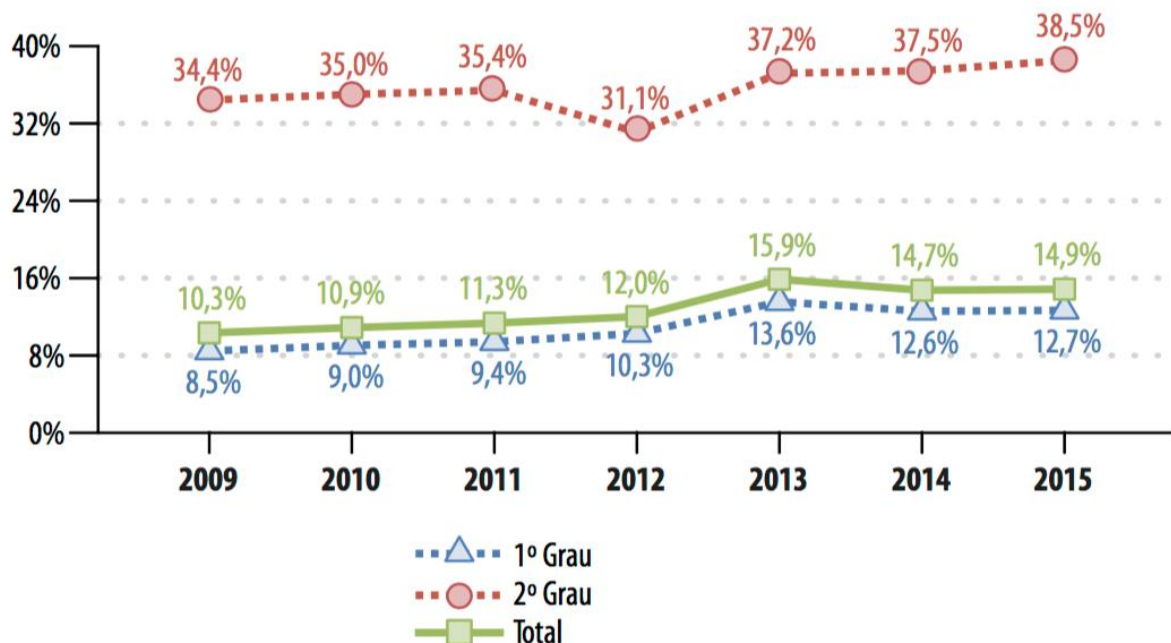
Já o índice de *recorribilidade externa* apresenta a mesma razão recurso potencial/recurso interposto, mas considerando apenas decisões passíveis de recursos para instâncias superiores ou para as turmas recursais. Contemplam-se aqui a apelação, o agravo de instrumento (AI), os recursos ordinário (RO), especial (REsp) e extraordinário (RE), além do recurso inominado dos juizados especiais.⁹²

O relatório apresenta, inicialmente, números gerais e contesta a percepção corrente de que há recursos em excesso prejudicando a celeridade da prestação jurisdicional.

Afirma o estudo que, em 2015, foram interpostos 5,2 milhões de recursos no Brasil, com índice geral de recorribilidade externa de *apenas* 14,9%, e de recorribilidade interna de *apenas* 9,6%.⁹³

A série histórica mostra esses indicadores relativamente estáveis ao longo do tempo. No entanto, preocupa o aumento da recorribilidade externa em segunda instância por três anos consecutivos, o que significa aumento de demanda recursal para as instâncias superiores.⁹⁴

Gráfico 15 - Série histórica da recorribilidade externa no Poder Judiciário⁹⁵



⁹² p. 46

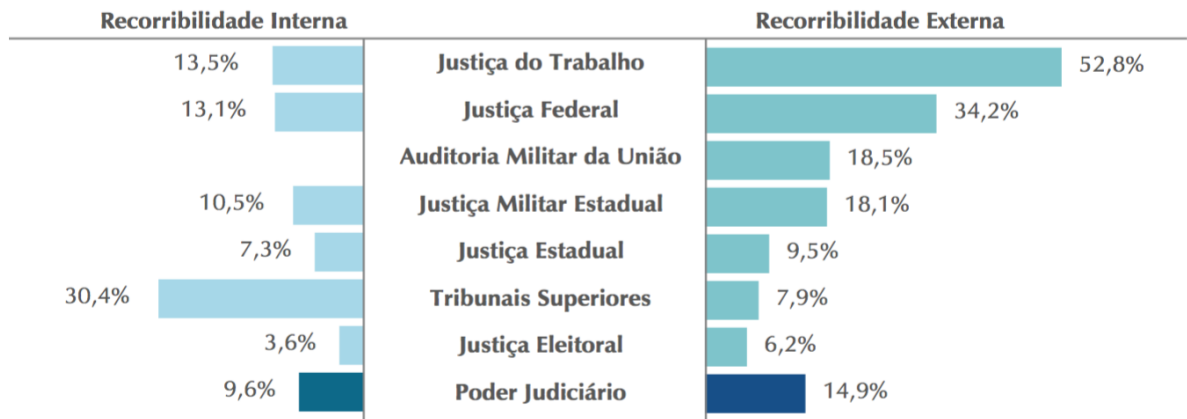
⁹³ p. 46

⁹⁴ p. 58

⁹⁵ p. 58

Por segmento de justiça, os índices de recorribilidade interna e externa estão representados no gráfico 16.

Gráfico 16 - Indicadores de recorribilidade interna e externa do Poder Judiciário, por justiça⁹⁶



A explicação para a disparidade dos índices entre os ramos da justiça está, segundo o relatório, no denominador considerado de *decisões recorríveis* e em peculiaridades de cada um desses ramos.

Entendemos que o método de cálculo (decisões recorríveis vs. recursos efetivamente interpostos) é correto. Todavia, dado o método, considerar números como 34,5% de recorribilidade externa na Justiça Federal, 30,4% de recorribilidade interna nos tribunais superiores (excluído o STF), ou mesmo os *apenas* 9,5% de recorribilidade externa na Justiça estadual como *percentuais baixos* e distintos do senso comum sobre o sistema recursal brasileiro é, para nós, um erro grosseiro.

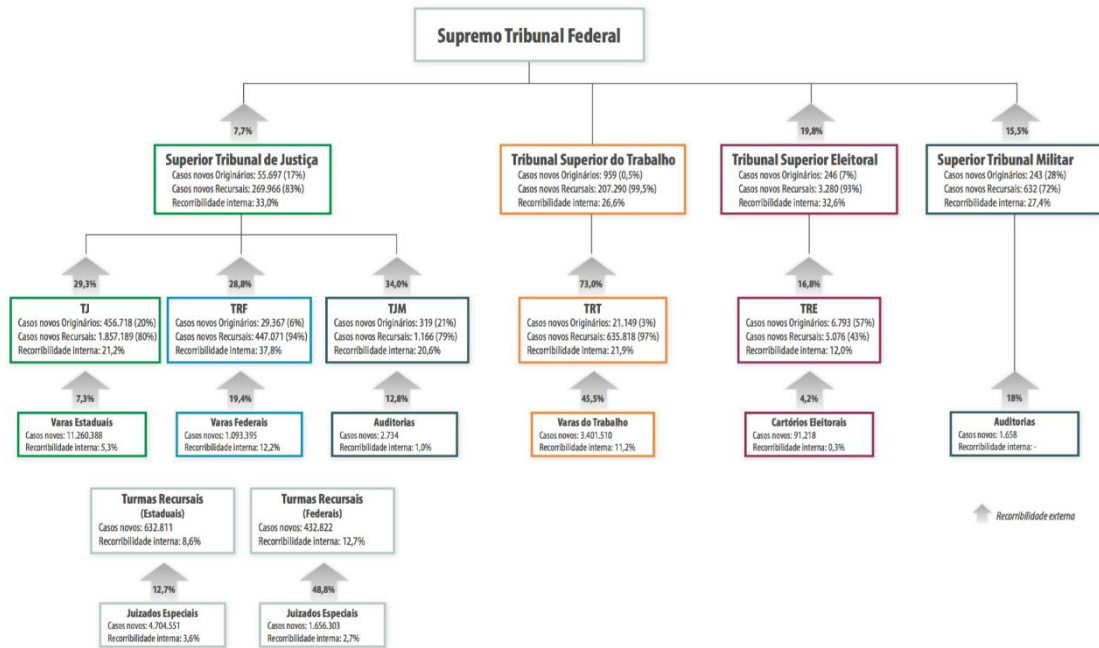
Primeiro porque a *recorribilidade em tese* difere da *recorribilidade na prática*. Recursos têm outros requisitos de admissibilidade para além do *cabimento*. De outro lado, o amplo cabimento de recursos como embargos de declaração distorce nossa percepção sobre esses números. É que todas as decisões interlocutórias e sentenças são *embargáveis*. Assim, afora os despachos, qualquer pronunciamento judicial, monocrático ou colegiado, é *recorrível* e, mesmo assim, os percentuais de recorribilidade variaram entre 9,5% e 34,2% nos ramos de justiça que interessam ao nosso trabalho.⁹⁷

⁹⁶ p. 47

⁹⁷ No âmbito da Justiça Federal a situação é ainda mais grave do que parece. No índice de 34,2% de recorribilidade externa não estão computados os processos que subiram aos tribunais por reexame necessário, algo comum em

De outro lado, como mostra o diagrama da figura 4,⁹⁸ a quase totalidade da carga de trabalho dos tribunais advém dos recursos a eles direcionados. Fica claro, portanto, o papel que os recursos desempenham na *conta* da morosidade, como vimos na seção anterior.

Figura 4 - Taxas de recorribilidade externa



Por fim, em números absolutos, mais de 5 milhões de recursos para uma força de trabalho infinitamente inferior à da primeira instância coloca em xeque o papel *corretivo* desse instrumento, apontando, como veremos, para um cenário de terra do *faz de conta*, em que índices mirabolantes de produtividade por ministro ou desembargador indicam a total impossibilidade de que tais decisões tenham sido tomadas com alguma capacidade reflexiva superior à do órgão prolator da decisão recorrida.

Em resumo, o relatório classifica como baixos os índices de recorribilidade simplesmente porque parte da premissa de que o recurso é a regra.⁹⁹ Nossa posição,

razão da constante presença do Poder Público em um dos polos da demanda. (p. 225). Os altos índices da Justiça Federal e as disparidades entre os índices dos tribunais de justiça não estão explicados no relatório. Nossa intuição, todavia, é de que as *custas* recursais desempenham aqui papel fundamental. Lembre-se que a fazenda pública tem isenção de custas na Justiça Federal e de que os valores de custas são diferentes entre os Tribunais de Justiça. Ao tratar do princípio da cooperação aplicado aos recursos, voltaremos a esse tema com mais profundidade. Mesmo o índice de 7,7% de recorribilidade externa do STJ para o STF parece-nos alto. É que aqui, mesmo com o filtro da repercussão geral, 7,7% de todas as decisões terminativas do STJ foram efetivamente atacadas por recurso extraordinário para a Corte Suprema, gerando imensa carga de trabalho para cada um dos seus 11 ministros, como vimos no item sobre o panorama numérico no STF.

⁹⁸ p. 48

⁹⁹ p. 101

diametralmente oposta, considera que a interposição de recursos deveria ser a exceção. Para alterar essa dura realidade, muitas mudanças são necessárias, mas pensamos que o desenho correto do princípio da cooperação pode colaborar bastante, principalmente pela criação de um ambiente cooperativo que desestimule o uso dos recursos.¹⁰⁰

1.1.4 A execução é o grande vilão?

Se existe um senso comum no sentido de que o processo de execução e o cumprimento de sentença são verdadeiros *gargalos* da justiça brasileira,¹⁰¹ esse senso foi reproduzido à literalidade no relatório do CNJ do ano de 2016.¹⁰²

Todavia, antes de analisar os números que *suportam* essa conclusão, é necessário precisar um pouco mais a pergunta. Estamos falando de *gargalo* em que sentido? Número demasiado de execuções, tempo muito dilatado para o término do processo ou ainda no sentido de baixa efetividade da execução?

Os três sentidos, claro, são importantes e influenciam-se mutuamente. Um número muito grande de execuções demanda mais tempo de processamento. Execuções longas têm a “efetividade” a perder de vista. *Efetividade a perder de vista* já não é efetividade. Por outro lado, a solução de parte desses problemas pode impactar negativamente as outras partes. Por exemplo, simplesmente extinguir execuções sem efetivar o direito resolve o problema do tempo e do número de processos, mas fere mortalmente a efetividade da execução e do processo de modo geral.

Pensamos que o tal *gargalo* — que, como veremos, efetivamente existe — deve ser abordado e resolvido com olhos na efetividade da execução. Não é essa a abordagem do CNJ, nem poderia ser. Contudo, será essa a abordagem escolhida neste trabalho. Estudaremos a execução como uma *anomalia*, no sentido de que, em um mundo onde decisões judiciais são respeitadas, ela sequer existiria e, portanto, nos patológicos casos de desrespeito a essas decisões, procedimentos executivos devem ser implacavelmente efetivos.¹⁰³

¹⁰⁰ É esse o tema dos capítulos 8 e 10, seção 10.1.

¹⁰¹ Não à toa, *a efetividade do processo é um dos valores centrais do novo direito processual civil brasileiro* - MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. P. 93.

¹⁰² p. 61

¹⁰³ No sentido de que a *efetividade* do processo depende, em grande medida, da *eficiência* da execução: BONIZZI, Marcelo José, Magalhães. **Primeiras impressões sobre a tutela do executado no novo código de processo civil**. In: *O novo código de processo civil*. Vários autores. São Paulo, Ed. Atlas: 2015. P. 292. No sentido da necessidade de uma efetividade implacável, inclusive como atributo do dever de cooperação do magistrado: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz no novo CPC*. **O novo código de processo civil**. Vários autores. São Paulo, Ed. Atlas: 2015. P. 141/142.

Nenhuma dessas duas realidades é hoje encontrada no Brasil, muito pelo contrário. Não se trata, no entanto, de utopia. Buscaremos provar que o princípio da cooperação, com o recorte adequado, pode favorecer o cumprimento das decisões judiciais sem execução¹⁰⁴ (comportamento cooperativo das partes) e, nos casos em que isso não for possível, atuar para que a execução seja célere e efetiva. Consideraremos o processo um jogo com regras específicas que constituem verdadeiros incentivos à colaboração. Essas regras, por sua vez, podem ser decalcadas de uma análise econômica das normas do CPC/2015.¹⁰⁵

Neste momento, todavia, debruçar-nos-emos somente sobre os números do CNJ e de outros relatórios a respeito da execução.

1.1.4.1 Números da execução

O relatório do CNJ informa que, ao final do ano de 2015, havia um estoque de 74 milhões de processos no Poder Judiciário como um todo, dos quais mais da metade (51,9%) referia-se a execuções. Nesse número, todavia, incluem-se todos os ramos da Justiça, bem como as execuções criminais,¹⁰⁶ que não interessam à nossa tese.

Por ramo de Justiça, também “poluídos” com as execuções criminais, os números em termos de percentual *executivo* de acervo são os seguintes: (i) 53,7% do acervo da Justiça estadual; (ii) 50% do acervo da Justiça Federal.

Esses números misturam: processos de execução, fases de cumprimento de sentença, execuções criminais e execuções fiscais.

Sozinhas, as execuções fiscais respondem por incríveis 39% dos casos pendentes em todo o Brasil,¹⁰⁷ com taxa de congestionamento de 92%.¹⁰⁸ As outras modalidades executivas também têm, todas, altas taxas de congestionamento.¹⁰⁹

Ao tratarmos do tempo do processo, vimos que o ônus temporal das execuções é pesadíssimo.¹¹⁰ Para lembrar apenas os dados dos juízos comuns da Justiça Federal, o tempo

¹⁰⁴ Ou, no máximo, dentro do prazo de cumprimento previsto no código, sem a necessidade da imposição de outros meios coercitivos ou expropriatórios.

¹⁰⁵ O tema será o objeto de estudo no capítulo 10, seção 10.2.3 (Execução flexível, *credible threat* e comportamento cooperativo do devedor).

¹⁰⁶ p. 61

¹⁰⁷ p. 61

¹⁰⁸ Isso significa que, de todas as execuções fiscais que tramitavam no Brasil ao final de 2015, 92% referem-se a processos instaurados em anos anteriores.

¹⁰⁹ Voltaremos ao tema na seção 1.2.1 (A tragédia dos comuns e a tragédia da justiça).

¹¹⁰ E, diferentemente do ônus temporal da fase de conhecimento, quase sempre é o polo ativo que suporta esse ônus, visto que o direito já se encontra reconhecido no título executivo que ampara a execução. Para os casos em que a probabilidade do direito do autor ser reconhecido é superior à do réu, o sistema processual, de há muito,

médio de *baixa* da execução calculado pelo CNJ é de 6,1 anos e o tempo médio do acervo pendente é de 7,9 anos. Lembremos, todavia, que não há dados a respeito do percentual de processos baixados em que houve efetivo cumprimento da obrigação, muito menos a respeito da média de tempo desses processos. Por exemplo, supondo que 50% daquelas execuções tenham sido extintas sem efetivar o direito com tempo médio de 1 ano, as demais, efetivas ou não, teriam de ter tempo médio de 11,2 anos para que, *no agregado das duas metades*, o tempo *médio total* pudesse ser os 6,1 anos apresentados no relatório.

Mais uma vez, o cenário é ainda pior consideradas somente as execuções fiscais.

Esse tipo de processo de execução representa 75% de todas as execuções pendentes no Brasil.¹¹¹ Sem as execuções fiscais, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário como um todo cairia de 72,2% para 63,4% no ano de 2015. Embora ainda altíssima, essa taxa seria 9 pontos inferior à atual.¹¹²

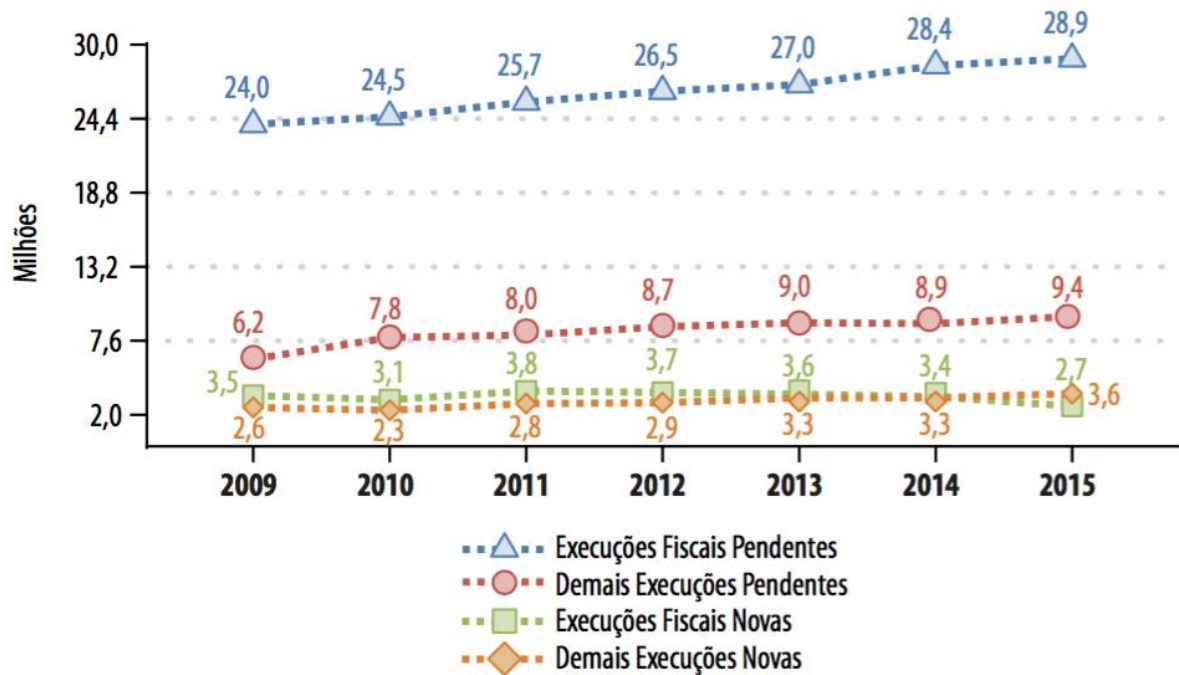
O futuro das execuções fiscais não é nada promissor. Ainda que o número de novos processos desse tipo venha caindo como um todo desde 2012 (somente em 2015 houve redução de 21% dos novos casos¹¹³), o acervo total sobe ano a ano em razão da morosidade e da baixa efetividade. O gráfico 17 ilustra bem a tendência simultânea de baixa dos casos novos e de alta do estoque total, sendo essa mais pronunciada que aquela.

criou técnicas de redistribuição desse ônus entre as partes, como é o caso da tutela antecipada e, mais recentemente, da tutela da evidência. No processo executivo, porém, não há explicitamente qualquer técnica para superação desse ônus, ainda que nessa fase sua constante alocação sobre os ombros do exequente seja algo gritantemente grave. Como veremos, pensamos que o CPC/2015 traz, no art. 139, IV, a solução desse problema. Sobre tutela antecipada como técnica de redistribuição do ônus temporal do processo, ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 2a. ed. - São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2003. P. 229.

¹¹¹ p. 63

¹¹² p. 63. A redução é de, aproximadamente, 12 pontos percentuais, já que: $\frac{72,2-63,4}{72,2} = 0,12188$

¹¹³ Na Justiça Federal, todavia, houve acréscimo de 11,5% nesse tipo de demanda em 2015. A redução geral é fortemente impactada pela redução no âmbito da Justiça Estadual. O percentual de participação da Justiça do Trabalho, que compõe esses números, é praticamente irrelevante. P. 63.

Gráfico 17 - Série histórica das execuções iniciadas e pendentes¹¹⁴

O problema das execuções fiscais é ainda mais grave na Justiça Federal. Nesse ramo, a taxa de congestionamento da execução fiscal é de 93,9% (contra os também altíssimos 91,7% da Justiça estadual).¹¹⁵ Sozinhas, representam 42% do total do acervo e 84% das execuções pendentes, incluídas aqui as execuções criminais.¹¹⁶ Para piorar, enquanto na Justiça estadual o número de novas execuções fiscais vem caindo ano a ano, na Justiça Federal esse número aumentou 11,5% apenas em 2015.¹¹⁷

De tão relevante, o tema das execuções fiscais na Justiça Federal foi objeto de interessante estudo empírico promovido pelo IPEA em 2013.¹¹⁸ Esse estudo, muito minucioso, calcula o custo unitário de uma execução fiscal, as médias dos valores cobrados, as médias e os totais dos valores arrecadados e os tempos do processo, tanto por fase quanto no agregado. As conclusões são surpreendentes e algumas delas serão por nós agora visitadas.

Segundo o IPEA, as Execuções Fiscais têm dois grandes autores: a União Federal, em 59,2% dos casos (representada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN em

¹¹⁴ p. 63.

¹¹⁵ p. 64.

¹¹⁶ p. 238. Na Justiça Estadual, as execuções fiscais representam 79% das execuções pendentes. p. 119.

¹¹⁷ p. 63.

¹¹⁸ IPEA. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5751/1/NT_n01_Custo-tempo-processo-execucao_Diest_2011-nov.pdf Acesso em 06/05/2017

50,3% dos casos baixados), e os conselhos de fiscalização profissional, que aparecem com 36,4% dos processos.¹¹⁹

O tempo médio de tramitação de uma execução fiscal foi calculado em 8 anos, 2 meses e 9 dias.¹²⁰ Aqui, no entanto, o IPEA não calculou a média de tempo das execuções que sobrevivem à análise da petição inicial, o que, como vimos, tende a alterar muito esses montantes.

Na data do relatório, o valor médio de uma execução fiscal era de R\$ 26.303,8, quando promovida pela PGFN, e de R\$ 1.540,74 quando ajuizada pelos conselhos. Todavia, a mediana desses valores era respectivamente R\$ 3.154,39 e R\$ 705,67.

Esse último é um dado fundamental. A mediana reflete o valor situado exatamente no meio,¹²¹ entre todos os valores alinhados de forma crescente,¹²² enquanto que o valor médio considera a média de todos esses valores executados. A média pode sofrer um desvio muito grande, deixando de refletir a realidade, quando, por exemplo, existirem algumas poucas execuções bilionárias, em meio a milhares de execuções de valores baixos. Pelas diferenças entre médias e medianas acima apresentadas, podemos concluir que é exatamente esse o cenário atual.¹²³

Portanto, apesar de, na média, a PGFN cobrar mais de R\$ 25 mil por execução, a mediana das execuções gira em torno de apenas R\$ 3 mil. No caso dos conselhos profissionais, esses valores medianos caem para míseros R\$ 700,00.

De outro lado, o custo médio de um processo de execução na Justiça Federal na mesma época era de R\$ 4.685,39 — ou R\$ 4.368,00, se descontados os custos com processamento de embargos e recursos.¹²⁴

Comparando-se as medianas dos processos movidos pela PGFN e pelos conselhos com o custo médio da execução fiscal na Justiça Federal, fica fácil detectar a irracionalidade do sistema. Ausência de custas e orçamentos separados entre Executivo e Judiciário ajudam a explicar a incongruência do comportamento dos autores das execuções.¹²⁵

¹¹⁹ IPEA, p. 305.

¹²⁰ p. 307.

¹²¹ EPSTEIN, Lee; MARTIN Andrew D. *An introduction to empirical legal research*. Oxford, UK. Oxford University Press: 2014. P. 133

¹²² Por exemplo, no conjunto de valores: 1,2,3,4,30 a média dos valores é 8, mas a mediana é apenas 3.

¹²³ Melhor seria que a pesquisa do IPEA tivesse calculado o *desvio padrão* dos valores da execução. Com o desvio padrão, teríamos uma noção mais exata da relação entre os valores individuais de cada execução e a média desses valores. Os dados disponíveis, todavia, *sugerem* que a dispersão é grande; logo, o valor do desvio padrão tende a ser alto.

¹²⁴ P. 309. De acordo com o IPEA, esse segundo número é o indicador mais adequado à determinação efetiva do custo de processamento de uma execução fiscal na Justiça Federal de primeiro grau.

¹²⁵ Porque obviamente se o custo da execução saísse do *bolso* do Poder Executivo, esse Poder não gastaria com os

Ao longo do nosso trabalho, demonstraremos como o comportamento cooperativo pode atuar para alterar essa realidade.

1.1.5 Conciliação

Um dos temas mais caros na análise econômica do processo e no estudo do comportamento cooperativo são as formas alternativas de solução de disputas, sejam elas anteriores, paralelas ou efetivadas dentro do processo. O tema será objeto de análise apartada.¹²⁶

De acordo com os dados do relatório do CNJ,¹²⁷ o índice de conciliação na Justiça brasileira é de 11%. Ou seja, de cada 100 sentenças, 11 foram homologatórias de acordo. Este número, no entanto, precisa ser muito depurado.

Na Justiça do Trabalho, onde os acordos fazem parte da cultura e são estimulados, esse percentual chega a 25%¹²⁸ (indo a 40% quando considerada apenas a fase de conhecimento em primeira instância). No entanto, a realidade é bem diferente nas Justiças estadual e Federal.

Na Justiça estadual, apenas 9,4% das sentenças são homologatórias de acordo, número que sobe a 19,1% e a 10,5% na fase de conhecimento dos processos, nas varas e nos juizados especiais respectivamente. Em segundo grau, a conciliação praticamente inexistente, sendo também bastante baixa em fase de execução.¹²⁹

Na Justiça Federal, segundo o CNJ, apenas 3,4% das sentenças são homologatórias de acordo.¹³⁰ Não há dados separados para a fase de conhecimento ou sobre os juizados especiais. O baixo percentual certamente tem relação com a presença do Poder Público em um dos polos, bem como com os desincentivos para que os procuradores adotem uma postura colaborativa.

Pensamos que os números acima não expressam a realidade com a clareza necessária. Seria fundamental saber, por exemplo, em que momento do processo ocorreram os acordos — se no início (quando eles têm muito valor, em termos de economia processual) ou no final (quando o valor relativo do acordo, em termos de *ganho social*, é bem menor).

procedimentos de cobrança um valor maior do que o valor cobrando, principalmente quando esses custos não são reembolsáveis. O tema dos orçamentos separados e dos reflexos dessa separação no comportamento litigante do Poder Público será estudado mais à frente, no capítulo 7, seção 7.2.1.5 (Fim das isenções às pessoas jurídicas de direito público).

¹²⁶ Capítulos 6 e 7 deste trabalho, além do capítulo 11, no que se refere aos impactos da tecnologia na autocomposição (seção 11.2.1: Autocomposição digital de conflitos: *online alternative dispute resolution* – OADR).

¹²⁷ CNJ/2015. P. 45.

¹²⁸ p. 45

¹²⁹ p. 99

¹³⁰ p. 122

As razões do fracasso são muitas, mas muitas são também as esperanças de mudança para o futuro.

De 2015 em diante um novo conjunto legislativo surgiu, ampliando sobremaneira as possibilidades de autocomposição antes e durante o processo, inclusive nos casos que envolvem o Poder Público.¹³¹ Novos procedimentos, incentivos e possibilidades foram criados. Ainda existe, é verdade, um problema cultural e uma tendência paternalista do brasileiro de sempre buscar solução do conflito na decisão judicial. O congestionamento da Justiça e o tempo do processo, por si sós, ainda não foram suficientes para alterar esse comportamento.¹³² Outros incentivos precisam ser criados para estimular o comportamento colaborativo das partes, dos advogados e dos juízes.¹³³

Incide aqui o chamado *problema de agência*¹³⁴ entre advogado e cliente.¹³⁵ Alterações legislativas recentes tendem a amenizar esse conflito.¹³⁶ O comportamento colaborativo do magistrado e uma nova dinâmica dos custos do processo, veremos, também são fundamentais.

¹³¹ É o caso do CPC/2015, com a exigência da audiência preliminar de mediação e conciliação no art. 334; da entrada em vigor, mesmo antes do CPC/2015, da Lei de Mediação (Lei 13.140/15), prevendo possibilidades de mediação privada e de mediação envolvendo o Poder Público; da atualização da Resolução 125/10 do CNJ, adequando-a às novas normas que consolidam a autocomposição no país; da introdução sistema de mediação digital, criado pelo Conselho Nacional de Justiça em maio de 2015, dentre outras novidades. Nesse sentido: GOMMA DE AZEVEDO, André. *Retrospectiva 2016. Institutos da conciliação e da mediação nunca foram tão valorizados*. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-dez-30/retrospectiva-2016-conciliacao-mediacao-nunca-foram-cao-valorizadas>. Acesso em 20/01/2017.

¹³² Um bom indício disso é o fato de que, posto que quase absolutamente inefetivas, as execuções têm índice de conciliação tendente a zero.

¹³³ O tema será desenvolvido em profundidade no capítulo 6 (Primeiro momento da cooperação: de antes do processo à audiência do art. 334 do CPC/2015).

¹³⁴ “*The difficulties encountered when a principal delegates a task to an agent. The agency problem arises when the principal and the agent have different objectives and there is asymmetric information and an incomplete contract. The asymmetric information prevents the principal from perfectly monitoring the agent, and the incomplete contract makes it impossible to determine what will occur in all possible contingencies. The principal cannot therefore ensure that the agent always chooses the action the principal would wish to see chosen. Agency theory determines how contracts can be designed to ensure that these problems are best mitigated.*” BLACK, John; HASHIMZADE, Nigar and MYLES, Gareth. *A Dictionary of Economics*, 4 ed. Oxford University Press, Current Online Version: 2013. Disponível em <http://www.oxfordreference.com.ezpprod1.hul.harvard.edu/view/10.1093/acref/9780199696321.001.0001/acref-9780199696321-e-3417> - acesso em 02.02.2017.

Em tradução livre, o problema de agência reflete as dificuldades encontradas quando um mandante ou contratante delega funções ao mandatário. O problema ocorre quando o mandatário e o mandante têm divergências de objetivos ou interesses, e quando há assimetria de informação ou incompletude no contrato. A assimetria de informação dificulta o monitoramento do mandatário e a incompletude do contrato torna impossível a determinação de consequências em todas as contingências possíveis. Assim, o mandante não pode assegurar que seu mandatário sempre fará as escolhas conforme os interesses dele mandante. A teoria da agência determina como os contratos devem ser desenhados para garantir a mitigação desse tipo de problema.

¹³⁵ Tema específico da seção 6.2.2 deste trabalho.

¹³⁶ Trata-se da nova diretriz ética da advocacia (Resolução n. 02/2015 do Conselho Federal da OAB) que, em seu artigo 48, parágrafo 5º, dispõe: *É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial.*

Com base na teoria dos jogos, demonstraremos que o comportamento cooperativo na busca da autocomposição pode surgir como regra, desde que sejamos capazes de estruturar o processo de modo a criar os incentivos adequados para que os atores do processo sintam-se impelidos à solução consensual dos conflitos.¹³⁷ Ao lado das ferramentas da economia clássica, os *insights* da economia comportamental serão essenciais no desenvolvimento desse ponto.¹³⁸

1.2 A Justiça como *bem comum*

Em economia, no estudo de um determinado mercado,¹³⁹ costuma-se qualificar o tipo de bem que dele é objeto. As leis de mercado, seus limites e as possibilidades eficientes de intervenção estatal variam de acordo com o tipo de bem¹⁴⁰ em torno do qual gravitam as interações mercadológicas.

Assim, por exemplo, com o mercado de veículo automotores. A princípio, as montadoras de um determinado país podem produzir um número ideal de veículos para a realidade daquele mercado. Mas como calcular esse número? Ajustando-se o preço do produto de modo que haja um equilíbrio entre oferta e demanda de veículos. Esse equilíbrio é considerado *ótimo* (ou eficiente) porque aloca recursos de modo a maximizar simultaneamente o superávit do produtor e do consumidor.¹⁴¹ Essa calibragem é relativamente simples porque veículos automotores são considerados *bens privados*.

Bens privados caracterizam-se por serem *excludentes e concorrentes no consumo* (ou *rivais*).¹⁴² O primeiro atributo significa que o produtor, ao fixar um preço para o produto, pode facilmente impedir que aqueles que não pagam esse preço usufruam do bem. Já a concorrência no consumo implica que, ao desfrutar do produto, sua quantidade diminui.

Confeitarias, por exemplo, fixam um determinado preço para uma torta de chocolate e automaticamente excluem do mercado todos que não valorizam aquele produto mais do que o preço fixado ou que, apesar de o valorizarem, não dispõem dos recursos necessários para sua aquisição. De outro lado, sempre que uma torta de chocolate é vendida, o estoque desse tipo de

¹³⁷ Conforme ficará claro nas seções 6.6 e 10.2.

¹³⁸ Tema tratado principalmente na seção 6.7, mas também ao longo de todo o Capítulo 7.

¹³⁹ O termo *mercado* aqui é utilizado em seu significado padrão: uma forma de organização econômica na qual a decisão sobre alocação de recursos dá-se de modo descentralizado e pela iniciativa privada, ou seja, por produtores e consumidores conforme sua interação mercadológica por produtos e serviços. MANKIN, Gregory N. *Principles of microeconomics*. 6o. Edition. Mason, OH. South Western Cengage Learning, 2012. P. 10

¹⁴⁰ MANKIN, Gregory N. *Principles of microeconomics*. 6o. Edition. Mason, OH. South Western Cengage Learning, 2012, p. 218.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 145.

¹⁴² *Ibidem*, p. 218.

torta diminui e só pode ser repostado pela produção de novas tortas. Sendo essas as regras, é relativamente simples para as confeitarias fixar um preço tal que proporcione um equilíbrio entre oferta e demanda. Tem-se assim um mercado eficiente, no sentido de maximizar os benefícios para ambos os lados (consumidor e produtor).

Pensemos agora no mercado de fabricação de pneus. Este mercado não é apto a regular sozinho a produção ótima de pneus, porque existe uma externalidade negativa nessa atividade que atinge a todos: a poluição. A poluição, por sua vez, afeta o ar puro que respiramos. O ar puro, hoje em dia, é considerado um *bem comum*, cujas características são a *impossibilidade de exclusão* e a *concorrência no consumo*.¹⁴³ Ninguém pode ser excluído da possibilidade de respirar ar puro. Não se coloca um preço no ar, porque ele pertence a todos.

Todavia, em um mundo com graves problemas ambientais como o nosso, a quantidade de ar puro pode ser seriamente afetada pela poluição. Mas, como neste exemplo a poluição é uma consequência negativa da produção que não atinge diretamente nem o produtor nem o consumidor, a quantidade *ótima* de produção para eles pode não ser, e provavelmente não será, a quantidade ótima de produção para a sociedade. Nesses casos, o Estado deve intervir, porque o mercado não tem leis capazes de regular sozinhas a quantidade ideal de produção de pneus em razão daquelas externalidades.

Apenas para completar a classificação dos bens, vale citar ainda os chamados *bens públicos*. Estes bens caracterizam-se por serem não excludentes e não concorrentes. É dizer: não se pode impedir determinada pessoa de usufruí-lo (o que dificulta sua exploração privada e com fins de lucro), mas, por outro lado, sua utilização não implica diminuição de quantidade.¹⁴⁴

É o caso, por exemplo, de sirenes que avisam a chegada de uma tempestade para que pessoas evitem áreas sujeitas a desmoronamento. Uma vez que a sirene soa, é virtualmente impossível impedir que todas as pessoas situadas em seu raio de alcance a escutem, e o fato de uma pessoa escutar não diminui a possibilidade de outra pessoa usufruir do alerta. O mesmo ocorre com bens como *defesa das fronteiras nacionais* ou como os velhos *faróis* que avisam navios da existência de obstáculos para navegação.

Note-se: uma vez que alguém vive no Brasil, não pode ser *excluído* da defesa das fronteiras, e a quantidade desse bem não diminui por esse alguém usufruir dessa segurança ao sentir-se tranquilo de que não seremos invadidos por países vizinhos. Da mesma forma, do

¹⁴³ Ibidem, p. 218.

¹⁴⁴ LEITZEL, Jim. *Concepts of law and economics: a guide for the curious*. New York. Oxford University Press, 2015. P.67-68

ponto de vista de capitães de navios que navegam em determinado espaço marítimo, ninguém pode ser excluído de enxergar o farol, e a utilidade do aviso independe da quantidade de navios alertados dos riscos do local.¹⁴⁵

Pensando analogicamente na Justiça como mercado e na prestação da atividade jurisdicional como bem em torno do qual gravitam as interações mercadológicas, acreditamos estarem nitidamente presentes as características que a qualificam como *bem comum*.¹⁴⁶

A *impossibilidade de exclusão* decalca-se diretamente da Constituição Federal, seja em razão do *princípio da inafastabilidade da jurisdição* (art. 5º, XXXV), do *direito de petição* (art. 5º, XXXIV, “a”), do *direito ao contraditório e à ampla defesa* (art. 5º, LV) ou do *direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos* (art. 5º, LXXIV).

A *concorrência no consumo* decorre da limitação financeira inerente ao Estado, que tem de prover parte dos recursos humanos e administrativos do Poder Judiciário. Quanto mais a Justiça é acessada, mais esses recursos são consumidos. Na impossibilidade de ampliação infinita da estrutura jurisdicional, a cada novo processo instaurado diminui-se a capacidade da Justiça de processar um novo feito ou de lidar agilmente com os já existentes.

Em 2015, o Poder Judiciário produziu despesas totais na ordem de R\$79,2bilhões, equivalentes a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro,¹⁴⁷ dos quais 89% eram consumidos com recursos humanos,¹⁴⁸ distribuídos os gastos por uma fantástica estrutura composta de 15.773 unidades judiciárias de primeira instância¹⁴⁹ e 90 cortes, afora os gastos do Supremo Tribunal Federal, que não estão aí computados.¹⁵⁰

¹⁴⁵ Em verdade, apesar de esse ser um exemplo clássico de bem público na doutrina econômica, existiu uma famosa polêmica sobre se esses faróis sinalizadores deveriam ou não se tornar bens privados, como de fato ocorreu na Inglaterra durante alguns anos. Em icônico artigo de 1974, o Economista Ronald Coase, um dos fundadores da análise econômica do direito, analisa minuciosamente essa polêmica. COASE, Ronald H. *The lighthouses in economics*. Journal of Law & Economics, 1998. P. 357-359.

¹⁴⁶ Esse não é um *insight* completamente novo e já foi antevisto em trabalho empírico pioneiro, desenvolvido na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e coordenado por SANTOS FILHO, Hermílio Pereira dos, denominado *Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil, Relatório Final Ajustado*. Porto Alegre, 2011. p. 23 e 24. Nesse relatório, a Justiça é abordada como *recurso comum* e, como tal, sujeita à *tragédia dos comuns*. P. 26. Nossa abordagem, entretanto, concentra-se no esgotamento da atividade jurisdicional, com diagnósticos e propostas de soluções bastante diferentes das desenvolvidas naquele trabalho. Mais recentemente, em excelente artigo a respeito da importância dos precedentes para diminuição da litigiosidade, GICO Jr. Ivo Teixeira. *A tragédia do Judiciário*, in RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

¹⁴⁷ CNJ. **Relatório Justiça em números 2016**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios> Acesso em 24/04/2017. P. 23

¹⁴⁸ Ibidem, p. 33

¹⁴⁹ Ibidem, p. 31

¹⁵⁰ Ibidem, p. 15

De outro lado, aqueles que efetivamente utilizam o Poder Judiciário (as partes no processo, em suas diversas fases e incidentes) pagaram taxas e emolumentos na ordem de R\$9,2bilhões em 2016,¹⁵¹ ou seja, apenas 11,61% da despesa total, chegando esse percentual a incríveis 0,09% consideradas apenas despesas e receitas com custas no âmbito da Justiça Federal,¹⁵² e a 3,4% no STJ.¹⁵³

Dos dados expostos, percebe-se claramente que quem efetivamente usufrui do bem *atividade jurisdicional* (participando de um processo como parte) recebe um subsídio de quase 90% para tanto, uma vez que contribui apenas com 11,61% do custeio, enquanto que o restante provém diretamente dos cofres públicos, ou seja, dos tributos em geral.

Os números acima compõem o cenário mais que perfeito para a ocorrência do fenômeno conhecido como *tragédia dos comuns*.

1.2.1 A tragédia dos comuns e a tragédia da Justiça

A chamada *tragédia dos comuns*¹⁵⁴ é uma parábola famosa em microeconomia que ilustra como os recursos comuns (*bens comuns*) tendem a ser explorados em níveis acima do desejável do ponto de vista social, gerando uma tendência de esgotamento¹⁵⁵ (o que seria a *tragédia*).

A parábola consiste na singela história de uma pequena cidade medieval na qual a criação de ovelhas era uma das principais atividades comerciais. As ovelhas pertencentes às diversas famílias da cidade pastavam em um campo que a rodeava, chamado *Town Common*. Esse pasto era público e grande o suficiente para que todas as ovelhas pudessem alimentar-se, ao mesmo tempo em que áreas não utilizadas iam renovando-se, funcionando, portanto, muito bem. Ocorre que, conforme a cidade crescia, mais e mais ovelhas eram colocadas na terra pelas famílias. Logo a gleba tornou-se um bem escasso, levando a uma *concorrência no consumo*.

¹⁵¹ Relatório CNJ, 2016. P. 34

¹⁵² No âmbito da Justiça estadual esse “índice de custeio” pelas partes é de 19,46% e na Justiça Federal é de apenas 0,09% do total da despesa. Isso porque a arrecadação com custas na Justiça Estadual totalizou 8,7 bilhões de reais para uma despesa total de 44,7 bilhões, enquanto na Justiça Federal a arrecadação com custas e emolumentos somou apenas 93, 1 milhões de reais para uma despesa total da ordem de 10 bilhões. Relatório CNJ, 2016. P. 90/91 e 215/216.

¹⁵³ Aparentemente o relatório do CNJ considera aqui apenas a arrecadação com *custas, emolumentos e eventuais taxas*, mas isso não está completamente claro como está em relação a outras Cortes. P. 348

¹⁵⁴ HARDIN, Garret, **The tragedy of the commons**. In Science, 13, Dec 1968, Vol 162, Issue 3859, p. 1243-1248.

¹⁵⁵ MANKIN, Gregory N. *Principles of microeconomics*. 6o. Edition. Mason, OH. South Western Cengage Learning, 2012. P. 224.

Como não havia incentivos para diminuir o uso da pastagem, ela esgotou-se e *Town Common* acabou tornando-se um terreno barroso e inútil para todas as ovelhas.¹⁵⁶

O pequeno conto traz lições importantíssimas e extremamente úteis aos objetivos desta tese. O que causa a tragédia é a evidente divergência entre os incentivos públicos e privados ao uso da terra. Enquanto do ponto de vista social seria interessante preservar parte da gleba para proporcionar sua contínua renovação, do ponto de vista privado cada família deseja colocar cada vez mais ovelhas na gleba, aumentando, assim, seus rendimentos. De outro lado, de nada adiantaria apenas uma ou duas famílias conscientizarem-se do problema. É preciso uma *ação coletiva organizada* de um grande número de famílias. Sem essa *coordenação da coletividade*, as *externalidades* causadas pela utilização do pasto acabam levando ao seu esgotamento.¹⁵⁷ É esse o *trágico fim dos bens comuns*.¹⁵⁸

Os números sobre despesas e receitas provenientes do pagamento de custas da Justiça brasileira desenham as condições perfeitas para a efetiva tragédia da Justiça.¹⁵⁹

Como vimos, o indivíduo que ajuíza uma ação no Brasil contribui em média com apenas 10% do custo do novo processo gerado. Há, assim, um evidente incentivo para que muitas ações sejam ajuizadas, levando ao esgotamento da atividade jurisdicional como *bem comum*, expressada de modo cristalino nas *taxas de congestionamento da Justiça* descritas nos relatórios do CNJ.

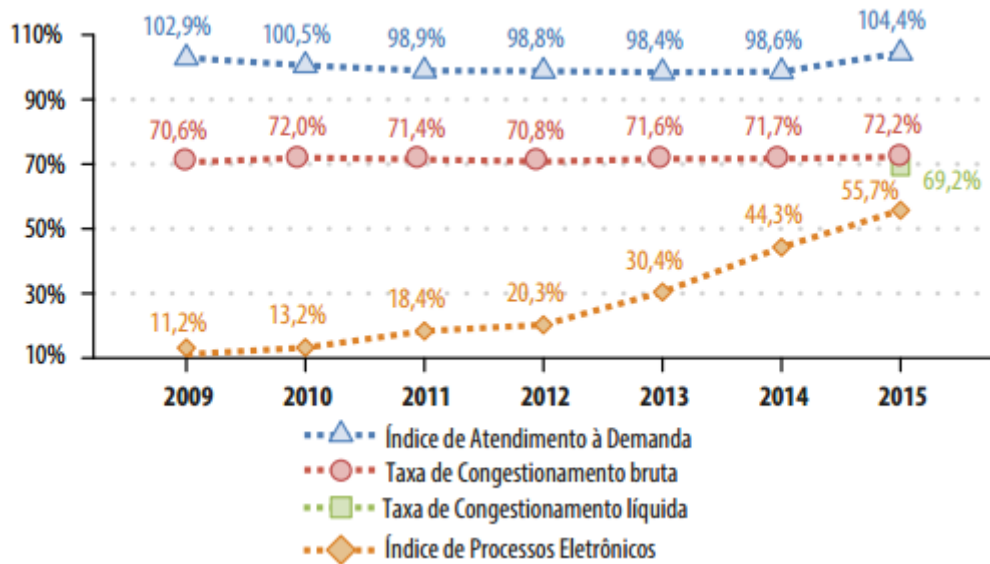
¹⁵⁶ HARDIN, Garret, **The tragedy of the commons**. In Science, 13, Dec 1968, Vol 162, Issue 3859, p. 1243-1248

¹⁵⁷ Em economia, a teoria dos jogos, principalmente o conceito de equilíbrio de Nash, tem sido usada para demonstrar que via de regra o uso social do bem comum tende a ser exacerbado e a provocar a tragédia. A teoria dos jogos e o equilíbrio de Nash são conceitos fundamentais para a nossa tese e serão detalhadamente desenvolvidos mais à frente. Aqui, marcamos apenas a ideia economicamente intuitiva no sentido de que se um determinado número de pessoas concorre para utilizar um bem comum escasso em proveito próprio, a tendência será buscar um nível ótimo de utilização do ponto de vista individual, sem a preocupação com as externalidades de que já falamos. Na ausência de intervenção do Poder Público, não há qualquer razão para que as pessoas que utilizam aquele recurso alterem seu comportamento. Isso significa dizer que elas estão em equilíbrio, ou seja, estão confortáveis com sua conduta e não desejam alterar seu comportamento. Sobre a relação do equilíbrio de Nash com a tragédia dos comuns e a demonstração matemática de que, em equilíbrio e sem restrições externas, sempre haverá o esgotamento dos recursos, DUTTA, Prajit K. *Strategies and games, Theory and practice*. The MIT Press: Cambridge, MA, London, England, 1999. P. 91 a 99, principalmente P. 94 E 95.

¹⁵⁸ Idem. P. 225

¹⁵⁹ Na doutrina de Direito e Economia, o tema da divergência de incentivos públicos e privados para litigar e a possibilidade de ocorrência da indesejável explosão de demandismo é desenvolvida com ares de definitividade por Steven Shavell. Shavell demonstra matematicamente que sempre que o benefício esperado pelo processo for inferior ao custo esperado, haverá incentivo para o ajuizamento de demandas. Algumas dessas demandas são socialmente desejáveis, em razão de suas externalidades positivas, como por exemplo a fixação de precedentes (os precedentes, veremos, podem ser considerados um subproduto do processo). Outras, todavia, representam apenas desperdício de recursos, e poderiam ser resolvidas por autocomposição. Trataremos do tema amiúde, com as devidas adaptações à realidade brasileira. Por hora, basta observar que o enorme subsídio estatal ao ajuizamento de ações no Brasil estimula sobremaneira o demandismo e praticamente inviabiliza o comportamento cooperativo das partes no sentido de buscar a autocomposição antes ou depois do processo. SHAVELL, Steven. *Suit, settlement, and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs*. Journal of Legal Studies, vol. XI, January, 1982. P. 55-79.

Gráfico 18 - Série histórica da taxa de congestionamento e dos índices de atendimento à demanda e de processos eletrônicos no Poder Judiciário¹⁶⁰



O gráfico 18 merece detalhada explicação.

Como vimos, em 2015 tramitaram 102 milhões de processos em todas as instâncias judiciárias, excluído do cálculo o Supremo Tribunal Federal. Foram 2 milhões de processos a mais do que em 2014. Esses processos, todavia, não tramitaram todos simultaneamente. Alguns foram instaurados depois que outros foram extintos, de modo que o total dos processos em *estoque* no final de 2015 era de quase 74 milhões,¹⁶¹ ou seja, 1,9 milhão de processo a mais do que no final de 2014, representando um aumento de 3% no estoque total, elevando assim a *taxa de congestionamento bruta*, representada em vermelho no gráfico 18, que agora está na casa de 72,2%,¹⁶² chegando a 66% na fase de cumprimento de sentença, a 80% nas execuções extrajudiciais e a incríveis 92% nas execuções fiscais.¹⁶³

O esgotamento fica ainda mais claro quando, ao invés de um tanto abstrata *taxa de congestionamento*, nos debruçamos sobre o *tempo do processo*, importante inovação trazida pelo Relatório CNJ/2016.¹⁶⁴ Como vimos na seção anterior, considerando apenas processos

¹⁶⁰ p.48

¹⁶¹ relatório CNJ p. 42 e 43

¹⁶² A taxa de congestionamento revela o percentual de processos que tiveram início em anos anteriores e que ainda não terminaram ao final do ano corrente. CNJ. **Relatório Justiça em Números**. P. 12. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros/relatorios> Acesso em 24/04/2017

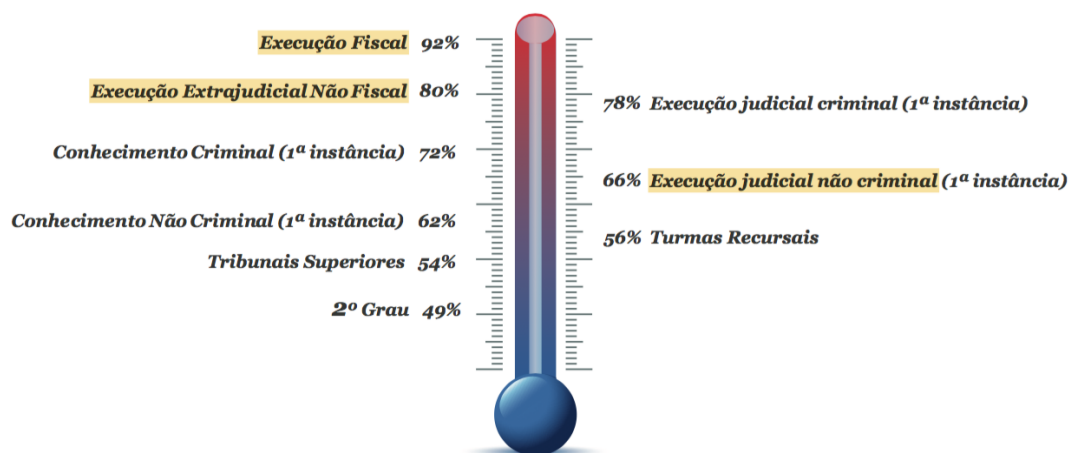
¹⁶³ Ibidem. P. 62

¹⁶⁴ Que, no entanto, como o próprio relatório reconhece, precisa de aprimoramentos. CNJ. **Relatório Justiça em**

pendentes na Justiça no final de 2015, o tempo médio de duração era de 3,2 anos na fase de conhecimento na primeira instância da Justiça estadual e de 8 anos e 11 meses em fase (ou processo) de execução na mesma justiça. O cenário de esgotamento da prestação jurisdicional é, pois, evidente, e a tendência é de piora.

Levando em consideração apenas as execuções, que, como vimos, são vitais para a efetividade da esmagadora maioria dos processos no Brasil, o cenário é ainda mais trágico, como mostra o gráfico 19.¹⁶⁵

Gráfico 19 - Termômetro da taxa de congestionamento



Causa espécie a taxa de congestionamento altíssima de todas as modalidades executivas. Mesmo o cumprimento de sentença — que, como veremos no capítulo 10, é uma anomalia — tem essa taxa em 66%, ou seja, do total de processos nessa fase, 66% tiveram execução iniciada antes de 2015. Como já vimos, para o processo de execução (fundado em título extrajudicial), o caso é ainda mais grave. São 92% de congestionamento para as execuções fiscais e 80% para as execuções não fiscais.

1.2.1.1 Pequeno panorama da *tragédia da Justiça* em outros países (nem tão *trágico* assim)

Mesmo cientes da dificuldade de justapor sistemas judiciários de países distintos,¹⁶⁶ pensamos ser útil apresentar um contraste dos números acima com os números de quatro países

Números 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/pj-justica-em-numeros/relatorios> acesso em 24/04/2017. P. 69

¹⁶⁵ Ibidem. p. 62

¹⁶⁶ Porque não há uma uniformidade de critérios de medição. Nesse sentido, KERN, Christoph. **Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça**

européus bastante populosos: Itália, França, Espanha e Alemanha. Chamamos *contraste* e não *comparação* porque nosso objetivo aqui não é definir critérios comparativos cientificamente válidos, algo difícil e alheio ao objeto deste trabalho. A ideia é estender esses números estrangeiros tal qual como se fossem um pano de fundo, algo capaz de gerar um contraste, um *susto* revelador da gravidade da situação do Poder Judiciário (e, conseqüentemente, do acesso à Justiça e até do próprio Estado de Direito) no Brasil.

Os dados da Justiça europeia foram retirados do Painel de Avaliação da Justiça na União Europeia (UE) de 2016.¹⁶⁷ Por ser comparativo, o relatório estabeleceu tabelas em que constam os países membros da União Europeia.

Os dados analisados foram providos pelo Estado-membro até o dia 30 de setembro de 2015 e foram validados pelos membros da Comissão para a Eficácia da Justiça na Europa (CEPEJ). Todos os dados referem-se somente à primeira instância e ao ano de 2014.

Na Itália, o mais litigante dos países europeus, foram quase 4 milhões de novos processos na primeira instância. A boa notícia é que, no mesmo ano, 4,37 milhões de casos foram resolvidos, restando 4,5 milhões de casos pendentes. Em primeiro grau, um processo na Itália dura, em média, 376 dias.

Na França, país onde a litigiosidade também é alta, foram 2,28 milhões de novos casos em 2014. No mesmo ano, solucionaram-se apenas 2,16 milhões de casos, o que representa aumento de estoque de processos. Ao fim do ano, eram 1,8 milhões de processos em estoque, com tempo médio de duração em primeira instância de 304 dias.

A Espanha arcou com 2,15 milhões de novos processos em 2014, resolvendo quase 2,18 milhões no mesmo ano. Os casos pendentes eram 1,14 milhões e a duração dos processos em primeiro grau marcava a média de 242 dias.

Finalmente, na Alemanha, foram 241 mil novos casos em 2014, para 1,4 milhões de casos resolvidos. Ao final de 2014, eram apenas 744,5 mil casos pendentes, sendo a duração média dos processos em primeiro grau de apenas 192 dias.

Veja-se que o cenário europeu parece bem menos trágico que o brasileiro, mesmo considerando-se as diferenças populacionais. O pior caso é o italiano. Mas, mesmo lá, o estoque de processos vem diminuindo, ainda que o número de casos novos seja altíssimo.

civil. In *Revista de processo*, V. 198, 2011, p. 336-338.

¹⁶⁷ Painel de Avaliação da Justiça na EU 2016. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1285_pt.htm Acesso em 30.01.17. Os números não consideram os casos criminais. As tabelas de onde foram retirados os dados estão no anexo 1 deste trabalho.

Tabela 1 - Movimentação processual comparada por país¹⁶⁸

País	Casos novos	Casos resolvidos	Casos pendentes	Duração em dias no 1º grau	Processos por habitante
Alemanha	241.000	1.400.000	744.500	192	1/109
Espanha	2.150.000	2.180.000	1.140.000	242	1/41
França	2.280.000	2.260.000	1.800.000	304	1/37
Itália	4.000.000	4.370.000	4.500.000	376	1/13,5
Brasil	28.900.000	28.500.000	72.000.000	–	1/2,8

Em nenhum desses países o estoque de processos compara-se com o brasileiro. Em 2014, éramos 204,2 milhões de habitantes¹⁶⁹ com quase 72 milhões de processos. No mesmo ano,¹⁷⁰ a Itália tinha 4,5 milhões de processos pendentes para 60,6 milhões de habitantes, enquanto a França tinha 1,8 milhões de processos para 66,33 milhões de habitantes e a Espanha estocava 1,14 milhões de processos para 46,77 milhões de habitantes. Já a Alemanha, o mais populoso desses países, com 80,98 milhões de habitantes, guardava um estoque de apenas 744,5 mil processos.

Para efeitos comparativos, enquanto a razão de estoque de processos por habitante no Brasil é de 1 processo para cada 2,78 habitantes, a relação Italiana, a pior entre os países europeus pesquisados, é de 1 processo para cada 13,46 habitantes, enquanto que a alemã, na outra ponta, é de apenas 1 processo para cada 109 habitantes.

1.2.2 Soluções para a *tragédia da Justiça*: a cooperação como caminho

Diagnosticado o problema, como solucionar a tragédia da justiça?

Na parábola da tragédia, o esgotamento dos recursos comuns poderia ter sido evitado de várias formas. A administração da cidade poderia ter limitado o número de ovelhas por família ou mesmo taxado o pastoreio. No limite, poderia ter transformado o pasto comum em

¹⁶⁸ Preferimos não comparar o tempo do processo no Brasil com os países europeus. Como vimos, o tempo do processo varia muito quando comparam-se os baixados ao acervo pendente. Assim pensamos que a diferença de critérios poderia prejudicar muito a comparação.

¹⁶⁹ https://www.google.com.br/search?client=safari&rls=en&q=brasil+populacao&ie=UTF-8&oe=UTF-8&gws_rd=cr&dcr=0&ei=CiHaWbnOMcuLwgS6lavYDQ

¹⁷⁰ https://www.google.com.br/search?client=safari&rls=en&q=italia+populacao&ie=UTF-8&oe=UTF-8&gws_rd=cr&dcr=0&ei=iSDaWfrIPMmawgTZ7a6AAg

pequenas glebas privadas, pertencentes a cada uma das famílias. Nesse último caso, o bem comum teria se tornado propriedade privada.¹⁷¹

Calibrar a *intensidade* de algumas dessas soluções de evitamento da *tragédia* não é tarefa simples. Se o Poder Público optar, por exemplo, por taxar o uso da gleba ou por limitar o número de ovelhas por família, quais devem ser os parâmetros para tanto? Qual o valor da taxa ou qual o número máximo de ovelhas a ser permitido? Qual o nível ideal de limitação, qualquer que seja ela?

A solução dessas perguntas sempre depende da disponibilização de dados precisos sobre a tragédia e de matemática complicada. Todavia, qualquer que seja a solução escolhida, seu montante deve ser o necessário para incentivar a utilização do recurso no nível *socialmente ótimo*. A pergunta final, portanto, é: qual o nível ótimo de utilização do bem comum?

A resposta é intuitivamente simples: o nível ótimo de utilização é aquele que satisfaz as necessidades individuais até o limite da preservação de uma parte do recurso que seja suficiente para sua regeneração em montante que permita sua utilização sustentável ao longo do tempo. Ou seja, o nível socialmente ótimo é aquele que maximiza sua *utilidade agregada*. Esse montante será sempre inferior ao que seria consumido na ausência de restrições impostas pelo poder público.¹⁷²

No caso da Justiça, várias soluções são possíveis, ainda que algumas sejam indesejáveis. Outras, ainda que óbvias, encontram barreira na Constituição Federal.

Note-se que, do ponto de vista jurídico, não se pode excluir o acesso à Justiça e aos meios inerentes à busca da tutela jurisdicional efetiva.¹⁷³ No entanto, assim como a

¹⁷¹ , DUTTA, Prajit K. *Strategies and games, Theory and practice*. The MIT Press: Cambridge, MA, London, England, 1999. P. 99

¹⁷² Apenas para ter-se uma ideia do nível de consumo ótimo em comparação com o nível de consumo produzido pelo equilíbrio de Nash na ausência de restrições, Dutta construiu um modelo simples em que um determinado recurso comum de tamanho Y pode ser consumido no tempo por duas pessoas, limitado esse modelo a dois períodos de consumo. Em equilíbrio, Dutta conclui que cada parte consumiria Y/3, ou seja, um terço do bem em cada período, dividindo em partes iguais o restante no segundo e último período. Todavia, o montante que maximizaria as utilidades agregadas, segundo esse modelo, seria o de Y/4, ou seja, o consumo de um quarto do bem no primeiro período. Essa diferença de um quarto ideal para um terço efetivamente consumido é o que, ao longo do tempo, leva ao esgotamento do bem. Assim, ao calibrarem-se as restrições públicas para o uso do bem, elas devem ser ponderadas de modo a reduzir o consumo inicial do bem de 1/3 para 1/4 no primeiro período. Op. Cit. P. 94 e 95.

¹⁷³ O que a Constituição garante e proíbe que se restrinja o acesso é a tutela efetiva e concedida em tempo razoável. Na verdade, isso vem sendo negado sistematicamente a todos os cidadãos brasileiros há anos, exatamente por conta do cenário de tragédia que desenhamos nesse capítulo. Como bem afirmam Marinoni, Mitidiero e Arenhart, o direito de ação não é um ato solitário e não se confunde com o mero ato de demandar e nem com o simples direito a uma sentença. Trata-se, em verdade, de direito que abrange todas as técnicas processuais adequadas à efetivação do direito material. O direito de ação é, portanto, *direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, mediante processo justo*. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil: teoria do processo civil**, vol I, São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2016 P. 249 e 250.

municipalidade de nossa parábola poderia ter limitado o número de ovelhas por família ou simplesmente taxado o pastoreio, a lei brasileira pode criar regras que promovam a *internalização das consequências negativas* do uso da atividade jurisdicional, diminuindo a ânsia no ajuizamento de novas demandas ou estimulando comportamentos que levem os processos pendentes a terminar mais rapidamente.

Em nossa tese, procuraremos demonstrar que o comportamento cooperativo depende da existência e do manejo desses incentivos.¹⁷⁴ Além disso, sustentaremos que a cooperação transcende um determinado processo e inicia-se antes mesmo da demanda surgindo como iniciativas negociais visando à autocomposição. Demonstraremos, ainda, que a *internalização das consequências* deve levar em conta o comportamento das partes em outros processos, bem como seu volume individual de litigância, tudo em resposta aos estímulos corretos, criados pela lei ou pela jurisprudência.

Como dissemos na introdução, o comportamento cooperativo não é uma única solução autônoma para a *tragédia da justiça*, muito menos a única solução. Todavia, no âmbito do processo e do estudo do direito processual, demonstraremos que o princípio da cooperação, desde que costurado corretamente para que seja firmemente atado aos objetivos positivados no art. 6º do CPC/2015, pode desempenhar papel importante na mudança do cenário aqui descrito.

¹⁷⁴ No que se refere ao comportamento cooperativo dos juízes de todas as instâncias, incluídos os das Cortes Superiores, partiremos do modelo de comportamento judicial que considera o magistrado um participante do mercado de trabalho, ou seja, um trabalhador sujeito aos incentivos específicos do seu *mercado*. Esse modelo foi teórico e empiricamente desenvolvido em obras recentíssimas de Richard Posner e será devidamente adaptado por nós à realidade de nosso sistema de justiça. Desde já, firmamos a premissa pela possibilidade de adaptação, em razão das recentes aproximações entre *Common Law* e *Civil law*, que desenvolveremos em item específico deste trabalho.

POSNER, Richard A., *How Judges Think*. Cambridge, Harvard University Press, 2010; POSNER, Richard A. EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. *The behavior of federal judges*. Cambridge, Massachusetts, London, England. Harvard University Press, 2013. P. 25 e, principalmente, P. 30-47.

2 UMA MUITO BREVE HISTÓRIA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Neste capítulo, traremos uma noção evolutiva do movimento da análise econômica do direito (AED), alinhando cronologicamente seus principais pensadores, sem maiores tecnicidades.

Temos com isso dois objetivos inter-relacionados: (i) compreender melhor o estado atual da AED no Brasil; (ii) indicar os pressupostos filosóficos da análise econômica do direito e do princípio processual da cooperação por nós utilizados neste trabalho.

Não se trata, portanto, de *eskorço histórico* ou de *arqueologia* da análise econômica, mas sim de apresentação de alguma informação histórica com objetivos bem específicos.

2.1 Antecedentes filosóficos

Os antecedentes históricos da AED repousam no século XVIII e têm cunho basicamente filosófico. São, por assim dizer, as *bases filosóficas* do movimento, que, apropriando-se dessas ideias, justifica-se como *método* de análise do direito.

Os primórdios do movimento remontam aos pensadores do *iluminismo escocês*, especificamente aos escritos de David Hume, Adam Ferguson e Adam Smith, todos da segunda metade do século XVIII. Nesse mesmo século, mas fora do grupo dos escoceses, é fundamental a contribuição de Beccaria.¹⁷⁵

Em “The Treatise of Human Nature”, dentre outros *insights*, Hume definiu as três leis da natureza que fundariam a paz e a segurança da sociedade, quais sejam: (i) a estabilidade da posse; (ii) a transferência por consentimento; (iii) o cumprimento dos contratos.¹⁷⁶ Mais do que isso, Hume deixou claro que os incentivos ao comportamento humano, em um mundo onde os recursos são escassos, são a fonte de onde a justiça deriva sua origem.¹⁷⁷

A ideia de Hume de vincular a justiça ao comportamento humano baseado em incentivos é absolutamente fundamental para a AED. Como veremos, todos os métodos da AED estão baseados na ideia de incentivos providos para inibir ou estimular o comportamento das pessoas.

¹⁷⁵ SHAVEL, Steven. **Foundations**. P. 4.

¹⁷⁶ Das *promessas*, para usar o termo original. PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles. **The origins of law and economics: essays by the founding fathers**. Cheltenham, UK and Cambridge, MA, US, Edward Elgar, 2005. P.4

¹⁷⁷ “Here then is a proposition, which, I think, may be regarded as certain, that it is only from the selfishness and confined generosity of men, along with the scanty provision nature has made for his wants, that justice derives its origin. If we look backward we shall find, that this proposition bestows an additional force on some of those observations, which we have already made on this subject. *The treatise of human nature*.” Reprinted from the Original Edition in three volumes and edited, with an analytical index, by L.A. Selby- Bigge, M.A. (Oxford: Clarendon Press, 1896). Disponível em <https://people.rit.edu/wlrgsh/HumeTreatise.pdf> P. 275

Beccaria, no célebre ensaio “Dos delitos e das penas”, foi o primeiro a alertar para a necessária relação entre o custo da pena e o benefício do crime como crucial para buscar a prevenção do comportamento criminoso, no sentido de que o *mal* da pena deva exceder o *benefício* do crime.¹⁷⁸ Surge aí a *análise de custo-benefício*, essencial à AED, tanto do ponto de vista normativo quanto descritivo. Especificamente para o direito penal, a explicação econômica para a conduta do criminoso parte do estudo de sua *racionalidade* ao decalcar os incentivos de sua postura criminosa desse *cálculo* de custo-benefício. Essas ideias terão forte impacto na AED, principalmente a partir da obra de Gary Becker.

Adam Ferguson, em “An Essay on the History of Civil Society”, saúda o código civil romano e o *common law* inglês como as fontes da *rule of law*. Seu *insight* também toca a questão dos incentivos, vez que busca na lei a forma necessária à proteção da propriedade em face *do desejo de lucro que motiva todo tipo de injúrias*.¹⁷⁹

Adam Smith, um dos pais das ciências econômicas, é, obviamente, um antecedente remoto da AED. Com efeito, em “The Wealth of Nations”, o filósofo endereça importantes questões relativas à eficiência do sistema de justiça. O pai da economia moderna aponta a burocracia da justiça como fundamental para que ela escape da influência do rei e realmente funcione como mecanismo de proteção do cidadão. O *insight* aqui diz sobre os custos da justiça e a necessidade de que seus usuários paguem pelos serviços. Em consequência, aponta para uma competição entre cortes, de modo que as mais eficientes passem a ser escolhidas pelas partes.¹⁸⁰ Adam Smith talvez tenha sido o primeiro filósofo preocupado com a *eficiência do processo*.

¹⁷⁸ POSNER, Richard. R. *A economia da justiça*. P. 36.

¹⁷⁹ “Law is the treaty to which members of the same community have agreed, and under which the magistrate and the subject continue to enjoy their rights, and to maintain the peace of society. The desire of lucre is the great motive to injuries: law therefore has a principal reference to property. It would ascertain the different methods by which [261] property may be acquired, as by prescription, conveyance, and succession; and it makes the necessary provisions for rendering the possession of property secure.” FERGUSON, Adam. **An essay on the history of civil society**. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/ferguson-an-essay-on-the-history-of-civil-society>. Acesso em 02/03/2017.

¹⁸⁰ “The fees of court seem originally to have been the principal support of the different courts of justice in England. Each court endeavoured to draw to itself as much business as it could, and was, upon that account, willing to take cognisance of many suits which were not originally intended to fall under its jurisdiction [...] The present admirable constitution of the courts of justice in England was, perhaps, originally in a great measure formed by this emulation which anciently took place between their respective judges; each judge endeavouring to give, in his own court, the speediest and most effectual remedy which the law would admit for every sort of injustice.” SMITH, Adam. **The wealth of nations**, Book V, Part II (*of the expensive of justice*). v1.63 e v1.64. Disponível em <http://www.econlib.org/library/Smith/smWN20.html#B.V,%20Ch.1,%20Of%20the%20Expences%20of%20the%20Sovereign%20or%20Commonwealth>. Acesso em 03/03/2017

Jeremy Bentham é considerado por muitos o *pai* da AED e é, certamente, uma das grandes inspirações de Posner.¹⁸¹ Um dos fundadores do *utilitarismo*,¹⁸² Bentham foi uma personalidade de ideias fortes e polêmicas. Para o que nos interessa neste capítulo, basta dizer que Bentham praticamente criou a *teoria da utilidade* e deixou explícito o que em Beccaria estava sugerido, ou seja, que a pena é uma forma de impor custos à atividade criminal, alterando os incentivos com o objetivo de evitar a prática de certas condutas.¹⁸³ Como afirma Posner, Bentham *lançou as bases da moderna análise econômica dos crimes e das penas*.¹⁸⁴

O principal em Bentham é sua crença no ser humano como agente maximizador da própria utilidade. Escravo dos mestres soberanos da dor e do prazer, o homem calcula e age de forma a equalizar essa tensão prazer/dor de modo a aumentar a própria felicidade.¹⁸⁵ Como veremos mais detalhadamente no Capítulo 3, essa é uma das fontes remotas da *função de bem-estar social* (*social welfare function* - SFW), uma das matrizes teóricas deste trabalho.¹⁸⁶

¹⁸¹ “Podemos situar na alvorada do pensamento econômico a figura de um homem que acreditava que os indivíduos, em todas as esferas da vida humana, buscavam o máximo de sua satisfação. Esse homem foi Jeremy Bentham, que desempenha papel importante, embora um tanto sinistro, na parte I deste livro.” POSNER, Richard A. *A economia da justiça*. Op. Cit. p. 4 e 5.

¹⁸² No tópico sobre a *filosofia* da AED e da cooperação, estudaremos alguns dos princípios utilitaristas mais a fundo.

¹⁸³ As seguintes passagens de Bentham são bastante ilustrativas da forma como as penas alteram os incentivos para cometimento do crime, nessa análise de *custo benefício* feita pelo criminoso: “Rule 1. The first object, it has been seen, is to prevent, in as far as it is worth while, all sorts of offenses; therefore, the value of the punishment must not less in any case than what is sufficient to outweigh that of the profit of the offense. [...] Rule 7. These things being considered, the three following rules may be laid down by way of supplement and explanation to Rule 1. XIV.27. To enable the value of the punishment to outweigh that of the profit of the offense, it must be increased, in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of certainty. XIV.28. XIX. Rule 8. Punishment must be further increased in point of magnitude, in proportion as it falls short in point of proximity. XIV.29. XX. Rule 9. Where the act is conclusively indicative of a habit, such an increase must be given to the punishment as may enable it to outweigh the profit not only of the individual offence, but of such other like offenses as are likely to have been committed with impunity by the same offender.” BENTHAM, **Introduction to the principles of morals and legislation**. Disponível em:

<http://econlib.org/library/Bentham/bnthPML14.html#Chapter%20XIV,%20Of%20the%20Proportion%20between%20Punishments%20and%20Offences> Acesso em 03/03/2017

¹⁸⁴ Posner, op. cit. P. 51.

¹⁸⁵ “There are some, perhaps, who, at first sight, may look upon the nicety employed in the adjustment of such rules, as so much labour lost: for gross ignorance, they will say, never, troubles itself about laws, and passion does not calculate. But, the evil of ignorance admits of cure: 100 and as to the proposition that passion does not calculate, this, like most of these very general and oracular propositions, is not true. When matters of such importance as pain and pleasure are at stake, and these in the highest degree (the only matters, in short, that can be of importance) who is there that does not calculate? Men calculate, some with less exactness, indeed, some with more: but all men calculate. I would not say, that even a madman does not calculate. 101 Passion calculates, more or less, in every man: in different men, according to the warmth or coolness of their dispositions: according to the firmness or irritability of their minds: according to the nature of the motives by which they are acted upon. Happily, of all passions, that is the most given to calculation, from the excesses of which, by reason of its strength, constancy, and universality, society has most to apprehend: *102 I mean that which corresponds to the motive of pecuniary interest: so that these niceties, if such they are to be called, have the best chance of being efficacious, where efficacy is of the most importance.” BENTHAM, Jeremy. Op. Cit.

¹⁸⁶ “[...] It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong.” BENTHAM, Jeremy. *A fragment on Government* (1776). Prefácio. Disponível em <http://www.efm.bris.ac.uk/het/bentham/government.htm>.

Não menos importante para o utilitarismo¹⁸⁷ e para a análise econômica do direito¹⁸⁸ é a filosofia de John Stuart Mill. Por ser posterior a Bentham, Mill teve a oportunidade de aperfeiçoar a teoria utilitarista, rebatendo seus críticos e aprimorando seus fundamentos.

Uma das maiores preocupações de Mill foi desfazer as confusões a respeito da *regra de ouro do utilitarismo*, que vê na felicidade (*happiness*), ou no prazer (*pleasure*), o *standard* pelo qual se mede a moralidade de uma conduta.¹⁸⁹ As condutas são corretas à medida que promovem a felicidade e evitam a dor.¹⁹⁰ O filósofo procura distinguir prazer/felicidade das meras sensações, diferenciando ainda as qualidades e as quantidades dos prazeres possíveis.¹⁹¹

O mais importante para Mill é o fato de que a qualidade da experiência de vida dos indivíduos tem sempre o mesmo valor, de modo que a moralidade de uma conduta deve ser medida não só pelos benefícios que ela gera no seu autor, mas também pelos efeitos externalizados para outras pessoas.¹⁹² Para ele, pouco importa a motivação interna, desde que as externalidades de uma dada escolha sejam positivas e que, no geral, a quantidade de felicidade produzida aumente.¹⁹³

Mill deixa claro também que o *utilitarismo* indica o fim sem condicionar os meios,¹⁹⁴ admitindo que a busca da felicidade é um caminho laborioso que deve ser constantemente explorado e aprimorado. Por outro lado, a ciência, a experiência e a evolução tecnológica tendem a auxiliar a humanidade a combater grandes redutores de felicidade, como a pobreza e a doença.¹⁹⁵

Essa conjugação entre qualidade da experiência de vida e igualdade é o germe da medida de *bem-estar social* apropriada pela *economia do bem-estar* e pela análise econômica do direito.¹⁹⁶

Mill reconhece que os indivíduos agem, na grande maioria dos casos, em seu próprio benefício ou, no máximo, em benefício de pessoas próximas. O utilitarismo não demanda que em toda ação a pessoa pense sempre no bem do mundo (porque não é esse o propulsor natural

¹⁸⁷ Greene Joshua, op. cit. p. 349

¹⁸⁸ CALABRESE, Guido, *The future of law and economics...* op. cit. p. 1 e sgts.

¹⁸⁹ MILL, John Stuart, *Utilitarianism*, 2o. ed. p. 6 e 7.

¹⁹⁰ Idem

¹⁹¹ Idem, p. 8.

¹⁹² idem, p. 11.

¹⁹³ “*I have dwelt on this point, as being a necessary part of a perfectly just conception of Utility or Happiness, considered as the directive rule of human conduct. But it is by no means an indispensable condition to the acceptance of the utilitarian standard; for that standard is not the agent’s own greatest happiness, but the greatest amount of happiness altogether.*” Idem, p. 11.

¹⁹⁴ Idem, p. 24.

¹⁹⁵ Idem, p. 15.

¹⁹⁶ O tema será desenvolvido no próximo capítulo, seção 3.1.1.

da conduta humana) mas exige que o próximo não seja prejudicado e que o seu direito seja respeitado.¹⁹⁷ Todavia, nos poucos casos em que, por sua posição, alguém pode agir de modo a impactar muitas vidas, a preocupação em aumentar o bem-estar geral deve ser preponderante.¹⁹⁸

Nessas ideias de Mill, dois aspectos são fundamentais para a análise econômica do direito: do ponto de vista individual, o reconhecimento dos incentivos para uma teoria do comportamento; do ponto de vista sistêmico, a necessidade de que a única medida de qualidade para as políticas públicas seja o bem-estar social.

O caráter normativo da AED encontra muito de sua inspiração em Mill. O filósofo reconhecia que a lei era, muitas vezes, contrária ao ideal de aumento do bem-estar geral, pugnando por reforma, como foi, por exemplo, com sua campanha pela igualdade entre os sexos.¹⁹⁹

Por outro lado, como ressalta Calabresi, uma das críticas de Mill a Bentham era o fato de que a análise da experiência humana tem capacidade de modificar a própria teoria que a analisa.²⁰⁰ Essa *bilateralidade* é fundamental para o desenvolvimento da AED. Assim, se determinados comportamentos humanos não se encaixam em determinada teoria, há, para Mill, duas possibilidades: (i) a necessidade de se incentivar a alteração o comportamento; (ii) a indicação de que a teoria deve ser aprimorada. Nessa visão, o *utilitarismo*, assim como a AED, é dinâmico e está em constante evolução.

Um bom exemplo dessa evolução é o aporte neurocientífico que refina o conceito utilitarista de *prazer*.²⁰¹ Outro, ainda ligado à neurociência, é a descoberta do modo dual de funcionamento do cérebro, que atua conjugando estruturas específicas voltadas para o raciocínio impulsivo e emotivo (*sistema 1*) e para o modo de pensar reflexivo (*sistema 2*), dando origem a uma releitura do utilitarismo, atualmente conhecida como *neurociência da*

¹⁹⁷ Idem, p. 19.

¹⁹⁸ Idem. “*The multiplication of happiness is, according to the utilitarian ethics, the object of virtue: the occasions on which any person (except one in a thousand) has it in his power to do this on an extended scale, in other words to be a public benefactor, are but exceptional.*”

¹⁹⁹ MILL, John Stuart, *The subjugation of women in On liberty and other essays* p. 471-583, Oxford University Press, 1991. Publicação original em 1869).

²⁰⁰ CALABRESI, Guido, op. cit. p. 6.

²⁰¹ Mill foi bastante criticado por tentar qualificar prazeres maiores e menores com uma abordagem um tanto quanto elitista, que pode ser resumida na célebre frase: “*It is better to be a human being dissatisfied than a pig satisfied; better to be Socrates dissatisfied than a fool satisfied.*” MILL, op. cit. p. 10. O próprio Mill reconhecia, todavia, que a definição exata de *prazer* era um conceito que permaneceria aberto. (idem, p. 7). Pois bem, atualmente a neurociência vem desenvolvendo o conceito de *broaden and build theory of positive emotion*, segundo a qual *as coisas e atividades nas quais nós encontramos prazer são normalmente as que produzem recursos. Comidas saborosas, por exemplo, geram recursos nutritivos. Tempo gasto com os amigos produz recursos sociais. Estudo gera recursos cognitivos. Assim, os ‘prazeres elevados’ a que Mill se referia seriam aqueles derivados de atividades capazes de produzir recursos duráveis e compartilháveis.* FREDERIKSON, Barbara L. *The role of positive emotions in positive psychology: the broaden-and-build theory of positive emotions*, in *American Psychologist*, Vol 56, n3, p. 218-226 ano 2001.

moralidade.²⁰² Um exemplo final, mais voltado ao objeto deste trabalho, é a introdução da psicologia na economia e no direito, sintetizando o que vem sendo denominado *behavior law and economics*.²⁰³ Esse movimento será abordado na seção seguinte.

2.2 Nascimento da AED

Se a AED tem um fundador, esse papel cabe a Ronald Coase. Coase emigrou para os EUA em 1951, mas pode-se dizer que as primeiras faíscas da AED surgiram como uma não imaginada consequência de uma pesquisa por ele empreendida em 1937 na London School of Economics, cujo resultado é o famoso artigo “The Nature of the Firm”.²⁰⁴

Nesse trabalho, Coase busca entender por que as firmas existem em uma economia de trocas, e a resposta por ele sugerida é: *sempre que fabricar algo internamente for mais barato do que se submeter ao preço do bem no mercado, os indivíduos organizar-se-ão em estrutura de firma para produzir o bem*.²⁰⁵

As firmas, por sua vez, crescem e internalizam cada vez mais a produção, até o ponto em que comprar os produtos no mercado tenha custos de transação menores, momento em que a firma para de crescer (em alguns casos ocorrerá o que podemos chamar de *terceirização*²⁰⁶).

Na base dessa ideia está o conceito de *custos de transação*,²⁰⁷ tema central de trabalho posterior, por muitos considerado a pedra fundamental da análise econômica do direito: “The Problem of Social Costs”, de 1960, o artigo de economia mais citado no mundo entre 1981 e 1996.²⁰⁸

²⁰² Trata-se de uma das matrizes teóricas deste trabalho, apresentada no capítulo seguinte, seção 3.3.

²⁰³ CALABRESI, Idem, p. 6 e 7.

²⁰⁴ ROWLEY, Charles K. *An intellectual history of law and economics*. In PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles. *The origins of law and economics: essays by the founding fathers*. Cheltenham, UK and Cambridge, MA, US, Edward Elgar, 2005, p. 15.

²⁰⁵ “The main reason why it is profitable to establish a firm would seem to be that there is a cost of using the price mechanism [...] The cost of negotiating and concluding a separate contract for each exchange must also be taken into account. [...] For these series of contracts is substituted one [...] A firm, therefore, consists of the system of relationships which comes into existence when the direction of resources is dependent on an entrepreneur.” COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. Economics, New Series, Vol. 4, No. 16. (Nov., 1937), pp. 386-405. P. 393-394

²⁰⁶ “A firm will tend to expand until the costs of organizing an extra transaction within the firm become equal to the costs of carrying out the same transaction by means of an exchange on the open market or the costs of organizing in another firm.” COASE, Op. cit. P. 395

²⁰⁷ “O custo no qual as pessoas incorrem em qualquer tipo de negociação.” (Mankiw, Gregory N. *Principles of Microeconomics* 6 ed. South-Western, Mason Ohio, 2008 p 212)

²⁰⁸ DE MEZA, David. *Coase Theorem*. In The new Palgrave dictionary of economics and the law, Vol1. Peter Newman (editor). New York, Stockton Press, 1998. P. 270.

É nesse novo trabalho que o economista inglês propõe o famoso *teorema de Coase*, fundamental para a AED, principalmente por jogar luz sobre os mistérios da negociação (*bargaining*) e da alocação eficiente de recursos.

Eis o *insight* fundamental do *teorema de Coase*: a alocação inicial de recursos e direitos sempre pode ser modificada pelas transações de mercado. Se essas transações não tiverem custo, essa realocação será sempre a mais eficiente possível, ou seja, será aquela capaz de conferir o maior valor possível a esses direitos e recursos.²⁰⁹ Se as transações de mercado vão sempre acontecer de modo a alocar os recursos de forma mais eficiente, então pouco importa sua alocação inicial (desde que não haja custos de transação para essas negociações). Esse decalque tem sido fundamental para a AED, mas hoje, como veremos, é questionado.

A ideia em si é simples, e pode ser bem concretizada em um exemplo: se Pedro *recebe* a propriedade de um bem (digamos, uma casa de praia transmitida por herança), ele só vai permanecer titular desse direito se não houver ninguém no mundo que dê àquele bem mais valor do que lhe dá Pedro. Por exemplo, suponhamos que Pedro use a casa para passar alguns finais de semana e feriados do ano com a família, refletindo-se esse uso em *utilidade* que pode ser expressada no valor de R\$300mil. Imaginemos agora que Paulo seja um empresário disposto a montar uma pousada onde hoje é a casa de Pedro, aproveitando toda a sua estrutura. Paulo pretende ganhar R\$1milhão com o negócio. Note-se que Paulo claramente valoriza a propriedade mais do que Pedro. Por isso, fará uma oferta que *cubra* toda a *utilidade*²¹⁰ que Pedro retira da casa e Pedro não hesitará em vendê-la. Conclui-se que, independentemente da alocação inicial da propriedade, o direito passou para quem poderia extrair dele o maior valor. A alocação final foi mais eficiente porque aumentou o valor daquele direito.

Esse aumento de valor é uma preocupação da ciência econômica. Claro que no mundo real existem custos de transação²¹¹: Paulo vai gastar tempo e dinheiro pesquisando uma propriedade; ambos precisam encontrar-se; pode ser que haja corretores intermediários; contratos costumam ser redigidos por advogados caros e ainda há toda a tributação incidente. Em conclusão, o negócio só ocorrerá se, apesar dos custos de transação, a realocação ainda valer a pena. Como no nosso exemplo a diferença de valores é muito grande, é possível que o

²⁰⁹ “It is always possible to modify by transactions on the market the initial legal delimitation of rights. And, of course, if such market transactions are costless, such a rearrangement of rights will always take place if it would lead to an increase in the value of production.” COASE, Ronald. **The problem of social costs**. P. 15 In Journal of Law and Economics, Vol III, October, 1960.

²¹⁰ Aqui estamos hipoteticamente agregando essa utilidade de modo a ser refletida nesse valor em dinheiro.

²¹¹ E Coase sempre soube disso: “This is, of course, a very unrealistic assumption.” Op. Cit. P. 15.

direito seja realocado, o que aumentará o bem-estar social, pois Paulo extrai do bem muito mais utilidade do que Pedro.²¹²

O que isso tem a ver com o desenvolvimento da AED? Tudo. É o próprio Coase que aponta para a diferença de critérios que as cortes e os economistas usam quando da decisão de realocação de direitos. As cortes baseiam suas decisões em princípios de justiça. Os economistas buscam sempre alocações que aumentam valores de produção.

Para que tudo fique realmente claro, vale a pena replicar o exemplo dado pelo próprio Coase, adaptando-o para o mundo moderno.²¹³ Pensemos na instalação de uma fábrica de cervejas que gere poluição ambiental nas redondezas. Caso se coloque filtro nas chaminés a um determinado custo, a poluição será contida e a cerveja custará mais caro. Sem filtros, teremos poluição e cerveja mais barata. Ao decidir-se um caso assim (como ocorreu em *Bass v. Gregory*) o que deve ser levado em consideração?

Coase entende que as consequências econômicas da decisão devem ser estudadas.²¹⁴ Caso a alocação de direitos não seja feita da forma correta pela corte (ou seja, de modo que o direito seja titularizado por quem lhe confira o maior valor), as partes terão de buscar transações de mercado para realocar esses direitos de modo mais eficiente. Como sabemos, essas transações implicam custos. Isso significa que, se a alocação decidida pela corte for “errada” (ineficiente), a consequência será uma perda de riqueza social decorrente dos custos de transação incidentes sobre a realocação ou, pior ainda, uma cristalização da alocação ineficiente, caso os custos de transação sejam proibitivos.²¹⁵

Avançando do exemplo do caso citado: suponha-se que o valor do ar puro para os habitantes das adjacências da fábrica equivalha a R\$100mil. Considere-se que o custo da colocação do filtro seja R\$150mil. Decidir que as partes têm direito ao ar puro seria, nesse caso, ineficiente, pois obrigaria a fábrica a gastar R\$150mil para proteger um direito que vale apenas R\$100mil. Como o mercado tende a corrigir a ineficiência dessa alocação, possivelmente a

²¹² Quando a casa estava com Pedro, ele tinha com ele alocado um direito no valor de R\$300, e isso era tudo o que se tinha. Quando ele vende por R\$500, claramente ganha um superávit de R\$200 em relação à alocação inicial. Já Paulo, que ficou R\$500 “mais pobre”, montou um negócio de R\$1 milhão, gerando superávit de R\$500. Portanto, desconsiderando-se os custos de transação, a realocação do direito para quem o valoriza mais gerou um “aumento de riqueza” social de R\$700. Para Coase, esse é um movimento inexorável. No mesmo sentido, COASE, Ronald, O. Cit. P. 16

²¹³ Coase traz diversos exemplos de atividades industriais da época que geravam algum tipo de externalidade, prejudicando o direito de vizinhos, por vezes moradores, por vezes fabricantes de outros produtos. Os casos *Cooke v. Forbes*, *Bass v. Gregory* e *Bryant v. Lefever* são bastante emblemáticos. P10, 14 e 11, respectivamente.

²¹⁴ Idem. P. 15.

²¹⁵ Idem. P. 16.

fábrica preferirá pagar R\$100mil aos moradores e continuar produzindo a cerveja sem filtro nas chaminés.²¹⁶

Ocorre que essa transação tem custos: os diretores da fábrica terão de procurar a associação de moradores, buscar a concordância de todos os envolvidos, haverá advogados responsáveis pela redação de contratos e pode ser que alguns moradores aproveitem para pedir um valor maior. Todo esse gasto será um desperdício decorrente do *equivoco* na alocação inicial.

Em um outro exemplo, imaginemos que a construção de um prédio seja embargada pelo morador de uma casa vizinha, que alega violação a determinados direitos de vizinhança. Suponha-se que o valor final que a construtora extrairá do prédio seja de R\$1 milhão e que a utilidade decorrente da fruição dos direitos de vizinhança para o proprietário equivalha a R\$500mil. Nesse caso, se a corte mantiver o embargo à obra, a construtora possivelmente negociará a compra da casa ou ao menos uma indenização ao proprietário. Na pior das hipóteses, o prédio não será construído (suponha-se que o proprietário morra e que seus herdeiros sejam muitos e estejam envolvidos em um inventário litigioso). Melhor seria que a corte fixasse uma indenização de R\$500mil ao proprietário da casa vizinha e levantasse os embargos à obra.

Modernamente, o pensamento de Coase é concretizado nas muito bem-sucedidas análises de custo-benefício obrigatoriamente empreendidas pelas agências reguladoras americanas para justificar qualquer tipo de regulação de mercado ou de política pública.²¹⁷

O modelo de Coase trouxe uma poderosa ferramenta na busca da eficiência na forma de decidir a alocação inicial de recursos. Mais do que isso, Coase iluminou a importância das negociações como forma de buscar a alocação eficiente, bem como a necessidade de se buscar a redução dos custos de transação para que tais realocações sejam possíveis.²¹⁸

²¹⁶ Essa é uma ideia básica da AED. Observe-se que a fábrica está, na verdade, “comprando” o direito dos moradores. Obviamente, modernas considerações de impactos sistêmicos no meio ambiente e de direito ambiental estão sendo ignoradas aqui apenas para manter a simplicidade do exemplo.

²¹⁷ Exemplo recentíssimo é a discussão sobre a identificação obrigatória de produtos geneticamente modificados. SUNSTEIN, Cass R. *On mandatory labeling, with special reference to genetically modified foods*. Preliminary draft 8/27/16, forthcoming, University of Pennsylvania Law Review All rights reserved. No Brasil, recentemente: WEDY, Ana Paula Tremarin. *Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas*. Dissertação de mestrado apresentada perante o programa de pós-graduação em direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2016.

²¹⁸ Em 1964 Coase foi admitido pela Universidade de Chicago, inicialmente na faculdade de negócios, mas desde o início assumiu a edição do *Journal of Law and Economics*, o que lhe possibilitou espalhar a nova disciplina por todo o país, com enorme influência e profundas consequências nas relações entre direito e economia. Toda essa trajetória foi reconhecida pelo conferimento do Prêmio Nobel em 1991. ROWLEY, Charles K. Op. Cit. P. 17. Por outro lado, é necessário lembrar que, já em 1957, Becker havia publicado *The economics of discrimination*. No ano seguinte, o *Journal of Law and Economics* foi fundado na Universidade de Chicago. MACKAAY, Ejan. Op. Cit. P. 18

Como veremos mais ao final deste capítulo, o desenvolvimento da AED em sua feição psicológica/comportamental traz a necessidade de atualização das ideias de Coase com relação à eficiência da alocação inicial, tendo em vista a descoberta do chamado *efeito de dotação* (*endowment effect*).²¹⁹

De toda forma, estudar Coase lança luzes importantíssimas sobre a necessidade de valorização da autocomposição como alternativa à utilização exaustiva da via judicial para a solução de conflitos. Para tanto, é absolutamente essencial o desenho de um ambiente cooperativo, com baixíssimos custos de transação, de modo a facilitar a alocação eficiente pela autocomposição.²²⁰ Tecnologia e desenho adequado de procedimentos pela lei e pela jurisprudência serão aqui essenciais.²²¹

Como é fácil de perceber, as descobertas de Coase relacionam-se com o coração deste trabalho. Por mais que os mistérios das baixas taxas de acordo no processo civil brasileiro²²² estendam-se para muito além de Coase, seu famoso teorema confere luz inicial para a solução deste grave problema. O tema será desenvolvido nos capítulos 6 e 7, nos quais a busca da autocomposição será tratada como um dos principais comportamentos cooperativos das partes e, portanto, merecedora dos devidos incentivos normativos, hoje nem sempre presentes.

2.3 Uma outra visão

A força das ideias de Coase juntou-se à matriz econômica da escola de Chicago e, como já vimos, essa união deu origem às ideias de Posner e a toda uma geração que, com nuances, privilegiava o papel das trocas eficientes de mercado, sem grandes preocupações com aspectos redistributivos e igualitários.

Surge então a doutrina de Guido Calabresi, que interpõe valores de justiça como um filtro para a ideia de eficiência. Parece correto afirmar que, enquanto Chicago apostava todas as suas fichas no bom funcionamento das engrenagens de mercado, essa nova visão tinha por preocupação exatamente as *falhas de mercado*,²²³ clamando, portanto, por modelos mais interventivos e redistributivos. De todos os trabalhos de Calabresi até aqui citados, “Some

²¹⁹ KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack L. e THALER, Richard H., **Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem**, in 98 Journal of Political Economy 1325 (1990)

²²⁰ Tema abordado principalmente nos capítulos 6 e 7.

²²¹ O impacto da tecnologia na resolução e na autocomposição de conflitos é abordado no capítulo 11.

²²² Como vimos no Capítulo 1, Seção 1.1.5

²²³ KATZ, A. **Foundations of the economic approach of law**. New York and Oxford (UK), oxford University Press, 1998.

Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, de 1961, pode ser considerado o estudo seminal, componente mesmo da fundação da AED.

O papel de Calabresi é absolutamente fundamental na história da AED. Ele não somente foi responsável por propor uma visão contraposta à inicialmente adotada por Chicago, mas também por certamente inspirar mais de uma geração de professores que até hoje ensinam AED ou aplicações desse método em outras matérias, como Susan Rose Ackerman e Bruce Ackerman, Ian Ayres, Alan Schwartz, além de uma nova geração já atada ao Behavioral Law and Economics, como Cristine Jolls e Daniel Markovitz, todos da *Escola de Yale*.

2.4 Notas de um utilitarismo pronunciado

Toda a doutrina de AED é, de certa forma, pragmática, como pragmático é este trabalho, bem como a tese que ele propõe.

Boa parte do desenvolvimento da AED, porém, deu-se pelas mãos de professores que aderiam à filosofia utilitarista em uma leitura mais radical, deixando realmente de lado preocupações *kantianas* — como, por exemplo, considerações sobre *fairness* na análise normativa.²²⁴

Parte do tecnicismo da doutrina criada nessa esteira, bem como o estado da arte do pragmatismo moderno serão por nós abordados ao tratarmos das matrizes teóricas deste trabalho, já no próximo capítulo.²²⁵ Nesta seção, portanto, nos limitaremos a contextualizar historicamente a importância do trabalho desses professores.

Esse núcleo duro da AED normativa, segundo Rowley, é formado por Henry Simons, Gordon Tullock, Richard Posner e Steven Shavell. A esses nomes acrescentaríamos os de Robert Cooter, Thomas Ulen e Louis Kaplow, parceiro de Shavell em muitos de seus escritos. Passemos a uma muito breve análise do papel desse grupo na evolução histórica da AED

“The Logic of Law”, de Gordon Tullock, data de 1971 e é o primeiro livro de AED publicado na história. Discípulo do utilitarista utópico Henry Simons,²²⁶ Tullock defendia a

²²⁴ Esse grupo de professores-chave desse núcleo teórico duro da AED é chamado por Rowley de *the new benthamites*, em referência a Benjamin Bentham, pai da filosofia utilitarista. Op. cit., p. 18 e 19.

²²⁵ Capítulo 3, respectivamente seção 3.1 e seção 3.3.

²²⁶ Simons era, segundo Coase, um utilitarista utópico. Sua obra mais famosa *A positive program for laissez faire*, data de 1934. Nela, ele pregava uma postura intervencionista do estado, que deveria assumir todas as atividades econômicas em que a competição faz-se “impossível”, como por exemplo o transporte ferroviário. Para as demais indústrias, as agências reguladoras deveriam exercer forte controle de modo a preservar a competitividade do mercado. SIMONS, Henry, *A positive program for laissez faire: some proposals for liberal economic policy*. P. 12. Chicago, Chicago University Press. 1948.

possibilidade de se levarem a cabo, nos Estados Unidos, as reformas malsucedidas que Jeremy Bentham havia tentado impor na Inglaterra.

O novo instrumental econômico disponibilizado à época, e que animava Tullock a sugerir tais reformas, era advindo da *welfare economics*, e consistia na existência de critérios objetivos que permitiriam aferir o impacto de uma determinada conduta ou escolha política no bem-estar social.²²⁷ Não é exagerado afirmar que Tullock antecedeu Posner no esforço de empreender uma análise econômica ampla de todo o sistema jurídico americano. De fato, seus estudos passam por áreas assimétricas como contratos, direito penal, direitos da criança e responsabilidade civil.

Tullock foi radical. Propôs uma reforma dos princípios fundacionais do *common law*, abandonando os princípios filosóficos morais em prol dos conceitos *paretianos* da economia do bem-estar (*welfare economics*).²²⁸ Talvez por isso, seus escritos não tenham tido tanta repercussão à época. De toda forma, a economia de bem-estar e seus critérios começavam a ganhar força na AED.

Apenas dois anos depois da publicação de “The Logic of Law”, Richard Posner publica seu “Economic Analysis of Law”.

Posner é Posner. Ame-o ou odeie-o, é preciso que se lhe reconheçam o protagonismo e o imenso esforço e inteligência que fizeram dele um dos maiores juristas vivos não só nos Estados Unidos, mas em todo mundo. Suas ideias valorativas serão estudadas com profundidade no próximo capítulo, bastando-nos agora algumas importantes contextualizações históricas.

Sua vida acadêmica, aliada ao cargo de juiz federal, que ocupou desde 1983,²²⁹ deram-lhe imensa capacidade analítica, refletida na obra muito ampla, rica não somente na análise econômica *normativa*, mas também na análise *descritiva* (positiva).²³⁰ Posner acredita na eficiência do *common law* como um sistema de refinamento do direito e de seleção de normas eficientes,²³¹ ainda que sustente a utilidade da análise econômica também para o *civil law*.²³² Além de extensas discussões teóricas e filosóficas,²³³ sua obra cobre praticamente todos os ramos do direito, com interessantes incursões em temas práticos específicos, como, por

²²⁷ Trata-se da *superioridade de Pareto* e do *critério de Kaldon-Hicks*, que serão apresentados no capítulo seguinte, Seção 3.1.

²²⁸ Vide nota anterior.

²²⁹ Em verdade, Posner aposentou-se recentemente de suas funções como juiz federal. <https://abovethelaw.com/2017/09/judge-posners-retirement-and-the-midlife-career-crisis/>

²³⁰ Rowney, op. cit. P. 20-21.

²³¹ POSNER, RICHARD A. **Economic analysis of law**. 8th ed. New York, Aspen Publishers, 2011. P. 32-33 e 771.

²³² POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva, São Paulo, Martins Fontes, 2010, Prefácio à edição brasileira.

²³³ Algumas dessas ideias serão apresentadas no próximo capítulo.

exemplo, o comportamento dos juízes,²³⁴ sua forma de decidir²³⁵ e a distância entre os caminhos percorridos pela academia e pela prática jurídica,²³⁶ assunto que nos parece de severa importância.

É de Posner o mérito da inclusão da AED como disciplina nas escolas de direito estadunidenses. Uma de suas maiores contribuições para a *popularização* da AED foi a criação do “Journal of Legal Studies”, do qual foi o primeiro editor-chefe.²³⁷

Após a criação e o desenvolvimento da AED por professores sem educação formal em economia (mas com profunda intuição econômica, como são os casos de Posner e Calabresi), os anos 1980 foram os anos da *formalização* econômica da AED.²³⁸ Devido às dimensões do movimento, foram as próprias *leis de mercado*²³⁹ que atraíram economistas para os departamentos de direito das universidades. Nesse ponto, Steven Shavell, Louis Kaplow, Lucien Bebchuk²⁴⁰ e Kathryn Spier,²⁴¹ todos da escola de direito de Harvard, assumem papel de destaque.

Desse qualificado grupo de professores, Shavell e Kaplow são precursores. Não só pela introdução da *social welfare function* como instrumento de análise normativa,²⁴² mas pelo pioneiro desenvolvimento de modelos econômicos aptos à abordagem de diversos campos do direito, como o processo civil, o direito penal, o sistema de responsabilidade civil, os contratos, dentre outros. Esses modelos foram primeiro apresentados na obra “Economic Analysis of Accident Law”, de 1987, e em inúmeros artigos. Posteriormente, foram condensados e desenvolvidos por Shavell em linguagem simples, mas com profundo rigor acadêmico, em “Foundations of Economic Analysis of Law”, de 2004.

²³⁴ POSNER, Richard A. EPSTEIN, Lee e LANDES, William M. **The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge, MA. Harvard University Press, 2013.

Nessa obra espetacular, com extensa análise de dados e consistente teoria econômica, os autores definem os incentivos aptos a motivar o comportamento dos juízes, provendo depois esses padrões de comportamento com exaustivo estudo empírico. Essa obra gerou vários *insights* importante que usaremos em nosso trabalho.

²³⁵ POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge, MA. Harvard University Press, 2010.

²³⁶ POSNER, Richard A. **Divergent paths: the academy and judiciary**. Cambridge, MA. Harvard University Press, 2016

²³⁷ MACKAAY, Ejan. Op. Cit. P.21

²³⁸ Rowley, O. Cit. P. 23.

²³⁹ ULEN, Tomas S. e GAROUPA, Nuno. **The market for legal innovation: law and economics in Europe and in the United States**. In. Alabama Law Review, Vol 59:5. P. 1557.

²⁴⁰ Bebchuk destaca-se pelo rigor na formação de modelos matemáticos para várias áreas do direito. Um bom exemplo dessas formulações para o processo civil pode ser encontrado em: BEBCHUK, Lucian Ayre. **A New Theory concerning the Credibility and Success of Threats to Sue**. In. The Journal of Legal Studies, Vol. 25, No. 1 (Jan., 1996), pp. 1-25.

²⁴¹ Por exemplo, SPIER, Kathryn E. **Settlement bargaining and the design of damage awards**. Cambridge, Mass.: Program in Law and Economics, Harvard Law School, [1993].

²⁴² A *social welfare function*, índice de medida do bem-estar social importado da *economia do bem-estar* para o direito, será apresentado no capítulo seguinte, seção 3.1.3.1.

É importante ressaltar a enorme colaboração que esses autores tiveram no desenvolvimento da análise econômica do processo, principalmente na estruturação de modelos (incluída aí a teoria dos jogos) que apontam para os incentivos presentes na tensão acordo/ajuizamento da ação, na interposição de recursos e nas vantagens/desvantagens de um sistema probatório mais preciso.²⁴³

2.5 Ampliação do movimento e novas descobertas

Da década de 1980 em diante, o movimento de AED espalhou-se com imenso vigor,²⁴⁴ atraindo professores para programas específicos em todas as universidades americanas.²⁴⁵ A forte competitividade entre essas universidades, bem como o tamanho do mercado de ensino do direito nos EUA, levou a substancial aumento do número de professores lecionando AED. Já nos anos 1990 eram 123 professores oficialmente dedicados ao tema, número que chegou a 209 em 2002.²⁴⁶

Mas os anos 2000 trouxeram ainda uma grande novidade: o surgimento e a consolidação da análise econômica *comportamental* do direito (*Behavioral Law and Economics*).

Como veremos em detalhes no próximo capítulo, a partir das pesquisas dos psicólogos Kahneman e Tversky na década de 1970, bem como dos *insights* do economista Richard Thaler, surgiu um novo campo de pesquisa no mundo das ciências econômicas: a economia comportamental (*Behavioral Economics*). A quantidade de pesquisa comportamental no mundo desde então tem sido imensa,²⁴⁷ agregando inclusive as descobertas da neurociência,

²⁴³ Trabalhos importantes destes autores, e que inspiraram boa parte de nossas considerações são: BEBCHUK, Lucian Arye, *A New Theory concerning the Credibility and Success of Threats to Sue*, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 25, No. 1 (Jan., 1996), pp. 1-25; SHAVELL, Steven, *The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system*, in *Journal of Legal Studies*, vol. XXVI, Chicago University Press, June 1997; SHAVELL, Steven *The Appeals Process and Adjudicator Incentives*, in *Journal of Legal Studies*, vol. 35, Chicago University Press, January 2006; SPIER, Kathryn E. *Litigation*, in *Handbook of Law and Economics*, Volume 1, 262-336 Edited by A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, Elsevier B.V., 2007.

²⁴⁴ O surgimento de diversas enciclopédias, dicionários e coletâneas de AED nos anos 1990 são um dos efeitos da enorme expansão do movimento. MACKAAY, Ejan. Op. Cit. P. 25

Bons exemplos desse tipo de obra são o **The new Palgrave dictionary of economics and the law**, New York, Stockton Press, 1998, editado por Peter Newman (em três volumes) e a *Encyclopedia of law and economics*, Cheltenham, UK; Northampton, Ma.: Edward Elgar, 2000. *Editada por Boudewijn Bouckaert, Gerrit de Geest (em 5 volumes)*

²⁴⁵ MACKAAY, Ejan. Op. Cit. P. 23.

²⁴⁶ ULEN, Tomas S. e GAROUPA, Nuno. Op. Cit. P. 1573.

²⁴⁷ SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence. Government in the age of behavioral science**, New York. Cambridge University Press, 2016. P. 1.

principalmente as decorrentes da possibilidade de observarmos o funcionamento do cérebro em tempo real, o que descortinou a química dos incentivos para o comportamento humano.²⁴⁸

Todo esse novo potencial científico surgido da intersecção entre psicologia, matemática e neurologia passou a ser fortemente explorado por diversos segmentos sociais e econômicos. Empresas desenham linhas de financiamento, seguros, hipotecas, planos de telefonia e outros produtos a partir de pesquisas comportamentais.²⁴⁹ O mesmo acontece com entidades sem fins lucrativos, que buscam convencer as pessoas a doar dinheiro para caridade. Por fim, e de extrema importância, governos passam a utilizar *insights* comportamentais no desenho de políticas públicas.²⁵⁰ Como disse Cass Sunstein em uma de suas mais recentes obras, *vivemos na era da psicologia e da economia comportamental*.²⁵¹

Com toda essa força e impactos práticos, não demoraria para que a economia comportamental *atualizasse* a análise econômica do direito. Isso ocorre com clareza a partir de seminal artigo de 1999, tecido a seis mãos, denominado “A Behavioral Approach to Law and Economics”, de Cass Sunstein, Richard Thaler e Christine Jolls.

A *análise econômica comportamental do direito (Behavioral Law and Economics*, ou apenas BL&E) é o reconhecimento e a apropriação das descobertas psicológicas e neurocientíficas que *atualizam* a AED. É importante dizer que muitos modelos tradicionais da AED continuam sendo usados, tendo em vista sua simplicidade e eficiência na predição de comportamentos. Em determinados casos, principalmente naqueles em que os comportamentos

²⁴⁸ Como bem lembra Greene, não faz mais de 20 anos que a ressonância magnética passou a permitir o estudo do cérebro humano em funcionamento. GREENE, Joshua; INDIA Morrison. **Introduction**, in GREENE, Joshua; INDIA Morrison (Coords) **Positive Neuroscience**. Oxford University Press, 2016. P. 1

²⁴⁹ A ideia de custos diferidos em financiamentos dos mais diversos tipos de bem é um excelente exemplo. A racionalidade limitada do ser humano (*bonded rationality*), a chamada “miopia” e o excesso de otimismo levam a que “coloquemos” mais “peso” no presente do que no futuro. Por isso é tão comum que nos sejam oferecidos financiamentos em que as primeiras parcelas são mais baratas do que as subsequentes. Como valorizamos mais o presente do que o futuro, isso cria uma ilusão de que o custo final do financiamento é menor. Para exemplificar, imagine-se um financiamento de \$20mil, em que \$6mil sejam pagos no curto prazo e \$14mil no longo prazo. Se fossemos perfeitamente racionais, daríamos o mesmo peso para os dois períodos, então: $1 \times 6 + 1 \times 14 = 20$. Todavia, como sobrevaloramos o presente e desvalorizamos o futuro, então $1.2 \times 6 + 0.8 \times 14 = \$18,4$. É fácil de perceber que um financiamento de \$20mil estruturado com custos diferidos “parece” um financiamento de apenas \$ 18,4 mil para o consumidor final. Sobre o tema, com profundidade, BAR-GILL, Oren. *Seduction by contract*. Principalmente p. 20 e 21.

A relação por nós apontada entre economia, psicologia e neurociência fica também bastante clara nesse exemplo. Esse tipo de “miopia” do consumidor, por exemplo, já foi reconhecido empiricamente pela neurociência. McCLURE, LAIBSON David, LOEWENSTEIN e CHOEN Jonathan. **Separate neural systems value immediate and delayed monetary rewards**. In. *Science*, 306. P. 503-507. 2004.

²⁵⁰ SUNSTEIN, Cass R. Op. Cit. P. 1. Um ótimo exemplo são as políticas públicas britânicas, desenhadas com auxílio técnico do *The behavioral insights team*, disponíveis em: <http://www.behaviouralinsights.co.uk>

²⁵¹ “*We live in an age of psychology and behavioral economics*”. Cass Sunstein. Op. Cit. P. 1.

da vida real ficam muito distantes das previsões econômicas iniciais, esses *modelos* podem e devem ser atualizados com as novas descobertas.²⁵²

Existe um *trade-off* nesse movimento atualizador. Os modelos da BL&E, posto que mais precisos, são mais complexos que os da economia tradicional. Como bem adverte Kahneman, *em ciência, a complexidade é um custo*.²⁵³ Por isso, é preciso ter bom senso no avançar para modelos mais intrincados no estudo econômico do direito. Em última instância, a adoção desses modelos depende de uma análise de custo-benefício.²⁵⁴

Praticamente todas as boas universidades americanas têm hoje professores dedicados à BL&E. Dentre os mais proeminentes, podemos citar Cass Sunstein e Oren Bar-Gill (Harvard Law School), Christine Jolls e Daniel Markovits (Yale Law School) e Jonatham S. Masur (Chicago Law School). Curiosamente, não há muitas pesquisas comportamentais no âmbito do processo civil, o que torna nosso desafio ainda mais difícil e estimulante.

Prova definitiva da pujança da AED na atualidade e de sua reputação mundo afora é a destinação dos dois últimos Prêmios Nobel de Economia. Em 2016, o agraciado foi Oliver Hart, em razão de sua teoria econômica sobre contratos incompletos.²⁵⁵ Hart, é bom lembrar, é vinculado ao departamento de economia da Universidade de Harvard, mas conduz um seminário de *Law and Economics* na Harvard Law School, juntamente com Steven Shavell, Louis Kaplow, Lucian Bebchuk, Andrew E. Furer e Kathryn Spier.²⁵⁶ Já em 2017, contemplou-se Richard Thaler pela sua fundamental contribuição ao desenvolvimento da economia comportamental.²⁵⁷ A premiação de Thaler é importantíssima para a AED, já que ele é um dos autores de artigo que se configurou em pedra fundamental do *Behavior Law & Economics*, como observamos acima.

Como dito, neste trabalho priorizaremos modelos simples, atualizados pela BL&E quando for possível e necessário. Na escolha dessa modelagem, entram as limitações técnicas deste autor no domínio das ferramentas econômicas e um profundo esforço em tentar manter a AED simples o suficiente para que possa ser útil ao direito processual civil brasileiro.²⁵⁸

²⁵² CALABRESI, Guido. **The future of law and economics**. New Heaven: Yale University Press, 2016. P. 3-4

²⁵³ KAHNEMAN, Daniel. **Think fast and slow**. Op Cit. location 4691.

²⁵⁴ A própria teoria dos jogos, a principal fornecedora de modelos para este trabalho, passa também por uma atualização: a *teoria dos jogos comportamental*. Como ficará claro, muitas vezes usaremos apenas os modelos tradicionais, fazendo os devidos *ajustes* comportamentais apenas quando for necessário, possível e valer a pena. Sobre o tema: CAMERER, Colin F. **Behavioral game theory: experiments in strategic interaction**. New York. Princeton University Press. 2003.

²⁵⁵ https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2016/hart-lecture.html - acesso em 10/03/2017.

²⁵⁶ <http://hls.harvard.edu/academics/curriculum/catalog/default.aspx?o=69392> - acesso em 10/03/2017

²⁵⁷ https://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2017/thaler-facts.html

²⁵⁸ Por outro lado, o que se pretende é que este trabalho seja apenas um dos primeiros passos na análise econômica

2.6 Críticas e outras escolas

Em 1985, Oliver Williamson fundou o “Journal of Law, Economics and Organization” na Yale Law School. Williamson é um dos líderes de um movimento *coaseniano*, cuja principal preocupação são as instituições, assim definidas como limitações sociais que surgem quando as leis são aplicadas e que se juntam a outras limitações e escassezes, como as da renda familiar e da tecnologia, influenciando o comportamento individual.²⁵⁹

Por conta dessa *ênfase* institucional, essa corrente é mais conhecida como *neoinstitucionalismo*. O *neoinstitucionalismo* acabou rendendo um Prêmio Nobel para Douglass North, em 1993.²⁶⁰ Como resultado prático, essa escola advoga modelos mais complexos de previsão do comportamento humano, sempre em um *approach* interdisciplinar, buscando desvendar as relações entre riqueza e instituições.²⁶¹ Modelos neoinstitucionalistas não serão por nós utilizados. Como dissemos, em ciência, complexidade é um custo que precisa ser justificado, o que não nos parece ocorrer neste caso.

A chamada *escola austríaca* também teve algum impacto na AED, principalmente pelo trabalho de Hayek, que venceu o Prêmio Nobel de economia em 1974. Os *austríacos* enfatizam a *subjetividade dos valores* como barreira para a análise utilitarista de comparação interpessoal de utilidades. Filosoficamente, a escola austríaca está bem mais próxima dos libertários, propondo um Estado mínimo quase sem intervenção econômica.²⁶² A crítica da escola austríaca aos métodos tradicionais da AED e da economia como um todo está bem sintetizada no título

do processo. Dizemos primeiros, e não primeiro, porque já há alguns pioneiros na estrada. Porém, na simplicidade das pegadas que deixaremos, está marcada a firme crença de que esforços futuros mais complexos e precisos serão empreendidos por outros estudiosos mais capacitados.

²⁵⁹ MAACKAY, Ejan. Op. Cit. P. 23.

²⁶⁰ MAACKAY, Ejan. Op. Cit. P. 24.

²⁶¹ EGGERTSSON, THRÁINN. **Neoinstitucional economics**. in *The new Palgrave dictionary of economics and the law*, New York, Stockton Press, 1998, editado por Peter Newman. Vol 2 p. 665-666.

O *neoinstitucionalismo* é por vezes criticado por *pintar um mundo cor de rosa*, como se fosse uma extensão moderna da filosofia do *Professor Pangloss*, personagem do célebre conto de Voltaire, “O cândido”. Para alguns autores, todavia, essa seria uma crítica injusta, vez que a *escolha ótima* defendida pelos neoinstitucionalistas seria apenas a tendência de as pessoas, diante das circunstâncias possíveis, fazerem escolhas racionais que levem ao melhor resultado possível, sem que necessariamente ele seja bom ou ótimo. Idem. P. 668.

²⁶² A escola austríaca criticava duramente a AED por tentar metrificar o comportamento humano, transportando para a economia métodos das ciências naturais. Hayek chamava esse comportamento pejorativamente de *cientificismo*. ROWLEY, Op. cit., p. 26. Era o próprio Hayek que dizia: “*is probably no exaggeration to say that every important advance in economic theory during the last hundred years was a further step in the consistent application of subjectivism. That the objects of economic activity cannot be defined in objective terms but only with reference to a human purpose goes without saying.*” HAYEK, F. A. *The Sensory Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1952. p. 50.

do trabalho de Mario Rizzo, de 1980: “The Mirage of Efficiency”.²⁶³ Embora reconheçamos que a *subjetividade valorativa* desempenhe papel importante no comportamento humano, acreditamos que modelos de análise econômica, atualizados pela BL&E quando necessário, são extremamente úteis tanto para uma análise descritiva quanto normativa do direito.

Um importante contraponto ao *mainstream* da AED é a *escola da escolha pública* (*public choice*). A ideia dessa escola é dar um passo para trás na análise econômica do direito e reconhecer que, sem entender como funcionam as instituições de onde emanam as normas, sua exata compreensão é impossível. A *public choice* estuda assim o *mercado político* (*political market*). A importância dessa ideia está em reconhecer as pressões políticas sofridas pelas instituições que podem ser consideradas fonte do direito. Nessa linha, a AED que se faz aqui é muito mais positiva do que normativa.²⁶⁴

Esse método tem início remoto na década de 1970 com as obras de Downs, Buchanan/Tullock e Olson, continuando com Niskanen. Buchanan venceu o Prêmio Nobel em 1986 e fundou um grupo na George Mason University focado no estudo da *política econômica constitucional*. Apesar do sucesso de Buchanan, a *public choice* tem muito mais influência no universo da sociologia do que no do direito.²⁶⁵ Reconhecemos aqui a importância dessa preocupação institucional, que, no entanto, foge ao escopo deste trabalho.

2.7 Análise econômica do direito fora dos Estados Unidos

Entender os caminhos da AED em outros países, incluídas aí culturas de *civil law*, parece-nos útil para avaliar as possibilidades de desenvolvimento mais intenso deste método no Brasil.

Não há a menor dúvida de que não existe qualquer lugar no mundo onde a AED seja tão próspera quanto nos Estados Unidos.

O interesse europeu pela AED não é tão flamejante como o estadunidense, mas existe e vem produzindo frutos. Na Suécia, os primeiros sinais do movimento apareceram já em meados dos anos 1970.²⁶⁶ No Reino Unido, até pela facilidade do idioma e do sistema de *common law*,

²⁶³ Uma das justas preocupações desses autores era com a percepção subjetiva dos custos e dos custos de oportunidade. A quantidade de informações necessárias para predizer o comportamento humano com um mínimo de acurácia levaria à impossibilidade dessa mesma predição. ROWLEY, Op. Cit. P. 27.

De nossa parte, parece-nos correto afirmar que parte dessas preocupações hoje está bem endereçada pela economia comportamental.

²⁶⁴ ROWLEY. Op. Cit. P. 29.

²⁶⁵ MAACKAY, Ejan. Op. Cit. P. 24.

²⁶⁶ Idem. P. 26.

a AED é bastante influente. Aliás, muitas das obras utilizadas neste trabalho são edições inglesas. O melhor exemplo do relativo sucesso da AED na ilha europeia é a fundação da “International Review of Law and Economics”, ainda em 1981.²⁶⁷ As principais universidades inglesas, como Oxford Law School e Cambridge Law School, oferecem cursos regulares de AED.²⁶⁸ Não obstante, a importância da disciplina em terras inglesas está muito aquém da realidade norte-americana.

Na Europa continental, o interesse é mais tardio e menos intenso, com algumas exceções. Os países que primeiro abriram-se ao tema foram Alemanha, Holanda, Bélgica e Luxemburgo, ainda nos anos 1980.²⁶⁹ Na Holanda, a influência da AED é imensa.²⁷⁰

Em países de língua latina, a resistência e as críticas têm sido maiores, apesar das várias publicações surgidas na Itália a partir dos anos 1990. O cenário, todavia, começou a mudar em 1991 com a criação do *Erasmus Programme of Law and Economics*²⁷¹, uma iniciativa acadêmica que une várias universidades europeias e oferece um mestrado conjunto, em que o aluno estuda AED em várias escolas de ponta, como Hamburgo, Roterdã, Bolonha, Manchester, Aix e outras. O programa Erasmus é um grande sucesso e vem colaborando para o desenvolvimento da AED dentro e fora da Europa.²⁷²

Mas qual a razão da diferença de intensidade e influência da AED no direito europeu e americano?

Muitas razões têm sido elencadas. Nenhuma delas parece ser a resposta completa, mas, juntas, talvez expliquem algo.

Um argumento comum seria a diferença entre os sistemas de *civil law* e *common law*. É comum o argumento de que o *common law* tende para a eficiência.²⁷³ A ideia é a de que as normas menos eficientes geram mais litigância e vão sendo excluídas do sistema. A maior liberdade criativa dos juízes de *common law* permitiria essa *seleção positiva*. Mas, hoje, a porosidade dos textos legislativos e o manejo dos princípios de direito vêm dando aos juízes do

²⁶⁷ Idem. P. 26.

²⁶⁸ <https://www.law.ox.ac.uk/admissions/options> e <http://www.llm.law.cam.ac.uk/about-the-cambridge-llm-programme/economics-of-law-and-regulation.html>

²⁶⁹ MAACKAY, Ejan. P. 24.

²⁷⁰ HOLZHAUER, Rudi W. & TEIJL, Rob. **Law and Economics in the Netherlands**, in ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS 274, 275. (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds, 2000). Disponível em <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0355-law-and-economics-in-the-netherlands.pdf>. Acesso em 14/03/2017.

²⁷¹ Atualmente, European Master in Law & Economics. Disponível em: <https://www.emle.org>, Acesso em 3 de fev/2018.

²⁷² The EMLE has been recognized by the European Commission as an Erasmus+: Erasmus Mundus Master Programme of “outstanding academic quality”. Disponível em <http://www.emle.org> Acesso em 11/03/2017.

²⁷³ POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Trad. de Evandro Ferreira e Silva, São Paulo, Martins Fontes, 2010, Prefácio à edição brasileira.

civil law poder criativo semelhante.²⁷⁴ Não obstante algumas vozes doutrinárias em sentido estridentemente contrário, esse é inclusive o caminho seguido pelo Brasil, pavimentado pelas virtudes do CPC/2015 no que diz respeito à obrigatoriedade do respeito aos precedentes. Por fim, fosse a dificuldade europeia com a AED uma questão de *common law*, então Reino Unido e os Estados Unidos teriam de estar em pé de igualdade neste ponto, o que, evidentemente, não é o caso.²⁷⁵ De outro lado, Israel, país de tradição de *civil law*, possui desenvolvidíssima AED, inclusive exportando professores para universidades americanas.²⁷⁶

Outra hipótese para essa assimetria de desenvolvimento da AED seria o *modelo educacional americano*, onde alunos de direito já são graduados e, possivelmente, têm alguma familiaridade com economia. O problema desse argumento é que ele não tem validade externa. Explicamos: países fortíssimos em AED, como Israel, Holanda e Canadá, possuem sistema de ensino jurídico similar ao europeu, e ao brasileiro, no qual o direito é um curso de graduação. Diferenças curriculares podem sim explicar muita coisa, mas o que justifica o fato de haver diferenças curriculares em si? Mais do que isso, que diferenças seriam essas, visto que há enormes disparidades curriculares nos cursos de direito entre praticamente todos os países europeus?²⁷⁷

A razão, segundo estudos empíricos produzidos em todos esses países onde a AED é bastante desenvolvida, parece vir dos incentivos locais para que professores e pesquisadores lancem-se ao estudo integrado de direito e economia. Esses incentivos podem decorrer da competitividade do mercado de universidades, de incentivos financeiros ou ainda de saturamento ou escassez de recursos para pesquisa em áreas mais tradicionais do direito.

Para Ulen e Garupa, o diferencial americano é o nível de competitividade entre as faculdades de direito. A enorme quantidade disponível de recursos, o alto salário de professores baseado em produtividade e o nível de exigência do consumidor que paga mensalidades altíssimas resultam em um movimento de *legal innovation* que se vê por diversas áreas do direito ao longo das principais faculdades americanas. A AED seria uma dessas inovações.²⁷⁸ Dentre tantas outras, como o *critical legal studies*, a AED cresceu e floresceu, possivelmente em razão de sua *utilidade* para o sistema.

²⁷⁴ Esse movimento de aproximação é inclusive reconhecido na doutrina estrangeira. GINSBURG Tom e HOETKER Glenn, *The Unreluctant Litigant: An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation*, 35 J. LEGAL STUD. 31 (2006).

²⁷⁵ ULEN, Thomas S. e GARUPA, Nuno. Op. Cit. P.1590

²⁷⁶ GAZAL-AYAL Oren, *Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel*. In Review of Law & Economics, Vol 3, Issue 2, 2017. P. 485-486.

²⁷⁷ ULEN, Thomas S. e GARUPA, Nuno. Op. Cit. P 1593-1597

²⁷⁸ Idem p. 1593-1602

Na Holanda, os incentivos parecem ter nascido de uma forma inversa: a maioria das faculdades de direito possui um departamento de economia. Esses departamentos passaram a sofrer restrições orçamentárias e, em consequência, maior pressão para focarem as pesquisas econômicas no direito propriamente dito.²⁷⁹

Segundo Oren Gazal-Ayal, também em Israel os incentivos e a competitividade acadêmica explicam o fenômeno. Com profunda pesquisa empírica, o autor demonstra que a alteração de critérios de promoção e reconhecimento dos professores de direito pelas universidades, principalmente com a valorização de publicação de trabalhos em inglês em revistas estrangeiras de prestígio, leva automaticamente a uma maior aderência desses professores à AED.²⁸⁰ Curioso notar, inclusive, que, em 2007, a produtividade *per capita* de artigos que envolviam AED em Israel era dez vezes maior do que nos próprios EUA. Comparando EUA e países da Europa continental, essa razão era de cinco para um, em prol do país americano.²⁸¹

Algumas explicações — um tanto quanto filosóficas, parece-nos — assumem um papel importante no desenvolvimento da AED ao redor do globo. Apesar do que dizem Ulen e Garoupa, o prestígio do consequencialismo e do utilitarismo frente ao kantianismo nos EUA talvez seja relevante nessa história. É bem verdade que os autores reconhecem o papel e a importância do realismo, e a sua vitória frente ao formalismo nas universidades americanas como um fator de destaque.²⁸² Mas, no fim das contas, por que o realismo venceu nos EUA e não venceu, ao menos de forma tão acachapante, na Europa? Não seria exatamente pela dicotomia utilitarismo *versus* kantianismo, que, no velho continente, penderia para esse último? Não sabemos. Como dizem os próprios autores, o número de filósofos utilitaristas ou kantianos nos EUA é desconhecido.

Toda essa digressão sobre o desenvolvimento global da AED tem apenas uma finalidade: lançar luzes sobre o Brasil. Nesse ponto, parece-nos que aqui o *mainstream* filosófico kantiano ocupa um papel importante, mas infelizmente isso também não pode ser provado. De toda sorte, passemos a traçar o estado da arte da AED em nosso país.

²⁷⁹ “The rise of law and economics in the Netherlands has been a mixed effort by lawyers and economists. Most law faculties (there are eight in the Netherlands) have their own chair in economics (as well as in sociology and — often — psychology). Budget cuts during recent years put pressure on economics departments in law faculties to focus more on ‘the law’ and hence law and economics became an interesting issue for these departments.” HOLZHAUER E TEIJL, op. cit. P. 280.

²⁸⁰ OREN Gazal-Ayal Op. Cit. p. 506

²⁸¹ OREN GAZAL-AYAL Op. Cit. p. 485

²⁸² O *realismo* é tratado na última seção deste capítulo.

2.7.1 Pequeno perfil da AED e do processo no Brasil

Como vimos na introdução deste trabalho, posto que haja professores e pesquisadores com trabalhos de muita relevância e conteúdo, o desenvolvimento da AED no Brasil ainda é incipiente quando comparado ao de países como EUA, Inglaterra, Holanda, Israel, Canadá, Alemanha e outros.

Nosso objetivo aqui, mais uma vez, é tão somente definir o contexto no qual nossas ideias serão inseridas, de modo a justificar sua necessidade, sem preocupações com minudências da AED no Brasil.²⁸³

Como fica claro da análise histórica de Thiago Cardoso Araújo, a AED no Brasil tem suas primeiras manifestações em 1982, mas a primeira obra de fôlego a *tratar do assunto* veio apenas em 1994. Daí em diante foram publicados apenas estudos esparsos, até que em 2005 surgem publicações importantes, coletâneas de textos e a criação do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul.²⁸⁴ Em 2007 surge a Associação Brasileira de Direito e Economia, desde então promovendo profícuos congressos anuais que acabaram fomentando produção doutrinária bastante consistente. Por fim, em 2010, é fundado o primeiro periódico totalmente dedicado à AED: o “Economic Analysis of Law Review”, atualmente no oitavo volume.²⁸⁵

Já entre as universidades, proporcionalmente ao total de cursos de direito no Brasil, não são maioria aquelas que dedicam cadeiras exclusivas ao ensino da AED. Todavia, surpreende que já haja várias instituições com cadeiras de AED, ainda que apenas na grade optativa ou na pós-graduação. São essas instituições que estão promovendo um debate de qualidade, com boa produção acadêmica, que aos poucos começa a iluminar com matizes econômicos a discussão do direito no Brasil.²⁸⁶

²⁸³ Até porque esse trabalho histórico minucioso foi recentemente e magistralmente elaborado por Thiago Cardoso Araújo, em **Análise econômica do direito no Brasil**, op. cit. Principalmente p. 133-149.

²⁸⁴ Curioso notar que esses primeiros textos, inclusive, trazem uma abordagem crítica à AED. Ou seja, a AED no Brasil, *já nasceu apanhando*. Nesse sentido, BATTESINI, E; BALBINETTO NETO, G; TIMM, Luciano Benetti. **O movimento de direito e economia no Brasil**. In: COOTER, R; ULEN, T. *Direito e economia*. 5a. Ed. Porto Alegre, Bookman, 2101. P. 18.

²⁸⁵ <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR>

²⁸⁶ Para a introdução do tema nas universidades, foi fundamental o movimento de aproximação entre as faculdades de direito e de economia da Universidade de São Paulo, ocorrido já em 2001 com a criação do programa de pesquisa *Diálogos FEA & Largo São Francisco* (ARAÚJO, Thiago Cardoso, op. cit. p. 138-139). Desse movimento, surgiu a obra *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*, de ZYLBERSZTAJN, Décio e SZTAJN, de 2005. Da USP, destacamos também as preocupações interdisciplinares de José Eduardo Faria, com preocupação nitidamente voltada para as influências entre direito e economia. FARIA, José Eduardo *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*, 2a. ed. São Paulo, Saraiva, 2010 - e-book. A primeira edição da obra é ainda de 2008. Ressaltamos, entre os temas ali tratados, *Mudança econômica x mudança legal*:

O pioneirismo no ensino da AED fica por conta da Universidade Católica de Brasília, cujo programa, criado em 2009-2010, é contemporâneo ao nascimento da “Economic Analysis of Law Review”.²⁸⁷ Citem-se ainda os programas já tradicionais da FGV/SP,²⁸⁸ os cursos de graduação da Universidade do Vale dos Sinos (UNISINOS),²⁸⁹ do Instituto de Direito Público (IDP),²⁹⁰ da Universidade Federal de Juiz de Fora,²⁹¹ da Universidade Federal de Viçosa,²⁹² os cursos de pós-graduação da Uninter,²⁹³ da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,²⁹⁴ os cursos de graduação e de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia²⁹⁵ e da Universidade Federal de Santa Catarina.²⁹⁶

A produção acadêmica atual já é profícua e mistura textos críticos e trabalhos de aplicação da AED, com maior ou menor formalidade, mas raramente com rigores matemáticos.²⁹⁷

Interessante estudo empírico avaliou os 218 artigos apresentados nos congressos anuais da Associação Brasileira de Direito e Economia entre os anos de 2007 e 2014. Constatou-se, nessa amostragem, que a maioria foi escrita por autores com formação apenas jurídica (109), havendo ainda artigos escritos em parceria por juristas e economistas ou por autores com dupla formação (33) e artigos escritos apenas por economistas (36).²⁹⁸

Outra constatação interessante, em relação à qual, no entanto, temos algumas reservas, é a de que 124 artigos filiam-se expressa ou implicitamente à *escola de Chicago*. Por “escola de Chicago” o autor da pesquisa refere-se à utilização do conceito de eficiência sem

as novas fontes do pluralismo jurídico, capítulo em que o autor ressalta, dentre as consequências da *reestruturação do capitalismo*, as potencialidades disruptivas dos avanços tecnológicos (p. 36), tema que trataremos no capítulo 11 do nosso trabalho.

²⁸⁷ A antiga Linha 3 “Análise Econômica do Direito” evoluiu para “Direito, Ciências, Instituições e Desenvolvimento”, e mantém disciplinas específicas sobre o tema como “Análise Econômica do Direito”, “Introdução à Análise Comportamental do Direito” e “Direito, Comportamentos Estratégicos e Teoria dos Jogos” (ver mais <http://www.ucb.br/textos/2/431/EstruturaCurricular/>).

²⁸⁸ <http://direitosp.fgv.br/disciplina/direito-economia>

²⁸⁹ Disciplina obrigatória na graduação, campus Porto Alegre. <http://www.unisinos.br/images/modulos/graduacao/disciplinas/grade-curricular/GR14001-003-001.pdf>

²⁹⁰ Disciplina obrigatória na graduação, <http://www.idp.edu.br/docman/graduacao/1230-matriz-idp/file>

²⁹¹ Economia como matéria obrigatória, mas com tópicos de AED. <http://www.ufjf.br/direito/info/curriculos-ativos/grade-curricular/?CodCurso=04A&CodCurriculum=12014&Ano=2014&Semestre=1>

²⁹² cadeira específica, não obrigatória.

http://www.catalogo.ufv.br/interno.php?curso=DRT&campus=vicosa&complemento=*

²⁹³ Mestrado, Prof. Martinho Martins Botelho.

²⁹⁴ Mestrado, <https://portal.uninter.com/mestrado/mestrado-em-direito/>

²⁹⁵ optativa na graduação e no mestrado. https://direito.ufba.br/sites/direito.ufba.br/files/grade_curricular_curso_de_direito_diurno_2010.pdf

²⁹⁶ A disciplina é oferecida nos programas de graduação e pós-graduação. ver <http://ppgd.ufsc.br/>

²⁹⁷ É o que José Vicente Santos de Mendonça chama de *estilo brasileiro de Direito e Economia*. Apud. Thiago Cardoso Araújo. op. Cit. P. 146.

²⁹⁸ Thiago Cardoso Araújo, op. cit. p. 145. O autor informa que 40 artigos da amostragem não contemplavam informação a respeito.

preocupações redistributivas. Como veremos no próximo capítulo, essa é uma categorização dos trabalhos de Posner e de vários replicadores de suas ideias. Existem, entretanto, concepções mais sofisticadas de eficiência, como a *função social de bem-estar*, por nós utilizada, que, todavia, não considera autonomamente *princípios de justiça*, como fazem diversos professores da Universidade de Yale.

O autor aponta ainda 4 artigos expressamente vinculados à *escola de New Haven* (Yale), 37 vinculados ao *neoinstitucionalismo* (número expressivo) e 8 vinculados à *public choice school*.²⁹⁹

Em nossa visão, essa amostragem aponta para uma tensão entre a AED dita *tradicional* (mesmo com as variáveis não consideradas pelo autor da pesquisa) e uma abordagem crítica (*neoinstitucionalista*), que vê com desconfiança análises normativas pautadas na *eficiência* ou em conceitos semelhantes.³⁰⁰ Curiosamente, o *approach* de Yale, mais adequado ao pensamento filosófico *kantiano* — que, supomos, é ainda o *Zeitgeist* universitário brasileiro — foi pouco citado. Mais do que rejeição, nossa intuição é no sentido de que, se a *escola de Yale* fosse mais conhecida, possivelmente ganharia mais aderência no Brasil.³⁰¹

Especificamente em processo civil, a produção em AED no Brasil é realmente bastante limitada.

Sobre teses de doutoramento e monografia de mestrado, destacamos uma obra de 2009³⁰² e uma dissertação de mestrado de 2012.³⁰³ Curiosamente, em 2016 vieram a lume duas teses de doutorado sobre o tema, ambas oriundas do mesmo programa de pós-graduação.³⁰⁴

²⁹⁹ Houve ainda 1 artigo de sociologia da economia e 44 artigos considerados *prejudicados*

³⁰⁰ O autor expressamente optou por não categorizar autonomamente trabalhos de BL&E, o que indica sua provável escassez.

³⁰¹ Ressaltamos que essa é apenas a nossa intuição. Mas mesmo Yale tende a ser rejeitada pelo que estamos chamando aqui de *fanatismo kantiano*. Por todos, ver STRECK, Lênio, Livre apreciação da prova é melhor do que dar veneno ao pintinho?, in <http://www.conjur.com.br/2017-jul-13/senso-incomum-livre-apreciacao-prova-melhor-dar-veneno-pintinho> GUERREIRO, Júlia de Castro Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a análise econômica do direito no estado constitucional. <http://www.abdconst.com.br/revista2/discussaoJulia.pdf>

³⁰² DIAS, Jean Carlos. *econômica do processo civil brasileiro*, São Paulo, Ed. Forense, 2009.

³⁰³ Arake Cavalcante, HENRIQUE HARUKI. **A lógica do processo: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro**. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Análise Econômica do Direito. Essa tese aplica métodos bastante formais e rigorosos de AED.

³⁰⁴ MULLER, Júlio Guilherme. *A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica*. e FONSECA COSTA, Eduardo José da. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Trata-se de excelentes obras oriundas do programa de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sendo a última inclusive bastante pioneira ao propor uma abordagem de BL&E ao processo civil.

Fora isso, apenas artigos esparsos vêm sendo publicados. Na amostragem de Thiago Cardoso Araújo, à qual gentilmente nos foi franqueado acesso, há apenas 2 artigos com temática de direito processual civil, ou seja, menos de 1% do total.³⁰⁵

Tendo em vista o tamanho dessa amostra, optamos por buscar outras com viés mais voltado para o direito processual. Para tanto, utilizado a plataforma online “Legal One”,³⁰⁶ analisamos todos os artigos que, de alguma forma, *citam* vocábulos ligados à *análise econômica* do direito em toda a base de artigos de todas as revistas já publicadas pela editora Revista dos Tribunais. São quarenta anos de conteúdo doutrinário em trinta periódicos publicados pelo selo RT, incluídos aí todos os volumes da “Revista de Processo” (Repro), a publicação mais tradicional da área. Não temos o volume total de artigos, mas certamente trata-se de amostra gigantesca.

Foram encontrados 692 artigos que continham pelo menos uma das expressões ligadas à *análise econômica do direito*.³⁰⁷ Dessa base, 132 trabalhos continham ao menos uma referência às expressões *processo civil* ou *direito processual*. Desses, que foram individualmente analisados, apenas 69 versavam realmente sobre alguma temática ligada ao direito processual civil, brasileiro ou estrangeiro. Por fim, desses 69 trabalhos de processo civil, tão somente 18 tratam, efetivamente, ainda que de passagem e de modo incidental, de algum aspecto da análise econômica do processo.

Analisando mais detidamente esses 18 artigos, apenas 13 efetivamente aplicam alguma ferramenta da análise econômica a algum instituto de direito processual.

Dos 13 artigos, 6 foram publicados na “Revista de Processo” (Repro), 2 na “Revista de Direito Bancário e Mercado de Capitais”, 2 na “Revista Tributária e de Finanças Públicas”, 1 na “Revista de Direito Empresarial”, 1 na “Revista de Arbitragem e Mediação” e 1 na “Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo”. A temática desses artigos é bem esparsa. Os assuntos

³⁰⁵ Trata-se dos seguintes ensaios: (i) PATROCÍNIO Daniel Moreira do e SOARES, Ana Paula de Souza. **Dilema dos litigantes: os custos do processo civil brasileiro**, e CASTRO, Alexandre Samy de. *A relação entre a celeridade processual e a qualidade das sentenças judiciais*.

O primeiro utiliza teoria dos jogos para analisar o comportamento das partes antes e durante o processo. A temática é bastante rente à desenvolvida por nós nesta tese, porém sem demonstrações matemáticas. Disponível em http://www.mpatrocínio.com.br/fotos_site/artigo%20-%20dilema%20litigantes%20-%20daniel%20ana%20paula.pdf Acesso em 14/03/2017.

O segundo é parte de um escrito para obtenção do título de mestre na Escola de Pós-Graduação em Economia da Fundação Getúlio Vargas, denominado *Ensaio sobre o poder judiciário no Brasil*, disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11239/TESE_SAMY_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em 14/03/2017.

³⁰⁶ <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/juridico/legal-one.html>

³⁰⁷ As expressões-chave pesquisadas foram: *análise econômica do direito; law and economics; law & economics; direito e economia*.

mais tratados são: execuções fiscais³⁰⁸ (2), recursos aos tribunais superiores³⁰⁹ (2), precedentes³¹⁰ (1), autocomposição³¹¹ (1), arbitragem³¹² (1), tutela coletiva³¹³ (1), independência do Poder Judiciário³¹⁴ (1), regime de custas e gratuidades do processo³¹⁵ (1), papel do advogado no resultado do processo³¹⁶ (1), efeitos econômicos das decisões judiciais³¹⁷ (1), redução de custos sociais da litigância³¹⁸ (1).

³⁰⁸ SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. **Execuções fiscais e interesse público em matéria tributária: uma análise de direito e economia.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. Volume 123/2015, julho-agosto de 2015. P. 285-306; SOUZA, Artur César de. **Análise Econômica e Social da penhora no âmbito da execução fiscal sob a perspectiva da parcialidade positiva do juiz.** Revista Tributária e de Finanças Públicas. Volume 90/2010. Janeiro-fevereiro de 2010. P. 11-37

³⁰⁹ TIMM, Luciano Bennetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores: a Repercussão Geral e os Processos Repetitivos sob a ótica da Law and Economics.** Revista de Processo. Volume 178/2009, dezembro de 2009. P. 153-179; WOLKART, Erik Navarro. **Modificações no Novo Código de Processo Civil pela Lei 13.256/2015. O que John Rawls e Richard Posner pensariam a respeito? (Amendments in the new civil procedure code by statute n. 13.256/2015. What John Rawls and Richard Posner would think about?)** Revista de Processo. Volume 254/2016, abril de 2016. P. 237-255

³¹⁰ ROSA, Renato Xavier da Silveira. **Precedentes judiciais em perspectiva. Contribuição para a análise econômica dos precedentes na ciência processual civil.** Revista do Instituto de Advogados de São Paulo volume 33/2014. Janeiro-junho de 2014. P. 261-308.

³¹¹ COELHO, Caio Godeguez Rodrigues. **Negociação em processos judiciais: uma análise sob a teoria dos jogos.** Revista de Direito Empresarial. Volume 3/2014, maio de 2014. P. 219

³¹² RIBEIRO, Ivan César. **Arbitragem, risco legal e o novo mercado da BOVESPA.** Revista de Arbitragem e Mediação. Volume 17/2008, abril-janeiro de 2008. P. 110-142

³¹³ FERRAZ, Roberto. **A macrológica do Direito Econômico e o Processo Civil: a lógica diferenciada das Ações Cíveis Públicas.** Revista de Processo. Volume 156/2008, fevereiro de 2008. P. 357-374

³¹⁴ GAROUPA, Nuno. **A Análise Econômica do Direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário.** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Volume 37/2007, julho-setembro de 2007. P.81-87

Esse artigo proporciona uma perspectiva muito mais institucional do que processual. Há, sem dúvida, aspectos processuais envolvidos, mas a grande preocupação do autor é demonstrar que a análise econômica é método, não ideologia e, como método, é adequada também aos países de *civil law*, colaborando inclusive para a manutenção da independência do Poder Judiciário, principalmente em épocas de *ativismos* e de *judicialização de políticas públicas*. P. 1-3.

³¹⁵ MUSCARI, Marco Antonio Botto. **Justiça no Brasil: barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos.** Revista de Processo. Volume 181/2010, março de 2010. P. 305-312

³¹⁶ VASCONCELOS, Caio Castelliano. **Qual o impacto do advogado sobre o resultado da decisão judicial? Evidências empíricas e o fator da experiência. (The impact of lawyers in the outcome of court awards: empirical evidence and the experience influence).** Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Volume 67/2015, janeiro-março de 2015. P.199-214.

Esse trabalho é o único de toda a amostra a trabalhar com a sistemática da análise empírica de dados coletados e amostra de processos. Um único trabalho empírico em toda a amostra estudada.

³¹⁷ SOUZA, Artur César de. **Análise Econômica das decisões judiciais.** STF: ADIN 4/DF e ADIN 2.591/DF. Revista de Processo. Volume 176/2009, outubro de 2009. P. 283-306

Esse trabalho gerou muitas dúvidas no momento da classificação como obra de análise econômica do processo. Se por um lado a decisão judicial é talvez o ato processual mais esperado do processo, por outro a análise dos impactos econômicos é feita primordialmente a partir de reflexos do que foi considerado na sentença como direito material.

³¹⁸ PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. **O Novo Código de Processo Civil e a redução dos custos sociais da litigância. (The new Civil Procedure Code and the reduction of social cost of litigation).** Revista de Processo. Volume 253/2016, março de 2016. P. 33-55

De todos os artigos da amostra esse é o único a proporcionar uma análise econômica do processo um pouco mais ampla, abrangendo basicamente três institutos: *precedentes*, *autocomposição* e *tutelas provisórias*. P. 1 e 2.

Apenas 3 artigos trabalham algum tema sob a ótica do CPC/2015,³¹⁹ e apenas 1 busca uma análise econômica mais ampla do Código, mesmo assim restrita a apenas alguns temas, quais sejam, *recursos aos tribunais superiores, precedentes, autocomposição e tutelas provisórias*.³²⁰

Diante de toda a análise aqui feita, fica bastante evidenciada a necessidade de um trabalho de análise econômica do processo que cuide de maneira ampla do comportamento cooperativo de todos os atores processuais, em todas as fases do processo, frente ao novo normativo processual de 2015. A análise econômica do comportamento cooperativo de partes, juízes e advogados tem essa qualidade. Em última instância, essa abordagem tem capacidade para passar em revista as principais fases do processo, principalmente aquelas em que o comportamento colaborativo pode ser crucial para a obtenção da tutela efetiva, justa e em prazo razoável, como quer o art. 6º do CPC/2015.

Mesmo as dissertações de mestrado e as teses doutorado aqui referidas trabalham com aspectos específicos do procedimento ou com um instituto processual específico.³²¹ A exceção fica por conta do trabalho de Henrique Arake, mais amplo, posto que com foco restrito ao comportamento estratégico das partes, sem propostas dogmáticas revisionais de institutos de direito processual.³²²

Na jurisprudência, a temática é escassa, mas não inexistente.

Procedemos à análise empírica da base de dados disponível na Internet de todos os tribunais brasileiros, incluídos aí todos os ramos da Justiça, em todas as instâncias, mesmo as cortes superiores.

Para tanto, como já dissemos acima, utilizamos o sistema “Legal One”, da Thomson Reuters, que agrega toda essa informação e permite pesquisa unificada.

Pesquisamos pelos termos “análise econômica do direito”, “*law and economics*” e “*law & economics*”. Os resultados são impressionantes. Todos juntos, os termos apresentaram um total de 37 referências, sendo que apenas 17 delas tratam da AED de alguma forma. Foram

³¹⁹ São os já citados artigos de Wolkart, Rosa e Pinheiro

³²⁰ Pinheiro, Douglas Antônio Rocha, op. cit.

³²¹ A possibilidade de produção extrajudicial da prova oral no caso da tese de Júlio Muller, atacando principalmente a análise econômica dos acordos processuais; a questão da imparcialidade do juiz na produção/valoração das provas, utilizando a metodologia da BL&E na tese de Eduardo José da Costa

³²² A dissertação de Henrique Arake, no entanto, impressiona pela qualidade da formalização matemática das propostas lá apresentadas. Ressalte-se, porém, que todas tiveram por pressuposto as regras processuais do CPC/1973. Por fim, toda fundamentação de sua obra é econômico-matemática, ao passo que nós usaremos também o reforço filosófico e biológico.

apenas 4 acórdãos do STF, 5 do STJ,³²³ 1 do TST, 1 do TRF4, 1 do TRF2,³²⁴ 4 de tribunais de justiça (TJ/RJ, TJ/RS, TJ/SC, TJ/RN, sendo 1 de cada um desses tribunais).³²⁵

Em sua maioria, os acórdãos apontam a necessidade de se considerarem as consequências econômicas da decisão judicial, principalmente no que se refere à fixação de indenização apta a gerar incentivos para que as condutas lesivas não se reiterem no futuro

³²³ Há aqui duas ADIs tratando o serviço de saneamento básico como *monopólio natural*, ou seja, aquele em que dificilmente há mais de um fornecedor disposto a arcar com os altíssimos custos de implantação e manutenção do sistema. A análise é feita com base em Posner, Cooter e Ulen. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória Inconstitucional 2.340. Julgado por Enrique Ricardo Lewandowski em 06/03/2011; Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.842. Julgado por Luiz Fux em 6/3/2013. Há ainda dois acórdãos que não tratam propriamente de AED, mas sim da teoria das capacidades institucionais de Cass Sunstein e Adriam Vermulle, para fundamentar a impossibilidade de o judiciário adentrar a esfera da discricionariedade legislativa. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental 1.085 – (Plenário). Julgado por Luiz Fux em 11/5/2016; Supremo Tribunal Federal (1ª turma). 1.405 - 1.a Turma Julgado por Luiz Fux em 15/12/2015. Por fim, há acórdão em que o Min. Teori Zavaski cita uma referência à AED como sendo uma abordagem pragmática, mas acaba cassando o acórdão recorrido por violação à cláusula da reserva de plenário (tratava-se de reclamação contra decisão do TRF2 que havia declarado inconstitucional o adicional de tarifa portuária previsto no art. 6o. do Decreto 76.590/1975, aplicando AED para limitar a intervenção do Estado na Economia). A maioria em matéria criminal, estudando de passagem o problema do custo x benefício do crime. Em matéria criminal: Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). Recurso Especial 665.212. Recorrente: Ministério Público Do Estado De Santa Catarina Recorrido: Auto Posto De Lavagem Vale Do Vinho LTDA julgado por Min. Felix Fischer em 18/11/2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 622.724. Recorrente: Ministério Público Do Estado De Santa Catarina Recorrido: Auto Posto De Lavagem Vale Do Vinho LTDA. julgado por Min. Félix Fischer em 18/11/2004.; Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 294.833. (5ª Turma) Julgado por Felix Fischer em 23/06/2015. Em matéria não criminal, destaque para acórdão relatado pela Min. Nancy Andrighi, sobre danos tangíveis decorrentes da *perda de chance*: “A disciplina do ‘Law and Economics’, tão difundida na América do Norte e comprometida a analisar os efeitos econômicos das instituições jurídicas, passou a considerar o aumento de riscos e a perda de chances como ‘commodities’, avaliando-os como danos tangíveis, merecedores de grande importância conceitual. Note-se que essa abertura epistemológica, em relação ao reconhecimento das chances perdidas como danos indenizáveis, é observada como algo indissociável da evolução tecnológica.” Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.254.141. Recorrente: João Batista Neiva. Recorrido: Vilma De Lima Oliveira - Espólio E Outros Julgado por Nancy Andrighi em 04/12/2012.

³²⁴ Nesse acórdão, utilizou-se a AED para afirmar que a alocação de recursos feita pelo Poder Judiciário no fornecimento de medicamentos para o cidadão tende a ser menos eficiente do que a feita pela administração pública. Tribunal Regional Federal (2º Região). Apelação Cível 2009.51.01.011057-5. Apelante : Maria Do Livramento Soares. Apelados: Estado Do Rio De Janeiro, Município Do Rio De Janeiro, União Federal. Julgado por Poul Erik Dyrland em 29/02/2012.

³²⁵ Os acórdãos não citados nas notas anteriores são: Tribunal Regional Federal (4ª Região). Apelação Criminal 2004.70.01.009626-3 8ª Turma. Apelante: Ministério Público Federal. Apelado: Julio César Dutra Fonseca. Julgado por Elcio Pinheiro de Castro em 14/06/2007; Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Agravo Regimental 2010.008686-7/0001.00 (Pleno). Agravante: Estado do Rio Grande do Norte. Agravada: Companhia de Águas e Esgotos do Rio Grande do Norte (CAERN). Julgado por Osvaldo Cruz em 02/03/2011

(*deterrence*).³²⁶ Não há qualquer análise técnica mais complexa e os únicos autores referidos são Posner,³²⁷ Thomas Ulen, Robert Cooter e Guido Calabrese.³²⁸

Há, porém, interessantes decisões ou votos que não foram captados por essa pesquisa.

Excelente exemplo é o acórdão do STJ relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, no qual o Ministro Herman Benjamin, em voto dissidente, utiliza o conceito microeconômico de *elasticidade da demanda* para rejeitar em parte o montante indenizatório pleiteado por usineiros de cana de açúcar com base na diferença entre as limitações de preço impostas pelo governo e o valor de venda que vigoraria de acordo com os custos de produção da época. Nesse caso, o relator afirmou que a limitação do preço muito provavelmente aumentou a quantidade de produto vendida. Desse modo, o cálculo da indenização deveria levar em conta também que esse aumento não teria ocorrido caso os preços não tivessem sido artificialmente limitados.³²⁹

Salama e Pargendler relatam outros casos em que, embora não haja explícita referência à AED ou a institutos de microeconomia, a Corte foi precisa na análise econômica das consequências de determinadas normas do ordenamento. É o caso, por exemplo, da declaração de inconstitucionalidade de parte da *reforma da previdência* advinda da Emenda Constitucional n. 20/1998, que transferia aos empregadores a obrigação pela complementação do salário das empregadas mulheres no período de *licença maternidade*. No voto condutor, o Ministro Sydney Sanches afirmou que a norma acarretaria a diminuição do mercado de trabalho feminino, fomentando ainda mais o preconceito de gênero e as diferenças salariais entre homens e mulheres, indo, portanto, de encontro aos ideais constitucionais de igualdade.³³⁰

³²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Cível 2007.060473-7. Julgado por Sebastião César Evangelista em 16/6/2014; Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação Cível 0003687-79.2002.8.19.0205. Apelante: Banco Bradesco S/A. Apelado: Florenice Maria Nascimento Da Cunha Relatora: Des. Teresa De Andrade Castro Neves. Julgado em 16/12/2010

³²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1.842. Julgado por Luiz Fux em 6/3/2013; Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista 10265-57.2015.5.18.0051 (4ª turma). Julgado por Maria de Assis Calsing em 15/02/2017.

Alguns dos julgados preocupavam-se com os *custos sociais* da indenização. Na verdade, a preocupação aqui é com as consequências econômicas sistêmicas, normalmente utilizando-se a AED para limitar o valor da indenização. Por todos, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70066896390. Julgado por Carlos Eduardo Richinitti em 16/12/2015.

A exceção ficou por conta de BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 294.833. (5ª Turma) Julgado por Felix Fischer em 23/06/2015. que cita obra nacional de análise econômica do crime, qual seja: Daniel Alberto Casagrande, “Apropriação indébita previdenciária: bem jurídico, causas de justificação, autoria e extinção da punibilidade à luz da law and economics”, in Davi dePaiva Costa Tangerino e Denise Nunes Garcia (coords.), Direito Penal Tributário, São Paulo, Quartier Latin, 2007, pp. 304-305

³²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível 70066896390. Julgado por Carlos Eduardo Richinitti em 16/12/2015

³²⁹ S.T.J., Resp No. 771.787, Órgão Julgador: 2a. Turma, Relator: Otávio de Noronha, 15.04.2008,

³³⁰ S.T.F., ADI No. 1.946, Relator: Ministro Sydney Sanches, 03.04.2003. PARGENDLER, Mariana, SALAMA, Bruno, Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts, in São Paulo Law School of Fundação Getúlio Vargas – FGV DIREITO SP Research Paper Series – Legal Studies, p. 14.

Outro bom exemplo dessa *intuição econômica* é a decisão pela inconstitucionalidade do leilão de precatórios (EC n. 62/2009), que, segundo o voto condutor do Ministro Luiz Fux, geraria estímulos para que o Estado descumprisse ainda mais suas obrigações relacionadas ao acatamento de decisões judiciais.³³¹

Nossa conclusão, todavia, é por uma quase total ausência de aplicação técnica e consciente da AED pelos tribunais brasileiros.

Não obstante, há dois votos do Ministro Luiz Fux que utilizam a AED expressamente como fundamento de decidir. Os votos foram proferidos na Ação Penal n. 470 (mais conhecida como “mensalão”) e nas Ações Diretas n. 5.062 e 5.065 (atacando o marco regulatório da gestão coletiva de direitos autorais no Brasil, a Lei federal n. 9.610/1998 e suas atualizações). Tudo leva a crer que a fundamentação da Ação Penal n. 470 marca a primeira vez na história em que um ministro do STF utiliza análise econômica do direito expressamente na fundamentação de um voto.³³²

Mais recentemente, a AED voltou a ser utilizada em matéria penal, em voto da Desembargadora Federal Claudia Cristofani, em *exceção de suspeição criminal* apresentada no contexto da chamada *Operação Lava Jato*.³³³

³³¹ Idem, p. 15. S.T.F., ADI No. 4.425, Relator: Ministro Luiz Fux, 16.03.2013

³³² Especificamente, o Min. Luiz Fux utiliza-se da teoria dos jogos, no modelo do “dilema do prisioneiro”, para demonstrar como o instituto da delação premiada pode gerar os incentivos corretos para sua adesão por um ou mais réus no processo penal. “A teoria dos jogos pode responder a essa pergunta. Cooter e Ulen demonstram que confessar é a “estratégia dominante” nesta situação, pois sempre significará uma pena menor para o confessor. Sendo essa a estratégia ótima, saem beneficiados os órgãos de persecução penal, que podem saber de fatos criminosos que de outra forma desconheceriam. No campo das organizações criminosas dedicadas aos ‘crimes do colarinho branco’ a solução é idêntica. A mera previsão legal da delação premiada é suficiente para instaurar a mútua desconfiança entre os membros da organização — ou até mesmo para evitar que elas se formem. A potencial traição de um comparsa é fator que desestimula a associatividade entre os que delinquem e fragiliza as quadrilhas existentes. E, ao contrário do que sustentam alguns críticos do instituto, nada há de imoral em trair o crime para ser leal ao direito.” Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/AP470mLFitem6.pdf> acesso em 17/03/2017.

³³³ A AED é utilizada aqui na mesma linha dos incentivos para o evitamento da conduta criminosa e também como forma de análise do desenho institucional das normas entre “regras” e “standards”. “Assim, supondo que exista um custo a ser despendido para evitar a aplicação de sanções (X), este custo poderá ser usado como uma medida da fraqueza da capacidade administrativa do Estado de obrigar à obediência legal: nenhuma sanção será aplicada se exceder X, e quando a sanção for maior que X o agente irá arcar com este custo, de forma eficiente, para evadir da sanção [...] Optar entre uma ou outra modalidade implica em um trade-off entre a estabilidade em prol da flexibilidade - escolha dilemática que se faz presente também quanto ao elenco de conveniências e vantagens da densificação de conteúdo em dois momentos distintos, o da elaboração (*centralized upper level*) e o da aplicação da norma (*descentralized lower level*), “o que repercute na divisão de trabalho entre o legislador, de um lado, e o judiciário e a burocracia administrativa, de outro.” (NOBREGA, F. Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards: uma análise econômica da boa-fé objetiva. *Economic Analysis of Law Review*, v. 3, n. 2, p. 170-188,dez/2012).

Portanto, ao que tudo indica, a AED está tocando a jurisprudência *de cima para baixo*, por iniciativa individual de alguns ministros das cortes superiores ou até mesmo de juízes de cortes regionais.³³⁴

Por todo o exposto, parece-nos reafirmada a necessidade de um estudo amplo sobre a análise econômica do processo no Brasil, não só para desnudar os aspectos estratégicos que realmente impulsionam o comportamento cooperativo das partes e do juiz, mas também para propor a revisão interpretativa ou legislativa adequada para que esse comportamento prevaleça, colaborando assim no alívio das causas que impulsionam a Justiça brasileira para um cenário de esgotamento completo (*tragédia da justiça*).

2.8 Uma explicação adicional: formalismo *versus* realismo e a “nova” análise econômica do direito

O advento da análise econômica do direito tem relação direta com o *realismo* norte-americano. O *realismo* foi uma reação contra o *formalismo* do *common law*, rejeitando a ideia de que o direito pode ser inteiramente captado por uma teoria descritiva e prescritiva baseada em um complexo de princípios,³³⁵ aplicados dedutivamente pelo juiz a qualquer conjunto de fatos, independentemente das consequências em casos particulares.³³⁶

Segundo Posner, a primeira articulação da concepção realista deveu-se a Bentham, na sua “Introduction to the Principles of Morals and Legislation”, em 1780, mas foi apenas cem anos depois que o Juiz Holmes deu à concepção um *slogan*, logo na primeira página de seu livro, “The Common Law”, em 1881, quando afirmou: “*A vida do direito não é lógica. É experiência*”. A mesma concepção, continua Posner, foi rearticulada por Cardozo e Roscoe Pound e pelos chamados *legal realists* das décadas de 1920 e 1930, tais como Jerome Frank e Karl Llewellyn.³³⁷ Daí em diante, essa abordagem tomou de assalto o direito americano, sendo

³³⁴ Salama e Pargendler, inclusive, defendem que é pelas decisões judiciais que, provavelmente, a AED buscará maior desenvolvimento no Brasil. A razão, segundo os autores, é o fato de o Poder Judiciário brasileiro ter assumido protagonismo na criação e implementação de políticas públicas. p. 3.

Paper n. 117, October, 2014, disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³³⁵ TAMANAHA, Brian Z. Princeton : Princeton University Press, 2010, capítulos 2 e 4.

³³⁶ VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*, Cambridge, Harvard University Press, 2006 p. 5.

³³⁷ POSNER, Richard A. EPSTEIN, Lee e LANDES, William M. **The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge, MA. Harvard University Press, 2013, P. 27.

uma de suas principais vertentes a escola do *Law and Economics*,³³⁸ tal como desenvolvido nas seções anteriores.

O termo *legal realism* é muitas vezes usado para definir uma teoria da decisão preocupada exclusivamente com as consequências para as partes do caso concreto, excluindo assim considerações sistêmicas.³³⁹ Como vimos, a economia do bem-estar rejeita essa limitação, principalmente em sua vertente normativa, preocupada com a edição de normas que aumentem o bem-estar da sociedade como um todo.

A análise econômica do direito, em seu realismo, não escapa ela mesma de algum formalismo. Esse confuso paradoxo é, em verdade, simples de entender: ao tratar o juiz como um ser racional maximizador do próprio bem-estar, a análise econômica liberta-se das garras formalistas descoladas da realidade. Por outro lado, ao deduzir todos os seus modelos de um único axioma (o homem racional), aplicando a partir daí modelos técnicos desenvolvidos pela *microeconomia*, ela acaba encasulando-se em um *novo formalismo*, menos irreal do que o primeiro, mas ainda assim teórico e formal.³⁴⁰

Obviamente, a economia é sim uma das ciências do comportamento que ajudaram a quebrar a *casca formalista* do *common law*. Isso porque o paradigma do *homem racional*,³⁴¹ pronto para fazer escolhas que impactem positivamente em sua função de utilidade, retira o juiz da posição de aplicador mecânico da lei (estatutos), ou das hercúleas tarefas prescritas por Dworkin,³⁴² para recolocá-lo como um *tomador de decisão* que responde a desejos, ideologias, carga de trabalho, lazer e também à própria lei.³⁴³

O realismo é um sucesso,³⁴⁴ em parte graças à revolução dos direitos e ao *New Deal*, que, de certa forma, implementou suas ideias.³⁴⁵ Apesar de suas formas mais extremas serem

³³⁸ DUXBURY, Neil, *Patterns of American jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995 p 301 e sgts.

³³⁹ *Idem*, p. 27.

³⁴⁰ Essa é a crítica bem desenvolvida por, Victoria Nourse e Gregory Shaffer, em *Varieties of new legal realism: can a new world order prompt a new legal theory?* 95 Cornell L. Rev. 61

³⁴¹ STEPHENSON, Matthew, *Legal realism for economists*, in *Journal of Economic Perspectives* 191, 2009.

³⁴² *Varieties of new legal realism...* op. cit. p. 135

³⁴³ POSNER, Richard A. EPSTEIN, Lee e LANDES, William M, op. cit. p. 29.

³⁴⁴ *Varieties of new legal realism...* op. cit 101.

³⁴⁵ SUNSTEIN, Cass R., *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, New York, Basic Books, 2004, P. 9-16.

descartadas após o nazismo,³⁴⁶ a Segunda Guerra deixou claro que alguma doutrina e legalismo são necessários,³⁴⁷ mas não explicam por completo a dinâmica do direito.³⁴⁸

Como ciência do comportamento, aliada à vitória sobre o socialismo, a economia, por si, é um sucesso. O paradigma do homem racional explica boa parte do comportamento humano, e tem, na simplicidade, sua força prática para resolver uma parte significativa dos complexos problemas da interação humana.³⁴⁹

O mundo atual é, todavia, cada vez mais complexo, e parte das previsões econômicas clássicas não resiste às falhas de mercados complexos que surgiram muito depois do desenvolvimento de ferramentas poderosas como a teoria dos jogos. Por outro lado, outras ciências comportamentais avançaram e, com o uso da tecnologia e da estatística, permitiram não apenas identificar padrões, mas modelar falhas de comportamento e atualizar os modelos clássicos da economia³⁵⁰ a baixos custos.

É importante que fique claro que o realismo, qualquer que seja sua vertente, é sempre pragmático e voltado ao resultado. Suas vertentes contemplam diversas teorias do comportamento, focadas ora no homem racional (*análise econômica tradicional*), ora nas falhas de racionalidade (*comportamentalismo*), ora nas ideologias e na política (*atitudinistas*),³⁵¹ ora nas normas sociais (*contextualistas*),³⁵² ora nas configurações institucionais que acabam moldando as decisões judiciais (*institucionalismo*).³⁵³

³⁴⁶ WHITE, C. Edward, *From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America*, in *Virginia Law Review*, 58, p. 999-1026 (1972). Veja-se, por exemplo, a concepção *niilista* do *critical legal studies*, na qual o direito basicamente *colapsa* na política, restando pouco para a lei. Sobre o tema, *Varieties...* op. cit. p. 135 e Hanoch Dagan, *The Realist Conception of Law*, 57 *Univ. TORONTO Law Journal*, 2007, p. 607. Ainda sobre esse *niilismo*, Duxbury afirma que é mais fácil dizer o que o *critical legal studies* não é do que o que ele é. DUXBURY, Neil, *Patterns of American jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995 p. 305.

³⁴⁷ *Varieties...* p. 72

³⁴⁸ LEITER, Brian, *Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence*, in *Texas Law Review*, n.76, 1997, p.267 e 275.

³⁴⁹ Esse é o principal argumento de EPSTEIN, Richard A. em *Simple rules for a complex world*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

³⁵⁰ Já desenvolvemos o tema na seção dedicada ao *behavior law and economics*. Note-se que o próprio Posner reconhece a importância de outras ciências do comportamento. Op. cit. p. 29.

³⁵¹ KECK, Thomas M., *Party Politics or Judicial Independence? The Regime Politics Literature Hits the Law Schools*, in *Law & Society*, n. 32, 2007, p. 511, 528.

³⁵² . ELLICKSON, Robert C, *Order without law: How neighbors settle disputes*, Cambridge: Harvard University Press, 1991. Esse livro estuda pretensos contextos que influenciam a resolução de disputas independentemente da lei. Uma vertente do *contextualismo* afirma algo que é comumente repetido no Brasil: primeiro decide-se o que se entende por correto de acordo com as próprias concepções (moldadas pelos costumes e pelas normas sociais), depois busca-se uma norma para fundamentar e justificar essa decisão. Nesse sentido, LEITER, Brian, *Naturalizing jurisprudence: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy*. Oxford ; New York : Oxford University Press, 2007, p. 15-30, especialmente p. 25.

³⁵³ SCOTT Joanne & STURM, Susan. *Courts as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance*, *Columbia Journal of European Law*, vol 13, n. 3, 2007, p. 568-75.

A opção deste trabalho é realista e pragmática, focada primeiro na economia clássica e, depois, nas atualizações da economia comportamental. Essa opção decorre da simplicidade e eficiência da primeira e da consistência teórica e empírica da segunda.

Acreditamos que outros modelos comportamentais podem e devem ser estudados, mas, como insistimos em afirmar, para a ciência, a complexidade é um custo que deve ser justificado pelos benefícios que gera.

No Brasil, boa parte das normas e da doutrina de direito processual não utiliza técnicas de entendimento do comportamento humano, nem está voltada para um resultado palpável (aumento do bem-estar social), resultando em mecanismos que acabam agravando o cenário de *tragédia da justiça*. Assim, pensamos que a introdução de modelos econômicos simples, atualizados pela psicologia e pela neurociência, podem proporcionar um grande avanço.

Os próximos passos, acreditamos, virão das novas tecnologias aplicadas ao direito e ao sistema de justiça, ladeadas pelo desenvolvimento de pesquisas empíricas e estatísticas que, auxiliadas pela própria tecnologia, ajudarão a medir resultados e a buscar soluções cada vez mais adequadas para os problemas do nosso sistema de justiça.

3 MATRIZES TEÓRICAS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E DESTE TRABALHO

Neste capítulo estudaremos as premissas econômicas e filosóficas gerais da análise econômica do direito (AED), escolhendo aquelas que serão utilizadas neste trabalho. Veremos que o critério normativo por nós escolhido é a *função de bem-estar social*, que, na análise do *princípio da cooperação*, identifica-se com os objetivos elencados no art. 6º do CPC/2015. No estudo das utilidades que compõem o *bem-estar*, incluiremos diversos aportes da economia comportamental. O pano de fundo filosófico de todos esses parâmetros é o *pragmatismo profundo*, também conhecido como *neurociência da moralidade* (uma releitura do utilitarismo pelas luzes da *neurociência*).

A apropriação de ferramentas microeconômicas pelo direito tem um claro objetivo: buscar racionalidade e eficiência na criação e na aplicação da norma.³⁵⁴ A AED é, por assim dizer, um método³⁵⁵ que permite formular previsões sobre como determinada norma afetará o comportamento humano.

Assumindo que todo comportamento humano é sempre uma resposta a incentivos, a existência de uma determinada norma, provida de sanção ou recompensa, há de influenciar o comportamento de alguma forma.³⁵⁶ Sendo certo que a ciência econômica é dotada de teorias matematicamente fundamentadas e vale-se de métodos empíricos voltados para a descrição e previsão do comportamento humano frente aos mais variados tipos de incentivos,³⁵⁷ é razoável que o direito aproprie-se dessas virtudes para buscar com mais eficiência os seus próprios objetivos.

No Estado Democrático de Direito, os objetivos da norma e as normas em si são definidos pela sociedade por intermédio de seus representantes. As ferramentas de análise econômica do direito têm a função de testar a eficiência dessas normas na busca daqueles

³⁵⁴ Tradicionalmente, a AED pode ser descritiva ou normativa. Do ponto de vista descritivo, a AED preocupa-se com os efeitos de determinada norma. A preocupação aqui é prever como as pessoas comportar-se-ão dada determinada norma e quais serão os efeitos daí decorrentes. Já do ponto de vista normativo, a atenção volta-se ao grau de desejabilidade social de uma específica norma. Trata-se de uma forma de valoração da eficiência das políticas sociais desenhadas pela norma. SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. P. 1-2.

³⁵⁵ MACKAAY, Ejan. *Law and Economics for civil law systems*. Edward Elgar Publishing Limited: Cheltenham, UK, 2013. P.5

³⁵⁶ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & Economics*. 6o. Ed. Boston: Addison-Wesley, 2012. P. 3

³⁵⁷ Idem.

objetivos, ou ainda de propor desenhos normativos mais adequados para que valores e direitos socialmente desejados sejam efetivamente implementados.³⁵⁸

Essa é a razão pela qual não aprofundaremos questões ideológicas plugadas à AED. Como método, a teoria dos jogos, a teoria dos preços, a econometria e a estatística podem servir a qualquer ideologia. A AED pode ser utilizada dentro de um ambiente marxista, neoliberal ou de qualquer outro.³⁵⁹ Como método, seu objetivo será sempre o mesmo: buscar eficiência na implementação dos valores e direitos desejados pela sociedade.

Com isso, não estamos a negar as acaloradas discussões que existem sobre eventuais apropriações ideológicas da AED.³⁶⁰ Elas rebentam na medida em que, como dissemos, aqueles instrumentos encontram-se à disposição de todas as ideologias. Além disso, do ponto de vista da análise econômica normativa, sempre haverá espaço para debate sobre se essa ou aquela norma é ou não socialmente desejável, tendo-se a *eficiência* por critério mensurador.

Especificamente quanto ao processo civil, se ideologia há, ela já está materializada nos valores,³⁶¹ nos princípios de direito impressos na Constituição Federal e na legislação processual infraconstitucional, incluindo-se aí o novo Código de Processo Civil.

A análise econômica do processo, do ponto de vista *descritivo*, reconhece esses valores e princípios, buscando desenhos mais eficientes para sua concretização. Não faz escolhas, mas é guiada pelas escolhas já feitas, buscando sua implementação. Já do ponto de vista *normativo*, sob o pálio da eficiência, a análise econômica do processo é capaz de medir em que grau uma determinada norma processual é socialmente desejável ou não.

Muitas vezes, os instrumentos econômicos de previsão do comportamento humano são contraintuitivos, e é nisso que reside a beleza desse método, cujo critério maior é realmente a ideia de *eficiência*.

O único problema é que existe grande debate por parte dos economistas sobre o que vem a ser *eficiência*, ou, mais especificamente, como a eficiência pode ser mensurada. Essa é uma querela que não podemos ignorar e aqui há, sim, ideologias que permeiam a discussão.³⁶²

³⁵⁸ Especificamente sobre a função descritiva da AED e sobre a pertinência entre meios jurídicos e fins normativos: SALAMA, Bruno Meyerhof. **A História do declínio e queda do eficientismo** na obra de Richard Posner, principalmente p. 26. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35/, acesso em 10/08/2017.

³⁵⁹ CALABRESI, Guido. **The future of law and economics**. New Heaven: Yale University Press, 2016. P.7

³⁶⁰ O tema é abordado de forma bastante completa em ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise econômica do direito no Brasil: uma teoria à luz da teoria dos sistemas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. P. 294 a 301

³⁶¹ TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Ano LXIII, nº 1, Marzo/2009, pp. 63-92. Especificamente P. 68-71.

³⁶² Outro debate importante do ponto de vista ideológico surge na passagem da AED para a análise econômica comportamental do direito (Behavioral Law and Economics, ou BL&E). Como veremos em detalhes mais à frente, a BL&E leva em consideração as limitações da racionalidade humana, levando à atualização de vários modelos

O tema é tão polêmico que poderia ser objeto exclusivo de uma tese de doutoramento em ciências econômicas. Nosso objetivo, todavia, restringe-se à expressão de nossa matriz teórica. É dizer: explicitar o conceito de “eficiência” por nós utilizado em *nossa* análise econômica do processo. Não vamos inventar ou reinventar a roda. Ao contrário, nos apropriaremos de um dos conceitos já disponíveis. Um que se adeque à Constituição, ao direito processual brasileiro e à realidade do dia a dia do nosso Poder Judiciário. O conceito por nós escolhido é o de eficiência como *utilidade*, representada por uma agregação do bem-estar (utilidades) de todos os indivíduos de dada sociedade. Nesse sentido, tudo o que aumenta o bem-estar social é eficiente.

3.1 O que é eficiência? De Posner a Shavell/Kaplow e Calabresi

Para nós, eficiência corresponde à *soma das utilidades individuais acrescidas em cada pessoa atingida pela norma, medidas assim pelo aumento do bem-estar individual e social, ou seja, pelo ganho utilitário marginal, produzido pela norma.*

Não compactuamos, como ficará claro, com o conceito de eficiência defendido por Posner, cuja medida é a *maximização de riqueza*.

São muitos os componentes do bem-estar individual e social, abrangendo aspectos materiais e imateriais, sendo diversos e controversos os critérios de detecção do seu aumento.

No modelo por nós adotado, há uma preocupação *residual* com a questão da equidade (no sentido de alocação equitativa de recursos). Dizemos *residual* porque, ainda que preocupações distributivas sejam fundamentais na aferição de utilidades individuais e sociais, demonstraremos que a busca da igualdade não deve ser utilizada como critério de valoração de políticas públicas não fiscais, principalmente porque a forma mais eficiente para seu atingimento é através de normas tributárias redistributivas de renda.

prescritos pela economia tradicional, todos eles baseados na racionalidade do ser humano. A questão que surge então diz respeito à necessidade de o Estado, reconhecendo tais limitações, utilizar-se de desenhos normativos que direcionam os indivíduos em determinado sentido, que seria o sentido “mais correto”. Naturalmente, essa questão acaba provocando o debate filosófico/ideológico da atuação mais ou menos paternalista do estado. JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALES, Richard. **A Behavioral Approach to Law and Economics**. Stanford Law Review, 1997-1998. P. 1471-1550. Especificamente, P. 1475 e 1541-1544. Para análise profunda e ampla do tema: SUNSTEIN, Cass R. **The ethics of influence. Government in the age of behavioral science**. New York: Cambridge University Press, 2016.

3.1.1 Eficiência, Tântalo e as garantias processuais

Conta-nos Ésquilo que Tântalo era o próspero e abençoado rei de Corinto, único mortal a ser admitido à mesa dos olímpicos. Presunçoso e vaidoso, Tântalo planejava tornar-se ele também um deus, e para tanto convidou a todos do Panteão para um banquete em seu palácio, oferecendo aos deuses, dissimuladamente, a carne do próprio filho. Oniscientes, os deuses reconhecem a blasfêmia e repudiam a oferenda. Em reprimenda, Zeus condena Tântalo ao suplício da fome e da sede eternas. Em sua penúria, mergulhado em águas até o pescoço, Tântalo tinha sobre a cabeça farta vegetação com frutos saborosos. Todavia, sempre que se debruçava para beber a água, ela descia em nível equivalente, e sempre que buscava alcançar um fruto, a vegetação era alçada para longe de sua mão.³⁶³

O mito de Tântalo é uma boa metáfora para nossa ideia de eficiência, ou de ineficiência, quando pensamos nas normas de direito processual e no sistema de justiça civil brasileiro. *Queremos tudo e queremos agora*. Que a justiça seja célere e acessível a todos. Que as decisões sejam todas exaustivamente fundamentadas e que o contraditório seja pleno. Que haja um diálogo humano entre o juiz e as partes. Que se garanta o duplo grau de jurisdição e que todas as decisões sejam recorríveis. Que possamos ir ao STF ou ao STJ sempre que entendermos ter havido violação à Constituição Federal ou à legislação federal por uma decisão judicial. Que crianças, adolescentes e idosos tenham preferência no julgamento de processos, e que todos os processos sejam julgados em ordem cronológica de conclusão.

Será que a implementação de todos esses direitos realmente resulta no aumento do bem-estar social, ou será que o efeito é exatamente o oposto? Ao querermos tudo, transformando o Judiciário na divindade solucionadora de todos os problemas, será que tudo perderemos, tal como Tântalo?³⁶⁴ O quadro de tragédia da justiça, como demonstramos, parece acenar com uma resposta pessimista para o dilema. Tomemos, todavia, um exemplo específico: a tramitação prioritária de processos para determinadas pessoas.

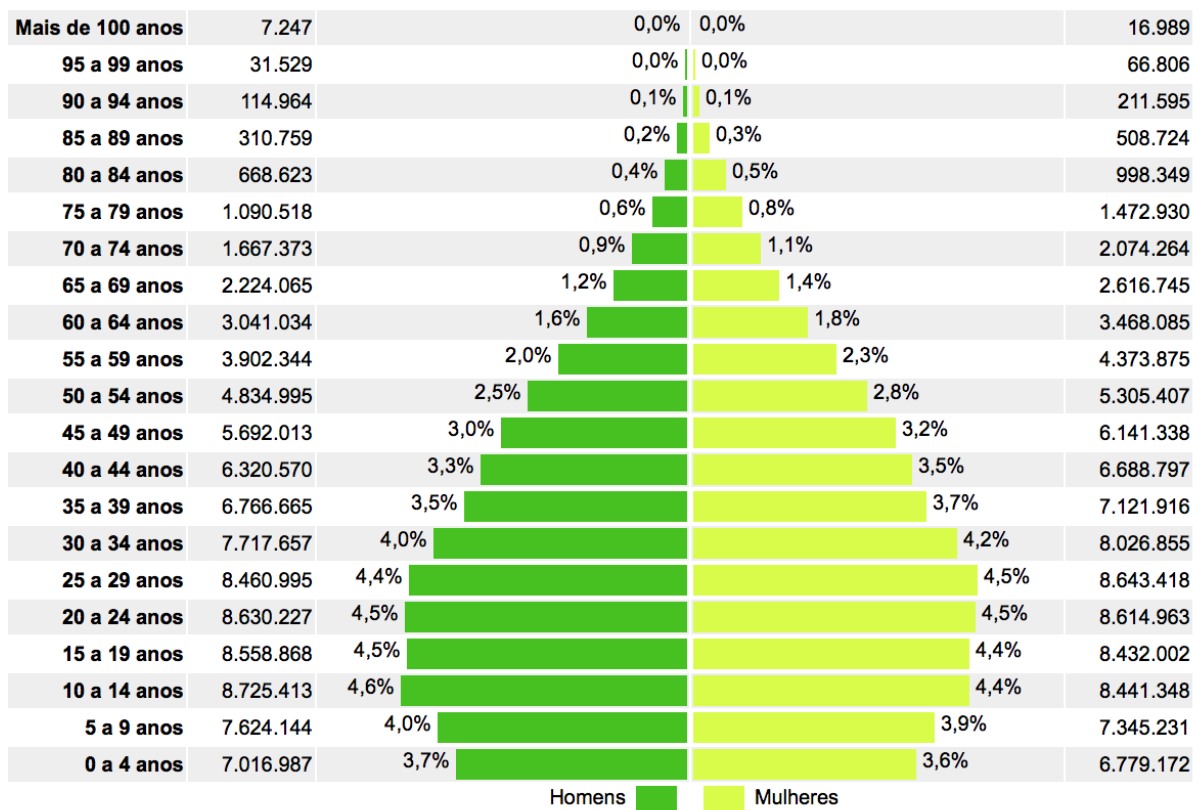
Pelas regras do art. 1.048 do atual Código de Processo Civil, têm preferência os processos em que ao menos uma das partes seja criança ou adolescente (ou seja, quem tenha

³⁶³ BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. vol I. Petrópolis. Ed. Vozes, 1986. P. 79.

³⁶⁴ No fundo, Tântalo é o símbolo do desejo incessante e incontido, sempre insaciável, porque está na natureza do ser humano o viver sempre insatisfeito. Quanto mais se avança em direção ao objeto que se deseja, mais esse se esquia e a busca recomeça. Idem.

entre 0 e 18 anos³⁶⁵), o idoso (quem tenha mais de 60 anos³⁶⁶) e os portadores de doenças graves.³⁶⁷

Gráfico 20 - Distribuição da população por sexo, segundo os grupos de idade (2010)³⁶⁸



Como podemos observar do gráfico 20, disponibilizado oficialmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE),³⁶⁹ o percentual da população brasileira dentro da faixa etária preferencial é um pouco inferior a 44,1%, ou seja, quase metade da população.³⁷⁰

³⁶⁵ Lei n. 8.069/1990, art. 2º.

³⁶⁶ CPC/2015, art. 1.048, I, e Lei n. 12.008/2009, art. 1º., acrescentando o art. 1.211-A à Lei n. 5.869/1973.

³⁶⁷ Assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988, quais sejam: portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação, síndrome da imunodeficiência adquirida.

³⁶⁸ IBGE - Sinopse do censo demográfico de 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=12>, acesso em fev./2018.

³⁶⁹ Note-se que o IBGE não disponibiliza o limite de faixa etária para adolescentes até 18 anos, trabalhando com a faixa-limite de 19 anos. Isso, todavia, certamente não altera substancialmente nossas conclusões.

³⁷⁰ Um pouco inferior, porque esse percentual inclui a faixa etária de 18 e 19 anos, que não possuem qualquer preferência no processo. Pelas medições do IBGE, retirando a faixa etária entre 15 e 19 anos, ainda teríamos 35,2% da população brasileira com preferência processual, valor agora inferior ao real por excluir os beneficiários da

Será que conceder atendimento preferencial para quase 100 milhões de pessoas³⁷¹ é conceder algo efetivamente diferenciado para cada uma delas, ou é basicamente continuar prestando uma jurisdição morosa *etiquetada* de preferencial?³⁷² Qual a racionalidade de crianças terem a mesma preferência de idosos? Certamente não é a expectativa de vida de cada qual.³⁷³ Seria a urgência? Nesse caso, a aceleração do processo caso a caso através das já disponíveis tutelas de urgência talvez fosse mais eficiente.

3.1.2 O(s) critério(s) de Posner

O critério de eficiência utilizado por Richard Posner é, de longe, o mais conhecido (e também o mais criticado) de toda a teoria da AED. Posner é um dos *founding fathers* da AED e, certamente, o mais produtivo desse grupo pioneiro que, como veremos, inclui prestigiosos autores.³⁷⁴ Ocorre que seu critério sofreu mutações com o tempo, pelo que se faz necessário analisar seu conteúdo em cada uma dessas *fases*, o que faremos apenas resumidamente, dada a existência de trabalhos bastante completos sobre esse tema no Brasil.³⁷⁵

Ainda na década de 1970, Posner, tendo por premissa sua visão do *common law* como um sistema promotor da evolução do direito em direção à eficiência, propõe como critério mensurador dessa eficiência a teoria de *maximização da riqueza*.³⁷⁶ O argumento é bem desenvolvido em “A economia da justiça”, obra de 1981, de grande impacto. Nesse livro, Posner, partindo da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham, mas com algum descolamento ao final, traduz a ideia de eficiência como maximização da riqueza, negando o paradigma utilitarista de maximização da felicidade dos indivíduos. Para o Posner dessa fase, riqueza e

preferência que possuem entre 15 e 17 anos. De uma forma ou de outra, criaram-se regimes de exceção para um perfil populacional quase majoritário na sociedade brasileira, o que é um contrassenso.

³⁷¹ A esse número ainda poderíamos somar o número de pessoas portadores de doenças graves situado fora daquelas faixas etárias.

³⁷² Para não falar dos custos burocráticos da tramitação prioritária em termos de organização interna da unidade jurisdicional, documentação desses feitos, etc.

³⁷³ Em clara demonstração de como tal irracionalidade progride, recentemente foi editada a Lei criando a *preferência da preferência*. A nova norma, Lei n. 13.466, publicada em 12 de julho de 2017, altera três dispositivos do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003 – artigos 3º, 15 e 71), para dar preferência *especial* a octogenários, inclusive em processos judiciais.

³⁷⁴ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge, Massachusetts, London, England, The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. P. 4.

³⁷⁵ Principalmente: SALAMA, Bruno Meyerhof, **A História do declínio e queda do efficientismo na obra de Richard Posner** (op. cit) e FREIRE, Alonso. **O pêndulo de Posner**, in O Pêndulo de Posner. In: Revista Pensamento Jurídico da FADISP. Vol. 8. N. 2 (2015). Acessível em: <revistapensamentojuridico.fadisp.com.br>. Também sobre o pragmatismo de Posner, excelente o trabalho de MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito constitucional e econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo*, Belo Horizonte, 2014. Ed. Forum, principalmente p. 56 a 79

³⁷⁶ SALAMA, op. cit. p. 4.

felicidade não se confundem. Ao juiz *posneriano* seria possível decidir alocando recursos de modo eficiente, de forma a aumentar a riqueza geral, mas não a felicidade geral, algo imensurável.³⁷⁷

Nessa primeira versão, *maximização da riqueza* (como sinônimo de eficiência) é um princípio moral, seja por oferecer uma base sólida para uma teoria de justiça distributiva (corretiva), seja por respeitar as escolhas individuais (liberdade), já que calcada no modelo de transação voluntária de mercado.³⁷⁸ Seria, assim, uma ética superior ao utilitarismo³⁷⁹ e que teria por virtude a unificação desse com sua tradição filosófica mais antagônica: o kantianismo,³⁸⁰ na medida em que o último é também calcado na liberdade das escolhas individuais.

A quantificação da riqueza dar-se-ia pela média ponderada dos preços de oferta (quanto uma pessoa está disposta a pagar pelo bem) e de procura (quanto o proprietário do bem exigiria para dele abrir mão), bem como pelo *superávit* que resulta dessa transação.³⁸¹ É exatamente por conta desse superávit que as partes concordaram em transacionar.

Posner conclui, assim, que o consentimento é o fundamento da eficiência. Mas o tipo de aumento de riqueza apto a presumir o consentimento (suponha um juiz decidindo a melhor forma de alocar recursos de modo a buscar a situação mais próxima daquela que levaria ao consentimento) conduz à busca de um critério para avaliar as transações.

O critério clássico utilizado pelos economistas é a *superioridade de Pareto*. Assim, uma nova forma de alocação de recursos é *superior* à outra porque ao menos uma das pessoas envolvidas maximizou sua riqueza sem piorar a situação de ninguém.³⁸² Posner critica esse critério por não levar em consideração a influência da transação na riqueza de terceiros, tornando-o inaplicável à maioria das questões de ordem pública.³⁸³

³⁷⁷ POSNER, **A economia da justiça**. Tradução de Evandro Ferreira e Silva; revisão de Aníbal Mari. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 75

³⁷⁸ POSNER, op. cit. P. 79 e 83.

³⁷⁹ Idem. P. 79.

³⁸⁰ Como ressalta Salama, a síntese dessas concepções é uma teoria charmosamente inovadora e explosivamente polêmica. Op. Cit. p. 9.

³⁸¹ O próprio Posner exemplifica: “[...] eu lhe ofereço \$5 por um saco de laranjas, você aceita e a transação se efetua. A sociedade deve ter ficado mais rica. Antes da transação você tinha um saco de laranjas que julgava valer menos que \$5, enquanto eu tinha \$5. Agora você tem \$5, e eu tenho um saco de laranjas que julgo valer mais que \$5.” Op. cit. P. 74. Para que a ideia de soma do superávit do comprador e do vendedor possa ser mais bem compreendida, suponha-se que o vendedor julgasse que seu saco de laranjas valesse \$4 (por isso e só por isso ele vendeu por \$5). De outro lado, suponha-se que o comprador dê ao saco de laranjas o valor de \$6 (só por isso ele comprou por \$5). Após a transação, o vendedor e comprador ficaram, cada um, \$1 mais ricos, ou seja, essa transação gerou um superávit social de \$2.

³⁸² O exemplo das laranjas seria, portanto, uma transação *Pareto superior*.

³⁸³ Posner exemplifica: como saber se o livre mercado de tomate é uma situação Pareto superior à fixação de preço máximo para sua comercialização? A eliminação do limite de preços resultaria num preço final possivelmente

Posner analisa então um critério alternativo, chamado de *critério de Kaldor-Hicks* (ou *superioridade potencial de Pareto*). Esse é um critério mais flexível, porque considera eficiente uma nova alocação que maximiza a riqueza, ainda que ela tenha prejudicado terceiros, desde que esse aumento seja suficiente para compensar as perdas individuais. Essa compensação geraria o consentimento.³⁸⁴

O critério, segundo Posner, é falho, visto que dificilmente a compensação efetivamente ocorreria e, nesse caso, quem poderia garantir o consentimento dos prejudicados? A par disso, Posner acrescenta que o critério é bastante criticado pelos economistas por sequer garantir a maximização geral da utilidade. Veja-se que, não havendo compensação, como saber se a utilidade daqueles que se beneficiaram sem a necessidade de compensar é maior que a (des)utilidade daqueles que perderam e não foram compensados?³⁸⁵

O argumento das diferenças de magnitude das utilidades/(des)utilidades é forte. Como veremos mais à frente, a utilidade marginal da riqueza para quem já é rico é inferior à de quem é menos rico e recebe a mesma quantidade. Por exemplo, um acréscimo de R\$100 para quem já tem R\$100mil é muito menos impactante do que os mesmos R\$100 recebidos por quem só tem R\$1mil. Naturalmente, se este último perde R\$100, sua dor será muito maior do que o ganho dos mesmos R\$100 pelo abastado, levando a um déficit de utilidade na soma agregada.³⁸⁶

Por fim, Posner propõe seu próprio critério de aferição da eficiência (maximização de riqueza), capaz de resolver os problemas práticos de detecção do consentimento e de maximização dos critérios anteriores. Trata-se da chamada *compensação “ex ante”*.³⁸⁷ Segundo

mais elevado, maior quantidade produzida, maior preço no aluguel de terras para cultivo etc. Se é quase impossível identificar todas as pessoas atingidas, *que dirá negociar o consentimento de cada uma delas*. (P. 106). O critério de Pareto, nós acrescentaríamos, parece também bastante engessado, demonizando muitas situações que seriam no geral benéficas para a sociedade. Para continuar no exemplo dos tomates, o livre mercado possivelmente aumentaria a riqueza geral, ao calibrar os incentivos para a produção de tomates com venda a preço superior, e a disposição dos consumidores em comprar por um determinado preço, ainda que mais elevado que o inicial. Não seria essa uma situação de aumento de eficiência? P.28 e sgts.

³⁸⁴ Segundo o próprio Kaldor, no original, tal compensação pode ser feita pelo governo, através da cobrança de impostos: “*It is only as a result of this consequential change in the distribution of income that there can be any loss of satisfactions to certain individuals, and hence any need to compare the gains of some with the losses of others. But it is always possible for the Government to ensure that the previous income-distribution should be maintained intact: by compensating the “landlords” for any loss of income and by providing the funds for such compensation by an extra tax on those whose incomes have been augmented. In this way, everybody is left as well off as before in his capacity as an income recipient; while everybody is better off than before in his capacity as a consumer. For there still remains the benefit of lower corn prices as a result of the repeal of the duty.*” KALDOR, NICHOLAS. **Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility**. The Economic Journal, Vol. 49, No. 195 (Sep., 1939), pp. 549-552. P. 550.

³⁸⁵ Op. cit., p. 109.

³⁸⁶ A respeito, ver abaixo seção 3.2.1, principalmente gráfico 21.

³⁸⁷ Op. Cit. P. 112 e 113. Já tivemos oportunidade de referir todos esses critérios por ocasião da análise econômica da Lei n. 13.256/2016, que alterou o CPC/2015 para, dentre outras coisas, restringir o acesso recursal aos tribunais superiores. À época, pelo critério da compensação *ex ante*, concluímos pela eficiência da nova norma, que, a nosso

o professor de Chicago, o engajamento de alguém em determinada atividade pressupõe o consentimento dessa pessoa com alterações futuras, decorrentes do desenvolvimento normal dessa atividade. Por exemplo, aquele que compra um bilhete de loteria *consente* com a possibilidade futura de não ser premiado. Quem adquire um terreno valorizado pela proximidade de uma fábrica *consente* com a possibilidade de a fábrica mudar de lugar no futuro.³⁸⁸

De onde viria esse consentimento? Viria do fato de o preço da transação inicial já contemplar os riscos de eventos futuros. Obviamente, se o bilhete de loteria fosse garantidamente premiado, ele seria caríssimo (na verdade, custaria o preço do prêmio). Da mesma forma, se o terreno viesse carimbado pela certeza de que a fábrica local nunca fecharia suas portas, ele custaria no mínimo o valor pago acrescido do valor de um seguro que contemplasse esse risco.

Estabelecido o critério de maximização de riqueza mensurado pela compensação *ex ante*, Posner passou a sofrer ferozes críticas, principalmente por desconsiderar outros valores que não a riqueza como possíveis maximizadores da eficiência e por subordinar a ideia de consentimento à apreciação subjetiva do valor dos bens.³⁸⁹

Assim, em 1985, Posner começou a rever sua posição, ainda que modestamente.³⁹⁰ Passou a considerar que talvez seu critério não fosse superior aos demais parâmetros clássicos da filosofia liberal,³⁹¹ e que seus limites estariam impressos na constituição norte-americana.³⁹²

Em 1990, Posner finalmente reviu sua posição.³⁹³ Passou a tratar a maximização da riqueza não mais como um princípio ético, mas como mais um entre outros valores a serem considerados no conjunto das instituições de justiça do povo americano.³⁹⁴

ver, seria também adequada aos critérios de justiça de John Rawls. WOLKART, Erik Navarro. **Amendments to the new civil procedure code by bill 168/2015: what would john rawls and richard posner think of it?** In Revista de Processo Comparado, vol. 4/2016. p. 255 - 273. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

³⁸⁸ Op. Cit. P. 112 e 113.

³⁸⁹ SALAMA, op. cit. p. 22.

³⁹⁰ Idem.

³⁹¹ “*Perhaps as a result of my new perspective as a judge, I find myself slightly more sympathetic to some of the criticisms than I once was-but only slightly more. [...] My goal is therefore quite modest. I do not seek to “convert” anyone to wealth maximization. I merely want to persuade you that it is a reasonable, though not a demonstrably or a universally correct, ethic (I shall explain later why my goal is so limited).*” P.85 e 90. - POSNER, Richard A. *wealth maximization revisited* Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol’y 85 1985-1987.

³⁹² “*But the case for using it to guide courts, in areas where the Constitution or legislation does not deprive them of initiative or discretion in the matter, is a powerful one-though with some limitations along the lines suggested above.*” Op. Cit. P. 2009

³⁹³ POSNER, Richard A. *The problems of jurisprudence*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, principalmente p. 454 e sgts.

³⁹⁴ SALAMA, op. cit. p. 24

O mais feroz e respeitado crítico de Posner foi Dworkin.³⁹⁵ Não à toa, Posner acabou por publicar um artigo em que, com algumas ironias e insinuações no sentido de que Dworkin não teria interpretado corretamente algumas de suas ideias,³⁹⁶ acaba por agradecer o autor pelas críticas que o ajudaram a promover algumas mudanças no seu ponto de vista.³⁹⁷

A influência de Posner na literatura de AED é imensa.³⁹⁸ A foça de suas ideias é tanta que muitas vezes atua de modo latente, sem aparecer e, talvez, sem mesmo que os autores percebam que, em suas análises normativas, lá está o parâmetro *posneriano* de maximização de riqueza.³⁹⁹

Esse *pêndulo de Posner*,⁴⁰⁰ acima descrito, colaborou demais com o desenvolvimento da AED. Alçar a maximização da riqueza a princípio ético soa exagerado (e é mesmo), mas foi esse o combustível de arranque que, com força de fé cega, permitiu a Posner tecer uma obra tão abrangente.⁴⁰¹ De outro lado, ao recuar suas tropas nos anos 1990, Posner torna-se ainda mais

³⁹⁵ “*In this essay I consider and reject a political theory about law often called the economic analysis of law. (That name is the title of an extended book by Professor Richard Posner, and I shall be concerned largely, though not entirely, with arguments that Posner has himself presented.) ... When an economist asks whether a rule of law is efficient, he usually means to ask whether the situation produced by the rule is Pareto-efficient, not whether it is wealth maximizing. Much confusion could have been avoided if Posner and others had not used the words “economic” or “efficient” in their description of their own work. Economists would not have been so concerned to point out that these words are obviously not used in their normal professional sense. They would not then have supposed that Posner and his colleagues had made some simple conceptual mistakes.*” DWORKIN, Ronald. **Is wealth a value?** J. Legal Stud.1980. P. 191 e 194.

³⁹⁶ Salama op. cit, P. 24. Salama afirma que Dworkin equivoca-se ao pressupor que *o critério da eficiência de Pareto seria o sentido usual (de eficiência) dentre a profissão (de economistas)*. Nesse ponto, discordamos do autor. Como veremos, de fato a eficiência de Pareto é um dos critérios da chamada *economia do bem-estar*. A diferença é que o conteúdo dessa eficiência, para boa parte dos economistas, compõe um agregado de utilidades que vai muito além da riqueza. Trataremos do tema na seção seguinte.

³⁹⁷ POSNER, Richard A. **Tribute to Ronald Dworkin**. N.Y.U. Ann. Surv. Am. L. 9 (2007).

³⁹⁸ “*Many legal academics seem to be under the impression that wealth maximization is ‘the’ economic measure of social welfare. This belief is perhaps not surprising, both because wealth maximization possesses some intuitive appeal and because it is the goal that Posner advanced two decades ago in the most sustained attempt by a legal scholar to defend a normative law and economics approach.*” - SHAVELL, Steven; KAPLOW, Louis, **Fairness versus welfare**. in Harvard Law Review, Vol 114, Feb/2001, Number 4. P. 995-996

³⁹⁹ O parâmetro para análise normativa de muitos dos autores é apenas a *eficiência* na alocação de recursos entre os envolvidos em determinada relação jurídica. Mas o que é eficiência? Muitos não aprofundam o tema, mas basicamente lastreiam suas observações, ainda que implicitamente, no conceito de maximização de riqueza. Exemplos podem ser encontrados em COOTER, Robert e ULEN Thomas, op. cit. p. 7; POLINSKY, A. Mitchell, **An introduction to law and economics**, 4th. ed. New York, Wolter Kluwer Law & Business, 2011. P. 7: “[...] *the term ‘efficiency’ will refer to the relationship between the aggregate benefits of a situation and the aggregate costs of the situation [...]. In other words, efficiency corresponds to the ‘size of the pie’, while equity has to do with how it is sliced.*” É bem verdade que, em outra obra, Polinsky critica a opinião de Posner de que a distribuição de riqueza não é um ponto importante a ser considerado na análise econômica: **Economic analysis as a potentially defective product: a buyer’s guide to Posner’s economic analysis of law**, in Harvard Law Review 87, 1974. P. 1655, 1679-80 FARNSWORTH, Ward. **The legal analyst: a toolkit for thinking about the law**. London: The University of Chicago Press, 2007. P. 13-16 (Neste último caso, o autor deixa bastante claro o conceito de eficiência como ligado à ideia de maximização da riqueza).

⁴⁰⁰ FREIRE, Alonso, op. cit.

⁴⁰¹ Até 2014, data da última atualização oficial do *seu curriculum vitae* pela Chicago Law School, eram 38 livros e mais de 300 artigos publicados, para não falar das mais de 2.200 *opinions* publicadas em razão de sua atividade como juiz federal.

pragmático, oferecendo ao mundo jurídico a ideia, de extremo bom senso, de que a maximização da riqueza deve ser um dos critérios a serem considerados nas alocações promovidas pela lei ou pela jurisprudência, ainda que não o único.⁴⁰²

Não é exatamente no porto de Posner que iremos atracar nossas ideias.⁴⁰³ No entanto, em um mundo da hermenêutica pela hermenêutica, e do direito pelo direito, a ideia pragmática do Posner têm uma importância avassaladora: ao decidir legislativa ou judicialmente entre duas hipóteses igualmente boas em termos de princípios de justiça e de respeito à constituição, por que escolher aquela que diminui a quantidade social de riqueza?⁴⁰⁴ Ou pior, por que não levar esse parâmetro sequer em consideração?

⁴⁰² Para José Vicente Santos de Mendonça, o *pragmatismo jurídico cotidiano de Posner* é o mais famoso dos *pragmatismos jurídicos*, caracterizado principalmente por um modo de decidir capaz de *produzir as consequências mais razoáveis, consideradas todas as variáveis relevantes*, como a lei, os costumes, a riqueza, os estados psicológicos etc. Op. cit. p. 56 e sgts.

⁴⁰³ Uma curiosidade que pouca gente sabe: Posner, em verdade, não tem formação acadêmica de economista. Vide: Richard Posner, Curriculum Vitae, disponível em: <http://www.law.uchicago.edu/files/cv/rposner-jan-2015.pdf>, acesso em 14.02.2017.

⁴⁰⁴ São muitos os exemplos. No processo civil, a recentíssima discussão sobre as alterações provocadas pela Lei n. 13.256/2015 no CPC/2015 sobre as hipóteses de cabimento e o juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinários. O CPC/73 exigia que o primeiro juízo de admissibilidade desses recursos fosse feito no tribunal de origem. O CPC/2015, em sua redação original, deslocou essa competência direto para os tribunais superiores que, como já vimos, são os grandes expoentes da *tragédia da justiça*. A justificativa clara era: de nada adianta manter o juízo de admissibilidade da origem, vez que da decisão negativa cabe agravo direito para as cortes superiores. Ocorre que a maior parte dessas decisões não era agravada. A nova norma acarretaria, de imediato, o envio de centenas de milhares de novos processos para as cortes superiores, tornando seu trabalho ainda mais lento e custoso, gerando insegurança para toda a sociedade, na medida em que são esses tribunais que promovem uniformização de entendimento de normas federais e constitucionais ou, em uma palavra, segurança jurídica em temas controvertidos. Insegurança gera um custo social imenso. Não vamos debater aqui todos os aspectos positivos e negativos da alteração, pois fizemos isso em profundidade no nosso *Modificações no novo código de processo civil pela lei 13.256/2015. o que john rawls e richard posner pensariam a respeito?* - Revista de Processo, vol. 254/2016, p. 237 - 255. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2016. Todavia, fica claro que, na versão final do projeto do CPC/2015 que saiu da Câmara dos Deputados com a inclusão dessa norma, o critério de Posner não foi sequer considerado. Entretanto, com a aprovação da Lei n. 13.256/2015, o critério acabou prevalecendo. No direito material, boa parte dos exemplos vêm do direito do consumidor. Em decisão recentíssima, o STF julgou inconstitucional a Lei n. 16.785/2011, do estado do Paraná, que estabelecia controle de preços na cobrança de horas fracionadas pelos estacionamentos de veículos automotores naquele estado. De acordo com a norma, os estabelecimentos ficavam proibidos de cobrar a tarifa da “hora completa” daqueles clientes que ficaram menos de uma hora estacionados. Sobre o tema, o voto vencido do Min. Edson Fachin asseverou: “Essas regras me parecem necessárias porque atendem de forma proporcional ao pagamento pelo serviço efetivamente utilizado, e se apresentam razoáveis ao dar concretude à proteção ao consumidor”, e julgou improcedente a ADI. Aparentemente razoáveis e justos, tanto a lei quanto o voto do Min. Fachin acabam prejudicando o próprio consumidor. Isso porque, quando um empresário estabelece um preço x, pela hora de estacionamento, ele já levou em consideração para esse cálculo o valor x a ser pago por aqueles que ficaram menos de uma hora ocupando algumas das vagas. Caso essas pessoas passem a pagar x/2 (supondo que, na média, metade das vagas sejam ocupadas por apenas 30 minutos), então o preço da hora será reajustado em, aproximadamente, 33% para todos os clientes, tornando o serviço mais custoso de forma geral. Ou seja, por desconsiderar o critério de Posner, ao invés de beneficiar o consumidor, a lei acaba prejudicando-o. Muitas pessoas que, por exemplo, iriam trabalhar de carro porque podiam arcar com o preço do estacionamento, terão de deixar o carro em casa ou perder tempo procurando vagas na rua. O estacionamento possivelmente terá menos clientes e, no limite, pode até ser fechado. Claramente a riqueza social aqui diminui substancialmente. O acórdão ainda não foi publicado, mas pode ser encontrado em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=323279>, acesso em 16/02/2017. Sobre o tema, dando diversos exemplos de normas que desconsideram aspectos econômicos relevantes, BODART, Bruno

3.1.3 Shavell e Kaplow: muito mais que riqueza: o bem-estar social como critério normativo (*welfare economics*)

A última grande e, pensamos, bem-sucedida tentativa de alicerçar as bases e parâmetros pragmáticos da AED é a obra de Steven Shavell e Luis Kaplow, “*Fairness Versus Welfare*”.⁴⁰⁵ No longo texto de mais de quatrocentas páginas, os autores buscam demonstrar os princípios da chamada *economia do bem-estar (welfare economics)* como parâmetro para a análise econômica normativa, ou seja, como critério de elaboração e de julgamento da qualidade das leis e das decisões judiciais.

A preocupação clara foi a de fixar a ideia de que o *bem-estar social é o único parâmetro de análise* para tanto e, portanto, não pode ser desviado por concepções morais ou filosóficas exclusivamente vinculadas ao *fairness* (princípios abstratos de justiça). Justificam os autores que muitas escolhas fundadas em *fairness* acabam buscando a concretização daqueles princípios à custa do bem-estar social, o que seria injustificável. Subsidiariamente, há uma preocupação em diferenciar o *critério do bem-estar* da *medida de maximização da riqueza*, defendida por Richard Posner e por muitos outros, conforme explicamos na seção anterior.

Os autores aderem à matriz *consequencialista* da AED, mas diferenciam-se, talvez por serem economistas de formação, pela precisão e pelo cuidado com os conceitos econômicos utilizados.

Mas, afinal, o que é *bem-estar social*? O que compõe a *função de bem-estar social*?

Para Shavell e Kaplow, trata-se de conceito amplo, que vai muito além do aumento do nível de conforto material das pessoas, como quer Posner. Os autores, inclusive, abdicam da utilização do termo *eficiência*, exatamente para evitar a indução da ideia *posneriana* de *maximização de riqueza*.⁴⁰⁶

Partindo do bem-estar individual, o *welfare economics* considera tudo o que tem valor para o indivíduo, desde aspectos de satisfação estética até sentimentos altruístas e de autoestima, passando também pelos aspectos materiais.⁴⁰⁷ Nessa ordem de ideias, existe uma

Vinícius da Rós. *Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar os consumidores*. 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2870931

⁴⁰⁵ Inicialmente publicada na Harvard Law Review sob forma de artigo (Vol. 114, N.4, Feb/2001), a obra recebeu o formato de livro, em 2002: KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven, *Fairness versus welfare*, Cambridge, Massachusetts, London, England, Harvard University Press.

⁴⁰⁶ Idem, P. 968, nota de rodapé n. 5.

⁴⁰⁷ SHAVELL, Steven e KAPLOW, Louis. Op. Cit. P. 968.

explícita preocupação com a desigualdade decorrente da redistribuição de renda,⁴⁰⁸ tema que merecerá análise detalhada logo abaixo, em seção própria.

Neste ponto, vale perguntar: a equação de bem-estar individual e social captaria de alguma forma os princípios de justiça (*fairness*), ou seriam eles totalmente desconsiderados, não obstante sua importância e persistência na história da sociedade contemporânea?

É na resposta a essa pergunta que se encontra o coração pulsante da tese de Shavell e Kaplow. Não se trata de uma declaração de guerra ao kantianismo ou aos *princípios de justiça* em geral. O apelo consequencialista aqui é no sentido da inadmissibilidade da *adoção de noções de “fairness” como princípios valorativos independentes* no desenho de normas e políticas públicas, a expensas do bem-estar dos indivíduos e da sociedade.⁴⁰⁹

Para exemplificar, os autores imaginam uma proposta normativa de substituição das regras de responsabilidade civil no trânsito por um sistema de seguro obrigatório que cubra sempre todos os danos. Supõem, ainda, para tornar mais claro o exemplo, que trabalho empírico tenha demonstrado que a nova proposta melhora o grau de compensação das vítimas pelos danos sofridos nos acidentes, reduzindo os custos totais do sistema sem que haja aumento no número total de acidentes de trânsito.⁴¹⁰ Tal norma seria aprovada se valorada pelo critério do bem-estar, e possivelmente condenada por critérios autônomos de *fairness*. Negar à vítima a possibilidade de obter compensação em juízo diretamente de seu ofensor seria *injusto*.⁴¹¹ Todavia, a manutenção desse sistema, baseado exclusivamente em princípios autônomos de justiça, seria prejudicial para toda a sociedade, deixando todos em situação pior do que estariam sob o sistema de seguro universal,⁴¹² mais barato e eficiente.

Um exemplo oriundo da realidade brasileira de direito processual civil pode ser útil para realçar o núcleo da ideia: princípios de justiça talvez justifiquem o acesso das partes por via recursal ao STF ou ao STJ sempre que houver violação prequestionada de norma constitucional ou federal. Os números dos relatórios do CNJ e do próprio STF, já analisados no capítulo 1,

⁴⁰⁸ Idem. P. 968

⁴⁰⁹ Idem. P. 969

⁴¹⁰ Ao menos nos Estados Unidos, Shavell afirma que os custos do sistema de responsabilidade civil por acidentes de trânsito superam os valores recebidos pelas vítimas, enquanto que um sistema de seguro obrigatório custaria aproximadamente 10% do montante recebido pelas vítimas. SHAVEL, Steven, *Foundations of economic analysis of law*, op. cit. P. 281 e 282.

⁴¹¹ Com efeito, Calebresi e Schwartz apontam para o reconhecimento pela *US Supreme Court* do direito de vingança (*vendetta*), no sentido de ser direito do ofendido ver o ofensor punido pela corte, sem outras considerações sobre os efeitos sociais dessa punição, por exemplo, na diminuição do cometimento de ilícitos semelhantes. CALABRESI, Guido e SCHWARTZ, Kevin S. *The cost of class actions: allocation and collective redress in the US experience*. In Euro Journal of Law and Economics, 2011 32, 169-183. p. 179.

⁴¹² A polêmica proposta foi adotada com aparente sucesso na Nova Zelândia, acompanhada de maior rigor nas normas de trânsito e nas punições administrativas decorrentes da sua violação. FLOOD, Collen M. *New Zealand's no-fault accident compensation scheme: paradise or panacea?* in Helath Law Review, 2014 Vol 8 n.3.

comprovam que esse sistema foi (e em certa medida ainda é) o grande responsável pelo congestionamento e mal funcionamento daquelas cortes, por onde tramitam hoje centenas de milhares de processos. Essa tectônica carga de trabalho pressiona a qualidade das decisões desses tribunais, não sendo raros os casos de decisões com pouca ou nenhuma fundamentação.

Como reação natural, desenvolve-se a *jurisprudência defensiva*, que tenta, por decisões monocráticas, buscar irregularidades formais para evitar o julgamento de mérito daqueles recursos. De outro lado, sobe o tempo médio dos processos e, com grave prejuízo a toda a sociedade, cai drasticamente o nível de segurança jurídica, à medida que esses tribunais, assoberbados, deixam de cumprir com eficiência sua principal missão constitucional: fixar precedentes obrigatórios que harmonizem a interpretação das normas federais e constitucionais.⁴¹³

Normas que coloquem filtros de acesso, restringindo de alguma forma o cabimento de recursos especiais e extraordinários,⁴¹⁴ costumam ser vistas com desconfiança por parte da doutrina de direito processual civil.⁴¹⁵ As críticas normalmente estão relacionadas com princípios de justiça independentemente valorados, traduzidos em garantias constitucionais processuais como *devido processo legal*, *ampla defesa*, *direito ao processo justo*, entre outras.⁴¹⁶

⁴¹³ Sobre a *nova função* dos tribunais superiores no direito brasileiro, com especial atenção à *função paradigmática*, apontando para a clara regulação da eficácia vinculantes dos precedentes superiores pelo art. 927, §§ 3º e 4º, do CPC/2015, ALVIM, Teresa Arruda e DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: (de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16)**. 3a. ed - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, P. 318 a 327.

⁴¹⁴ Como foi o caso da EC/45, ao introduzir a exigência de repercussão geral como filtro para o recebimento de recursos extraordinários e como agora se pretende com a PEC 209/12, já aprovada em primeiro turno na Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/PEC-da-Relevância-materializa-missão-constitucional-do-STJ, acesso em 27/02/2017.

⁴¹⁵ Por exemplo, MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.179-183; GRECCO, Leonardo, **Instituições de processo civil. volume I**, 5a edição. Rio de Janeiro, Forense, 2015. P. 18; CALMON DE PASSOS, J. J. de. **O recurso extraordinário e a emenda n. 3 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal**. Revista de Processo, v5, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977; SERAU Jr., Marco Aurélio; DONOSO, Denis. Relevância da questão federal como filtro de admissibilidade do recurso especial: análise das propostas de emenda constitucional n. 209/2012 e n. 17/2013. **Revista de Processo**, v. 224, p. 241-251, 2013. Mas há também forte apoio por parte de vários autores que reconhecem os filtros como importantes para que as cortes superiores possam dar conta de suas atribuições constitucionais. Por exemplo, e com bastante vigor nesse sentido, ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8a. ed., rev. atual e ampli. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, P. 91 e 828-830; CAMBI, Eduardo e DAS NEVES, Alina Regina, **Repercussão geral e pec 209/2012**. Revista de Processo, vol. 220/2013. P. 183 - 206, São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2013

⁴¹⁶ Sobre a análise econômica do devido processo legal, ver a seção 5.5.

Essas normas restritivas,⁴¹⁷ submetidas a uma análise econômica normativa fundada no critério de bem-estar, certamente receberiam avaliação positiva.⁴¹⁸ De nada adianta proporcionar livre acesso às cortes superiores e ao mesmo tempo inviabilizar seu funcionamento, externalizando efeitos negativos da utilização exagerada desse acesso para toda a sociedade.⁴¹⁹

Determinados princípios de justiça, todavia, parecem ser extremamente caros à sociedade, de modo que sua não observância pelo sistema certamente causaria revolta, mal-estar e incômodo para muitos. Como ignorar esses princípios no debate para a elaboração de políticas públicas?

Segundo os autores, tudo o que integrar a matriz individual de bem-estar deve ser levado em conta, inclusive princípios de *fairness* para os quais a sociedade pareça ter um *gosto especial*.⁴²⁰ As pessoas certamente sentir-se-iam desconfortáveis ao perceber que a lei não reflete as concepções de justiça mais arraigadas na sociedade.⁴²¹ O que se repudia é que esses princípios tenham valor independente, e sejam observados à custa do mesmo bem-estar dos

⁴¹⁷ Principalmente se deixarem aberta a via excepcional exclusivamente para formação de precedentes em casos socialmente relevantes ou para a proteção de precedentes já formados. Parece-nos que esse é o regime do CPC/2015, principalmente após sua alteração pela Lei n. 13.256/2016. Nesse sentido, ALVIM, Teresa Arruda e DANTAS, Bruno. Op. Cit. P. 407.

⁴¹⁸ Nesse sentido, TIMM, Luciano Benetti e TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth **As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics**. Revista de Processo, v. 34, n. 178, p. 153-179, dez. 2009.

⁴¹⁹ Conforme demonstraremos, as regras atuais, somadas a algumas outras propostas normativas, seriam capazes de proporcionar o comportamento colaborativo necessário para solucionar esse problema: por parte dos juízes das instâncias inferiores, decidir sempre de acordo com os precedentes, sob pena de determinadas sanções; do lado das partes, jamais recorrer àquelas cortes para casos sem repercussão geral ou quando não haja violação de precedente, devido aos possíveis custos e sanções daí decorrentes. Mais sobre o tema no Capítulo 7: *Primeiras soluções cooperativas*.

⁴²⁰ SHAVELL, Steven e KAPLOW, Louis. Op. Cit. P. 982.

⁴²¹ Numa sociedade que seja extremamente religiosa, por exemplo, e não estamos falando do Brasil, proibir o aborto, apesar de economicamente ineficaz, pode fazer sentido, caso os sentimentos de repulsa pela exterminação da vida do feto forem de tal monta que, no agregado, os indivíduos ficariam piores como um todo. No processo civil, talvez esse raciocínio valha, por exemplo, para as notas mais essenciais do princípio do contraditório ainda que, como veremos, esse princípio parece ser muito mais caro aos advogados do que às partes. De modo geral, uma Constituição analítica como a nossa já reflete os principais valores caros à sociedade, ainda que sempre haja o risco de sua interpretação exageradamente extensiva, para abranger outros valores de *status* inferior (talvez certas medidas do princípio do duplo grau, como o direito irrestrito de acesso às cortes superiores, como vimos, sejam um bom exemplo). Ainda sobre o tema, é complexo o aspecto de que, por vezes, as pessoas têm concepções equivocadas de bem-estar. Mas a autonomia individual de pensar da forma que melhor aprover é certamente um dos componentes do próprio bem-estar. A análise econômica clássica parte do pressuposto de que os indivíduos são racionais, e suas análises normativas têm esse parâmetro. Ocorre que as limitações de racionalidade e os vieses comportamentais são muitos e, de certa forma, obedecem a determinados padrões. É esse o pressuposto do qual parte a nova onda da AED: a análise econômica comportamental do direito, que será também nosso objeto de estudo. Por outro lado, cientes das previsíveis limitações do pensamento humano, até que ponto as normas poderiam ser construídas de modo a *influenciar* o indivíduo a adotar comportamentos mais racionais, incluídos aí seus desejos de justiça? O tema é extremamente complexo e não será diretamente objeto deste trabalho, ainda que a ele voltemos algumas vezes mais à frente. Para um estudo completo sobre o tema: SUNSTEIN, CASS R. **The ethics of influence**. Op. Cit.

indivíduos e da sociedade como um todo. O bem-estar social nutre-se em várias fontes, e não somente naquela de onde emana o *gosto* pelos princípios de justiça.⁴²²

Segundo os autores, princípios de *fairness*, mesmo quando inapropriados, acabam sendo adotados em políticas públicas por várias razões. Uma delas é o fato de que muitas vezes esses princípios realmente correspondem à noção econômica de bem-estar e de fato o promovem, ao menos no plano privado. Por vezes, são princípios que correspondem a normas sociais profundamente internalizadas, e que funcionam muito bem para frear condutas indesejadas do dia a dia.⁴²³ Nem sempre, todavia, funcionam tão bem quando utilizados para parametrizar a elaboração de normas e políticas públicas, principalmente quando desconsideram reflexos negativos no bem-estar individual.

Uma ideia que para nós é bastante forte, e que, de certa forma, *contorna* as dificuldades filosóficas deste debate, é a seguinte: perseguir princípios autônomos de justiça à custa do bem-estar dos indivíduos e da sociedade em geral é extremamente injusto.⁴²⁴ Ou seja, perseguir *fairness* por ela mesma, em detrimento do bem-estar social e individual é, em si, *unfair*.

O mito de Tântalo calha bem novamente: ao querer tudo, acaba-se ficando sem nada.

Essa ideia parametrizará em boa medida nossa análise das normas de processo e aquilo que nós entendemos por *devido processo legal*. Obviamente haverá casos polêmicos e difíceis, mas a evidência dos enormes prejuízos para o sistema de justiça e para as pessoas (*a tragédia da justiça*) que algumas concepções e princípios de processo vêm causando restará clara, ao menos em alguns casos, como veremos com detalhes na seção 5.5.

Se é certo que a qualidade da política pública deve ser medida pela quantidade de bem-estar individual e social gerado, o cálculo dessa quantidade é, todavia, bastante complicado. Para tanto, Shavell e Kaplow utilizam-se do conceito econômico de *função de bem-estar social* (*social welfare function* – SWF).

Na chamada *economia do bem-estar*, a concepção de bem-estar social é uma *função* do bem-estar de todos os indivíduos e independe de quaisquer outros fatores. Supõe-se que a alteração do bem-estar de qualquer indivíduo afete o bem-estar social de modo simétrico, o que

⁴²² Em verdade, como veremos, esses princípios fazem as vezes dos imperativos categóricos kantianos, e podem ser relidos à luz das recentes descobertas da psicologia e da neurociência relativas ao *dual process brain* (as duas formas de pensar do cérebro humano). Sobre o tema ver, logo abaixo, a seção 3.3.

⁴²³ Op. cit. p. 973

⁴²⁴ Praticamente traduzindo essa ideia para abordar o problema que chamamos de *fanatismo garantista*, Araken de Assis (Op. cit., v. 1, p. 285) afirma: “O escopo de fazer justiça se tornaria irrealizável em decorrência de indesejável e contraproducente excesso de garantias.”

significa que a ideia de bem-estar social compreende uma noção de igualdade, no sentido de que todos os indivíduos têm o mesmo valor.⁴²⁵

3.1.3.1 Uma análise mais formal da função de bem-estar social (*social welfare function* – SWF)

O bem-estar individual é indicado pelo grau de satisfação da pessoa, a que chamaremos de *utilidade*. O conteúdo dessa satisfação é determinado por critérios arbitrários a depender da análise normativa que se deseja fazer. A princípio, tudo o que interessa e faz bem ao indivíduo entra nessa composição.

Para ordenar diversas utilidades, é mais prático *colar* números às utilidades das situações a serem comparadas. Assim, considerando um determinado indivíduo, se a situação x é preferível à situação y , que é preferível à situação z , podemos dizer, por exemplo, que x vale 10, y vale 5 e z vale 2 para aquele indivíduo.⁴²⁶ Destarte, uma situação é melhor que a outra quando a utilidade de cada um dos indivíduos sobe em razão da passagem de y para x , por exemplo. Ocorre que uma mesma situação que envolva várias pessoas pode representar utilidades ou (des)utilidades diferentes em cada um dos indivíduos atingidos. Assim, a cada indivíduo i deve ser alocado um número que represente seu bem-estar (utilidade) em determinada situação (assim, para o indivíduo i , sua utilidade será U_i).

O próximo passo para medir o grau de bem-estar social proporcionado por um determinado estado de coisas é escolher uma função F capaz de agregar todas as utilidades individuais das pessoas atingidas por aquele estado de coisas. Assim, a utilidade W de uma situação x será igual a uma função F que agregue todas aquelas utilidades. Formalmente: $W(x) = F(U_1(x), U_2(x), U_3(x) \dots, U_n(x))$, sendo $U_n(x)$ a utilidade do *indivíduo* n envolvido na situação x (ou seja, um número n de indivíduos atingidos por aquela situação x).

A forma de agregação dessas utilidades pode ser arbitrariamente eleita pelo analista, e certamente expressará julgamentos valorativos.⁴²⁷ Um analista utilitarista clássico, por exemplo, simplesmente somaria as utilidades, com nenhuma preocupação com eventuais desigualdades entre utilidades individuais. Assim, se a soma das utilidades individuais da

⁴²⁵ Op. cit. P. 985-986

⁴²⁶ A neurociência já tem a capacidade de medir o nível de satisfação dos indivíduos em determinadas situações pelas alterações do nível de atividade de determinadas regiões do cérebro. Para uma visão ampla de como as mais diversas estruturas cerebrais respondem aos sentimentos e emoções humanas, PINKER, STEVEN. **The better angels of our nature: why violence has declined**. London, Penguin Books, 2011. O tema será revisitado na última seção deste capítulo.

⁴²⁷ Por exemplo, no que se refere ao tema principal dessa tese, a cooperação no processo civil, a análise normativa pode agregar utilidades de forma a medir o bem-estar social a partir da verificação do atingimento dos objetivos cooperativos do art. 6o. do CPC/2015 (concessão da tutela jurisdicional justa, efetiva e em prazo razoável).

situação x for superior à da situação y , então $W(x) > W(y)$, daí decorrendo a certeza incontestada de que a situação x é superior à situação y , na medida em que x gera mais bem-estar do que y .

Porém, como veremos, a questão distributiva deve ser considerada para uma melhor mensuração das utilidades.

O importante aqui é ter firme a ideia de que, ao proceder à análise econômica normativa, o intérprete deve buscar um método coerente de agregação dessas utilidades.

Um exemplo de direito processual (que já utilizamos) pode ajudar a clarear como opera esse método: ao avaliarem-se normas processuais que disponham sobre os requisitos para que recursos excepcionais sejam admitidos aos tribunais superiores, é razoável escolher por critério o bom funcionamento das cortes superiores, no sentido de cumprirem com eficiência sua missão constitucional, qual seja, decidir em tempo razoável e com qualidade questões constitucionais e federais de modo a uniformizar a interpretação dessas normas, protegendo o ordenamento e proporcionando segurança jurídica. O nível de segurança jurídica proporcionado pode ser então um critério de mensuração do bem-estar gerado por eventual alteração dessas normas, em comparação com as normas anteriores. Como já antecipamos, normas que colocam filtros razoáveis ao recebimento de recursos *a priori* receberiam valoração positiva por esse método.

No capítulo 5, seção 5.5, ao estudarmos o princípio do devido processo legal, analisaremos sob essa ótica outras normas de direito processual, como as que ampliam a participação das partes no processo ou que obrigam o juiz a fundamentar analiticamente suas decisões.

3.1.3.2 Questões distributivas importam para o bem-estar social

Qualquer que seja o método de agregação utilizado na SWF, entendemos que, em tese, as questões distributivas devem ser consideradas, por duas razões básicas.

Em primeiro lugar, parece claro que a maioria das pessoas não se sente bem em observar o sofrimento alheio.⁴²⁸ É cientificamente comprovado que, por razões evolutivas, nosso cérebro tende a enxergar o sofrimento alheio como nosso próprio sofrimento.⁴²⁹ Assim, nosso bem-

⁴²⁸ SHAVELL e KAPLOW. Op. Cit. P. 991

⁴²⁹ “*Biologists and cognitive neuroscientists are discovering mirror-neurons — the so-called empathy neurons — that allows human beings and other species to feel and experience another’s situation as if it were one’s own. We are, it appears, the most social of animals and seek intimate participation and companionship with our fellows.*” PINKER, op. cit. P. 572-573.

estar diminui quando, em razão de graves assimetrias, parte da população sente os males da privação e da fome, perambulando doente sob o fardo do próprio sofrimento.

O segundo argumento diz respeito à chamada *utilidade marginal da renda*. Retomemos o exemplo sobre o efeito que o recebimento de R\$100 teria para o bem-estar de uma pessoa com patrimônio de R\$1mil e para o de outra com patrimônio de R\$10milhões. Claramente, o impacto é muito maior no primeiro caso.

Assim, qualquer que seja a forma de agregação utilizada, uma péssima distribuição de renda (ou de outros benefícios) tende a ser menos eficiente, no sentido de elevar menos o bem-estar social do que se aqueles mesmos recursos fossem alocados atentando para as desigualdades existentes.⁴³⁰

3.1.3.3 Por que não consideraremos a norma (de forma geral) e o processo como meio adequado para promoção de redistribuição de renda

Ainda que a equidade na distribuição de recursos seja fundamental para o cálculo do bem-estar social, não usaremos questões redistributivas em nossas análises, de modo que nosso critério não dará conta dessa questão. Há dois motivos para tanto.

Em primeiro lugar, modelos têm de ser simples. A utilidade da existência de modelos econômicos está exatamente em promover uma simplificação da realidade, de modo a servir de ferramenta útil para nossas decisões e previsões.⁴³¹ Modelos mais complexos tendem a dar conta de mais variáveis e a ser mais precisos. Modelos simples, de outro lado, são mais fáceis de operar e funcionam bem na abordagem de casos simples ou na análise normativa de situações comparadas quando uma é evidentemente muito superior à outra. Seja por essas razões, seja pelas nossas limitações pessoais no manejo de ferramentas econômicas e matemáticas, lidaremos sempre com modelos simples, desde que sejam consagrados pela doutrina econômica, e sempre com ciência das limitações daí inerentes.

A segunda razão é de ordem teórica: a melhor doutrina econômica entende que a forma mais eficiente de redistribuição de renda é a tributação da renda. Significa dizer que, afora as normas tributárias, não faz sentido optar por um regime legal menos eficiente em detrimento

⁴³⁰ Matematicamente, imaginemos a distribuição de 200 *utilidades* entre dois indivíduos. Suponhamos que W seja a soma da raiz quadrada das utilidades individuais. Se cada um receber 100 utilidades, então $W = 10 + 10$, $W = 20$. Mas se um receber apenas 50 e o outro 150, então $W = 7,07 + 12,25$, $W = 12,25$. Caso um receba zero e o outro 200, $W = 14,14$. Note-se, portanto, que, dados os mesmos recursos, quando mais desigual a distribuição, menor seu impacto positivo no bem-estar geral. SHAVEL, **Foundations**. P. 597, nota de rodapé n. 5.

⁴³¹ BUNGE, Mário. **Teoria e realidade**. P.30. Trad. Gita K. Guisnburg. São Paulo, Editora Perspectiva, 1974.

de outro mais eficiente na regulação de determinada relação jurídica só porque o menos eficiente é mais distributivo do que o primeiro.

Explicando melhor: se níveis razoáveis de igualdade podem ser alcançados com a tributação da renda de modo mais rápido e preciso, por que optar pelo modo menos eficiente de distribuição? Mais do que isso, se a lei não tributária não é a forma mais eficiente de redistribuição, o que justificaria trocar uma regulação melhor por outra pior, tendo por base argumentos redistributivos?

Kaplow nos traz um exemplo interessante: se ficar provado que as normas de responsabilidade civil por acidente de trânsito que mais reduzem acidentes são aquelas que tratam os causadores de acidente da mesma forma, impondo o pagamento de indenização de acordo com a magnitude do dano causado, mesmo que o causador seja pobre e a vítima rica, nada justificará a alteração dessa norma para outra que leve em consideração essa desigualdade, mas que tenha por consequência uma elevação no número de acidentes. Essa não seria uma escolha ótima do ponto de vista do aumento do bem-estar social. A desigualdade pode ser mais eficientemente combatida pela taxação da renda, sem os efeitos negativos da opção por uma lei que aumente o número de acidentes automobilísticos.⁴³²

Para mais um exemplo de direito processual, imaginemos qual seria a melhor configuração do interesse de agir para ações cíveis movidas pelo indivíduo contra o Estado na busca de qualquer tipo de benefício, seja previdenciário, assistencial, remuneratório, indenizatório (de servidor público) ou outro.

Suponha-se que se tenha de optar entre a configuração instantânea do interesse de agir a partir da detecção da existência do direito subjetivo (por exemplo, o sujeito completou os requisitos para pedir aposentadoria) ou da subordinação do interesse à negação administrativa de pleito específico efetivado pelo indivíduo em face do Estado (negativa de concessão da aposentadoria).

Ainda que possamos considerar que o segundo regime acaba por dificultar o pleito de pessoas economicamente hipossuficientes (no caso de boa parte dos segurados do INSS, por exemplo), isso não deve definir a escolha se a primeira opção impuser um custo social que acabe restringindo o orçamento total da previdência e da assistência social, por exemplo.⁴³³

⁴³² Para análise profunda desse tema, com demonstrações gráficas e matemáticas deste e de outros exemplos: KAPLOW, Louis e SHAVELL, Steven. **Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income.** In *Journal of legal studies*, n XXXIII, 1994 P. 667 a 681

⁴³³ O tema do interesse de agir nas ações previdenciárias foi decidido pelo STF de forma, ao nosso ver, pragmática no STF, RE 631240/MG, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, DJ-e 1-11/2014, Plenário, ao exigir-se o prévio requerimento administrativo como regra geral.

Para retomar o que já foi dito no início deste capítulo, reforçamos que nossa opção por não usar medidas redistributivas em nossas análises econômicas normativas nada tem de ideológico. É simples questão de lógica e eficiência.

Em um Brasil fraturado por recentes radicalismos ideológicos, não nos surpreenderia que nossa posição fosse (des)qualificada com uma etiquetagem de direita conservadora.⁴³⁴ Nada mais equivocado. Basta dizer que a opção pela redistribuição de riquezas via tributação é a coluna mestra da teoria econômica de Thomas Piketty, economista hoje mundialmente saudado e identificado com ideologias *de esquerda*.⁴³⁵

Nosso modelo, portanto, não parte de qualquer preconcepção político-ideológica, apesar de obviamente poder ser capturado por qualquer uma delas após concebido e acabado.

3.1.4 Calabresi/Ackerman e “escola de Yale”

Vimos que a análise econômica do direito é *apenas* um método, que pode ser colocado a serviço de várias escolas econômicas, filosóficas ou ideológicas. Nessa linha, e talvez como contraposição ao critério de maximização de riqueza de Richard Posner,⁴³⁶ Guido Calabresi (um dos pais da AED) e seus colegas da Universidade de Yale desenvolveram uma abordagem normativa bastante preocupada com a questão redistributiva.⁴³⁷

⁴³⁴ Absolutamente nada contra a direita conservadora, nem contra a esquerda progressista (apesar de não acharmos corretas as atuais qualificações sobre o que é conservador ou progressista no Brasil de hoje). O ponto aqui é deixar claro que não estamos partindo dessas preconcepções para forjar nosso modelo teórico.

⁴³⁵ Em obra com grande repercussão mundial, dentro e fora do mundo da economia, Thomas Piketty identificou a assimetria entre a alta rentabilidade do capital e o baixo crescimento real dos países como sendo o grande mal do capitalismo contemporâneo. Essa equação ($r > g$, onde r é a rentabilidade do capital privado e g é o crescimento real da renda e da produção) seria a principal causa das desigualdades, pois proveria o mundo com os incentivos errados, ou seja, menos produtividade e mais capitalização de recursos, gerando desigualdades. A solução de Piketty passa pela taxação do capital como forma de redistribuir renda e, principalmente, de estimular a produção e desestimular a capitalização. PIKETTY, Thomas. **O capital no sec. XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle, 1a. ed. Rio de Janeiro. Ed. Intrínseca, 2014, p. 555-561

⁴³⁶ Essa tomada de posição antagônica a Posner fica bem clara em artigo/carta escrita por Calabresi a Dworkin, em apoio à crítica de Dworkin a Posner (por nós já referida). Diz Calabresi: “*In the course of preparing the Cooley lectures for the University of Michigan I had occasion to read your exchange with Dick Posner [...] Despite the perhaps unnecessarily provocative language in your first article, 2 language which I fear will lead some to misunderstand the piece to mean that efficiency in the production of wealth is irrelevant to a “just” society, I found myself substantially in agreement with it.*” CALABRESI, Guido. **About law and economics: a let'er to ronald dworkin**. in Hofstra Law Review, 8. P. 553.

⁴³⁷ Como vimos, esse foco excessivo no conceito de maximização de riqueza de Posner vem impedindo parte dos autores de AED de compreender o verdadeiro significado da SWF. SHAVEL, Steven e KAPLOW, Louis, **Welfare versus fairness**. op. cit. P. 996, nota de rodapé 996.

Mais voltada ao direito legislado e investigando muitas questões de direito público, essa abordagem tem intuítos declaradamente reformistas e igualitários,⁴³⁸ incluindo a ponderação de *princípios de justiça* como um filtro para a análise da eficiência.⁴³⁹

Calabresi critica tanto a superioridade de Pareto quanto o critério de Kaldor-Hicks, não só do ponto de vista distributivo, mas também do ponto de vista lógico.⁴⁴⁰

Partindo da ideia de Coase⁴⁴¹ no sentido de que, na ausência de custos de transação, os recursos tendem a ser alocados de modo eficiente, o autor pondera que, fosse assim, as políticas *Pareto superiores* seriam sempre implementadas de modo instantâneo e ninguém precisaria ser convencido de nenhum tipo de mudança.⁴⁴² Como no mundo real existem custos de transação,⁴⁴³ toda mudança sempre prejudicará alguém, o que não significa que ela não deva ocorrer.

Por sua vez, o critério de Kaldor-Hicks seria passível da mesma crítica. Se a solução para atingir consentimento fosse a redistribuição de renda que compense as desigualdades geradas por uma dada mudança, essas novas políticas seriam implementadas naturalmente, sem qualquer resistência, pela total ausência de perdedores.⁴⁴⁴

Calabresi, no intuito de melhor identificar as desigualdades, amplia o conceito de *custos de transação* para além de sua concepção financeira, identificando-o também com aspectos estéticos, sentimentos e sensações humanas que decorrem da inevitável comparação interpessoal das situações *ex ante* e *ex post* à implementação de determinada política pública.⁴⁴⁵

Mesmo considerando a existência de custos de transação no mundo real, o autor afasta a solução de Kaldor-Hicks como apta a resolver os matizes assimétricos da desigualdade,

⁴³⁸ ARAÚJO, Tiago Cardoso, op. cit. P. 113.

⁴³⁹ De fato, Calabresi é claro em relação à colocação da *justiça* como um *filtro* à busca da eficiência ao estudar e buscar o melhor modelo de responsabilidade civil para acidentes de trânsito em obra seminal: “*First, it must be just or fair; second, it must reduce the costs of accidents [...] Viewed this way fairness becomes a final test which any system of accident law must pass.*” CALABRESI, Guido. *The cost of accidents: a legal and economic analysis*. New Haven, CT: Yale University Press, 1970. P. 24. Essa é uma ideia recorrente nos seus escritos: “*It would then be true that the only goals of the law in this area would be a) deterring specific acts of wrongdoing (acts we wish to forbid even to those willing to pay for the costs which result), b) satisfying our “sense of justice” and c) compensating victims.*” in *Fault, accidents and the wonderful world of Blum and Kalven*. The Yale Law Journal, Vol. 75, No. 2 (Dec., 1965), pp. 216-238 - P. 220

⁴⁴⁰ CALABRESI, Guido. *The pointlessness of Pareto: carrying Coase further*. In *The origins of law and economics: essays by the founding fathers*. PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. Cheltenham, UK, Northampton, MA, US. P. 168-198.

⁴⁴¹ COASE, Ronald. **The problem of social costs**. P. 15 In Journal of law and Economics, Vol III, October, 1960

⁴⁴² Idem, 173-174

⁴⁴³ “*Two points are implied in the foregoing discussion. The first is that since transactions do cost money, and since substitutes for transactions, be they taxation, liability rules, or structural rules, are also not costless, the “optimal” result is not necessarily the same as if transactions were costless.*” CALABRESI, Guido. **Transaction costs, resource allocation and liability rules: a comment**. In Journal of Law and Economics, 11. p. 69.

⁴⁴⁴ Idem, p. 177

⁴⁴⁵ Idem, p. 179-180.

apontando ainda para amarras políticas que possivelmente impeçam o legislador de aprovar tais normas redistributivas, amarras essas a que talvez juízes não estejam agrilhoados na hora de decidir com base em critérios alocativos mais justos.⁴⁴⁶

Mais do que isso, Calabresi entende que o critério de Pareto, ao buscar soluções superiores dentro da fronteira da eficiência, acaba por desviar o foco da possibilidade das verdadeiras inovações (tecnológicas ou gerenciais) que poderiam alargar essa fronteira com evidentes benefícios para toda a sociedade e diminuir os inexoráveis custos de transação (ainda que, mesmo nesse caso, a questão da igualdade ainda tivesse de ser endereçada).⁴⁴⁷

Pensamos que os *insights* de Calabresi são extremamente importantes. Mais do que uma oposição, sua doutrina complementa as premissas por nós aqui adotadas e auxiliará na busca de alguns dos objetivos desta tese.

Como diversas vezes reafirmamos, o foco de uma *terceira via* para a AED está muito centrado na contraposição a Richard Posner e ao seu conceito de *maximização de riqueza*, com o qual também não concordamos. Para tanto, ideias redistributivas e princípios de justiça são sempre ressaltados.

Ocorre que a SWF não nega esses princípios e muito menos a questão igualitária. Pelo contrário, incorpora-os na *conta* da utilidade individual. Uma determinada norma receberá uma pontuação baixa na SWF se provocar forte concentração de renda, uma vez que a taxa de crescimento da utilidade é decrescente em relação à quantidade de riqueza acumulada.

Além disso, se uma política pública ferir frontalmente princípios de justiça pelos quais temos um gosto especial, isso por si só diminui seu impacto no bem-estar social, podendo tornar essa política inferior a outras alternativas disponíveis. Por fim, a identificação de ganhadores e perdedores de uma determinada opção política pode ser crucial para revelar o ferimento de princípios que afetarão a utilidade final e, logo, a SWF.

O que não se pode permitir, ao nosso ver, é a utilização de critérios autônomos de *fairness* para a valoração das políticas, de forma a eleger opções que deixem todos em situação pior.

A busca de diminuição de custos de transação também não confronta as bases da SWF, e vem bem a calhar com o momento atual em que a tecnologia invade nosso sistema de justiça e o processo civil. Como veremos no capítulo 11, a tecnologia tende a dragar os custos de transação, aproximando as partes e facilitando o comportamento colaborativo de todos os envolvidos, incluídos advogados e juízes. De outro lado, a inteligência artificial promete varrer

⁴⁴⁶ Idem, p. 188, nota de rodapé n. 23.

⁴⁴⁷ Idem, p. 185-186

do mapa postos de trabalho atrelados a funções mais mecânicas na operação do direito.⁴⁴⁸ É evidentemente importante identificar ganhadores e perdedores nesse processo. O que não é possível, todavia, é fazer opções que, fundadas exclusivamente em critérios arbitrários de justiça, sejam nocivas aos indivíduos e à sociedade.

3.1.4.1 A função de bem-estar social é *Pareto superior*? Isso realmente importa? Como essa função opera no estudo do princípio da cooperação no processo civil?

Por tudo o que dissemos, o critério agregador da SWF, qualquer que seja ele, não é puramente Pareto superior, mas sim *Pareto superior fraco*⁴⁴⁹ ou *Pareto superior em potencial* (critério equivalente ao de Kaldor-Hicks, caso se pretenda algum tipo de qualificação do critério).

Com efeito, não decorre da *welfare economics* a necessária utilização clássica do parâmetro de Pareto no sentido de exigir-se que, no novo estado de coisas, ao menos um indivíduo tenha ficado melhor sem que nenhum outro se tenha prejudicado.⁴⁵⁰

Todavia, o que realmente importa é que a SWF tem a virtude de rejeitar políticas que deixam todos piores e de inadmitir que princípios de justiça independentemente valorados sejam utilizados como critérios de análise de políticas públicas.⁴⁵¹

Assim, para todos os fins, nosso método de aferição econômico-normativo das normas de processo civil será a *função de bem-estar social*, cuja adoção gera as seguintes consequências:

- impedir a valoração positiva de normas processuais desenhadas por critérios outros que não o da promoção do bem-estar social;

⁴⁴⁸ Sobre o tema, provando que isso, inclusive, já está acontecendo, BYNJOLFSSON, Erik e MCAFEE, Andrew, *The second machine age: work, progress and prosperity in a time of brilliant technologies*. New York, London, W.W. Norton & Company, 2015.

⁴⁴⁹ Em outro texto, Kaplow e Shavell fazem expressa referência ao critério *fraco de pareto*, demonstrando matematicamente porque ele é adequado à SWF. ***Any Non-Individualistic Social Welfare Function Violates the Pareto Principle***. P3. Disponível em http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/253.pdf - acesso em 15/02/2017.

⁴⁵⁰ Nicholas Kaldor deixa isso bem claro em *Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility* ao analisar a eficiência da revogação das *Corn Laws* e reconhecer a necessária piora da situação dos proprietários das terras. Op. Cit. P. 549.

Sobre o tema, ver também HICKS, J. R. *The Foundations of Welfare Economics*, in *The Economic Journal*, Vol. 49, No. 196 (Dec., 1939), pp. 696-712,

⁴⁵¹ Kaplow e Shavell são novamente explícitos quanto a essa ponderação: “*It is simply irrelevant to this point that Pareto dominance will be rare among actual policy alternatives. Belief in the Pareto principle not only rules out choice of Pareto-dominated policies; it also renders inadmissible certain criteria for assessing policy.*” ***Any Non-Individualistic Social Welfare Function Violates the Pareto Principle***, p. 5.

- diagnosticar normas concebidas com base exclusiva em princípios de justiça como tendentes à produção de resultados nocivos ao bem-estar social;
- na comparação entre normas, atestar como superiores as construídas com o objetivo de aumentar o bem-estar agregado de toda a sociedade.

Especificamente quanto à análise econômico-normativa do *princípio da cooperação*, pensamos que nosso trabalho está extremamente facilitado pelo disposto no art. 6º do CPC/2015.

Explicamos. Segundo a letra da norma, *todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*. Assim, é a própria lei processual que nos diz como agregar utilidades na *função de bem-estar social* para julgar uma norma (e os ônus, faculdades, deveres e obrigações processuais que ela gera) como cooperativa ou não.

A análise dá-se sob duas óticas. Do ponto de vista individual, se a norma incentiva comportamentos que facilitam a obtenção da tutela jurisdicional *justa, efetiva e em tempo razoável*, então essa norma é tida por cooperativa. Do ponto de vista sistêmico, se a norma contribui para a construção de um sistema de justiça capaz de proporcionar tutelas jurisdicionais *justas, efetivas e em prazo razoável*, então ela é cooperativa.

Da mesma forma, devem ser excluídos dos deveres cooperativos dos sujeitos do processo aqueles que dificultem a obtenção da tutela *justa, efetiva e em tempo razoável* e incluídos aqueles que promovam esse tipo de tutela.

No capítulo 4 veremos que a doutrina brasileira decalca os deveres cooperativos exclusivamente de critérios abstratos de justiça (*fairness*), descuidando das consequências de sua observância para o sistema de justiça (*welfare*). Já no capítulo 5 demonstraremos como o *princípio do devido processo legal* pode ser concebido para sustentar deveres cooperativos voltados à promoção do bem-estar social (*welfare*), identificados no processo com a obtenção de tutela jurisdicional *justa, efetiva e em prazo razoável*. Nos capítulos seguintes (6 a 11) demonstraremos como partes, advogados e juízes podem ser incentivados a comportarem-se de forma cooperativa nas diversas fases do procedimento.

Resta ainda uma discussão que nos parece bastante relevante tanto para o cálculo da *função de bem-estar social* quanto para a correta identificação dos *incentivos* acima mencionados.

Vimos que a quantidade de bem-estar social é uma função de um agregado de utilidades individuais. Vimos ainda que a utilidade marginal tende a crescer em taxas inversamente

proporcionais à sua quantidade. Sendo certo que a ideia de *utilidade* é o átomo da SWF, e a *força motriz* de todos os incentivos, pensamos que o tema da *utilidade marginal* merece análise mais detida de nossa parte. Principalmente por ser esse um dos aspectos da análise econômica do direito que vem sendo revisto (ou, ao menos, atualizado) pela economia comportamental (*Behavioral Economics*).

3.2 A teoria da utilidade esperada e a teoria da perspectiva

Imagine-se o leitor em um daqueles dias em que a atribulação da manhã o impede de almoçar na hora em que está acostumado — que, digamos, seja ao meio-dia. Nesse dia, você arrumou um tempo para refeição apenas às 14h, em um restaurante perto do seu escritório, um local aconchegante com um *buffet* farto. Metaforicamente *morrendo de fome*, você coloca o máximo de comida possível no prato e dispara a comer avidamente.

A maioria de nós já passou por esse tipo de situação. Não é difícil lembrar o que normalmente acontece durante esse almoço: as primeiras *garfadas* proporcionam enorme prazer, o que não acontece com as últimas, quando já estamos fartos, não sendo raro inclusive deixarmos parte da comida no prato.

Esse é um excelente exemplo de como funciona a *utilidade marginal* de um bem em relação à quantidade acumulada desse mesmo bem para determinado indivíduo: quando temos pouca ou nenhuma quantidade, uma unidade do bem é extremamente valiosa para nós (como é o caso das primeiras porções de comida ingeridas); quando dele temos muito, uma nova unidade tem cada vez menos valor (as porções finais no prato do nosso exemplo).

Mas, nesta seara das utilidades, as coisas são ainda mais complexas. Como já podemos intuir, são as *utilidades*⁴⁵² que proveem os *incentivos* para que façamos essa ou aquela escolha nas mais diversas situações da vida. Algumas dessas escolhas são feitas com base em *certeza* de resultados. Outras, com base em probabilidades. Nesses dois grupos existem utilidades positivas (ganhos) e negativas (perdas). Essas utilidades *certas* (certezas) ou *esperadas* (probabilidades) decorrentes de ganhos ou perdas dependem diretamente da quantidade a ser adquirida ou perdida, mas não somente disso. É nesse ponto que entra em cena um novo ator: o *risco*, trazendo a reboque comportamentos psicológicos de aversão ou apreço (a ele, risco), com impactos diretos na *função de utilidade*.

⁴⁵² Ou ao menos a forma como nós as percebemos.

Nas próximas duas seções passaremos ao estudo pormenorizado da *teoria da utilidade esperada* e da *teoria da perspectiva*. Ao final, teceremos as primeiras relações dessas teorias com o estudo do processo civil naquilo que diretamente nos interessa: a tomada de decisão das partes e do juiz no sentido cooperativo ou não cooperativo, nas várias fases do processo, a partir dos *incentivos* gerados pelas utilidades comparadas dos dois padrões de comportamento. Será apenas uma primeira aproximação, dado que essas utilidades são, na verdade, os calibradores das *recompensas* que cada um dos atores processuais pode receber de acordo com a estratégia adotada no *modelo de jogo cooperativo* que compõe o coração deste trabalho.

3.2.1 Teoria da utilidade esperada

A *teoria da utilidade esperada* é fruto de um *insight* ocorrido em 1738 que recebeu tratamento completo em teoria formal apenas em 1944.⁴⁵³

O *insight* de 1738 é devido ao cientista suíço Daniel Bernoulli e pode ser chamado de *diminuição de sensibilidade* (*diminishing sensitivity*).⁴⁵⁴ A ideia remete ao que já foi dito aqui sobre os diferentes efeitos que uma determinada soma de dinheiro provoca quando recebida por pessoas mais ou menos ricas: quanto mais rico o indivíduo, menor o impacto causado pelo recebimento de determinado valor.⁴⁵⁵

Essa diferença tem razões físicas e psicológicas (ambas reais) e muda completamente a percepção da *utilidade* do valor recebido, o que provoca diferenças consideráveis nos *incentivos* decorrentes dessas utilidades, gerando por fim alterações nos processos de tomada de decisão (*decision making process*) dessas pessoas.⁴⁵⁶

Mais precisamente, *a utilidade do dinheiro é uma função logarítmica da riqueza, de modo que o impacto psicológico para uma determinada mudança de riqueza é inversamente proporcional à quantidade de riqueza de uma determinada pessoa.*⁴⁵⁷

⁴⁵³ Sobre o tema, KAHNEMAN, Daniel. **Thinking: fast and slow, kindle edition**, location 4528-4569, e THALER, Richard H. **Misbehaving: the making of behavioral economics**. P. 27-29.

⁴⁵⁴ THALER, op. cit. P. 28.

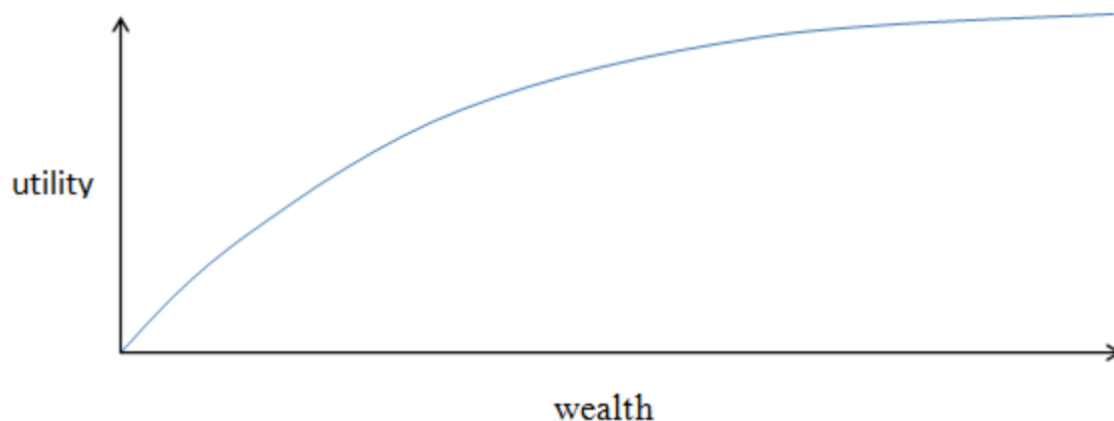
⁴⁵⁵ Posteriormente, o psicólogo alemão Gustav Fechner, fundador da chamada *psicofísica*, ampliou essa ideia para qualquer relação entre mente e matéria no sentido de que as variações de quantidade física (como a energia da luz ou a frequência do som) são acompanhados de uma experiência subjetiva de percepção (brilho da luz ou volume do som) de modo que variações na quantidade física alteram a quantidade e a qualidade da experiência subjetiva. KAHNEMAN. Op. Cit. Location 4523.

⁴⁵⁶ Retomando o exemplo do almoço, talvez o valor que o leitor estivesse disposto a pagar por certa porção de comida daquele agradável restaurante fosse maior no momento inicial, quando o atraso da refeição provocava uma fome intensa, do que após a ingestão de alguns petiscos de entrada, quando a quantidade de energia acumulada no organismo já era maior.

⁴⁵⁷ Idem, Location 4538.

O gráfico 21 representa a utilidade marginal do dinheiro em função da quantidade de riqueza:

Gráfico 21 - Teoria da Utilidade Esperada⁴⁵⁸



O *insight* de Bernoulli permitiu uma abordagem completamente nova a respeito da percepção do *risco* e da tomada de decisão em razão dessa percepção.

Note-se que a *função de utilidade da riqueza* é representada por uma linha côncava no gráfico, mostrando claramente o caráter decrescente da taxa da sua utilidade marginal. Significa que, se eu recebo R\$200, os primeiros R\$100 são mais *úteis* do que os R\$100 restantes. É isso o que diz o gráfico.

Mas por que isso muda a abordagem de nossa *percepção de risco*? Porque se a primeira metade dos R\$200 *vale* mais do que a segunda, a tendência é que eu *me arrisque* mais para conseguir aquela do que para tentar essa última. Vários experimentos comprovaram essa previsão ao longo de diversas épocas, países e tipos de pessoas, o que contribuiu para o prestígio *quase inabalável* da *teoria da utilidade esperada*.

Mas qual era a teoria do risco pré-Bernoulli? Era a teoria do risco pelo *valor esperado*. Um exemplo clarificará a diferença entre as abordagens.

Imaginemos que o leitor seja convidado para participar de uma aposta com 80% de chance de ganhar R\$100 e 20% de chance de ganhar R\$10. No lugar de participar da aposta você pode optar por ganhar R\$80 com certeza. Qual seria a sua escolha?

Pela teoria do *valor esperado*, participar dessa aposta “vale” R\$82 ($0,8 \times 100 + 0,2 \times 20$). Significa que, racional e matematicamente, seria melhor optar pela aposta em

⁴⁵⁸ Disponível em: <http://www.museful.net/2011/quantitative-finance/utility-function-of-wealth> acesso em 15/02/2017

detrimento do ganho certo (porque R\$82 são mais do que R\$80). Ocorre que quase todo mundo, e provavelmente o leitor também, prefere o ganho certo de R\$80.⁴⁵⁹ Talvez você preferisse até mesmo o ganho certo de valores ainda menores, como R\$75 ou R\$70. Isso ocorre por conta da *taxa decrescente da utilidade marginal da riqueza*. O valor extra não importa tanto. *Não vale a pena* correr um risco de diminuição do valor certo só para aumentar o valor incerto e esperado.

A conclusão de Bernoulli, ainda hoje vigente, é a de que a maioria das pessoas não aprecia o risco (*risk aversion*) e prefere o certo ao incerto. Isso tem um impacto gigantesco em vários mercados, como o de venda de seguros, por exemplo.⁴⁶⁰

O tratamento formal completo para a teoria de tomada de decisão sob risco (*expected utility theory*) veio ao mundo apenas em 1944, pelas mãos do matemático John von Neumann e do economista Oskar Morgenstern.⁴⁶¹

O gráfico 22 *desenha* bem essa *sensação* de aversão ao risco. É notável como a *utilidade* de um valor *certo* é superior à média entre dois valores (um maior e outro menor) que resultam no mesmo *valor esperado*, mas com a tomada de risco envolvida. A diferença vertical (x) entre os dois pontos representa essa aversão ao risco.

De acordo com a teoria da utilidade esperada, as pessoas preferem R\$50 com certeza do que uma aposta com 50% de chances de ganhar R\$20 e 50% de chances de ganhar R\$80 ($0.5 \times 20 + 0.5 \times 80 = 50$).

⁴⁵⁹ KAHNEMAN, op. cit. Location 4537.

⁴⁶⁰ Idem. Se você tem um bem que vale 1.000 e a chance de um sinistro com perda total é de 1%, você provavelmente estará disposto a pagar 20 por um seguro de 100%, ainda que o *valor esperado* da perda seja de apenas 10 (1000×0.01).

⁴⁶¹ Os autores criaram a função de utilidade, que permite calcular a utilidade de uma loteria não pela soma do valor esperado das apostas, mas pela soma do valor das utilidades (u) dos resultados (x) multiplicados por sua respectiva probabilidade (p). Assim o valor (V) de uma loteria com (n) resultados possíveis seria igual a: $p1.u(x1) + p2.u(x2) + \dots + pn.u(xn)$. Essa *função de utilidade* recebeu o nome de *Von Neumann-Morgenstern utility function*. DUTTA, Prajit K. **Strategies and games: theory and practice**. Cambridge, MA. The Mit Press, 1999. P. 437-438

Em um sistema em que precedentes vinculantes tragam razoável previsibilidade do resultado final para as partes,⁴⁶⁴ no qual os custos do processo estejam bem definidos e o sistema probatório tenha razoável precisão,⁴⁶⁵ não é difícil calcular ao menos o *valor do processo esperado* pelas partes (o chamado *valor de reserva*, representando o mínimo que o autor racional almeja do processo e o máximo que o réu racional imagina que o feito irá custar-lhe), decalcando-se daí as perspectivas de acordo (de cooperação, portanto) pela definição da chamada *zona de acordo* (ou *janela de acordo*), que nada mais é do que a diferença entre o *valor de reserva* do autor (já descontados os custos do processo) e o *valor de reserva* do réu (já acrescido das custas do processo).⁴⁶⁶

Por exemplo, se o valor de reserva do autor é +R\$60mil e o do réu é –R\$80mil, então em condições normais o valor do acordo ficará entre R\$60mil e R\$80mil, sendo que a forma como esses R\$20mil de diferença (*superávit do acordo*) serão divididos dependerá do poder de barganha de cada uma das partes.⁴⁶⁷

Mais à frente estudaremos em profundidade e desenharemos formalmente a zona de acordo.⁴⁶⁸ Todavia, é fácil imaginar que, se o *sistema de justiça* apresenta claramente as possibilidades de cada uma das partes em eventual processo, e se o processo em si traz um *custo* financeiro e, por vezes, emocional, autor e réu buscarão um acordo que reflita o respectivo *valor esperado*, evitando o custo do processo.

Por outro lado, se a jurisprudência não for estável nem vinculante, se os meios probatórios forem pouco confiáveis e se o processo for muito barato,⁴⁶⁹ haverá pouca probabilidade de cálculo do *valor esperado* ou da abertura de uma *janela de acordo*, ficando cada parte com suas íntimas convicções de vitória, muitas vezes assimétricas. Essa *assimetria de informação*, aliada aos baixos custos do processo, praticamente inviabiliza a conduta cooperativa de, ao menos, buscar-se a autocomposição.⁴⁷⁰

⁴⁶⁴ ALVIM, Teresa Arruda. *Precedentes e evolução do direito*. In, Direito Jurisprudencial, P. 11-96, especificamente p. 33-40. ALVIM, Teresa Arruda (coord). São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁶⁵ SHAVELL, Steven. *Foundations...* Op. Cit. **Another social advantage of accuracy is a higher frequency of settlement and thus of savings in litigation costs.** . P. 453

⁴⁶⁶ BORNE, Robert. G. *Civil procedure: the economics of civil procedure*. New York, Thomson West, 2003. P. 74

⁴⁶⁷ Idem.

⁴⁶⁸ Capítulo 6, seção 6.6.

⁴⁶⁹ Veremos que, na modelagem econômica das possibilidades de acordo, a existência de um custo razoável para o processo é regra fundamental para *incentivar* o comportamento colaborativo da autocomposição. Na ausência de assimetria de informação, são exatamente os custos do processo que fazem o acordo valer a pena.

⁴⁷⁰ BEBCHUK, Lucian Ayre. **Litigation and settlement under imperfect information.** The RAND Journal of Economics, Vol. 15, No. 3 (Autumn, 1984), pp. 404-415. Especificamente, P. 414: “We have shown how the presence of such an asymmetry might influence parties’ litigation and settlement decisions, and how it might lead to a failure to settle. Furthermore, legal rules and institutions that magnify the extent to which an informational asymmetry is present might well increase the likelihood of litigation.”

Nessas circunstâncias, é muito mais provável que as partes litiguem o quanto puderem, em busca da defesa a baixo custo de seus pretensos direitos, inclusive pela eventual aposta do réu na ineficiência da máquina judiciária, externalizando para toda a sociedade os efeitos negativos do esgotamento dos recursos do Poder Judiciário (*a tragédia da justiça*). Diante de nosso medidor cooperativo do art. 6º do CPC/2015, essa é uma postura evidentemente não cooperativa.

Como veremos, essas são algumas das causas pelas quais as taxas de autocomposição no Brasil (judicial e extrajudicial) são tão baixas. As *regras do jogo processual*, até aqui, não desenhavam um ambiente cooperativo no sentido da busca pela autocomposição pelas partes e pelos seus advogados. Isso, no entanto, está prestes a mudar, ao menos em parte, como veremos ao longo deste trabalho.

3.2.2 Uma atualização decorrente da economia comportamental: a teoria da perspectiva

Conforme antecipamos na introdução deste trabalho, temos por proposta uma abordagem econômica do processo civil de acordo com os modelos da economia clássica, atualizados, quando for o caso, pelas teorias da economia comportamental. Desses ajustes, talvez o mais importante seja o decorrente da aplicação da *teoria da perspectiva* para alinhar a teoria do risco à forma como os diversos *tipos* de pessoas reagem ao risco na vida real, a partir de seus respectivos *pontos de referência*.⁴⁷¹

Uma das principais conclusões a que chegaremos no nosso trabalho parte das profundas diferenças que existem entre advogado e respectivo cliente.⁴⁷² Não apenas as decorrentes da busca racional de interesses muitas vezes divergentes, mas também das distâncias do perfil psicológico padrão que decorrem das diferentes posições ocupadas. Da primeira parte (racionalidade divergente) dá conta a *teoria da agência*,⁴⁷³ decorrente da abordagem clássica. Mas, para prever os comportamentos decorrentes da segunda diferença, precisamos do ferramental da economia comportamental, cuja chave-mestra é a *teoria da perspectiva*.

A teoria da perspectiva foi proposta em 1979 pelos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky em famosíssimo artigo intitulado “*Prospect Theory: An Analysis of Decision*

⁴⁷¹ Como veremos, as análises de riscos diferenciam-se entre risco de ganhos e riscos de perdas.

⁴⁷² Posner trata dos *agency costs* entre partes e advogados sob essa perspectiva clássica: “*Lawyers have their own pecuniary and other interests which may tug them in a direction opposite to where the client would want to go if he knew the score.*” POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**, 8th ed. New York, Aspen Publishers, 2011. P. 772.

⁴⁷³ Para dar conta dessa realidade, o modelo a ser proposto cria ou reconhece incentivos cooperativos específicos para as partes e para seus advogados.

under Risk”. O trabalho foi publicado em prestigiosa revista de economia⁴⁷⁴ e tonou-se um dos mais citados artigos de todos os tempos, certamente contribuindo para o recebimento do Prêmio Nobel de Economia por Kahneman anos mais tarde.⁴⁷⁵

O *insight* básico desse artigo consiste em uma única frase: *as pessoas dão pesos emocionais diferentes para eventos prováveis e eventos certos, conferindo mais valor à certeza do que à probabilidade.*⁴⁷⁶

Isso significa que, normalmente, uma pessoa com perspectiva de ganho prefere um ganho menor certo a um ganho maior incerto, mesmo que ambos tenham o mesmo *valor esperado*. Até aqui, tudo igual à teoria da *utilidade esperada* de Benoulli. Todavia, pelo mesmo motivo, pessoas que estão sujeitas a situações de perda preferem correr o risco de perdas maiores incertas do que aceitar uma perda menor certa, mesmo que ambas tenham o mesmo *valor esperado*. Repare-se que as duas *diferentes* conclusões decorrem da *mesma* premissa: a de que *certezas pesam mais do que probabilidades*.

Isso mostra que o trabalho de Bernoulli estava apenas parcialmente correto quanto à conclusão de que as pessoas são avessas ao risco. Esse viés de nossa personalidade vale apenas para situações de ganho. Para situações que implicam potencial perda, a maioria das pessoas prefere assumir riscos para tentar evitar a certeza da perda (exatamente porque a probabilidade *pesa* menos do que a certeza).

Consideremos o seguinte experimento mental: o que o leitor prefere, perder R\$900 com certeza ou participar de uma aposta em que pode perder R\$1mil com 90% de chances ou não perder nada com 10% de chances?

Se o leitor for uma pessoa como a maioria das outras, preferirá apostar para fugir da perda certa de R\$900 e tentar salvar seu patrimônio, ainda que uma aposta de -R\$1mil com 90% de chances tenha o mesmo valor esperado ($0,9 \times [-1000] = -900$).

O que está por detrás da teoria de Kahneman e Tversky é a ideia de *ponto de referência*: o estado anterior relativo ao qual os ganhos e perdas são avaliados.⁴⁷⁷ Kahneman traz um exemplo elucidativo, que terá enormes repercussões na nossa análise econômica do processo civil⁴⁷⁸:

⁴⁷⁴ KAHNEMAN, Daniel and TVERSKY, Amos. **Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk**. In *Econometrica*, 47(2), pp. 263-291, March 1979

⁴⁷⁵ KAHNEMAN, **Thinking, fast and slow**. Op.Cit. Location 154.

⁴⁷⁶ “[...] *people underweight outcomes that are merely probable in comparison with outcomes that are obtained with certainty.*” KAHNEMAN, Daniel and TVERSKY, Amos. Op. Cit. P. 263

⁴⁷⁷ KAHNEMAN. Op. Cit. location 4678.

⁴⁷⁸ Idem, location 4665.

- *Problema 1: Além do que você já tem, você acaba de receber 1 mil dólares. Agora você tem que optar entre: 50% de chances de ganhar mais mil dólares ou receber 500 dólares com certeza.*
- *Problema 2: Além do que você já tem, você acaba de receber 2 mil dólares. Agora você tem que optar entre: 50% de chances de perder 1 mil dólares ou perder 500 dólares com certeza.*

Kahneman notou que a maioria das pessoas escolhe ganhar 500 dólares com certeza no problema 1 e correr o risco de perder 1 mil dólares com 50% de chances no problema 2.

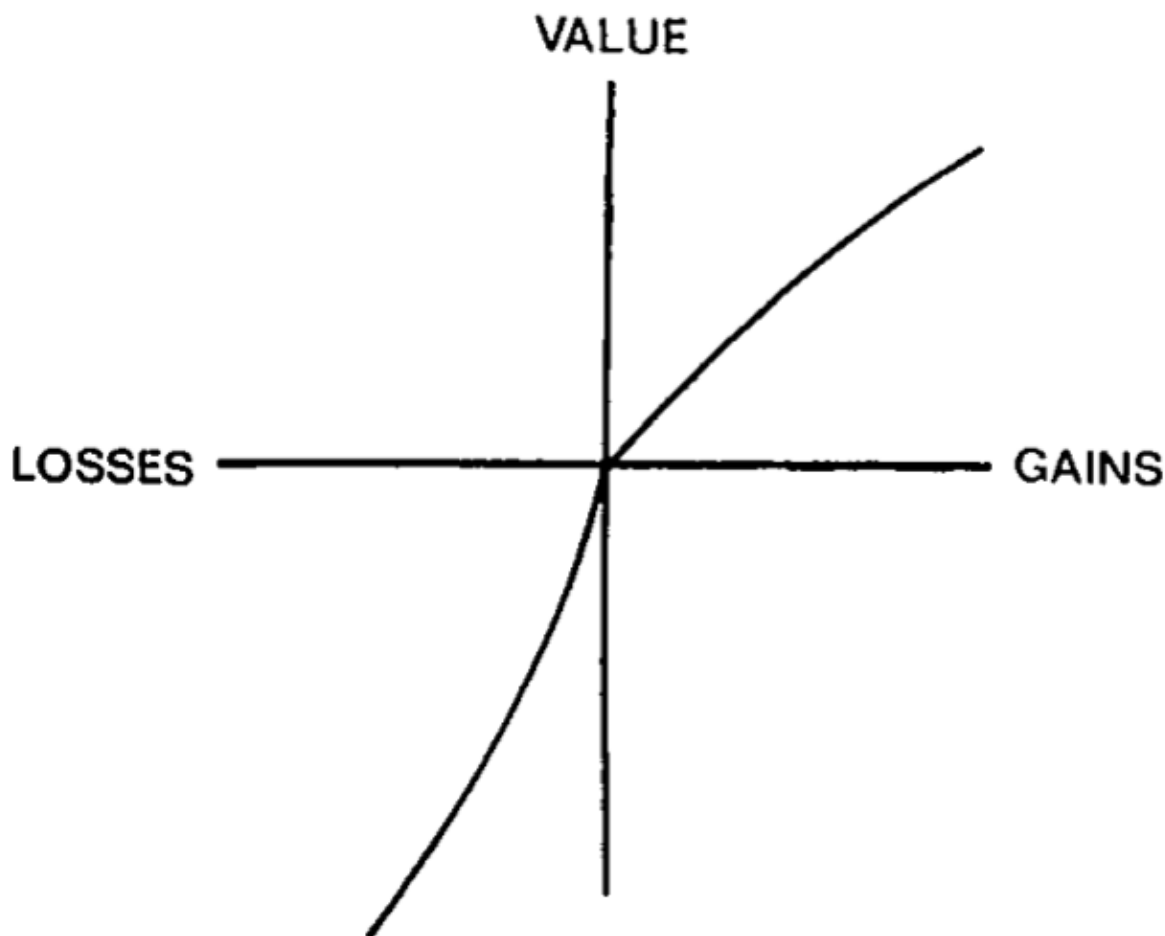
Note-se que os problemas envolvem a mesma quantidade de riqueza final. Ambos têm valor real ou potencial final de 1,5 mil dólares ao considerarem-se os valores inicialmente recebidos,⁴⁷⁹ que acabam sendo o ponto focal⁴⁸⁰ de referência para o *cálculo* da utilidade pelas partes. Só que o primeiro problema trabalha com ganhos em relação a esse valor, enquanto o segundo trabalha com perdas. É por essa razão que, no primeiro caso, somos avessos ao risco, enquanto que no segundo procuramos o risco (na tentativa desesperada de evitar a perda em relação ao ponto de referência).

O gráfico 23 foi proposto por Kahneman e Tversky para expressar a curva de utilidade marginal na teoria da perspectiva.⁴⁸¹ A parte superior do diagrama é idêntica à teoria da utilidade esperada. A diferença é a parte inferior, em que a curva de utilidade continua para valores negativos, assumindo forma convexa e intensidade de queda mais pronunciada do que a intensidade de elevação na utilidade dos ganhos da parte de cima.

⁴⁷⁹ A escolha de qual será o ponto de referência que a pessoa escolherá para avaliação do risco não é muito racional, passando por percepções quase inconscientes. Kahneman demonstrou que, no exemplo, a quantidade total de patrimônio não importa, salvo se a pessoa for extremamente pobre. Assim, ao *sinalizar* com o recebimento de um valor inicial, o problema cria um *foco* que, ainda que inconscientemente, será percebido pelas partes como valor de referência. KAHNEMAN. Op. Cit. Location 4677.

⁴⁸⁰ A ideia de ponto focal foi desenvolvida por Shelling para resolver diversos problemas da teoria dos jogos, como por exemplo problemas de coordenação. A ideia, no entanto, é útil aqui. Para Schelling, o ponto focal decorre de algum tipo de *proeminência* no caso concreto. No exemplo de Kahneman, a proeminência decorre do fato de o problema mencionar já no início o *ganho* de mil dólares ou de dois mil dólares. A atenção do jogador volta-se ao ponto focal e ele “esquece” sua riqueza acumulada na hora de calcular a utilidade de suas perdas e ganhos, que acaba tendo por *ponto de referência* apenas o valor recebido, exatamente por ser ele um ponto focal. SCHELLING, Thomas C. **The strategy of conflict**. Cambridge, MA, London, Harvard University, 1999. P. 57 e 59. DIXIT, Avinash K. e NALEBUFF, Barry J. **Thinking strategically: the competitive edge in business, politics, and everyday life**. New York, W.W.Norton & Company, inc. 1991. P. 79

⁴⁸¹ KAHNEMAN e TVERSKY. op. Cit. P. 281

Gráfico 23 - Função de valor hipotético⁴⁸²

Como vimos, isso significa que as perdas têm maior valor relativo ao ponto de referência do que os ganhos, o que muda completamente a forma de avaliação de riscos em um caso e no outro.⁴⁸³

Tempos depois, com o desenvolvimento mais completo da *economia comportamental*, Kahneman enumerou didaticamente as três características cognitivas que estão no *coração* da teoria da perspectiva.⁴⁸⁴ São elas: (i) a avaliação de um resultado como ganho ou perda é sempre relativa a um ponto de referência neutro, também chamado de *nível de adaptação*; (ii) há um princípio de *sensibilidade decrescente* nas avaliações de mudança de riqueza, tanto nos ganhos quanto nas perdas; (iii) existe uma aversão à perda, de modo que, com os mesmos valores

⁴⁸² Idem.

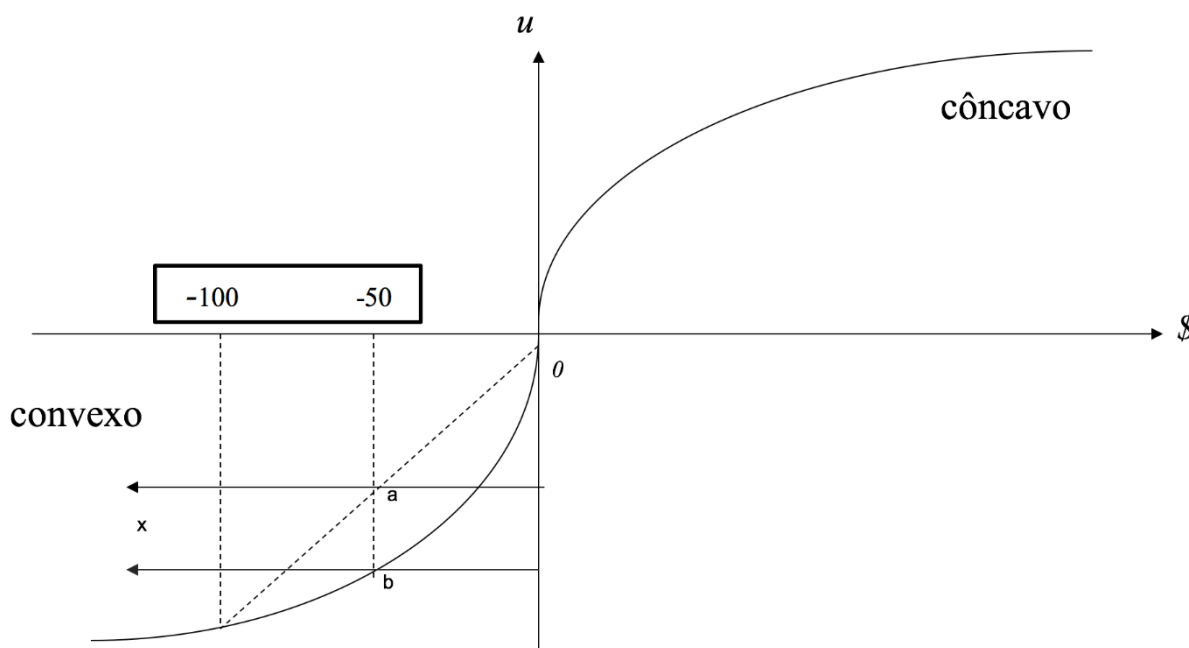
⁴⁸³ “In summary we have proposed that the value function is (i) defined on deviations from the reference point; (ii) generally concave for the gains and commonly convex for losses; (iii) steeper for losses than for gains.” Idem. P. 281.

⁴⁸⁴ KAHNEMAN, **Thinking fast and slow**. Location 4695-4696.

absolutos, perdas *contam* mais do que ganhos.⁴⁸⁵ Em medida apenas aproximada e obviamente a depender do caso concreto, pode-se dizer que as perdas pesam aproximadamente duas vezes mais que os ganhos.⁴⁸⁶

O comportamento de *busca pelo risco* (*risk seeking*) pode ser visualizado com facilidade no gráfico abaixo:

Gráfico 24 - Teoria da perspectiva e a busca do risco nos casos de perda⁴⁸⁷



Repare-se na função convexa (parte de baixo do gráfico), que mostra a (des)utilidade⁴⁸⁸ marginalmente decrescente de perdas financeiras entre zero e cem. A letra *b* representa a (des)utilidade da *perda certa* de cinquenta unidades de dinheiro. Já a letra *a* representa a (des)utilidade da seguinte aposta: joga-se uma moeda. Se o metal cair em *cara* a pessoa perde 100 unidades de dinheiro e se cair em coroa ela não perde nada. Veja-se que o *valor esperado* dessa aposta é de -R\$50, ou seja, cinquenta unidades negativas de dinheiro.

É muito fácil perceber no gráfico que a *utilidade negativa* de perder 100 com 50% de chances é menor do que a de perder 50 com certeza. A letra *x* do gráfico aponta essa diferença.

⁴⁸⁵ Um exemplo um tanto dramático que sempre me vem à mente com relação a essa terceira característica é a comparação do sentimento paterno/materno entre a perda de um filho e o nascimento de outro. Dificilmente alguém trocaria voluntariamente a morte de um filho pelo nascimento de outro. A perda é muito maior do que o ganho.

⁴⁸⁶ THALER, Richard H. Op. Cit. P. 34.

⁴⁸⁷ Elaboração própria.

⁴⁸⁸ Em verdade, por (des)utilidade, queremos significar *utilidade negativa*, por exemplo, a utilidade de -R\$100,00 seria uma (des)utilidade de R\$100,00.

O gráfico mostra, plasticamente, como é o comportamento do ser humano em uma situação de perda em relação a um valor de referência: torna-se amante do risco, arriscando uma perda maior para evitar uma perda certa.

O gráfico da *função de utilidade da teoria da perspectiva* é um dos pilares do desenvolvimento da *economia comportamental*, permitindo ajustes em modelos econômicos que, ao partirem do pressuposto da racionalidade absoluta do homem, previam resultados muito diferentes dos que ocorrem na vida real.⁴⁸⁹ Não à toa, o economista Richard Thaler, um dos fundadores da economia comportamental (*Behavioral Economics*), chamou essa representação geométrica de “*a stunning graph*”.⁴⁹⁰

3.2.2.1 Teoria da perspectiva e comportamento cooperativo no processo civil: uma primeira aproximação

Veremos a enorme influência da teoria da perspectiva no ânimo das partes pela busca de alguma forma de autocomposição, antes ou durante o processo. Da mesma forma que na pesquisa de Kahneman o ponto focal não retroage às perdas que a vítima teve, por exemplo, com os supostos danos causados. O ponto de referência será o valor zero e o processo será visto como uma possibilidade de ganho pelo potencial autor (avesso ao risco, portanto) e como uma possibilidade de perda potencial pelo réu (amante do risco).⁴⁹¹

O comportamento cooperativo, no sentido de ao menos buscar-se o acordo, tende a ter seu polo magnético no autor, ainda que normalmente a proposta tenha de partir do réu. Entre a certeza do acordo e a incerteza de um processo custoso, o autor, que é avesso ao risco, inclina-se a preferir o primeiro. Já o réu, diante da certeza da perda decorrente de um acordo e da probabilidade de perda com um resultado negativo ao final do processo, tende a buscar o risco desse último.

Há ainda os problemas de agência entre advogado/cliente. Isso porque o que para o réu é perspectiva de perda pode ser apenas expectativa de ganho para seu advogado. As regras de

⁴⁸⁹ THALER, Richard H. Op. Cit. P. 30. Mais precisamente, Thaler reconhece que a teoria da perspectiva desafiou a concepção clássica de que uma mesma teoria poderia ser *normativa* (ou seja, prescrevendo qual seria o melhor comportamento dentro de um ambiente de plena racionalidade) e *descritiva* (no sentido de descrever como as pessoas comportam-se na vida real). Op. Cit. P. 25-27. Após o advento da economia comportamental, podemos ainda ter modelos e teorias *prescritivas*, ou seja, teorias prescrevem o comportamento correto a partir de como as pessoas se comportam na vida real. Para uma abordagem compreensiva sobre o tema: David E. BELL, Howard RAIFFA & Amos TVERSKY, **Descriptive, Normative, and Prescriptive Interactions in Decision Making**, in Decision making 9 (David E. Bell, Howard Raiffa & Amos Tversky eds., 1988);

⁴⁹⁰ Idem. P. 30.

⁴⁹¹ Capítulo 6, seção 6.7.2.

remuneração dos advogados, tanto as presentes no CPC/2015 quanto as decorrentes dos contratos com os clientes, terão papel fundamental na definição dos incentivos para extração de comportamento cooperativo dos procuradores das partes. A calibragem ideal de todos esses incentivos será estudada em nossa *modelagem de jogo*, ao usarmos a teoria dos jogos para provar a real possibilidade de cooperação entre todos os atores processuais.⁴⁹²

Perante a teoria da perspectiva, assim como ocorre na análise clássica da teoria da utilidade esperada, a instabilidade da jurisprudência, a falta de precisão e o baixo custo do processo dificultam as possibilidades de acordo. Sem possibilidade de cálculo do *valor esperado*, cada parte fica apenas com suas expectativas subjetivas.

Nesse cenário de incertezas, para além dos comportamentos até aqui elencados, abre-se espaço para a infiltração de outro viés profundamente estudado pela economia comportamental e que atinge simultaneamente autor e réu: o excesso de otimismo (*optimism bias*). Em relação ao resultado do processo, como veremos,⁴⁹³ o excesso de otimismo diminui a zona de acordo, muitas vezes inviabilizando o comportamento cooperativo.⁴⁹⁴

3.3 Matriz filosófica: A neurociência da moralidade e o pragmatismo profundo.

Tanto neste capítulo quanto no anterior, ficou claro que a AED é um método predominantemente consequencialista, fundado em bases filosóficas *utilitaristas*. Ao visitarmos seus antecedentes históricos, espreitamos rapidamente as bases da filosofia utilitarista, que é o coração pulsante da *economia do bem-estar*.

Nesta seção, exploraremos um pouco mais os modernos desenvolvimentos do utilitarismo, que, como vimos, está em constante evolução. Focaremos principalmente na sua vertente mais atual, a *neurociência da moralidade* (e o *pragmatismo profundo*, daí decalcado), que agrega os aportes dos fantásticos avanços da neurociência ao utilitarismo, revisando-o e robustecendo-o com argumentos científicos, como, aliás, sempre desejou Mill.⁴⁹⁵ Essa será a *matriz filosófica* deste trabalho.

A importância de demorarmos algumas páginas nessa *atualização filosófica vinda das ciências neurais* decorre da nossa crença em que muitas das resistências às propostas que aqui serão feitas podem ser objetivamente explicadas (e refutadas) pela forma como nosso cérebro

⁴⁹² Capítulo 6, seção 6.6.2.3.1.2.

⁴⁹³ Capítulo 6, seção 6.7.1.

⁴⁹⁴ BAR-GILL, Oren. **The evolution and persistence of optimism in litigation**. In *The Journal of Law, Economics & Organization*, Vol 22, No. 2, P 490-507, 2005.

⁴⁹⁵ MILL, John Stuart, *Utilitarianism*, 2o. ed. p. 7.

funciona, contrapondo instinto e racionalidade a todo instante (tudo *experimentalmente demonstrado*).

De mais a mais, este trabalho aposta nas atualizações da *economia comportamental*, que nada mais é do que a introdução de argumentos psicológicos na ciência econômica e, por consequência, na análise econômica do direito. Se é assim, nossa *matriz teórica* precisa, desde já, fixar raízes também na neurociência, pano de fundo da psicologia, apenas recentemente desvendado.⁴⁹⁶

3.3.1 Dual process brain e os caminhos da moralidade

A chamada *neurociência da moralidade* é, hoje, um campo bastante consistente de estudo. Trata-se da revisão de paradigmas filosóficos das teorias morais a partir de *insights* neurocientíficos. Fundada por vários pesquisadores,⁴⁹⁷ essa nova fronteira tem por pressuposto uma das mais importantes descobertas da psicologia moderna, a teoria do sistema dual de pensamento (*dual process brain*) fundada por Seymour Epstein, Johnathan Evans,⁴⁹⁸ Steven Sloman, Keith Stanovich e Richard West,⁴⁹⁹ mas popularizada no *best-seller* de Kahneman “Thinking, fast and slow”.⁵⁰⁰

A hoje bem estabelecida teoria das *duas formas de pensar* (*dual process brain*) pode ser assim resumida: por razões evolutivas, nosso cérebro desenvolveu-se com dois *sistemas de funcionamento do pensamento* que atuam de forma paralela e complementar: o sistema

⁴⁹⁶ É preciso lembrar que o advento da ultrassonografia, e a possibilidade de observar-se o funcionamento do cérebro em humanos vivos tem pouco mais de vinte anos. GREENE, Joshua; INDIA Morrison. **Introduction**, in GREENE, Joshua; INDIA Morrison (Coords) **Positive Neuroscience**. Oxford University Press, 2016. P. 1. Recentemente, debatendo as possibilidades e os limites da ultrassonografia na identificação das estruturas cerebrais envolvidas em determinadas funções cognitivas: MATHER, Mara; CACIOPPO, John T; KANWINSHER, Nancy. **How fMRI Can Inform Cognitive Theories**, in Perspectives on Psychological Science, vol 8, issue 1, p. 108-113, 2013.

⁴⁹⁷ Como Joshua Greene, Jonathan Cohen, R. Brian Sommerville, John Darley e outros. (GREENE J, et al (2001) **An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment**. Science 293:2105-7. Neergaard L, **Brain Scan Shows Emotion in Decisions**. Washington Post. Friday, September 14, 2001; NEARY, Walter, **Personal decisions exercise the emotional part of the brain**, UWNEWS, November, 26, 2001. Disponível em: <http://www.washington.edu/news/2001/11/26/personal-decisions-exercise-the-emotional-part-of-the-brain/>

⁴⁹⁸ Apesar de Locke, Descartes, Freud e outros intuïrem e até mesmo trabalharem com a contraposição razão e intuição, a primeira teoria do *dual process* tem por figura central Johnatan Evans e seus trabalhos nas décadas de 70 e 80. Kahneman e Tversky aportaram importantes contribuições à forma intuitiva de pensar com seus estudos sobre heurísticas e vieses. Já as teorias mais influentes do *sistema dual* (que define que as duas formas de pensar são devidas a dois sistemas diferentes) são devidas a Sloman, Evans and Over, Stanovich, e Epstein nos anos 1990. Para um histórico completo do desenvolvimento do tema, ver FRANKISH, Keith, **Dual-Process and Dual-System Theories of Reasoning**, in **Philosophy Compass** 5/10 (2010): 914–926.

⁴⁹⁹ STANOVICH, Keith E. e WEST, Richard, F. **Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate?**, in Behavioral and brain sciences (2000) 23, 645–726.

⁵⁰⁰ KAHNEMAN, Daniel. **Think fast and slow**. Op Cit. Location 249 e sgts.

intuitivo, chamado de *sistema 1*, e o sistema reflexivo, denominado *sistema 2*. O sistema 1 é rápido, eficiente, automático, inconsciente e pouco preciso. Foi moldado para oferecer uma *avaliação contínua* dos problemas que um organismo deve resolver para sobreviver. Já o *sistema 2* é reflexivo, metuculoso, detalhista e lento. Ele procura sempre a precisão, buscando o maior número de dados para fazer uma pergunta ou dar uma resposta.⁵⁰¹ Cada um desses sistemas funciona a partir de específicas estruturas cerebrais,⁵⁰² mas atuam de modo conjugado, de forma que mesmo o sistema *reflexivo* atua influenciado por informações rapidamente oferecidas pelo sistema *intuitivo*.

Exemplos ajudam a demonstrar como esses sistemas funcionam. Todorov e colaboradores demonstraram como o *sistema 1* avalia rapidamente a segurança da nossa interação com estranhos (por exemplo, alguém de uma *tribo* diferente da nossa) através dos olhos e da expressão facial.⁵⁰³ De acordo com a pesquisa, ao divisarmos o rosto de alguém, nosso cérebro *julga* até que ponto aquela pessoa é *ameaçadora* (ou seja, *dominante*, o que se dá pelo formato quadrado do rosto) e *confiável* (pelas expressões faciais, principalmente o sorriso).⁵⁰⁴

Todorov demonstra por ultrassonografia que esse tipo de julgamento intuitivo envolve a participação de regiões cerebrais específicas, o que sugere sua importância na nossa história evolutiva.⁵⁰⁵ Todavia, como esses julgamentos são, algumas vezes, dissociados da realidade, acabam causando influências perniciosas eventuais em processos sociais importantes como, por exemplo, nas eleições democráticas.⁵⁰⁶

Essa pesquisa aponta ainda para uma *ancoragem* entre o *raciocínio reflexivo* e o *raciocínio intuitivo*. O sistema reflexivo, quanto menos informado, mais ancora suas reflexões e deliberação no *sistema intuitivo*. Demonstrou-se, por exemplo, que, quanto menos educado e informado o eleitorado, maior a importância do *sistema 1* no processo. Pesquisas posteriores apontaram que a influência da chamada *competência facial* do candidato — uma combinação entre as características faciais de *dominância* (por exemplo: queixo quadrado) e de *confiança* (por exemplo: sorriso) — é três vezes maior entre o eleitorado pobre que assiste televisão por

⁵⁰¹ Idem, location 266 e sgts.

⁵⁰² FRANKISH, Keith, op. cit. p. 914-915.

⁵⁰³ TODOROV, Alexander; BARON, Sean G., e OOSTERHOF Nikolaas N., *Evaluating face trustworthiness: a model based approach*, in Social Cognitive Affect Neuroscience. 2008 Jun; 3(2): 119–127.

⁵⁰⁴ Veja-se que esse é um julgamento extremamente impreciso. Quantas pessoas pouco confiáveis têm um sorriso estampado no rosto?

⁵⁰⁵ TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish, e OOSTERHOF Nikolaas N. *Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure*, in Social Cognition, Vol. 27, No. 6, 2009, pp. 813–833

⁵⁰⁶ TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu, N. GOREN, Amir e HALL, Crystal C. *Inferences of competence from faces predict election outcomes*, in SCIENCE VOL 308 10 JUNE 2005, p. 1623 e sgts.

muitas horas, quando comparada com a influência no eleitorado mais bem informado e abastado.⁵⁰⁷

Por ser veloz, o *sistema 1* trabalha com preconceções e memórias armazenadas por nossa história evolutiva, além de recordações de experiências da vida. Diante da necessidade de prover respostas, esse sistema apresenta respostas simples (*heurísticas*) e pré-concebidas (*vieses*), que podem ou não corresponder à realidade.

Já o *sistema 2* trabalha sempre buscando dados e racionalizando. O problema é que, como vimos nas pesquisas de Todorov, o *sistema 2* acaba racionalizando sobre os dados ofertados pelo *sistema 1* (*ancoragem*). Ele supervisiona essas *respostas prontas* que o *sistema 1* traz automaticamente (*respostas defaults*), ora endossando-as, ora alterando-as ou mesmo substituindo-as por outras mais rentes aos dados reais.⁵⁰⁸ Isso pode ser extremamente eficiente em alguns casos, mas pode causar erros grotescos de avaliação em outros.⁵⁰⁹

⁵⁰⁷ LENZ, Gabriel S. e LAWSON, Chappell. *Looking the part: television leads less informed citizens to vote based on candidates' appearance*, in American Journal of Political Science, Vol. 55, No. 3, July 2011, Pp. 574–589. Os autores assim resumem sua descoberta: *Specifically, we test whether the effect of appearance is more pronounced among those who know little about politics but are exposed to visual images of candidates. To do so, we combine appearance-based assessments of U.S. Senate and gubernatorial candidates with individual-level survey data measuring vote intent, political knowledge, and television exposure. Confirming long-standing concerns about image and television, we find that appealing-looking politicians benefit disproportionately from television exposure, primarily among less knowledgeable individuals.*

⁵⁰⁸ KAHNEMAN, Daniel; SHANE Frederick. *Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment* In Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment. Eds Thomas Gilovich, Dale Griffin and Daniel Kahneman. Cambridge: Cambridge University Press, 2002. 49–81.

⁵⁰⁹ Frankish apresenta uma tabela bastante atual das diferenças entre a forma de pensar intuitiva (protagonizada pelo sistema 1 e a forma de pensar reflexiva, devida ao sistema 2). Op. cit. p. 924.

	System 1	System 2
Processes	Fast Automatic Nonconscious or preconscious Low effort, high capacity Heuristic Associative	Slow Controlled Conscious High effort, low capacity Analytic Rule-based
Attitudes	Implicit Cultural stereotypes Slow acquisition and change Fast access	Explicit Personal beliefs Fast acquisition and change Slow access
Content	Actual Concrete Contextualised Domain-specific	Hypothetical Abstract Decontextualised Domain-general
Architecture	A set of systems, modular Parallel Does not use working memory	A single system Serial Uses working memory
Evolution	Evolutionarily old Shared with animals Nonverbal	Evolutionarily recent Unique to humans Language involving
Variation	Serves genetic goals ('short leash' control) Independent of general intelligence Little variation across cultures and individuals Relatively unresponsive to verbal instruction	Serves individual goals ('long-leash' control) Linked to general intelligence Variable across cultures and individuals Responsive to verbal instruction

Por exemplo, em uma pesquisa⁵¹⁰ que se seguiu a um acidental derramamento de óleo com impactos em aves nativas, perguntou-se quanto as pessoas estariam dispostas a doar para salvar, respectivamente, 2 mil, 20 mil, ou 200 mil pássaros. Os valores ficaram em 80, 78 e 88 dólares, respectivamente, e nem de longe correspondem ao número de pássaros a serem salvos. Verificou-se que o que realmente compeliu as pessoas a doarem valores maiores não foram os números (dados que seriam os mais relevantes para a definição do montante), mas a apresentação da imagem de uma ave desamparada, afogando-se com as penas encharcadas de óleo. Isso ocorre porque as memórias evolutivas impregnadas no *sistema 1* ancoram e enviesam os julgamentos do *sistema 2*.⁵¹¹ Mais à frente, ao estudarmos as possibilidades cooperativas na fase cognitiva do processo, abordaremos técnicas de ancoragem como o *priming*, capazes de elevar o comportamento cooperativo, evitando, por exemplo, a litigância de má-fé.

Joshua Greene é autor de uma ótima analogia para explicar o *sistema dual* de pensamento. Ele utiliza a imagem de uma câmera fotográfica, que pode operar de modo manual ou automático. A forma automática é rápida e tira boas fotos na maior parte das vezes, mas é pouco flexível a variações de luz e profundidade, por exemplo. Nessas circunstâncias, ela pode falhar. Já o modo manual é lento, exige conhecimento e esforço na operação. Todavia, quando utilizado, produz fotografias incríveis, mesmo em condições adversas.⁵¹² O grande segredo de um bom fotógrafo é saber escolher o modo de operação correto para cada situação.

Morfologicamente, sabe-se que o *sistema 1* funciona preponderantemente na região do *córtex pré-frontal ventromedial* (VMPFC), enquanto que o *sistema 2* é *orquestrado* pelo *córtex pré-frontal dorso lateral* (DLPFC). Como explica Greene, o *córtex pré-frontal dorso lateral* não é o responsável solitário pelo raciocínio reflexivo. Em verdade ele opera como um *maestro*, recebendo *inputs* de diversas regiões do cérebro, inclusive do *córtex pré-frontal ventromedial*.⁵¹³

Pacientes com lesões no VMPFC, apresentam problemas importantes na tomada de decisão. Sobre o tema, são famosos os experimentos de Antônio Damasio elaborados a partir do trágico caso de seu paciente Phineas Gage. Recuperadas suas habilidades cognitivas após uma explosão que destruiu a região acima do nariz (atacando o VMPFC, mas preservando o *sistema 2*, o DLPFC), Gage tornou-se um péssimo tomador de decisões, em razão de déficit

⁵¹⁰ DESVOUSGES, William H., JOHNSON, F. Reed, DUNFORD, Richard W., BOYLE, Kevin J., HUDSON, Sara P., WILSON, K. Nicole. **Measuring Nonuse Damages Using Contingent Valuation: An Experimental Evaluation of Accuracy..** Second Edition. Disponível em: https://www.rti.org/sites/default/files/resources/bk-0001-1009_web.pdf

⁵¹¹ KAHNEMAN, *Think fast and slow*. op. cit. Location 2080 e stgs.

⁵¹² GREENE, Moral tribes, op. cit. p. 137

⁵¹³ Idem, p. 122-123.

emocional, ainda que fosse capaz de realizar operações matemáticas. Diversos experimentos apontam que a preservação de habilidades cognitivas com déficit emocional (*to know but not to feel*)⁵¹⁴ implica, por exemplo, que apenas os efeitos imediatos das decisões passem a ser considerados⁵¹⁵ pelo indivíduo, advindo daí trágicas consequências,⁵¹⁶ inclusive para possibilidades cooperativas estáveis.⁵¹⁷ Essa dependência do *sistema 2* ao *sistema 1* relembra o adágio de David Hume, que afirmava que a *razão é a escrava das paixões*.⁵¹⁸

Por outro lado, pacientes com lesões severas no DLPFC (o oposto do ocorrido com Gage) perdem completamente a capacidade cognitiva, o grande diferencial humano.⁵¹⁹

O que o funcionamento do cérebro de duas formas diferentes tem a ver com a filosofia da moralidade? Segundo Greene e colegas, tudo.⁵²⁰ Se a engrenagem mental formada por dois sistemas foi a forma escolhida pela natureza para nos tornar a espécie dominante do planeta, cabe-nos utilizá-la da melhor forma, desenvolvendo uma espécie de habilidade capaz de dizer qual o melhor sistema a preponderar para cada tipo de situação.⁵²¹

Obviamente, nossa preocupação não são os casos em que decisões muito rápidas ou ligadas à sobrevivência são tomadas, mas sim aqueles que envolvem temas complexos da modernidade ou mesmo a *escolha de políticas públicas*. É principalmente nesses casos que escolhas feitas com base preponderante nos instintos podem ser extremamente traiçoeiras. Isso inclui, certamente, a elaboração e a interpretação de normas processuais, impactando o conceito de *devido processo legal*, como se verá no capítulo 5, seção 5.5.

⁵¹⁴ DAMASIO, Antônio. (1994). *Descartes' error: Emotion, rationality and the human brain*. Penguin books (Grosset Books), Kindle edition. p. 45

⁵¹⁵ BECHARA, Antonie, DAMASIO, Antônio R., DAMASIO, Hanna, ANDERSON, Steven W. *Insensitivity to future consequences following damage to human prefrontal cortex*, in *Cognition*, 50, 1994 p. 7-15.

⁵¹⁶ Por exemplo, impossibilidade de manter um emprego, ou uma família. Há, em verdade, completa perda do senso de responsabilidade, e uma quase total impossibilidade de fazer escolhas óbvias na vida real, ainda que, em teoria, o paciente compreenda tudo e faça escolhas corretas. O que se dá é uma incapacidade de aprender com os erros. O VMPFC retém experiências ruins em forma de emoções e transfere essa informação ao DLPFC que *aprende* e corrige a postura. DAMASIO, Antônio, op cit. p. 34-35- 49. GREENE, Joshua, op. cit. p. 142.c

⁵¹⁷ Há evidências de um egoísmo exacerbado não leva em conta possibilidades cooperativas futuras. THOMAS, Bradley C. ASP, Erik W; KOENIGS, Michael; STTUERER, Matthew; ANDERSON, Steven W. e TRANEL, Daniel. *Arrested development: early prefrontal lesions impair the maturation of moral judgement*, in *Brain - A journal of neurology*, 2014. 137, p. 1254-1261,

⁵¹⁸ HUME, David, *A treatise of human nature*, 1739, Kindle edition, p. 274: *Reason is, outht only to be the slave of the passions, and can never pretend to any other office than to serve and obey them*. A relação entre Hume e o *dual process mode* é de Greene, op. cit. p. 122.

⁵¹⁹ O *sistema 2* só existe em serem humanos. FRANKISH, Keith, op. cit. p 922.

⁵²⁰ GREENE, op. cit. p. 141-143.

⁵²¹ Para ser um bom motorista, por exemplo, primeiro é preciso apreender a dirigir, usando preponderantemente o sistema 2. Após, boa parte das *tarefas da direção* torna-se automática, operando-se a partir do *sistema 1* (não todas, obviamente, até porque decisões complexas são tomadas a todo instante quando dirigimos. Muitas delas, todavia, podem ser tomadas com rapidez, porque estão ancoradas em experiências já vividas e armazenadas no *sistema 1*. GREENE, op. fit. p. 143.

3.3.2 Explicando as traições do *sistema I*: a troleologia de Joshua Greene

Ao longo dos últimos vinte anos, Joshua Greene e outros cientistas⁵²² vêm utilizando variações do famoso *dilema do bonde desgovernado* (*trolley problem*) para, com o auxílio da *ressonância magnética* e de outras tecnologias, demonstrar as falhas de julgamento do *sistema I*, colocando em xeque determinados *princípios absolutos de justiça*, e abrindo espaço para o avanço de parâmetros *utilitaristas* na confecção de políticas públicas.⁵²³

Tal como o *dilema do prisioneiro*, o *problema do bonde* tem sido usado por décadas para discutir importantíssimas questões éticas envolvendo o comportamento humano.⁵²⁴

Em uma das versões concebidas por Thompson, o dilema propõe o seguinte:

Um bonde desgovernado está prestes a atropelar e matar cinco pessoas (digamos, operários que trabalham nos seus trilhos⁵²⁵). Um homem muito gordo (suponhamos, um funcionário da ferrovia⁵²⁶) está em pé, sobre uma ponte, entre o bonde e os operários. Uma outra pessoa na mesma ponte percebe que, se empurrar o homem gordo, seu volume será capaz de parar o bonde, matando-o, mas salvando as cinco pessoas. O dilema consiste em empurrar ou não o funcionário.⁵²⁷

⁵²² BARON, JONATHAN; GREENE, JOSHUA. (1996). *Determinants of insensitivity to quantity in valuation of public goods: contribution, warm glow, budget constraints, availability, and prominence*. In, Journal of Experimental Psychology: p. 107-125; GREENE Joshua; SOMMERVILLE, Brian; NYSTROM Leigh E; DARLEY John M. e COHEN, Jonathan D. (2001) *An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment*. Science vol. 293, September, 2001, n. 5537, p. 2105-2108.

⁵²³ Trata-se, no nosso entender, de uma revisitação do embate *farness versus welfare*, muito bem desenvolvido por Shavell e Kalpow, como vimos neste capítulo. A novidade, todavia, é a utilização de argumentos neurocientíficos, que se tornaram disponíveis há apenas alguns anos.

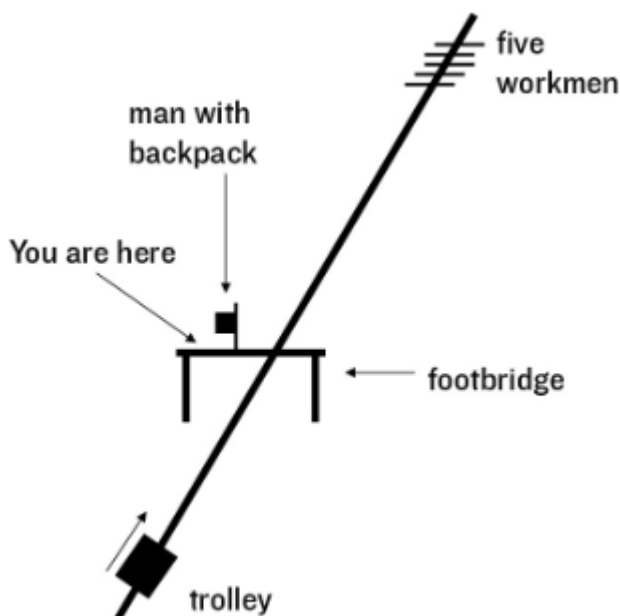
⁵²⁴ O responsável pela *montagem do modelo original* foi Philippa Foot, em 1967, na obra *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in Oxford Review, 1967, n5.. Nove anos depois, Thompson rediscutiu as ideias de Foot e criou importantes variações para o modelo. Recentemente, o tema foi revisitado por SANDEL, J. Michael, *Justice. What's the right thing to do?* Farrar, Straus and Giroux, New York, 2008. p. 18 e sgts. O tema atualmente vem ganhando enorme importância, principalmente em razão dos chamados carros autônomos, cuja programação certamente enfrentará dilemas parecidos com o do bonde desgovernado. Nesse sentido, HUANG, Bert I. *Book review: Law and moral dilemmas*, in Harvard Law Review, December, 2016, vol 130, p. 661.

⁵²⁵ Comentário nosso.

⁵²⁶ Comentário nosso.

⁵²⁷ Originalmente: “George is on a footbridge over the trolley tracks. He knows trolleys, and can see that the one approaching the bridge is out of control. On the track back of the bridge there are five people; the banks are so steep that they will not be able to get off the track in time. George knows that the only way to stop an out-of-control trolley is to drop a very heavy weight into its path. But the only available, sufficiently heavy weight, is a fat man, also watching the trolley from the footbridge. George can shove the fat man onto the track in the path of the trolley, killing the fat man; or he can refrain from doing this, letting the five die.” THOMPSON, Judith, *Killing, letting die, and the trolley problem*, in, Monist, Journal of General Philosophical Inquiry, vol 59, 1976, p. 204-217.

Figura 5 - Versão de Thompson do dilema do bonde desgovernado (*footbridge case*)⁵²⁸



O dilema do bonde é, em verdade, um *modelo simples*,⁵²⁹ que contrapõe a busca de um bem maior com os direitos individuais fundamentais de alguém. Trata-se de uma espécie de *contraposição artificial* entre Kant e Mill.⁵³⁰

Grande parte dos textos que abordam o dilema concluem, *kantianamente*, que empurrar o funcionário da companhia seria errado.⁵³¹ Independentemente das consequências, empurrar o funcionário seria *fundamentalmente errado*, pois violaria o princípio categórico *kantiano* segundo o qual o ser humano jamais pode ser tratado como um *meio*, devendo sempre ser considerado como o *fim* de todas as coisas.⁵³²

⁵²⁸ Greene, p. 114.

⁵²⁹ A utilidade de modelos desse naipe está não em propor qual escolha deveria ser feita na vida real, onde certamente as incertezas e as variáveis dariam pesos muito diferentes para as possibilidades em jogo, mas sim em *isolar* os problemas morais envolvidos e permitir um estudo mais preciso a respeito. SANDEL, Michael J. op. cit. p.22.

⁵³⁰ GREENE, Joshua, op. cit. p. 116.

⁵³¹ No dilema original de Foot, discutia-se apenas se o motorista do bonde deveria mudá-lo de direção, para matar uma pessoa ao invés de cinco. A autora conclui que não. Já Thompson, ao rever o dilema e propor suas variantes, traz resposta positiva para a questão (no dilema original), trazendo em seguida a complexidade do *footbridge case*. Curiosamente, em participação na obra recentíssima de F.M. Kamm, Judith Thomsom traz novos comentários sobre o tema, revendo sua posição de aderindo à posição inicial de Foot. Assim, para ela, hoje, não haveria dilema algum, e tanto a mudança de rota do bonde quanto o empurrão do funcionário da ponte seriam sempre errados. THOMSON, Judith Jarvis, *Kamm on the trolley problems*, in KAMM, F.M. *The Trolley Problem Mysteries*, Oxford University Press, 2016 p. 113 e sgts.

⁵³² GREENE, op. cit. p. 115. KANT, Immanuel, *Fundamental principles of the metaphysics of morals*, in The ultimate collected works of 14 book. Trad. Thomas Kingsmill Abbot. Kindle Edition, location 12728.

Grande parte das críticas ao *utilitarismo* funda-se na suposta desvalorização dos direitos fundamentais, ao permitir sua violação eventual com fundamento nas consequências finais do ato. O que Greene e outros procuram provar é, de um lado, a inconsistência da máxima kantiana quando aplicada a variações do mesmo dilema e, a partir daí, que o *utilitarismo* não merece a crítica kantiana.⁵³³

Uma das primeiras variações do *dilema* (chamada de *switch dilema*), utilizada por Thomson⁵³⁴ e outros, é a seguinte:

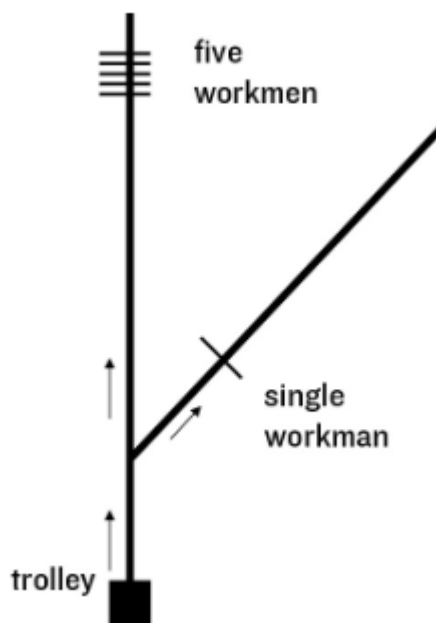
Um bonde desgovernado está prestes a atropelar e matar cinco operários que trabalham nos seus trilhos. Uma pessoa encontra-se em pé, ao lado do trilho. Ao alcance de suas mãos está uma alavanca capaz de mudar a direção do bonde para um outro trilho onde trabalha apenas um funcionário da companhia. Deve a pessoa acionar a alavanca para mudar a direção do bonde, evitando a morte dos cinco trabalhadores e permitindo a morte do funcionário?

Na figura 6 temos a representação gráfica dessa versão.

⁵³³ É interessante referir recentíssima pesquisa a respeito das questões morais envolvendo o dilema em países orientais. É surpreendente que, quando aplicado a Budistas no Tibete (cidade de Lhasa), a aprovação moral do *footbridge case* chega a impressionantes 83%, contra apenas 19% em Guangzhou, na China. XING Xiang, ***Would the Buddha Push the Man Off the Footbridge?: Systematic Variations in the Moral Judgment and Punishment Tendencies of Han Chinese, Tibetans and Americans***. Harvard University, 2014. Monografia de conclusão de curso de graduação.

⁵³⁴ Op. cit. p. 207. No original: “Frank is a passenger on a trolley whose driver has just shouted that the trolley’s brakes have failed, and who then died from the shock. On the track ahead are five people; the banks are so steep that they will not be able to get off the track in time. The track has a spur leading off to the right, and Frank can turn the train onto it. Unfortunately there is one person on the right-hand track. Frank can turn the train, killing the one; or he can refrain from turning the train, letting the five die.” Op. cit. p. 207.

Figura 6 - Switch dilemma⁵³⁵



Nessa segunda versão, seria moralmente aceitável que se acionasse a alavanca? Thomson, que originalmente criou esse novo enredo, respondia afirmativamente,⁵³⁶ bem como a maioria das pessoas, como veremos.

O que se pode ver, claramente, a partir dessas duas versões, quando nós mesmos respondemos à questão, é o fato de que nosso cérebro *gera* intuições diferentes para casos similares. A ação na versão original parece claramente errada, o que não acontece no segundo caso.⁵³⁷

A resposta a esse aparente *conflito intuitivo* sobre o que venha a ser moralmente correto pode ser extraída do acima referido *dual-process system*, aliado ao que Cohen denominou *controle cognitivo*, que é a *habilidade de coordenar pensamento e ação de acordo com nossos objetivos*.⁵³⁸

⁵³⁵ GREENE, op. cit. p. 115.

⁵³⁶ Como dissemos acima, em obra recentíssima, Thomson mudou de ideia. THOMSON, Judith Jarvis, *Kamm on the trolley problems*, in KAMM, F.M. **The Trolley Problem Mysteries**, Oxford University Press, 2016 p. 113 e sgts.

⁵³⁷ Greene, op. cit. p. 117. Mesmo para quem julga a segunda conduta como moralmente errada, muito provavelmente ela parecerá *menos errada* do que a primeira.

⁵³⁸ COHEN, Jonathan D e MILLER, Earl K. *An integrative theory of prefrontal cortex function*, in Annual Review. Neuroscience. 2001. vol 24. P.167–202. “The prefrontal cortex has long been suspected to play an important role in cognitive control, in the ability to orchestrate thought and action in accordance with internal goals. Its neural basis, however, has remained a mystery. Here, we propose that cognitive control stems from the active maintenance of patterns of activity in the prefrontal cortex that represent goals and the means to achieve them. They provide bias signals to other brain structures whose net effect is to guide the flow of activity along neural pathways that establish the proper mappings between inputs, internal states, and outputs needed to perform a given task.” P. 167.

Um experimento clássico exemplifica bem as dificuldades do *controle cognitivo*: a tarefa de identificar a cor com que uma determinada palavra aparece projetada em uma tela (*color-naming Stroop task*). Indivíduos não têm qualquer dificuldade de acertar a tonalidade, salvo quando a palavra projetada refere o nome de outra cor. Por exemplo: se projetarmos a palavra *vermelho* em vermelho, pessoas sem limitações visuais cumprirão com facilidade a tarefa. Todavia, quando projetamos a palavra *vermelho* escrita em verde, boa parte das pessoas pronuncia *vermelho*, quando o correto seria pronunciar *verde*.⁵³⁹

Isso ocorre porque a *leitura* é uma atividade mais automatizada do que a identificação de cores.⁵⁴⁰ Com um pouco de tempo, todavia, as pessoas saem-se bem na tarefa, nomeando a cor corretamente. Neurologicamente, o que se dá aqui é um conflito interno, com parte dos neurônios empenhada na *leitura* e parte empenhada na *identificação da cor*. O papel do *controle cognitivo* é exatamente *orquestrar* essas duas atividades e conferir respostas corretas. Essa função cabe a *circuitos neurais* localizados no *sistema 2* (*dorso lateral*, ou *DLPFC*), nosso sistema reflexivo, lento e preciso.⁵⁴¹

Após Cohen, Greene comprova que o dilema do bonde atua de forma semelhante ao experimento acima, provocando respostas conflitantes em nossa mente.⁵⁴² Estudos que monitoram o cérebro de indivíduos respondendo à pergunta do *dilema do bonde* nas duas versões demonstram que a primeira *provoca* uma atividade maior no *sistema 1* (*ventro medial*, ou *VMPFC*) e na *amígdala* (estrutura responsável pela atenção e vigilância a perigos).

Ou seja, por algum motivo, no *switch case*, a atividade no *sistema 1* é menos intensa do que no *footbridge case*, de modo que, agora, o *sistema 2*, responsável pelo *controle cognitivo*, é capaz de conter o impulso instintivo do *sistema 1*, fazendo prevalecer uma regra utilitária de julgamento capaz de salvar um número maior de vidas.⁵⁴³ Essa seria a razão pela qual um grande número de pessoas aprova a conduta do agente no *switch case* (87%),⁵⁴⁴ o que não ocorre no *footbridge case* (apenas 31% dos participantes, em média, aprovam o *empurrão*).⁵⁴⁵

Múltiplos experimentos com diversas versões desses e de outros *dilemas* demonstram que *dilemas* “*peçoais*” como o *footbridge case* provocam maior atividade na *amígdala* e no *VMPFC*, enquanto que *dilemas* “*menos peçoais*”, como o *switch case*, ativam essas estruturas com intensidade inferior.

⁵³⁹ Idem. P. 170.

⁵⁴⁰ Idem.

⁵⁴¹ GREENE, op. cit. p. 120

⁵⁴² Idem, p. 121.

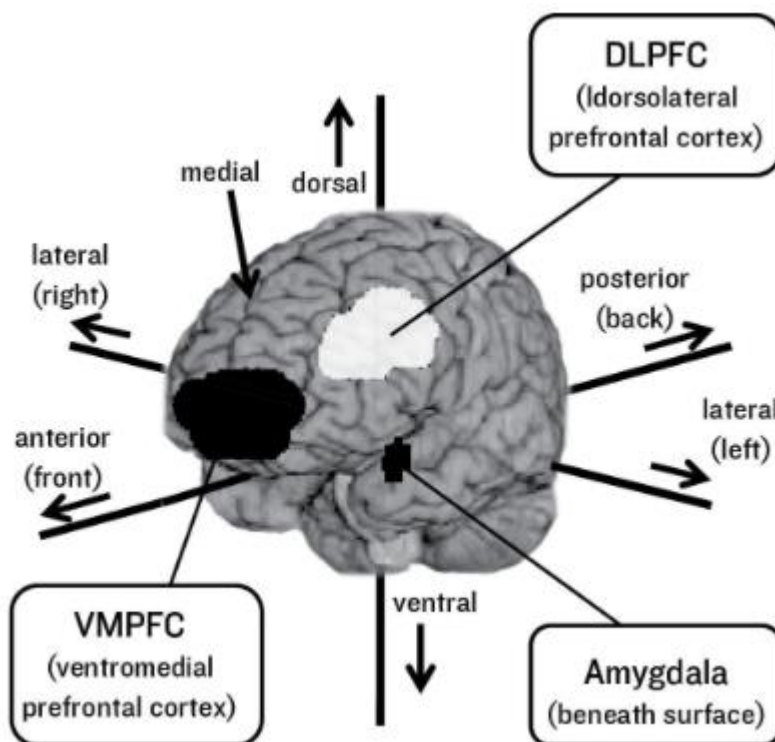
⁵⁴³ Idem.

⁵⁴⁴ Idem, p. 220

⁵⁴⁵ Idem p. 215

A figura abaixo corresponde à identificação das três estruturas cerebrais envolvidas nos julgamentos morais, compondo o *sistema 1* (amígdala e VMPFC) e o *sistema 2* (DLPFC):

Figura 7 - Estruturas cerebrais envolvidas nos julgamentos morais⁵⁴⁶



Interessante estudo aplicou o dilema em sua versão original (*footbridge case*) a pacientes com *demência frontotemporal*, ou seja, com deficiência específica no *sistema 1*, semelhante àquela que acometia Phineas Gage,⁵⁴⁷ por nós já estudada. Enquanto no grupo de controle apenas 20% das pessoas aprovaram a ação de empurrar o funcionário da ponte, a aprovação entre os pacientes com deficiência *frontotemporal* foi de 80%.⁵⁴⁸

⁵⁴⁶ Greene, p. 123.

⁵⁴⁷ MENDEZ, Mário F; ANDERSON, E; SHAPIRA, JS. *An investigation of moral judgement in frontotemporal dementia*, in *Cognitive Behavioral Neurology*. 2005 Dec;18(4). p. 193-197.

⁵⁴⁸ A importância desse estudo, foi a de dar um passo adiante do inicialmente oferecido pelas imagens de ultrassonografia. Enquanto o ultrassom mostrava evidente *correlação* entre julgamentos morais e o *dual-process mode*, o experimento de Mendes e colegas, ao expor paciente com *sistema 1* defeituoso, evidenciou *causalidade* entre a resposta repulsiva aos dilemas pessoais e as estruturas do *sistema 1*.

Pesquisas mais recentes confirmaram o mesmo padrão de resultado, mesmo quando os pacientes são levados a escolher entre salvar membros da própria família em número menor em prol de estranhos em número maior. THOMAS, Bradley C., CROFT, Katie E., and TRANEL, Daniel, *Harming kin to save strangers: further evidence for abnormally utilitarian moral judgments after ventromedial prefrontal damage*. In *Journal of cognitive neuroscience*, 2011, sep. N. 23, p. 2186-2196. Ainda sobre o tema, com resultados semelhantes, MORETTO, Giovanna; LÁDAVAS, Elisabetta, MATTIOLI, Flavia e PELLEGRINO, Giuseppe Di. *A psychophysiological investigation of moral judgment after ventromedial prefrontal damage*, in Como veremos mais à frente, uma das leis da cooperação é que ela exista entre membros da família, fato que ocorre inclusive entre animais.

De outro lado, pesquisas foram desenhadas para medir o resultado das respostas aos dilemas quando o *sistema 2* é desativado ou amortecido. Para tanto, utilizaram-se duas técnicas: a primeira consistiu em realizar o teste dos dilemas enquanto o *sistema 2* é *ocupado* com atividades cognitivas demandantes⁵⁴⁹ (como realizar uma operação matemática ou memorizar um número); a segunda implicou aplicar os testes com curto lapso para deliberação, comparando os resultados obtidos com as respostas dadas com maior tempo para reflexão do participante.⁵⁵⁰ Em ambos os casos, o *coeficiente de respostas utilitaristas* caiu bastante.

Demonstrada a relação entre as repostas aos dilemas e o funcionamento das estruturas que correspondem aos dois sistemas que operam no cérebro (*dual processo brain*), é necessário entender o porquê de esses sistemas operarem com intensidades diferentes nas duas versões do dilema. Trocando em miúdos, é preciso entender *a razão de nós aceitarmos o trade-off de uma vida pela salvação de cinco no 'switch case', mas não no 'footbridge case'*.

Duas outras versões do dilema comprovam a *influência da pessoalidade do enredo* no nível de participação do *sistema 1* (*instintos*) quando das respostas. Trata-se do *remote footbridge case* e do *footbridge switch case*, hipóteses muito semelhantes à original, com a única diferença de que, ao invés de empurrar o funcionário, a pessoa *aciona uma alavanca* que *abre* a ponte fazendo-o cair, provocando sua morte e salvando as cinco outras vidas. No *remote footbridge case* o agente e a alavanca estão distantes dos trilhos, enquanto que no *footbridge switch case* eles encontram-se sobre a ponte, próximos ao funcionário. As representações gráficas de ambas as versões estão representadas nas figuras 8 e 9:

⁵⁴⁹ GREENE, Joshua D., MORELLI, Sylvia A.; LOWENBERG, Kelly; NYSTROM, Leigh E., e COHEN, Jonathan D. *Cognitive load selectively interferes with utilitarian moral judgment*, in Journal of Cognitive Neuroscience 22:8, pp. 1888–1899.

⁵⁵⁰ Obviamente, em grupos diferentes, com todos os controles envolvidos. SUTER, Renata S; HERTWIG, Ralph. *Time and moral judgment*, in Cognition, vol 119, 2011, p 454–458.

Figura 8 - *Remote footbridge case*⁵⁵¹

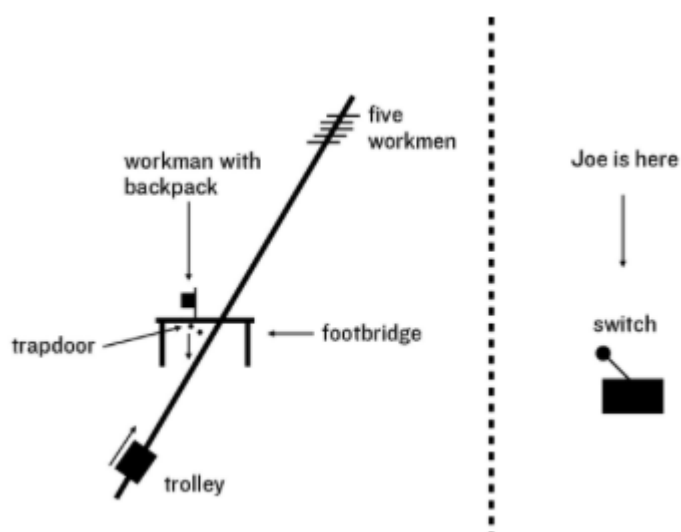
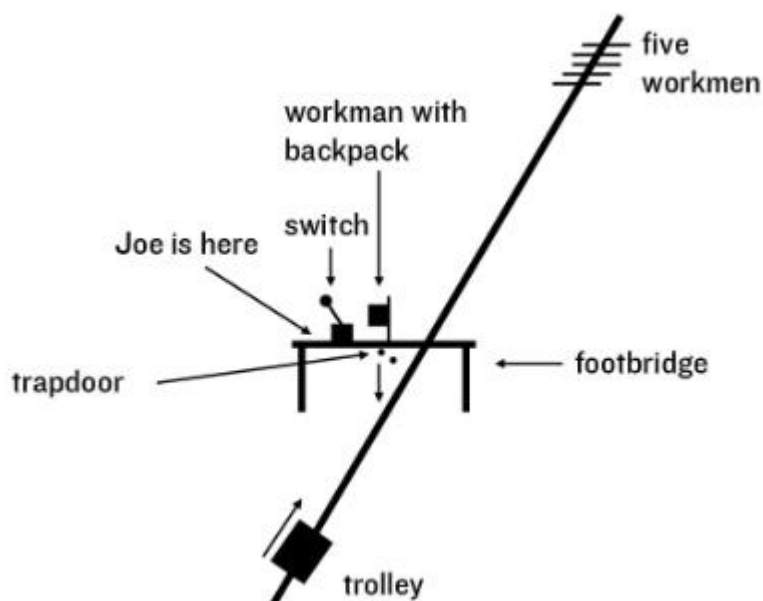


Figura 9 - *Footbridge switch case*⁵⁵²



O estudo submeteu o mesmo grupo de pessoas às três versões do *footbridge case*. Enquanto na versão original (a do empurrão) a aprovação do resultado *utilitarista* foi de apenas 31%, nessas novas versões a aprovação foi de 63% e 59%, respectivamente.

Note-se que a segunda versão se caracteriza por duas diferenças em relação à original: (i) o agente está mais distante da *vítima*; (ii) o agente não toca o corpo da vítima. Já a terceira versão diferencia-se da primeira apenas pela falta de toque no corpo da vítima (já que a alavanca

⁵⁵¹ GREENE, op. cit. p. 214

⁵⁵² GREENE, op. cit. p. 215

está sobre a ponte, próxima do funcionário). Importa então saber qual das duas diferenças realmente impactou o resultado.

A resposta está no *contato pessoal*.⁵⁵³ É que, sem o contato pessoal, os exemplos se parecem muito com o *switch case* (que tinha 87% de aprovação). A única diferença é o fato de que, no *footbridge switch case* (59% de aprovação), a alavanca (e, logo, o agente) está muito mais próxima do funcionário do que no *switch case e no remote footbridge case* (63% de aprovação), hipóteses em que o agente e a alavanca estão fora da ponte e, logo, mais distantes do funcionário que servirá de obstáculo.

Não há diferenças estatisticamente significantes de aprovação entre o *switch case* e o *remote footbridge case*, mas a diferença percentual entre esses enredos e aquele que inclui o *contato pessoal (footbridge case, com apenas 31% de aprovação)* é enorme, indicando que não é a alteração de distância que impacta o *sistema 1*, mas sim o contato pessoal.⁵⁵⁴

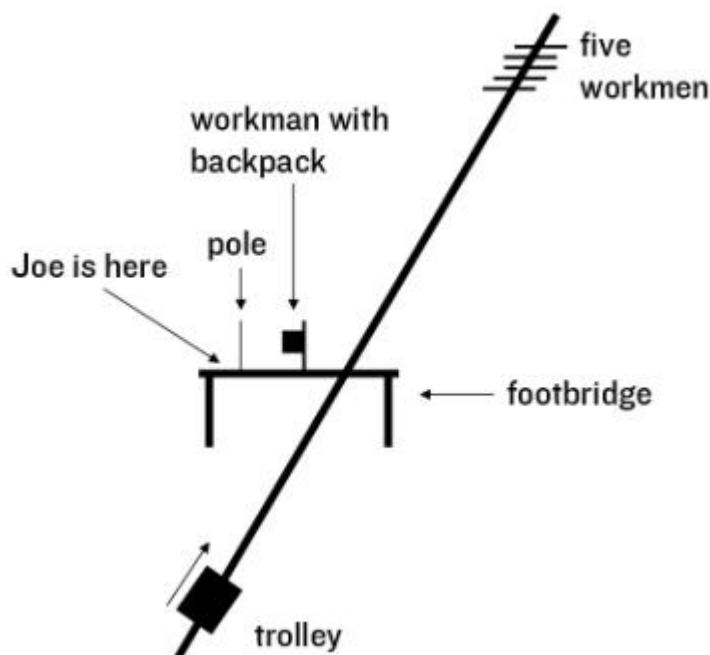
Ocorre que, na versão original do *footbridge case*, mais do que o contato pessoal, o que ocorre é realmente um *empurrão*, ou seja, a *aplicação de força muscular* contra a vítima. Assim, é preciso saber em que medida importa *tocar* ou *aplicar força muscular sem tocar* o funcionário.

Conduziu-se então outro estudo com uma nova alteração da versão original. Aqui, o agente não toca no funcionário, mas *empurra-o com um bastão*. A figura 10 representa graficamente a situação:

⁵⁵³ CUSHMAN D, YOUNG L, HAUSER M. *The role of conscious reasoning and intuition in moral judgment: testing three principles of harm*, in *Psychology Science*, 2006, vol 17, issue 12, p. 1082-1089.

⁵⁵⁴ Greene, op. cit. p. 216.

Figura 10 - *Footbridge pole dilemma*⁵⁵⁵



Nesse caso, o percentual de aprovação foi semelhante ao da versão tradicional, ou seja, o relevante para o *sistema 1*, mais do que o *toque*, é a aplicação de *força pessoal* sobre uma outra pessoa, ainda que por intermédio de um objeto.

Há uma abordagem do dilema que procura relacioná-lo à máxima *kantiana* já referida de que as pessoas não devem ser tratadas como *meio*, mas sim como o fim de qualquer atividade.⁵⁵⁶

A bem da verdade, de fato, na versão original do *footbridge case*, a pessoa é realmente utilizada como um *meio* para parar o bonde, mas no *switch case*, a morte do funcionário é um *efeito colateral* da tentativa de salvar cinco vidas. Explicando melhor: ao empurrar o funcionário da ponte, o agente *usa o corpo do funcionário* como um obstáculo que impede o bonde de matar os cinco operários. Já no *switch case*, as cinco vidas são salvas pelo desvio do curso do bonde, acionado pela alavanca. A morte do funcionário é um efeito colateral desse desvio, porque ele está acidentalmente sobre os trilhos laterais. Não é, portanto, utilizado como *meio* para parar o bonde.⁵⁵⁷

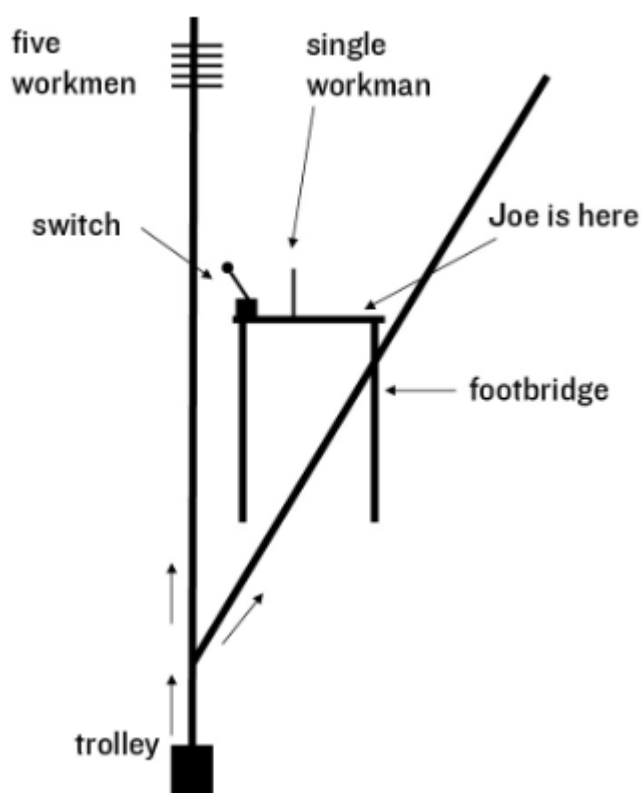
⁵⁵⁵ Idem, p. 216.

⁵⁵⁶ Antes de Kant, Tomás de Aquino trata do mesmo tema, com a mesma opinião, sob outra perspectiva. Aquino cria a doutrina do *duplo efeito*, segundo a qual é moralmente permitido que uma conduta cause um mal, inclusive a morte de alguém, como efeito colateral da promoção de um bem maior. **Verbete Doctrine of Double Effect**, in Stanford, Encyclopedia of Philosophy, disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/double-effect/>.

⁵⁵⁷ Para visualizarmos bem essa ideia, basta *retirar mentalmente* o funcionário do trilho nas duas hipóteses. No *footbridge case*, o bonde seguiria em frente e atropelaria os cinco trabalhadores. No *switch case* os cinco

Para *medir* a sensibilidade do *sistema 1* em relação a essa distinção (meio *versus* efeito colateral), estudou-se uma nova versão do dilema, chamada de *obstacle collide case*. Nesse novo enredo, o curso do bonde pode ser alterado movendo-se uma alavanca (como no *switch case*). A alavanca, o agente e o funcionário estão sobre a ponte (como no *footbridge switch case*). A diferença agora é que a ponte está sobre o trilho lateral, o funcionário encontra-se *entre o agente e a alavanca*, e a única forma de o agente alcançar a alavanca é empurrando o funcionário e derrubando-o sobre os trilhos. A figura 11 representa a nova situação:

Figura 11 - *Obstacle collide dilemma*⁵⁵⁸



Nessa versão, assim como na original, há *personalidade* na ação, mas o funcionário não é utilizado como meio. Trata-se de um misto entre o *footbridge case* (personalidade) e o *switch case* (colateralidade). O percentual de aprovação aqui foi de 81%, algo muito próximo da aprovação do *switch case* (87%), demonstrando que o *sistema 1* de fato é altamente sensível à diferença entre *meio/efeito colateral* apresentada.⁵⁵⁹

trabalhadores seria salvos.

⁵⁵⁸ GREENE, p. 219.

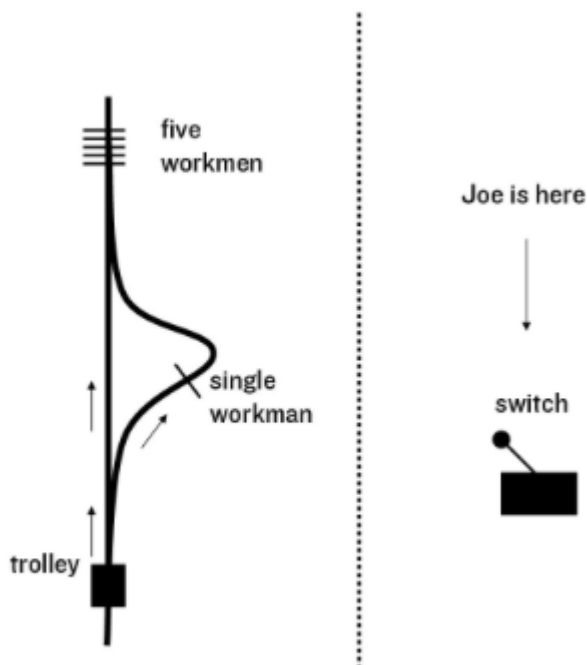
⁵⁵⁹ Idem, p. 219-220.

O resultado parece demonstrar que nossa *intuição* aponta como imoral o ato de ferir alguém como meio, mas aprova a moralidade de fazê-lo como efeito colateral de um ato de salvamento de um número maior de pessoas.

Todavia, em duas das versões aqui apresentadas (*remote footbridge case* e *footbridge switch case*), as pessoas aprovaram o ato de utilizar o funcionário como *meio* para parar o bonde, ainda que com índices de aprovação inferiores (63% e 59%, respectivamente). Esse é um dado intrigante e que coloca em dúvida nosso *apreço intuitivo* em relação ao imperativo categórico kantiano.

Uma outra versão do dilema traz ainda mais controvérsia à discussão. Trata-se do *loop case*.⁵⁶⁰ Essa hipótese é quase idêntica ao *switch case* original, com a diferença de que o acionamento da alavanca desvia o bonde para um trilho que segue paralelo ao primeiro, mas faz uma *curva* antes de voltar à trilha original, onde estão os operários. Nessa curva encontra-se o funcionário, que acaba morrendo e impedindo que o bonde volte ao trilho original onde estão os cinco operários, que acabam sendo salvos. A hipótese está representada na figura 12:

Figura 12 - Loop case⁵⁶¹



⁵⁶⁰ A intrigante versão foi novamente criada por Thomson, anos depois do *paper* original. THOMSON, Judith Jarvis. *The trolley problem*, in The Yale Law Journal, Vol. 94, No. 6 (May, 1985), pp. 1395-1415. Especificamente p. 1402-1403

⁵⁶¹ GREENE, p. 220.

Pela figura, pode-se notar que a diferença para o *switch case* original é o fato de o funcionário ser utilizado como *meio* para parar o bonde. Isso porque a alavanca desvia o curso do bonde apenas momentaneamente e, não fosse o funcionário, ele voltaria ao curso original, matando os cinco operários. Mesmo assim, 81% dos participantes aprovam a conduta do agente nesse caso, o que parece lançar ainda mais dúvidas sobre a relação *intuitiva* da nossa mente com o *imperativo categórico kantiano* em questão.⁵⁶²

Após a análise de todas essas versões em conjunto, podemos identificar *dois fatores que realmente alteram o julgamento das pessoas*: (i) a utilização de força pessoal (empurrar versus mover uma alavanca); (ii) a utilização de uma pessoa como meio para parar o bonde (morte como decorrência direta versus morte como decorrência colateral).

Todavia, a mesma análise mostra que a influência desses dois fatores é inconsistente. A força pessoal pode ou não causar reprovação (*footbridge pole* versus *obstacle collide*, respectivamente). Da mesma forma, a utilização da pessoa como *meio* pode importar ou não (*footbridge case* versus *loop case*).⁵⁶³

Green conclui que o que realmente modifica o julgamento pela ativação do *sistema 1* é a interação entre os dois fatores, ou seja, a aplicação de *força pessoal* e a utilização da pessoa como *meio*.⁵⁶⁴ A utilização de força pessoal que mata o funcionário como *efeito colateral* não é reprovável (81% de aprovação para o *obstacle collide*), bem como a utilização do funcionário como meio sem utilização de força pessoal (81% de aprovação para o *loop case*). Todavia, quando combinados os dois fatores, a reprovação é substancial (apenas 31% de aprovação para o *footbridge case* e 33% para o *footbridge pole*).

O que se conclui desses estudos é que a diferença de julgamentos para situações com resultados idênticos (*trade-off* entre a morte de um funcionário e a salvação de cinco operários) é causada pelo nível de atividade do *sistema 1*, ou seja, pela nossa intuição/instinto moral. Ao que tudo indica, todavia, o sistema é falho, porque, conquanto não haja qualquer diferença moralmente relevante entre empurrar (*footbridge*) ou mover uma manivela (*remote footbridge*) e derrubar alguém de uma ponte com o intuito de parar um bonde, o *sistema 1* responde de modo diferente à duas situações, reprovando um caso e aprovando o outro.

⁵⁶² Há outras variações do dilema cujos resultados levantam a mesma questão. GREENE, op. cit. 221.

⁵⁶³ Em um experimento, o *footbridge case* e o *switch case* foram aplicados para filósofos com PhD, divididos em dois grupos. No grupo 1, o *footbridge case* era apresentado antes do *switch case*. No grupo 2, a apresentação era invertida. Descobriu-se que, quando o *footbridge case* era apresentado após o *switch case*, o percentual de aprovação moral subia à razão de 50%. Em outras palavras, o percentual de aprovação do *footbridge case* no grupo 2 foi 50% superior ao percentual de aprovação do grupo 1. SCHWITZGEBEL, Eric e CUSHMAN, Fiery. *Expertise in Moral Reasoning? Order Effects on Moral Judgment in Professional Philosophers and Non-Philosophers*, in *Mind & Language* (2012), 27, 135-153

⁵⁶⁴ Op. cit. p. 222.

Se é assim, qual seria a explicação para o enorme corpo filosófico que rejeita a ideia de utilizar pessoas como meio para qualquer objetivo? Como explicar as diferenças valorativas entre matar alguém como meio ou como efeito colateral nos casos em que o agente sabe de antemão que a morte vai acontecer? Porque só se reprova o primeiro caso, se o resultado e as intenções são exatamente as mesmas (salvar mais pessoas, sabendo que dessa conduta decorrerá a morte de alguém)?

A hipótese sustentada é no sentido de que *as teorias são apenas racionalizações dos julgamentos intuitivos*.⁵⁶⁵ *A intuição viria primeiro (sistema 1), e seria racionalizada pelo sistema 2. Em outras palavras, o sistema reflexivo atuaria ancorado nos instintos, organizando-os de forma imperfeita e inconsistente*.⁵⁶⁶ *Não é o imperativo categórico kantiano que justifica os instintos, mas os instintos que justificam o imperativo categórico*.⁵⁶⁷

Aceita essa hipótese, resta ainda uma pergunta: de onde vêm esses instintos?

3.3.3 A raiz biológica dos instintos transformada em imperativo categórico kantiano (a teoria da miopia modular)

A *teoria da miopia modular* de Greene é fruto de uma reflexão sobre os julgamentos morais produzidos pelo *dual-process system*, fundada na forma *como nossa mente representa ações*. Em resumo, a hipótese defendida é a de que nós temos um *subsistema cognitivo* que *monitora* nossos planos comportamentais e aciona um *alarme emocional* sempre que divisamos a possibilidade de ferir fisicamente alguém. A hipótese segue para sugerir que esse *sistema de alarme é míope*, porque simplesmente *não detecta* efeitos nocivos visualizados pelo agente, atentando apenas para aqueles planejados como *meio* para atingimento do objetivo final.⁵⁶⁸

⁵⁶⁵ Tanto que as pessoas ao redor do mundo, independentemente do nível intelectual ou cultural, intuem a máxima kantiana, sem saber de que se trata de uma doutrina. Nesse sentido, HAUSER, Marc; CUSHMAN, Fiery; YOUNG, Liane; JIN, Kang-Xing e MIKHAIL, John. *A Dissociation Between Moral Judgments and Justifications*, in *Mind & Language*, Vol. 22 No. 1 February 2007, pp. 1–21: [...] *a majority of subjects failed to provide justifications that could account for their judgments. These results indicate that the principle of the double effect may be operative in our moral judgments but not open to conscious introspection*. P. 1.

⁵⁶⁶ KAHNEMAN, Daniel, op. cit. Location 2080 e sgts.

⁵⁶⁷ CUSHMAN, F. A. & GREENE, J. D., *The philosopher in the theater*. In M. Mikulincer & P. R. Shaver (Eds.), *Social psychology of morality: The origins of good and evil*. APA Press, 2011. Os autores afirmam que, da mesma forma que teorias científicas tendem a refletir as estruturas do mundo concreto, as teorias filosóficas tendem a refletir as estruturas da mente (cérebro). P. 6.

Lembramos ainda a pesquisa em que o dilema do bonde foi aplicado a doutores em filosofia. A mera ordem de apresentação dos problemas alterou o resultado. SCHWITZGEBEL, Eric e CUSHMAN, Fiery. *Expertise in Moral Reasoning? Order Effects on Moral Judgment in Professional Philosophers and Non-Philosophers*, in *Mind & Language* (2012), 27, 135-153.

⁵⁶⁸ Idem, p. 224

Esse sistema, ou módulo, é responsável por *alertar-nos* contra a prática de atos básicos de violência. Suas limitações não atingem a *cognição* dos efeitos colaterais, mas sim as *emoções* que dela decorreriam. Em outras palavras, para os efeitos nocivos colaterais, o *sistema 2* funciona perfeitamente, mas o *sistema 1* não.⁵⁶⁹

Esse *sistema cognitivo dual* existe por razões evolutivas já reveladas pela biologia e pela neurociência.

Em algum momento de sua história natural/evolutiva, o *homo sapiens* desenvolveu um importante diferencial competitivo em relação às outras espécies: a capacidade de raciocinar e planejar suas ações (*sistema 2*).⁵⁷⁰ Com isso, foi possível, por exemplo, criar estratégias mais elaboradas de sobrevivência, estabelecer objetivos de longo prazo e construir ferramentas que tornaram o homem/mulher mais forte que as demais espécies.

O *custo* desse sistema, porém, é a capacidade de premeditação de violência contra membros da própria espécie. Sem o *sistema 2*, a violência é apenas um impulso. Com esse novo sistema, ela pode ser escalada para níveis capazes de ameaçar toda a coletividade (grupo ou tribo). Como veremos mais à frente, a *capacidade cooperativa* é um diferencial evolutivo para qualquer espécie. Dentro de tribos ou famílias, atos de violência são normalmente punidos com violência (*vingança*), colocando em risco a estabilidade do grupo e abrindo a possibilidade de invasão e domínio por outras tribos ou espécies.⁵⁷¹

Exatamente para evitar essa violência desenfreada, desenvolvemos esse sistema de *alerta*. Esse *inspetor* de planejamento e ação não objeta todo e qualquer ato de violência, mas apenas aqueles que colocam em xeque a cooperação como diferencial evolutivo. Assim, o sistema *desliga*, por exemplo, quando praticamos atos violentos para nos defender, ou para atacar um inimigo.⁵⁷²

É preciso entender, todavia, por que esse sistema é míope para os efeitos nocivos colaterais às nossas ações. Em verdade, ambos os sistemas são, de certa forma, incompletos. O *sistema 2*, por exemplo, é egoísta ao extremo no planejamento de suas ações, racional quanto às perdas e ganhos de determinada situação e cego para potenciais perigos daí advindos, principalmente no longo prazo, uma vez que a *reciprocidade* não é facilmente verificável

⁵⁶⁹ Idem. Também sobre o tema: BLAIR, R. J. R. *A cognitive developmental approach to morality: investigating the psychopath*, in *Cognition*, vol 57, 1995, p. 1-29.

⁵⁷⁰ Como vimos, o *sistema 2* é uma exclusividade do *homo sapiens*. FRANKISH, Keith, op. cit. p. 914.

⁵⁷¹ Sobre o tema: NOWAK, Martin A. **Five rules for the evolution of cooperation**, disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3279745/>

⁵⁷² GREENE, p. 226.

(cognoscível) no curto prazo (como vimos, os pacientes de Antonio Damasio apresentavam sérios problemas de tomada de decisão).

Já o *sistema 1* é automático e rápido. Para isso, ele trabalha com atalhos, heurísticas e pressuposições. Confia em *pistas* imperfeitamente relacionadas àquilo que deve detectar. Funciona, por exemplo, como um alarme com sensores *infravermelhos*, instalado para a segurança dos moradores de uma casa, do qual espera-se um disparo capaz apontar a presença de um criminoso invasor da propriedade. Todavia, se um gato de rua atravessar seu raio de ação, o alarme disparará, alertando (e assustando) os moradores sem motivo relevante. Assim, o *sistema 1* oferece de maneira rápida, eficiente e imprecisa, alarmes e avisos para os potenciais perigos das ações antevistas pelo sistema 2.⁵⁷³ Mas também dispara em razão de eventos apenas *aparentemente* perigosos.

A prova do funcionamento desse sistema decorre de experimentos desenhados para *simular* sinais de violência para o *sistema 1* e, ao mesmo tempo, *informar* o *sistema 2* da inexistência de qualquer violência real. Se o *sistema modular* realmente existe e funciona de forma automática, então ele deve ser acionado mesmo quando estamos *conscientes* de que o ato violento por nós praticado é apenas uma simulação.

Para entender melhor o funcionamento do sistema de alerta, um interessante experimento foi conduzido por Cushman, Mendes e colegas.⁵⁷⁴ Nele, os participantes praticavam atos de violência simulada, conscientes dessa circunstância. Eles foram convidados a, por exemplo, esmagar bonecos, martelar a perna falsa de uma pessoa e apontar uma arma de brinquedo para alguém.

Sempre que o ato de violência simulada era praticado, o agente experimentava uma forte *constrição no sistema vascular periférico* (uma espécie de calafrio). Essa sensação não se desencadeava com a mesma intensidade quando o participante apenas assistia ao ato simulado ou quando o praticava contra objetos não assemelhados a humanos (por exemplo, quando martelavam um prego, ao invés da cabeça de uma boneca).⁵⁷⁵

⁵⁷³ Ao estudarmos a cooperação e a litigância de má-fé, veremos como esse sistema pode ser manipulado para auxiliar na promoção do comportamento cooperativo, aqui consubstanciado na proibidade da litigância.

⁵⁷⁴ CUSHMAN, Fiery; GRAY, Kurt; GAFFEY, Allison e MENDES, Wendy Berry. *Simulating Murder: the Aversion to Harmful Action*, in *Emotion*, 2012, Vol. 12, No. 1, p. 2–7

⁵⁷⁵ A figura abaixo representa os atos que os participantes foram levados a protagonizar. Os atos da primeira linha geraram contração vascular periférica bem mais intensa que os da segunda. *Idem*, p. 4

Esses resultados indicam que o *sistema I* é acionado automaticamente mesmo a partir de um sinal cuja falsidade seja conhecida do agente, desde que para frear atos pessoais de violência.⁵⁷⁶

Se por um lado o sistema dispara na presença de *falsos sinais* de violência, por que ele não é acionado para atos que possuem consequências danosas reais colaterais? Em outras palavras, porque o sistema é *cego* em relação aos efeitos colaterais?

A resposta está na forma como nosso cérebro representa ações — em forma de diversas cadeias causais — e na incapacidade de processamento simultâneo de todas elas para a produção de respostas rápidas.

Segundo John Mikhail, o cérebro humano *representa ações* em termos de *cadeias causais* planejadas, voltadas ao alcance de determinado objetivo.⁵⁷⁷ A *cadeia inicial* consiste em uma *sequência de eventos causais necessários* ao atingimento de uma específica finalidade. Por exemplo, no *switch case*, a cadeia é composta pelo movimento muscular que move as mãos do agente, causando o acionamento da alavanca, a subsequente alteração dos trilhos e o desvio do bonde, que termina por resultar na salvação dos cinco operários. Já a morte do funcionário no trilho secundário não compõe essa *cadeia causal principal*, mas sim uma cadeia adjacente (colateral).

Já no *footbridge case*, a cadeia causal principal é a seguinte: o movimento muscular do agente move suas mãos para empurrar o funcionário, causando sua queda e a parada do bonde, implicando a morte do funcionário e a preservação das cinco vidas. Não há aqui qualquer cadeia causal colateral (salvo, obviamente, o sofrimento da família e dos amigos do funcionário morto).

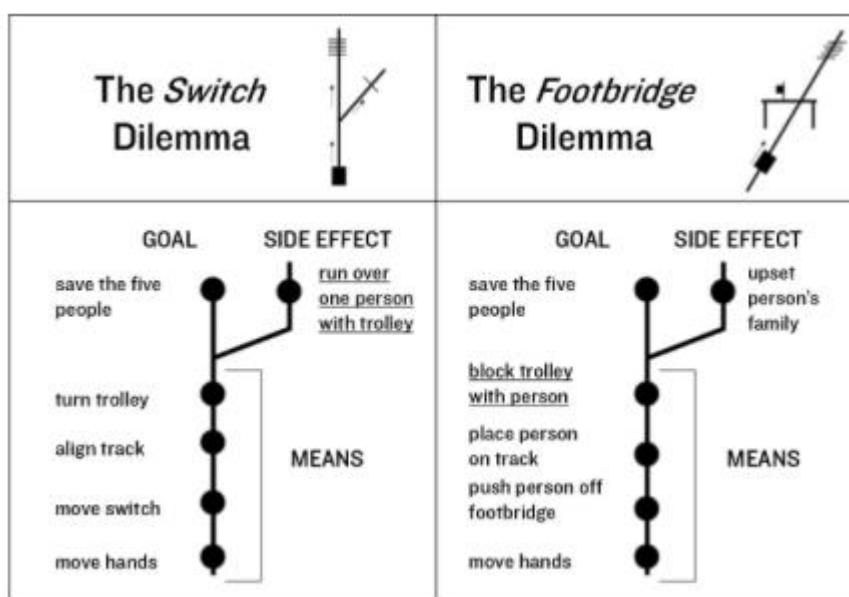


⁵⁷⁶ Idem, p. 5.

⁵⁷⁷ MIKHAIL, John, *Elements of moral cognition: Rawl's linguistic analogy and the cognitive science of moral and legal judgment*. Cambridge University Press, 2011, Kindle Edition. Location 3260 e sgts.

Qual a diferença fundamental entre as *cadeias causais principais* nos dois casos? É o fato de que a morte do agente só a compõe no segundo caso (*footbridge case*), não no primeiro. No *switch case*, a morte não é *detectada* pelo sistema modular porque ele é desenhado apenas para antecipar automaticamente os efeitos diretos, não os colaterais. Em outras palavras, o sistema automático de alarme percebe apenas *causalidades lineares*.⁵⁷⁸ A figura 13 representa as *cadeias causais principais e colaterais* dos dois casos:

Figura 13 - Cadeias causais, *Switch* e *Footbridge cases*⁵⁷⁹



Obviamente, os efeitos colaterais são conhecidos e previstos pelo agente (o sistema 2 sabe que eles existem). Ele, todavia, não os interpreta como errados, porque o sistema de alarme soa apenas para os eventos componentes da *cadeia causal de eventos necessários para atingir o objetivo* (trata-se dos eventos que compõem a *cadeia causal principal*, em linha reta nos dois exemplos da figura acima).⁵⁸⁰

Todavia, como explicar, por essa teoria, o *loop case*? Lembramos que, nesse caso, a morte do funcionário encontra-se, sem dúvida, na cadeia causal principal, assim composta: o agente movimenta os músculos para mover a mão; a mão move a alavanca; a alavanca altera a

⁵⁷⁸ MIKHAIL, John, op. cit. Location 4233 e sgts.

⁵⁷⁹ GREENE, p. 229.

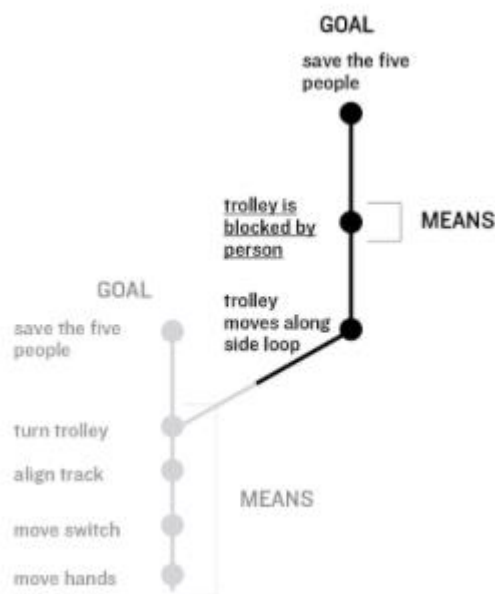
⁵⁸⁰ Para que a diferença causal fique clara, basta, mais uma vez, suprimir o funcionário do exemplo. Se ele não existisse, os cinco operários estariam salvos na figura da esquerda, mas morreriam na figura da direita. Logo, na cadeia causal da figura direita o funcionário é causa direta da preservação de cinco vidas. Em outras palavras, sua morte é o meio utilizado para salvar os operários.

trajetória do bonde para o trilho *curvo* e o bonde atropela o funcionário, matando-o e salvando a vida dos cinco operários ao impedir a volta do veículo ao trilho original.

O problema do *loop case* é que ele foi desenhado para *enganar o sistema 1*.⁵⁸¹ Conquanto tenhamos consciência de que a morte do funcionário compõe a *cadeia causal principal* (ele é um meio necessário para salvar as cinco vidas), o *sistema 1 enxerga* a hipótese de modo semelhante ao *switch case*, ou seja, ele *percebe* apenas que há um movimento muscular, um acionamento de alavanca e um desvio de trajetória que salva cinco vidas. O sistema, todavia, não soa o alarme para um efeito principal que *parece* colateral: a morte o agente. O exemplo, assim, *engana o sistema 1*.

As figuras 14 e 15 representam, respectivamente, a verdadeira cadeia causal principal do *loop case* e a cadeia causal tal como percebida pelo *sistema 1*.

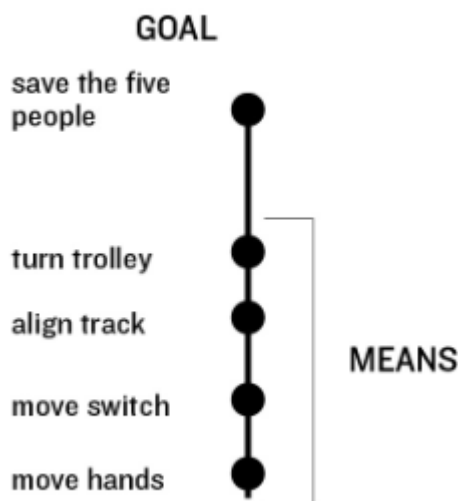
Figura 14 - Cadeia causal real do *loop case*⁵⁸²



⁵⁸¹ Greene, op. cit. p. 234.

⁵⁸² GREENE, p. 233.

Figura 15 - Cadeia causal do *loop case* tal como percebida pelo *sistema 1* (ignorando o que parece ser um efeito colateral)⁵⁸³



Uma diferença essencial entre o *footbridge case* e o *loop case* é, como vimos, o ato de empurrar alguém (*força pessoal*). É exatamente esse ato que *conecta* o alerta do *sistema 1*, trazendo o funcionário para seu radar, de modo que a cadeia causal principal possa ser detectada, ativando o alarme. Isso não ocorre no *loop case*, hipótese em que a cadeia causal fica dissimulada. Outras linhas de pesquisa demonstram que a mente tende a representar causas em termos de *forças*, robustecendo relações causais na proporção da *concretude* de um determinado cenário.⁵⁸⁴

Alguém poderia perguntar o que ocorreria então no *loop case* se, no trilho principal, houvesse apenas 1 funcionário, e no trilho curvo adjacente estivessem os cinco trabalhadores. Será que a *imperfeição do sistema 1* nos faria mover a manivela por não enxergarmos a cadeia causal *aparentemente adjacente*, induzindo-nos a trocar, tragicamente, cinco vidas por apenas uma? A resposta parece-nos negativa. É preciso lembrar que o *sistema 2*, quando funciona, sempre faz julgamentos utilitários. Ele sempre responde *positivamente* à *proposta* de trocar uma vida por cinco, mas jamais o contrário. O contrário corre apenas nos casos em que o *sistema 1* é *acionado com intensidade*, fazendo-nos agir por impulso para refrear um ato de violência que esteja na cadeia causal detectável pelo seu radar, inibindo os cálculos do *sistema 2*.⁵⁸⁵

⁵⁸³ Idem, p. 232.

⁵⁸⁴ PINKER, Steven. *The stuff of thought: language as a window into human nature*. Penguin Books, New York, 2007, Kindle Edition, p. 1.

⁵⁸⁵ Greene, op. cit. p 126.

Em todos os nossos exemplos, o agente sabe, conscientemente, que o *trade-off* proposto é o de *cinco vidas por uma*. Não fosse o *sistema 1*, essa troca sempre seria aceita. De outro lado, com ou sem *sistema 1*, a troca oposta (*uma vida por cinco*) jamais ocorreria.

Nesse ponto da nossa explicação, é importante lembrar: o *sistema 1*, dispositivo fundamental de sobrevivência da espécie humana, funciona de forma rápida e imperfeita. O *sistema 2* funciona de forma reflexiva. Mas eles não funcionam isolados. Ao contrário, eles trabalham integrados.⁵⁸⁶ Como ensina Kahneman, *juízos rápidos* são feitos apenas a partir de *informações disponíveis* (*what you see is all there is*).⁵⁸⁷ O *sistema 2* elabora rapidamente as intuições do *sistema 1*, sem necessariamente considerar todas as circunstâncias relevantes.

Uma pergunta importante: se o *sistema 2* funciona tão bem, porque não somos todos psicopatas (em outras palavras, por que não eliminamos o *sistema 1*)? Há duas razões para isso. A primeira diz para com as múltiplas funções do *sistema 1*, capaz de responder rápido e garantir nossa sobrevivência em uma série de situações dinâmicas da vida (seja na selva ao fugir de uma cobra ou na cidade ao pular para evitar um atropelamento surpresa). A segunda decorre da nossa incapacidade de calcular custos e benefícios com a rapidez ou a precisão necessária. Como o percentual de acerto do *sistema 1* é bastante razoável,⁵⁸⁸ ele leva grande vantagem em relação ao *sistema 2* no dia a dia, auxiliando inclusive na manutenção da cooperação dentro do grupo, como um diferencial evolutivo.

Mas, ainda que saibamos que o *sistema 1* é muito útil, não podemos esquecer que ele é limitado e impreciso.

*Segundo a neurociência, as limitações do alarme do sistema 1 são de três espécies*⁵⁸⁹: (i) *ele responde mais a ofensas causadas como meio do que como efeito colateral (ou seja, ofensas dolosas, intencionalmente causadas)*; (ii) *responde mais a ofensas causadas ativamente do que passivamente*; (iii) *responde mais a ofensas causadas diretamente pela força física, do que indiretamente*.⁵⁹⁰ Ou seja, o *alarme* é sensível a atos de *violência básica, prototipada*, como estapear, bater, esmagar, empurrar.

⁵⁸⁶ Essa integração, com a emoção como componente da razão, é o que diferencia a teoria de Greene (op. cit. p. 230) e de Mikhail (op. cit. location 1355).

⁵⁸⁷ KAHNEMAN, op. cit. Location 2080.

⁵⁸⁸ Idem, location 323.

⁵⁸⁹ Greene, p. 247.

⁵⁹⁰ Greene, p. 246. Isso significa também que ele responde mais ativamente a possibilidades lesivas causadas por ações do que por omissões. Pior, essa descoberta aponta que nossos alarmes funcionam muito mal quando as lesões são causadas indiretamente. Por exemplo, é certamente instintivamente mais desconfortável disparar uma arma de fogo no rosto de alguém do que apertar um botão que pode disparar um míssil à distância, matando milhares de pessoas. Nossa intuição, para falar de um problema brasileiro, é no sentido de que os crimes de colarinho branco

Nesse momento, já é possível entender por que o sistema modular de alarme é *míope*. Não seria melhor que ele enxergasse todas as cadeias causais? Não, porque, caso isso ocorresse, o sistema simplesmente *travaria*. Na vida real, ao invés das duas cadeias causais aqui estudadas de forma simplificada, existem múltiplas. Nosso cérebro não possui, ao que sabemos, capacidade cognitiva para rastrear e reagir rapidamente a tantas cadeias assim. Como um computador sobrecarregado, ele *travaria*, o que acabaria por comprometer nossa sobrevivência em situações de risco.⁵⁹¹

Um outro aspecto que *escapa do sistema 1* são os *benefícios eventualmente causados pela violência*. Em uma versão do *footbridge case*, os participantes defrontam-se com a possibilidade de *empurrar o funcionário da ponte e salvar milhares de pessoas* (imagine-se que o bonde desgovernado baterá em um paiol de pólvora, próximo a uma represa, causando uma explosão e rompendo a barragem).⁵⁹² Nesse caso, o percentual de aprovação foi a 70%. Conquanto bem mais alto que os 31% originais, ele anda é inferior à aprovação moral do *switch case* (87%).⁵⁹³

Como pode o movimento de uma manivela que mata uma pessoa para salvar cinco vidas *valer mais* do que um empurrão que mata a mesma quantidade para salvar milhões? Claramente, neste caso, o alarme do *sistema 1* foi ativado por conta do empurrão, mas foi só parcialmente compensado pelo clamor dos números altos. A magnitude dos números certamente afetou o julgamento,⁵⁹⁴ mas de forma totalmente desproporcional ao número de vidas em risco, tudo por conta do *alarme do sistema 1*. Sabemos o quanto isso soa desconfortável, mas a verdade é que os benefícios da violência no caso do paiol de pólvora não foram corretamente valorados pelas pessoas.

Um paralelo interessante entre neurociência e direito diz respeito à interpretação do art. 139, IV, do CPC/2015, especificamente no que concerne à execução/cumprimento de sentença de obrigação de pagar quantia certa. Como veremos no capítulo 10, existe grande resistência da doutrina quando se trata de permitir a aplicação de meios executivos atípicos logo após o inadimplemento do devedor (após o prazo do art. 523 do CPC/2015). As resistências aumentam

e de corrupção não geram a mesma revolta (e nem as mesmas penas) dos crimes contra a vida clássicos como, por exemplo, o homicídio, por razões semelhantes. O tema é tratado no interessantíssimo trabalho de PAHAIA, Neeru, KASSAM, Karim S; GREENE, Joshua D; BAZERMAN, Max H: *Dirty work, clean hands: The moral psychology of indirect agency*. in *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 2009. Disponível em <https://static.squarespace.com/static/54763f79e4b0c4e55ffb000c/t/5477cf3fe4b03e690d1cdfd3/1417137983763/dirty-work-clean-hands.pdf>

⁵⁹¹ Greene, o. 238-239. A metáfora do computador é nossa.

⁵⁹² PAXTON, Joseph M; UNGAR, Leo; GREENE, Joshua D. *Reflection and Reasoning in Moral Judgment*, in *Cognitive Science*, vol 36, n. 1, Jan/Feb. 2012, p. 163-177. O exemplo foi um pouco modificado por nós.

⁵⁹³ GREENE, op. cit. p. 248

⁵⁹⁴ PAXTON, op. cit. Item 1.4.

ainda mais quando se discutem quais seriam esses meios coercitivos/indutivos corretos, com ponderações claramente pendentes às garantias processuais do devedor.

Como veremos, e provaremos, a utilização de meios executivos rigorosos pode produzir alto nível de cooperação no processo, elevando sobremaneira o nível de bem-estar social. Esse efeito, todavia, é sistêmico, sendo difícil visualizá-lo de imediato.

Por outro lado, esses atos estão realmente embutidos de certa violência voltada para *uma pessoa determinada* (o devedor). Quando surgem os debates, a evidente violência individualizada, contraposta ao *benefício sistêmico e difuso*, implica um debate no qual dificilmente a frieza da *estatística* superará as cores fortes da violência individualizada (normalmente traduzidas em expressões como *processo justo* ou *devido processo legal*).

Por exemplo, o alarme acionado pela *concretude*⁵⁹⁵ do drama de um devedor que tem sua CNH ou o seu passaporte retido (*sistema 1*), possivelmente superará, no debate, os benefícios sistêmicos quase invisíveis que podem ser gerados quando se estabelece uma jurisprudência rigorosa para o cumprimento de decisões judiciais (*credible threat*).⁵⁹⁶

Essa lógica far-se-á presente ao longo de todo o nosso trabalho. *Sistema 1* e *sistema 2* desenvolveram-se e funcionam juntos. Quase a totalidade da história natural do *homo sapiens* é selvagem e pode ser vista como uma luta pela sobrevivência cotidiana, com enfrentamento de perigos fisicamente próximos e prática de atos violentos cujas consequências não iam muito além dos limites físicos de quem os perpetrava.⁵⁹⁷

⁵⁹⁵ Para usar o termo já referido de Pinker. Ocorre que, assim como números altíssimos de vidas a serem protegidas tiveram algum impacto na aprovação do *footbridge case* (quando ele está prestes a romper a barragem), também o cenário de tragédia da justiça, e principalmente da execução no Brasil, começa a abrir espaço para uma postura mais pragmática da doutrina e da jurisprudência.

⁵⁹⁶ Como veremos na aplicação da teoria dos jogos à execução, a ameaça crível (ou *credible threat*) é necessária para que as partes alterem suas estratégias em um determinado jogo, passando, muitas vezes, a adotar uma postura cooperativa. No caso específico do cumprimento de sentença que condena no pagamento de quantia certa, a ideia cooperativa por excelência é o cumprimento da sentença no prazo do art. 523 do CPC/2015. O que buscaremos provar é que, a promessa de uma execução rigorosa altera o comportamento das partes desde o início do processo, podendo até mesmo evitá-lo.

⁵⁹⁷ O gráfico abaixo mostra que o desenvolvimento das potencialidades do *homo sapiens* foi estável por milhares de anos, sofrendo uma guinada apenas recentemente, mais especificamente após a revolução industrial. MORRIS, Ian. *Why the west rules - for now: the patterns of history and what they reveal about the future*, Farrar, Straus and Giroux, New York, Kindle edition, location 2638.

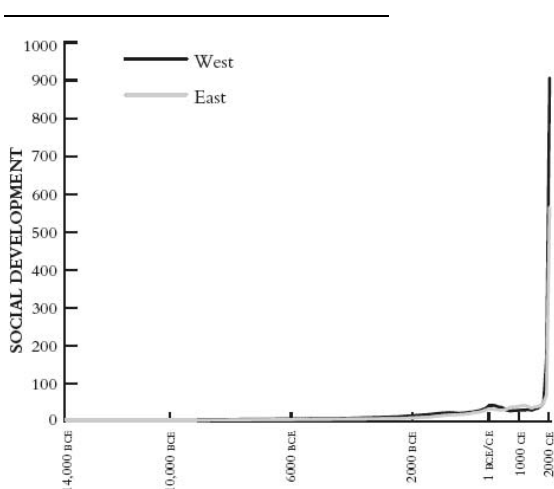
Obviamente, a partir do momento em que não somos mais selvagens e criamos sociedades desenvolvidas e globalizadas, nós aprimoramos nossas ferramentas e temos cada vez mais tecnologia para *medir os custos e benefícios de nossas escolhas*. Os atos potencialmente mais violentos (nocivos e perigosos) de hoje decorrem do aperto de um botão de disparo atômico ou do desvio silencioso ilícito de recursos públicos, e não de uma agressão a uma pessoa próxima.⁵⁹⁸

A busca adequada do bem comum, por sua vez, depende do desenho de políticas públicas pensadas *ex ante* para beneficiar o maior número de pessoas, sendo mesmo inevitável que, *ex post*, algumas delas sejam prejudicadas.⁵⁹⁹

É na ponderação consciente entre custos e benefícios, jamais perdendo de vista os vieses e heurísticas causados pelo *dual process mode*, que o Estado pode maximizar seu papel de gerador de bem-estar social.

O mesmo vale para os desenhos que geram incentivos para posturas cooperativas no processo. A construção de um sistema eficiente de justiça civil deve ser pensada prioritariamente *ex ante*, ainda que nosso alarme possa soar para consequências desconfortáveis *ex post*. É na conjugação dos dois momentos, com olhos voltados à busca do resultado final, que estruturamos comportamentos cooperativos.

É exatamente na seara da confecção de políticas públicas, iluminada pela descoberta dessa forma *dual* de pensar e de como realizamos nossos juízos morais, que surge a *atualização* da filosofia utilitarista, chamada por alguns de *pragmatismo profundo*.⁶⁰⁰



⁵⁹⁸ Obviamente não estamos defendendo as agressões pessoais, que continuam sendo abomináveis. O que pretendemos é apontar para a insuficiência do *alarme mental automático* quando se trata de lidar com atos nocivos impeciosos, cada vez mais comuns na era da tecnologia avançada.

⁵⁹⁹ A contraposição de custos e benefícios de *desenhos processuais* 'ex ante' e 'ex post' será uma constante deste trabalho, mas está mais bem desenvolvida no capítulo 10.

⁶⁰⁰ GREENE, op. cit. p. 289 e sgts.

3.3.4 Pragmatismo profundo e políticas públicas: como debater questões difíceis, inclusive em direito processual civil

Como procuramos demonstrar, a *neurociência da moralidade* alerta que, conquanto importantíssimas, as intuições do *sistema 1* não devem ser elevadas à condição de princípios categóricos, inviabilizando a ponderação entre custos e benefícios de atos *a priori* violentos.⁶⁰¹

Nossa indisposição ao uso de *força pessoal*, à colocação do ser humano como *meio causal primário* ou às *condutas ativas violentas* não implica que esses atos sejam intrinsecamente ruins, independentemente de suas consequências, mas sim que nosso *sistema 1*, dentro de suas limitações cognitivas, elegeu as formas mais básicas, perceptíveis e evidentes de violência para emitir um alerta, auxiliando na tomada de decisões rápidas. Trata-se um importante diferencial evolutivo.

Obviamente, esse desvendamento da forma de funcionamento do cérebro (*dual process model*) tem impactos diretos em questões absolutamente sensíveis, como tortura, pena de morte, prisão perpétua, guerras, aborto e outras. Isso não significa, todavia, que sejamos favoráveis a todas elas. Existem boas razões *utilitaristas* para oposição e defesa de algumas delas e a resposta, no final do dia, depende sempre de uma ponderação entre custos e benefícios.

O problema é que a mesma *cegueira* que não permite enxergar determinados benefícios derivados de atos aparentemente violentos também esconde os malefícios de posturas e políticas aparentemente inofensivas, como aquelas que atacam o meio ambiente, por exemplo, ou que tratam as pessoas de forma desigual sem qualquer motivo, como os casos de corrupção e favorecimento pessoal, claramente subvalorizados pelo sistema penal quando comparados com crimes violentos clássicos, como o homicídio ou o latrocínio.

O mesmo ocorre no sistema processual. Como veremos no capítulo 5, seção 5.5, quase todas as abordagens do devido processo legal (ao menos em países de *civil law*), partem de princípios semiabsolutos de justiça, atrelados a garantias fundamentais a serem preservadas a qualquer custo, ainda que esse custo seja uma ineficiência sistêmica e uma tragédia não cooperativa que prejudique toda a sociedade. Como veremos ao longo de todo o nosso estudo, contraditório, ampla defesa e outras derivações do devido processo legal são importantes não porque têm valor absoluto, mas sim pela sua contribuição para que o sistema de justiça funcione

⁶⁰¹ GREENE, J.D. (2017) **The Rat-a-gorical Imperative: Moral Intuition and the Limits of Affective Learning.** **Cognition.** Texto ainda não publicado. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/54763f79e4b0c4e55ffb000c/t/594d6a53a5790aaf1207eb76/1498245716080/greene-rat-a-gorical-cogn-17.pdf>

de modo mais efetivo, trazendo o maior conforto e bem-estar possível para o maior número de pessoas.

A *neurociência da moralidade* vai longe, discutindo de forma profundamente pragmática diversos *temas difíceis*, muitas vezes sem conclusão definitiva. A ponderação entre custos e benefícios, de forma sistêmica, como exige-se no esboço de políticas públicas, é certamente uma tarefa árdua. Há, dentro dessa filosofia, discussões interessantíssimas sobre o que é bom, o que é felicidade, como ela pode ser medida, qual o valor da liberdade e da democracia, além de muitas outras questões.

Para os limites deste trabalho, todavia, basta lembrarmos de como funciona nosso cérebro e de onde vêm nossas intuições morais. Posto isso, é necessário que não se lhes dê, *a priori*, valor absoluto, buscando-se sempre uma ponderação possível entre custos e benefícios, principalmente quando se trata de buscar os melhores desenhos processuais, de *lege ferenda* ou *de lege lata*.

Na construção do *devido processo legal* não há, obviamente, solução mágica. Uma abordagem pragmática, todavia, jamais rejeitará qualquer hipótese *por princípio*. Dentro da premissa do Estado Democrático de Direito, a jurisprudência só pode ser discutida nos limites da lei, mas a hermenêutica deve ser, dentro do possível, preservada de nossos impulsos ideológicos dissociados da efetiva busca do bem-estar social.

Uma das premissas do pragmatismo profundo é a de que a dificuldade de resolver *questões difíceis* decorre do fato de que cada *tribo* (aqui incluídos grupos sociais, países, etnias e culturas) possui seus próprios instintos de *certo e errado*, ou seja, suas *configurações específicas do sistema 1*, forjadas por cultura, meio ambiente, religião e experiências de vida.⁶⁰² Discussões sobre o valor intrínseco dessas questões, portanto, tendem apenas a aprofundar as diferenças.⁶⁰³ A única solução, portanto, seria estabelecer uma *moeda comum*, uma espécie de *medidor metamoral* para buscar soluções de consenso. Para Greene, e para qualquer utilitarista, essa moeda é a felicidade, pelo simples fato de que, independentemente de nossas convicções morais, todos queremos ser felizes.⁶⁰⁴

⁶⁰² GREENE, p. 291. Experimento recente demonstrou divergências na moralidade ao longo de culturas bastante diferentes, que conferem graus diferentes à importância da intenção por detrás das ações (*moral intent hypothesis*). Em sociedades menores, os padrões são bem mais variáveis do que em sociedades industrializadas. BARRETT, H. Clark et. al. *Small-scale societies exhibit fundamental variation in the role of intentions in moral judgment*. In PNAS, April, 2016, vol. 113 n. 17.

⁶⁰³ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2003, p. 143-154.

⁶⁰⁴ GREENE, p. 291. MILL, John Stuart, op. cit. p. 6-26.

O que diferencia o *pragmatismo* do *pragmatismo profundo* é a intensão explícita de deixar de lado as diferenças intrínsecas de julgamento para questões difíceis e trabalhar a felicidade como *bússola moral* a guiar essas discussões.⁶⁰⁵

Segundo Greene, o segredo do pragmatismo é utilizar a *forma correta de pensar para o tipo correto de problema. Para problemas básicos do dia a dia, o sistema 1 funciona muito bem. Para problemas mais complexos, aí incluído o desenho de políticas públicas, é o sistema 2 que tem de ser preponderantemente utilizado.*⁶⁰⁶

A *ideia básica* é: quando os interesses dos envolvidos conflitarem, utilizar o modo manual de pensar.⁶⁰⁷ A *dificuldade básica* é: como alterar a forma de pensar do modo automático para o modo manual?

Segundo Botvinick e March,⁶⁰⁸ o cérebro resolve esse problema utilizando um *monitoramento de conflito*, que funciona em uma estrutura chamada *córtex cingulado anterior* (*anterior cingulate cortex – ACC*). A estrutura é ativada sempre que respostas incompatíveis aparecem simultaneamente⁶⁰⁹ emitindo um sinal para o *DLPFC* (*dorso lateral, sistema 2*) que *ativa* o modo manual. Comprovadamente, dilemas morais difíceis, quando discutidos, ativam tanto o ACC quanto o DLPFC.⁶¹⁰

Quando se debatem temas controvertidos (aí certamente incluídas controvérsias jurídicas e processuais), nosso primeiro impulso é argumentar a partir do que julgamos correto. O pragmatismo profundo propõe que se deixem de lado as preconcepções e que haja um engajamento colaborativo na busca da solução capaz de maximizar o bem-estar social. Note-se que o pragmatismo não *ensina* qual o exato caminho a ser percorrido, mas pressupõe que problemas difíceis são encaminhados a partir de argumentos concretos, dados e pesquisas.⁶¹¹

⁶⁰⁵ GREENE, p. 292.

⁶⁰⁶ Idem.

⁶⁰⁷ Idem, p. 293.

⁶⁰⁸ BOTVINICK, Matthew M; MARCH, Deana M; BRAVE, Todd S; CARTER, Cameron S; COHEN, Jonathan D., *Conflict Monitoring and Cognitive Control*, in Psychological Review, 2001, vol 108, No 3, p. 624-652.

⁶⁰⁹ Como quando a palavra *vermelho* aparece escrita em verde, como vimos no *color-naming Stroop task*

⁶¹⁰ GREENE, Joshua D; NYSTROM, Leight E; ENGELL, Andrew D; DARLEY, John M; COHEN, Johantan D. *The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment*, in Neuron, Vol. 44, 389–400, October 14, 2004. CUSHMAN, Fiery, MURRAY, Dylan, GORDON-MCKEON, Shauna, WHARTON, Sophie, GREENE, Joshua D. *Judgment before principle: engagement of the frontoparietal control network in condemning harms of omission*, in, *Social Cognitive and Affective Neuroscience*, November, 2011

⁶¹¹ Nada muito diferente do que sempre alertava Barbosa Moreira, quando comentava da dificuldade de discutirem-se alterações processuais sem pesquisa empírica. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva*, in *Temas de Direito Processual Civil*, Sexta série, 1997, p. 81 e segs.

É preciso fugir daquilo que Rozemblid e Keil identificaram como *the illusion of explanatory depth*.⁶¹² Significa que, por uma questão de *conforto cognitivo*,⁶¹³ as pessoas imaginam entender profundamente aquilo que elas sequer compreendem. Trata-se de uma derivação do *viés de otimismo*, que atinge inclusive especialistas na matéria da discussão provocadora da ilusão de entendimento.⁶¹⁴

Por exemplo, quando se discutem os recortes dos princípios do devido processo legal e da cooperação, são comuns as referências à legitimação pela participação, à dignidade da pessoa humana e à busca da verdade no processo. Mas até que ponto cada uma das características do devido processo legal e dos chamados *deveres cooperativos* realmente colabora no alcance desses objetivos? Quais são as consequências positivas e negativas de um determinado modelo de processo? Como calcular os custos envolvidos e em que medida isso impacta no bem-estar social? Com veremos, esses temas são pouco discutidos, não só no Brasil, mas na maioria dos países de tradição europeia continental.

Greene sustenta que, nas discussões sobre temas difíceis, há uma confusão entre razão e racionalização.⁶¹⁵ Razão seria algo que se busca com pesquisas e argumentos concretos. Já a *racionalização* estaria mais para um adorno teórico que moldura nossos instintos. Algo muito próximo do que os neurocientistas chamam de *confabulação* (*confabulation*).⁶¹⁶

O ponto do pragmatismo profundo permanece: se os desacordos sobre questões difíceis decorrem de diferenças no *sistema I* herdadas de experiências nossas ou de nossos antepassados, qualquer discussão ancorada nessas intuições tende ao fracasso.⁶¹⁷ O *sistema I* é, nesse sentido, *cognitivamente impenetrável*.⁶¹⁸ Qualquer avanço interlocutório tem de ser

⁶¹² Nas palavras dos autores: “*People feel they understand complex phenomena with far greater precision, coherence, and depth than they really do; they are subject to an illusion—an illusion of explanatory depth. The illusion is far stronger for explanatory knowledge than many other kinds of knowledge, such as that for facts, procedures or narratives.*” ROZENBLIT, Leonid and KEIL, Frank. *The misunderstood limits of folk science: an illusion of explanatory depth*. In *Cognitive Science*, 2002 Sep 1; 26(5): p. 521–562.

⁶¹³ KAHNEMAN, Daniel, op. cit. Location 940 e sgts.

⁶¹⁴ KAHNEMAN, Daniel, Location 3923 e sgts.

⁶¹⁵ Op. cit. p. 302-309.

⁶¹⁶ Pacientes com danos cerebrais como amnésia ou desconexão dos hemisférios (*split-brain*) - tendem a criar enredos fidedignos para preencher os evidentes espaços mentais. Note-se que o dano mental não cria a capacidade de confabulação. Todos nós somos confabuladores (GREENE, 299), e, em uma discussão de política pública, isso deve ser levado bastante sério. O equivalente moral da confabulação é a racionalização (GREENE, op. cit. p. 300), uma roupagem teórica para os nossos instintos. STUSS DT, ALEXANDER MP, LIEBERMAN A, LEVINE H. *An extraordinary form of confabulation*, in *Neurology*. 1978 Nov;28(11):p. 1166-72. Sobre pacientes com *split-brain*: GAZZANIGA, Michael, *One Brain or two? The split brain in man*. In *Scientific American*, 217 (2), 24-29.

⁶¹⁷ Esse é um forte argumento para a visão pragmática schumpeteriana, defendida por Posner em *Law, Pragmatism and democracy*, op. cit. O tema será aprofundado no capítulo seguinte.

⁶¹⁸ Greene, op. cit. p. 303.

guiado por reflexões típicas do *sistema 2*, ou seja, aquelas capazes de promover o maior bem-estar possível entre os envolvidos.⁶¹⁹

No trato específico do direito processual, suspeitamos que posições peremptórias sobre temas difíceis, fundadas em dogmas impenetráveis que não encontram um amparo explícito na Constituição Federal, trajam as *vestes do sistema 1*.

Veja-se, por exemplo, o tema da vinculação das cortes inferiores aos precedentes estabelecidos pelas Cortes Superiores, na forma do art. 926 do CPC/2015. Deixemos provisoriamente de lado aspectos mais técnicos que serão tratados em capítulo próprio.⁶²⁰ Afora nuances, não há norma explícita na Constituição Federal que torne inconstitucionais os precedentes apontados pelo CPC/2015 como obrigatórios. Não estamos afirmando que não seja possível tecer argumentos pela inconstitucionalidade da obrigatoriedade do respeito aos precedentes, ou mesmo discutir qual é o grupo de precedentes obrigatórios e ou vinculantes. Essa é, no fim do dia, uma questão de interpretação da norma constitucional. E o diabo reside exatamente nesse ponto.

Nesse tipo de discussão, o *sistema 2* ancora sua racionalização em determinados valores fornecidos pelo *sistema 1*, criando-se um debate que deixa de lado o que verdadeiramente importa: o bom funcionamento do sistema judicial, de acordo com as circunstâncias brasileiras. Quais os problemas e virtudes do sistema de justiça brasileiro? Quais os benefícios concretos da adoção de um sistema de precedentes vinculantes? Quais os possíveis malefícios? Entre prós e contras, no geral, a adoção implicaria um sistema mais eficiente para a sociedade como um todo?

Essas perguntas, para serem respondidas, precisam necessariamente do aporte de outras ciências, como a economia, a psicologia e a sociologia, além de pesquisas empíricas. Mais do que isso, essa resposta pode mudar ao longo do tempo, de acordo com as circunstâncias. Não há uma *resposta de fé* para esse tipo de questão. Qualquer princípio absoluto de direito processual do qual *não se arrede pé* parece mais um escudo para as racionalizações dos instintos do *sistema 1* do que um argumento consistente.⁶²¹

Em outras palavras: nas discussões difíceis de direito processual, argumentos *exclusivamente* valorativos ou principiológicos são um *passé livre intelectual*, um atalho preguiçoso e, por vezes, autoritário, que simplesmente deixa de lado o que realmente importa:

⁶¹⁹ Para um exemplo sobre as dificuldades desse caminho, e como ele pode ser percorrido, ver discussão a respeito da possibilidade de aborto em GREENE, op. cit. p. 309 e sgts.

⁶²⁰ Capítulo 6, seção 6.6.2.3.2; seção 6.6.2.3.2.1.

⁶²¹ Sobre direitos como escudos e armas, para o bem e para o mal, GREENE, op. cit. p. 306-309.

a realidade. Pessoas não vivem argumentos. Vivem a vida. O que define a correção de um posicionamento sobre uma questão difícil é, em última instância, uma questão empírica.

Por outro lado, o *pragmatismo profundo* reserva aos *direitos* um papel fundamental na sociedade: conferir segurança para temas que estejam mais ou menos assentados, não porque sejam verdades universais, mas porque, por razões práticas, os membros daquela determinada sociedade concordam com a solução e não estão dispostos a discuti-la a todo instante.⁶²² Nesses casos, o risco de a escolha protegida com um direito ser incorreta é menor do que o risco de não haver uma firme resolução a respeito.

Todavia, nos temas difíceis, para os quais não haja norma escrita ou jurisprudencial clara, o debate deve centrar-se na pesquisa dos benefícios e dos malefícios daquele posicionamento para a sociedade. Nem sempre isso será possível, mas o esforço nunca será em vão. Durante o caminho, surge o aprendizado e, com ele, vêm as alternativas.⁶²³

Essa será a abordagem que procuraremos dar aos temas difíceis de direito processual discutido neste trabalho. Uma abordagem pragmática, voltada à criação de incentivos cooperativos para a busca de um sistema de justiça civil capaz de entregar tutelas justas, efetivas e em prazo razoável, afastadas concepções absolutas de justiça, que são fruto do automatismo do *sistema 1*.

⁶²² Greene, op. cit. p. 306 e sgts.

⁶²³ O Aborto, por exemplo, é uma questão problemática, que não se resolve apelando para direitos. Quando isso ocorre, eterniza-se a contraposição entre direito à vida e direito à liberdade de escolha. Mas se alguém levantar questões envolvendo eugenia, em pleno século XXI, é razoável que se apele para direitos humanos. O custo social dessa discussão simplesmente não se justifica, porque há um consenso razoável pela impossibilidade. Problema resolvido, escudado por um direito à vida, à dignidade ou ao que quer que seja. O sistema 2 não entra em cena para esses casos. O mesmo vale para a escravidão e para o que mais se convencione.

4 A COOPERAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: LEI E DOUTRINA EM CAMINHOS DIVERGENTES

Neste capítulo, descreveremos as reflexões doutrinárias sobre a cooperação no processo civil brasileiro. Veremos que a doutrina identifica a *cooperação* como um pressuposto do *modelo cooperativo de justiça civil*. Nesse modelo, o devido processo legal encarta os princípios da boa-fé e da cooperação, principais receptáculos normativos da exigência de comportamento cooperativo de todos os sujeitos processuais.

Nesse *modelo cooperativo de processo civil*, a doutrina aloca o princípio da cooperação como um subprincípio do princípio da boa-fé, que, por sua vez, seria um subprincípio de uma versão do devido processo legal modernizada pelo princípio do contraditório como direito de influência. Dessa versão do princípio do devido processo legal retiram-se determinados deveres cooperativos que pouco se relacionam com os objetivos que, segundo o art. 6º do CPC/2015, devem ser buscados pelo comportamento cooperativo dos sujeitos processuais.

4.1 Cooperação como modelo e como princípio de processo civil

O número de autores brasileiros que discorreram sobre cooperação no processo civil conta-se às *dezenas*, incluindo-se aí diversos trabalhos monográficos.⁶²⁴ Acreditamos que as razões para esse volume estejam principalmente na introdução formal da norma cooperativa no CPC/2015. Alguns desses trabalhos, todavia, precedem o código.⁶²⁵ Nesse caso, o estudo do

⁶²⁴ Ver nota seguinte.

⁶²⁵ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira é uma espécie de precursor do estudo do tema, dado que sobre ele debruçou-se mesmo antes das discussões que antecederam o anteprojeto projeto do CPC/2015. O autor defendia que a ideia de que a cooperação implicava ao mesmo tempo um juiz ativo e partes com poderes fortalecidos, que participam de forma leal na formação da decisão judicial, por meio da divisão do trabalho e um diálogo permanente. Seu foco é o respeito à dignidade humana e ao princípio do contraditório, cuja efetividade significa o concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz. Daí surgem algumas decorrências práticas, como, por exemplo, o exercício conjunto da atividade probatória pelo juiz e pelas partes, mas jamais sem substituição das últimas pelo primeiro (p. 72-73). Instrumentalizada por meio dos princípios processuais, a cooperação é, no fim do dia, uma proteção das partes contra o arbítrio do Estado (p. 79). (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, n. 90, p. 55-84, 2003). Da mesma forma, e como quase sempre, José Carlos Barbosa Moreira lançou suas preocupações sobre a divisão de trabalho no processo em um conjunto de artigos publicados ainda na 4ª série de seus “Temas de direito processual”. São eles: *O problema da “divisão de trabalho” entre o juiz e as partes: aspectos terminológicos; Os poderes do juiz na direção e instrução do processo; Sobre a “participação” do juiz no processo civil*, todos publicados em: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. São Paulo, Saraiva, 1989. [4. Série]. Também a saudosa prof. Ada Pellegrini Grinover de há muito abordou o assunto em GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e “par condicio” na ótica do processo e estrutura cooperatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1986, p. 1-22.

direito comparado, principalmente o português e o alemão,⁶²⁶ parece ser a fonte principal dos trabalhos sobre o tema.

Como veremos, nenhum desses estudos aborda a cooperação com a amplitude e a interdisciplinaridade aqui propostas. Posto que notáveis, esses trabalhos buscam, via de regra: (i) justificações para o modelo cooperativo e para o princípio da cooperação; (ii) uma natureza normativa; (iii) uma definição de conteúdo; (iv) a identificação de determinadas consequências práticas do modelo e do princípio.

A cooperação é normalmente tratada como um princípio encartado em um *modelo* de processo civil, o chamado *modelo cooperativo*.⁶²⁷ A maioria dos autores busca um reposicionamento de protagonismo dos atores processuais, propondo uma nova divisão de trabalho na qual as partes e o juiz atuam em pé de igualdade na condução do processo.⁶²⁸ Se há uma palavra presente na maioria dos trabalhos e que parece definir esse modelo, esse termo é

⁶²⁶ GREGER, autor alemão e juiz do *Bundesgerichtshof*, identifica o dever cooperativo em vários artigos da ZPO, mas pugna pela necessidade de reconhecimento de um princípio da cooperação que integre o sistema e possibilite a solução de problemas não regulados pela legislação. Afirma ainda que as recentes reformas do direito inglês colocaram o processo britânico à frente do alemão no que diz respeito ao ideal cooperativo, principalmente por darem relevo ao *case management*, no qual, em processos importantes, parte e juiz buscam, juntos, os desenhos processuais mais adequados. GREGER, Reinhard; *Cooperação como princípio processual*. Tradução Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**, v. 206, p. 123-134, 2012. Em estudo útil e completo, principalmente para os que não dominam ou não estão familiarizados com o direito alemão, Kochem apresenta resumo sobre o histórico do princípio da cooperação naquele país (*Kooperationsmaxime*). Estudando a evolução do tema na obra de diversos autores desde 1972, fica claro que, em terras germânicas, a cooperação surge da interação entre os modelos dispositivo e inquisitivo de processo, que, por sua vez, teriam o protagonismo atrelado, respectivamente, ao modelo de Estado liberal e ao modelo social. Obviamente, no modelo liberal/dispositivo o protagonismo das partes seria maior, invertendo-se essa tendência no modelo social, quando emergem os poderes do juiz. A cooperação surge exatamente para balancear esses dois extremos, favorecendo a ideia de diálogo entre juiz e partes na condução do processo, bem como na definição dos fatos e do direito posto a julgamento. KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (*Kooperationsmaxime*). **Revista de Processo**, v. 251, p. 75-111, 2016. No âmbito do direito português é muito importante o trabalho de Fredie Didier Jr., cuja monografia de pós-doutorado versou exatamente sobre esse tema. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentação do princípio da cooperação no direito processual civil português**. Coimbra: Coimbra, 2010. Dos autores portugueses, pela precisão e importância, citamos, por todos, a obra de Miguel Teixeira de Sousa. TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

⁶²⁷ Parece ser esse o posicionamento dominante. Veja-se: (DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, p. 213-226, 2011). Mitidiero deixa claro tratar-se a cooperação de um princípio e de um modelo de processo civil. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 21-106; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck*. **Revista de Processo**, v. 194, p. 55-68, 2016. No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, v. 219, p. 89-114, 2013).

⁶²⁸ Fala-se em comunidade de trabalho, ideia forjada na doutrina alemã. Alguns autores defendem que, mesmo na fase decisória, o processo estrutura-se de modo simétrico, evitando-se o chamado *decisionismo*, decorrente do protagonismo judicial que normalmente ocorre nessa fase. Nesse sentido, THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 67-82; NUNES, Dierle. **Processo judicial democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 201-260; STRECK, Lênio; DELFINO, Lúcio. Op. cit.

diálogo,⁶²⁹ e, logo, se há um princípio processual clássico que ganha realce com o *modelo cooperativo*, esse princípio é o *contraditório*.⁶³⁰

Assim, o modelo cooperativo criaria, na linha do direito processual português, *novos* deveres para o magistrado, quais sejam: (i) dever de esclarecimento, (ii) dever de consulta (ou diálogo), (iii) dever de prevenção; (iv) dever de auxílio.⁶³¹

O dever de esclarecimento consiste na necessidade de o magistrado, no caso de dúvidas sobre as alegações das partes, determinar esclarecimento antes de adotar a medida prevista em lei para o ilícito processual.⁶³² O dever de consulta implica a garantia ao contraditório prévio à tomada de decisão.⁶³³ Já o dever de prevenção impõe ao magistrado o dever de apontar as

⁶²⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit., p. 62; MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 105; DIDIER JUNIOR, **Fundamentos...** Op. cit., p. 53.

⁶³⁰ Nesse sentido, Fredie Didier Jr., para quem a cooperação é um princípio que informa e qualifica o princípio do contraditório. (DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, v. 127, p. 75-79, 2005). Em outra obra, o autor prossegue: “Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual [...] O contraditório volta a ser valorizado [...]” DIDIER JUNIOR, **Fundamentos...** Op. cit., p. 46. E ainda: GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 172, p. 32-53, 2009; CABRAL, O contraditório como dever e a boa-fé objetiva. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, n. 126, 2005.

⁶³¹ TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel, **Estudos sobre o novo processo civil**. 2 ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65; MITIDIERO, Daniel, Op. cit., p. 98. Alguns autores, como Didier (Op. cit., p. 75-76), reagrupam esses deveres em apenas três: (i) o dever de esclarecimento, que consiste na necessidade de o magistrado, no caso de dúvidas sobre as alegações das partes, providenciar o esclarecimento da parte envolvida antes de adotar a medida prevista em lei para o ilícito processual; (ii) o dever de consulta, consistente na garantia ao contraditório prévio à tomada de decisão; (iii) dever de prevenção, que impõe ao magistrado a obrigação de apontar as deficiências das postulações das partes, indicando a providência jurisdicional adequada e conferindo a oportunidade de correção. Em verdade, a estruturação desses deveres cooperativos decorre de uma muito bem-vinda extensão da doutrina de direito civil a respeito da boa-fé objetiva, impulsionada pela jurisprudência alemã, que acabou iluminando todos os ramos do direito, inclusive o processo civil. Uma das principais consequências da doutrina da boa-fé é o surgimento de deveres diversos do dever principal decorrente de determinada relação jurídica. Dentro desses deveres estão os chamados *deveres anexos da prestação*, que são pressupostos na vontade dos contratantes (implícitos e sempre presentes, portanto) e que criam as condições necessárias para que a prestação seja cumprida sem danos para o credor desnecessários ao credor ou sacrifícios excessivos ao devedor. São esses os *devedores cooperativos*, divididos em deveres de *esclarecimento*, *lealdade* e *proteção*. Como são implícitos e dependem da chamada *materialidade subjacente*, têm como característica a *atipicidade*. Ainda assim, podem ser divididos em três grupos: deveres de *esclarecimento*; deveres de *lealdade*; e deveres de *proteção*. É exatamente essa a matriz dos atuais *deveres* que preenchem o conteúdo do princípio da cooperação no processo civil. Sobre o tema: DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos...** Op. cit., p. 81-82; p. 99-100, e, ainda, CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 603-616. Sobre esses deveres acessórios, afirma Menezes Cordeiro (Op. cit., p. 603-606): “Os deveres acessórios de proteção [...] consideram que [...] as partes, enquanto perdure um fenómeno contratual, estão ligadas a evitar que [...] sejam infligidos danos mútuos nas suas pessoas ou nos seus patrimónios [...] Os deveres acessórios de esclarecimento obrigam as partes a [...] informarem-se mutuamente de todos os aspectos atinentes ao vínculo, de ocorrências que, com ele, tenham relação e, ainda, de todos os efeitos que, da execução contratual, possam advir [...] Os deveres acessórios da lealdade obrigam as partes a [...] absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por ele consignado.”

⁶³² DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, v. 127, p. 75-79, 2005, p. 75.

⁶³³ DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, v. 127, p. 75-79, 2005, p. 75.

deficiências das postulações das partes, indicando a providência jurisdicional adequada e conferindo a oportunidade de correção do feito.⁶³⁴

A positivação da cooperação como *norma fundamental de direito processual* pelo art. 6º do CPC/2015⁶³⁵ deu força aos argumentos doutrinários de que estamos diante de um novo *modelo de processo*,⁶³⁶ no qual o juiz não é nem tão protagonista quanto no modelo inquisitivo, nem tão passivo quanto no modelo dispositivo. No universo cooperativo o que existe é uma *comunidade de trabalho*,⁶³⁷ capaz de conduzir o processo simetricamente, com assimetrias pontuais apenas nos momentos em que o magistrado é chamado ao proferimento de atos decisórios,⁶³⁸ quando então surge um dever minucioso de motivação capaz de garantir o contraditório e a continuidade do diálogo.⁶³⁹

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 76.

⁶³⁵ Há muitos outros artigos do CPC/2015 que normatizam com diversas regras cada um daqueles deveres cooperativos. Assim, para o dever de esclarecimento: o poder-dever do juiz de determinar o comparecimento pessoal da parte para inquiri-la sobre fatos da causa, sem pena de confesso (art. 139, VIII); dever do juiz de intimar o autor para corrigir a petição inicial antes da decisão de indeferimento, apontando especificamente o equívoco (art. 321). Para o dever de consulta (ou diálogo): a proibição de decisões-surpresa, impondo-se ao juiz a prévia intimação à parte antes de decidir contra ela, ainda que se trate de tema ou fundamento que se possa considerar e decidir de ofício (arts. 9º, 10, 487, parágrafo único, e 493, parágrafo único); possibilidade de fixação de calendário processual (art. 191); possibilidade de saneamento compartilhado entre juiz e partes em audiência (art. 357, § 3º); fundamentação racional e legítima das decisões judiciais (art. 489, § 1º, IV). Para o dever de prevenção: dever do juiz de determinar a correção de vícios processuais antes de aplicar a consequência processual cabível (arts. 139, XI, 317, 932, parágrafo único, 1.007, §§ 2º, 4º e 7º). Para o dever de auxílio: possibilidade de o autor requerer ao juiz, quando em dificuldade, a requisição das informações necessárias ao preenchimento dos requisitos de aptidão da petição inicial (art. 319, § 1º); possibilidade de atribuição do ônus da prova a quem tenha maior facilidade de dele desincumbir-se, ou em razão da dificuldade ou impossibilidade da parte originalmente onerada (art. 373, § 1º); possibilidade de o juiz adotar as medidas necessárias ao cumprimento da decisão que determinou exibição de documento (art. 400, parágrafo único); poder do juiz de determinar ao executado ou àquele indicado pelo exequente que forneça informação relativa ao objeto da execução (art. 773, III); possibilidade de os tribunais superiores desconsiderarem vícios formais não graves para o recebimento de recursos tempestivos (art. 1.029, § 3º). Sobre o tema, MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Op. cit., p. 100. Note-se que o autor arrola o art. 1.029, § 3º, como caso de dever de prevenção, enquanto nós o enquadrámos como dever de auxílio. Por fim, ressaltamos que, para nós, um dos dispositivos mais relevantes à promoção do comportamento cooperativo é o art. 139, IV, interpretado em sua literalidade, afirmando o poder/dever do juiz de *determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária*. Voltaremos ao tema na seção 10.2.1. Didier, partindo do pressuposto de que esses deveres cooperativos estendem-se às partes, enumera exemplificativamente: (i) como dever de esclarecimento, a necessidade de os demandantes redigirem a demanda com clareza e coerência, sob pena de inépcia; (ii) como dever de lealdade, a impossibilidade de as partes litigarem de má-fé (arts. 79 a 81), além de observar o princípio da boa-fé processual (art. 5º); (iii) como dever de proteção, a impossibilidade de a parte causar danos ao adversário (punição ao atentado, art. 77, VI) e a responsabilidade do exequente na execução provisória (arts. 520, I, e 776). DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual**. ... Op. cit., p. 144.

⁶³⁶ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo Processo Civil brasileiro. **Revista do Advogado**, v. 126, p. 47-52, maio 2015.

⁶³⁷ FREITAS, José Lebre. **Introdução ao processo civil**: conceito e princípios gerais. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 168.

⁶³⁸ No modelo *comparticipativo* de processo, proposto por Dierle Nunes (Op. cit., p. 215), o processo deve ser simétrico mesmo na fase decisória.

⁶³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e processo de conhecimento**: do formalismo no processo civil. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 168.

Alguns autores estendem os deveres cooperativos às partes e a todos os participantes do processo,⁶⁴⁰ enquanto outros ressaltam que as partes não cooperam em razão da contraposição de interesses no processo.⁶⁴¹

A cooperação é tida, ainda, como uma decorrência cultural social, com pressupostos lógicos e éticos.⁶⁴² Nesse turno, observa-se uma relação quase umbilical, e um tanto nebulosa, entre cooperação e boa-fé.⁶⁴³

⁶⁴⁰ Didier é categórico nesse ponto: “[...] o processo é um feixe de relações jurídicas, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções. É por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si. Os deveres de cooperação são conteúdo de todas as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, juiz-perito, perito-autor, perito-réu, etc. Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação.” DIDIER JUNIOR, Fredie, **Curso...** Op. cit., p. 143. No mesmo sentido, FERNANDES, Jorge Luiz. **Os deveres dos sujeitos processuais no processo cooperativo – as partes devem cooperar entre si?** O novo Código de Processo Civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 152-177.

Ainda sobe o tema, DIDIER JUNIOR, Fredie ; PEIXOTO, Ravi. **O art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais:** um precedente do STJ. www.frediedidier.com.br, Editorial 191. Especificamente sobre o tema do comportamento cooperativo das partes na fase postulatória, há muito nos manifestamos nos seguintes termos: “O juiz deverá, assim, indeferir as petições genéricas, ao menos em relação aos argumentos genéricos largados na petição. Deve fazê-lo de forma expressa, evitando assim a nulidade da sentença que não os abordar, fazendo o mesmo em relação à contestação. Agindo assim, podemos afirmar, sem medo de violar o princípio do contraditório ou da motivação das decisões judiciais, que a sentença que ignorar aqueles argumentos não será nula, pois foram expressamente considerados como irrelevantes para o julgamento da causa, possibilitando às partes, inclusive, alterá-los ou contextualizá-los. Acrescentamos: petições iniciais que forem inteiramente genéricas devem ser indeferidas — após possibilidade de emenda, claro; contestações inteiramente genéricas devem implicar confissão ficta, até por violação ao ônus da impugnação especificada. Essa é, portanto, a única novidade do § 1º do art. 489: impor, como reforço das formas do processo e sob pena de reconhecimento de nulidade caso haja prejuízo, que a petição inicial, a contestação e a sentença atenham-se aos fatos subjacentes à causa, abstenendo-se de argumentos ou fundamentos abstratos ou genéricos que com ela não tenham relação explícita e fundamentada.” WOLKART, Erik Navarro. Novo código de processo civil x sistema processual civil de nulidades: xeque-mate? **Revista de Processo**, v. 250, p. 35-60, 2015, p. 41.

⁶⁴¹ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo**, v. 2, p. 83-97, 2015. Em verdade, o autor afirma que o interesse contraposto das partes não permite que colaborem entre si, mas impõe que colaborem com o juiz: “As partes não querem colaborar. A colaboração no processo que é devida no Estado Constitucional é a colaboração do juiz para com as partes. Gize-se: não se trata de colaboração entre as partes. As partes não colaboram e não devem colaborar entre si simplesmente porque obedecem a diferentes interesses no que tange à sorte do litígio. O máximo que se pode esperar é uma colaboração das partes para com o juiz no processo civil.” (p. 86). Mais à frente, aduz o autor: “O processo é presidido normalmente pela existência de interesses divergentes entre as partes. A necessidade de colaboração entre as partes, portanto, seria uma imposição no mínimo contra-intuitiva. Numa palavra: ‘ilusória’.” (p. 104-105). No mesmo sentido: PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, v. 219, p. 89-114, 2013, principalmente p. 92. Há ainda autores que focalizam a cooperação como um limite ao comportamento das partes no processo, inclusive no que respeita o contraditório. É o caso de Marcelo Pacheco Machado, que, apesar da acidez do texto, acaba identificando consequências práticas do princípio da cooperação muito parecidas com o *mainstream* da doutrina a respeito. (MACHADO, Marcelo Pacheco. Novo CPC, princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. **UOL: Jota**, abril 2015).

⁶⁴² Nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. Op. cit., p. 52-99. Para Gross, a cooperação é um princípio que tem suas bases no Estado Constitucional, pois deriva da segurança jurídica e da participação, que, por sua vez, são expressões do Estado Democrático de Direito. (GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**, v. 226, p. 115-145, 2013).

⁶⁴³ DONNINI, Rogério José Ferraz. Bona fides: do direito material ao processual. **Revista de Processo**, v. 251, p. 113-126, 2016. Segundo o autor, a cooperação relaciona-se diretamente com a boa-fé, impondo que as partes atuem no processo em colaboração, com lealdade e de forma justa. Defende que a boa-fé objetiva processual não diverge da boa-fé de direito material, pois é uma clausula geral, de modo que quaisquer atos contrários à boa-fé e

Para muitos, a norma cooperativa é uma decorrência do princípio da boa-fé no processo.⁶⁴⁴ Essa boa-fé é ressaltada em sua vertente objetiva.⁶⁴⁵ Alguns autores limitam-se a ancorar a cooperação na boa-fé, sem deixar clara a ordem de precedência ou a relação de abrangência entre uma e outra.⁶⁴⁶ Já outros alocam a boa-fé como elemento constitutivo do modelo cooperativo de processo, ou como subprincípio da cooperação.⁶⁴⁷ Por fim, há aqueles que enxergam na norma cooperativa uma regra impositiva de deveres, mas não um princípio.⁶⁴⁸

à cooperação resultam na litigância de má-fé (p. 116-117). Na mesma linha, Larissa Gaspar Tunala, para quem a boa-fé é o *parâmetro de conduta imposto aos sujeitos processuais para que as suas condutas sejam convergentes com a cooperação*. (TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório**: a proibição do ‘venire contra factum proprium’ no direito processual civil brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 146. Segundo Didier, a boa-fé processual, ao lado dos princípios do devido processo legal, do contraditório e do autorregramento da vontade das partes *serve de base* para o surgimento do princípio da cooperação. (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Op. cit., v. 1, p. 141). Note-se que o autor acrescenta o dever de lealdade no rol dos deveres cooperativos (Op. cit., p. 144). Para Mitidiero, a boa-fé é vista como um pressuposto ético do modelo cooperativo de processo civil. Nesse ponto, trata do processo cooperativo como um *devido processo leal*. (Op. cit., p. 90-91). Todavia, o autor delimita bem os deveres decorrentes do princípio da cooperação, em relação àqueles decorrentes da boa-fé. Para ele, os deveres cooperativos dizem tão somente com a nova divisão de trabalho entre partes e juiz como necessária à busca de um processo justo e efetivo, dada a *natureza interpretativa do direito*. Os deveres cooperativos não se fundem, portanto, na boa-fé, ainda que a boa-fé seja um pressuposto ético do modelo cooperativo de processo. (p. 104).

⁶⁴⁴ Nesse sentido, Lorena Miranda dos Santos Barreiros, para quem o princípio da boa-fé é *a base constitucional do princípio da cooperação*. (BARREIROS, Lorena Miranda dos Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 285-286).

⁶⁴⁵ Ainda que, obviamente, o comportamento de má-fé deva ser, com mais razão, combatido. Aliás, a proibição de agir de má-fé é uma das formas de concretização do princípio da boa-fé. (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso...** Op. cit., p. 125).

⁶⁴⁶ Veja-se o trabalho monográfico de Rafael Aulio, para quem a boa-fé (objetiva) é uma espécie de cláusula geral do processo civil e funciona como *limitador* do comportamento das partes, sendo, portanto, *imprescindível* ao modelo cooperativo de processo. (AULIO, Rafael Stefaini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 65-66).

⁶⁴⁷ É o caso de Mitidiero, para quem a boa-fé é um dos elementos constitutivos do modelo cooperativo de processo civil. (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 92 e nota de rodapé 340).

⁶⁴⁸ É o caso de Lenio Luiz Streck, que segue sua cruzada contra o pós-positivismo, o formalismo-valorativo e suas (alegadas) perniciosas consequências na atividade judicial, que, ao fundamentar-se e não se justificar em princípios constitucionais historicamente determinados, padeceria de arbitrária discricionariedade. Essa não é a posição adotada neste trabalho, muito menos nosso objeto de investigação. Todavia, pensamos que, em sua crítica à obra de Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Streck tem um ponto que merece ser explorado: a falta de normatividade do *princípio da cooperação*. Com efeito, toda a nossa tese repousa na ideia de que, se os corretos incentivos normativos não se fizerem presentes, o comportamento cooperativo não se realiza, mantendo-se as forças causadoras da tragédia da justiça. Por outro lado, o autor afirma que a cooperação só pode ser considerada como princípio jurídico se for possível demonstrar seu ajustamento às práticas comunitárias, reconstruindo uma cadeia de história institucional numa perspectiva de integridade do direito. Nesse ponto, demonstraremos no capítulo 6 que o comportamento cooperativo, muito mais do que presente nas práticas comunitárias, é uma constante evolutiva essencial de nossa história biológica e social, o que é motivo mais do que suficiente para que o direito dela aproprie-se como princípio. (STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) e formalismo valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? **Revista de processo**, v. 213, p. 13-34, 2012, principalmente p. 22. Parece ainda ser o caso de Maria Carolina Beraldo, para quem esse dever decorreria do princípio constitucional da duração razoável do processo, ainda que, de passagem, discuta-se um *princípio da cooperação* por conta da então proposta de introdução do tema no à época projeto do CPC/2015. (BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**, v. 198, p. 455-462, 2011).

Diante da miríade doutrinária a respeito do modelo cooperativo e do princípio da cooperação, e com objetivo de brevidade e completude, vale reproduzir trecho de duas obras importantes sobre o tema:

O modelo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, da CF/1988), fundado que está na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988). Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas — o que dá lugar a uma relação de cooperação. O direito aplicável é um direito orientado por parâmetros de racionalidade oriundos da lógica argumentativa. O contraditório recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando todos os seus participantes (art. 7º, 9º, 10 e 489, p. 1º, IV, do CPC/2015). *Com o redimensionamento do papel do juiz e das partes a partir da necessidade de equilibrada participação, o juiz tem seu papel redesenhado, assumindo uma dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão (art. 9º, 10, 139 e 489, p. 1º, IV, do CPC/2015). A condução do processo civil a partir daí é gravada por deveres cooperativos — esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio.* A boa-fé subjetiva e a boa-fé objetiva têm que ser observadas por todos os seus participantes (art. 5º do CPC/2015). A verdade provável é um objetivo cujo alcance permite a prolação de decisões justas (art. 300 e 369 do CPC/2015) sendo, portanto, tarefa conjunta do juiz e das partes (art. 369 e 370, do CPC/2015), na medida de seus interesses, persegui-la.⁶⁴⁹ [grifos nossos]

Os princípios do devido processo legal, da boa-fé processual, do contraditório e do respeito ao autorregramento da vontade no processo, juntos, servem de base para o surgimento de outro princípio do processo: o princípio da cooperação. O princípio da cooperação define o modo como o processo deve estruturar-se no direito brasileiro [...]. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes [...] O modelo também se caracteriza pela exigência de lealdade no processo.⁶⁵⁰ [grifos nossos]

Posto isso, o panorama atual mais ou menos homogêneo a respeito da cooperação no processo civil brasileiro pode ser sintetizado da seguinte forma:

- i. A cooperação é, majoritariamente, um princípio e um modelo de direito processual civil;
- ii. O modelo cooperativo é um reflexo e uma exigência do atual Estado Democrático de Direito,⁶⁵¹ que *impõe* efetivo diálogo e participação das partes e do juiz ao longo do

⁶⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 98.

⁶⁵⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso...* Op. cit., v. 1, p. 141.

⁶⁵¹ Apesar da uníssona doutrina brasileira a esse respeito, e também de manifestações da doutrina portuguesa (SOUZA, Miguel Teixeira. Op. cit., p. 62). Todavia, Damaska demonstrou, em obra inteiramente dedicada ao tema da relação entre os modelos de processo e as variâncias dos modelos de estado que essa correspondência não é tão simples nem direta e, muitas vezes, sequer é verdadeira. Para ele, as próprias similaridades entre o procedimento

- processo, em verdadeira *comunidade de trabalho*. Esse modelo pressupõe a existência tanto do princípio da boa-fé como do princípio da cooperação. O devido processo legal inerente a esse modelo diferencia-se pelo chamado *princípio do contraditório como direito de influência*, do qual participam todos os sujeitos processuais, incluído aí o juiz.
- iii. A cooperação foi positivada no art. 6º do CPC/2015 como norma fundamental de processo civil, assim grafada: “Art. 6º - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.” Há diversas outras normas concretizadoras desse princípio ao longo do ordenamento, sendo-lhe inerente alguma atipicidade para compreensão da chamada *materialidade subjacente*.
 - iv. Os deveres cooperativos, voltados principalmente para o magistrado, são: dever de esclarecimento, dever de consulta (ou diálogo), dever de prevenção e dever de auxílio;⁶⁵²
 - v. Para parte da doutrina, esses deveres estendem-se às partes e a todos os demais sujeitos processuais;
 - vi. Existe uma íntima relação entre cooperação e boa-fé, normalmente considerando-se aquela um subprincípio desta.⁶⁵³ Enquanto modelo de processo, a cooperação pressupõe a boa-fé como princípio;
 - vii. As partes, bem como o juiz e os demais sujeitos processuais, estão vinculadas pelos deveres da boa-fé no processo (art. 5º do CPC/2015);
 - viii. Os deveres de boa-fé devem, portanto, ser incluídos no modelo cooperativo de processo. São eles: proibição de agir de má-fé; proibição de comportamento processual contraditório (*venire*); proibição de abuso de direitos processuais; *supressio*, que é a perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para

dos países soviéticos e dos países europeus continentais demonstram que esse verdadeiro *sensu comum*, na verdade, não se verifica (p. 6). “It has proved exceedingly difficulty to relate the design of the legal process to any presently available classification of states according socioeconomic variables. [...] The immediate problem was how to account for strikingly similar procedural styles found in categorically different socioeconomic environments [...] European socialist systems [...] appeared to exhibit a strong resemblance to conventional Continental systems. The essential structure of trials was similar, and so were the basic outlines of the preliminary and the appellate process.” (p. 7). O professor de Yale conclui que, ainda que formas de Estado influenciem o sistema de justiça e o processo de modo geral, é muito difícil para o governo *traduzir* uma determinada forma de estado em um tipo de procedimento, além do fato de que há muitas outras influências para além da mera *forma de estado ou de governo*. (p. 249-242). (DAMASKA, MIRJAN. **The Faces of Justice and the State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process**. London; New Haven: Yale University, 1986. [Kindle edition].

⁶⁵² E, para alguns, o dever de lealdade. MITIDIERO, Daniel. Op. cit., p. 100; DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, v. 127, p. 75-79, 2005.

⁶⁵³ Para Miguel Teixeira de Sousa (Op. cit., p. 62), o dever de cooperação, para as partes, assenta-se no dever de litigância de boa-fé. aí incluída a boa-fé objetiva.

fazer crer legitimamente que determinado poder não será mais exercido; proibição de abuso de direitos processuais.⁶⁵⁴

⁶⁵⁴ Essa seria a classificação da doutrina alemã, agrupada em quatro casos de aplicação da boa-fé objetiva. (DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso...** Op. cit., p. 125). Com efeito, a doutrina da boa-fé encontrou avanços impressionantes no direito alemão, descolando-se nesse ponto do direito francês. Com efeito o BGB refere à boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*) em cinco de suas disposições, enquanto a boa-fé subjetiva (*Gunter Glauben*) conta dezessete. Assim, apesar da sistematização apresentada por Didier, contrapõem-se com clareza as duas noções, inclusive no vernáculo. A boa-fé subjetiva atine ao sujeito, enquanto a objetiva, ao contrato (MENEZES CORDEIRO, Antônio, **Da boa-fé no direito civil**. Op. cit., p. 331). Apesar das recentes adaptações do nosso processo aos deveres decorrentes da boa-fé objetiva, veremos neste trabalho que mesmo a litigância de má-fé não tem o alcance necessário, na legislação e na jurisprudência brasileiras, apto a gerar comportamento cooperativo das partes e, portanto, deve ser tratada com especial atenção. A observação é importante porque, não obstante a diuturna litigância de má-fé no direito brasileiro (bem caracterizada pela expressão *carneval procedimental*, em CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 126, p. 59-81, 2005, p. 65), e a fraquíssima jurisprudência e doutrina a respeito (Ibidem, p. 66-67), as atenções atuais estão voltadas tão somente ao sedutor tema das situações decorrentes do abuso do direito (boa-fé objetiva). Especificamente sobre os deveres decorrentes da *boa-fé objetiva*, convém especificá-los na linha de Menezes Cordeiro, em obra dedicada especificamente ao tema no direito processual civil (MENEZES CORDEIRO, Antônio. **Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa "in agendo"**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. [versão eletrônica Saraiva/Lev]). Tratando do tema sob a rubrica do *abuso de direito*, o autor caracteriza-o como "uma constelação de situações [...] que o direito [...] entende deter uma situação que, em princípio, se apresentaria legítima" (p. 97). Antes de definir cada uma das situações de acordo com classificação tradicional, Menezes Cordeiro alerta (e este ponto é fundamental) para o surgimento de situações atípicas em relação aos *núcleos duros do tipo*. Tendo em vista a chamada *alteração da materialidade subjacente* (referida em obra anterior: **Da boa-fé no direito civil**. Op. cit., p. 1.253), essas situações também podem ser configuradas como abuso de direito, independentemente de precisa adequação na tipologia que se verá. (p. 97-98). Assim, para Menezes Cordeiro, uma classificação possível para os casos de abuso de direito, compreenderia as seguintes hipóteses: (i) *Venire contra factum proprium*: segundo Cordeiro, esse é o tipo mais impressivo de atos abusivos. O *Venire*, ou comportamento contraditório, pode ser explicado por duas doutrinas. A doutrina da confiança (devida a Canaris), proíbe o *venire* quando defronta de modo inadmissível como uma situação de confiança legítima gerada pelo *factum proprium*. Para a doutrina negocial (Wieling), o agente fica vinculado em termos negociais. Prevalece a primeira, por exigir que as pessoas estejam protegidas quando, justificadamente, tenham sido levadas a acreditar na manutenção de um certo estado de coisas (p. 100). Essa estabilidade é fundamental, diríamos, para a manutenção de um comportamento cooperativo, visto que, antropologicamente falando, a espécie humana organiza-se na base de relacionamentos estáveis, e que devem ser respeitados (p. 100). (ii) Inalegabilidade: diz-se da *situação da pessoa que, por exigências do sistema, não se possa prevalecer de nulidade de um negócio jurídico causado por vício de forma* (p. 104). São situações em que, por circunstâncias, não se pode alegar vício de forma. "*É o caso do réu sempre tratado [...] como arrendatário comercial, na base de mera promessa*". Não pode ele, após vários anos respondendo nessa situação, alegar a nulidade do respectivo contrato para mudar sua condição (p. 104). De nossa parte, pensamos que a situação assemelha-se demais do *venire*, ressalvado o fato de que não pode envolver terceiros de boa-fé. (iii) *Supressio*. O temo "*supressio*" foi proposto pelo próprio Menezes Cordeiro para substituir o alemão *Verwirkung*. Abrange situações típicas de abuso de direito "*nas quais uma posição jurídica que não tenha sido exercida, em certas circunstâncias e por certo lapso [...] não possa mais sê-lo, [...] se contrariar a boa-fé*" (p. 105). Surge na jurisprudência comercial alemã, para reparar quadros de injustiça decorrentes do exercício retardado de certos direitos. *Seria uma espécie de venire, e que o factum proprium seria constituído por uma simples inação*. Suas características seriam: *um exercício não prolongado; uma situação de confiança, daí derivada; uma justificação para essa confiança; um investimento de confiança; a imputação da confiança ao não exercente* (do direito) (p. 106). É o caso da empresa representada todo o tempo por um específico gerente que, após, vem alegar o vício de representação por não ter poderes para tanto (p. 106) (iv) *Tu quoque*. Significa *tu mesmo*, e é expressão atribuída a Julio Cesar, ao dirigir-se ao seu enteado ainda sob efeito da surpresa de tê-lo descoberto na trama de seu assassinato (p. 115). "*Exprime a máxima segundo a qual a pessoa que viole uma norma jurídica não pode, depois e sem abuso: ou prevalecer-se da situação jurídica daí decorrente; ou exercer a posição jurídica violada [...]; ou exigir a outrem o acatamento da situação já violada*". Segundo Cordeiro, o *tu quoque* aproxima-se do princípio da *primazia da materialidade subjacente*, pois a pessoa viola uma situação jurídica e *perturba o equilíbrio material subjacente*, alterando de tal modo uma situação já estabilizada, que não se pode mais exigir do outro o mesmo comportamento de antes dessa alteração (p. 108). É o caso de um armazém locado que se torna inutilizado pela chuva em razão da recusa recusa recusa-se a fazer obras por parte do locador que, na

4.2 Comportamento cooperativo na norma e na doutrina: caminhos divergentes

Apresentada a definição doutrinária dos deveres cooperativos, é hora de lembrar que, do ponto de vista normativo, o objetivo do legislador quanto à cooperação está bem claro no art. 6º do CPC: incentivar que *todos os sujeitos do processo cooperem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, tutela jurisdicional justa e efetiva*.

O intento legislativo pode ser didaticamente dividido em dois: (i) fazer com que partes e juiz cooperem; (ii) proporcionar a obtenção de tutela jurisdicional *justa, efetiva e em tempo razoável*.

Não há qualquer referência na lei processual que imponha a arquitetura de deveres cooperativos projetada pela doutrina brasileira. Nada indica que a observância dos deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio colaborem, no fim do dia, para o proferimento de tutelas efetivas em tempo razoável (art. 6º do CPC/2015). Talvez, inclusive, produzam efeito contrário.⁶⁵⁵ Já quanto a sua contribuição para a obtenção da *tutela justa*, a constatação é problemática, primeiro pela dificuldade na definição de *justiça* da tutela,⁶⁵⁶ depois porque, se nenhuma tutela efetiva for tempestivamente obtida, a questão da *justiça* fica prejudicada.

Já o *modelo cooperativo de processo* é uma criação doutrinária. Novamente, é preciso saber se esse modelo vai ao encontro daqueles mesmos objetivos que, em verdade, são reflexos do que a própria Constituição Federal deseja para o sistema de justiça brasileiro.⁶⁵⁷

Como vimos, esse modelo é diretamente decalcado de um específico desenho do *princípio do devido processo legal*. É importante, assim, verificar se esse desenho é capaz de conferir efetividade, justiça e tempestividade ao sistema de justiça civil brasileiro de hoje. Se não for capaz de fazê-lo, tampouco o serão os deveres cooperativos daí decorrentes.⁶⁵⁸

seqüência, pede o despejo do locatário por má-conservação do imóvel (p. 108), ou o caso daquele que se furta à intimação e depois alega nulidade com base em sua ausência (p. 109) — este caso seria interessante no direito brasileiro, principalmente diante das formalidades necessárias à citação/intimação por hora certa. (v) "*Desequilíbrio: [...] constitui um tipo extenso e residual de atuações contrárias à boa-fé, comportando diversos subtipos, como: o exercício danoso inútil; o dolo agit qui petit quod statim redditurus est; a desproporção grave entre o benefício do titular exercente e o sacrifício por ele imposto a outrem*" (p. 109). São todas elas hipóteses em que "(...) o titular, embora exercendo um direito formal, fá-lo em moldes que atentam contra vetores fundamentais do sistema, com relevo para a materialidade subjacente. O desequilíbrio está na origem do abuso, particularmente nas decisões pioneiras [...]". É o caso de "não se poder exigir a um senhorio a execução de obras dispendiosas, quando as rendas recebidas sejam insignificantes".

⁶⁵⁵ Trataremos do tema na seção 5.5.

⁶⁵⁶ Dificuldade que também enfrentaremos na seção 5.5.

⁶⁵⁷ Nas palavras de Marinoni, Mitidiero e Arenhart, o próprio direito de ação, sob o pálio da Constituição Federal de 1988, deve ser visto como *direito à tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, mediante processo justo*. (Curso... Op. cit., v. 1, p. 249).

⁶⁵⁸ Procuramos responder essa indagação no capítulo seguinte, na seção 5.5.

Vencidas essas dificuldades, caberá ainda uma outra reflexão: será que as atuais normas processuais brasileiras têm a devida *potência* para estimular partes, advogados e juízes a efetivamente comportarem-se de modo cooperativo? Sobre esse tema, seus problemas e soluções, discorreremos nos capítulos 6 a 11.

Verificada a divergência entre os deveres cooperativos propostos pela doutrina e os objetivos cooperativos impostos pelo CPC/2015 e pela Constituição Federal, passamos a apresentar, no capítulo seguinte, nosso conceito de comportamento cooperativo no processo civil.

5 O QUE É COOPERAÇÃO? DIRETO, BIOLOGIA, ECONOMIA E PSICOLOGIA JUNTAS NA ODISSEIA EVOLUTIVA DA ESPÉCIE HUMANA

Cooperação é palavra que não se usa em vão. Como veremos neste capítulo, a capacidade cooperativa é inerente à vida na Terra, desde as formas mais primitivas às complexas organizações contemporâneas. Na odisséia evolutiva da espécie humana, a cooperação é a palavra mágica que conferiu vantagens competitivas ao homem em relação a todas as outras espécies. Paradoxalmente, coopera-se em um nível para competir-se em outro, inclusive entre espécies ou entre grupos da mesma espécie.

Com desenhos sociais cada vez mais intrincados, permite-se que o direito ingresse na trilha cooperativa como ferramenta importante de manutenção e evolução das tribos humanas. Dentro do direito, e mais especificamente no processo civil, a cooperação funciona para auxiliar o bom funcionamento do *sistema de justiça como um todo*. Esse sistema, por sua vez, tem por função amparar o Estado na busca de maximização do bem-estar social, sua última finalidade (*welfare*).

Como veremos ao longo deste capítulo, é nesse contexto que deve ser entendida a cooperação no processo civil: uma união de esforços na busca de um sistema de justiça que, longe do cenário de *tragédia*, seja capaz de ofertar tutelas justas, efetivas e em prazo razoável. Todavia, a prevalência do comportamento cooperativo depende da presença de incentivos normativos específicos que tornem esse comportamento vantajoso para todos os sujeitos processuais.

5.1 A cooperação levada a sério

Como visto, a situação atual do princípio da cooperação no direito processual brasileiro é o resultado não só de uma previsão do CPC/2015, mas também de longa construção da doutrina, lógica, social e politicamente justificada.

A base dessa construção é um remodelado princípio do *devido* processo legal, estruturado na releitura do princípio do *contraditório*, agora visto como efetivo *direito de influência*.

Não há, todavia, no âmbito do direito processual brasileiro, qualquer estudo sobre a cooperação em si. Não se sabe como ela surge ou como possa ser sustentada entre os diferentes atores processuais.

Em verdade, cooperação, enquanto *união de esforços em prol de benefícios comuns*,⁶⁵⁹ não é uma criação pura do direito, muito menos do direito processual, como são os recursos, a ação e o processo. Cooperação é, como veremos, tema da mais alta relevância na história biológica do nosso planeta, elemento fundamental da teoria da evolução das espécies, desde as bactérias até as sociedades mais complexas.

Cooperação é, em verdade, *o problema central da existência social*,⁶⁶⁰ algo que transcende em muito o direito processual civil. Assim, se o direito quer promover comportamentos cooperativos, é fundamental levar em conta as propriedades da cooperação como fenômeno natural. Até porque, como afirma Pinker, é muito fácil entender comportamentos cooperativos entre parceiros ou amigos, dados seus evidentes interesses comuns. A dificuldade no entendimento da cooperação surge exatamente em situações em que os interesses são ao menos parcialmente divergentes, quando o comportamento cooperativo de um, se existir, tende a ser explorado pelo outro em seu próprio benefício.⁶⁶¹ Esse ambiente hostil é exatamente o *clima* do processual civil.

De outro lado, se pretendemos utilizar o comportamento cooperativo como antídoto à *tragédia da justiça* (de modo a alcançar tutelas de direito justas, efetivas e em tempo razoável), é necessário rever a concepção doutrinária de *modelo cooperativo* e de conteúdo para o *princípio da cooperação*, de modo a oferecer soluções mais adequadas para a realidade do processo civil brasileiro, sempre buscando a promoção do maior bem-estar possível como resultado final.

A tragédia da justiça, como vimos, corresponde ao esgotamento do aparato jurisdicional, tornando-o incapaz de prestar tutela justa, efetiva, em tempo razoável, dentro de um *processo devido*.⁶⁶²

O *quadro trágico* é composto de alguns elementos bem destacados, dentre eles: (i) número excessivo de processos (litigância desenfreada); (ii) manejo excessivo de recursos; (iii) esgotamento das cortes superiores; (iv) baixas taxas de autocomposição; (iv) inefetividade da execução; (v) litigância habitual; (vi) ausência de uniformidade e coerência jurisprudencial.

⁶⁵⁹ HENRICH, Joseph, **The Secret of Our Success**, op. cit. p. 130

⁶⁶⁰ GREENE, Joshua, op. cit. p. 20.

⁶⁶¹ PINKER, Steven. Op. cit. p. 532.

⁶⁶² *Processo devido*, é aquele que, independentemente do procedimento, respeita todas as garantias processuais constitucionais, quais sejam: o acesso à justiça, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa, a proibição de provas ilícitas, a publicidade dos atos processuais a fundamentação das decisões judiciais e a duração razoável do processo - VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. P p. 145-146.

Nenhuma das propostas doutrinárias sequer lida com a maioria desses problemas quando se pensa em comportamento cooperativo e de boa-fé.

Diante desse cenário, cabe antecipar o que será, para nós, a configuração ideal da cooperação como princípio e como modelo. Se cooperação é *união de esforços em prol de benefício comum*, esse benefício, no processo, é o bom funcionamento do sistema de justiça. Por sua vez, os parâmetros do que venha a ser esse *bom funcionamento* estão descritos no art. 6º do CPC/2015. Sendo assim, o conteúdo da cooperação no processo civil abrange todos os deveres dos sujeitos processuais capazes de auxiliar o processo e o sistema como um todo ao proferimento *tempestivo* de tutelas jurisdicionais *justas e efetivas*.

Em nossa opinião, essa configuração será a mais ampla possível, abrangendo o comportamento do juiz, das partes e de seus procuradores, incidindo antes e durante o processo, incluídas todas as suas fases, abrangida toda a atividade litigante das partes, inclusive entre processos distintos.

Juízes devem observar precedentes obrigatórios e decidir de maneira fundamentada, respeitados o contraditório e a ampla defesa, buscando prover e efetivar a tutela de mérito em tempo razoável.

Partes e advogados devem buscar a autocomposição como prioridade. Não sendo possível, devem evitar demandas frívolas, alegações genéricas ou contraditórias e atos protelatórios (aí incluídos recursos desnecessários), cumprindo com exatidão e rapidez as determinações judiciais.

Nesse mundo ideal, o funcionamento suave e efetivo da *máquina da justiça* seria apenas questão de tempo. No mundo real, cabe-nos investigar quais os incentivos cooperativos capazes de, ao menos, aproximar-nos desse novo cenário.

Essa tarefa será desempenhada nos capítulos seguintes.

5.2 A cooperação na teoria dos jogos

Todo cenário de tragédia no sentido *hardiniano*⁶⁶³ é, em última instância, um problema de cooperação,⁶⁶⁴ ou, para ser mais preciso, um caso de *ausência de comportamento*

⁶⁶³ Referimos aqui a obra de Garrett Hardin, **The tragedy of the Commons** (op.cit) na qual o autor cria a famosa parábola do pastoreio em uma área comum para estudar os incentivos não cooperativos e as respectivas consequências em relação ao uso excessivo de bens de uso comum (*bens comuns*) - December 13, 1968) Science 162 (3859). Tratamos do tema no capítulo 2 deste trabalho, equiparando o aparato jurisdicional ao conceito de *bem comum*, sujeito, pois, ao cenário de tragédia pelo uso excessivo não cooperativo.

⁶⁶⁴ GREENE, Joshua, op. cit. p. 19.

cooperativo.

Como descrevemos no início desse trabalho, a *tragédia dos comuns* é uma parábola sobre esgotamento de recursos comuns em razão de seu uso excessivo. Sendo certo que cada indivíduo *internaliza* os benefícios decorrentes do uso do bem (*benefício marginal alto*) e coletiviza os malefícios (*custo marginal baixo*, em razão da coletivização das *externalidades negativas*), fazem-se presentes os incentivos para o seu uso excessivo por cada indivíduo (*free-rider problem*), levando, ao fim e ao cabo, à destruição do bem comum (*tragedy of commons*).

Por sua vez, todo cenário de tragédia do *bem comum* por ausência de comportamento cooperativo pode ser *matematicamente explicado* através da teoria dos jogos. Mais especificamente, ainda que envolvam uma coletividade, esses problemas podem ser modelados em um jogo específico, conhecido como *dilema do prisioneiro*.⁶⁶⁵

O *dilema do prisioneiro* foi concebido em 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher.⁶⁶⁶ Trata-se de um teorema simples muito bem construído para ilustrar problemas cooperativos da vida real, como, por exemplo, a corrida nuclear da Guerra Fria, que viria na sequência.⁶⁶⁷ O nome do teorema é devido a Albert W. Tucker, um consultor da RAND que criou uma história para ilustrar a proposição matemática.⁶⁶⁸

Originalmente, a história é a seguinte:

Dois homens, acusados do cometimento de um crime em coautoria, são capturados e encarcerados em celas separadas pela polícia. A cada um deles é dito que:

1. se um deles confessar e o outro não, ao primeiro será dada uma recompensa e o segundo será punido;
 2. se ambos confessarem, ambos serão punidos;
- Ao mesmo tempo, ambos têm bons motivos para acreditar que:
3. se nenhum deles confessar, ambos serão soltos.⁶⁶⁹

Com o tempo, a parábola foi sendo aprimorada e recebeu várias versões. Uma das mais precisas e completas, e que usaremos neste trabalho, é a abaixo descrita:

Dois membros de uma gangue são presos e encarcerados em celas individuais, sem qualquer possibilidade de comunicação entre si. A polícia admite que não

⁶⁶⁵ Ibidem, p. 28; POUNDSTONE, William, **Prisoner's Dilemma**, Anchor Books, 1992, New York. p. 126

⁶⁶⁶ Cientistas da RAND Corporation, espécie de *think tank* da época, fundada logo depois da Segunda Guerra Mundial, a pedido da Força Aérea americana.

⁶⁶⁷ A opção não cooperativa que se estabiliza *em equilíbrio de Nash* é magistralmente retratada por Stanley Kubrick no célebre filme "Dr. Fantástico" ("Dr. Strangelove, or: How I Learned to Stop Worrying and Love the Bomb"), apresentado no auge da Guerra Fria.

⁶⁶⁸ POUNDSTONE, op. cit. p. 8

⁶⁶⁹ Ibidem, p. 118, em tradução livre.

possui provas suficientes para condenar ambos pelos crimes mais graves. Com as provas disponíveis, a polícia acredita que obterá a condenação de ambos ao menos a 1 ano de prisão (por crimes menos graves). Ao mesmo tempo, os policiais oferecem para cada prisioneiro um acordo faustiano: caso o prisioneiro delate seu parceiro, será absolvido, condenando-se o denunciado a 3 anos de prisão pelos crimes mais graves. Mas há uma cilada: caso ambos denunciem um ao outro, os dois serão condenados a 2 anos de prisão cada um. As escolhas serão simultâneas, de modo que um preso, ao decidir, não saberá qual foi a escolha do outro preso.⁶⁷⁰

O dilema acima pode ser modelado em uma *matriz*, na qual cada um dos prisioneiros escolhe entre cooperar com seu parceiro (ou seja, não delatar) ou não cooperar (delatar). As penas das quatro combinações possíveis estão claramente dispostas nos quatro quadrados da tabela 2:

Tabela 2 - Matriz de *payoffs* (tempo de prisão para cada acusado) de acordo com cada combinação possível de estratégias

	B coopera (não delata)	B não coopera (delata)
A coopera (não delata)	1 ano; 1 ano	3 anos; 0 ano
A não coopera (delata)	0 ano; 3 anos	2 anos; 2 anos

A matriz é de fácil leitura. Por exemplo, se o prisioneiro A cooperar (primeira linha) e o prisioneiro B também cooperar (primeira coluna), o resultado desse *par de estratégias cooperativas* encontra-se no quadrado superior esquerdo da tabela, e prevê que cada acusado receberá uma pena de 1 ano de prisão.

Vejamos os incentivos envolvidos para a adoção da melhor estratégia para cada um dos prisioneiros. É importante mantermos em mente que os prisioneiros são racionais, buscam sempre a melhor estratégia, e consideram que seu parceiro também é racional e que também buscará a melhor estratégia. Obviamente, a *melhor estratégia* é aquela que proporcionará ao preso passar o menor tempo possível na cadeia.

Coloquemo-nos no lugar do prisioneiro A. Devemos cooperar com nosso parceiro de crime e não delatar, ou devemos traí-lo com uma delação?

⁶⁷⁰ Ibidem, p. 118, em tradução livre.

Para responder a essa pergunta, é necessário imaginarmos nossa melhor resposta para cada atitude possível do nosso parceiro.

Imaginemos que ele (prisioneiro *B*) resolva delatar (coluna direita). Se ele o fizer, temos que escolher entre delatar e passar 2 anos na cadeia (quadrado inferior direito) ou não delatar, cumprindo pena de 3 anos enquanto ele sai livre (quadrado superior direito). Nesse caso, obviamente, a melhor resposta possível é a delação, porque *é menos pior* passar 2 anos preso.

Suponhamos agora que nosso companheiro não nos delate, ou seja, opte por uma conduta cooperativa (primeira coluna da tabela). Nesse caso, teremos mais uma vez de optar entre delatar (e sermos absolvidos, conforme o quadrado inferior esquerdo) e não delatar (sendo condenados a 1 ano de prisão, conforme o quadrado superior esquerdo). Mais uma vez, a melhor opção é a delação, porque ser absolvido é bem melhor do que passar 1 ano preso.

Assim, dado que não sabemos o que fará o prisioneiro *B*, e dado o fato de que, para qualquer estratégia que ele adote, nossa melhor resposta é a delação, *nossa melhor estratégia será delatar sempre*. Ocorre que a situação do preso *B* é idêntica à nossa. Logo, também para ele, a delação será sempre a melhor estratégia. Em teoria dos jogos, diz-se que, nesses casos, a estratégia de *delatar é estritamente dominante* em relação à estratégia de *não delatar (estritamente dominada)*.⁶⁷¹

Nesse cenário, podemos logicamente prever que ambos delatarão, de modo que nosso *jogo* será resolvido no quadrado direito inferior (delação/delação), sendo ambos os prisioneiros condenados a 2 anos de prisão.

Tabela 3 - Matriz de *payoffs* (tempo de prisão para cada acusado) de acordo com cada combinação possível de estratégias: solução do jogo

	B coopera (não delata)	B não coopera (delata)
A coopera (não delata)	1 ano; 1 ano	3 anos; 0 ano
A não coopera (delata)	0 ano; 3 anos	2 anos; 2 anos

⁶⁷¹ Nesse caso, como no confronto das estratégias “delatar” versus “não delatar” o jogador que escolher a primeira sempre leva vantagem, diz-se que a estratégia de “não delatar” é estritamente dominada pela estratégia de “delatar”. GIBBONS, Robert, **Game Theory for Applied Economists**, New Jersey, Princeton University Press, 1992, p. 4-8

Note-se que o comportamento não cooperativo gerou para nossos personagens um resultado muito pior do que a mútua cooperação proporcionaria. É que, caso ambos tivessem optado por não delatar, eles passariam apenas 1 ano preso (canto esquerdo superior da tabela).

Ocorre que, e aqui está a parte mais importante do dilema, dados os incentivos envolvidos (*payoffs*) e o comportamento racional (egoísta) dos prisioneiros, a mútua cooperação não é um resultado previsível ou estável. Explicamos: como cada prisioneiro busca *maximizar* seu bem-estar, e como cada um sabe que o outro pensará da mesma forma, o único resultado estável, dados os *incentivos* apresentados, é a mútua delação. Imaginemos: caso não delatemos, podemos passar 3 anos presos. Por outro lado, se delatarmos, temos chance de absolvição!

Em termos matemáticos, podemos afirmar que a situação delação/delação configura um *equilíbrio de Nash* porque, caso ela consolide-se, nenhum dos *jogadores* (prisioneiros) deverá arrepender-se de sua escolha.⁶⁷² Para comprovar essa tese, basta olhar para o canto inferior direito da tabela. Se o leitor fosse o prisioneiro *A*, mudaria sua escolha, dado que *B* resolveu delatar? E se o leitor fosse o prisioneiro *B*? Em ambos os casos, dadas as recompensas (*payoffs*) envolvidas, as escolhas (*estratégias*) seriam as mesmas. Por isso esse é o único resultado *estável* para o jogo. Pela mesma razão, diz-se tecnicamente que somente o par de estratégias *delação/delação* configura um *equilíbrio de Nash*.

Olhando a tabela, porém, percebe-se claramente que o *equilíbrio de Nash* alcançado não é eficiente. A eficiência pode ser medida pela *soma das penas* (*payoffs*), sendo-lhe inversamente proporcional. Assim, nota-se que o resultado do par de estratégias *delação/delação* é a soma das penas em 4 anos de prisão (2 anos para cada prisioneiro). De outro lado, o par mais eficiente de estratégias seria a cooperação/cooperação, com penas somadas em apenas 2 anos (quadrado superior esquerdo).

O resultado mais eficiente, porém, é instável, e não configura um equilíbrio. Coloque-se no lugar do prisioneiro *A*, que resolveu não delatar. Quando ele descobre que seu parceiro não delatou, ele imediatamente *se arrepende*, pois *percebe* que a melhor estratégia teria sido a delação, o que levaria o jogo para o quadrado inferior esquerdo, no qual seria absolvido. O

⁶⁷² Definição de equilíbrio de Nash: “Um conjunto de estratégias (uma para cada jogador) está em equilíbrio de Nash se sua implementação confirma as expectativas que cada jogador tinha a respeito da escolha do outro. As estratégias em equilíbrio são as únicas estratégias racionais possíveis que confirmam as expectativas anteriores [...]. Por isso, elas requerem que as crenças dos jogadores estejam alinhadas de modo consistente.” HARGREAVES HEAP, Shaun P. e VAROUFAKIS, Yanins, **Game Theory, A critical introduction**, 1995, Routledge, New York. P. 51

mesmo ocorreria com o prisioneiro *B*, que preferiria o quadrado superior direito ao superior esquerdo, caso descobrisse que seu colega não delatou.⁶⁷³

Conclui-se assim que, na versão aqui apresentada do *dilema do prisioneiro*, o resultado mais eficiente (cooperativo) é instável, enquanto que o *equilíbrio de Nash* alcançado (estável e não cooperativo) é ineficiente.

Diversas situações da vida real podem ser assemelhadas ao *dilema do prisioneiro*. Basta, para tanto, que envolvam incentivos não cooperativos, que ativem *free-rider problems*, em jogos de *soma diferente de zero*.⁶⁷⁴

Por exemplo, tem sido comum na cidade do Rio de Janeiro (e, possivelmente, em outras grandes cidades) que passageiros utilizem serviços de metrô e ônibus (BRT) sem o devido pagamento.⁶⁷⁵ Devido à falta de punição, o indivíduo tem incentivos para exercer esse comportamento não cooperativo, que, a princípio, só o beneficia. Todavia, se todos pensarem da mesma forma, o sistema de transporte público irá à falência, prejudicando toda a sociedade, inclusive aqueles mesmos indivíduos.⁶⁷⁶ O mesmo acontece com a decisão de fábricas ou residências em poluir o meio ambiente através de esgotos clandestinos e com o problema do papel que cada país desempenha para evitar o aquecimento global.⁶⁷⁷

O problema do acesso à justiça, como já intuímos no capítulo inicial deste trabalho, equivale ao dilema do prisioneiro aplicado ao tráfego urbano.⁶⁷⁸ Nas grandes cidades brasileiras, as principais vias públicas estão sobrecarregadas de veículos e congestionadas, implicando o gasto de várias horas diárias para que as pessoas possam locomover-se, o que, por sua vez, acarreta prejuízos sociais absolutamente evidentes.

⁶⁷³ Ibidem, p. 50

⁶⁷⁴ Jogos de soma diferente de zero (*non zero sum games*) são aqueles nos quais as recompensas (*payoffs*) dos jogadores não são opostamente simétricas, ou seja: somadas, não necessariamente implicam o resultado zero. Em resumo, são jogos onde há a possibilidade, em tese, de ambos os jogadores perderem ou vencerem. DUTTA, AOP. CIT. P. 8.

Formalmente: trata-se de jogo com ao menos 2 jogadores. Quanto a suas ações, o jogador *i* escolhe entre um grupo finito de possibilidades $S = \{s_1, s_2, s_3 \dots s_n\}$. O jogador *j* da mesma forma escolhe ações dentro de um grupo finito de possibilidades $T = \{t_1, t_2, t_3 \dots t_n\}$. Quanto às recompensas (*payoffs*), Define-se P_i como a recompensa para o jogador *i*, se ele escolhe *s* e se o jogador *j* escolhe *t*. Para que o jogo seja de soma diferente de zero é necessário que $P_i(s, t) + P_j(s, t) \neq 0$. Sobre o tema, GIBBONS, op. cit p 1-51.

⁶⁷⁵ Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/imagens-mostram-passageiros-pegando-onibus-do-brt-sem-pagar-passagem.ghtml>. Acesso em 26.11.2017

⁶⁷⁶ POUNDSTONE, op. cit. P. 126.

⁶⁷⁷ DUTTA, Prajit K. op. cit. P. 97-98.

⁶⁷⁸ Ainda que sem uma caracterização econômica, a analogia foi recentemente apresentada por SICA, Heitor, e por nós explorada no capítulo 1. SICA, Heitor Vitor Mendonça, **Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia do acesso individual ao poder judiciário**, in *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*, BEDAQUE, José Roberto dos Santos, CINTRA, Lia Carolina Batista, EID, Elie Pierre, (Coord), Brasília, DF, Gazeta Jurídica, 2016. P. 143-158

A solução cooperativa para o dilema é a construção e a utilização de infraestrutura de transporte público (ou, ainda, a adesão a alternativas como a *carona compartilhada*). Todavia, muitos indivíduos, ao tomarem essa decisão, pensam o seguinte: *porque eu vou deixar meu confortável carro em casa, com o qual eu poderia chegar rapidamente e com maior privacidade ao trabalho, e optar por um ônibus lotado e demorado?* E ainda: *tirar o meu carro da rua não resolverá o problema do trânsito na cidade*. Assim, dados os incentivos presentes, as pessoas que possuem carros particulares acabam optando por utilizá-los, aumentando o tráfego e causando congestionamentos que prejudicam a todos.

O mesmo ocorre com o aparato da Justiça, quando os incentivos para o ajuizamento de uma ação em detrimento de uma tentativa extrajudicial de autocomposição estão presentes: como o acesso ao Poder Judiciário é barato ou mesmo gratuito (no caso dos juizados especiais, do teto de custas e do pedido de gratuidade deferido a partir de mera declaração de pobreza),⁶⁷⁹ milhões de ações judiciais (muitas delas *frívolas*) acabam gerando as altas taxas de congestionamento detectadas nos relatórios do CNJ, implicando o cenário de tragédia que impede, no fim das contas, a concretização do ideal constitucional de acesso à Justiça e a obtenção da tutela justa e efetiva em tempo razoável.

Para continuar com as analogias viárias, sabe-se que o *trânsito* no Brasil é um dos mais violentos do mundo, sendo que muitas mortes são causadas por atos imprudentes e violadores das leis de tráfego. Ocorre que, em um ambiente não punitivo como o nosso, vigora na mente do motorista o seguinte pensamento: *eu estou atrasado para chegar ao trabalho e este sinal é muito demorado. Como a chance de eu ser punido é mínima, vou avançar o sinal vermelho. De mais a mais, todo mundo “fura” o sinal, então eu vou “furar” também*.

No âmbito da litigância, *avançar o sinal vermelho* ou *ultrapassar o limite de velocidade* pode perfeitamente equivaler à interposição de um recurso protelatório, ao descumprimento de uma decisão judicial ou à apresentação de uma contestação com alegações genéricas. Desde que não haja punições eficientes à litigância de má-fé e ao abuso de direitos processuais, nem meios executivos capazes de constranger firmemente o sucumbente ao cumprimento da decisão judicial, a postura não cooperativa aparentemente *valerá à pena*, porque, assim como o motorista chegará mais cedo ao trabalho, o litigante por vezes alcançará uma indevida anulação da sentença, uma consumação de prescrição intercorrente, um arquivamento da execução por falta de bens, uma decisão que viola o precedente obrigatório mas o beneficia, e assim por diante. Mais do que isso, se esse *estado de coisas é conhecido*, é razoável imaginar que outro

⁶⁷⁹ Como veremos no capítulo 7, seção 7.2.1.

litigante agirá da mesma forma. Ora, *se meu adversário não cooperará com o processo, eu também não devo cooperar, sob pena de conferir-lhe vantagem competitiva à minha custa. Eis o dilema do prisioneiro, versão processo civil.*

Todavia, assim como o trânsito nas grandes cidades brasileiras é congestionado e violento,⁶⁸⁰ a justiça acaba sendo ineficiente para a maioria da sociedade, prejudicando aqueles que têm seus direitos efetivamente feridos e estimulando cada vez mais o descumprimento das obrigações e a violação de outros direitos no dia a dia. É um ciclo vicioso.

A situação atual dos incentivos cooperativos no processo civil brasileiro pode ser equiparada ao dilema do prisioneiro, levando a um ineficiente *equilíbrio de Nash* de estratégias não cooperativas.

Como vimos, são enormes as falhas do sistema de proteção à litigância cooperativa e do sistema de repressão à litigância de má-fé no processo brasileiro.

Quando as partes não estão obrigadas à postulação articulada e amarrada a fatos concretos, à proibição da mentira, à vedação de alegações contraditórias mesmo entre processos diferentes, à não interposição de recursos salvo quando haja sincero apontamento de erro na decisão atacada, à não litigância contra precedente obrigatório, à busca efetiva da autocomposição; quando as multas por litigância de má-fé são mínimas ou inexecutáveis, e quando não há efetivas ferramentas para combater o descumprimento das decisões judiciais, configuram-se os mesmos incentivos do dilema do prisioneiro, de modo que o *equilíbrio de Nash* (ineficiente) é alcançado apenas pela conduta não cooperativa das partes.

Para exemplificar o até aqui exposto, imagine-se um litigante habitual — como, por exemplo, uma grande empresa de telefonia⁶⁸¹ — que, com propaganda enganosa sobre seu pacote de serviços, ludibriou o consumidor que agora pleiteia nos juizados especiais a restituição dos valores pagos e a indenização por danos morais.

Suponhamos que o valor do prejuízo, incluídos danos morais, seja de R\$20mil, com 70% de chances de procedência em caso de litígio judicial. Caso ambas as partes assumissem uma postura cooperativa neste momento, seria razoável imaginar que acordassem no pagamento de R\$14mil para evitar qualquer litígio.⁶⁸²

⁶⁸⁰ São 23,4 mortes por acidente de trânsito para cada 100 mil habitantes, garantindo ao Brasil a quarta maior taxa de mortes no continente americano. Calcula-se que, até 2030, as mortes podem chegar a 1 milhão por ano. Uma das principais causas dos acidentes é a regulamentação frouxa e a ausência de punição dos infratores. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/05/1772858-brasil-e-o-quarto-pais-com-mais-mortes-no-transito-na-america-diz-oms.shtml> Acesso em 26.11.2017

⁶⁸¹ No já citado relatório do CNJ a respeito dos 100 maiores litigantes da justiça brasileira (litigantes habituais), figuram algumas empresas de telefonia. Assim, em 2011, a Brasil Telecom Celular S/A era parte em 3,28% de todos os processos judiciais pendentes no Brasil.

⁶⁸² Esse seria, a grosso modo, o valor esperado do processo. Isso porque, $20.000 \times 0,7 = 14.000$

Todavia, o cliente sabe que a *reputação* da empresa é no sentido de dificultar a comunicação ou de oferecer valores irrisórios para sanar o problema.

Por conta disso, o cliente resolve ajuizar a ação, pleiteando um valor mais alto de danos morais, totalizando um pedido de tutela condenatória em R\$30mil, com chances de procedência agora em torno de 50%. O réu, por sua vez, não oferece proposta séria de acordo, porque acredita que a condenação, se houver, será em montante inferior aos R\$30mil. Mais do que isso, esse réu não quer *espalhar pelo mercado* qualquer notícia de disposição para realização de acordos vantajosos.

Acrescente-se que, como nos juizados não há condenação em custas ou honorários até o proferimento da sentença,⁶⁸³ os riscos diminuem bastante para ambos os lados.

O réu conhece a média de tempo do acervo pendente nos juizados estaduais. Como vimos, são 4 anos e 11 meses na fase de conhecimento em primeiro grau e mais 1 ano e 10 meses na turma recursal. Em caso de condenação, o tempo médio do acervo pendente em fase de cumprimento de sentença chega a 6 anos e 9 meses. Assim, a expectativa é a de que o processo consuma muitos anos. O réu sabe que o autor tem ciência desse trâmite moroso. Assim, espera que, ajuizada a ação, o autor assumira postura mais cooperativa e, para evitar o desgaste, aceite um acordo em torno de R\$5mil, já na audiência preliminar.

Por sua vez, o autor acredita que o pedido alto, no valor de \$30 mil, gerará uma ameaça ao réu, sendo capaz de forçar um acordo de valor bem alto, algo em torno de R\$20mil, também na audiência preliminar. Lembremos que, na ausência de custas e honorários em primeiro grau, o autor *não perde nada* pleiteando um valor mais alto do que o seu efetivo prejuízo material e moral.

Neste exemplo, por simplicidade, assumimos a ausência de recurso da sentença que encerra a fase cognitiva do processo (que implicaria condenação do recorrente em custas e honorários advocatícios, em caso de sucumbência, conforme a legislação vigente).

A partir de agora, traduziremos toda essa história em uma matriz simples de teoria dos jogos, envolvendo dois tipos de estratégia: *cooperar/não cooperar*. A estratégia cooperativa é a busca da autocomposição a todo tempo. A não cooperativa é a litigância constante.

Novamente por simplicidade, imaginemos que a soma de custos administrativos (custos processuais não reembolsáveis, como os decorrentes do pagamento de honorários contratuais,

⁶⁸³ Ressalvada a punição por litigância de má-fé (Lei 9.099/95, art. 55), o que normalmente não ocorre. Esse será um ponto discutido mais a fundo neste e no próximo capítulo.

do aborrecimento com o processo, dentre outros) chegue a R\$3mil para ambos. Em caso de acordo na audiência preliminar, esses custos caem para apenas, digamos, R\$1mil.⁶⁸⁴

O *valor de reserva*⁶⁸⁵ deste processo para o autor é:

$$\begin{aligned} Va &= (Pa \cdot Ua) - Ca \\ Va &= (0,5 \cdot 30.000) - 3.000 \\ Va &= 12.000 \end{aligned}$$

Já para o réu, o valor de reserva é:

$$\begin{aligned} Vr &= Pr \cdot Ua + Ca \\ Vr &= (0,5 \cdot 30.000) + 3.000 \\ Vr &= 18.000 \end{aligned}$$

Os valores de reserva equivalem aos *payoffs* de estratégias simultaneamente não colaborativas do autor e do réu, que resolveram litigar.

As estratégias e respectivos *payoffs* podem ser assim resumidos:

- i. *estratégia simultaneamente cooperativa: pagamento de R\$14mil, em autocomposição extrajudicial sem ajuizamento da ação. Payoffs autor/réu = +14.000/-14.000;*
- ii. *estratégia abusiva (não cooperativa) do autor em face do réu cooperativo: pagamento de R\$20mil, após ajuizamento da ação, com custos administrativos de R\$1mil para cada lado. Payoffs autor/réu = +19.000/-21.000 (neste caso, o réu cooperativo aceitou o acordo abusivo proposto pelo autor);*
- iii. *estratégia abusiva (não cooperativa) do réu em face do autor cooperativo: pagamento de R\$5mil, após ajuizamento da ação, com custos administrativos de R\$1mil para cada lado. Payoffs autor/réu = +4.000/-6.000 (neste caso, o autor cooperativo aceitou a proposta abusiva de acordo feita pelo réu);*

⁶⁸⁴ Porque advogados terão menos trabalho e porque o tempo do processo será menor.

⁶⁸⁵ A fórmula matemática do *valor de reserva* será bem explicada no capítulo seguinte. Por hora, tenhamos em mente apenas que esse valor é definido, para o autor, pelo valor do pedido (*Ua*), multiplicado por sua expectativa de vitória (*Pa*), descontados os custos administrativos não reembolsáveis (*Ca*). Já para o réu, o valor é definido pela multiplicação do valor do pedido pela expectativa dele réu em relação à procedência do pedido (*Pr*), acrescido nas custas administrativas não reembolsáveis.

- iv. *estratégia não cooperativa de ambos: ajuizamento da ação, rejeição de acordo e litigância por ambas as partes, com proferimento da sentença ao final. Payoffs autor/réu = +12.000/-18.000 (exatamente os valores de reserva, que nada mais são do que os “valores esperados” pelas partes para esse processo, já consideradas as possibilidades de procedência do pedido e os custos totais do processo).*

Colocando as estratégias e *payoffs* acima relacionados na representação matricial do jogo em questão, teríamos:

Tabela 4 - Matriz de *payoffs* (valores a serem recebidos/pagos) de acordo com cada combinação possível de estratégias

	Telefônica coopera	Telefônica não coopera
Cliente coopera	14.000; -14.000	4.000; -6.000
Cliente não coopera	19.000; -21.000	12.000; -18.000

Iniciemos a solução deste jogo, sempre a partir dos incentivos produzidos pelos *payoffs*.

Caso o cliente opte por *cooperar*, a *melhor resposta* para a telefônica será *não cooperar*. Isso é verdade porque, não cooperando, ela pagará apenas R\$6mil, contra R\$14mil em caso de cooperação (jogo termina no quadrado direito superior).

Se o cliente optar por *não cooperar*, a *melhor solução* para a construtora será também *não cooperar*, pagando apenas R\$18mil ao invés de R\$21mil em caso de cooperação (jogo termina no quadrado direito inferior).

Por sua vez, se o cliente imagina a postura não cooperativa da telefônica, sua *melhor resposta* é também *não cooperar*, pois assim ele receberá R\$12mil ao invés dos apenas R\$4mil que receberia em caso de cooperação (jogo termina no quadrado direito inferior).



Por fim, se o cliente antecipa uma postura cooperativa por parte da telefônica, ainda assim para ele é *melhor não cooperar*, pois receberá R\$19mil no lugar dos R\$14mil que receberia em caso de cooperação (jogo termina no quadrado esquerdo inferior).



Conclui-se assim que, apesar de a conduta cooperativa de ambas as partes ser garantidora de resultado mais eficiente (*quadrado superior esquerdo da tabela, no qual o autor recebe os exatos R\$14mil gastos pelo réu*), na prática, em razão dos incentivos envolvidos, o

único *equilíbrio de Nash* existente é a postura não cooperativa de ambos, que acabarão litigando até o final (*quadrado inferior direito da tabela, onde há uma perda social de R\$6mil, fruto da diferença entre os R\$18mil pagos pelo réu e os apenas R\$12mil recebidos pelo autor*), com *payoffs* inferiores aos que seriam obtidos com a postura cooperativa. Tecnicamente, *a estratégia não cooperativa é estritamente dominante da estratégia cooperativa*.

Comparando a matriz do dilema do prisioneiro (tabelas 2 e 3) com essa que acabamos de estudar (tabela 4), percebemos que os incentivos são idênticos, ou seja: apesar da eficiência do *quadrado mágico superior esquerdo*, o *equilíbrio de Nash* (e, portanto, o resultado esperado) acaba sendo o *ineficiente quadrado inferior direito*:

Figura 16 - Equilíbrio de Nash ineficiente (não cooperativo)

	Telefônica coopera	Telefônica não coopera	
Cliente coopera 	14.000; -14.000	4.000; -6.000	
Cliente não coopera	19.000; -21.000	12.000; -18.000	

	B coopera (não delata)	B não coopera (delata)	
A coopera (não delata) 	1 ano; 1 ano	3 anos; 0 ano	
A não coopera (delata)	0 ano; 3 anos	2 anos; 2 anos	

Esse é um exemplo das muitas vezes em que a configuração das regras processuais brasileiras transforma o processo em jogo equivalente ao dilema do prisioneiro, onde comportamentos cooperativos são *dominados* por estratégias não cooperativas.

A partir de agora, estudaremos como as ciências naturais e exatas *resolvem* o problema cooperativo em face do dilema do prisioneiro. De posse dessas regras, sugeriremos mudanças

no nosso sistema processual, de modo a criar os incentivos corretos ao comportamento cooperativo.

5.3 A cooperação nas ciências naturais (cooperação como *mecanismo evolutivo*)

*O problema da cooperação é o problema central da existência do homem em sociedade,*⁶⁸⁶ bem como a *força motriz* da evolução biológica,⁶⁸⁷ riscando o caminho que liga o primeiro cromossomo existente na face da terra até o advento do ser humano em sua atual configuração.

Em termos *darwinianos*, tudo o que *vive* é projetado pela seleção natural para enriquecer sua carga genética em gerações subsequentes. Assim, um projeto evolutivo depende de proliferação genética. De outro lado, a erosão do legado genético leva qualquer projeto evolutivo à falência.⁶⁸⁸

Essa é a razão pela qual a teoria dos jogos aplica-se à evolução biológica: quando duas entidades orgânicas trabalham juntas para aumentar suas chances de sobrevivência e reprodução, diz-se que elas participam de um *jogo cooperativo de soma não-zero*. Quando seus interesses são opostos, o jogo muda e passa a ser de *soma zero*.⁶⁸⁹

Imaginemos a *sopa primal*, esse misterioso caldo formado por milhares de ingredientes de onde surgiu a vida na terra. Consideremos a existência de dois genes conectados de modo a formar hipoteticamente o *primeiro cromossomo do mundo*. A partir do momento em que esses genes se ligam um ao outro, a sobrevivência e reprodução de um passam a depender da sobrevivência e da reprodução do outro. Seja qual for a função que essa *nova* organização genética desempenhará na Terra, ela só será possível se os genes optarem por uma convivência cooperativa. Caso não o façam, a menos que ocorra algum tipo de mutação, essa nova estrutura por eles formada terá chances quase nulas de sobrevivência.

Certamente, ao longo de bilhões de anos, muitos pares de cromossomos como esse falharam em cooperar. Outros tantos certamente cooperaram e proliferaram. Ao longo do tempo, esses *pares cooperativos* serão os genes preservados pela seleção natural e que passarão a dar origem a organismos cada vez mais complexos.

⁶⁸⁶ GREENE, op. cit. p. 20

⁶⁸⁷ WRIGHT, op. cit. p. 252

⁶⁸⁸ Ibidem, p. 252

⁶⁸⁹ Ibidem.

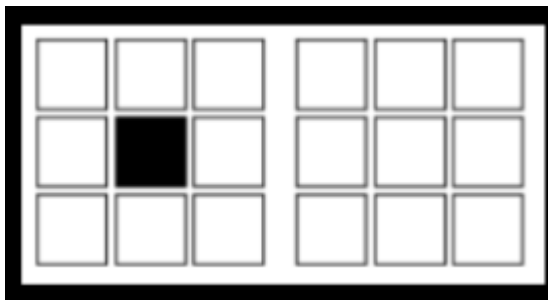
Das bactérias ao homem, esse é basicamente o cerne do processo evolutivo. Esse caminho é composto, todavia, de diversas etapas de difícil ultrapassagem, que dependem de verdadeiros *saltos evolutivos*. Esses saltos, por sua vez, também dependem de uma lógica biológica cooperativa.⁶⁹⁰

A melhor representação da necessidade cooperativa para o processo evolutivo no nível celular é devida ao matemático John Horton Conway. Em 1970, Conway criou o chamado *autômato celular* (*Conway's Game of Life*), uma espécie de *jogo* ou *simulador* eletrônico de diversas interações celulares e de suas consequências.⁶⁹¹

O *jogo* apresenta-se em um tabuleiro bidimensional, como o de xadrez, sendo que cada *casa* representa uma *célula*. As células vivas diferenciam-se das mortas pela cor (por exemplo, as casas pretas são células vivas e as brancas células mortas).

Percebe-se que uma célula viva cercada por menos de duas outras células mortas acaba também morrendo, extinguindo-se assim toda uma geração, como segue:

Figura 17 - Célula viva cercada por células mortas: resultado morte



Por outro lado, uma célula viva cercada por mais de três células vivas também morre, mas agora pela competição por espaço e recursos escassos:

⁶⁹⁰ É o caso, por exemplo, do avanço da estrutura celular procariótica (bactérias atuais) para a eucariótica (mais organizada, com DNA disposto em distintos cromossomos alocados em um núcleo), que são os *blocos construtores* das plantas e dos animais. Ibidem. p. 254.

É ainda o caso da passagem da vida unicelular para a vida multicelular. Muitos organismos unicelulares reproduzem-se sem atividade *sexual*, simplesmente dividindo-se em dois e criando uma cópia de si mesmo. Sendo certo que todos os organismos unicelulares vizinhos passam pelo mesmo processo, em determinado momento suas “cópias” acabavam fundindo-se, criando organismos multicelulares. É novamente um caso de cooperação. Não raro, uma célula com prognóstico de vida curto por falta de alimento, comete *sacrifício* para espalhar sua carga genética pelas células vizinhas. É um típico caso de jogo de cooperação. A célula *morre*, mas seu material genético *ganha e influencia* outros organismos mais saudáveis que, por sua vez, dele beneficiam-se. Ibidem. p. 257-258.

⁶⁹¹ O simulador pode ser experimentado em: <http://www.conwaylife.com>

**Figura 18 - Célula viva cercada por muitas células vivas: competição por espaço:
resultado morte**



Por fim, uma célula viva cercada de duas ou três células vivas persiste, enquanto que uma célula morta cercada por exatamente três células vivas renasce — conforme se verifica, respectivamente, nas figuras abaixo:

Figura 19 - Célula viva cercada por um número ótimo de células vivas: cooperação e sobrevivência

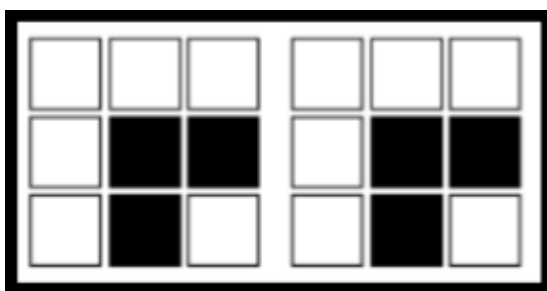
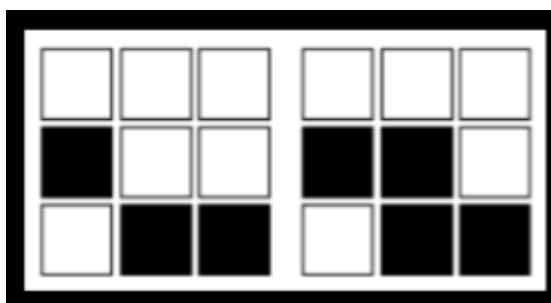
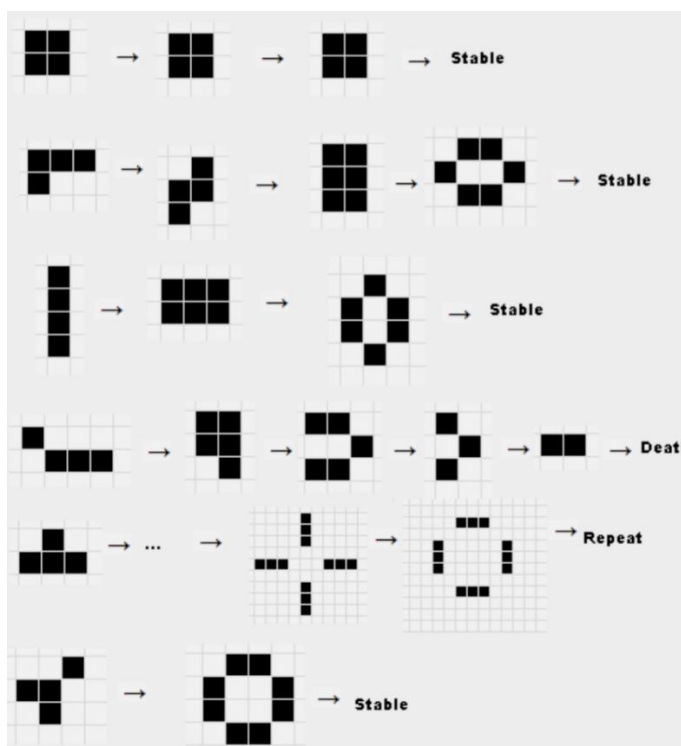


Figura 20 - Célula morta cercada por um número ótimo de células vivas: cooperação e renascimento



O simulador então, seguindo essas regras, passa a apresentar diversas estruturas celulares estáveis e não estáveis, a depender das conjunções acima. O resultado pode ser apreciado na figura abaixo:

Figura 21 - Resultados do *autômato celular* de Conway



Esse é o início do processo celular evolutivo. Organismos vivos, para evoluir, necessitam de três características: (i) multiplicação; (ii) variação; (iii) hereditariedade. Isso ocorre, por exemplo, com o metabolismo, que é basicamente um processo cooperativo de aquisição de energia através do meio ambiente para fins de multiplicação.⁶⁹²

Em seminal artigo sobre o processo evolutivo, Nowak conclui que:

dois são os princípios fundamentais da evolução: a mutação e a seleção natural. Ocorre que a evolução só existe como processo construtivo por conta da cooperação. Novos níveis de organização evoluem somente quando as unidades competitivas do nível inferior passam a cooperar. A cooperação permite especialização e, assim, promove a diversidade biológica. A cooperação é o segredo por detrás desse infinito processo evolutivo. Talvez o aspecto mais marcante da evolução seja a habilidade de gerar cooperação em um mundo competitivo. Assim, é necessário acrescentar a cooperação *como um terceiro princípio do processo evolutivo, ao lado da mutação e da seleção natural*.⁶⁹³

⁶⁹² STEARNS, Stephen C. **The evolution of life histories**, Oxford, Oxford University Press, 1992, Kindle edition, principalmente localização 1450 e sgts.

⁶⁹³ “The two fundamental principles of evolution are mutation and natural selection. But evolution is constructive because of cooperation. New levels of organization evolve when the competing units on the lower level begin to cooperate. Cooperation allows specialization and thereby promotes biological diversity. Cooperation is the secret behind the open endedness of the evolutionary process. Perhaps the most remarkable aspect of evolution is its ability to generate cooperation in a competitive world. Thus, we might add ‘natural cooperation’ as a third fundamental principle of evolution beside mutation and natural selection.” NOWAK, Martin A. **Five rules for the evolution of cooperation**, disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3279745/>

Com efeito, o que a biologia passou a estudar ao longo das últimas décadas foi exatamente o papel central da cooperação no processo evolutivo, algo aparentemente contraintuitivo.

Dizemos *contraintuitivo* porque o processo evolutivo é baseado em acirrada competição entre seres vivos, que, em tese, deveriam ser recompensados apenas pelo seu comportamento *egoísta* (autoprotetivo). Cada gene, cada célula e cada organismo seria desenhado para promover seu próprio sucesso evolutivo à custa de seus competidores.

Todavia, o que se observa é a existência de cooperação em diversos níveis de organização biológica: genes cooperam entre si no genoma; cromossomos cooperam em células eucarióticas; células cooperam em organismos multicelulares; animais cooperaram entre si e os seres humanos são os *campeões da cooperação*.

A questão é: como a seleção natural prestigia o comportamento cooperativo?

A biologia moderna estabeleceu cinco regras básicas para a evolução do comportamento cooperativo, que respondem a essa pergunta: seleção familiar (*kin selection*); reciprocidade direta (*direct reciprocity*); reciprocidade indireta/reputação (*indirect reciprocity/reputation*), espaço (*space*) e seleção de grupo (*group selection*).⁶⁹⁴

A ideia de *seleção familiar* como regra cooperativa vem bem expressa na célebre frase de Haldane: “*I will jump into the river to save two brothers or eight cousins*”.⁶⁹⁵ Essa declaração guarda em si uma fórmula matemática bastante precisa, também conhecida como *regra de Hamilton*. Ela mede o custo/benefício de um ato altruísta em razão da probabilidade de compartilhamento genético (*relatedness*) e pode expressar-se na seguinte fórmula: $r > c/b$.⁶⁹⁶

A probabilidade de dois irmãos compartilharem o mesmo gene por descendência é de 1/2, enquanto que a chance de isso ocorrer entre primos é de 1/8. Quando Hamilton aceita o afogamento para salvar dois irmãos ou oito primos, do ponto de vista da manutenção e proliferação do seu *fenótipo*, o comportamento cooperativo faz sentido.⁶⁹⁷

Para que tudo fique mais claro, a equação poderia ser reescrita assim: $rb > c$, ou seja, a proporção de genes compartilhada (r) multiplicada pelo benefício (b) daqueles que recebem o comportamento altruísta, tem de ser maior do que o custo do próprio altruísmo daquele que irá sacrificar-se (c).

⁶⁹⁴ Ibidem.

⁶⁹⁵ A expressão de Haldane foi popularizada no trabalho de WD Hamilton. Hamilton WD. J Theor Biol. 1964; 7:1

⁶⁹⁶ NOWAK, Martin A. **Five Rules for the Evolution of Cooperation**, Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3279745/>

⁶⁹⁷ Ibidem.

A regra da *reciprocidade direta* viabiliza o comportamento cooperativo fora dos círculos de parentesco. Proposta por Trivers,⁶⁹⁸ ela funciona como um dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes, ou seja, pressupõe que os indivíduos *saibam* que vão se reencontrar no futuro. A cada encontro eles podem escolher entre *cooperação* e *agressão*, sendo que o comportamento cooperativo do presente indica cooperação futura, o mesmo valendo para a agressão. Em determinado momento, as partes *percebem* que cooperar *pode valer a pena*, passando a agir de acordo daí em diante.

A regra da *reciprocidade direta* foi provada mais tarde por Robert Axelrod,⁶⁹⁹ cujo estudo *demonstra* matematicamente quais as melhores estratégias para a promoção da cooperação em diversas situações. Pela importância do tema e pela relação que enxergamos entre sua obra e o ambiente cooperativo do processo civil, aprofundaremos o estudo dessa regra na seção 5.4, ainda neste capítulo.

A *reciprocidade indireta* representa o poder da reputação no comportamento cooperativo. A reputação é o motor cooperativo das hipóteses onde não haja reciprocidade em razão da ausência de interações repetitivas, ou seja, quando uma pessoa está em condições de cooperar, mas a outra não está em condições de retribuir o ato no futuro. É o que ocorre quando fazemos doações para obras de caridade ou oferecemos uma *gorjeta* para o garçom. Ajudar os outros cria simpatia e eleva nossa reputação perante a sociedade. A nossa *recompensa* virá pela mão de terceiros, mas não por aquele que diretamente usufruiu da nossa postura cooperativa.

Diversos estudos demonstram que pessoas altruístas são mais aptas a receberem ajuda dos outros.⁷⁰⁰ O fio condutor dessa reciprocidade *difusa* é exatamente a boa reputação que o comportamento cooperativo espalha na sociedade.

O cálculo de reciprocidade indireta é difícil, mas a ideia aqui é que *esse comportamento só produz cooperação se a probabilidade (q) de conhecer a reputação de alguém excede o custo/benefício (c/b) do ato altruísta: $q > c/b$* .⁷⁰¹

Colocaremos essas ideias em prática, por exemplo, quando tratarmos da promoção do comportamento cooperativo dos magistrados. Tradicionalmente, a magistratura sempre foi uma instituição muito fechada, o que *preservava* a reputação dos magistrados, mesmo daqueles que atuam não cooperativamente (lado esquerdo da equação acima com número baixo). Nos últimos

⁶⁹⁸ TRIVERS, R. Q Rev Biol. 1971; 46:35

⁶⁹⁹ AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**, Op. cit.

⁷⁰⁰ WEDEKIND C, MILINSKI M, **Cooperation through image scoring in humans**. Science. 2000 May 5; 288(5467):850-2.

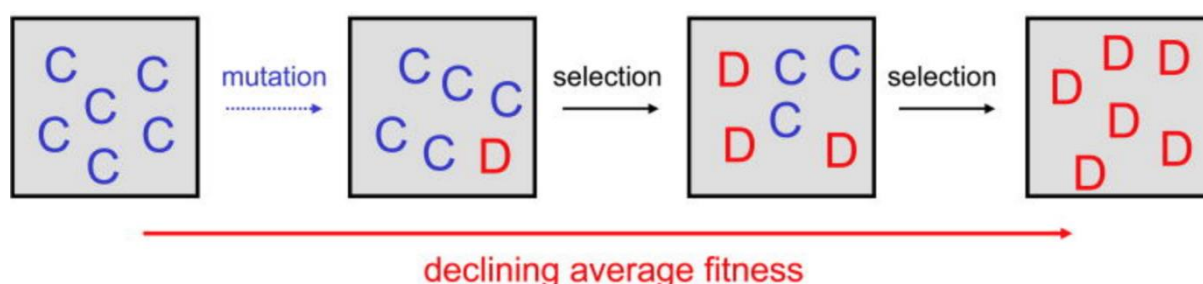
⁷⁰¹ NOWAK, Martin A. **Five rules for the evolution of cooperation**, disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3279745/>

tempos, todavia, as instituições ficaram um pouco mais expostas e, com a Internet, determinada postura do juiz pode tornar-se rapidamente conhecida por toda a comunidade jurídica e não jurídica, com enorme impacto na sua reputação (aumento do número do lado esquerdo da equação). No capítulo 7 veremos como essa *força reputacional* pode ser manipulada em prol do comportamento cooperativo de magistrados.⁷⁰²

Outra regra cooperativa é a *reciprocidade da rede*.⁷⁰³ A premissa aqui é o fato de que, em sociedade, as relações entre os indivíduos acabam sendo condicionadas por fatores espaciais e sociais, de modo que não há uma interação homogênea entre todos os participantes.

Fossem homogêneas as interações, a seleção natural privilegiaria indivíduos não cooperativos, na medida em que, nesse contato direto, o ser cooperativo (*C*) arca com um custo enquanto o não cooperativo (*D*) não arca com qualquer custo. Se as circunstâncias dessa relação não tiverem nenhuma influência no futuro, o comportamento dominante passa a ser o não cooperativo. A figura 22 ilustra bem essa ideia, que se baseia exatamente na irreal assunção de que os indivíduos interagem de modo homogêneo por toda a sociedade.⁷⁰⁴

Figura 22 - Interação homogênea e prevalência do comportamento não cooperativo⁷⁰⁵



As representações gráficas mais reais aproximam-se daquelas que apresentamos no início desta seção, a respeito da proximidade das células como condição para sobrevivência e reprodução. Por todas as condicionantes espaciais, é correto afirmar que os membros de uma sociedade relacionam-se e desenvolvem-se em *cachos*, de forma não homogênea, como nas representações gráficas que seguem:

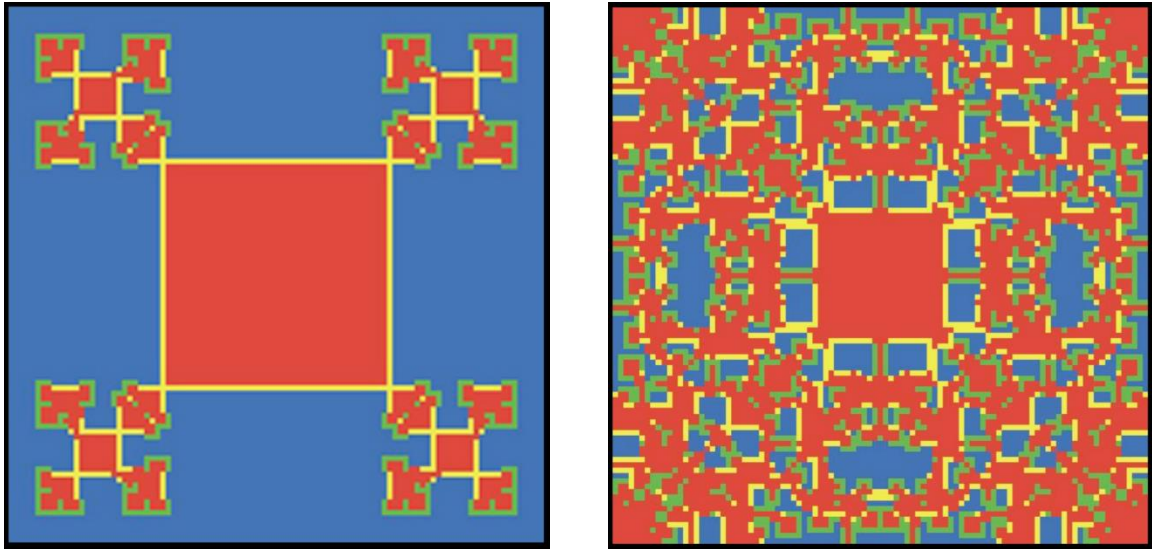
⁷⁰² Especificamente, seção 7.4.1.1.

⁷⁰³ NOWAK, p. 4

⁷⁰⁴ Smith J Maynard. **Evolution and the Theory of Games**. Cambridge Univ. Press; Cambridge, UK: 1982

⁷⁰⁵ Ibidem

Figura 23 - Interação heterogênea (em cachos)⁷⁰⁶



É esse *desenho assimétrico de redes de relacionamento* que acaba viabilizando a dominância do comportamento cooperativo. O nível de reciprocidade de rede necessário para permitir o comportamento cooperativo é proporcionado pela rede de reciprocidade quando a razão de custo/benefício da cooperação excede o número médio de vizinhos (k), por indivíduo,⁷⁰⁷ ou seja: $b/c > k$.

A última regra da cooperação é a seleção de grupo (*group selection*). Parte-se, aqui, da premissa de que mecanismos evolutivos atuam não só em indivíduos, mas também em grupos, de modo que um grupo de indivíduos cooperativos tende a ter mais sucesso do que um grupo não cooperativo. *Sucesso* aqui indica uma *taxa de fecundidade* maior. Isso implica que grupos cooperativos cresçam e dividam-se em mais de um. Dadas as limitações espaciais e de alimentos, esses novos grupos cooperativos passam a existir no lugar dos grupos não cooperativos.

Matematicamente, diz-se que a cooperação viabiliza-se se a razão de seu benefício/custo for superior à razão entre o tamanho máximo permitido para um grupo (n) e número de grupos (m) somada ao número 1, ou seja⁷⁰⁸:

⁷⁰⁶ Material de aula. Prof. Joshua Greene, Curso ministrado no Harvard College, *Spring 2017, PSY, 1002. Evolving morality. From primordial soup to superintelligent machines.*

⁷⁰⁷ Ohtsuki H, Hauert C, Lieberman E, Nowak MA. *Nature*. 2006 May 25; 441(7092):502-5.

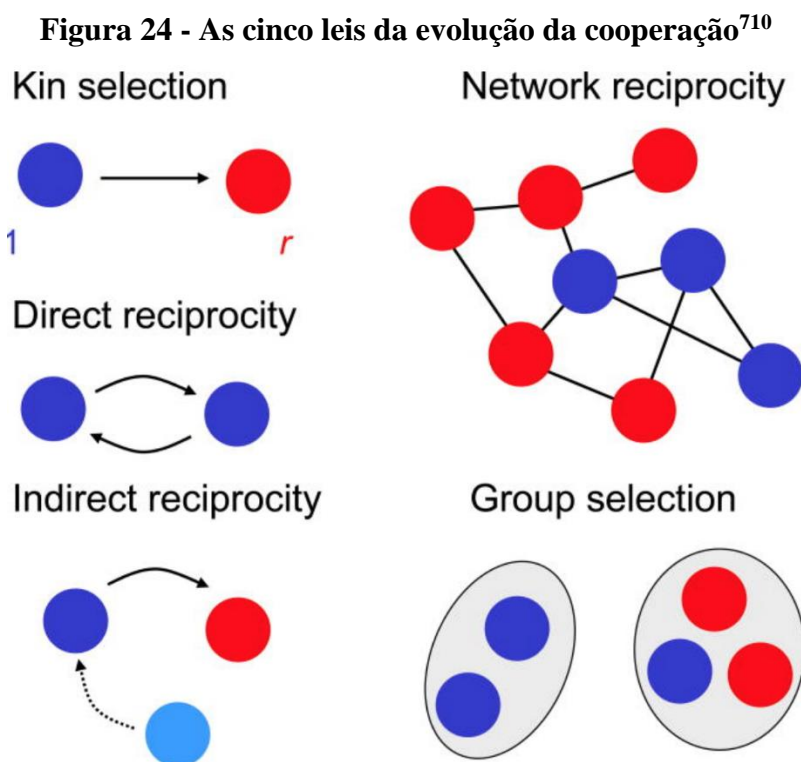
⁷⁰⁸ NOWAK, Martin A. **Five rules for the evolution of cooperation**, disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3279745/>

$$\frac{b}{c} > 1 + \frac{n}{m}$$

A forma de operação de cada uma das regras cooperativas é assim resumida por Nowak⁷⁰⁹:

- i. *A seleção familiar opera quando o doador e o destinatário de um ato altruísta são parentes genéticos.*
- ii. *A reciprocidade direta exige encontros repetidos entre os mesmos dois indivíduos.*
- iii. *A reciprocidade indireta é baseada na reputação. É mais provável que um indivíduo altruísta receba auxílio em algum momento.*
- iv. *A reciprocidade da rede significa que os agrupamentos de cooperadores superam os de desertores.*
- v. *A seleção de grupo é a ideia de que a competição não é apenas entre indivíduos, mas também entre grupos.*

Os desenhos gráficos abaixo representam bem esses mecanismos:



⁷⁰⁹ Ibidem.

⁷¹⁰ Ibidem.

Posto isso, a *moral da história* é relativamente simples: *em todas as regras de surgimento e evolução do comportamento cooperativo, a razão entre o benefício e o custo da cooperação supera algum valor crítico, seja ele a probabilidade de novos encontros entre as pessoas, a chance de disseminação genética, a importância da reputação em um determinado meio, o número de vizinhos ou as razões entre tamanho e número de grupos em um certo ambiente.*⁷¹¹

Em uma frase: *a cooperação surge quando há incentivos para tanto, ou seja, quando vale a pena.* O dilema do prisioneiro, jogado uma única vez, é a prototipagem da situação diametralmente oposta, ou seja, aquela na qual o comportamento cooperativo definitivamente não é a melhor estratégia para os jogadores.

5.4 Como promover cooperação: a lição de Robert Axelrod

Em sua famosa obra, Axelrod identifica o *problema* da busca do comportamento cooperativo em sociedade: *somos uma sociedade de egoístas, sem uma autoridade central que intermedeie nossas relações privadas.*⁷¹² Esse padrão reproduz-se em nível coletivo, nacional e mesmo internacional.

Veja-se o caso do comportamento hipotético de dois países no comércio internacional (país A e país B). Seria ótimo se ambos derrubassem suas barreiras alfandegárias. Mas seria melhor ainda, para o país A, se somente o país B o fizesse. Por outro lado, caso o país B não o faça, para A, novamente, a melhor estratégia é manter as restrições.⁷¹³

Esse exemplo nada mais é do que a versão geopolítica do dilema do prisioneiro, estudado no início deste capítulo. Nossos desejos egoísticos podem levar ao comportamento competitivo, mesmo quando a mútua cooperação for mais benéfica no geral. Isso ocorre pela presença de incentivos que acabam *premiando* o comportamento individual egoísta.

Axelrod passa então a explorar situações típicas de dilema do prisioneiro em que os jogadores interagem mais de uma vez. É como se os comparsas soubessem que seriam presos inúmeras outras vezes e que, em todas elas, o acordo de delação, nos mesmos termos, fosse oferecido. Ou então, em exemplo mais rente à realidade, é como se os países A e B intuissem

⁷¹¹ Ibidem.

⁷¹² AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*, Op. Cit. p. 3 e 6.

⁷¹³ Ibidem, p. 7.

que, no futuro, haverá inúmeras outras oportunidades de negociação para novos e vantajosos acordos comerciais.

A tese básica de Axelrod é no sentido de que, se houver um número infinito de interações, ou se houver múltiplas, mas as partes não souberem exatamente quando elas cessarão, a cooperação pode emergir. Desenvolveremos esse tema em profundidade para que possamos aplicá-lo, mais à frente, na busca por uma solução cooperativa à *litigância habitual*.⁷¹⁴

O que o autor prova é que, com as regras do dilema do prisioneiro, a única forma de fazer florescer a cooperação é através da perspectiva de múltiplas interações, se, e somente se, *o valor do amanhã* for alto para ambas as partes.

Explica-se. Cada movimento adotado pelas partes em cada *round* do jogo transmite uma informação para a parte contrária. Por exemplo, se o prisioneiro A delata no primeiro *round* enquanto o prisioneiro B coopera, talvez no segundo *round* o prisioneiro B também opte por delatar, diminuindo o *payoff* do prisioneiro A, que então passa a considerar a hipótese de cooperar. Caso no terceiro *round* A coopere e B delate, talvez B perceba que *A aprendeu a lição*, e com isso considere voltar a cooperar no *quarto round*. Assim, é possível que daí em diante ambos cooperem, passando à adoção de estratégia mais eficiente.⁷¹⁵

O problema é que, como todos sabemos, o *futuro* sempre vale menos do que o presente, pois não podemos ter certeza se ele vai acontecer ou como ele vai acontecer. Um dos prisioneiros, por exemplo, pode vir a óbito, levando ao fim do jogo.

Assim, imagina-se que a importância das rodadas futuras deva sofrer um *desconto* (vamos chamar esse desconto de δ) em relação ao valor da rodada presente. Por exemplo, imaginemos que a chance de novas rodadas seja de apenas 50%. Nesse caso, o parâmetro de desconto δ será igual a 1/2. Supondo que o comportamento mutuamente não cooperativo proveja um *payoff* de 1, na imaginada rodada seguinte esse mesmo *payoff*, trazido a valor presente, equivalerá a apenas 0,5. Pensando duas rodadas à frente, ele valerá 0,25, e assim por diante. Para um número infinito de rodadas, a descrição formal da soma dos *payoffs* é: $1 + \delta + \delta^2 + \delta^3 + \delta^4 \dots$

Nesse caso, como sabemos que δ é necessariamente maior do que 0 (0% de chances de o evento repetir-se no futuro) e menor do que 1 (100% de chances de o evento repetir-se no futuro), podemos redefinir essa soma da seguinte forma⁷¹⁶:

⁷¹⁴ Especificamente no capítulo 8, seção 8.1.

⁷¹⁵ Ibidem, p. 12.

⁷¹⁶ Ibidem, p. 13.

$$\sum_{n=0}^{\infty} \delta^n = \frac{1}{1-\delta}$$

Assim, por exemplo, se cada movimento não cooperativo futuro (de valor 1) for descontado a uma razão de 90% para valor presente ($\delta = 0,9$), jogado em infinitas rodadas, a soma dos *payoffs* será igual a 10, isso porque $\sum_{n=0}^{\infty} \delta^n = \frac{1}{1-\delta}$, então $\sum_{n=0}^{\infty} (0,9)^n = \frac{1}{1-0,9} = \frac{1}{0,1} = 10$. No mesmo caso, se o *payoff* do comportamento mutuamente cooperativo for 3, então, jogado infinitas vezes, a soma dos *payoffs* será 30.⁷¹⁷

O que Axelrod realmente prova é o fato de que a possibilidade de as partes colaborarem *em equilíbrio*, ou seja, de modo estável, depende principalmente do *valor que elas dão para o futuro*, ou seja, da possibilidade (δ) de novas interações. Se δ for suficientemente alto, a cooperação pode emergir como sendo a melhor estratégia para cada uma das partes (*estratégia dominante*).⁷¹⁸

Como Axelrod provou esse ponto? Ele convidou pessoas de todo o mundo para participar de um jogo de computador que imitava o dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes (em múltiplas rodadas, sem que os jogadores soubessem exatamente quantas seriam). Cada convidado era instado a montar a sua própria estratégia, que obviamente deveria consistir em qualquer combinação entre cooperar (*C*) ou não cooperar (*D*) a cada rodada, sempre pensando em como reagir à estratégia dos outros jogadores.

Havia um sem número de possibilidades de estratégia: sempre cooperar; nunca cooperar; cooperar até que o adversário não coopere e então puni-lo indefinidamente nunca mais cooperando; cooperar por duas rodadas apenas; cooperar e deixar de cooperar por duas rodadas caso o adversário não coopere, voltando a cooperar depois; etc.

Na primeira versão do torneio, foram convidados apenas matemáticos especializados em teoria dos jogos. Em uma segunda versão, amadores foram chamados a participar, incluindo jovens sem formação acadêmica.

Nas duas versões, venceu a mesma estratégia, conhecida como TIT FOR TAT.⁷¹⁹

Uma das mais simples estratégias, TIT FOR TAT consistia em um movimento necessariamente cooperativo na primeira rodada, passando a simular nas rodadas seguintes o

⁷¹⁷ Isso porque, $\sum = 3/1 - 0,9 = 30$

⁷¹⁸ Ibidem, p. 19

⁷¹⁹ Ibidem, p. 32-33.

comportamento que o oponente apresentou na rodada anterior. Assim, na *rodada n. 1*, TIT FOR TAT (TFT) sempre cooperava. Caso o oponente também cooperasse, TFT seguia cooperando, até que o adversário optasse por não cooperar. Se, por exemplo, já na rodada 1 o adversário não cooperasse, TFT passaria a não cooperar na rodada 2. Mas se já na rodada 2 o adversário cooperasse, TFT cooperaria na rodada 3, e assim por diante.

Na primeira simulação houve 200 *rounds*. A pontuação poderia variar entre 0 e 1.000. Uma estratégia muito bem-sucedida conseguiria em torno de 600 pontos (valor equivalente à cooperação mútua constante no dilema do prisioneiro). Uma pontuação próxima de 200 era considerada um fracasso (equivalente à postura mutuamente não cooperativa no dilema). TIT FOR TAT conseguiu 504 pontos na média. Estratégias muito mais complexas obtiveram pontuação bem inferior.⁷²⁰

Axelrod percebeu que estratégias cooperativas performavam melhor, *desde que fossem capazes de punir os detratores quando necessário*, posto que não definitivamente. TIT FOR TAT venceu exatamente por ser cooperativa e punitiva, mas também por saber *perdoar*, porque voltava a cooperar após o adversário punido mudar sua postura.⁷²¹

Todavia, é necessário observar que existem estratégias que podem enfrentar e vencer TIT FOR TAT. Como ela *perdoa e esquece* a ofensa, detratores podem explorar isso, *principalmente quando o valor do futuro for baixo*.⁷²² Todavia, quando esse valor é alto, detratores sabem que, se o fizerem, serão também detratados, de modo que subsistem os incentivos cooperativos.

Obviamente, *o valor ideal do futuro* (δ), apto a gerar cooperação, *será sempre uma função dos quatro payoffs da nossa matriz inicial* (cooperar/cooperar; cooperar/não cooperar; não cooperar/cooperar; não cooperar/não cooperar).

O gráfico 25 representa dois jogadores do dilema do prisioneiro desenvolvido em inúmeras rodadas. A linha vermelha indica o valor somado dos *payoffs* quando ambos escolhem o TIT FOR TAT (ou seja, na prática, sempre cooperam). A linha azul indica a soma dos *payoffs* quando um deles sempre detrata e o outro coopera. O eixo horizontal indica a importância do futuro para o jogo (δ , aqui marcado como w), variando entre zero (rodada única) e 1 (100% de chance de haver outra rodada). Note-se que o par de estratégias cooperativas torna-se vantajoso

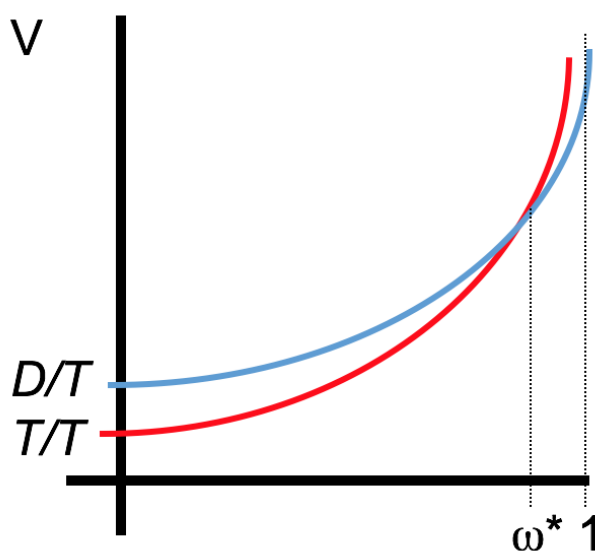
⁷²⁰ Ibidem.

⁷²¹ TFT sempre pune após um movimento não cooperativo do adversário. Algumas estratégias adversárias “aprendiam” com essa punição e passavam a cooperar nos movimentos seguintes. Quando isso ocorria, TFT voltava a cooperar na primeira oportunidade após o primeiro movimento cooperativo do adversário. Ibidem, p. 54.

⁷²² Em um jogo com poucas rodadas ou com baixa expectativa de continuidade, o *detrator* explora TFT. Ele pode, por exemplo, detrair na primeira rodada, cooperar em seguida, detrair novamente e assim por diante.

apenas a partir de um certo valor para δ , marcado no gráfico como w^* (algo em torno de 90%).⁷²³

Gráfico 25 - Dilema do prisioneiro jogado infinitas vezes e a prevalência da cooperação em razão da importância do futuro para os jogadores



Um ótimo exemplo da força dessa conclusão foi o desenvolvimento de comportamento cooperativo nas trincheiras da Primeira Guerra Mundial entre soldados de países adversários.⁷²⁴ Isso ocorreu exatamente em razão da diuturna interação entre os inimigos nas áreas de guerra, levando a vários momentos de não agressão mutuamente deliberada (conhecida como *live and let live policy*) e até mesmo a alguns momentos de confraternização (como no dia de Natal).

As ideias de Axelrod mudaram a história da teoria dos jogos, com enormes contribuições em várias áreas do conhecimento humano. Na biologia, por exemplo, a chamada *teoria dos jogos evolutiva* é capaz de prever a estabilidade de uma determinada espécie e as características necessárias para o sucesso da invasão de uma nova espécie, com nova dominância no mesmo meio ambiente.

⁷²³ Representação extraída dos slides de aula do Prof. Robert Neugeboren, ministrada no Harvard College, **Faculty of arts and sciences**, disciplina *Game Theory*, no 1o. semestre de 2017 (ECONOMICS 1050, SPRING 2017, TU, TH, 2:30-4 PM, in Harvard Hall 102), curso no qual o autor desta tese esteve regularmente inscrito. <https://canvas.harvard.edu/courses/21475>

⁷²⁴ Ibidem P. 73-87.

Diversos matemáticos contribuíram com o estudo da cooperação a partir de Axelrod. O exemplo mais bem-acabado dessa colaboração é o chamado *teorema do povo*, ou *the folk theorem*.⁷²⁵

O teorema amplifica a proposição de Axelrod no sentido de que o surgimento da cooperação em cenários de dilema do prisioneiro jogados múltiplas vezes depende do valor que os jogadores conferem ao futuro. Quanto maior esse valor, menor o parâmetro de desconto dos *payoffs* (maior o valor de δ).

Na matriz abaixo (tabela 5), as letras representam determinadas estratégias, como segue⁷²⁶:

- i. *T* significa “trigger”. A estratégia consiste em colaborar no primeiro movimento e, após, seguir colaborando até que o adversário detrate. Havendo detração, “trigger” detratará para sempre em todas as outras rodadas. “Trigger” assemelha-se a TIT FOR TAT, com a diferença de que não há perdão para a detração.
- ii. *D* significa “detraction”. Consiste em detratar sempre, independentemente da estratégia dos outros jogadores.
- iii. *C* significa “cooperation”. Consiste em cooperar sempre, independentemente da estratégia dos outros jogadores.

Na mesma matriz, os *payoffs* também estão indicados por letras. Essas letras dão apelidos aos pares de estratégias, como segue:

- i. *T* significa “Temptation”. Consiste em “explorar” o comportamento cooperativo, jogando *D* sempre que *C* for previsível na rodada. É o *payoff* (alto) para quem detrata no par *D/C*.
- ii. *R* significa “Reward”. É o *payoff* decorrente do par de estratégias mutuamente cooperativas (*C/C*).
- iii. *P* significa “Punishment”. É o *payoff* decorrente da mudança de estratégia daquele que antes cooperava. Consiste na detração mútua (*D/D*)

⁷²⁵ O nome decorre do fato de ninguém saber com precisão quem primeiro inventou o teorema. Todavia, os primeiros a demonstrar o teorema em sua configuração atual (na qual a cooperação decorre da percepção mútua de sinais cooperativos e não da presença de ameaças críveis) foram Fudenberg e Maskin. GINTIS, op. cit. p. 201

⁷²⁶ Representação extraída dos slides de aula do Prof. Robert Neugeboren, ministrada na Universidade de Harvard, Faculty of arts and sciences, disciplina *Game Theory*, no 1o. semestre de 2017 (ECONOMICS 1050, SPRING 2017, TU, TH, 2:30-4 PM, in Harvard Hall 102), curso no qual o autor desta tese esteve regularmente inscrito. <https://canvas.harvard.edu/courses/21475>

- iv. *S* significa “Sucker”. Trata-se do payoff daquele que é explorado quando colabora, recebendo detração em troca. O par de estratégias aqui é C/D.

O valor desses *payoffs* pode ser assim alinhado: $T > R > P > S$. Significa que, em determinada rodada, quem detrata explorando o comportamento cooperativo recebe o *payoff* mais alto (tal como no dilema do prisioneiro). Após, o comportamento mutuamente cooperativo é o que promove o melhor *payoff*. O menor dos *payoffs* deve-se ao jogador cooperativo que é explorado pelo detrator (por isso denomina-se “Suker”). O segundo menor *payoff* decorre da mútua defecção. Como se percebe facilmente, a estrutura de *payoffs* é idêntica à do dilema do prisioneiro.

Tabela 5 - Matriz de estratégias e *payoff* no dilema do prisioneiro

Time Average Payoffs		C	D	T
T(emptation) >	C	R, R	S, <u>T</u>	<u>R</u> , R
R(eward) >	D	<u>T</u> , S	<u>P</u> , <u>P</u>	$P+\varepsilon, P-\varepsilon$
P(unishment) >	T	R, <u>R</u>	$P-\varepsilon, P+\varepsilon$	<u>R</u> , <u>R</u>
S(ucker)				

Observe-se que o pior resultado agregado encontra-se em P/P, enquanto o mais eficiente dá-se em R/R (qualquer um deles, na matriz acima). O que Axelrod procura demonstrar é que, jogado repetidamente, R/R pode ser alcançado em equilíbrio a depender do parâmetro de desconto imposto pelo *valor do futuro*.

Na matriz abaixo (figura 25),⁷²⁷ os *payoffs* estão reescritos já considerando o jogo com *rounds* infinitos. Por isso, os valores estão multiplicados pelo parâmetro δ . Lembremos que, como esse parâmetro flutua entre 0 e 1, então os *payoffs* de um jogo devem ser multiplicados por $\frac{1}{1-\delta}$.

⁷²⁷ NEUGEBOREN, Robert, op. cit.

Figura 25 - Matriz de estratégias e *payoff* no dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes

		vezes		
		C	D	T
Discounted Payoffs	C	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$	$S/(1-\delta)$ $T/(1-\delta)$	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$
	D	$T/(1-\delta)$ $S/(1-\delta)$	$P/(1-\delta)$ $P/(1-\delta)$	$T + \delta P/(1-\delta)$ $S + \delta P/(1-\delta)$
	T	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$	$S + \delta P/(1-\delta)$ $T + \delta P/(1-\delta)$	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$

$T > R > P > S$
 $0 < \delta < 1$

Como $T > R$, então, em condições normais, T é a estratégia dominante. Todavia, conforme o valor de δ aumenta (importância do futuro), essa realidade altera-se, e R pode vir a ser a estratégia dominante.

A matriz abaixo (figura 26) demonstra essa mudança na dominância da estratégia:

Figura 26 - Matriz de estratégias e *payoff* no dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes: momento em que a estratégia cooperativa torna-se dominante⁷²⁸

		vezes		
		C	D	T
Discounted Payoffs	C	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$	$S/(1-\delta)$ $T/(1-\delta)$	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$
	D	$T/(1-\delta)$ $S/(1-\delta)$	$P/(1-\delta)$ $P/(1-\delta)$	$T + \delta P/(1-\delta)$ $S + \delta P/(1-\delta)$
	T	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$	$S + \delta P/(1-\delta)$ $T + \delta P/(1-\delta)$	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$

$$V(D/T) = V(T/T)$$

$$T + \delta P/(1-\delta) = R/(1-\delta)$$

$$T - \delta T + \delta P = R$$

$$T - R = \delta(T - P)$$

$$\delta^* = (T - R)/(T - P)$$

O ponto exato em que isso acontece pode ser chamado de δ^* .

Isso significa que, em um determinado jogo, se δ não é suficientemente alto, ou seja, se $\delta < \delta^*$, então a relação decrescente de *payoffs* é a seguinte:

⁷²⁸ NEUGEBOREN, Robert, op. cit

$$V(D/T) > V(T/T) > V(D/D) > V(T/D)$$

Claramente, *D* passa a ser a estratégia dominante, ou seja, o jogo resolve-se em equilíbrio com estratégias mutuamente não cooperativas (*P/P*). Isso vale para jogos com pouca perspectiva de repetição entre os mesmos jogadores. São os casos clássicos de dilema do prisioneiro e, **como veremos em breve, essa é a realidade do processo civil na maioria das vezes.**

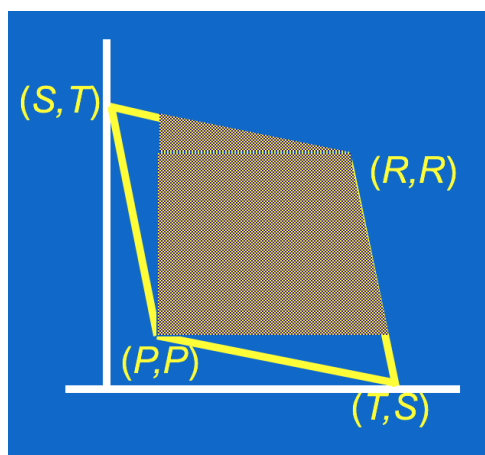
Todavia, quando $\delta > \delta^*$, ou seja, quando o futuro realmente importa, essa lógica inverte-se, e *T* passa a ser a melhor resposta para *T*, no lugar de *D*. Nesse caso chega-se ao seguinte resultado:

$$V(T/T) > V(D/T) > V(D/D) > V(T/D)$$

Nesse caso, observa-se que *trigger* é a melhor resposta para *trigger*. Assim, o par de estratégias cooperativas (mútua cooperação) passa a figurar em equilíbrio (*reward*), bem como a mútua defecção, já que *D* continua sendo a melhor resposta para *D* (*punishment*). **No capítulo 8 verificaremos que esse é o cenário válido, no processo civil, para os chamados litigantes habituais.**⁷²⁹

É nessa constelação de múltiplas estratégias e equilíbrios mais ou menos cooperativos (a partir do valor do futuro para os jogadores) que surge o chamado *teorema do povo*, demonstrado no gráfico 26:

Gráfico 26 - Teorema do povo⁷³⁰



⁷²⁹ Capítulo 8.

⁷³⁰ NEUGEBOREN, Robert, op. cit

A grande contribuição aqui é a demonstração de que, jogado repetidas vezes, um jogo do tipo dilema do prisioneiro pode produzir uma infinidade de resultados em equilíbrio, a depender do valor do futuro (δ) para os jogadores.

Em rodada única, como vimos, o *equilíbrio de Nash* é um par de estratégias não cooperativas. Aqui a soma dos *payoffs* é baixa e ineficiente, como representada no ponto P/P do losango (canto esquerdo inferior).⁷³¹

Com repetidos *rounds* e a depender do valor do futuro (que cresce no gráfico em diagonal para cima e para a direita), os *payoffs* vão aumentando, ou seja, a cooperação vai emergindo, caminhando-se no losango em direção a R/R, onde o comportamento cooperativo é absoluto.

Em termos formais, o teorema *prova* que *qualquer* payoff *Pareto superior ao resultado do dilema jogado uma única vez pode ser sustentado em equilíbrio*,⁷³² desde que o parâmetro de desconto (ou seja, o valor do futuro para as partes, ou δ) seja suficientemente alto.

Para todos os valores de δ que proporcionam os *payoffs* dos infinitos pontos que ligam o vértice P/P ao vértice R/R, existem múltiplas possibilidades de equilíbrio (com o nível de cooperação aumentando junto com o valor de δ). Em outras palavras, se o futuro importar o suficiente, haverá *zilhões* de estratégias em equilíbrio preenchendo a área amarela do losango, aumentando seu nível de eficiência em direção do vértice R/R.

Obviamente, o *folk theorem*, como todo e qualquer modelo econômico, parte de simplificações e suposições. Uma delas, bastante criticada, é a pressuposição de que toda a carga informacional trazida por cada jogada é conhecida e assimilada perfeitamente por todos os jogadores antes de sua decisão na jogada posterior.⁷³³ Em outras palavras: se na rodada n o jogador A cooperou ou detratou, o jogador B saberá disso e levará isso em conta antes de fazer sua escolha na rodada $n+1$. Isso, na vida real, nem sempre é verdade, principalmente em grandes coletividades. Todavia, como bem demonstra o exemplo das trincheiras na Primeira Guerra Mundial, o coração do teorema parece refletir a “alma” das tendências cooperativas. No processo, como veremos, a *memória do comportamento das partes e do juiz em processos anteriores* pode ser viabilizada por ferramentas tecnológicas.⁷³⁴

⁷³¹ Observe-se que os *payoffs* (S,T) e (T,S), decorrentes da exploração por um jogador (*temptation*) do comportamento cooperativo do outro (*sucker*), não estão em equilíbrio (estão fora do losango).

⁷³² Na verdade, em *subgame perfect Nash equilibrium* (SPNE, ou *equilíbrio de Nash em cada um dos rounds do dilema do prisioneiro*). Estudaremos melhor esse conceito mais à frente.

⁷³³ GUINTIS, op. cit., p. 214

⁷³⁴ Capítulo 11, seção 11.4: *A inteligência artificial e o futuro do processo civil: precedentes, litigância de boa-fé e decisão por algoritmos*

5.4.1 Estratégias para a promoção da cooperação

Em seu livro, após a demonstração da tese, Axelrod assume a perspectiva de um reformador cujo objetivo é a promoção social do comportamento cooperativo.⁷³⁵ Em resumo, o incrível cientista afirma que as medidas a serem tomadas pelo reformador podem ser divididas em três categorias: aumento da importância do futuro; alteração dos *payoffs* dos quatro pares possíveis de estratégia da matriz; ensino de valores e habilidades promotoras de cooperação aos jogadores.⁷³⁶

A elevação da importância do futuro (δ) é o caminho a ser trilhado quando o reformador não deseja ou não pode alterar as regras do jogo. Basicamente, isso significa aumentar a possibilidade de que os jogadores encontrem-se novamente, ou mesmo aumentar o tempo de interação entre eles em cada rodada. É importante, ainda, que não haja uma valorização excessiva do presente em relação ao futuro (o que ocorreria, por exemplo, se um dos jogadores soubesse que ficará doente no futuro e não terá condições de usufruir da gratificação, preferindo fortemente uma recompensa imediata).

Exemplos cotidianos do tipo de ambiente com essas características são os ocupados pelos trabalhadores não itinerantes ou pelos vendedores que sempre reencontram seus clientes em negócios subsequentes. Nesses casos, o surgimento da cooperação é bastante provável.⁷³⁷ Para todas essas hipóteses, o conhecimento e a lembrança pelos jogadores do comportamento do adversário nos *rounds* anteriores é absolutamente essencial.

É por isso que, no ambiente processual, essa específica forma de promoção da cooperação pode funcionar nas interações dos litigantes habituais com o sistema de justiça.

A alteração dos *payoffs* é a solução para quando o reformador não enxerga possibilidade de tornar a cooperação atrativa no longo prazo, ou porque a possibilidade de reencontros é baixa ou porque a valorização do presente é excessiva.

Nesses casos, o que se pretende é o *desfazimento do dilema*, ou seja, a *alteração do jogo*, de modo que passem a existir incentivos cooperativos mesmo para o curto prazo.

⁷³⁵ Op. cit., p. 124-141

⁷³⁶ Ibidem, p. 126

⁷³⁷ Axelrod demonstra como é fácil invasão de um ambiente dominado por indivíduos não cooperativos por um grupo que adote TIT FOR TAT por estratégia. Se os grupos forem pequenos e a possibilidade de novas interações for de 90% ($\delta = 0,9$), a cooperação emergirá com apenas 5% de interações cooperativas para dominarem o ambiente, pressupostos os seguintes *payoffs*: $T=5, R=3, P=1, S=0$. p. 131.

Um exemplo pode ajudar na compreensão dessa *estratégia* em prol da cooperação. Todos sabemos que as pessoas não gostam de pagar impostos, porque os benefícios são tão difusos que parecem não compensar os custos individuais (benefício marginal vs. custo marginal). Todavia, se todos pensarem da mesma forma (*free-rider problem*), o Estado “irá à falência”. Por isso é preciso que a sonegação fiscal seja tipificada como conduta criminosa, de modo que o comportamento cooperativo passe a *valer a pena* frente às consequências da sonegação.⁷³⁸ Não é outra a intenção de Rousseau quando afirma que *o papel do governo é ter certeza de que todo cidadão será forçado a ser livre*.⁷³⁹

Se ainda houver alguma possibilidade de interação futura entre os jogadores, a estrutura de *payoffs* não precisa mudar por completo, bastando calibrá-la de modo a contrabalancear o baixo valor de desconto (δ).

Todavia, quando δ for muito baixo, não há outro remédio que não uma radical alteração de estrutura, de modo a modificar o *tipo de jogo*. Comparem-se, por exemplo, as tabelas abaixo (figura 27):

Figura 27 - Comparação entre o Dilema do Prisioneiro e o Assurance Game (Stag Hunt)⁷⁴⁰

Prisoner's Dilemma

3, 3	0, 5
5, 0	1, 1

Assurance Game

3, 3	0, 2
2, 0	1, 1

A tabela da esquerda representa o dilema do prisioneiro jogado uma única vez. Como já estudamos, os incentivos presentes (estrutura dos *payoffs*) tornam virtualmente impossível a adoção de um comportamento cooperativo pelas partes. Nesses casos, o único equilíbrio viável é o par de estratégias não cooperativas, cujos *payoffs* em vermelho comprovam a ineficiência.

⁷³⁸ AXELROD, Robert, op. cit., p. 133.

⁷³⁹ Ibidem.

⁷⁴⁰ NEUGEBOREN, Robert, op. cit.

O resultado que seria *Pareto superior* (canto esquerdo superior) é individualmente inacessível e coletivamente instável.⁷⁴¹

Já a tabela da direita representa um outro tipo de jogo (*assurance game*, também chamado de *Stag Hunt*). Nele, a estrutura dos *payoffs* é completamente diferente. Note-se que, se o jogador *A* resolve cooperar (linha superior), a melhor resposta para o jogador *B* é cooperar também (coluna esquerda), pois ele ganhará 3 pontos ao invés de apenas 2. O mesmo acontece quando o jogador *B* faz o primeiro movimento, optando por cooperar. A melhor resposta para o jogador *A* será cooperar também, pois ganhará 3 pontos ao invés de apenas 2. Por fim, pode-se provar que o primeiro movimento de qualquer desses jogadores será necessariamente cooperativo, pois eles sabem que, nesse caso, os incentivos presentes levarão à cooperação do outro.

Há um clássico exemplo anedótico que pode ilustrar melhor a estrutura desse jogo. Imagine-se uma (lamentável) caça a animais silvestres com dois indivíduos. O objetivo é abater um cervo (três pontos para cada jogador) ou duas lebres (um ponto por lebre abatida). A caça ao cervo é mais difícil e mais desejada. Ela só é possível se os caçadores atuarem em dupla (comportamento cooperativo). Já a caça à lebre pode ser feita individualmente. O problema da opção pelo cervo é que, caso o outro caçador não colabore, a caça restará frustrada e o caçador que optou pelo cervo voltará sem qualquer resultado, enquanto que o outro (que preferiu não colaborar), ainda poderá obter as duas lebres.

A estrutura de *payoffs* torna mais vantajosa a caça colaborativa ao cervo do que a competição pelas lebres. No primeiro caso, ambos obterão três pontos. No segundo, cada um abate uma lebre (apenas 1 ponto para cada).

Esses são os únicos pares de estratégia em equilíbrio de Nash. Ocorre que um equilíbrio é mais eficiente do que o outro. Então, porque os jogadores são racionais, ambos optarão pela caça cooperativa ao cervo (equilíbrio eficiente, quadrado superior esquerdo da matriz).

Em resumo, no *assurance game*, o resultado *Pareto superior* é atingido coletivamente e configura um *equilíbrio de Nash*. Significa que esse *quadrado mágico* só pode ser atingido pela interação das partes graças aos incentivos envolvidos (*payoffs*). Uma vez alcançado, é possível prever que nenhuma das partes deixará de cooperar. Por isso, diz-se que esse equilíbrio é *self-enforcing*, ou seja, sustenta-se por ele mesmo.

No processo civil, isso ocorre, como veremos em breve, quando se alteram a lei e a jurisprudência de modo a tratar com maior rigor a litigância de má-fé ou quando os meios

⁷⁴¹ NEUGEBOREN, Robert, op. cit.

executivos tornam-se mais efetivos. Esse *shift* transforma a natureza do jogo processual, promovendo o comportamento cooperativo.

Ainda segundo Axelrod, duas outras formas de promover cooperação são (i) ensinar os indivíduos a preocuparem-se com o próximo e (ii) ensinar reciprocidade.⁷⁴²

A primeira via está diretamente ligada à ideia de bem-estar social. Trata-se da incorporação da ideia de *welfare*, de tal forma que o bem-estar do próximo componha a função de utilidade do próprio indivíduo. A segunda vincula-se à ideia de que a cooperação unilateral leva à exploração, que, como vimos no dilema do prisioneiro, é insustentável. O sucesso da estratégia TIT FOR TAT nas competições promovidas por Axelrod ilustra bem essa necessidade de retaliação (punição) para o sustento do ambiente cooperativo.

Por fim, o autor coloca a capacidade de reconhecimento entre os jogadores como importante para a promoção da cooperação.⁷⁴³ Explica-se: em um cenário onde a cooperação surge a partir de múltiplas interações, é fundamental que o jogador A reconheça no próximo *round* que o jogador B que está à sua frente foi o mesmo com quem ele jogou no *round* anterior. É ainda muito importante que ele se lembre qual foi o comportamento pretérito do adversário, ou seja, se no *round* passado o jogador B cooperou ou não. Só assim o comportamento do jogador A poderá ser ajustado para, se for o caso, proporcionar a devida punição, incentivando o comportamento cooperativo para os *rounds* futuros.

Sem esse *reconhecimento* seria impossível falar em reciprocidade.

Quando essa habilidade de reconhecimento é baixa, o *sistema* precisa criar mecanismos para melhorá-la. Um bom exemplo é o caso das bactérias. Por terem mínima capacidade de reconhecimento do ambiente à sua volta, elas interagem exclusivamente com um único jogador (seu hospedeiro). Assim elas *sabem* que qualquer mudança de ambiente só pode ser atribuída a esse específico jogador.⁷⁴⁴

Essa característica é tão importante do ponto de vista evolutivo que nós, seres humanos, desenvolvemos uma específica estrutura cerebral especializada apenas em reconhecimento de faces,⁷⁴⁵ o que nos tornou os campeões mundiais da cooperação⁷⁴⁶ (certamente contribuindo decisivamente para nossa dominância no planeta).⁷⁴⁷

⁷⁴² Op. cit. p. 134-139.

⁷⁴³ Ibidem, p. 139-141.

⁷⁴⁴ Ibidem, p. 140.

⁷⁴⁵ Ibidem, p. 140

⁷⁴⁶ GREENE, op. cit, p. 65

⁷⁴⁷ É essa específica estrutura que torna o comportamento cooperativo muitas vezes intuitivo entre os seres humanos. Interessante estudo demonstrou que, quanto mais rápido as pessoas decidem, mais cooperativas elas tornam-se. Quanto mais tempo para reflexão elas têm, menor é a taxa de cooperação. O gráfico abaixo ilustra bem

A proposta aqui é simples: em jogos repetitivos, a melhora das capacidades de reconhecimento dos jogadores e de suas posturas pretéritas pode elevar a taxa cooperativa.⁷⁴⁸

No processo civil, veremos como o manejo correto dos dados de litigância dos chamados *litigantes habituais* pode auxiliar o sistema a prover os incentivos adequados para um futuro comportamento cooperativo por parte desses mesmos litigantes.

5.4.1.1 Principal premissa do comportamento cooperativo: o poder da punição

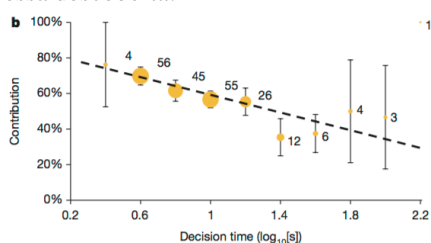
Até aqui estudamos a cooperação em suas mais variadas vertentes. A principal revelação foi a destruição do mito de que o comportamento cooperativo é um ato desinteressado e de bondade.

O que fica provado é que *cooperamos por necessidade*, normalmente como mecanismo de sobrevivência no processo evolutivo. Mas, mesmo quando o fazemos por razões altruístas, a preocupação com o próximo acaba incluindo o bem-estar do outro na nossa própria *função de utilidade*. É dizer: *o bem do próximo acaba sendo importante para o meu bem-estar*.⁷⁴⁹

As razões dessas conclusões foram exaustivamente debatidas até aqui. Todavia, antes de aplicar todo esse conhecimento no estudo da cooperação no processo civil, é preciso decantar o mecanismo que está por detrás de todas as estruturas cooperativas até aqui estudadas: a punição.⁷⁵⁰

Quando afirmamos que *cooperamos por necessidade*, isso significa que existe alguma espécie de *punição* ao comportamento não cooperativo, no sentido de que ele nos confere *menos utilidade* do que o comportamento cooperativo. É o que se vê no *dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes com grande valor para o futuro*, ou mesmo na hipótese do *assurance game*.

essa descoberta:



RAND, David, GREENE, Joshua, NOWAK, Martin A, 2012, **Spontaneous giving and calculated greed**, in Nature 489 (7416), p. 427-430, disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/54763f79e4b0c4e55ffb000c/t/594d7c67d1758e0c4e9a5bec/1498250346126/spontaneous-giving-and-calculated-greed.pdf>

⁷⁴⁸ AXELROD, op. cit. p. 140.

⁷⁴⁹ Nesse sentido: RIDLEY, Matt e LOW, Bobbi S. Can selfish save the environment? in The Atlantic Daily, September, 1993 issue. Disponível em: <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1993/09/can-selfishness-save-the-environment/305865/>

⁷⁵⁰ GREENE, op. cit. p. 80.

Quando não é esse o caso, ou seja, quando a cooperação não confere vantagens aos jogadores, configura-se o dilema do prisioneiro jogado em uma única rodada, ambiente cuja estrutura de recompensas promove apenas comportamentos não cooperativos.

Um grupo de pesquisadores liderados por Joseph Henrich conduziu um estudo antropológico em dezenas de países de todos os continentes do mundo, buscando identificar tendências cooperativas nos membros das mais variadas sociedades. As pessoas objeto do estudo *jogaram* três jogos diferentes.⁷⁵¹

O primeiro jogo foi o famoso *The Ultimatum Game*,⁷⁵² envolvendo dois jogadores. O jogo funciona da seguinte forma: ao jogador *A* é dada uma soma em dinheiro. Ele deve escolher uma forma de dividir o montante com o adversário, o jogador *B*. A contraparte, por sua vez, pode aceitar ou não a divisão proposta. Caso aceite, cada um terá direito ao seu quinhão conforme a oferta inicial. Em caso de recusa, ambos os jogadores ficam sem nada (punição). Os jogadores não se conhecem e tudo é feito anonimamente. As regras são conhecidas por ambos.

Ofertas maiores são consideradas mais *cooperativas* do que ofertas menores.

Os pesquisadores concluíram que os resultados apresentam enorme variação de sociedade para sociedade.⁷⁵³

Em um dos extremos figurou a cidade de Machiguenga, no Peru, onde as ofertas dos que encarnaram o jogador *A* foram, na média, de apenas 25% do valor total a ser dividido (exemplo: se o valor a ser dividido era de \$100, a oferta média foi de \$25). Todavia, quase não houve rejeição da oferta por parte do jogador *B*.

Para ter-se uma ideia, nos Estados Unidos e na maioria dos países desenvolvidos, a média das ofertas foi de 44%, sendo que a oferta mais comum foi a de 50% (totalmente igualitária). Nesses países, ofertas abaixo de 20% foram rejeitadas em 50% dos casos.⁷⁵⁴

⁷⁵¹ HENRICH, Joseph, BOYD, Robert et al. *In search of homo economicus: behavioral experiments in 15 small-scale societies*, in *The American Economic Review*, vol 91, n 2, may 2001, p. 73-78

⁷⁵² Esse “jogo” foi inventado pelo economista alemão Werner Guth, com o objetivo de descobrir a relação entre os processos de oferta e aceite na negociação entre dois jogadores. Apenas três anos após a publicação de seu trabalho, Kahneman e Thaler elaboraram jogo praticamente idêntico, sem saber da existência do trabalho alemão. O fato é que os resultados das diversas pesquisas elaboradas através desse jogo revelaram um dos principais *insights* da economia comportamental: as pessoas estão dispostas a *punir* comportamentos injustos mesmo que essa punição também as prejudique. GUTH, Werner, **An experimental analysis of ultimatum bargaining**, in *Journal of Economic Behavior & Organization*, Vol 3, Issue 4, December 1982, Pages 367-388; THALER, Richard, op. cit., p. 140-141.

⁷⁵³ HENRICH, Joseph, BOYD, Robert et al, op. cit. p. 74

⁷⁵⁴ É o mesmo resultado obtido por Thaler e Kahneman nos anos 1980, nos EUA. THALER, Richard, op. cit. p. 141.

Cidades muito pequenas, mesmo em países não desenvolvidos, apresentaram resultado semelhante a essa média. Um pequeno vilarejo no Zimbábue, por exemplo, teve ofertas médias de 45% do montante objeto de divisão.⁷⁵⁵

No outro extremo, Aché, no Paraguai, e Lamera, na Indonésia, apresentaram médias de oferta superiores a 50%, todas aceitas. Já em Au, vilarejo de Papua Nova Guiné, as ofertas médias também foram superiores a 50%, mas aqui algo inusitado aconteceu: as propostas foram todas rejeitadas, tanto as grandes quanto as pequenas.⁷⁵⁶

O segundo jogo que compôs o experimento foi o chamado *The Public Goods Game*,⁷⁵⁷ verdadeira versão de laboratório da *tragédia dos comuns*⁷⁵⁸ e, por que não dizer, da *tragédia da Justiça*.

Nesse jogo, indivíduos podem contribuir para um fundo comum, que vai sendo enriquecido pelo pesquisador no mesmo montante da soma das contribuições individuais alocadas (assim, se em uma rodada os jogadores contribuem com um total de \$50, o pesquisador aloca mais \$50 no mesmo fundo) e então passa a ser dividido por igual entre os participantes ao fim daquela mesma rodada. Quanto mais dinheiro é colocado, mais ele se multiplica pela alocação extra feita pelo próprio pesquisador no mesmo montante do valor recolhido naquela rodada. Os incentivos aqui ficam claros: se todos os participantes contribuírem com o valor máximo, o grupo todo beneficia-se ao máximo, pois esse valor será dobrado e dividido por igual entre todos. Todavia, individualmente falando, o melhor é não contribuir (*free-riding*), economizando os custos e dividindo por igual os benefícios.

Normalmente, em países desenvolvidos do Ocidente, a média de contribuições gira em torno de 40% a 60% do total possível (o pesquisador fixa um teto de contribuição), sendo que a maioria dos indivíduos contribui ou com o valor total ou com zero. Já em Machiguenda, no Peru, a média de contribuição é de apenas 22% do valor total possível, sem que sequer um único jogador tenha contribuído com o valor *cheio*. De outro lado, em Tsimané, na Bolívia, poucos indivíduos contribuíram com o valor máximo e poucos não contribuíram com nada. De modo

⁷⁵⁵ HENRICH, *ibidem*, p. 74

⁷⁵⁶ Isso ocorreu por conta da cultura local, segundo a qual a aceitação de uma oferta generosa obriga o recipiente a uma determinada contrapartida, subordinando-o ao ofertante. GREENE, Joshua, *OP. CIT.* P. 72.

⁷⁵⁷ O conceito de bem público (*public good*) é devido a Paul Samuelson (1954). O jogo em questão vem sendo utilizado por inúmeros economistas, psicólogos e sociólogos para estudar o comportamento humano em relação a esses bens. (THALER, *op. cit.* p. 144). Em diversas formulações possíveis, o jogo consiste em criar conflitos entre interesses individuais egoístas de curto prazo (*free-rider problem*) e interesses coletivos de contribuição para a manutenção de um bem público no longo prazo (Holt, Charles A., and Susan K. Laury. 1997. **Classroom Games: Voluntary Provision of a Public Good.** *Journal of Economic Perspectives*, 11(4): 209-215), como o meio ambiente, as estradas e o sistema de justiça.

⁷⁵⁸ GREENE, *op. cit.* p. 71.

geral, assim como no *The Ultimatum Game*, os resultados também variaram muito de um lugar para outro.

Por fim, a pesquisa testou um último jogo, conhecido como *The Dictator Game*.⁷⁵⁹ Esse jogo é parecido com o primeiro, referindo-se também a uma divisão de dinheiro entre dois jogadores. Aqui, todavia, o jogador *B* não tem o poder de punir o jogador *A*, sendo obrigado a aceitar a divisão proposta por ele (o *ditador*). Assim, se, de um montante de \$100, o jogador *A* resolve dividir apenas \$1 com o jogador *B*, nada há que se fazer em termos punitivos. *B* ficará com \$1 e *A* com \$99.

Da mesma forma que no *The Public Goods Game*, a média dos países desenvolvidos do Ocidente apontou para uma maioria que, ou dividia o montante original em partes iguais, ou ficava com todo o valor (não contribuía com nada). Em Tsimané, mais uma vez, o padrão do jogo anterior repetiu-se: 32% dos participantes ofereceram algo, sendo que nenhum indivíduo deixou de repartir ao menos uma pequena fração do valor. Já em Orma, no Kênia, a oferta mais comum foi de 50% do valor, enquanto que em Hadza, na Tanzânia, essa oferta foi de apenas 10%.⁷⁶⁰

Como era de se esperar, os pesquisadores concluíram que as diferenças nas estratégias observadas refletem as diferenças culturais das sociedades analisadas.

Os autores então classificaram essas sociedades de duas formas.

A primeira forma de classificação das sociedades era o *ranking de payoffs cooperativos*, indicando em que nível as pessoas daquelas comunidades beneficiam-se da cooperação no cotidiano. Na cidade peruana de Machiguenda, por exemplo, as famílias vivem de modo independente, enquanto que em Lamerada (Indonésia), a caça a baleias é a forma principal de subsistência (essa caça dá-se sempre em grupos de em média 12 pessoas, ou seja, de modo cooperativo).⁷⁶¹

Consistentemente com esse padrão, lembremos que o comportamento cooperativo observado nos jogos em Lamerada foi bem superior ao medido em Machiguenda (os cidadãos de Lamerada ofereceram o dobro no *ultimatum game*, em comparação com os de Machiguenda).

⁷⁵⁹ Também desenvolvido por Kahneman e colegas, esse jogo surgiu de uma variação do *The Ultimatum Game* (THALER, op. cit. p. 141). O jogo revela um dos vieses do comportamento humano mais estudados na economia comportamental (*bonded self interest*). Não se trata propriamente de um jogo, já que basicamente apenas um jogador decide o montante a ser repartido com outra pessoa, sem qualquer possibilidade de punição. Os resultados mostram que as pessoas são mais generosas do que normalmente deles se espera. Kahneman, Daniel; Knetsch, Jack L.; Thaler, Richard H. (1986-01-01). **Fairness and the Assumptions of Economics**. *The Journal of Business*. 59 (4): S285–S300.

⁷⁶⁰ HENRICH, Joseph, BOYD, Robert et al., op. cit. p. 76.

⁷⁶¹ HENRICH, Joseph, BOYD, Robert et al., op. cit. p. 76

A segunda classificação ranqueou essas sociedades pelo seu *nível de integração econômica*, ou seja, pelo nível de confiança que as pessoas têm nas trocas de mercado do dia a dia. O pressuposto aqui é o de que a economia de mercado nada mais é do que uma forma de cooperação em larga escala.⁷⁶²

Os pesquisadores concluíram que a importância da cooperação no dia a dia e o nível de integração econômica explicam mais de 2/3 de todas as variações apresentadas no estudo.

Em estudo mais recente, ficou novamente demonstrado que o nível de integração econômica tem correlação direta com o altruísmo no *dictator game*.⁷⁶³

Outra correlação que fica clara é o fato de que as sociedades em que as pessoas são mais cooperativas são aquelas em que há maior disposição para punir comportamentos não cooperativos.⁷⁶⁴

Em recente estudo conduzido por Benedikt Herrman, examinou-se em larga escala a relação entre cooperação e punição (em grandes cidades do mundo). Para tanto, os participantes jogavam o *The Public Goods Game* em três versões diferentes. Como regra, os jogadores poderiam punir os *free-riders* (*social punishment*). Em outra versão, os jogadores menos colaborativos podiam punir os colaborativos, exatamente pelo fato de eles terem colaborado (*antisocial punishment*).⁷⁶⁵ Em uma terceira versão do jogo, proibiu-se qualquer tipo de punição.

O gráfico 27 representa os resultados do jogo sem possibilidade de qualquer punição. Observe-se que, nas primeiras rodadas, a contribuição começa alta (ainda que varie bastante de cidade para cidade). Após, conforme as rodadas vão passando, as contribuições caem (*free-rider problem*), ou seja, as pessoas tentam aproveitar-se da vantagem de contribuir menos, mas de participar por igual da divisão do montante final). No fim, as contribuições despencam e, em alguns casos, chegam quase a zero (falência completa do sistema, tragédia consumada).

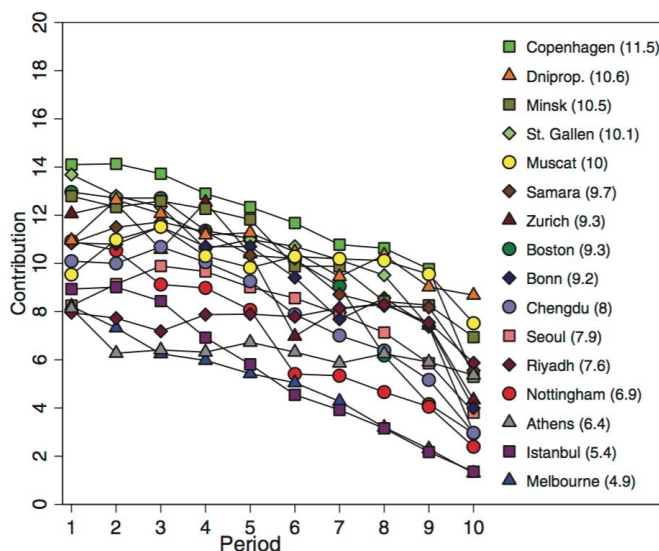
⁷⁶² Ibidem, p. 76. Para que alguém troque uma mercadoria por outra, ou por dinheiro, é preciso que se confie na pessoa que vai vender o bem, de modo a acreditar que a obrigação será cumprida tal como prometido.

⁷⁶³ ELLINGSEN, T.B.HENRICH et. al, 2012, **Civic capital in two cultures: The nature of cooperation in Romania and USA**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179575, acesso em 20/08/2017.

⁷⁶⁴ A conclusão é tão importante que foi objeto de outro paper, decalcado da mesma pesquisa: HENRICH, Joseph, MCELREATH, Richard; BARR, Abigail et al. **Costly Punishment Across Human Societies**, in *Science*, 312, 2006, p. 1767-1770, especificamente, p. 1767

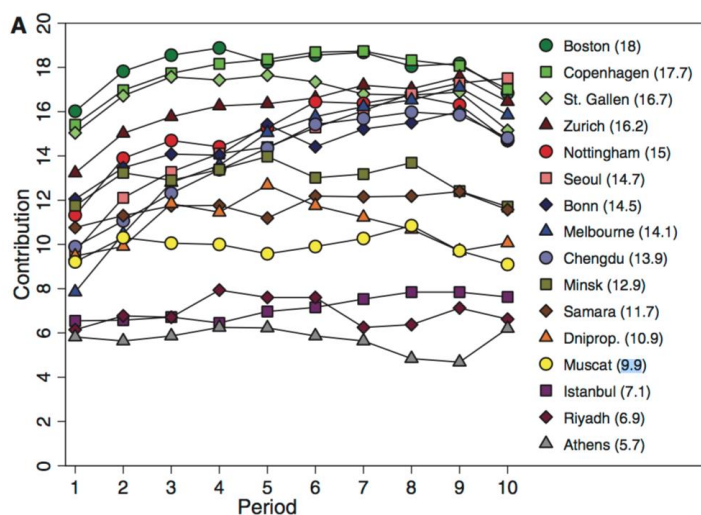
⁷⁶⁵ Trata-se de uma interessante e não previsível força social: a vontade dos *free-riders* de punirem os cidadãos cooperativos, seja por vingança, seja como forma de defesa da própria postura. O fato é que há uma grande correlação entre a presença desse comportamento e a incipiência da cooperação das sociedades estudadas.

Gráfico 27 - *The Public Goods Game*, versão sem punição⁷⁶⁶



Já quando jogado da forma tradicional, ou seja, com possibilidade de punição dos *free-riders*, as taxas de cooperação (valores de contribuição) mantiveram-se ao longo das rodadas, como se pode ver claramente da representação abaixo (gráfico 28):

Gráfico 28 - *The Public Goods Game*, versão com punição⁷⁶⁷



Comprovada a importância da possibilidade de punição para manutenção das taxas de contribuição (e de cooperação), os pesquisadores buscaram entender o porquê de o nível de cooperação variar tanto de uma cidade para outra. Com efeito, em lugares como Boston e Copenhague, a contribuição já é alta desde a primeira rodada, crescendo ainda mais nas

⁷⁶⁶ HERRMANN, Benedikt, et al. *Antisocial Punishment Across Societies*, in *Science* 319, 1362 (2008); p. 1365

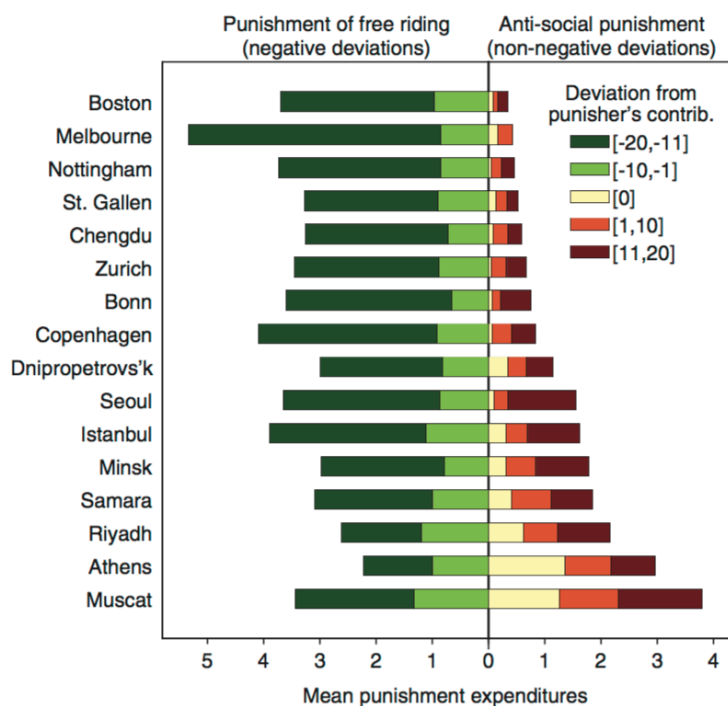
⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 1364

subsequentes. Já em cidades como Seul, a cooperação inicia-se baixa e aumenta substancialmente com a punição. Por fim, em ambientes como Atenas e Riyadh, as taxas são baixas desde o início, mantendo-se no mesmo patamar mesmo após as possibilidades punitivas.

A solução do mistério veio através da medição dessa *antiforça social* chamada de *antisocial punishment*, que é a possibilidade de os cidadãos cooperativos serem punidos pelos não cooperativos, em uma espécie de vingança ou de *comportamento autoprotetivo* daqueles que se recusam a cooperar.

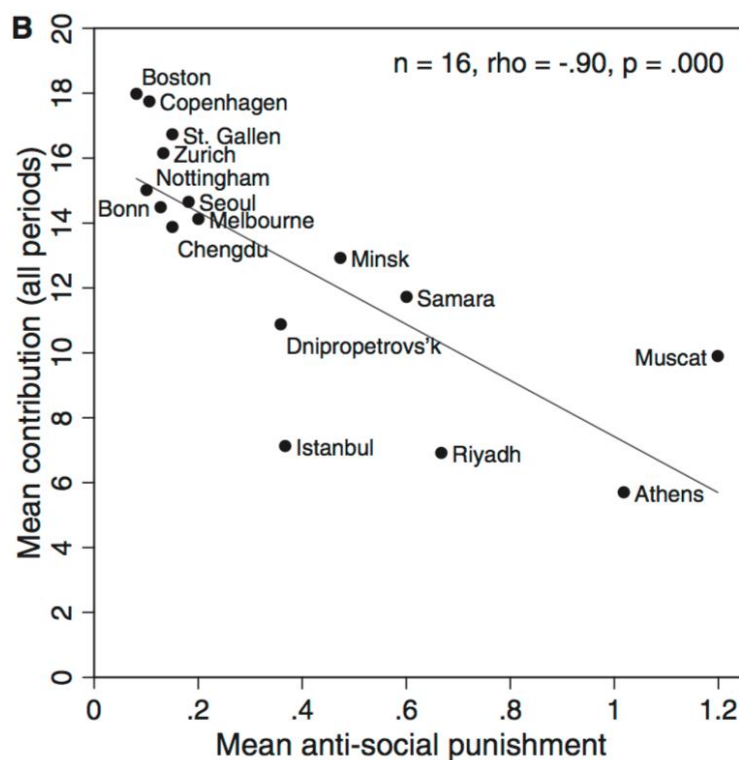
As correlações encontradas vêm bem descritas nos dois próximos gráficos. O primeiro (gráfico 29) apresenta e compara por cidade os dois níveis de comportamento punitivo: a punição dos *free-riders* e a punição dos cooperadores (*antisocial punishment*). O segundo (gráfico 30) apresenta a correlação negativa existente entre a prevalência da punição antissocial e o nível de cooperação em cada uma das cidades:

Gráfico 29 - *The Public Goods Game, punishment versus antisocial punishment*⁷⁶⁸



⁷⁶⁸ Ibidem, p. 1363.

Gráfico 30 - *The Public Goods Game*, correlação negativa entre nível de cooperação e nível de *antisocial punishment*⁷⁶⁹



Note-se que, no gráfico 29, em cidades como Boston, Melbourne e St. Gallen, as pessoas estão dispostas a gastar mais dinheiro para punir o comportamento não cooperativo. Nessas mesmas cidades, não por acaso, é muito fraca a presença da força *antissocial de punição*, ou seja, as pessoas não estão dispostas a punir quem coopera.

Já em locais como Atenas, Riyadh e Istambul, ocorre exatamente o contrário.

Ao encontro desses números, o gráfico 30 representa a *correlação negativa* existente entre a presença da *punição antissocial* e o nível de cooperação nas cidades objeto de estudo. É dizer: nos locais onde se punem mais os indivíduos cooperativos o nível de cooperação é menor.

Esse resultado é absolutamente consistente com o do gráfico 29 e mostra o poder da punição (para o bem e para o mal). É que as sociedades com indivíduos dispostos a punir os *free-riders* são exatamente as mais cooperativas do estudo.

Mais impressionante foi a descoberta de que as cidades com maior nível de *antisocial punishment* são exatamente aquelas onde a lei formal tende a ser desrespeitada e nas quais as pessoas têm uma atitude mais condescendente com pequenas violações à lei,

⁷⁶⁹ Ibidem, p. 1364.

como em alguns casos de evasão fiscal ou da tomada de uma condução pública sem pagamento da respectiva taxa.⁷⁷⁰

São exatamente nessas sociedades, onde a lei não é muito respeitada, que as taxas cooperativas são mais baixas e a punição ao comportamento cooperativo é mais alta.⁷⁷¹ Qualquer semelhança com o Brasil, onde vigora o mito do *homem cordial* e o *jeitinho brasileiro*, não é mera coincidência.⁷⁷²

Obviamente, inúmeros fatores culturais, espaciais e psicológicos podem ajudar a explicar os diferentes níveis cooperativos encontrados nesse estudo.⁷⁷³ Todavia, o poder da punição e a necessidade do bom funcionamento das instituições legais ficaram devidamente comprovados.⁷⁷⁴ Essa é a principal métrica que consideraremos nos capítulos 7, 9 e 10, onde sugeriremos modificações nas normas de processo para a promoção do comportamento cooperativo entre os mais diversos atores processuais.⁷⁷⁵

⁷⁷⁰ Ibidem, p. 1366 e 1367.

⁷⁷¹ Ibidem, p. 1367

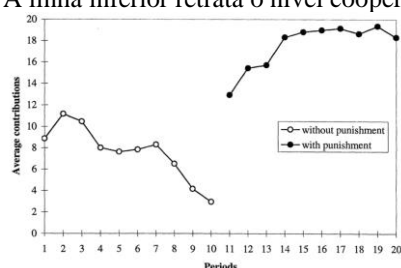
⁷⁷² Como veremos, os principais sociólogos brasileiros identificam essa atitude de certo desprezo do brasileiro para com o respeito às leis. O tema também já foi abordado por Luiz Roberto Barroso e, no processo civil, por Luiz Guilherme Marinoni. Tratamos do tema com profundidade no capítulo 7, seção 7.4: “Um problema extra: o jeitinho brasileiro (juízes, partes e advogados)”.

⁷⁷³ Ibidem, p. 1366

⁷⁷⁴ Ibidem, p. 1366

⁷⁷⁵ A fortíssima correlação entre punição e cooperação foi comprovada em diversos outros estudos sobre o tema, como p. ex: GACHTER Simon e FEHR, Ernest, **Cooperation and punishment in public goods experiments**, in *The American Economic Review*, Vol 90, n4, Sep. 2000, p. 980-994. DREBER, Anna et. all. **Winners don't punish**, in *Nature*, Vol 452|20 March 2008; GACHTER, Simon, RENNER Elke e SEFTON, Martin, **The long-run benefits of punishment**, in *Science* 05 Dec 2008: Vol. 322, Issue 5907, pp. 1510; BOYD, Robert e RICHERSON, Peter J. **Punishment allows the evolution of cooperation (or anything else) in sizable groups**, in *Ethology and Sociobiology* 13:171-195 (1992).

Dentre as inúmeras demonstrações dessa fortíssima correlação, retiramos o gráfico abaixo de GACHTER Simon e FEHR, Ernest (pg. 989), apenas para ilustrar. Trata-se do nível de cooperação no jogo *The public goods game*, em diversos rounds. A linha superior mostra o nível cooperativo quando há possibilidade de punição do *free-rider*. A linha inferior retrata o nível cooperativo quando não há qualquer possibilidade punitiva:



5.5 Fundamento da cooperação no processo civil brasileiro: o devido processo legal: devido para o quê?

Como vimos no capítulo anterior, prevalece na doutrina brasileira a ideia de que o *modelo cooperativo* de justiça civil é uma exigência do Estado Democrático de Direito e pressupõe uma concepção de *devido processo legal* diferenciada pelo chamado *princípio do contraditório* como *direito de influência*.

O desenvolvimento histórico do princípio do devido processo legal, apesar de apontar para um núcleo formado por vários elementos,⁷⁷⁶ identifica-se, principalmente, com a ideia de *processo justo*,⁷⁷⁷ da qual o principal componente é, sem dúvida, a ideia de *participação*, cuja normatividade encontra-se no princípio do *contraditório*.

Modernamente, a preocupação doutrinária é com a realização de um *contraditório efetivo*. Se às partes é garantida a *participação* no processo, essa *participação* tem de ter alguma *finalidade*. Obviamente, a parte quer aproveitar os espaços participativos para *influenciar* os resultados do processo de acordo com seus interesses. Sem essa possibilidade de *persuadir*, o direito de participação (*contraditório*) esvazia-se e não passa de mera formalidade. Daí falar-se, hoje, em *contraditório como direito de influência*.⁷⁷⁸

⁷⁷⁶ Com efeito, em *Wolff v. McDonnell*, o *Justice White* escreveu que: *The Court has consistently held that some kind of hearing is required at some time before a person is finally deprived of his property interest* (*Wolff v. McDonnell*, 418 U.S. 539, 557-58 (1974)). A declaração é um perfeito resumo da evolução histórica do que se entende, em países do *common law*, por um processo *justo*, ou seja, por um processo que respeita o *devido processo legal*, identificada com a ideia de *fair hearing*.

Ocorre que, ao longo dos anos, as decisões das Cortes americanas e inglesas sofreram de certa *volatilidade* na precisa definição do que venha a ser um *processo justo*. Assim, partido da *opinion* do *Justice White* em *Wolff v. McDonnell*, Henry Friendly busca estabelecer esses parâmetros, buscando-os em decisões da própria Suprema Corte, a partir de *Goldberg v. Kelly* (397 U.S. 254 -1970), quando houve, segundo o autor, uma *explosão do devido processo legal*, na qual a Corte focou principalmente o direito de participação dos envolvidos no processo (*hearing*). P. 1268.

Friendly, após longa pesquisa da evolução legislativa e jurisprudencial do tema define *fair hearing* (processo justo) com os seguintes elementos: (i) um tribunal imparcial (*an unbiased tribunal*); (ii) ciência da ação proposta e de seus fundamentos (*notice of the proposed action and the grounds asserted for it*); (iii) oportunidade de apresentar defesa (*an opportunity to present reasons why the proposed action should not be taken*); (iv) direito de inquirir testemunhas (*the rights to call witnesses*); (v) direito de conhecer as provas produzidas contra si (*to know the evidence against one*); (vi) direito a uma decisão baseada exclusivamente nas provas apresentadas (*to have decision based only on the evidence presented*); (vii) direito a um advogado (*counsel*); (viii) direito a registro e documentação das provas produzidas; (ix) direito a uma decisão com fundamentos explicitados (*statement of reasons*); (x) *publicidade das audiências*. FRIENDLY, Henry, *Some kind of hearing*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 123, No. 6 (Jun., 1975), pp. 1267-1317. Principalmente pg. 1279-1294.

⁷⁷⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel, p.163. **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol I, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 163, in *Coleção Comentários ao Código de Processo Civil*, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel (coord); ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo** 4a. ed. 2010, Saraiva, São Paulo. p. 130.

⁷⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno- contraditório, proteção da confiança e validade 'prima facie' dos atos processuais**. 2a. Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p.112 e sgts.

A concepção de *contraditório como direito de influência* reformata o *devido processo legal*, criando, principalmente para o juiz,⁷⁷⁹ uma série de deveres capazes de *empoderar* as partes no sentido de possibilitar-lhes participação ativa na condução do processo, impactando, por consequência, em seus rumos finais.

É exatamente dessa versão *reformatada* que surgem os deveres cooperativos,⁷⁸⁰ tais como descritos no capítulo 4. Como pano de fundo, todavia, figura o atual *Estado Constitucional*,⁷⁸¹ cujo modelo democrático de atuação reflete-se no exercício da atividade jurisdicional.⁷⁸²

Mas, afinal, para que serve o devido processo legal (e o correspondente modelo *cooperativo de processo*)? A resposta óbvia seria: para garantir que o processo seja *justo*. É isso que todos dizem, explícita ou implicitamente, desde a *Magna Carta*.⁷⁸³

Mas *o que é o processo justo*? É aquele que observa o contraditório ao longo de toda a sua extensão,⁷⁸⁴ de modo a legitimá-lo como atividade estatal democrática,⁷⁸⁵ diria alguém, *tautologicamente*. Mas será que é a *participação como direito de influência* a única régua a medir a *justiça do processo*? Se sim, que lugar caberia à *efetiva prestação da tutela jurisdicional adequada, efetiva e em prazo razoável*? Haveria necessidade de compatibilização, uma vez que, por exemplo, um procedimento com muitas oportunidades de participação pode dificultar a obtenção da tutela em prazo razoável ou mesmo a sua efetivação?

Se entendermos que há necessidade de compatibilização entre o princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV) e o direito à obtenção da tutela adequada, efetiva e em prazo razoável (CF, art. 5º, XXXV e LXXVIII),⁷⁸⁶ talvez seja necessário repensar o conceito de

⁷⁷⁹ É o caso, por exemplo, da proibição das decisões-surpresa (art. 10), ou da motivação minuciosa e analítica das decisões que, majoritariamente, pode ser decalcada do art. 489, p. 1o.). O dever cooperativo de auxílio também se encaixa nesse trilho.

⁷⁸⁰ THEODORO Júnior, Humberto, NUNES, Dierle, BAHIA, ALEXANDRE Melo Franco e PEDRON, Flávio Quinaud, op. cit. p. 71.

⁷⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio, MITIDIERO, Daniel, **Teoria geral do processo civil**, op. cit. p. 491.

⁷⁸² DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 14 ed. São Paulo, MALHEIROS, 2009 P. 36. No mesmo sentido, e limitando os deveres cooperativos da parte à dilaeticidade necessária à busca da verdade no processo, YARSHELL, Flávio Luiz, *Curso...* op. cit. p. 111.

⁷⁸³ A expressão *natural justice*, utilizada no direito inglês, reflete bem essa noção quase *atemporal* de vinculação do direito de ser ouvido com a ideia de processo *justo*. Nesse sentido, é emblemática a passagem em que Wade e Forsyth referem a passagem bíblica em que Deus, antes de punir Adão e Eva, confere a Eva a oportunidade de explicar a razão pela qual oferecera a Adão o *fruto proibido*. WADE, H.W.R.; FORSYTH, C.F. **Administrative Law**, 10a. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009 p. 403, *Apud*. VITORELLI, Edilson, op. cit. p. 132.

⁷⁸⁴ FAZZALARI, Elio, **Instituições de direito processual**, trad. Eliane Nassif, Bookseller, Campinas, 2006, p. 118-119

⁷⁸⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel, op. cit. p. 130.

⁷⁸⁶ Na linha de Luiz Guilherme Marinoni, *Curso...* p. 470. Nery Jr. também argumenta que o *devido processo legal* deve ter os *critérios de incidência* [...] fixados *notadamente no que se refere aos limites dessa incidência, de sorte a não tornar os direitos e garantias fundamentais como direitos absolutos* [...] pois tal irrestringibilidade não se

participação. Mesmo que se entenda que sem *participação* a tutela jamais será *adequada*, ainda resta a questão da efetividade e do *prazo razoável*. Não parece muito defensável a ideia de que uma tutela *inefetiva* ou *anacrônica* possa ser *adequada*. Mais do que isso, se a participação for necessária para a *justiça* do processo por razões pragmáticas, como de há muito afirmou o juiz Frankfurter,⁷⁸⁷ então precisamos verificar o *quanto de participação* será preciso para se atingir o mais alto grau de *justiça* possível no processo.

Colocada em *xequê* a noção de participação como valor absoluto,⁷⁸⁸ os objetivos principais da cooperação voltam a ser *apenas* aqueles destinados à busca da tutela jurisdicional, justa, efetiva e em prazo razoável,⁷⁸⁹ como quer o art. 6º do CPC/2015. Nessa linha, os deveres dela decorrentes deixam de ser *obrigatoriamente* aqueles prescritos pela doutrina atual⁷⁹⁰ e passam a ser os necessários à melhor conjugação possível dos objetivos do art. 6º do CPC/2015. Esses deveres, pensamos, podem variar a depender do cenário de determinado sistema de justiça.⁷⁹¹

Assim, por exemplo, em um sistema muito lento e congestionado, os deveres de motivação analítica das decisões podem ser mitigados (como, aliás, é a jurisprudência dos tribunais superiores) em prol da celeridade, o mesmo acontecendo com as possibilidades recursais (como fez o CPC/2015, ao limitar as decisões agraváveis ao rol exaustivo do art. 1.015) e com os acordos de procedimento quando criam externalidades negativas que atravancam o trabalho da unidade jurisdicional⁷⁹² prejudicando o trâmite de outros processos (como as convenções que aumentam prazos processuais em demasia ou que criam novas possibilidades de sustentação oral no tribunal). Da mesma forma, se as vias judiciais estiverem absolutamente congestionadas, deve-se estimular a autocomposição como atividade cooperativa prioritária ou, se há graves problemas de insegurança jurídica, deve ser incentivado o comportamento cooperativo das cortes de criar e respeitar precedentes estáveis.

coaduna com o estado de direito nem ao interesse público. Princípios do processo civil na Constituição Federal, 12a edição, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, São Paulo. p. 127

⁷⁸⁷ Em verdade, a participação remete à ideia de democracia. Até aqui, a democracia, com todos os seus defeitos, tem prevalecido no mundo ocidental como o regime de governo *mais eficiente*. Nessa linha, o juiz Frankfurter afirma que a participação dos interessados, além de gerar sentimento de justiça, é a melhor forma para se chegar à verdade no processo. *Join anti-fascist refugee committee v. McGrath* (341 U.S 123 (1951)).

⁷⁸⁸ Referimo-nos à ideia de contraditório como *princípio absoluto* do processo. Nesse sentido THEODORO Jr, Humberto, **Curso de direito processual civil**, 49. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 32.

⁷⁸⁹ Contraditório como meio, na linha de Carnelutti. CARNERLUTTI, Francesco, *Lezioni di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1933, Vol II, P. 168.

⁷⁹⁰ que vê, no modelo cooperativo, uma expressão do devido processo legal reformatado por uma necessidade quase divinizada de participação das partes no processo)

⁷⁹¹ Lembrando aqui que o nosso cenário é de *tragédia* do bem comum, tal como definido no Capítulo 1.

⁷⁹² WOLKART, Erik navarro, **Novo código de processo civil x sistema processual civil de nulidades. xequemate?** in Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 35 - 60 | Dez / 2015

Essa linha de raciocínio coaduna-se com nossa matriz teórica pragmática, que abandona desenhos processuais lastreados em princípios de justiça absolutos (*fairness*), em prol de arquiteturas que favoreçam o bem-estar social (*welfare*), aqui medido pela capacidade do sistema de oferecer tutela jurisdicional justa e efetiva, em prazo razoável.

5.5.1 A participação é elemento necessário ao processo civil?

A abordagem crítica da *participação* como elemento necessário (essencial ou instrumental) ao processo foi brilhantemente explorada no Brasil por Edilson Vitorelli,⁷⁹³ que, partindo das lições de Robert Borne,⁷⁹⁴ concluiu que a *participação* não é elemento necessário ao processo, nem em caráter essencial nem como instrumento para o atingimento de outras finalidades relevantes.

Nesta seção, partiremos daqueles esforços para, acrescentando novos argumentos de ordem econômica e comportamental, chegar a conclusão parecida, com a ressalva de que, dado o conteúdo analítico e explícito de nossa Constituição, não se pode, no Brasil, excluir o contraditório como elemento instrumental do processo, ainda que não se lhe dê proeminência sobre qualquer outro elemento do processo *justo*.

Independentemente da resposta que se ofereça à pergunta acima, é fora de dúvidas que a participação tem tido imenso destaque na construção do conceito de devido processo legal, no Brasil e no exterior. Resta questionar o *porquê* dessa importância.

Tal como fez Vitorelli, dividiremos esta seção em duas partes. Na primeira abordaremos o caráter instrumental da participação. Na segunda, verificaremos a possibilidade de a participação ser considerada elemento essencial ao processo.

5.5.1.1 Participação como instrumento às finalidades do processo civil

A observação do juiz Frankfurter, referida na seção anterior, parece ser um bom passo inicial na investigação do caráter *necessário* da *participação* como um *instrumento* do processo. Segundo Frankfurter, são duas razões da importância da participação: (i) ela seria a melhor

⁷⁹³ VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. P. 147-238.

⁷⁹⁴ BORNE, Robert. *Rethinking the Day in Court Ideal and Nonparty Preclusion*, in 67 N.Y.U. L. Rev. p.193-294 (1992)

forma de se chegar à verdade; (ii) ela geraria sentimento de justiça nas partes, auxiliando-as na aceitação do resultado final do processo. Analisemos cada uma dessas razões.

As duas hipóteses claramente referem o caráter instrumental da participação, ou seja, sua capacidade de ser útil à obtenção de um resultado melhor para o processo (*outcome-based approach*).⁷⁹⁵

Por outro lado, elas mostram que o processo pode ter diversas finalidades, a serem consideradas individualmente ou de forma combinada. A primeira hipótese, por exemplo, reflete uma concepção de que o que se busca com o processo é uma *boa decisão* final, assim entendida como aquela que considera os fatos da forma mais precisa possível e que aplica o direito da maneira correta. Já a segunda é mais focada na ideia de *legitimidade da decisão*.⁷⁹⁶ É possível ainda considerar outras finalidades para o processo, como, por exemplo, considerá-lo como um gerador e implementador de valores públicos para a sociedade,⁷⁹⁷ ou ainda como um garantidor da dignidade do indivíduo pela sua participação contínua no procedimento.⁷⁹⁸

No Brasil, assim como na Itália, é comum esperar-se muito do processo, atrelando-se a ele uma série de escopos para além do *jurídico*, como o de *pacificação social* (pela eliminação dos conflitos sem violência), o de *educação* (no sentido de ensinar às pessoas o respeito às normas e aos direitos alheios), e o *político* (estimulando os valores da cidadania, a participação do indivíduo nas coisas públicas, a estabilidade política e a liberdade).⁷⁹⁹

Não obstante essa *difusão de finalidades*, parece razoável, inclusive do ponto de vista constitucional, conferir ao processo a finalidade instrumental principal de prestar a *tutela adequada* à proteção dos direitos,⁸⁰⁰ tanto no sentido de *precisão fática e jurídica* quanto no de conferir legitimação à própria atividade jurisdicional,⁸⁰¹ vindo as demais finalidades apenas a reboque dessas duas primeiras.

⁷⁹⁵ BORNE, op. cit. p.202.

⁷⁹⁶ Ibidem.

⁷⁹⁷ FISS, Owen. *The Supreme Court, 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice*, in Harvard. Law Review. vol.93, 1979, n. 1..

⁷⁹⁸ GRECCO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, Vol. 1, 5a. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 518 (inclusive classificando o contraditório como um *megapricípio*, não só corolário do regime democrático mas também garantidor da dignidade humana, ao permitir um diálogo humano entre o juiz e as partes.); MITIDIERO, Daniel A **multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A do CPC). Resposta à crítica de José Tesheiner**, in Revista de processo, vol 144, p. 105-112, 2007;

⁷⁹⁹ Dinamarco, Candido Rangel, *Instituições*, Vol I, op. cit. p. 218-230. Em sentido semelhante, MARINONI, para quem o processo tem por fim a tutela de direitos, a legitimação da atividade jurisdicional e a participação popular na concretização e proteção dos direitos fundamentais. Op. cit. p. 542

⁸⁰⁰ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?** in Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. Ed. Gazeta Jurídica, Brasília, 2016. p. 1-40.

⁸⁰¹ Ao fim e ao cabo, algo muito próximo das intuições do Juiz Frankfurter, *supra* referidas. Em sentido semelhante, Humberto Ávila afirma que o processo é um remédio, um instrumento à tutela de direitos. A tutela, por sua vez,

Fixada essa premissa, é necessário entender de que forma a *participação* colabora para o atingimento dessa dupla finalidade, tanto em processos individualmente considerados quanto de forma sistêmica (considerando seus reflexos em todo o sistema de justiça).

Como bem aponta Vitorelli, a abordagem tradicional da questão é *truísta*,⁸⁰² afirmando-se que a contribuição da participação para a qualidade do processo seria *evidente*.⁸⁰³ Esse raciocínio, continua o autor, trata em bloco todos os mecanismos participativos, impedindo que se meça a contribuição de cada um deles no resultado final. Além disso, acrescentaríamos, essa *presunção* não esclarece *o quanto de participação* será necessária para que o resultado do processo seja *adequado*. Em outras palavras, não se identifica em que medida a participação *aporta* qualidade para a decisão final.

Por tudo isso, é preciso um referencial para a medição de qualidade da *tutela adequada*.⁸⁰⁴ Considerando que um sistema de justiça não sobrevive sem *custos* e que o incremento de participação no processo tende a gerar um *trade-off* entre precisão, de um lado, tempo, custo e efetividade do processo, de outro,⁸⁰⁵ parece-nos razoável *medir* o valor da participação pela *régua da eficiência*, ou seja, apurando seu *valor* no aporte de *precisão* para o processo e de *legitimação* para a decisão, estimando ainda os custos gerados em razão da *quantidade* de participação escolhida (aí já considerados o tempo do processo, os problemas para a efetivação da tutela e os custos financeiros para as partes e para o Estado).

Entra aqui a *função de bem-estar social*, agregando utilidades no sentido de aumentar o bem-estar social, buscando, para tanto, desenhos processuais aptos à geração de tutelas *justas, efetivas e em tempo razoável*, com o menor custo possível.⁸⁰⁶

só seria adequada se efetivamente proteger o direito violado, desde que gerada com respeito aos deveres de proporcionalidade e razoabilidade.

⁸⁰² Um bom exemplo é o trabalho de Câmara que, conquanto brilhante e bem escrito, é impreciso quando afirma que o devido processo constitucional, de cujos princípios o contraditório seria o mais importante, só estaria *assegurado* se o processo produzir resultados *qualitativamente bons*, em *tempo razoável*. Como quase toda doutrina brasileira, o autor não explica *como* esse objetivo pode ser atingido. CÂMARA, Alexandre Freitas. **Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional**. Revista Iberoamericana da Derecho Procesal, vol. 1/2015. Págs. 17-33, principalmente p. 21-23.

⁸⁰³ Op. cit. p. 195.

⁸⁰⁴ Ibidem p. 194.

⁸⁰⁵ KAPOW, Louis, *Information and the aim of adjudication: truth or consequences?* Stanford Law Review, 6/1/2015, ISSN: 0038-9765, Volume 67, Issue 6, p. 1305; em sentido semelhante, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O neoprivalismo no processo civil**, in Temas de direito processual civil, 9a série, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 87. É importante ponderar, todavia, que a introdução de recursos tecnológicos avançados, ao diminuir os custos de transação da participação, podem tornar esse *trade-off* mais vantajoso para o lado dos benefícios. O tema será abordado no Capítulo 11 deste trabalho, mas foi bem observado por Henrique de Moraes da Rocha, que faz uma análise crítica acerca da influência do processo eletrônico nas garantias processuais. ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da Rocha. **Garantias fundamentais do processo brasileiro sob a ótica da informatização judicial**. Revista Ibero-Americana de Derecho Processual, vol. 5/2017. Págs. 85-127

⁸⁰⁶ Como ensina Kaplow, *system engineers concerned with social welfare need to aim explicitly at consequences*. Ibidem, p. 1303. A forma de funcionamento da *função de bem-estar social (social welfare function)* está explicada

Vejamos como a *régua da eficiência* mede o valor da participação para um incremento de *precisão ao processo*.

5.5.1.1.1 Participação como instrumento de precisão do processo: análise econômica clássica

Sabemos que a busca da verdade é, acima de tudo um problema filosófico. Atenta a essas dificuldades, de há muito a doutrina processual contenta-se com o conceito de *verdade processual*, ou seja, uma espécie de *aproximação da verdade* aceita por todos os participantes do processo, desde que respeitadas as regras processuais vigentes.⁸⁰⁷

Dado que da *verdade* só podemos nos *aproximar*, e sendo certo que essa *aproximação* acarreta um *custo*, de imediato concluímos que, em algum ponto, os *custos* da busca da verdade superarão os benefícios dessa *busca*.⁸⁰⁸ O processo, visto dessa maneira, deixa ser o protótipo de um mundo ideal, e passa a ser o terreno do *melhor possível (second best word)*.⁸⁰⁹

O início do processo é o momento em que partes e juiz estão mais distantes dessa tão sonhada *precisão*. Todavia, conforme o processo vai-se desenvolvendo, as partes vão se manifestando e produzindo provas, transferindo informação entre elas e o juiz. *A participação*, portanto, diminui a *assimetria* informacional e aumenta a *precisão* do processo.⁸¹⁰

Além disso, em todas as decisões ao longo do processo e ao final, é o juiz, através da motivação, que transfere informação para as partes, possibilitando readequações estratégicas, insurgências recursais e também algum *controle* da atividade judicial.⁸¹¹ É razoável imaginar que, com mais informações, a decisão judicial seja melhor, ao menos no sentido de uma correspondência mais próxima das premissas fáticas por ela adotadas com a realidade. Da mesma forma, parece correto supor que, ao expor as entranhas de seu *convencimento* na motivação, sujeitando-se ao controle das partes e das instâncias superiores, o juiz tenha mais

no Capítulo 3, Seção 3.1.3.

⁸⁰⁷ No sentido de aproximação de um ideal de verdade. Uma verdade *processual*, ou uma *quase verdade*. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel e ARENHART, Sérgio Cruz, **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, vol. II, 2A. ED, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2016 p. 250-256, REALE, Miguel, **Verdade e conjectura**, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983 p.17-18; WOLKART, Erik Navarro, **A busca da verdade no processo ou “o ouro de tolo”**. in Revista de Processo Revista de Processo, vol. 222/2013 | p. 315 - 323 | Ago / 2013

⁸⁰⁸ A tensão entre busca da verdade e custo de celeridade foi bem identificada por Barbosa Moreira, que, todavia, não chegou a apresentar parâmetros concretos de solução para o problema, que não pelo senso comum do balanceamento entre esses objetivos. BARBOSA MOREIRA, José Carlos, **Efetividade do processo e técnica processual**, in Temas de direito processual, Sexta série, São Paulo, Saraiva, 1997p. 22.

⁸⁰⁹ Kaplow, Louis, op. cit. p. 1305.

⁸¹⁰ SHAVELL, Steven, **Foundations**... p. 451.

⁸¹¹ Mais do que isso, exposto ao controle, o juiz tende a buscar mais qualidade em seu trabalho. SHAVELL, Steven, *The appeal process as a means of error correction*, in Journal of legal studies, n. 24, 1995, p 397-426.

incentivos para decidir com maior cuidado e qualidade, tanto no que respeita aos aspectos fáticos quanto no que toca os aspectos jurídicos.⁸¹²

Todavia, é preciso lembrar que: (i) há um *limite de precisão* para o processo (mito da verdade real); (ii) os incrementos de participação geram custos financeiros e não financeiros, públicos e privados. Assim, parece óbvio que a participação tem de ser limitada em algum ponto. A pergunta é: qual seria o *ponto ótimo* de participação?⁸¹³

A resposta a esse questionamento é muito difícil, e parece demandar análises estatísticas que podem variar caso a caso. Todavia, com algum esforço teórico e exemplos, a análise econômica do tema é capaz de oferecer-nos alguns parâmetros.

Em primeiro lugar, se há uma preocupação com a *precisão* da decisão final, há, em verdade, uma preocupação com o *erro judicial*. Desse ponto de vista, todo investimento em participação (manifestações das partes de modo geral, dilargamento de prazos, recursos, motivação, produção de provas, oralidade, etc.) é na verdade um *investimento* no combate ao erro. E o erro é um custo social para o processo.⁸¹⁴ Logo, o tamanho do investimento em participação deve ser tal que, ao final, acarrete uma diminuição nos custos sociais do erro judicial que seja superior ao valor investido.⁸¹⁵

Considerando os *custos de participação* como sendo *custos administrativos* do processo (C_a), é possível dizer, *formalmente*, que o objetivo do processo é minimizar os custos sociais (C_s), de modo que a soma dos *custos administrativos* (C_a) e dos custos do erro judicial $C(e)$ seja a menor possível.⁸¹⁶

Assim, temos que: $\min C_s = C_a + C(e)$.

O *custo social do erro* é inversamente proporcional ao *benefício social* gerado pela *precisão do processo*. Esse *benefício* pode ser pedagogicamente dividido em *três espécies*⁸¹⁷:

- i. Melhora do comportamento geral das pessoas, porque elas sabem que, se cometerem ilícitos, a chance de identificação em um processo judicial é grande;
- ii. Redução dos custos sociais do sistema de justiça como um todo, pois, ao reduzir o número de ilícitos, diminui-se o número total de processos. Além disso, com a

⁸¹² Ibidem p. 397. Trataremos no tema mais à frente, ao estudarmos a análise econômica dos recursos.

⁸¹³ José Roberto dos Santos Bedaque, e outros autores, referem essa necessidade de *equilíbrio* entre a incidência das garantias processuais e a efetividade da decisão. Ninguém, todavia, coloca parâmetros objetivos para tanto. op. cit. p. 38.

⁸¹⁴ Cooter e Ulen, op. cit. p. 384-385.

⁸¹⁵ SHAVELL, Steven, *Foundations...* p. 451.

⁸¹⁶ Cooter e Ulen, op. cit. p. 385

⁸¹⁷ SHAVELL, Steven, *Foundations...* Ibidem, p. 451-454.

expectativa de que a verdade será descoberta, as partes têm mais incentivos para buscar um acordo logo de início, economizando parte dos custos do processo;

- iii. Diminuição do custo do risco. Cientes da precisão das decisões judiciais, pessoas que cometem ou sofrem danos *sabem* que pagarão ou serão indenizadas pelo valor correto. Como as pessoas, em média, são avessas ao risco (pressuposto da economia clássica), essa *certeza* passa a ter um *valor real* ao diminuir os riscos da incerteza (que são um custo) quanto ao resultado final do processo.

Um experimento mental pode ajudar a entender o *custo* do erro no processo. Imaginemos um Judiciário perfeito, que considera os fatos e aplica a lei com total precisão. Esse Judiciário *não erra nunca*. Pedidos corretos serão sempre julgados procedentes. Onde o direito do autor faltar, a improcedência sempre se fará presente. O valor da condenação, quando for esse o caso, necessariamente contemplará a exata extensão dos danos. Uma decisão desse tipo pode ser chamada de *decisão baseada em informação completa* (*perfect-information judgment*). Vamos denominá-la apenas d^* .

A diferença entre uma *decisão perfeita* (d^*) e uma *decisão real* (d) corresponde ao desvio entre o que deveria ter sido decidido e o que de fato foi decidido. Assim, a *extensão do erro* (e) = $d^* - d$.

Concretizando em um exemplo, suponha-se que um determinado aditivo para combustível tenha danificado o motor de alguns carros. Em uma ação de responsabilidade civil cobrando danos materiais de um dos consumidores contra o fabricante do aditivo, consideremos que um *julgamento perfeito* devesse condenar o fornecedor a pagar R\$25mil (já considerados todos os danos, incluindo eventuais lucros cessantes, de modo que $d^* = 25.000$). Se o *julgamento real* fixar esse montante em R\$20.000 ($d = 20.000$), então a extensão do erro será: (e) = $d^* - d$; (e) = $25.000 - 20.000 = 5.000$.⁸¹⁸

A *extensão do erro*, todavia, não necessariamente identifica-se com o *custo social do erro* $C(e)$.⁸¹⁹ Como vimos acima, esse *custo social* só se amplifica quando os erros sistemáticos causarem distorções nos incentivos para que as pessoas atuem com mais cuidado para evitar a prática de atos ilícitos e a causação de danos.

Para ilustrar, imaginemos que a diferença de incentivos provocada pela refração entre a condenação ideal e a condenação real ($e = 5.000$) levasse o fabricante do aditivo a investir em

⁸¹⁸ Claro que podemos variar esse exemplo da forma que bem desejarmos. Por exemplo, se o juiz erroneamente julgar improcedente o pedido, então a extensão do erro será: (e) = $d^* - d = 25.000 - 0 = 25.000$.

⁸¹⁹ Ibidem, p. 386

controle de qualidade um valor inferior ao *valor ideal*, economizando, digamos, R\$10mil e causando danos adicionais aos motoristas de R\$100mil. Note-se que esses danos simplesmente não existiriam caso os R\$10mil fossem gastos em controle de qualidade.

Nesse caso, o *custo social do erro* será a diferença entre os danos causados *a mais* e o valor *investido a menos* em controle de qualidade (a economia do fabricante com a redução de cuidados), ou seja, $C(e) = 100.000 - 10.000 = 90.000$. Note-se que o custo do erro (R\$90mil) foi bem superior à *extensão do erro* em nosso exemplo (R\$5mil).

Mas o contrário também pode acontecer, ou seja, os custos sociais do dano podem ser inferiores à extensão do dano. Imagine-se que o mesmo fabricante não tenha disponível qualquer técnica ou tecnologia para reduzir os danos que seu aditivo eventualmente causa nos motores. Suponha-se que o aditivo seja muito bom, mas que ele de fato cause danos em 5% dos motores nos quais é utilizado. Nesse caso, mesmo que a extensão do erro seja alta (digamos que o tribunal venha fixando indenizações na média inferiores em R\$10mil em relação aos danos reais), nada pode ser feito pelo fornecedor para diminuir os danos, de modo que o investimento na precisão do julgamento não se reverte em benefício social, ao menos não diretamente.

Nesses casos, sugere-se que os processos devam ser simplificados (*streamlined methods*),⁸²⁰ sem muita atividade probatória e, se possível, até mesmo utilizar mecanismos como, por exemplo, o chamado *tabelamento de indenizações*, para que, na média, os consumidores sejam compensados corretamente.

Isso não significa que o *tabelamento de danos* só deva ser usado nos casos em que sua erupção seja incontrolável. Mesmo quando o fabricante possa fazer algo para reduzir os danos, hipóteses haverá em que trabalhar com uma tabela pré-fixada de valores será socialmente mais desejável.⁸²¹

Exemplifiquemos. Suponha-se que a magnitude dos danos ao motor não seja previamente conhecida, nem pelo fornecedor, nem pelo consumidor, mas que ela se distribua, igualmente, em três parâmetros de valor, digamos, R\$5mil, R\$10mil e R\$15mil, e que, sem os devidos deveres de cuidado, o dano ocorra em 10% dos casos.⁸²² Sendo assim, o *dano esperado* para as vítimas será de R\$500, R\$1mil ou R\$1,5mil.⁸²³ Como a chance de uma dessas três

⁸²⁰ SHAVELL, Steven, op. cit. p. 454. Outras formas de *métodos simplificados* que, de certa forma, reduzem a participação no processo, são as regras materiais de *solidariedade passiva* e as técnicas dinâmicas de imposição do ônus da prova, ambas adotadas em nosso sistema, por exemplo, nos litígios consumeristas.

⁸²¹ SHAVELL, Steven, KAPLOW, Louis, **Fairness versus Welfare**, in Harvad Law Review, op. cit. p. 1202

⁸²² É dizer: de cada 100 motoristas que usam o aditivo, 10% deles experimenta algum tipo de dano ao motor. Desse grupo de 10%, 1/3 experimenta danos de \$5mil, 1/3 suporta danos de \$10 mil e 1/3 sofre danos de \$15mil.

⁸²³ Isso porque o dano só ocorre em 10% dos casos. Logo, $0,10(5.000) = 500$; $0,10(10.000) = 1.000$; $0,10(15.000) = 1.500$.

magnitudes de dano é a mesma (1/3), podemos afirmar que o *dano esperado* para o motorista que usa o aditivo será de R\$1mil.⁸²⁴ Por fim, consideremos que os custos de cuidado do fabricante para reduzir a chance de danos pela metade (para 5%) sejam de R\$400.

Suponhamos agora dois tipos de processo. Um em que as partes participam em contraditório para demonstrar a magnitude do dano, e outro em que isso não ocorre. Consideremos que o procedimento mais simples (P_1), com tabela de danos apontando para uma indenização prefixada em R\$10mil, tenha custos totais de R\$1mil, e que o mais complexo, (P_2), com perícias e outras dilações, implique custos totais de R\$2mil.

Passemos agora ao cálculo de eficiência (*bem-estar social*) nos dois casos. Em P_2 , as vítimas receberão a exata compensação, a um custo de R\$2mil. O fornecedor, por sua vez, sabe, por antecipação, que essa condenação, na média, será de R\$10mil.⁸²⁵ Já em P_1 , a atividade probatória será restrita à demonstração de que houve dano e de que ele foi causado pelo aditivo. As indenizações serão sempre fixadas em R\$10mil, a um custo de R\$1mil.

Agora vem a parte mais importante do nosso raciocínio. Nos dois casos, o fabricante pode antecipar que, *na média*, as indenizações serão de R\$10mil. É que, mesmo que o sistema vigente seja P_2 , o fornecedor não conhece as vítimas antecipadamente e muito menos a magnitude de cada dano. Assim, ele fará o cálculo no agregado. E, no agregado, a média de magnitude (de condenação) será também de R\$10mil.

Posto isso, tanto em P_1 quanto em P_2 , o fornecedor optará por incorrer em custos de R\$400 para diminuir a chance de ocorrência de um dano médio de R\$10mil de 10% para 5%. Isso porque, sem esse investimento, ele deverá indenizar perdas esperadas de R\$1mil ($10\% \cdot 10.000$), enquanto que, com o investimento, esse valor cai para apenas R\$500 ($5\% \cdot 10.000$). Assim, o fornecedor preferirá gastar R\$400 para economizar R\$500.

Ao fim e ao cabo, o custo social C_{S1} da situação P_1 será⁸²⁶: $0,05(10.000 + 1.000) + 400 = 950$.

Já o custo social C_{S2} da situação P_2 será: $0,05(10.000 + 2.000) + 400 = 1.000$.

Veja-se que, nesse exemplo, mesmo sendo possível ao fornecedor ajustar o seu comportamento para diminuir a chance de danos, o *processo simplificado*, menos preciso, é

⁸²⁴ Nesse caso, $\frac{500+1.000+1.500}{3} = \frac{3.000}{3} = 1.000$.

⁸²⁵ Porque ele fará esse cálculo antecipadamente, já que não pode prever quando ocorrerá o dano, nem quem será a vítima ou qual será o valor do dano. Ele só sabe que o dano ocorre em 10% dos casos, com três magnitudes diferentes, com chances iguais. Logo, ele calcula *pela média*.

⁸²⁶ O custo total será sempre a soma do valor do dano esperado e do valor do processo, ambas ponderadas pela chance de ocorrência do dano (isso porque, sem o dano, não haverá processo), somadas ao final aos custos de cuidado tomados pelo fabricante.

socialmente mais vantajoso, especificamente porque: $C_{S1} - C_{S2} = 950 - 1.000 = -50$. Os custos sociais foram minimizados em R\$50.

Ou seja, se nosso objetivo era minimizar os custos sociais $\{min Cs = C_{a+} C(e)\}$, esse exemplo demonstrou que, em certos casos, isso pode ser feito com procedimentos mais simples, que têm custos administrativos menores, principalmente quando a extensão do erro não provoca custos sociais, ou o faz em magnitude menor que a economia nos custos administrativos gerada por essa escolha.

A tabela abaixo, comparando as duas situações, deixa tudo mais claro:

Tabela 6 - Comparação dos custos sociais de processos com procedimento simples e com procedimento complexo⁸²⁷

Tipo de procedimento	Custo do processo*	Custo do cuidado	Percentual de danos	Dano esperado*	Custo social
P_1	50	400	5%	500	950
P_2	100	400	5%	500	1.000

Nosso *primeiro parâmetro*, portanto, alerta para o fato de que *nem sempre o aumento de participação no processo será socialmente desejável, mesmo que seja capaz aumentar seu nível de precisão da decisão final.*⁸²⁸

O segundo parâmetro é a constatação de que *os incrementos de participação auxiliam na precisão do processo a taxas decrescentes.*

Isso significa que o *custo marginal* de *mais participação* será, em regra, constante ou crescente, enquanto que o *benefício marginal* dessa participação será sempre decrescente.⁸²⁹ É óbvio que, se a *verdade* é, por si, inalcançável, níveis elevados de precisão exigirão um esforço cada vez maior, até o ponto em que qualquer acréscimo de participação torna-se completamente inútil. Não obstante, os *custos cronológicos e financeiros* da participação continuarão presentes, passando a dificultar a realização do direito material.

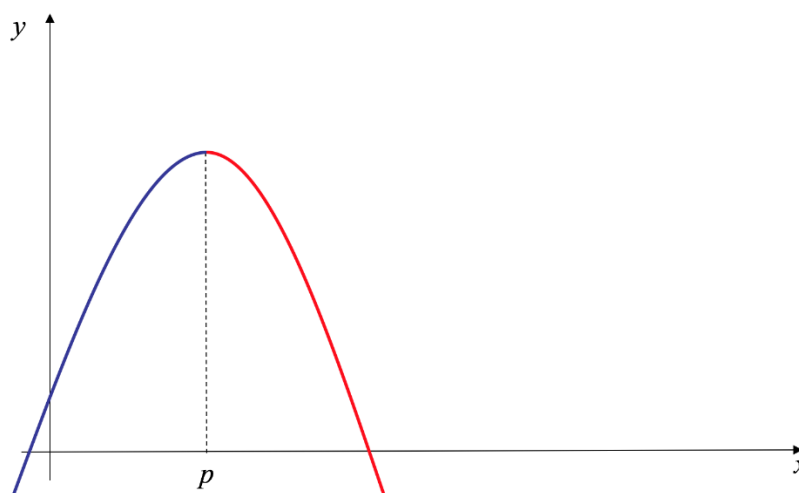
⁸²⁷ O custo do processo e o dano esperado já estão ponderados pela possibilidade de que haja processo, ou seja, pela possibilidade da ocorrência de dano quando o fornecedor toma os cuidados adequados (5%).

⁸²⁸ No mesmo sentido, HAY, Bruce, ROSEMBERG, David, **The individual justice of averaging**, in Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business - Discussion Paper Series, 7/06/2000, disponível em http://lsr.nellco.org/harvard_olin/?utm_source=lsr.nellco.org%2Fharvard_olin%2F285&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

⁸²⁹ Isaac Ehrlich & Richard A. Posner, **An Economic Analysis of Legal Rulemaking**, 3 J. Legal Stud. 257, 265 (1974)

Não por outro motivo, afirma-se que, como todos os demais elementos do processo, a participação colabora para a realização do direito material apenas até certo ponto.⁸³⁰ Após esse ponto, novos incrementos participativos passam a ser deletérios.⁸³¹ A função abaixo (gráfico 31), em parábola, representa bem a influência da participação (eixo x) na realização do direito material (eixo y).⁸³² O ponto p representa a *quantidade ideal de participação*. À direita de p , pode-se dizer que novos incrementos participativos passam a ser deletérios à realização do direito material (ou, para nós, ao aumento do bem-estar social pela realização do direito material ao menor custo possível).

Gráfico 31 - Relação entre nível de participação no processo e realização do direito material



Novamente, um exemplo pode ajudar na compreensão dessa dinâmica.

Suponha-se um sistema judicial no qual não caiba qualquer tipo de recurso contra as decisões judiciais, e que não haja qualquer necessidade de fundamentação dessas decisões. Como visto (e como aprofundaremos no capítulo 10), esse sistema não gera incentivos para que juízes decidam de forma cuidadosa. Assim, é razoável imaginar que a extensão média de erro judicial nesse sistema (e^*) gire em torno de 80%.

Caso esse hipotético sistema sofra uma *reforma*, criando a possibilidade de a parte sucumbente apelar da sentença final e obrigando o juiz a declinar as razões do seu

⁸³⁰ BORNE, Robert, op. cit. p. 266.

⁸³¹ Esse *corte*, ou limite na participação das partes, foi decidido em *Matherws v. Eldridge*: 424 U.S. 319, 348 (1976) (“At some point the benefit of an additional safeguard to the individual affected by the administrative action and to society in terms of increased assurance that the action is just, may be outweighed by the cost.”)

⁸³² Em sentido semelhante, VITORELLI, Edilson, op. cit. p. 184.

convencimento, é razoável imaginar que a extensão média de erro judicial caia pela metade ($e^{**} = \frac{e^*}{2} = 40\%$). Considere-se então que o sistema sofra uma nova reforma, agora possibilitando que, além da sentença, algumas decisões interlocutórias sejam recorríveis. Nesse caso, é muito pouco provável que a extensão média de erro judicial (e^{***}) caia novamente pela metade, atingindo 20%. Pelo contrário, é mais provável que a nova taxa de erro figure em algum lugar entre 40% e 20%, digamos 30% (uma queda de 25%).

Caso o sistema sofra nova reforma, permitindo agora recursos contra toda e qualquer decisão interlocutória⁸³³ e obrigando o juiz a manifestar-se *sobre todos os argumentos deduzidos pelas partes*,⁸³⁴ os ganhos marginais serão ainda menores. Digamos que, nesse caso, haja uma nova redução, agora para 26,25% de chances de erro (uma queda 12,5%).

Avançando no exemplo, assumamos que cada 1% de extensão de erro reflita um *benefício social equivalente* a R\$1mil. De outro lado, consideremos que a dilatação do processo, com seus impactos financeiros e cronológicos para as partes e para o Estado, acarrete um *custo social equivalente* a R\$20mil em cada uma das reformas da lei processual.

Observa-se assim que, na primeira reforma, a extensão do erro judicial foi reduzida de 80% para 40%, equivalendo a um ganho de R\$40mil⁸³⁵ ao custo de R\$20mil. Assim, o *benefício social gerado* com a primeira reforma foi *positivo* em R\$20mil. Já na segunda reforma, a queda na extensão do erro foi de apenas 10 pontos percentuais (de 40% para 30%), gerando um benefício de R\$10 mil a um custo de R\$20mil. Já na terceira reforma, manteve-se o custo de R\$20mil, mas agora para um benefício equivalente a R\$3,75mil. De acordo com esse raciocínio, após a primeira reforma, cada nova alteração legislativa que robustece as possibilidades participativas gera prejuízo ao bem-estar social em volume cada vez maior.

É preciso, portanto, que se equilibrem custos e benefícios. Alguma participação será necessária, mas é sempre bom lembrar que novos incrementos terão benefícios cada vez menores, a custos idênticos ou maiores.

É discutível, por exemplo, se a introdução à vedação das *decisões-surpresa* pelo CPC/2015 é realmente benéfica (art. 10). O problema já estava bem resolvido. Vejamos o caso da prescrição. Sabia-se que, ao identificar a prescrição da pretensão, o juiz rejeitaria a petição inicial, proferindo sentença de mérito. Sendo assim, os autores preocupavam-se em defender a existência de suas pretensões, argumentando na própria inicial a não ocorrência da prescrição. Nos casos em que isso não ocorria, a parte sempre poderia apelar da sentença. Antes que se

⁸³³ Tal como no CPC/1973.

⁸³⁴ Como na literalidade do atual art. 489, § 1º, IV.

⁸³⁵ Redução de 40 pontos percentuais de erro. Se cada ponto *custa* \$1mil, então essa redução equivale a 40mil.

diga que isso provocaria aumento da quantidade de trabalho do tribunal, é importante que se lembre que essa apelação já abria a possibilidade de retratação pelo magistrado (CPC/1973, art. 296).

O sistema, portanto, funcionava adequadamente. Agora, com a necessidade de prévia intimação, alguns meses serão necessário para que se alcance o mesmo resultado.⁸³⁶

5.5.1.1.2 Participação como instrumento legitimador da atividade jurisdicional, *procedural justice e behavior law & economics*

A ideia de participação como instrumento legitimador da atividade judicial funda-se na premissa de que as partes *experimentarão um sentimento de justiça* caso participem do processo ativamente, o que geraria um grau mais alto de aceitação do seu resultado final.

Além de essa ser uma premissa bastante controvertida, o objetivo prevalente do processo (ao menos para análise econômica ancorada na economia do bem-estar) não é satisfazer as partes, mas sim o aumento do bem-estar social.⁸³⁷

Note-se que o ponto aqui é diferente daquele que considera o *contraditório* como elemento essencial do Estado Democrático de Direito. Para os que pensam dessa forma, a *participação*, mais do que um *elemento necessário* para um processo justo, é um *elemento essencial*, sem o qual não haveria compatibilidade entre o processo e a forma democrática de governo. Essa concepção será objeto de crítica na seção seguinte.

Realmente, é tradicional a visão de que normas processuais que restringem a participação das partes, privando-as de efetivamente influenciar o resultado final do processo são *injustas*.⁸³⁸ Essa *injustiça* tem por referência quase sempre os *indivíduos* do processo, e não o sistema processual como um todo.⁸³⁹ Todavia, como já exploramos no capítulo 1, se o sistema de justiça estiver comprometido (cenário de *tragédia*), todos serão prejudicados, incluídas todas as partes em todos os processos existentes.

⁸³⁶ Alguém ainda poderia dizer que as chances de erro, agora, são menores. Veja-se o caso da prescrição intercorrente. O juiz decretá-la sem anterior manifestação do autor, pode ser que o faça equivocadamente. É verdade. Mas será que isso ocorria em muitos casos? Será que serão tantos os casos em que tenha realmente havido causas extraprocessuais interruptivas ou suspensivas da prescrição? Para eles, sempre haverá a via recursal, mas não parece que isso justifique todo o acréscimo de tempo de custos que o sistema sofrerá com a necessidade de intimação prévia antes de cada decisão que reconheça a prescrição ou a decadência de cada um dos processos que tramita pelo sistema.

⁸³⁷ SHAVELL, Steven, KAPLOW, Louis. op. cit. p. 1164 e sgts.

⁸³⁸ *Fairness is the fundamental concept that guides our thinking about substantive and procedural law*, NEWMAN, John O. **Rethinking fairness**, op. cit. p. 1646.

⁸³⁹ SHAVELL, Steven e KAPLOW, Louis, op. cit. p. 1188.

Como bem observa Vitorelli, quase não há estudos sobre psicologia forense no Brasil.⁸⁴⁰

Nos Estados Unidos, porém, o tema já foi bastante estudado. Ainda na década de 1970, trabalho pioneiro afirmou algo que nos últimos anos tem sido dito repetidamente no Brasil: a importância de que o controle do processo seja distribuído com as partes. O melhor indicador de satisfação das partes com o processo seria, assim, o seu grau de participação.⁸⁴¹ O mesmo estudo concluía, ainda, que o resultado final do processo também influenciava bastante no nível de satisfação dos participantes.⁸⁴²

O tema, porém, tem sido objeto de pesquisas mais recentes e sofisticadas. A mais importante delas resulta de uma famosa teoria conhecida como *justiça procedimental* (*procedural justice*), desenvolvida principalmente por Tom Tyler em uma série de trabalhos, desde 1988⁸⁴³ até os dias atuais.⁸⁴⁴

Segundo Tyler, as pessoas em uma comunidade, ao decidirem colaborar com a polícia local, não atuam como *maximizadores racionais*, ou seja, não ponderam os custos e benefícios da cooperação. Ao contrário, essa decisão seria baseada em um *senso de obrigação* que surge a partir da forma como a polícia trata o indivíduo.⁸⁴⁵ Em outras palavras, ao ser tratado com *cordialidade*, o indivíduo confere *legitimação institucional* à polícia e aos seus membros.⁸⁴⁶

As ideias de Tyler alcançaram proeminência nos Estados Unidos, e atualmente estão no centro do debate sobre *law enforcement*,⁸⁴⁷ contrapondo-se à utilização de políticas mais agressivas (*order maintenance policy*), como aquelas baseadas na teoria das *janelas quebradas* (*broken windows policing strategies*).

⁸⁴⁰ op. cit. p. 187.

⁸⁴¹ THIBAUT, John; WALKER, Laurens. **Procedural justice: a psychological analysis**. Hillsdale: Lawrence Erlbaum Associates Publishers: 1974, *apud* VITORELLI, Edilson, op. cit. p. 187.

⁸⁴² Ibidem.

⁸⁴³ Lind, E.A. & Tyler, T.R. (1988). **The social psychology of procedural justice**. N.Y.: Plenum.

⁸⁴⁴ Tyler, T.R. (2016). **Understanding the force of law: Comments on Schauer**. *Tulsa Law Review*, 51, 507-519.

⁸⁴⁵ “The procedural justice model involves two stages. The first involves the argument that public behavior is rooted in evaluations of the legitimacy of the police and courts. People’s social values—in this case, their feelings of obligation and responsibility to obey legitimate authorities—are viewed as key antecedents of public behavior. In other words, people cooperate with the police and courts in their everyday lives when they view those authorities as legitimate and entitled to be obeyed. [...] The second involves the antecedents of legitimacy. The procedural justice argument is that process-based assessments are the key antecedent of legitimacy (Tyler 1990). In this analysis, four indicators—summary judgments of procedural justice, inferences of motive-based trust, judgments about the fairness of decision making, and judgments about the fairness of interpersonal treatment—are treated as indices of an overall assessment of procedural justice in the exercise of authority.” COX, Adam B; MILES, Thomas J. *Legitimacy and cooperation: will immigrants cooperate with local police who enforce federal immigration law?* p. 6-7. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/769/

⁸⁴⁶ TYLER, Tom R. **Why people obey de law**, 2a. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

⁸⁴⁷ Schulhofer, Stephen J., Tom R. Tyler, & Aziz Z. Huq. 2011. **American Policing as a Crossroads: Unsustainable Policies and the Procedural Justice Alternative**. 101 *Journal of Criminal Law & Criminology* 335-374

Em sentido diametralmente oposto à *procedural justice*, essas outras políticas valem-se da atuação policial para manter a ordem e rapidamente resolver problemas cotidianos, ainda que não relacionados à prática de crimes graves (“*broken windows*” *do need to be repaired quickly*).⁸⁴⁸ Isso porque pequenas infrações, quando não combatidas, incentivariam a prática de crimes mais graves.⁸⁴⁹ Além disso, a *demonstração efetiva* de combate ao crime, mesmo aos pequenos, geraria incentivos cooperativos no indivíduo. Nas versões mais radicais dessas políticas, caberia à polícia identificar e eliminar qualquer sinal de desordem urbana (*zero tolerance policy*).⁸⁵⁰

O debate é intenso, cercado de ideologias, e não há teoria vencedora. Todavia, trabalhos recentíssimos apontam para evidências empíricas em sentido contrário aos estudos de Tyler.

Em trabalho de 2016, Adam Cox e Thomas Miles empreendem imensa análise empírica para estudar a influência cooperativa da *procedural justice*, concluindo pela sua inexistência, ao menos no caso analisado.⁸⁵¹

No que toca o presente tema, todavia, o trabalho recente mais importante é, sem dúvida, a última obra de Frederick Schauer (“*The Force of the Law*”, de 2015).⁸⁵² Neste livro, Schauer descreve a história dos dois modelos básicos da *força da lei*, quais sejam, o *modelo coercitivo* e o *não coercitivo*. Após imensa revisão da literatura a respeito, e navegando pelos caminhos da moralidade,⁸⁵³ o autor conclui que a *punição* ainda é a maior força indutora do respeito à lei, e que, conquanto ela deva ser combinada com outras forças não coercitivas, como as normas sociais,⁸⁵⁴ ao fim e ao cabo, quando a cooperação e a boa-fé parecem pouco plausíveis, é a força punitiva da lei que se torna o elemento indutor mais importante.⁸⁵⁵

A *legitimação pelo procedimento*, todavia, é expressamente excluída por Schauer do mecanismo indutor de respeito à lei.⁸⁵⁶ Para tanto, ele contradita a pesquisa de Tyler, afirmando que suas evidências apontam apenas que as pessoas tendem a respeitar normas com as quais

⁸⁴⁸ KELLING, George L. & COLES, Catherine M. Fixing Broken Windows; **Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities** Simon and Schuster, 1997, p. 160.

⁸⁴⁹ KELLING, George L. & WILSON, James Q.. 1982. **Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety**. 249 Atlantic Monthly 29-38

⁸⁵⁰ Schulhofer, Stephen op. cit. p. 340-341.

⁸⁵¹ Os autores refutam a hipótese de diminuição do índice cooperativo entre imigrantes e polícia local, a partir de uma mudança de política americana que integrou a polícia comunitária no combate a imigração ilegal, o que implicou a adoção de um modo de proceder mais rigoroso em relação aos imigrantes. COX, Adam B; MILES, Thomas J. **Legitimacy and cooperation: will immigrants cooperate with local police who enforce federal immigration law?** Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/769/

⁸⁵² SCHAUER, Frederick, **The force of law**, 2015, Harvard Press, Cambridge/London, Kindle edition.

⁸⁵³ Distintos, portanto, das vias da economia de bem-estar. Ibidem p. 61

⁸⁵⁴ Ao final, Schauer conclui que as normas sociais também são punitivas.

⁸⁵⁵ Ibidem p.167. A conclusão vai ao encontro do que referimos na Seção 5.4.1.1, deste mesmo capítulo: 5.4.1.1.

⁸⁵⁶ Ibidem p. 57-61.

elas concordam, independentemente de sanção.⁸⁵⁷ Acrescenta, ainda, que os resultados de Tyler mostram baixos níveis de respeito a normas sem sanção de cujo conteúdo os indivíduos discordam.⁸⁵⁸

Por fim, é importante dizer que as descobertas da economia comportamental não referendam a ideia de *legitimação pelo procedimento*. Como vimos no capítulo 2, a junção entre psicologia e economia desvendou os padrões de limitação da racionalidade humana, permitindo uma *atualização* dos modelos econômicos clássicos com a introdução dos diversos vieses comportamentais decorrentes das *limitações da razão* (*bounded rationality*).

A *aceitação do resultado final da causa* e o *sentimento de justiça* que decorreria da maior *participação* das partes são desafiados por vários daqueles vieses, como ficará mais claro nos capítulos seguintes, quando verificaremos as possibilidades cooperativas em várias fases do processo judicial.

Por ora, basta dizer que as partes têm seu próprio conceito de justiça, e que sua percepção está muito mais ligada ao resultado final do processo, desde que esse resultado esteja de acordo com seus interesses, do que ao procedimento em si.⁸⁵⁹ Trata-se do *self-serving bias*, ou seja, da *tendência das partes de considerar justo apenas aquilo que as beneficia*.⁸⁶⁰

Quando os indivíduos entendem que estão sendo tratados injustamente, como no caso em que não houve uma oferta *justa* de acordo, logo no início ou mesmo antes do processo, o comportamento seguinte tende a ser punitivo e não cooperativo, ou seja, a parte buscará *punir* o comportamento *injusto* do seu adversário, mesmo que isso lhe acarrete prejuízos morais ou financeiros (*bounded self-interest*).⁸⁶¹ Como resultado, frustrada a tentativa de acordo, é mais provável que o processo desenvolva-se embebido por sentimentos de vingança, raiva, desgosto e outras animosidades. Nesse cenário, o procedimento dificilmente produzirá algum *sentimento de justiça ou de aceitação*, por mais participativo que seja.⁸⁶²

Como o processo é apenas um meio *civilizado* para solução de situações conflituosas, é de se esperar que as partes, pelo simples fato de estarem em desacordo, componham uma

⁸⁵⁷ Ibidem p.60

⁸⁵⁸ Ibidem. Em resposta, em artigo-revisão do livro, Tyler critica a posição de Schauer, afirmando que o autor ignorou a imensa quantidade de evidências empíricas que apontam a *legitimação da norma* como principal força indutora, ao lado da punição. TYLER, Tom R. **Understanding the force of law**, in Tulsa Law Review, Vol 51/2, article 23, 2016, 507-5019, p. 508, 518-519

⁸⁵⁹ De há muito, Barbosa Moreira já concluíra nesse sentido. op. cit. p. 87.

⁸⁶⁰ BABCOCK, Linda; LOEWENSTEIN, George. **Explaining bargaining impasse: the role of self-serving biases**, in Journal of economic perspectives, vol 11, n1, 1997 pg. 109-126, p.110.

⁸⁶¹ JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard, **A behavioral approach to law and economics**, op. cit. p. 1479.

⁸⁶² Produzirá ainda, ansiedade, estresse, perda de tempo e de dinheiro em proporção direta a sua duração. BURGER, Warren E. **Isn't there a better way?** American Bar Association, vol 68, p. 274-276, 1982.

relação pautada muito mais pela *rispidez* do que pela *cordialidade*, principalmente quando frustradas as tentativas iniciais de autocomposição.⁸⁶³ Quanto mais dilatado o procedimento, mais crescem as animosidades, distanciando as partes de qualquer possibilidade cooperativa ou de *sentimentos de justiça*.⁸⁶⁴

Processos alongados em nome de uma *comunidade de trabalho participativa* são processos em que as partes investiram mais tempo, atenção e dinheiro. Esse *investimento* provoca uma *reação de apego* em relação ao suposto direito litigado, gestando revolta em caso de derrota final. Isso ocorre por duas razões comportamentais: a *falácia dos custos a fundo perdido* e o *efeito dotação*.

A *falácia dos custos a fundo perdido* (*sunk costs falacy*), é a resposta da economia comportamental ao postulado econômico clássico de que o *homem racional* não deve pautar suas decisões futuras em razão de investimentos passados que não podem ser recuperados. De acordo com a teoria, confirmada por múltiplos estudos empíricos, as pessoas tendem a prolongar uma determinada atividade na qual já foram investidos recursos relevantes, mesmo à custa de novas despesas emocionais e financeiras.⁸⁶⁵

Já o efeito dotação (*endowment effect*) é o padrão comportamental segundo o qual o indivíduo tende a exigir, ao abrir mão de um determinado bem, um valor maior do que pagaria para adquirir o mesmo bem.⁸⁶⁶ Processos longos, com múltiplos recursos, geram efeito dotação e aniquilam as possibilidades cooperativas.

Explicamos. Desenhos procedimentais que conferem amplas possibilidades participativas — como, por exemplo, manifestações prévias antes de qualquer decisão (art. 10 do CPC/2015) e inúmeras possibilidades recursais — tendem a ser mais demorados, principalmente em um cenário de *tragédia da justiça*, como o vivenciado no Brasil. Esse ônus temporal acaba sendo suportado pelas partes. Parece *justo*, como afirma Marinoni,⁸⁶⁷ que esse ônus seja redistribuído entre as partes de acordo com a evidência de seu direito. Não por outro motivo, o CPC/2015 prevê inúmeras técnicas de repartição do ônus temporal, seja pela concessão das mais variadas formas de tutela provisória, seja pelas possibilidades executivas provisórias. Toda e qualquer decisão judicial que de alguma forma *aloque* direitos (ou efeitos

⁸⁶³ JOLLS, Christine, SUNSTEIN, Cass R., THALER, Richard, op. cit. p. 1495.

⁸⁶⁴ Ibidem, p. 1495.

⁸⁶⁵ HAL R. ARKES AND CATHERINE BLUMER, **The psychology of sunk costs**, in ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND human decision processes 35, 124-140, 1985, Ohio University, p. 125. Trataremos esse viés com detalhes no capítulo 6, seção 6.7.3.1.

⁸⁶⁶ Thaler, Richard, **Toward a Positive Theory of Consumer Choice**, Journal of Economic Behavior and Organization, 1980, 1, 39-60. p. 44. Discorreremos sobre esse viés no Capítulo 10, Seção 10.2.5.

⁸⁶⁷ *Curso de processo civil, vol 1... op. cit. p. 269-270.*

de direitos a serem futuramente alocados) gera o efeito dotação, tornando a parte beneficiada refratária a qualquer postura cooperativa, aumentando a animosidade no processo.⁸⁶⁸

Mesmo em processos sem *alocações provisórias* de direito, o efeito dotação surge do mero investimento de recursos financeiros e emocionais no procedimento em si.⁸⁶⁹ Quanto mais longo e participativo, maiores serão os investimentos⁸⁷⁰ e mais intenso será o *endowment effect*. Essa tendência é reforçada pela mera existência da situação conflituosa, que se prolonga junto com o processo, tornando a relação entre as partes cada vez mais áspera, alimentando ainda mais o efeito dotação.⁸⁷¹ Ao final, dificilmente a parte derrotada experimentará qualquer sentimento de justiça.

É importante, ainda, observar que, mesmo que a participação fosse capaz de fazer brotar sentimentos de justiça e de legitimidade, é mais provável que essas nobres sensações nasçam no coração dos advogados, e não das partes representadas. Isso porque, ressalvada a audiência de conciliação ou mediação e eventual depoimento pessoal, a parte não participa diretamente do processo. São os advogados que o fazem, de modo que qualquer sentimento de controle do processo pela parte, se existente, é provavelmente fictício.⁸⁷²

Por fim, um experimento mental talvez seja útil: o que o cidadão médio escolheria antes de litigar? Um procedimento célere, efetivo e pouco participativo ou um procedimento mais participativo em detrimento de alguma celeridade e efetividade?

A resposta não aparece óbvia, de pronto. Bruce Hay especula que, *ex ante*, a parte buscaria o procedimento que lhe conferisse maiores chances de sucesso, o que variará de acordo com a força das suas provas e argumentos. Todavia, ao final do processo, em caso de derrota, provavelmente a parte sucumbente se arrependeria da escolha feita. Ao fim e ao cabo, o que se deseja é vencer, com ou sem poder de influência.⁸⁷³

⁸⁶⁸ Sunstein, Cass et. al. op. cit. p. 1498. Vale a pena reproduzir a passagem: “*Although the endowment effect suggests generally that the assignment of a legal entitlement may affect the outcome of bargaining, such an effect is especially likely when the entitlement is in the form of a court order obtained after legal proceedings between opposing parties (our focus here).*”

⁸⁶⁹ Com pesquisa empírica realizada com advogados, confirmando essa tendência, Ward Farnsworth, **Do Parties to Nuisance Lawsuits Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral**, in The University of Chicago Law Review, 66, pg 373 e sgts., 1998)

⁸⁷⁰ “*To begin, if a party must not only spend money for lawyers and experts, but also devote substantial time to the task and possibly be subject to hassle and stress, adjudication costs will be greater than previously recognized.*” KALPOW, Louis, op. cit. p. 51.

⁸⁷¹ Sunstein, Cass et. al. op. cit p. 1500

⁸⁷² HAY, Bruce; ROSEMBERG, David, op. cit. p. 32, 41 e sgts.

⁸⁷³ HAY, Bruce L. **Procedural Justice-Ex Ante v. Ex Post**, in 44 UCLA L. Rev. pg 1803-1850 (1997). No mesmo sentido, KAPLOW, Louis, **The value of accuracy in adjudication: an economic analysis**, in The journal of legal studies, vol 23, 1994 p. 390. No Brasil, VITORELLI, Edilson, op. cit. p. 186; BEDAQUE, José Roberto dos Santos, *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*, 3a. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 16. Nas palavras de Barbosa Moreira: [...] *Ora, o que normalmente quer cada uma das partes é sair vitoriosa,*

5.5.1.2 Participação como elemento essencial ao conceito de processo

A noção de *participação* como essencial ao conceito de processo é largamente dominante (quase unânime, na verdade) na doutrina brasileira de processo civil, e raramente contraditada.⁸⁷⁴

Em primeiro lugar, para isolar corretamente o objeto de estudo, é preciso tratar como *instrumental*, e não como *essencial*, a visão de que a participação contribui com a satisfação das partes e legitima a atividade jurisdicional.⁸⁷⁵ O tema foi tratado na seção anterior.

Já a essencialidade da participação normalmente está atrelada a noções de *democracia* e ou de *dignidade da pessoa humana*,⁸⁷⁶ valores caros aos Estados Constitucionais modernos do Ocidente. Nessa linha, afirma-se o caráter absoluto do contraditório,⁸⁷⁷ inviolável em todos os seus estágios. O processo, sem contraditório, não seria processo.⁸⁷⁸

Dois são os pontos a serem investigados aqui. O primeiro é saber se o contraditório é realmente essencial ao processo (em razão de sua inerência ao regime democrático e à dignidade

tenha ou não razão: pouco lhe importa, em regra, que se mostre justo o resultado, desde que lhe seja favorável. op. cit. p. 87. Em outro texto, o Professor aborda novamente o tema, a propósito do *desejo* de celeridade, afirmando, corretamente, que a parte que sabe não ter o direito não deseja celeridade. Muito pelo contrário, quer o processo se arraste o maior tempo possível. P. 3. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O futuro da justiça. Alguns mitos.* in, Temas de direito processual, 8a. série, Saraiva, São Paulo, 2004.

⁸⁷⁴ Com brilhantismo, criticando essa visão, VITORELLI, Edilson, p. 178 e sgts. E ainda, OSNA, Gustavo, **Processo civil e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017 p. 82 e sgts.

⁸⁷⁵ Na prática, existe uma confusão entre o caráter instrumental legitimador, e o caráter essencial decalcado do regime democrático. Veja-se o texto de Daniela Gonsalves da Silveira, que afirma que o CPC/2015 deixa claro que todos os sujeitos processuais estão submetidos ao contraditório, reforçando a sua função de elemento de legitimação democrática no processo e indispensável para a conformação do processo justo. Não se sabe se com a expressão *função de elemento legitimador* a autora aborda o contraditório como instrumento ou como elemento do regime democrático. SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. **Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Revista de Processo, vol. 248/2015. Págs. 69-87, principalmente p. 76.

⁸⁷⁶ Nesse sentido, CABRAL, Antonio do Passo, op. cit. p. 106-107; DIDIER, Jr. op. cit. p. 91; ZANETI Jr. Hermes, **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007, p. 115; MITIDIERO, Daniel A **multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A do CPC). Resposta à crítica de José Tesheiner**, in Revista de processo, vol 144, p. 105-112, 2007; MARINONI, Luiz Guilherme, **Novas linhas do processo civil**, 3a. ed. São Paulo, Malheiros, 1999, p. 258; DINAMARCO, Cândido Rangel, ; CAMBI, Eduardo, HAAS, Adriane e SCHIMITZ, Nicole, **Princípio da cooperação processual e o novo CPC**, in Revista dos Tribunais | vol. 984/2017 | p. 345 - 384 | Out / 2017; DE PINHO, Huberto Dalla Bernardina, **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**, 7a. ed. São Paulo, Saraiva, 2017, p. 101.

⁸⁷⁷ THEODORO Jr, Humberto, op. cit. p. 32.

⁸⁷⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil, Vol. I**. São Paulo, Ed Marcial Pons, 2014, p 103. CUNHA, Leonardo Carneiro da, **O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro**, *Revista de Processo* | vol. 209/2012 | p. 349 - 374 | Jul / 2012; CÂMARA, Alexandre Freitas. **Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional**, in Revista Iberoamericana da Derecho Procesal, vol. 1/2015. Págs. 17-33, principalmente p. 23

da pessoa humana). O segundo é refletir se essa suposta *essencialidade* lhe confere um caráter absoluto.

A noção de contraditório como influência e sua vinculação ao regime democrático e à dignidade humana é cognitivamente tão confortável que quase nunca é desafiada, ao menos não no Brasil. Todavia, algumas questões colocam-se de imediato:

- i. Se participação é essencial, como justificar a legitimação para ajuizamento de tutela coletiva, principalmente em defesa de direitos individuais?⁸⁷⁹
- ii. Como justificar, ainda, a natureza extremamente técnica e especializada do direito, bem como a necessidade de capacidade postulatória para manifestação em juízo?⁸⁸⁰

Reflexões sobre a primeira pergunta poderiam levar à conclusão de que participação não é um elemento essencial ao processo, ao menos não o Brasil. Já quanto ao segundo questionamento, vemo-nos obrigados a atravessar a fronteira entre ilusão e realidade.

À primeira reflexão, várias observações podem ser opostas, como, por exemplo: a preservação do direito individual de ação em paralelo à tutela coletiva; a existência de *coisa julgada* “*secundum eventum litis*”; o reconhecimento de que a tutela coletiva é um *algo a mais* em relação à tutela individual, ou ainda o fato de que alguns direitos, pelas suas características, só podem ser tutelados coletivamente. Não haveria, assim, *restrição à participação*, senão sua própria inviabilidade para a proteção de determinados direitos.

Todavia, quanto à segunda reflexão, não há o que objetar, ressalvada uma procura sôfrega por *brechas democráticas* ao longo do procedimento, como, por exemplo, a audiência de instrução com depoimento pessoal da parte, onde então o ideal democrático direito ainda vive. Forçamo-nos, assim, a reconhecer que a realidade do processo está muito mais para um cenário *kafkiano*, em que, inclusive, os interesses de representante e representado por vezes estão desalinhados,⁸⁸¹ do que para um ambiente democrático deliberativo.

Os conceitos de democracia e de participação, em verdade, são extremamente complexos e elásticos, variando no tempo e no espaço.⁸⁸² Como vimos no capítulo 4, dificilmente será possível estabelecer uma ligação estrita entre as peculiaridades do processo e

⁸⁷⁹ VITORELLI, Edilson, op. cit. p. 178

⁸⁸⁰ OSNA, Gustavo, op. cit. p. 82.

⁸⁸¹ Esse desalinhamento recebe na economia o nome de *agency problem*, e será estudado minuciosamente no capítulo seguinte, Seção 6.2.2, e também no Capítulo 8, Seção 8.2.2.5.

⁸⁸² SAGER, Laurence, **The incorrigible constitution**. In New York University Law Review, vol 65 p. 893-961, 1990.

um determinado regime democrático.⁸⁸³ Veja-se, por exemplo, a contraposição tão bem feita por Posner entre *democracia deliberativa* e *democracia pragmática*.⁸⁸⁴

A democracia deliberativa, com argumentos de fundo moral e raízes teóricas em John Dewey, pressupõe o *dever* de participação efetiva de todo o cidadão, apostando na sua capacidade e interesse em contribuir para o governo.⁸⁸⁵ Dessa vertente surge o conceito radical *democracia transformativa*,⁸⁸⁶ capturado por Hannah Arendt, para quem somente se todas as instituições (incluindo o Judiciário) forem controladas democrática e diretamente pelas pessoas por elas afetadas é que serão possíveis verdadeiras transformações sociais.⁸⁸⁷

Já a democracia pragmática, mais realista, pressupõe o desinteresse do cidadão médio pela *coisa pública*, que prefere relegar sua condução a políticos egoístas que, por sua vez, competem em busca do apoio popular. Para essa teoria, decalcada das ideias de Schumpeter,⁸⁸⁸ a democracia não tem qualquer base moral, configurando-se como um *acaso*, nem sempre afortunado, devido a circunstâncias históricas.⁸⁸⁹

Em defesa dessa segunda teoria, Posner argumenta que a democracia foi abandonada pela agenda mundial por quase dois milênios e que mesmo democratas deliberativos, ao aceitarem a democracia representativa, dada a inviabilidade da democracia direta, tornam-se pragmáticos. Acrescenta, ainda, que a deliberação democrática efetiva, ao invés de fazer convergirem os interesses sobre temas fundamentais, provoca apenas mais discordância, angústia, raiva e outros sentimentos não cooperativos.⁸⁹⁰

Quanto a esse ponto específico, ressaltamos sua convergência com nossas observações em capítulo anterior a respeito do *dual process brain*, ou seja, da forma dual de funcionamento do cérebro. Vimos lá que discussões sobre temas difíceis funcionam a partir de deliberações do *sistema reflexivo* do cérebro (*sistema 2*) ancoradas nas intuições do seu sistema impulsivo

⁸⁸³ Repetimos aqui, a citação de Damaska, por nós já utilizada: “*It has proved exceedingly difficulty to relate the design of the legal process to any presently available classification of states according socioeconomics variables. [...]*” DAMASKA, MIRJAN. *The faces of justice and the state authority, a comparative approach to the legal process*, Yale University Press, New Haven, London, 1986. p. 242.

⁸⁸⁴ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism and democracy*, Harvard University Press, Cambridge/London, 2003, p. 130-212.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, p. 131-132.

⁸⁸⁶ ELSTER, Jon *Introduction in deliberative democracy 1*, ed. John Elster, 1988

⁸⁸⁷ Stanford Encyclopedia of Philosophy, 2006, verbete *Hannah Arendt*, disponível em <https://plato.stanford.edu/entries/arendt/#AreConCit>,

⁸⁸⁸ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, Socialism & Democracy*, Routledge, London and New York, 2003 (1943, first published) p. 252 e sgts.

⁸⁸⁹ Posner, op. cit. p. 143-145.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 134.

(*sistema 1*). Nessas discussões, as divergências são praticamente inconciliáveis, porque elas residem no *sistema 1*, que é *cognitivamente impenetrável*.⁸⁹¹

Note-se, portanto, que há uma enorme discussão a respeito da natureza da democracia e do melhor desenho para as instituições democráticas. Apenas *democratas deliberativos radicais* acreditam na deliberação direta e na sua capacidade de resolver divergências fundamentais.⁸⁹² Não é possível, portanto, impor um *contraditório participativo* como *necessário* em razão da adoção do regime democrático por uma determinada Constituição.

Por exemplo, não há tantas variações de nível de participação no processo nas passagens entre constituições democráticas e autoritárias no Brasil. Um bom exemplo é o próprio Código de Processo Civil de 1973, que vigorou na vigência de duas Constituições, uma outorgada (1967/1969), outra promulgada (1988). Mesmo o Estado nazista, autoritário por excelência, manteve regras processuais participativas até quase o final do regime.⁸⁹³ As similaridades entre o regime processual dos países soviéticos e da Europa continental são outro bom exemplo a estancar esse *senso comum*.⁸⁹⁴

Com isso não se quer dizer que não se possa adotar um modelo processual aberto a intensa participação das partes, mas sim que esse modelo não decorre necessariamente de um regime democrático ou de qualquer outra modelagem dos Estados Constitucionais atuais.⁸⁹⁵

É inegável, porém, que normas processuais que retiram poderes participativos normalmente são vistas como injustas.⁸⁹⁶ Foi o que ocorreu, por exemplo, quando a Lei federal

⁸⁹¹ Capítulo 3, seção 3.3.4.

⁸⁹² Um bom exemplo de democrata deliberativo que não acredita na deliberação como forma de solução de discordâncias fundamentais é Cass Sunstein, que aponta para o risco de *group polarization* SUNSTEIN, Cass, **Designing democracy: what constitutions do**, 2001, Kindle edition, location 99.

⁸⁹³ A observação é de VITORELLI, op. cit. p. 179 e também de MAJER, Diemut, “**Non-Germans**” under the Third Reich The Nazi Judicial and Administrative System in Germany and Occupied Eastern Europe, with Special Regard to Occupied Poland, 1939-1945, Texas Tech University Press, p. 399-400: “*Reports by the Security Service in 1941, as usual quoting opinions allegedly expressed by the people, complained that “politically minded comrades [...] simply fail to understand how Jews are still able to plead under legal aid. [...] At the meeting of the court of appeal presiding judges and chief public prosecutors in Berlin on February 10– 11, 1943, the representatives of the ministry put forward the planned judicial policy, namely to achieve the severance of the courts from the procedural law regulations by a statutory instrument already in force in the Annexed Eastern Territories, with respect to all court procedures, including civil law.25 That this did not come about, in spite of the ministry’s efforts, was due only to the facts that the deportation and extermination operations undertaken since 1941 had depleted Germany of Jews and that the institution of civil action by Poles was in any case hardly conceivable and in practice impossible given their dependence on the police statues.”*

⁸⁹⁴ DAMASKA, MIRJAN. **The faces of justice and the state authority, a comparative approach to the legal process**, Yale University Press, New Haven, London, 1986; Em sentido semelhante, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O neoprivalismo processo civil**, in *Temas de direito processual civil*, 9a série, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 87

⁸⁹⁵ LEONEL, Ricardo de Barros, **Garantismo e direito processual constitucional**, in *Garantismo processual...* op. cit. p. 136.

⁸⁹⁶ Por todos, BORNE, Robert, “*Many procedure scholars today assert, or, more frequently, assume, that the day in court ideal guarantees individuals a strong prima facie right to freedom of strategic choice in all cases*”. op. cit p. 232

n. 13.256/2015 alterou o CPC/2015 para restringir o acesso às cortes superiores.⁸⁹⁷ Sempre que isso ocorre, a referência de quem assim se manifesta é a individualidade das partes, de modo que considerações sistêmicas são deixadas de lado.⁸⁹⁸

Ocorre que o processo *justo*, como sendo o mais participativo possível, encontra limitações nos custos do processo, aí incluídos os custos financeiros (largamente subsidiados pelo Estado) e não financeiros. As teorias que colocam a participação como o centro do devido processo legal não explicam como resolver essa questão. A bem da verdade, no Brasil, essa tensão *participação vs. custos do processo* é praticamente ignorada, optando-se por formulações esvaziadas de significado real, como as que afirmam que as partes têm direito à duração razoável do processo.

Na Europa, por exemplo, a necessidade de um *balanço* entre custos e participação vem sendo identificada pelo Tribunal Constitucional alemão, que, conquanto reconheça o contraditório como direito de influência, sujeita-o aos limites de outros interesses que estejam em jogo.⁸⁹⁹

Mesmo autores fortemente arraigados a *princípios de justiça*, como Dworkin⁹⁰⁰ e Owen Fiss,⁹⁰¹ reconhecem a necessidade de calibramento desse *trade-off*, conferindo à participação um caráter pragmático, não absoluto.⁹⁰²

Assim, desafiada a vinculação absoluta entre ampla participação e regime democrático, resta enfrentar o engajamento entre *participação*, dignidade e autonomia do indivíduo.

A questão aqui é mais simples, e não há qualquer necessidade de adentrarmos o tema filosófico da autonomia do indivíduo. Isso porque, como já afirmamos, quase toda a participação no processo é dada aos advogados e não às partes que eles representam. A necessidade de capacidade postulatória encerra a questão.

⁸⁹⁷ O tema será especificamente tratado no Capítulo 6, Seção 6.6.2.3.2.3.

⁸⁹⁸ SHAVELL, Steven e KLAPLOW, Louis, op. cit. p. 1188.

⁸⁹⁹ VITORELLI, Edilson, op. cit. p. 186.

⁹⁰⁰ DWORKIN, Ronald, **Principle, Policy, Procedure**, in *A matter of principle*, p.72-103, , 1985, Cambridge, Harvard University Press., p. 72-73

⁹⁰¹ “*Due process requires that procedures be fair, but fairness is a pragmatic ideal; it affords protection to the individual, but not in a way that would require the sacrifice of other important rights.*” FISS, Owen M. **The Allure of Individualism**, 78 IOWA L. REV. 965, 1992, p. 979.

⁹⁰² Comentando a opinião de Dworkin a respeito, Joseph Raz surpreende-se, afirmando que “*Principle, Policy, Procedure [...] applies Dworkin’s general theory of adjudication, with its emphasis on individual rights, to issues of evidence and procedure whose sensitivity to the public costs of the judicial process seems to undermine Dworkin’s apparent view that in adjudication, rights should take precedence over issues of public policy, such as administrative expedience.*” RAZ, Joseph, **Dworkin: A New Link in the Chain**, in 74 CAL. L. REV. (1986), p. 1103. Também Barbosa Moreira atenta para o ponto, advogando a necessidade de rapidez, mas não a qualquer custo. Todavia, ao invés de simplesmente rogar por esse equilíbrio, o Professor, já em 2000, advogava a necessidade de pesquisas empíricas, antes e depois de reformas legislativas, para efetivamente medir os problemas e a eficácia das soluções. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O futuro da justiça. Alguns mitos**. in, Temas de direito processual, 8a. série, Saraiva, São Paulo, 2004, P. 10.

Como também já se disse, é muito provável que as preferências do indivíduo quanto a determinado desenho procedimental estejam mais vinculadas às suas chances de vitória do que ao seu nível de participação no processo.

Por fim, parece muito mais razoável que a *medida da dignidade* no processo seja a realização efetiva do direito material dos envolvidos⁹⁰³ e não a quantidade de participação que ele admite.

Não se pode perder de vista o caráter instrumental do processo.⁹⁰⁴ *Ubi jus, ibi remedium*. Em um cenário ficcional, em que a sociedade tivesse de escolher entre um sistema capaz de efetivar os direitos com precisão e sem participação, e outro que adotasse o modelo participativo, mas fosse menos efetivo, qual seria a opção social? A resposta não é simples. Mas se somente o modelo participativo drenasse recursos públicos que poderiam ser investidos em saúde, educação ou outros interesses relevantes, sua escolha seria pouco provável.

Ao criticarmos a essencialidade do contraditório, não estamos propondo sua exclusão de um modelo processual ideal, mas sim abrindo espaço para que se possa discutir qual é o *devido* processo legal *devido* às particularidades da realidade brasileira de *tragédia da justiça*.⁹⁰⁵ Libertos da *ditadura da participação (fairness)*, podemos buscar outros ideais cooperativos, que não os ligados ao aumento exponencial de participação das partes, que pouco contribui para o alcance dos objetivos do art. 6º do CPC/2015, ou seja, para que *o sistema* seja capaz de tutelar direitos de forma *justa, efetiva, e em tempo razoável (welfare)*.⁹⁰⁶

À essa tarefa destinam-se os próximos capítulos.

5.6 Conclusão parcial

Diante do exposto, concluímos que os deveres cooperativos, tal como apresentados pela doutrina atual de processo civil, decorrem de um específico conceito de *devido processo legal*,

⁹⁰³ BORNE, Robert. op. cit. p. 282.

⁹⁰⁴ ORTH, John. **Due process of law - a brief History**. Kansas: UPK, 2003, p. 89

⁹⁰⁵ No sentido de que o conceito de devido processo legal *oscila* de acordo com o momento histórico, devendo sempre ser interpretado em conjunto com o sistema que o integra: CAMBI, Eduardo; DAS NEVES, Aline Regina. Flexibilização Procedimental no Novo Código de Processo Civil. Revista de Direito Privado, vol. 64/2015. P. 219-259

⁹⁰⁶ De certa forma, essa é a opinião de Humberto Ávila, que procura compatibilizar a participação com as demais garantias do processo, entendendo por *justo* apenas o processo capaz de tutelar o direito violado com respeito aos deveres de proporcionalidade e razoabilidade, que devem arbitrar toda a *fricção* de direitos fundamentais gerada na busca dessa tutela. ÁVILA, Humberto, **O que é “devido processo legal”?** in O QUE É “DEVIDO PROCESSO LEGAL”? Revista de Processo | vol. 163/2008 | p. 50 - 59 | Set / 2008 p. 54-55. Nessa linha, o contraditório seria apenas um dos elementos do processo justo, a ser articulado com os demais sempre em busca da proteção *justa, proporcional, razoável*, do direito material. O *devido processo legal*, por sua vez, seria o *sobreprincípio* capaz de promover tal articulação. Ibidem, p. 55-57.

decalcado de uma visão idealizada da importância e da necessidade da participação no processo civil. Esse conceito não se *encaixa* na realidade da Justiça brasileira (cenário de *tragédia*) e, por isso, é incapaz de concretizar o objetivo cooperativo idealizado no art. 6º do CPC/2015, qual seja, permitir que a tutela de direito dê-se de forma *justa, efetiva e em tempo razoável*.

O processo legal *devido* é aquele que diminui os custos sociais do sistema de justiça civil, aumentando o bem-estar através de *um balanço ótimo* entre os investimentos capazes de gerar um processo apto à realização do direito material e os benefícios sociais daí decorrentes, sempre considerada a realidade em que esse sistema está inserido.

Os deveres cooperativos existem para, a partir dessa realidade, aumentar a quantidade de bem-estar de uma determinada sociedade. Normativamente, no Brasil, esses deveres são todos aqueles capazes de realizar os objetivos inscritos no art. 6º do CPC/2015, algo que só será possível a partir da presença dos incentivos normativos que tornem o comportamento cooperativo uma estratégia dominante no *jogo processual*.

Em termos econômicos, e a partir das matrizes teóricas deste trabalho, esta conclusão parcial pode ser reescrita da seguinte forma: *O significado doutrinário atualmente conferido à cooperação no processo civil “ancora-se” em concepções absolutas de princípios de justiça (“fairness”/“sistema 1”), “racionalizadas” e transformadas em um específico desenho do devido processo legal (“sistema 2”), sem preocupação com o bom funcionamento do sistema de justiça civil nem com o bem-estar social daí decorrente (“welfare”). Em nossa abordagem “pragmática profunda”, o conteúdo da cooperação é amplo e abrange todos os comportamentos dos sujeitos processuais que sejam necessários à construção de um sistema de justiça eficiente nos tempos atuais (cenário de “tragédia do bem-comum”), medida essa eficiência de acordo com os indicadores do art. 6º do CPC 2015 (forma de agregação das utilidades na “função de bem-estar social” – SWF). As estratégias cooperativas só configurarão um “equilíbrio de Nash” no processo quando presentes os incentivos adequados para tanto.*

É em torno da busca das normas que conferem esses incentivos que orbitam todos os demais capítulos deste trabalho.

6 PRIMEIRO MOMENTO DA COOPERAÇÃO: DE ANTES DO PROCESSO À AUDIÊNCIA DO ART. 334 DO CPC/2015

Nesta etapa, estudaremos os incentivos que as partes e os advogados têm para cooperar desde antes do ajuizamento da ação. O objetivo é verificar a presença de estímulos para evitar o ajuizamento de demandas frívolas⁹⁰⁷ (*demandismo*) e para fomentar a autocomposição. Os custos do processo e os precedentes judiciais terão aqui papel de destaque. Esses comportamentos são tidos por cooperativos porque colaboram para a realização dos objetivos do art. 6º do CPC/2015, principalmente pela redução do cenário de tragédia da justiça.

Quanto à autocomposição, estenderemos a análise para suas possibilidades durante o processo, principalmente na audiência de mediação e conciliação do art. 334 do CPC/2015.

Utilizaremos, para tanto, fórmulas, equações e inequações clássicas já consagradas na análise econômica do direito, todas muito simples. Ao final, introduziremos a psicologia para *atualizar* aquelas fórmulas de acordo com os *standards* da economia comportamental.

Ao final, concluiremos que, com as regras legais e jurisprudenciais atuais, a cooperação não prevalecerá como regra.

Do ponto de vista da análise econômica, a existência do Poder Judiciário, de todo o sistema de justiça e do direito processual tem um objetivo claro: diminuir custos sociais que, sem o oferecimento estatal da atividade jurisdicional, seriam muito maiores. Em outras palavras, a atividade jurisdicional só existe porque, sem ela, a sociedade estaria muito pior do que com ela.⁹⁰⁸ É sob essa ótica que, em nosso sentir, deve ser encarado o princípio da inafastabilidade da jurisdição.⁹⁰⁹

⁹⁰⁷ Na literatura estrangeira, o conceito de demandas frívolas (*frivolous suits*) equivale àquelas em que o valor esperado do processo é negativo, mas ainda assim ajuíza-se a ação para forçar um acordo (KIM, Iljoong, KIM, Jaehong, Frivolous suits in the infinitely-repeated litigation game with uncertainty, in *Hitotsubashi Journal of Economics* Vol. 56, No. 1 (June 2015), pp. 21-33) Como veremos, no Brasil, por mais que uma demanda tenha pouquíssimas chances de provimento, dificilmente ela tem valor esperado negativo, porque os custos da justiça são muito baixos para as partes. O problema é que, nesses casos, nada justifica a utilização da caríssima estrutura do Poder Judiciário e de todo o subsídio social que a financia. Em conclusão, ainda que o conceito de *frivolous suits* não se adeque perfeitamente ao caso brasileiro, ele será por nós emprestado para designar uma situação semelhante (ações com pouquíssimas possibilidades de sucesso) mas com consequências práticas distintas (no geral, no Brasil, essas ações não têm valor esperado negativo para o autor). Como afirma Bebchuk, A frivolous suit may be defined as a lawsuit that lacks merit and is filed only in the hope of extracting a settlement offer from the defendant, BEBCHUK, Lucian A. 1988, Suing solely to extract a settlement offer, in *17 Journal of Legal Studies*, 1988, P. 437-450.

⁹⁰⁸ SHAVELL Steven; KAPLOW, Louis, *Fairness versus welfare*, op. cit. p. 225-227.

⁹⁰⁹ Afirmam MARINONI, MITIDIERO e ARENHART que: o “Estado tem o dever de prestar a tutela jurisdicional prometida pelos direitos - transindividuais ou individuais.” **Novo curso de processo civil, Vol 1: teoria do processo civil. 2a. ed.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016. P. 159. Concordamos. Todavia, pensamos que esse *dever* surge da *necessidade* de que esses direitos sejam implementados artificialmente, já que não foram espontaneamente respeitados e implementados.

Em uma sociedade ideal, onde não houvesse conflitos, ou na qual os conflitos existentes acabassem sempre sendo autocompostos, não haveria qualquer necessidade de instauração de processos, ou mesmo de existência de um Poder Judiciário. Esses *instrumentos*, nesse onírico cenário, representariam um *custo* desnecessário que apenas *diminuiria* o bem-estar social, dragando recursos que poderiam ser utilizados para financiamento de saúde, de educação ou de outras prioridades.

A realidade social é, porém, conflituosa. De fato, permitir que as pessoas possam fazer justiça com as próprias mãos geraria irreparáveis custos sociais. De um lado, instaurar-se-ia o caos e a guerra.⁹¹⁰ De outro, as leis seriam sistematicamente descumpridas pelos mais fortes.⁹¹¹ O princípio da inafastabilidade adere, portanto, àquilo que a doutrina tradicionalmente nomeia de *escopo de pacificação social* da jurisdição.⁹¹² Para nós, todavia, todos os escopos da jurisdição⁹¹³ e do processo⁹¹⁴ podem ser agregados na chamada *diminuição dos custos sociais*,

⁹¹⁰ Essa é exatamente a ideia central do Leviatã, de Thomas Hobbes, não só par a existência do Poder Judiciário e da Jurisdição, mas de todo o Estado: “*Whatsoever therefore is consequent to a time of war, where every man is enemy to every man, the same consequent to the time wherein men live without other security than what their own strength and their own invention shall furnish them withal. In such condition there is no place for industry, because the fruit thereof is uncertain: and consequently no culture of the earth; no navigation, nor use of the commodities that may be imported by sea; no commodious building; no instruments of moving and removing such things as require much force; no knowledge of the face of the earth; no account of time; no arts; no letters; no society; and which is worst of all, continual fear, and danger of violent death; and the life of man, solitary, poor, nasty, brutish, and short.*” HOBBS, Thomas, *Leviathan or the Matter, Forme, & Power of a Common-wealth Ecclesiastical and Civil*.

London, printed for Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard

1651. Prepared for the McMaster University Archive of the History of Economic Thought, by Rod Hay. P. 78

⁹¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. Op. Cit. P. 29.

⁹¹² “O escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é, em última análise, a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, I, 6a. Ed. São Paulo, Malheiros, 2009. P. 132. Para Dinamarco, a *pacificação social* é o “escopo-síntese” do processo civil. Obviamente, esse objetivo só pode ser atingido através da eficiente aplicação da *vontade concreta do direito*, ou seja, do *escopo jurídico do processo*. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**, 8a. Ed. São Paulo, Malheiros, 2000. P. 209-218.

Há, obviamente, outras concepções de processo e de suas finalidades. Uma das mais precisas, e que também se adequa ao nosso pensamento é a que entende que a finalidade do processo é dar *tutela aos direitos*, de modo que o verdadeiro polo metodológico do processo seria a *tutela jurisdicional*, e não propriamente a *jurisdição*. Nesse sentido: MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel, op. cit. p. 151-152; MITIDIERO, Daniel, **Cortes superiores e cortes supremas-Do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**, 2a. ed., São paulo, Ed. Rt, 2014, p. 23 e sgts.

⁹¹³ Os escopos da jurisdição foram desenvolvidos ao longo do tempo pelos grandes mestres da processualística ao mesmo tempo em que desenvolviam seus próprios conceitos de jurisdição. Sobre a história desse desenvolvimento, Dinamarco. **Reflexões sobre direito e processo**. Revista dos Tribunais. RT 432/23, out./1971. Republicado em Doutrinas Essenciais de Processo Civil. vol. 1. P. 543 - 566 | Out / 2011.

Sobre o tema e definição de cada um dos escopos, ver também: RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. **Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos**. Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 61 - 90 | Dez / 2015; YARSHELL, Flávio. **Tutela jurisdicional meramente declaratória**, Revista de Processo | vol. 76/1994 | p. 42 - 54 | Out - Dez / 1994

⁹¹⁴ Os autores praticamente derivam os escopos do processo dos escopos da jurisdição, sendo os termos usados um pelo outro, Dinamarco, REFLEXÕES SOBRE DIREITO E PROCESSO. P. 556.

em sentido amplo.⁹¹⁵

Em outras palavras: os enormes riscos e custos sociais decorrentes de uma sociedade em que a justiça é feita com as próprias mãos restam reduzidos pela existência de aparato público (e, mais recentemente, privado⁹¹⁶) de prestação da atividade jurisdicional. Dado que esse aparato existe, mas também que possui seus próprios custos sociais (financeiros e não financeiros), todos os seus objetivos (*escopos*) devem ser agregados de modo a reduzir esses custos.

Trata-se da aplicação da ideia, já desenvolvida, de *social welfare function (SWF)*, na qual tudo o que compõe o bem-estar dos indivíduos contribui para o cálculo da utilidade, que vai parametrizar as escolhas públicas.

Como visto, esses componentes podem ser agregados de diversas formas possíveis. No que se refere à atividade jurisdicional, a SWF agrega essas utilidades de modo a reduzir os custos sociais da própria atividade.⁹¹⁷ A esse conceito corresponde a ideia de *eficiência* da atividade jurisdicional.

Ocorre que, como vimos, a *Justiça* (Poder Judiciário), enquanto conjunto de órgãos destinado ao exercício da atividade jurisdicional, é um *bem comum* e, como todo bem comum, corre o risco de ser sobreutilizado, gerando o cenário de tragédia já estudado. Quando isso ocorre, o custo social de utilização da justiça sobe demasiadamente, significando basicamente que: (i) o sistema constitucionalmente garantido torna-se lento e ineficiente, como uma avenida congestionada por veículos que não saem do lugar; (ii) como esse sistema é subsidiado por tributos, é a sociedade quem suporta esses custos.

Esse fenômeno decorre da coletivização das *externalidades negativas* da utilização exagerada da máquina jurisdicional, porque, ainda que os processos durem anos, as custas processuais não se alteram, elevando o subsídio financeiro social, além do próprio congestionamento e ineficiência das vias jurisdicionais.

Em resumo, a ineficiência do sistema recai simultaneamente sobre as partes e sobre a sociedade. As partes sofrem porque a justiça deixa de resolver a crise do direito por elas trazida. A sociedade também padece porque arca com os custos sociais da ineficiência.

⁹¹⁵ E aqui entra a ideia de que a jurisdição deve, antes de tudo, ser efetiva, justa e capaz de dar conta das necessidades de direito material. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**, Vol 1: teoria do processo civil. 2a. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016. P. 125

⁹¹⁶ Como a arbitragem e a mediação. Todavia, é preciso lembrar que a utilização desses mecanismos privados depende da concordância de ambas as partes. Não se lhes aplica, portanto, o princípio da *inevitabilidade da jurisdição*.

⁹¹⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, 6th edition. Op. Cit. P. 384-386. Voltaremos diversas vezes a esse ponto.

Note-se, e isso é muito importante, que esses custos não se limitam ao subsídio social financeiro de custeio da máquina da justiça. É que, a partir do momento em que há a percepção social de que *a justiça não funciona*, as leis começam a ser descumpridas pelas pessoas, gerando danos de toda sorte.⁹¹⁸

Nesse momento, que é o atual momento brasileiro, ocorre a abolição *de fato* da garantia da inafastabilidade da jurisdição. Uma abolição que, por ser tácita, é pouco perceptível e, por isso mesmo, muito mais grave do que uma violação expressa. É como uma doença grave, quase assintomática, cujas primeiras dores exsurtem pouco antes da morte do paciente.

Ao agrupar os escopos da jurisdição no objetivo de diminuição dos custos sociais, o que se quer é desnudar e corrigir essa surda abolição, permitindo que a justiça possa voltar a funcionar razoavelmente, julgando uma *quantidade ótima* de processos.

Isso pressupõe ajustes que alguns poderão qualificar como violadores do acesso à justiça.⁹¹⁹ Mas, como *provaremos*, esses são, na verdade, os ajustes que garantirão tal acesso, não como um valor em si mesmo, mas como uma forma de deixar toda a sociedade em condições melhores.

Não haverá, portanto, qualquer inconstitucionalidade nas eventuais restrições propostas, pois, ao contrário do que possa parecer, elas serão sugeridas exatamente para garantir o cumprimento dos valores constitucionais de acesso à justiça.

Inconstitucionalidade, se existe, está no modelo atual. Trata-se de verdadeiro *estado de coisas inconstitucional*.⁹²⁰ De outro lado, veremos que nem sempre a *quantidade ótima* de processos é atingida por mecanismos restritivos. Em alguns casos, a quantidade real de processos é *subótima* e tem de ser estimulada através de determinados incentivos.

⁹¹⁸ O tema foi amplamente desenvolvido no capítulo 5. Quando a Justiça não funciona, há um impacto negativo sistêmico na conduta cooperativa de todos os membros da comunidade.

⁹¹⁹ É o que decorre, por exemplo, da adoção do conteúdo do *acesso à justiça*, tal como estruturado por GRECO, Leonardo. **Instituições de Processo Civil**, Vol I, 5a. Ed. Ed. Gen, Rio de Janeiro, 2015. p. 19 e 20.

⁹²⁰ A teoria do *estado de coisas inconstitucional* é criação da Corte Constitucional colombiana e ganhou fama no Brasil ao fundamentar a decisão da ADPF 347, na qual o STF determinou providências ao Poder Executivo no sentido de estancar as lesões aos direitos fundamentais dos presos, decorrentes das condições sub-humanas proporcionadas pelos presídios brasileiros.

O *estado de coisas inconstitucional* pode ser definido como um [...] *quadro insuportável de violação massiva de direitos fundamentais, decorrente de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia continuada dessas mesmas autoridades, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público podem modificar a situação inconstitucional*. AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 20/03/2017.

Sobre o tema: HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. **La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”**. Revista del Centro de Estudios Constitucionales Año 1, N° 1, Universidad de Talca, Chile, 2003.

Nem se diga que a melhor solução seria, ao invés de restringir direitos, aumentar o tamanho da Justiça, ampliando sua estrutura administrativa, física e de recursos humanos. Como provam as ciências econômicas clássicas,⁹²¹ aumento de estrutura, nesses casos, estimula aumento de demanda e, conseqüentemente, aumento daqueles já citados custos sociais.⁹²² A exceção fica por conta do investimento em tecnologia, porque, como veremos, ele tende a diminuir todos os custos de transação da atividade jurisdicional e a aumentar a produtividade,⁹²³ impactando positivamente a redução dos custos sociais. A tecnologia é o caminho mais curto para a conquista de algo próximo do que seria um *sistema ideal de justiça*.

Em resumo, no estudo que faremos a partir de agora, a avaliação do modelo atual e sua comparação com o modelo proposto terão por critério a SWF, aqui montada com utilidades agregadas de modo a diminuir os custos sociais gerais,⁹²⁴ considerada a existência da atividade jurisdicional estatal e o acesso público a essa atividade.

6.1 A decisão de ajuizar uma ação: custas processuais, condições da ação e demandas frívolas

Modelos, como já dissemos, têm na simplicidade a sua virtude. Se não captam toda a riqueza da realidade, ao menos ressaltam os padrões básicos mais comuns, permitindo avaliações e sugestões.⁹²⁵ Como em todo o nosso trabalho, usaremos aqui modelos simples da economia clássica, ao final atualizados por instrumentos de economia comportamental, quando for necessário.

Nossa constante preocupação será manter nossos modelos e exemplos atados à realidade jurisdicional brasileira.

⁹²¹ BORNE, Robert G. **Civil procedure: the economics of civil procedure**. New York, Foundation Press, 2003. P.13

POSNER, RICHARD R. **Economic analysis of law**. Op. Cit. P. 797/798.

⁹²² O fenômeno é bem semelhante ao que observamos no dia a dia quando o poder público investe milhões de reais na duplicação de avenidas em grandes cidades. O trânsito melhora, mas, pouco tempo depois, voltam os congestionamentos, porque o investimento no transporte individual apenas estimula as pessoas a usar cada vez mais esse meio de transporte.

⁹²³ A tecnologia contribui para a chamada *elasticidade da capacidade produtiva* de cada unidade jurisdicional. Isso significa que, com a tecnologia, cada juiz passa a produzir muito mais e com mais qualidade, de forma a até mesmo inibir outras ações judiciais em razão da consolidação do sistema de precedentes vinculantes. No capítulo 11 veremos que tipo de tecnologia é essa. Na seção 11.3 trataremos especificamente dos impactos da tecnologia no acesso à justiça.

Sobre elasticidade da capacidade produtiva como solução de longo prazo para aumento de demanda, ver Posner, op. cit. P. 798/799.

⁹²⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & economics**, 6th edition. Op. Cit. P. 384;

⁹²⁵ BORNE, Robert G. Op. Cit. P. 14-15

Como vimos no relatório do CNJ, o assunto mais demandado em todo o Poder Judiciário em 2015, consideradas todas as instâncias e ramos da Justiça, é o referente ao direito das obrigações decorrentes de contratos.⁹²⁶ Com efeito, esse tipo de demanda representa 4,61% de todos de processos iniciados naquele ano.⁹²⁷

Passemos então ao nosso primeiro exemplo, bem representativo do dia a dia do Poder Judiciário.

Pedro adquire um veículo usado de Paulo, aparentemente em perfeitas condições, pagando à vista. Dois meses depois, o carro passa a apresentar problemas que existiam ocultamente quando o acordo foi firmado, demandando vários dias na oficina. O valor do conserto, somado aos prejuízos decorrentes dos dias sem poder utilizar o veículo, totalizaram R\$40mil. Pedro não quer ficar no prejuízo.

Será que Pedro ajuizará ação contra Paulo? Seria essa ação *socialmente desejável*?

Como vimos, o objetivo da jurisdição é a diminuição geral dos custos sociais, aqui simplesmente identificados pela sigla *Cs*.

Nesse modelo, bastante simples, vamos considerar os custos sociais a serem minimizados como sendo a soma de todos os custos administrativos envolvidos no processo (*Ca*), mais a soma dos custos dos eventuais *erros* judiciários (*Ce*), ou seja, a chance de o juiz simplesmente decidir de modo errado ($Cs = Ca + Ce$). Os custos administrativos incluem os custos de litigância do autor (*Cp*), do réu (*Cr*) e do Estado (*Cet*), já que as custas pagas pelas partes, como vimos, estão longe de cobrir todos os custos do processo. Assim, $Ca = Cp + Cr + Cet$.

Claro que erros judiciários são difíceis de calcular. Suponha que, apesar de sabermos que o prejuízo de Pedro foi de R\$40mil, o juiz considere que os prejuízos comprovados foram de apenas R\$30mil. O erro judiciário produziu um custo direto de R\$10mil. Mas existem ainda os custos sociais indiretos decorrentes de erros sistemáticos. Se danos decorrentes de vendas de

⁹²⁶ Somente demandas trabalhistas, por ser monotemáticas e agregarem quase toda a demanda da justiça do trabalho, estão à frente das demandas contratuais. *Relatório Justiça em números, 2016*. P. 74.

⁹²⁷ Foram quase 2 milhões de novas ações desse “tipo” em 2016. Esse número passa de 3,5 milhões se considerarmos as obrigações decorrentes de contratos de consumo. *Relatório justiça em números*. P 74. Claro que as execuções fiscais superam em muito esses valores, mas elas não podem ser consideradas *um tema*, ou *um assunto* específico. Ao menos esse é o critério do próprio CNJ, que não arrola *execução fiscal* como um *assunto*.

produtos ou bens deficientes ou de baixa qualidade forem sempre subavaliados pela Justiça, os vendedores tendem a ser menos cuidadosos, gerando mais danos e mais processos.⁹²⁸

Uma análise mais acurada dos custos do erro Judiciário terá seu momento no capítulo 10, quando da análise econômica do sistema recursal. Por hora, por simplicidade, vamos mantê-lo apenas no plano individual (aqueles R\$10mil de diferença).

Em um cenário de caos do sistema, como o nosso, a necessidade de redução do número e da extensão dos processos é mais do que evidente. Mas, quando pensamos individualmente em cada tipo de processo, há uma modelagem econômica capaz de predizer se sua existência é ou não socialmente desejável (no sentido de diminuição dos custos sociais).

6.1.1 Processos socialmente desejáveis e processos socialmente indesejáveis

Apesar da necessidade de redução geral do nosso astronômico número de processos, é possível calcular, caso a caso, se um determinado *tipo* de processo é ou não socialmente desejável, havendo casos em que sua existência deva ser estimulada e até mesmo subsidiada.

O problema fundamental aqui é que os benefícios individuais daquele que ajuíza uma ação nada têm a ver com os benefícios sociais que dela decorrem, e só por coincidência ocorre de um processo ser social e individualmente desejável.⁹²⁹

Isso leva a situações em que milhares de ações socialmente indesejáveis são propostas por serem individualmente benéficas para os autores. Mas há também casos em que ações que seriam socialmente desejáveis deixam de ser propostas porque os legitimados ativos não encontram incentivos individuais para fazê-lo.⁹³⁰

Para entender essa *divergência entre interesse público e privado no ajuizamento de uma ação*,⁹³¹ vamos explorar mais um pouco o exemplo da venda do veículo usado, sem colocar na conta, por enquanto, qualquer possibilidade de erro judiciário.

Vimos que os prejuízos causados no exemplo remontam a R\$40mil. Imaginemos que todos custos de Pedro com o processo sejam R\$5mil, que os custos de Paulo sejam R\$2mil, e que o valor subsidiado pelo Estado seja de R\$3mil.⁹³² Consideremos, ainda, que a chance de vitória de Pedro seja de 50% e que a probabilidade de que danos ocultos em veículos usados

⁹²⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. Cit. P. 385-386. Partindo do tema da participação das partes no processo, tratamos do problema dos erros judiciais na seção 5.5.1.1.1.

⁹²⁹ SHAVELL, Steven. *The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system*. in Journal of Legal Studies, vol. XXVI, June 1997, p. 557-612.

⁹³⁰ Ibidem, p. 577-578.

⁹³¹ Shavell, **Foundations**, p. 391 e sgts.

⁹³² Esse é, hipoteticamente, o custo do processo não coberto pelas custas processuais.

vendidos entre particulares ocorram da forma como ocorreram seja de 10%. Por fim, suponha-se que não haja absolutamente qualquer tipo de precaução que um particular possa tomar para evitar que esse tipo de situação ocorra.⁹³³

Veja-se que, nesse caso, o benefício individual para ajuizar a ação é evidente (Pedro não quer ficar no prejuízo⁹³⁴), mas não há qualquer benefício social, pois, mesmo que sempre haja condenações em casos como esse, os danos vão continuar ocorrendo em 10% dos casos, porque, no nosso exemplo, *não há nada que se possa fazer para diminuir esse percentual*.

Essa é, portanto, a primeira expressão da *divergência* entre incentivos privados e sociais para a existência de uma determinada classe de processos.⁹³⁵ Apesar de, no exemplo, o processo ter um *custo de litigância esperado* de R\$1mil,⁹³⁶ não há qualquer benefício social (para além do benefício privado do autor) decorrente da diminuição potencial de danos desse tipo na sociedade⁹³⁷ (exatamente porque os agentes que causam o dano nada podem fazer para evitá-lo ou diminuí-lo).

Em casos como esse, obviamente, não vamos defender que a vítima seja proibida de ajuizar a ação. Todavia, advogamos a enorme necessidade de instituímos incentivos que estimulem formas alternativas de resolução da controvérsia, como, por exemplo, a mediação. Isso acarretaria, ao menos, uma diminuição dos custos sociais dragados pela resolução do conflito.

Há situações, porém, em que o ajuizamento da ação é desejável e estimulável.

No mesmo exemplo, imaginemos que seja possível ao vendedor, antes de alienar o veículo, levá-lo a um mecânico de bairro que facilmente descobriria o defeito, ao custo de R\$1mil, reduzindo o risco de ocorrência de danos ocultos para apenas 1%. Nesse caso, o

⁹³³ Nesse primeiro exemplo, que será utilizado ao longo de toda esta seção, não nos preocupamos com as regras atuais de sucumbência. Os números estão apenas refletindo os custos gerais de transação, inclusive gastos extraprocessuais não compensados com a sucumbência, como honorários contratuais, gastos de transporte, de tempo, emocionais, dentre outros. Em seção subsequente, aperfeiçoaremos o modelo para tratar dos efeitos das regras sucumbenciais vigentes no volume de processos.

⁹³⁴ Além de não querer *ficar no prejuízo*, Pedro precisa gastar apenas R\$5mil, em uma ação que tem um resultado esperado de R\$20mil, já que ele pleiteará R\$40mil com 50% de chances de vitória. Obviamente, ele tem todos os incentivos privados necessários para ajuizar a ação.

⁹³⁵ SHAVELL, Steven. **The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system**. In *Journal of legal studies*, vol XI, junho, 1982.

⁹³⁶ Como vimos, os custos administrativos do processo são: $(Cp + Cr + Cet)$. Os *custos administrativos esperados* são esse valor multiplicado pela chance de a situação descrita acontecer na realidade que, como vimos, no nosso exemplo é de 10%. Assim, o custo administrativo esperado, Cx , seria: $Cx = .10(Cp + Cr + Ce) = .10(10.000) = 1.000$

⁹³⁷ Repetimos: essa conclusão decorre do fato de que Paulo não tem à sua disposição nenhuma medida de cuidado a ser tomada para diminuição da incorrência de danos ocultos em 10% das transações (por exemplo, trata-se de um tipo de dano que a tecnologia atual não capta, mas que acaba aparecendo com o tempo, sem que nada possa ser feito para evitar).

processo é altamente desejável, porque induzirá os vendedores a tomar a devida cautela, diminuindo o custo social como um todo.

Para demonstrar essa diminuição de custos sociais, basta somarmos esses R\$1mil, a todos os custos administrativos do processo (R\$10mil) e ao valor do dano (R\$40mil). Multiplicando o resultado pelo novo percentual de ocorrência de danos ocultos (1%), chegamos ao total de R\$510.⁹³⁸

Na primeira parte do exemplo, havia 10% de chances de ocorrência de danos na monta de R\$40mil, então, o dano esperado era de R\$4mil sempre que ocorresse uma transação desse tipo.⁹³⁹

É muito fácil perceber como o processo é bem-vindo nesses casos. Com uma Justiça eficiente — que *sempre condene o vendedor em casos como esses e garanta o efetivo cumprimento da condenação com medidas executivas rigorosas e efetivas* —, vendedores preferirão ter a cautela de levar o carro para uma revisão antes de colocá-lo à venda, reduzindo drasticamente as chances de ocorrer o dano. Essa redução, como vimos, compensa enormemente os gastos com o processo ($R\$510,00 < R\4mil).⁹⁴⁰

O problema é que existem casos nos quais o custo do processo pode impedir o ajuizamento de ações socialmente desejáveis. Ao contrário do que parece, isso é muito comum no Brasil. Vejamos um novo exemplo.

Imaginemos que um banco, indevidamente, desconte todo mês R\$1 da maioria dos seus um milhão de clientes (digamos, de 80% deles), gerando um prejuízo de R\$60 para cada cliente descontado (dentro do prazo médio de cinco anos que esses clientes mantêm contas no Banco). Suponhamos que as custas do processo sejam de R\$100 para o autor, R\$100 para o réu e R\$100 para o Estado.

O autor jamais pagará R\$100 para recuperar apenas R\$60. Obviamente, esse tipo de ação nunca seria racionalmente ajuizada. Nesse caso, então, os bancos manterão sua conduta, gerando um custo social de R\$48milhões, considerada a base de um milhão de clientes no prazo de cinco anos.⁹⁴¹

⁹³⁸ $0,01 \cdot (1.000 + 10000 + 40.000) = 0,01(51.000) = 510$.

⁹³⁹ $0,10 \cdot (40.000) = 4.000$.

⁹⁴⁰ Erros judiciais, todavia, bem como a ineficiência da justiça podem diminuir ou até mesmo cancelar esse benefício.

⁹⁴¹ É o que resulta quando se desconta \$60 (\$1 a cada mês, por 5 anos- 60 meses), de 80% de uma base de 1 milhão de clientes. Assim: $0,8(60 \times 1.000.000) = 0,8 \cdot (60.000.000) = 48.000.000$

Se ações fossem ajuizadas e o banco começasse a ser condenado nesse tipo de processo, certamente haveria mais cautela por parte da instituição financeira (*deterrence*). Vamos dizer que a instituição financeira passasse a descontar R\$1 em apenas 10% das contas. O total dos custos sociais seria então a soma dos custos do processo e dos danos, ponderada pelo novo percentual de ocorrência (agora reduzido a 10% dos casos) ou seja, R\$36milhões.⁹⁴²

O ajuizamento desse tipo de ação, desde que efetiva a prestação jurisdicional, gera uma redução do custo social de R\$12milhões,⁹⁴³ sendo, portanto, altamente desejável.

Qual é conclusão que podemos decalcar desses exemplos?

É a mesma antecipada no início desta seção: a de que *os incentivos individuais e os incentivos sociais para a demanda judicial são diferentes, levando, algumas vezes, ao ajuizamento de ações socialmente indesejáveis e outras vezes ao não ajuizamento de ações desejáveis.*⁹⁴⁴

Isso ocorre porque a utilização do sistema de justiça traz externalidades positivas e negativas.

As externalidades negativas são óbvias. Em primeiro lugar, como vimos, a Justiça é um bem comum, com recursos limitados e determinada capacidade de produção.

Um único processo, quando instaurado, *usa* um pouco dessa capacidade. É como pensar em um carro a mais na rua, aumentando o tráfego e a lentidão do trânsito para todos os motoristas. Em segundo lugar, as custas *nunca* cobrem todos os custos do processo. Como vimos, a Justiça é subsidiada. Na média, as custas e taxas judiciárias suportam somente 11,61% de todas as despesas judiciais, lembrando que há vários casos de gratuidade. Quem se utiliza da Justiça *transfere* essa conta para a sociedade, mas não transfere todos os benefícios, já que parte deles é internalizada.⁹⁴⁵

A parte externalizada dos benefícios constitui o que chamamos de *externalidade positiva*, que são pelo menos duas.

Como vimos, a simples existência e funcionamento da Justiça gera o efeito de diminuição da prática de atos ilícitos. Claro que, quanto menos eficiente a Justiça, menor é esse efeito. Essa é a primeira *externalidade positiva*, ainda que *limitada por uma das externalidades negativas*. A segunda externalidade positiva é a possibilidade de formação de precedentes

⁹⁴² $C_s = .10\{(100 + 100 + 100 + 60) \cdot (1.000.000)\} = .10(360.000.000) = 36.000.000$.

⁹⁴³ $48.000.000 - 36.000.000 = 12.000.000$

⁹⁴⁴ SHAVELL, Steven. **Foundations of law and economics**. Op. Cit. P. 391.

⁹⁴⁵ Os R\$40mil do primeiro exemplo vão direto para o bolso do autor.

obrigatórios ou vinculantes.⁹⁴⁶ Essa externalidade aumentou muito com a vigência do CPC/2015 e com a evolução da jurisprudência dos tribunais superiores sobre a força de suas próprias decisões. Esse tema será objeto de estudo mais à frente.

Diagnosticados os problemas, qual a solução?

No caso de processos socialmente indesejados, os remédios são: (i) a elevação das custas judiciais, para incentivar as partes a buscar um acordo extrajudicial (comportamento cooperativo); e (ii) a disponibilização gratuita de tecnologia que favoreça e barateie os custos de transação desse tipo de acordo.⁹⁴⁷

No caso de processos socialmente desejados que acabam não sendo ajuizados, a solução clássica da economia é o fornecimento de algum *subsídio estatal*⁹⁴⁸ capaz de gerar os incentivos individuais para que a ação seja ajuizada (note-se que, neste caso, o comportamento cooperativo identifica-se com o ajuizamento da ação).

6.1.2 Comentários sobre as soluções

Um argumento contrário à primeira solução seria o fato de que, se o réu não tem receio de ser processado, ele não fará um acordo. Nesse caso, a vítima ficaria a descoberto. É verdade — e isso parece injusto.

Todavia, para que a Justiça funcione razoavelmente, *ela* só pode julgar processos socialmente desejáveis, salvo se o sentimento de injustiça em casos como esses for tão intenso que represente um custo social altíssimo, o que, a princípio, parece-nos uma questão que depende de estudo empírico específico para ser diagnosticada. No entanto, é preciso lembrar que, no nosso exemplo, não havia absolutamente nada que o réu pudesse fazer para evitar o dano.

Outra questão importante aqui, e que possivelmente será protagonista no dia a dia do foro nos próximos anos, é a tecnologia. Como veremos no capítulo final deste trabalho, a tecnologia diminui radicalmente os custos de transação no estabelecimento de *mecanismos de pressão* e na realização de acordos.

⁹⁴⁶ POSNER, Richard R. Op. Cit. P. 745. Os precedentes, após formados, aumentam a produtividade do judiciário. Com o tempo, eles têm de ser atualizados pelo *distinguishing* para que possam continuar gerando frutos. Eles são para a justiça, aquilo que máquinas são para a indústria, ou seja, bens de capital. Voltaremos ao tema na seção 6.6.2.3.2.1.

⁹⁴⁷ Sobre o tema, vide capítulo 11, seção 11.2.1.

⁹⁴⁸ SHAVELL, Steven. Op. Cit. p. 398.

Por exemplo: vimos no capítulo anterior que as pessoas preocupam-se com reputação. Em um mundo conectado, ninguém gosta de ser criticado nas redes sociais. Se Pedro afirma que foi prejudicado por Paulo, é possível que Paulo sintam-se pressionado a reparar o dano para evitar prejuízos à sua reputação com a divulgação dessa informação nas redes sociais.

Isso pode parecer um pouco fantasioso. Vamos, portanto, aprofundar a questão.

A impossibilidade econômica do ajuizamento de um tipo de ação deve levar a sociedade a buscar outros meios pacíficos para solucionar o conflito. Convenhamos que transações de veículos não costumam ser feitas na esquina. Quando realizadas em concessionária, existe a garantia do fabricante, certamente uma forma mais barata de resolver esse tipo de problema. É possível, portanto, que a sociedade passe a realizar esse tipo de transação apenas em concessionárias de automóveis, solucionando o problema a um custo social menor e desafogando a Justiça.

Mas vamos pensar ainda mais à frente.

Hoje, boa parte das transações de veículos usados dá-se através de *sites* especializados, ou seja, pela Internet. Caso as pessoas não sintam segurança para comprar carros usados de particulares, esses *sites* sofrerão grande prejuízo. Isso deve levar as empresas que os mantêm a criar formas de evitar o prejuízo — por exemplo, estabelecendo um seguro, ou oferecendo-se para mediar o conflito, decidindo em favor de um ou de outro.

Se a empresa exigir que o vendedor forneça os dados de seu cartão de crédito, ela pode inclusive cobrar o valor dos danos instantaneamente, caso resolva a disputa em favor do comprador.

Como veremos no capítulo 11, é exatamente assim que procede o *eBay*, um dos maiores sites de compras do mundo. O sistema online de resolução de conflitos do eBay soluciona uma média de 60 milhões de disputas por ano, quase sem intervenção humana. São mais acordos por ano do que em todo o sistema de justiça americano.⁹⁴⁹

Aprofundaremos o tema no capítulo adequado, quando veremos que esse é exatamente o caminho que sistemas de justiça de países desenvolvidos estão seguindo, havendo também interessantes iniciativas nesse sentido no âmbito do CNJ (ainda que pessimamente divulgadas).⁹⁵⁰

⁹⁴⁹ [...] eBay's program resolves more than 60 million disputes a year — and 90 percent of those are resolved through the ODR software alone, without human intervention. AMBROGI, Robert. **Is There a Future for Online Dispute Resolution for Lawyers?** Disponível em <http://harvard.aci.info/view/14686f22ec819ff0146/154060c855a00150002>. Acesso em 17/03.2017.

⁹⁵⁰ É o caso do serviço de *mediação digital*, disponibilizado gratuitamente pelo CNJ. <https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>

Cada uma dessas soluções eletrônicas de disputa do eBay deu-se a um custo infinitamente baixo para a sociedade. De outro lado, por ser muito mais eficiente do que o Poder Judiciário (lembramos que o eBay detém os dados do cartão de crédito), as pessoas tendem a ter cautela com aquilo que colocam à venda.

Por fim, a principal característica do mundo digital é o caráter *não concorrencial no consumo do bem*. Diferentemente do que ocorre quando ajuizamos uma ação (o que, como vimos, equivale a colocar mais um carro na rua, piorando o tráfego), a utilização de meios digitais de solução de conflitos não contribui para o *esgotamento do sistema*. Muito pelo contrário. Como ficará claro, a utilização desses meios contribui para seu próprio aperfeiçoamento, alimentado a *inteligência artificial* por detrás do sistema com dados que facilitarão a identificação de *padrões*, contribuindo para o seu refinamento e assertividade.⁹⁵¹

Os meios digitais de solução de conflitos, munidos das ferramentas fantásticas da inteligência artificial, são a maior promessa de alternativa à justiça estatal para solução de conflitos.⁹⁵²

Quanto à segunda solução, parece estranho que o Estado subsidie tal tipo de demanda. O valor é tão baixo que, mesmo com gratuidade da justiça, dificilmente alguma vítima estaria disposta a arcar com todos os outros custos de transação envolvidos. Há, porém, outras formas de *subsídio* alternativas à gratuidade que podem funcionar melhor nesses casos.

Uma dessas formas é a imposição de *danos punitivos*, que poderiam inclusive ser pré-fixados em tabela pelos tribunais.⁹⁵³ Desde que todos soubessem o valor dos danos punitivos e desde que os juízes *sempre* respeitassem esses valores,⁹⁵⁴ haveria incentivos suficientes ao ajuizamento de ações e a conseqüente mudança de comportamento daí decorrente. Havendo dificuldades doutrinárias ou legislativas com os danos punitivos, valores adicionais poderiam ser proporcionados a título de danos morais.

Caso a doutrina e a jurisprudência de Direito Privado encontrem limites nesses valores que impeçam o efeito repressivo aos causadores do dano, parece-nos existir ainda uma solução processual, qual seja, a imposição ao perdedor dos custos processuais outrora subsidiados pelo Estado, conferindo gratuidade ao autor.⁹⁵⁵

⁹⁵¹ BRYNJOLFSSON, ERIK. MCAFEE, Andrew. **The second machine age: work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies**. New York, Norton & Company, 2014. P. 62.

⁹⁵² Mas como veremos, sem que haja os incentivos adequados, as pessoas não deixarão de buscar os braços protetores da justiça estatal.

⁹⁵³ Gerando grande economia com atividade probatória na definição da extensão dos danos. Nesse sentido, SHAVEL, Steven. **Foundations** P. 418

⁹⁵⁴ Esse é um bom exemplo da importância do comportamento colaborativo do magistrado.

⁹⁵⁵ Mas nesse caso restaria o problema de o autor não se motivar a ir a juízo para cobrar um valor tão pequeno.

Todas essas soluções, quando funcionam, têm o lado negativo de aumentar o estoque total de ações do Poder Judiciário, com as externalidades negativas daí decorrentes.

Uma alternativa seria buscar alguma forma de molecularização desses conflitos, agregando-os em ações civis públicas, ao menos quando se tratar de direitos coletivos ou individuais homogêneos, como costuma ser o caso de demandas consumeristas. Nesses casos, proposta a tutela coletiva, ou molecularizadas as demandas individuais por outro mecanismo, não há mais qualquer razão ou interesse de agir que justifique os custos sociais de uma nova demanda individual com tramitação autônoma.⁹⁵⁶

As ações civis públicas são um mecanismo extraordinário do Direito brasileiro, principalmente, em nossa opinião, em razão das escolhas legislativas para a legitimidade ativa. Para ficarmos no nosso exemplo, ela permite que não só o Ministério Público, mas também associações de consumidores e, em alguns casos a Defensoria Pública, ajuízem a ação, resolvendo o problema todo de uma só vez.

Os ganhos econômicos de escala são evidentes,⁹⁵⁷ reforçados ainda pela segurança jurídica e pela promoção da igualdade, externalidades positivas que decorrem de uma decisão homogênea para situações idênticas, evitando inclusive rediscussões futuras.

Se ainda há alguma descrença nas ações coletivas no Brasil, isso decorre da descrença no próprio Poder Judiciário.⁹⁵⁸ Com um Poder Judiciário efetivo, com menos processos e com meios executivos adequados, a eficiência desse sistema certamente se revelará, e isso pode ser economicamente comprovado.

A ineficiência do Poder Judiciário, especificamente no processamento de demandas coletivas, é agravada pela falta de especialização das unidades jurisdicionais. Com efeito, *varas*

Consequentemente, o causador do dano não se sentiria verdadeiramente intimidado com a possibilidade de condenação. Como se diz em teoria dos jogos, essa talvez não seja uma *ameaça crível*.

⁹⁵⁶ É o sempre defendeu Kazuo Watanabe, ao tratar da molecularização de demandas como impedimento para seu tratamento “atomizado”. WATANABE, Kazuo, **Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense**, in Revista de Processo | vol. 67/1992 | p. 15 - 25 | Jul - Set / 1992. P. 18. Há, todavia, uma evidente tensão entre a qualidade dos representantes e o direito de participação dos representados. Sobre o tema, com profundidade, VITORELLI, Edilson, **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

Foi exatamente esse tipo de intuição econômica que fundamentou o posicionamento do STJ de, antes mesmo da introdução de mecanismos formais de julgamento de processos repetitivos, determinar a suspensão das demandas individuais sempre que o interesse coletivo ou individual homogêneo viesse a ser tratado de modo molecularizado. REsp 1.353.801/RS, 1.ª Seção do STJ, rel Min. Mauro Campbell Marques, julgamento foi realizado em 14.08.2013.

⁹⁵⁷ Não só para a justiça, mas também para as vítimas e para os causadores do dano. Os ganhos de escala refletem-se exatamente na substituição de uma série de demandas individuais por uma única demanda coletiva. Nesse sentido, ULEN, Thomas S. **An introduction to the law and economics of class action litigation**. in Euro Journal of Law and Economics, 2011, 32. p. 185-203. P. 186.

⁹⁵⁸ FULLER, Lon L. **The forms and limits of adjudication**, in Harvard Law Review, vol 92, n 2 .p 353-409, 1978.

com competência exclusiva para ações coletivas desenvolveriam procedimentos-padrão para seu processamento, cuja lógica difere bastante do processamento de demandas individuais. Esse seria o primeiro passo para uma tramitação mais eficiente.⁹⁵⁹

O segundo passo seria o desenvolvimento de um comportamento estratégico por parte dos legitimados ativos, principalmente dos legitimados habituais, como o Ministério Público e a Defensoria Pública. A mera legitimidade ativa para a *molecularização* de danos individuais gera uma ameaça suficientemente grave, apta a estimular, em boa parte dos casos, o comportamento cooperativo do causador do dano. O comportamento colaborativo ideal é, obviamente, o não cometimento do ilícito. Todavia, nos casos em que este ocorra, o agente estará muito mais propenso à realização de um acordo que evite ou abrevie a ação coletiva. Deve haver, portanto, estímulos para a autocomposição coletiva de conflitos. Voltaremos ao tema à frente, na seção 6.6.

6.2 Análise econômica da decisão de demandar (ajuizamento da ação)⁹⁶⁰

Qualquer análise de comportamento cooperativo no processo deve começar pelo ato de demandar, ou seja, de comparecer a juízo com uma pretensão.⁹⁶¹

Com efeito, considerado o cenário de tragédia da Justiça, demandas frívolas devem ser evitadas e a autocomposição deve ser estimulada. Só assim será possível evitar o esgotamento dos recursos que o Poder Judiciário utilizará na busca de uma tutela *justa, efetiva e em tempo razoável*.

Consideramos não cooperativo o comportamento de *ajuizar ações* com pouquíssimas chances de sucesso (*frívolas*). Trata-se de um movimento que aproveita o alto subsídio estatal (conferido para todas as demandas) para buscar um suposto direito material que, de tão remoto, nem de longe justifica gastos públicos ou privados (da defesa). Os custos sociais não podem dar-se em razão de caprichos do particular. Tais pleitos, se forem feitos, devem ser

⁹⁵⁹ Essa proposta, na verdade, é bastante antiga, tendo sido apresentada já em 1993 por MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR Waldemar, GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo; LAGRATA NETO, Caetano. **Proposta de criação de varas especializadas em “demandas individuais” de consumo e varas especializadas em “demandas coletivas” em geral**, in Revista de Direito do Consumidor | vol. 5/1993 | p. 310 - 313 | Jan - Mar / 1993. P. 311 **DINAMARCO**, *Instituições*, Vol I P. 153.

⁹⁶⁰ Concordamos com Dinamarco no sentido de que o que se propõe é uma demanda, e não uma ação. Demandar é exercer o direito de ação. Todavia, ao longo desse trabalho, utilizaremos as expressões como sinônimas, sem preocupação técnica. DINAMARCO, Cândido R., *Instituições de direito processual civil: volume I*, 8a. ed. São Paulo, Malheiros, 2016. p. 445

⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 445

redirecionados para outras *portas* da justiça, mais baratas e efetivas, como, por exemplo, as da *mediação*.

Todavia, o que leva alguém a ajuizar uma ação judicial no Brasil?

Certamente, ao menos uma avaliação superficial da *utilidade* de um provimento jurisdicional como forma de resolver algum tipo de *patologia* do direito, seguida de uma análise de custo-benefício entre os resultados esperados do processo e todos os seus custos financeiros e emocionais.

A profundidade ou a racionalidade dessa decisão depende do nível de sofisticação do potencial autor. Pessoas jurídicas de médio ou grande porte tendem a um comportamento bastante racional, com precisas avaliações de custo-benefício. Pessoas físicas, em diferentes graus, são mais atingidas por aspectos emocionais, como sentimentos de injustiça e necessidade de vingança.⁹⁶²

As circunstâncias e o tipo de assessoria jurídica também importam. Pessoas jurídicas com departamentos jurídicos próprios sintonizam melhor os interesses advogado/cliente. Pessoas físicas e empresas sem departamento jurídico costumam deixar mais espaço para que o advogado module o interesse do cliente, ou mesmo para que haja algum desalinhamento de interesses. Há casos ainda em que é o próprio advogado quem *cria* o interesse do cliente.⁹⁶³

Em resumo, a decisão de ajuizamento da ação não é, quase nunca, uma decisão somente da futura parte,⁹⁶⁴ mas sim dela e de seu advogado. E esses interesses nem sempre coincidem.

⁹⁶² É a ideia de que a vítima, quando ajuíza a ação, não está preocupada com suas externalidades positivas ou negativas, mas sim com o desejo de exercer seu direito de vingança (*vendetta*), de punir a parte contrária pelos danos que ela causou. Esse é, inclusive, o foco da Suprema Corte dos EUA quando trata dos chamados *punitive damages*, ainda que os venha limitando por questões constitucionais. CALABRESI, Guido e SCHWARTZ, Kelvin, *The cost of class actions: allocations and collective redress in the US experience*, in Euro Journal of Law and Economics, 2011, 32:169-183, p. 179.

⁹⁶³ Ainda povoa a minha memória a imagem de pessoas em torno do fórum João Mendes Junior, na São Paulo dos anos 1990, carregando placas que ofereciam serviços advocatícios para a cobrança de diferenças de correção monetária de valores depositados em caderneta de poupança, decorrentes dos diversos planos econômicos implantados no Brasil nos anos anteriores.

Sobre o tema da publicidade na advocacia, de forma bastante atualizada: BRAGA, Ricardo Peake, *Publicidade na advocacia*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245273,41046-A+publicidade+na+advocacia>, acesso em 12/04/2017.

Curiosamente, no momento em que escrevemos estas linhas, deparamo-nos com reportagem denunciando a prática de captação de clientes idosos para ajuizamento de ações de correção de FGTS com base em *suposta* decisão do STF, na verdade inexistente. Esse é um bom exemplo de má-prática da advocacia, combatida pela OAB, diga-se de passagem, mas que revela o poder que o advogado naturalmente tem sobre alguns perfis de clientes. Em resumo, é um exemplo da vida real sobre a alta potência dos problemas de mandato na relação advogado-cliente. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2017/04/20/associacao-atrai-idosos-e-promete-vitoria-em-acao-sobre-fgts-oab-ve-golpe.htm>. Acesso em 20/04/2017.

⁹⁶⁴ Salvo nos poucos casos em que a lei processual confere capacidade postulatória à parte, que opta por dispensar o advogado, ou mesmo para os casos em que advogados atuam em causa própria.

A divergência de interesses é conhecida em teoria econômica como *problema de agência ou de mandato (agency problem)*.⁹⁶⁵

Qualquer modulação econômica do ato de ajuizamento da ação, em razão do problema de mandato, deve contemplar, separadamente, os incentivos da potencial parte autora (mandante) e de seu advogado (mandatário).

Como veremos, até mesmo nas ações ajuizadas por entes públicos o problema de agência faz-se presente.⁹⁶⁶

Posto isso, passemos à modulação do interesse do cliente e, após, à modulação do interesse do advogado no ajuizamento de ações. No final, apontaremos para as possibilidades de estímulo do comportamento cooperativo do potencial autor e do advogado para evitar o ajuizamento de ações frívolas, sempre considerados os custos do problema de mandato (*agency costs*).

6.2.1 Comportamento da parte

Partindo inicialmente do pressuposto da racionalidade, a parte ajuizará a ação sempre que o *resultado esperado* do processo superar os seus *custos esperados*.⁹⁶⁷

O resultado esperado para o autor equivale ao valor do pedido (Ua) multiplicado pela probabilidade de vitória (Pa). Assim, o resultado esperado (Ev) seria: $Ev = Pa \cdot Ua$.⁹⁶⁸

Portanto, em uma ação de *responsabilidade civil*, em que o autor busca a condenação do réu no pagamento de danos no montante de R\$50mil, com chance de sucesso de 50%, o valor esperado será de R\$25mil.⁹⁶⁹

Já os custos do processo não são tão simples de serem calculados. É que sua composição pode variar de caso para caso. Além disso, parte desses valores pode ser reembolsada, caso o autor vença a ação, e parte deles perde-se para sempre.

No Brasil, o autor não recuperará os honorários contratuais,⁹⁷⁰ mas deve ser reembolsado das custas e despesas processuais em caso de vitória. Já as despesas

⁹⁶⁵ FARNSWORTH, Ward; POSNER, Eric. *Agency*. In *The legal analyst: a toolkit for thinking about the law*. London. The University of Chicago Press, 2006. P. 88.

⁹⁶⁶ Como veremos na seção 7.2.1, a instituição do direito do advogado público à percepção de honorário judiciais, prática comum em diversas procuradorias estaduais e municipais, estendida para a advocacia pública federal com a vigência do CPC/2015 e a aprovação da Lei 13.327/2016, aumenta bastante esse problema nas ações em que o ente público é parte.

⁹⁶⁷ Cooter, Ulen, op. cit. P. 390

⁹⁶⁸ Ibidem, p. 388 e sgtes.

⁹⁶⁹ $(0,5 \cdot 50 = 25)$.

⁹⁷⁰ Esse é um ponto extremamente controverso. Nesse momento consideraremos que o autor não será indenizado pelo valor gasto com honorários contratuais.

extraprocessuais (como custos de deslocamento, custo de oportunidade com o tempo perdido com o processo, custos emocionais e outros) jamais serão reembolsadas.

Por hora, por simplicidade, ignoraremos os dilemas do cumprimento de sentença no Brasil, que merecerá uma seção própria em outro capítulo, na qual demonstraremos todo o nosso otimismo a partir das novidades do CPC/2015 a respeito.⁹⁷¹

Suponhamos que o advogado cobre um valor fixo de R\$3mil para ajuizar essa *ação indenizatória*. Imaginando que o foro competente seja o foro central da cidade do Rio de Janeiro,⁹⁷² o valor das custas e taxas iniciais ficará em torno de R\$1,5mil.⁹⁷³ Em caso de derrota, consideraremos honorários fixados em 10% do valor da causa,⁹⁷⁴ o que remontaria a R\$5mil. Por simplicidade, arbitraremos os demais custos administrativos não reembolsáveis (aborrecimentos, deslocamentos, etc.) em R\$1mil.

Assim, os custos totais esperados do processo (Ct) serão os custos administrativos (Ca), somados aos custos de litigância (Cl), ponderados pela probabilidade de insucesso ($1 - Pa$).⁹⁷⁵ Os custos administrativos, como não serão recuperados em caso de vitória, não serão ponderados pela probabilidade de derrota (50%).

A fórmula de cálculo dos custos totais será então: $Ct = Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$.

Com os dados do nosso exemplo, teríamos: $Ct = 4.000 + (1500 + 5.000) \cdot 0,5 = 7.250$.

Note-se que o *custo total esperado* (Ct) deste processo é de R\$7.250, enquanto o valor total esperado (Ev) é de R\$25mil.

Como a *condição de litigância* é que $Ev \geq Ct$,⁹⁷⁶ então podemos afirmar que um autor racional ajuizará a ação no exemplo utilizado.

Trabalhando em cima desse mesmo exemplo, vamos focar agora na *chance de vitória* do autor. Não vamos abordar ainda o que compõe a percepção da chance de vitória no Brasil,

⁹⁷¹ Capítulo 10, seção 10.2.

⁹⁷² Sabidamente o TJ/RJ tem taxas e custas judiciais entre as mais altas do Brasil. Como veremos, quanto menores as custas menores os incentivos para comportamento cooperativo das partes. Assim, optamos por utilizar no modelo um parâmetro alto. Os problemas aqui identificados só pioram em tribunais que cobram valores inferiores.

⁹⁷³ Calculadora de custas disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/grerjweb4/judicialRecolhimentosAbrir.do>

⁹⁷⁴ Consideramos o valor mínimo permitido por lei (art. 85, § 2o do CPC) porque valores superiores apenas tornarão mais graves os problemas que estamos prestes a expor. Assim, fixados no mínimo, os honorários advocatícios judiciais são mais do que suficientes para comprovação matemática dos *agency problems* no processo civil brasileiro.

⁹⁷⁵ A probabilidade de insucesso equivale a 100% subtraída a probabilidade de sucesso. No nosso exemplo seria $1 - 0,5 = 0,5$, ou seja, 50%.

⁹⁷⁶ Significa que, se o valor esperado do processo for superior ao custo esperado desse mesmo processo, o autor racional ajuizará a ação respectiva. Cooter e Ulen, op. cit. p. 390.

mas sim qual seria o percentual mínimo de chance de vitória para que o ajuizamento da ação ainda *valesse a pena* para um autor racional.

Para tanto, usaremos uma fórmula simples, que *mede* o *sentimento* de vitória do autor através do valor numérico obtido com a divisão da soma dos custos decorrentes da sucumbência e do ajuizamento da ação pela soma do retorno esperado decorrente da condenação do réu no valor do pedido e nos ônus de sucumbência.⁹⁷⁷

Lembremos a fórmula da condição de litigância $Ev \geq Ct$, onde $Ev = Pa.Ua$ e $Ct = Ca + Cl.(1 - Pa)$.

Reescrevendo a mesma fórmula com os componentes detalhados em cada um dos lados, temos que então a condição de litigância será: $Pa.Ua \geq Ca + Cl.(1 - Pa)$.

Para medir o *sentimento* da mínima possibilidade de vitória que fará com que o autor efetivamente ajuíze a ação, precisamos *isolar* a variável da probabilidade de vitória do resto da inequação. Utilizando álgebra simples, teremos:

$$Pa.Ua \geq Ca + Cl - Cl.Pa$$

$$Pa.Ua + Cl.Pa \geq Ca + Cl$$

$$Pa.(Ua + Cl) \geq Ca + Cl$$

$$Pa \geq \frac{Ca + Cl}{Ua + Cl}$$

Essa é a fórmula que nos dará o *sentimento mínimo* de vitória que o autor terá de experimentar como condição para o ajuizamento da ação, de acordo com as regras brasileiras.⁹⁷⁸

Assim, substituindo o lado direito da inequação pelos dados do nosso problema, teremos:

$$Pa \geq \frac{4.000 + 6.500}{50.000 + 6.500}$$

$$Pa \geq \frac{10.500}{56.500}$$

$$Pa \geq 0,18$$

⁹⁷⁷ ARAKE CAVALCANTE, Henrique Haruki. *A lógica do processo*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília, como requisito parcial para obtenção do Título de Mestre em Análise Econômica do Direito, 2012. P. 19 e 20.

⁹⁷⁸ ARAKE CAVALCANTE, Henrique Haruki, p. 19 e 20.

O valor obtido para Pa significa que, caso o autor calcule (ou *sinta*) suas chances de vencer a causa em ao menos 18%, a demanda será ajuizada.

Não ignoramos que a possibilidade de o réu descumprir a sentença possa elevar esse percentual. Como já dissemos, não trataremos da execução nesta seção. Isso por simplicidade e pelo fato de que, em um sistema racional que funcione adequadamente, o processo de conhecimento tem de ser calibrado pelas suas próprias características, de modo que a busca pela tutela cognitiva deve justificar-se unicamente pela probabilidade de existência do direito cujo reconhecimento almeja-se.

Algumas conclusões são bem importantes.

Quanto maior for o valor do pedido (Ua), menor será o valor final do lado direito da inequação, ou seja, menor será a probabilidade de vitória necessária para o ajuizamento da ação.⁹⁷⁹ Para que essa probabilidade mínima necessária não diminua muito, é importante que Ca e Cl aumentem.

Claro que é razoável admitirmos que advogados cobrarão honorários contratuais mais altos por demandas de alto valor. No entanto, é possível que alguns advogados prefiram não cobrar nada e *assumam o risco* caso vejam boa possibilidade de remuneração por honorários sucumbenciais. Nesse caso, o valor de Pa volta a cair. O comportamento do advogado será estudado na próxima seção.⁹⁸⁰

Por outro lado, o valor de Cl tende a aumentar com o aumento do valor do pedido, pois, via de regra, as custas e taxas processuais consistem em um percentual do valor da causa que, por sua vez, tem relação com o valor do pedido.

Ocorre que, em praticamente todos os tribunais do Brasil, existe um teto para o valor das custas e taxas. Significa que, para causas de grande valor, haverá um descolamento da relação acima. Como consequência, uma mínima possibilidade percebida de vitória justificará o ajuizamento da ação. Pior, isso significa que, a partir de determinado valor, o processo judicial para o autor é praticamente gratuito, mas as externalidades negativas continuarão existindo e sendo suportadas por toda a sociedade.

Esse valor de teto, ao contrário do que se poderia imaginar, é relativamente baixo. Em um tribunal como o do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, a taxa judiciária é de 2% sobre

⁹⁷⁹ Ibidem, p. 19.

⁹⁸⁰ O que pode contrabalancear essa inequação é o fato de que, se o advogado não for remunerado pelos honorários contratuais, dificilmente aceitará uma causa com poucas chances de vitória. Isso criará um problema de agência entre advogado e cliente. Clientes com pouca chance de vitória que não queiram pagar honorários contratuais terão dificuldades para encontrar um causídico que o represente. O mais provável, então, é que haja o pagamento de honorários contratuais, que tendem a ser mais altos quanto maior o valor ou a complexidade da demanda.

o valor da causa, limitada a R\$35mil.⁹⁸¹ Significa que, a partir de valores da causa superiores a R\$1,75milhão, o uso do sistema de justiça é gratuito naquele tribunal.⁹⁸²

No âmbito da Justiça Federal, esse problema é escandaloso. O limite atual não chega a R\$2mil, escancarando o *custo social* acima descrito,⁹⁸³ já que valores acima de R\$200mil passam a ser demandados gratuitamente, independentemente da condição financeira das partes.⁹⁸⁴

Além do incentivo ao ajuizamento desse tipo de ação, mesmo que ela seja socialmente indesejável, temos aqui um claro problema distributivo que, como todo problema distributivo, tende a reduzir o bem-estar social. Se demandas de altos valores forem apresentadas por pessoas financeiramente amparadas, nada justificará a prestação de um serviço 100% subsidiado por tributos pagos por toda a sociedade.

A razão para essa *gratuidade* é, certamente, o acesso à Justiça, que poderia ter uma barreira em caso de custas iniciais muito altas. O argumento, todavia, não se sustenta. A uma, porque, como vimos, essas ações podem ser ajuizadas por pessoas ou empresas financeiramente privilegiadas. A duas, porque, quando assim não for, o benefício da gratuidade pode ser estruturado de modo a diferir ou isentar o pagamento apenas dos valores que superem a capacidade financeira do autor. Em outras palavras, a existência do instituto da gratuidade de justiça retira o sentido dos tetos fixados pelos tribunais para pagamento das custas iniciais.⁹⁸⁵

6.2.2 Comportamento do advogado

Como vimos, partes e advogados submetem-se a diferentes incentivos para o ajuizamento de uma ação. Muitas vezes, essa refração gera um desalinhamento de comportamentos, conhecida como problema de agência (*agency problem*). Por isso, para saber quais os verdadeiros incentivos para ajuizamento de uma ação no Brasil, precisamos buscar

⁹⁸¹ Mais especificamente, R\$ 35.411,2, de acordo com o art. 10 da Portaria CGJ 2.683/2016, disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/3111246/novas-custas-jud-29-12-2016.pdf>

⁹⁸² Imaginemos uma ação cobrança de 3 milhões de reais. No TJ/RJ a taxa judiciária é de 2% sobre o valor da causa, limitada a \$35mil. As custas não passam de \$500,00. Isso significa que até \$1,75 milhão incide a taxa. Para valores maiores, a litigância é gratuita. Colocando esses valores na nossa tabela, imaginado que o advogado cobrará \$50 mil apenas para ajuizar essa ação, e que os honorários judiciais serão fixados em 10%, teríamos: $Pa \geq \frac{50.000+335.000}{3.000.000+335.000}$; $Pa \geq 0,115$. A fórmula mostra que, se a chance percebida de sucesso for igual ou superior a 11,5%, a ação será ajuizada. Isso prova que, quanto maior o valor da causa, mais vale a pena litigar.

⁹⁸³ Na Justiça Federal como um todo, o teto é de precisamente \$ R\$ 1.915,38, graças ao disposto na desatualizada Lei 9.289/96, cuja tabela de custas limita seu valor máximo ao equivalente a 1.800 UFIRS.

⁹⁸⁴ Isso porque, de acordo com a lei de custas da Justiça Federal (Lei 9.289/96), as custas são calculadas na razão de 1% sobre o valor da causa, limitada a 1.800 UFIRS (ver nota anterior).

⁹⁸⁵ Claro que o regime jurídico atual da gratuidade também é falho, mas isso será analisado adiante.

uma fórmula que *capte* também os incentivos para o advogado, ressalvados os casos em que a própria parte tenha capacidade postulatória e os de assistência judiciária gratuita, em que os incentivos para os defensores públicos são outros.

Diferentemente da parte, o advogado não *paga* custas ou taxas para ajuizar a ação. Muito pelo contrário, a depender do contrato de honorários firmado com a parte, ele pode receber por esse ato. Além disso, o advogado fará jus aos *honorários sucumbenciais* em caso de vitória. Nesse caso, sua expectativa de recebimento está totalmente alinhada com as possibilidades de vitória da parte autora.

Por outro lado, se o advogado decide atender o cliente e ajuizar de fato a ação, ele terá alguns custos administrativos, incluindo a utilização da estrutura do seu escritório e o tempo utilizado para preparar e atuar no caso até o final.

Assim, podemos modelar a decisão do advogado em *aceitar* ou não o caso com o mesmo método utilizado para modelar o comportamento da parte, ajustando apenas os valores dos custos e das recompensas.

Para tanto, vamos usar o mesmo exemplo da *ação de responsabilidade civil*. Naquele caso, o autor pleiteava a condenação do réu no pagamento de danos no montante de R\$50mil, com chance de sucesso de 50%. Como vimos, o resultado esperado ($Ev = Pa.Ua$) seria R\$25mil, porque $0,5.50 = 25$.

No mesmo exemplo, o advogado cobrava honorários contratuais (Hn) no montante de R\$3mil. Em caso de vitória, receberia honorários judiciais equivalentes a 10% do valor da condenação. Por simplicidade, suponhamos que o advogado estime em R\$1mil o valor do tempo e dos recursos gastos no ajuizamento da ação e no acompanhamento deste processo⁹⁸⁶ (lembramos que inicialmente estimamos a possibilidade de sucesso do autor em 50%).

Nesse caso, o resultado esperado do processo para o advogado (Eva) pode ser calculado da seguinte forma: $Eva = .10.Pa(50.000) + Hn$. Se a probabilidade de vitória é de 50%, então $Eva = 0.10 * 0,50(50.000) + 3.000 = 5.500$. Como os custos totais para o advogado (Cta) são de apenas R\$1mil, então, $Eva \geq Cta$. Em resumo, o advogado aceitará a causa. Seu *superávit* esperado é de R\$4,5mil.

Até aqui, os interesses advogado/cliente parecem bem-alinhados. Vamos aprofundar o estudo e verificar, assim como fizemos para a parte, qual o percentual mínimo de chance de vitória necessário para que o advogado racionalmente aceite essa causa.

⁹⁸⁶ Lembrando que, com o processo eletrônico, esses custos serão cada vez menores. Como veremos no capítulo dedicado à tecnologia, a inteligência artificial proporcionará que petições iniciais simples como essa sejam *produzidas* quase automaticamente, com pouca interferência humana, a valores baixíssimos.

Adaptando a fórmula já utilizada, teremos:

$$10\%Pa.(Ua) + Hn \geq Cta$$

$$Pa \geq \frac{Cta - Hn}{10\%Ua}$$

$$Pa \geq \frac{1.000 - 3.000}{.10(50.000)}$$

$$Pa \geq \frac{-2.000}{5.000}$$

$$Pa \geq -40\%$$

O resultado final é assustador: a possibilidade mínima de sucesso necessária para incentivar o advogado a atuar nessa causa é *negativa*. Isso significa que, dados os valores de *custos/recompensas*, o advogado tem incentivos para atuar ainda que não haja a menor possibilidade de vitória por parte do autor da ação.

A causa desse resultado *estranho* está nos baixos custos administrativos do advogado (apenas R\$1mil), e na existência de *honorários contratuais* que superam esse valor em R\$2mil, gerando um *superávit* independentemente do resultado final da ação. A soma de honorários contratuais com honorários judiciais apenas agrava o problema.

Nosso exemplo é radical, mas não é irreal. O uso da tecnologia, como demonstraremos, reduz cada vez mais os *custos de transação* (custos administrativos do advogado). Além disso, a cobrança de R\$3mil em honorários contratuais para ajuizamento de uma demanda indenizatória cujo valor do pedido é de R\$50mil parece-nos também rente à realidade. Obviamente, se os custos administrativos forem maiores, também o serão os honorários contratuais.

O fundamental aqui é perceber o *descolamento* de interesses entre advogado e cliente.

Mesmo alterando bastante os valores de custos e recompensas, o *agency problem* mantém-se. Se elevarmos os custos administrativos do advogado (*Cta*) para R\$2mil e reduzirmos os honorários contratuais (*Hn*) para R\$2mil, teremos um advogado *zerando* os riscos, independentemente do que vier a acontecer no processo.

Nesse caso, colocando esses valores em nossa fórmula, obteremos:

$$Pa \geq \frac{Cta - Hn}{10\%Ua}$$

$$Pa \geq \frac{2.000 - 2.000}{.10(50.000)}$$

$$Pa \geq \frac{0}{5.000}$$

$$Pa \geq 0\%$$

Como o advogado utilizou os honorários contratuais para *cobrir* seus custos operacionais, ele *transferiu* para a parte todos os riscos de sua atividade. Essa é uma *descoberta* fundamental: *a cobrança de um valor fixo de honorários contratuais no sistema brasileiro, desde que ao menos cubra os custos administrativos, retira todos os riscos da atividade do advogado, que terá incentivos para aconselhar o ajuizamento de ações ainda que a chance de vitória seja muito reduzida (demanda frívola).*

Na verdade, é a existência dessa dupla remuneração (honorários contratuais + honorários judiciais) que gera essa distorção.

O problema de mandato aqui está exatamente na diferença de expectativas de ganho advogado/cliente. Se o autor for leigo, pessoa física, ou mesmo pessoa jurídica com advocacia terceirizada, é provável que ele não tenha condições de calcular sua possibilidade de vitória. Aliás, quando o cliente procura um advogado para demandar, ele o faz porque *sente* seu direito subjetivo violado e acredita na vitória. Nesses casos, o *sim* do advogado será para o cliente a confirmação de todas as expectativas otimistas.

Assim, não raro, a palavra final caberá ao advogado. No exemplo dado, caso o advogado sobreponha o seu interesse ao do cliente (*agency problem*), uma demanda sem qualquer chance de vitória ingressará no custoso sistema de justiça, altamente subsidiado pela sociedade, com evidentes prejuízos ao bem-estar social.⁹⁸⁷

Como veremos no capítulo 8, o atual sistema punitivo de *litigância de má-fé* não é apto a gerar comportamento colaborativo por parte do advogado.⁹⁸⁸ Por outro lado, existem hoje alguns incentivos positivos para a chamada *advocacia colaborativa*⁹⁸⁹ que, aliados a questões

⁹⁸⁷ Como já vimos, a arrecadação proveniente de “custas” processuais, custeiam apenas 19,46% da despesa total da Justiça Estadual, 0,09% das despesas da Justiça Federal e 3,4% dos gastos do STJ.

⁹⁸⁸ Buscaremos demonstrar que o *nível ótimo de colaboração* é aquele que diminui os custos sociais do processo. Esse comportamento depende, ao longo processo, de incentivos que podem ser gerados pela punição à *litigância de má-fé*, mas que hoje, não existem.

⁹⁸⁹ O termo *advocacia colaborativa (collaborative practice)* foi cunhado nos EUA por Stewart Webb, principalmente para referir a prática negocial, tendente à realização de acordos que evitem ou terminem o processo judicial, bem como às formas alternativas de solução de conflitos em geral. É com esse significado que o termo vem sendo utilizado no Brasil, ora traduzido como *prática colaborativa*, ora como *advocacia de negociação*. A expressão é utilizada neste trabalho para qualificar o comportamento colaborativo do advogado no processo judicial, antes, durante e depois dele. Tem, portanto, a mesma abrangência que conferimos aqui ao princípio da

reputacionais e a algumas possibilidades interpretativas dos arts. 79 a 81 do CPC/2015, podem diminuir o *problema de mandato* e aumentar a capacidade colaborativa dos advogados. O tema será tratado logo mais, no estudo da autocomposição.

6.2.3 A demanda na Justiça Federal

Nesta seção, veremos que a Justiça Federal é uma *justiça* praticamente gratuita, o que agrava intensamente o problema da *seleção adversa de demandas*⁹⁹⁰ e o panorama de *tragédia da Justiça*.

Para simular o cenário de incentivos ao ajuizamento de demandas no âmbito da Justiça Federal, podemos tomar o mesmo exemplo até aqui utilizado, substituindo o réu pela União Federal.

Não é difícil imaginar um alegado acidente de trânsito com uma viatura da União, um pedido de indenização por suposto direito ao recebimento de diárias de um servidor federal ou ainda uma ação anulatória de um ato administrativo federal. Para sair do âmbito da competência dos juizados federais, fiquemos com a terceira hipótese, mantendo o valor do pedido em R\$50mil,⁹⁹¹ por simplicidade e para fins de comparação com o que vimos até agora.

As diferenças mais importantes agora dizem respeito ao valor das custas e despesas e ao regime jurídico dos honorários judiciais quando a Fazenda Pública é parte no processo. Os demais custos administrativos serão mantidos.

Pelas regras da Justiça Federal válidas para todo o Brasil, não há a cobrança de *despesas processuais* no ajuizamento de ações, mas apenas da *taxa judiciária*, no montante de 1% sobre o valor dado à causa.⁹⁹²

cooperação. Usamos indistintamente as expressões *comportamento cooperativo* e *comportamento colaborativo*. Sobre o termo em sua acepção original: ABNEY, Sherrie R, **The evolution of civil collaborative law**, in Texas Wesleyan Law Review, vol 15. P. 495-515; GOMMA de Azevedo, André (Ed), **Manual de mediação judicial** - 5a. Ed. Ordem dos Advogados do Brasil Press, 2016.

⁹⁹⁰ Com o termo *seleção adversa* queremos identificar a características de um sistema que, por suas regras seletivas, acaba “escolhendo” demandas socialmente indesejáveis, como por exemplo aquelas com pouquíssima possibilidade de sucesso. Sobre o conceito econômico de *seleção adversa*, POSNER, Richard, **Economic analysis of Law**, P 137.

⁹⁹¹ A Lei 10.259/2001, art. 3o., § 1o, III, exclui da competência dos JEFs as causas para anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, ressalvados os de natureza previdenciária e o lançamento fiscal.

⁹⁹² De acordo com a lei de custas da Justiça Federal, esse valor pode ser pago pela metade no ajuizamento da ação, sendo a outra metade paga no recurso ou, mesmo não havendo recurso, no final, por parte do derrotado. Por simplicidade, consideraremos 1% pago já no início. Essa é, inclusive, uma abordagem mais conservadora, já que trabalha com um valor um pouco mais alto, pago de imediato.

No caso de derrota, os honorários serão fixados de acordo com as regras do art. 85, § 3º, do CPC/2015. Como R\$50mil equivale, em 2017, a 53,36 salários mínimos,⁹⁹³ os honorários judiciais serão fixados na forma do inciso I, ou seja, entre 10% e 20% do valor dado à causa. Se o valor superasse 200 salários, o custo esperado de litigância seria menor, porque incidiria a tabela regressiva.

Os custos de litigância serão então reduzidos em R\$1mil. Isso porque, no exemplo do TJ/RJ, custas e taxa judiciária somavam R\$1.500, enquanto aqui haverá a cobrança de apenas 1% sobre o valor da causa, ou seja, R\$500.

Como isso teremos:

$$Pa \geq \frac{Ca + Cl}{Ua + Cl}$$

$$Pa \geq \frac{4.000 + 5.500}{50.000 + 5.500}$$

$$Pa \geq \frac{9.500}{55.500}$$

$$Pa \geq 17,11$$

Conclui-se que a mínima *probabilidade percebida* de vitória para ajuizamento dessa demanda na Justiça Federal é de 17,11%, menor, portanto, do que os 18% necessários na Justiça estadual.

Para causas de alto valor, o problema na Justiça Federal é mais grave do que na estadual. Como explicado, o limite de custas da Justiça Federal é de apenas R\$1.915,38.

Assim, supondo uma ação com pedido condenatório no pagamento de quantia em dinheiro no montante de três milhões de reais, a probabilidade de vitória mínima necessária para o ajuizamento será de apenas 8,1%,⁹⁹⁴ inferior, portanto, aos 11,6% que seriam necessários se a competência fosse da Justiça Estadual do estado do Rio de Janeiro.⁹⁹⁵

Já no que se refere ao comportamento do advogado, nada muda, tendo em vista que seu comportamento não é afetado pelas custas de litigância, como já vimos.

⁹⁹³ Valor do salário mínimo no período = \$937,00. <https://g1.globo.com/economia/noticia/salario-minimo-em-2017-veja-o-valor.ghtml>

⁹⁹⁴ Imaginado que o advogado cobrará \$50 mil apenas para ajuizar essa ação, e que os honorários judiciais serão fixados na forma do art 85, § 3º, teríamos: $Pa \geq \frac{50.000+211.803}{3.000.000+211.803}$; $Pa \geq 0,081$.

Sobre os honorários, pelas novas regras: 10% até 200 sm. (\$18.740); 8% acima de 200 até 2.000 (\$134.928); 5% acima de 2.000 até 3.200 (\$56.220); total: \$209.888.

⁹⁹⁵ Onde o teto de custas é de R\$35mil.

6.3 Desperdício de recursos públicos e privados (*deadweight loss*)

Demonstramos até aqui como a estrutura de custas do sistema judiciário brasileiro incentiva e subsidia com recursos públicos a propositura de demandas com pouquíssimas chances de sucesso.

Vimos, ainda, que a atual estrutura de remuneração do trabalho do advogado cria um enorme problema de mandato, gerando incentivos para que o (mal) advogado sugira o ajuizamento de ações temerárias, sem qualquer possibilidade de sucesso.

Conforme vimos, as despesas totais da Justiça Estadual somaram R\$44,7bilhões em 2015, para uma arrecadação de R\$8,7bilhões em custas, emolumentos e taxas judiciais,⁹⁹⁶ ou seja, 19,46% do total. Esse número permite-nos predizer que, na média, considerados todos os tribunais, um processo na Justiça Estadual *custa* cinco vezes o valor das custas e despesas processuais.

Obviamente, o tamanho desse subsídio aumenta ou diminui de acordo com vários fatores, como o valor das taxas e custas cobradas em cada tribunal, a duração do processo de conhecimento, a existência e a duração de fase de cumprimento de sentença, dentre outros.

Há, todavia, um agravamento no cenário de *desperdício* quando analisamos a estrutura de *custas* da Justiça Federal. É que, como vimos, o subsídio estatal aqui é muito maior, já que as *custas* cobradas representam apenas 0,09% de toda a despesa desse sistema. Esse número é extremamente baixo, não só em razão da política generosa de gratuidades, mas também das isenções concedidas a todos os entes públicos,⁹⁹⁷ o que aumenta sobremaneira os incentivos à litigância,⁹⁹⁸ elevando o *prejuízo ao bem-estar social* causado por demandas frívolas.

Dissemos que a Justiça Federal é *quase* gratuita. Todavia, no caso dos Juizados Especiais Federais e das ações propostas pelo Poder Público ela é *literalmente gratuita*.⁹⁹⁹

⁹⁹⁶ Relatório CNJ, p. 90-91.

⁹⁹⁷ Lei n. 9.289/1996, art.4º, I.

⁹⁹⁸ Alguém poderia argumentar que a isenção à União é razoável, já que no final são os cofres públicos federais que *sustentam* tanto a Justiça Federal quanto a administração pública federal. Desse modo, não faria sentido que a União “pagasse a ela mesma”. Veremos mais à frente, todavia, que o fato de Justiça e Poder executivo terem orçamentos distintos afeta diretamente o comportamento dos advogados públicos, que são estimulados a litigar em razão dessas isenções, afetando diretamente seu comportamento colaborativo.

⁹⁹⁹ Gratuita no que se refere à remuneração do serviço público prestado pelo Poder Judiciário, na forma da Lei 9.289/1996, art. 4º, I, e da Lei n. 9.099/1995, art. 54, *caput* e parágrafo único. É verdade que restam ainda os custos administrativos e os custos dos honorários sucumbenciais. Mas mesmo os honorários, como vimos, ficam sujeitos à tabela reduzida do art. 85 do CPC.

Não por coincidência, os juizados especiais já não cumprem seu papel¹⁰⁰⁰ e as execuções fiscais são o grande gargalo da Justiça Federal.

É preciso lembrar que ao desperdício de recursos públicos deve ser somado o desperdício de recursos privados.

É que o réu privado, uma vez citado, também contratará advogado. Por mais que vença ao final, ele não recuperará os valores gastos com honorários contratuais, muito menos os valores que representam os custos emocionais e temporais do processo. Com os dados do exemplo, se replicarmos os custos administrativos do autor, esse prejuízo será de R\$4mil (R\$3mil, se trabalharmos com os *honorários contratuais reduzidos*) em um único processo.

A existência de R\$45bilhões em subsídios públicos ao sistema de justiça,¹⁰⁰¹ somada ao desperdício de recursos privados, parece-nos suficiente para justificar a exigência da criação de mecanismos que selecionem processos socialmente desejáveis para ingresso nesse sistema.¹⁰⁰²

A criação de mecanismos com essas características nada tem, *a priori*, de inconstitucional. A própria teoria das condições da ação tem essa finalidade,¹⁰⁰³ e ninguém hoje discute sua constitucionalidade. Até aqui, todavia, combinadas com o atual regime de custas, as condições da ação, mesmo em suas configurações mais modernas,¹⁰⁰⁴ são incapazes de gerar essa *seleção positiva* de demandas.

Conforme aprofundarmos nossa análise econômica do processo, veremos que o problema de *seleção adversa* é ainda mais grave do que o visto até aqui. Ao final, com o fito de incrementar o princípio da cooperação no momento anterior à propositura da demanda,

¹⁰⁰⁰ Como vimos, na Justiça Federal, a duração média de um processo nos juizados é muito semelhante à sua duração nas varas federais. O problema, com as mesmas causas, repete-se na Justiça Estadual, com consequências ainda mais graves. Naquele ramo do poder judiciário, o tempo médio de execução de um processo nos juizados especiais é de 6 anos e nove meses no acervo pendente. Relatório CNJ/2016, op. cit. P. 129

¹⁰⁰¹ Consideradas apenas a Justiça Federal e a Justiça Estadual, afóra todos os demais ramos bem como os tribunais superiores.

¹⁰⁰² É importante repisar nosso parâmetro de análise normativa: o bem-estar social. Como vimos, existem demandas socialmente desejadas e demandas socialmente indesejadas. Para as primeiras, o subsídio estatal é mais do que justificado. Para as segundas, tal subsídio significa apenas malversação de recursos que poderiam gerar frutos socialmente preciosos se investidos em outras prementes necessidades sociais, como por exemplo saúde e educação.

¹⁰⁰³ Dinamarco ressalta expressamente os fundamentos éticos e econômicos das condições da ação, no sentido de evitar o desperdício de recursos decorrente da propositura de ações inúteis. **Instituições de Direito Processual Civil, Vol II. 5a edição.** .Ed. Malheiros, São Paulo, 2005. P. 299.

¹⁰⁰⁴ Como, por exemplo, a que afirma serem elas condições para qualquer postulação judicial, e não somente para a ação. Nesse sentido, DIDIER, *Curso... vol I*, Op. Cit. p. 385, ou ainda o entendimento de que a categoria das condições da ação foi extinta no CPC/2015, enquadrando-se aqueles requisitos em uma categoria mais geral, qual seja, a dos *requisitos de admissibilidade do processo*. Nesse sentido, ARAKEN DE ASSIS op. cit. p. 178-179, DIDIER, op. cit. p. 385. Em sentido contrário, DINAMARCO, para quem, todavia, todas as condições da ação poderiam ser abrangidas pelo *interesse de agir*. *Instituições... vol II*, op. cit. P. 351-353, e GRECO, para quem mesmo a possibilidade jurídica do pedido continua a ser uma condição da ação no CPC/2015. *Curso...* op. cit. P. 216.

sugeriremos algumas alterações de estrutura de custas aptas a diminuir o problema através do estímulo ao comportamento cooperativo no ajuizamento da demanda.

6.4 Modelagem em árvores decisórias: aprendendo a trabalhar com *backwards induction*

Os mesmos cálculos que fizemos para clarificar os incentivos da parte autora e de seu advogado para o ajuizamento de uma ação podem receber expressão mais *visual*, através do desenho das chamadas *árvores decisórias*.

As árvores decisórias, essenciais no manejo da teoria dos jogos, serão abundantemente utilizadas neste trabalho, pois são absolutamente adequadas ao tipo de *jogo* que é o processo: um jogo em que as partes atuam (jogam) sequencialmente, quase sempre com ciência do movimento anterior do adversário.

A chamada *modulação extensiva (extensive form)*¹⁰⁰⁵ permite a utilização da técnica conhecida como *backwards induction*, que, como veremos, é extremamente útil para prevermos todos os movimentos das partes nas mais diversas fases do processo.¹⁰⁰⁶

A técnica consiste em verificar quais as *recompensas finais (payoffs)* que cada estratégia possível acarretará a cada uma das partes ao final do processo e, com base nisso, ir voltando para as fases mais iniciais e verificando quais as escolhas racionais que levariam àquele resultado final. A *backwards induction* pode assumir configurações bem complexas se considerarmos o processo como um todo.

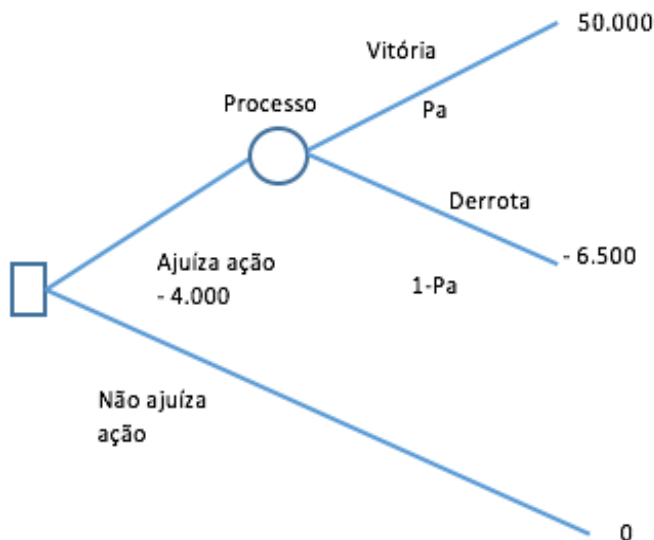
Exatamente por isso usaremos a técnica desde já, de modo mais simples, para reproduzir algo que já demonstramos com equações bem menos charmosas: os incentivos da parte e do advogado na primeira e decisiva escolha: demandar em juízo ou não.

Eis a *árvore decisional* que reproduz a escolha estratégica do autor entre demandar ou não, no mesmo exemplo já utilizado, mantidos os mesmos números:

¹⁰⁰⁵ DUTTA, Prajit K. **Strategy and games**. P. 157-158

¹⁰⁰⁶ *ibidem*.

Figura 28 - Árvore decisional: autor escolhe demandar ou não



A técnica da *árvore decisional* tem a vantagem de ilustrar com clareza qual será a escolha racional do autor da ação. Cada *nó* na árvore representa uma fase do processo decisório. Por convenção, os *nós quadrados* representam decisões e os *nós circulares* representam probabilidades

Na *ponta* de cada *ramificação* da *árvore* estão indicadas as recompensas (*payoffs*) que o autor receberá a partir das suas escolhas. Assim, somos informados de que, caso opte por ajuizar a ação, o autor receberá R\$50mil com probabilidade Pa , ou terá de pagar R\$6,5mil com probabilidade $1-Pa$. Já a opção pelo não ajuizamento renderá R\$0,00, como se pode perceber pelo final do terceiro e último ramo.

Deitando os olhos mais para o início da árvore, vemos, ainda, que ajuizar a ação submete o autor a um custo inicial de R\$4mil.

Assim, o benefício esperado decorrente do ajuizamento da ação é a soma de todos esses valores, ou seja: $50.000(Pa) + (-6.500)(1 - Pa) - 4.000$.

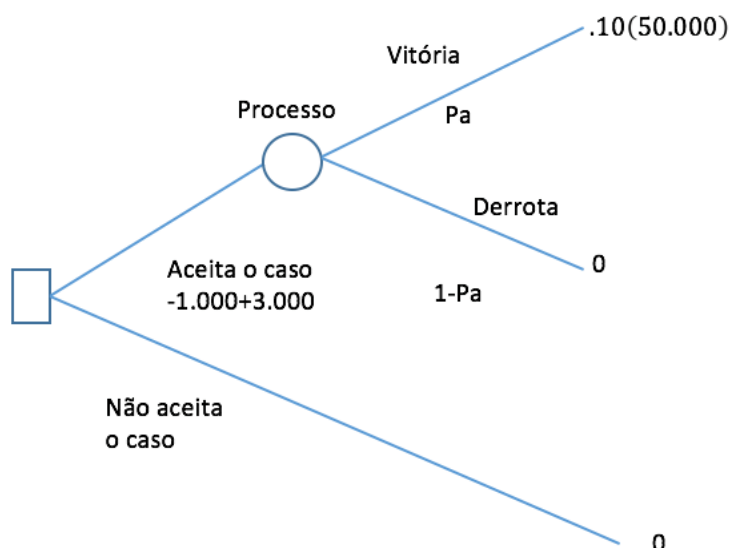
Para sabermos qual a *probabilidade mínima exigida* para que o ajuizamento da ação *valha a pena*, é necessário que o seu valor esperado seja igual ou superior ao valor esperado do não ajuizamento da ação, ou seja, *zero*. Assim, igualando a equação acima a zero, podemos isolar Pa e determinar seu valor mínimo: $50.000(Pa) + (-6.500)(1 - Pa) - 4.000 \geq 0$.

Com um pouco de álgebra, concluímos que: $Pa \geq 18$.

Conclui-se que a ação será ajuizada se houver mais de 18% de chances de sucesso. O valor é o mesmo obtido pela sistemática anterior.

No mesmo exemplo, a *árvore decisional* que explica a postura do advogado de aceitar a causa trazida pelo cliente poderia ser assim desenhada:

Figura 29 - Árvore decisional: advogado escolhe aceitar ou não a causa



Como já dito, cada *nó* na árvore representa uma fase do processo decisional. Na primeira fase o advogado *decide* se aceita ou não o caso. Na segunda fase, o caminho de vitória ou derrota seguirá as probabilidades de sucesso daquela específica ação em juízo. Como definimos de antemão todas as recompensas/custos do advogado, mantivemos a probabilidade P como a única variável a ser calculada. O valor de P , ao igualarmos os ramos superiores (aceitar o caso) ao inferior (não aceitar o caso), definirá a probabilidade mínima necessária para que um advogado racional receba esse novo cliente.

Utilizando a técnica de olhar para o final da árvore e ir voltado ao seu começo (*backwards induction*), fica muito fácil perceber que o advogado aceitará a causa em qualquer circunstância.

O ramo superior indica a recompensa que o advogado receberá em caso de vitória: R\$5mil (honorários de 10% sobre R\$50mil), multiplicados pela possibilidade de vitória Pa . São os honorários judiciais.

Em caso de derrota, não há qualquer punição no nosso modelo. Por isso, o valor da recompensa/punição no ramo imediatamente inferior é R\$0,00. Mais precisamente, R\$0,00 multiplicado pela probabilidade de derrota $1-Pa$.

Passemos ao estudo da *primeira fase da árvore*. Caso o advogado aceite a causa, incidem imediatamente dois valores absolutos, que não serão ponderados com qualquer possibilidade de vitória ou derrota: o custo administrativo (Cta) de R\$1mil e os honorários contratuais (Hn) de R\$3mil. Fica claro que, nesse momento decisório, se o advogado aceita a causa, ele parte de um superávit de R\$2mil, superior aos R\$0,00 que ele teria em caso de recusa (ramo inferior da árvore).

Como no segundo estágio o risco para o advogado é zero (veja-se que o segundo ramo da árvore confere R\$0,00 ao advogado em caso de derrota do cliente), ele sempre aceitará a causa, independentemente de sua possibilidade de sucesso, ou seja, independentemente do valor de Pa .

Vimos, inclusive, que nesse caso o valor de Pa é negativo, porque o advogado parte de um superávit de R\$2mil, podendo ainda ganhar algo na segunda fase, mas sem qualquer risco de perda.

Para calcular o valor de Pa , basta somar os valores esperados de cada uma das duas probabilidades após a aceitação da causa, igualando esse resultado àquele decorrente da recusa (zero). É que sempre que o valor de *aceitar a causa* for maior ou igual ao valor de recusá-la (zero, no caso), o advogado racional ajuizará a ação.

A decisão de aceitação da causa tem dois estágios. No segundo, o valor esperado é $Pa(5.000) - (1 - Pa)0 = 5.000Pa - 0 = 5.000Pa$.

No primeiro estágio, o valor é absoluto, determinado pelos honorários contratuais subtraídos dos custos administrativos: $Hn - Cta = 3.000 - 1.000 = 2.000$.

Ainda no primeiro estágio, o valor de rejeitar a causa é, como vimos, zero.

Assim, definimos Pa somando o valor dos dois estágios da decisão de aceitação da causa, igualando-o ao valor da decisão de não a aceitar: $5.000Pa + 2.000 = 0$; $Pa = \frac{-2.000}{5.000} = -0.4$.

Chegamos, assim, ao mesmo resultado da sistemática anterior. O advogado aceitará a causa ainda que nulas ou negativas as possibilidades de vitória.

6.5 Postura do réu

Coloquemo-nos agora na posição do potencial réu, mantida ainda a mesma situação fática do exemplo até aqui desenvolvido: ação que pleiteia a sua condenação no pagamento de

R\$50mil a título de danos materiais causados ao autor, fundada na sua alegada responsabilidade pela ocorrência daqueles danos.

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

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

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

Todavia, o *valor social* do acordo diminui na medida em que o processo prorroga-se. Isso porque, quanto antes o acordo for realizado, maior a quantidade de recursos públicos e privados economizados.¹⁰⁰⁷

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

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

Nos dois casos, a referência inicial para nós é o *valor esperado* do processo ($Ev = P \cdot U$), tanto por parte do autor quanto por parte do réu.

Se o valor esperado pelo potencial autor for negativo, a realização de qualquer acordo será muito improvável. É que, como veremos, faltará a ele *credible threat*, ou seja, uma ameaça crível de ajuizamento da ação em face do dito causador do dano. Isso porque o *alegado* causador

¹⁰⁰⁷ BORNE, Robert, *Civil Procedure: the economics of civil procedure*, New York, Foudation Press, 2003, p. 92.

do dano saberá que nada fez. Mais do que isso, ele terá a consciência de que o autor *sabe que ele sabe*. E é exatamente por isso, ou seja, por saber que a ação jamais será ajuizada, que o *acusado de ter causado* o dano recusará qualquer composição. No fim, não teremos qualquer ação judicial, se as partes forem racionais.¹⁰⁰⁸

Por outro lado, se o *valor esperado* for positivo,¹⁰⁰⁹ as possibilidades de acordo passarão pelo *valor esperado* do processo para o réu. Da mesma forma que o autor, o réu terá suas expectativas de vitória e de custos em relação àquele processo. A possibilidade de um acordo é a certeza de economia de parte desses custos.¹⁰¹⁰ A concretização do acordo dependerá de um ajuste de ambas as expectativas, do valor dos custos do processo e do poder de barganha de cada uma das partes.

Passemos à análise formal de todos esses elementos.

6.6 Análise econômica da autocomposição: modelo básico

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

A teoria econômica prediz que o acordo sempre se realizará quando for vantajoso para as partes.¹⁰¹¹ Significa que se o valor a ser recebido/pago em razão do acordo for maior do que aquele que se espera do processo, as partes não de buscar alguma composição.¹⁰¹²

Se Paulo é dono de um veículo e Pedro quer comprar esse veículo, para que o negócio ocorra é preciso que Pedro valore o veículo mais do que Paulo. Assim, se Paulo confere ao seu

¹⁰⁰⁸ Como explicamos em detalhes no capítulo de teoria dos jogos, a ideia de *ameaça* é essencial para que acordos sejam bem-sucedidos. Quem ameaça, o faz com o objetivo de não concretizar a ameaça. Mas, para tanto, essa ameaça tem de ser crível. Há duas formas de conferir credibilidade a uma ameaça, ambas envolvendo o compartilhamento de informações. Na primeira informa-se o adversário de que há incentivos suficientes (em termos de recompensas) para que a ameaça seja levada a cabo. A segunda, mais agressiva, transmite a informação de que a ameaça será cumprida independentemente de a recompensa não ser vantajosa. Essa técnica normalmente vem acoplada a algum ato que demonstra claramente a intensão firme do autor da ameaça. Era esse o caso da chamada *bomba do fim do mundo*, na época da guerra fria. Acreditava-se que a União Soviética construía uma poderosíssima bomba atômica que seria automaticamente acionada em caso de ataque americano e, o que é fundamental, uma vez acionada não poderia ser desarmada. Esse mecanismo (*commitment*) conferia credibilidade a uma ameaça desprovida de recompensas vantajosas. Sobre o tema, SCHELLING Thomas C., *The strategy of conflict*, Cambridge, Ma, Harvard University Press, 1960, P. 35 e 36.

¹⁰⁰⁹ Ou seja, existe *credible threat*.

¹⁰¹⁰ SHAVELL, *Foundations...* op. cit. p. 415

¹⁰¹¹ Isso ficou claro ao estudarmos o teorema de Coase, ainda no capítulo 2.

¹⁰¹² Por isso que ressaltamos que o comportamento colaborativo é o buscar *a priori* a realização do acordo. Se ele ocorrerá ou não, depende menos da boa vontade das partes e mais das vantagens que o acordo proporcionará em relação ao processo.

carro o *valor/utilidade* de R\$30mil e Pedro o valora em R\$60mil, podemos prever que a venda ocorrerá por algum valor entre R\$30mil e R\$60mil, a depender do poder de barganha das partes. De outro lado, se Pedro valora o bem em apenas R\$25mil, certamente não haverá negócio.¹⁰¹³

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

Ainda que haja custos de transação envolvidos na realização do acordo,¹⁰¹⁴ quase sempre eles serão inferiores aos custos do processo.¹⁰¹⁵ Assim, caso as partes tenham expectativas parecidas (*valores esperados semelhantes*), a teoria econômica prediz que sempre haverá acordo.

Entretanto, vimos que o percentual de acordos no Brasil é extremamente baixo (apenas 11% na Justiça estadual e ridículos 3,4% na Justiça Federal).¹⁰¹⁶ Descobrir as razões dessa *falência* do modelo colaborativo é o principal objetivo desta seção.

Iniciaremos desenvolvendo um modelo básico para acordos.¹⁰¹⁷ Após, adaptaremos esse modelo à realidade brasileira. Por fim, acrescentaremos as atualizações decorrentes da economia comportamental. Acreditamos que boa parte dos problemas que impedem a realização de acordos no Brasil ficará bastante clara, bem como as possíveis soluções.

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

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

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

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

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

¹⁰¹³ Em sentido semelhante, Borne, op. cit. p. 72.

¹⁰¹⁴ As partes precisam se encontrar; há desgaste emocional envolvido; consome-se algum tempo nas negociações, etc.

¹⁰¹⁵ Borne, op. cit. p. 73.

¹⁰¹⁶ A título de comparação, no EUA, apenas 4% dos processos vão a julgamento na Justiça Estadual e apenas 2% na Justiça Federal. E, ambos os casos, a maior causa de evitamento do Julgamento são os acordos (Shavell, op. cit. P. 410). As melhores estatísticas indicam percentual de acordo em torno de 70% (Robert Borne, op. cit. P. 69)

¹⁰¹⁷ Esse modelo básico aqui utilizado é o desenvolvido pela abordagem clássica análise econômica do direito, é o articulado por Posner, *Economic analysis...* op. cit. p. 763-767 e SHAVELL, Steven, *Suit, settlement and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs*. in *Journal of legal studies* 11, 1982, p. 55-81.

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

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

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

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

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

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

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

Por definição, os custos de litigância Cl são sempre os mesmos para autor e réu (R\$1,5mil de custas, mais os 10% sobre o valor da causa a título de honorários judiciais), e serão pagos ao final pelo sucumbente. Como esse valor é ponderado pela probabilidade de vitória/derrota, ele difere entre as partes na medida em que haja *divergências de expectativas* quanto às chances de procedência do pedido.

O mesmo vale para o valor do pedido. Já os custos administrativos podem variar (o nível de aborrecimento com o processo pode ser distinto, o valor dos honorários contratuais dos advogados pode ser maior ou menor), mas aqui serão mantidos iguais por simplicidade (no nosso exemplo eles somam R\$4mil para cada parte).

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

O valor de reserva do autor no nosso exemplo será:

$$\begin{aligned} Va &= (Pa \cdot Ua) - \{Ca + Cl(1 - Pa)\} \\ Va &= (0,5 \cdot 50.000) - \{4.000 + 6.500(1 - 0,5)\} \\ Va &= (25.000) - (4.000 + 3250) \\ Va &= 25.000 - 7.250 \\ Va &= 17.750 \end{aligned}$$

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

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

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

$$Vr = 25.000 + 7.250$$

$$Vr = 32.250$$

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

A diferença entre os valores de reserva (ou de referência) é chamada de *intervalo (ou janela) de acordo*. Quanto maior esse intervalo, maior a possibilidade de composição. No nosso exemplo, o intervalo é de R\$14.500.¹⁰¹⁸ Mesmo que as negociações em si tenham algum custo de transação, o *intervalo de acordo* é suficientemente longo para acomodá-lo com tranquilidade.¹⁰¹⁹

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

O *intervalo de acordo* também é conhecido como *superávit de acordo*. A forma como esse *superávit* será alocado entre as partes depende do poder de barganha de cada qual. Se autor e réu tiverem o mesmo poder de barganha, o *superávit* será dividido ao meio, ou seja, o acordo será *fechado* em R\$25.000.¹⁰²⁰

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

O valor do *superávit* é determinado pelos custos do processo e pelas expectativas de vitória de cada uma das partes. Quando as expectativas são idênticas, como no nosso exemplo,

¹⁰¹⁸ $32.250 - 17.750 = 14.500$

¹⁰¹⁹ Acreditamos em valores bastante baixos, decorrentes de eventual encontro, ligação telefônica ou outra forma de comunicação entre as partes, além das despesas financeiras decorrentes do pagamento. Por simplicidade, decidimos sequer incluir esses valores em nossa fórmula. Em alguns casos, todavia, eles podem tornar-se relevantes (como no caso de o causador do dano levantar um empréstimo para pagar à vítima). Por outro lado, ainda que relevante o valor, dificilmente ele impediria o acordo, tendo em vista o tamanho do *superávit* gerado.

¹⁰²⁰ Ou seja: $\frac{17.750+32.250}{2} = \frac{50.000}{2} = 25.000$. Sobre a definição do valor final do acordo e o poder de barganha: Shavell, op. cit. p. 407-409; BORNE, Robert. Op. cit., p. 94-96; BEBCHUK, Lucian, *Litigation and Settlement under imperfect information*, in RAND Journal of Economics, 1984, n. 15, p. 404-415.

esse valor equivalerá à soma dos *custos totais esperados do processo* para o autor e para o réu (R\$7.250 para cada um).

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

- i. *quanto maiores os custos do processo, maior o incentivo para realização de acordos;*¹⁰²¹
- ii. *quanto maior a diferença de expectativas (incerteza somada ao otimismo) quanto ao resultado do processo, menor o incentivo para realização de acordos.*¹⁰²²

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

6.6.1 Realização do acordo apenas na audiência preliminar

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

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

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

Em economia, *gastos não recuperáveis* são chamados de *fundo perdido (sunk costs)*,¹⁰²³ e, na abordagem clássica, devem ser simplesmente desconsiderados.¹⁰²⁴

No nosso exemplo, os custos administrativos totais eram da ordem de R\$4mil, englobando R\$3mil de honorários contratuais e R\$1mil de custos administrativos gerais,

¹⁰²¹ Shavell, op. cit. p. 403

¹⁰²² Ibidem, p. 405

¹⁰²³ Eles são a versão econômica do adágio: *não adianta chorar sobre o leite derramado*. Porque não há mais o que fazer para recuperar aqueles valores, eles devem ser desconsiderados na planificação dos passos futuros. MANKIWI, N. Gregory, **Principles of microeconomics**. 6a. Ed. P 289.

¹⁰²⁴ A psicologia vem provando a forte influência dos fundos perdidos no comportamento das pessoas. Nesse primeiro momento, todavia, trabalharemos com a abordagem econômica clássica, que ignora esses custos. Após, faremos os ajustes necessários.

incluído aí o estresse e o custo de oportunidade do tempo do processo. Esse último certamente poderá ser reduzido, enquanto que o primeiro pode ser negociado.¹⁰²⁵ Assim, vamos considerar, por simplicidade, que apenas parte (x) desses valores foi paga até a data da audiência preliminar, de modo que os custos administrativos futuros passam a ser: $Ca' = Ca - x$.

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

Nesse ponto, o sistema processual brasileiro é problemático.

É que o art. 90 do CPC/2015 regula o pagamento de custas e honorários advocatícios em diversas situações de composição entre as partes, inclusive nos casos de transação. Nesses casos, a lei é silente em relação aos honorários judiciais. Sobre as despesas processuais, diz que serão igualmente divididas, isentando-se as partes de custas remanescentes, se houver.¹⁰²⁶

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

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

Já os honorários judiciais não só continuam sendo devidos como, no novo regime inaugurado pelo CPC/2015, não podem ser compensados,¹⁰²⁷ ou seja, serão fixados e cobrados, a menos que sejam negociados com os próprios advogados — o que, novamente, agrava o *problema de mandato*.

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

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

¹⁰²⁵ Como veremos mais à frente, os honorários contratuais podem representar uma grande barreira ao aperfeiçoamento do acordo, principalmente pelo problema de mandato aí bastante evidente.

¹⁰²⁶ O *caput* e os três primeiros parágrafos do art. 90 tratam do tema. A *sanção premial* está prevista no P. 4o, apenas para o caso de reconhecimento do pedido pelo réu com adimplemento total da prestação. Nesse caso, os honorários serão reduzidos pela metade. Esse verdadeiro incentivo, todavia, não se aplica para a transação. REDONDO, Bruno Garcia, in **Comentários ao novo código de processo civil**, Antônio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer (Coord). Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2015. P. 156

¹⁰²⁷ Essa é uma novidade do CPC/2015 frente ao regime anterior. Para todos os fins, a transação equivale a uma *sucumbência parcial*, e, caso as partes não entrem em acordo com os advogados sobre o valor dos honorários, ambas serão condenadas a pagar honorários ao advogado do adversário, sem possibilidade de compensação, na forma do art. 85, p. 14 do CPC/2015. A nova legislação superou assim, o entendimento sumulado pelo STJ no verbete 306, em prol da compensação da verba honorária.

Sobre o tema, ARENHART, Gabriela, *Sucumbência parcial e recíproca no CPC/15 e a impossibilidade de compensação de verba honorária*. In *Honorário Advocatícios*, Marcus Vinucius Furtado Coelho e Luiz Henrique Volpe Camargo (Coord) 2a. ed., Salvador, Ed. Podivm, 2016. P. 497-505

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

- i. em relação aos custos administrativos totais, redução dos custos meramente administrativos em R\$500 e redução de honorários contratuais em R\$1.500, perfazendo uma redução total (x) de R\$2mil;
- ii. em relação aos custos de litigância, consideremos o pagamento de custas e taxas iniciais de R\$1,25mil, ou seja, uma redução (y) de R\$1.250 nas custas totais de litigância de R\$1,5mil (Cl).

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

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

$$\begin{aligned} Va' &= (Pa \cdot Ua) - \{Ca' + Cl'(1 - Pa)\} \\ Va' &= (0,5 \cdot 50.000) - \{4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250)(1 - 0,5)\} \\ Va' &= (25.000) - (2.000 + 2.625) \\ Va' &= 25.000 - 4.625 \\ Va' &= 20.375 \end{aligned}$$

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

$$\begin{aligned} Vr' &= Pr \cdot Ua + Ca' + Cl' \cdot Pr \\ Vr' &= (0,5 \cdot 50.000) + 4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250) \cdot 0,5 \\ Vr' &= 25.000 + 2.000 + 2.625 \\ Vr' &= 29.625 \end{aligned}$$

É fácil perceber que, nesse novo momento, o valor de reserva do autor aumentou, enquanto o valor de reserva do réu diminuiu. O novo *intervalo de acordo* agora é de apenas R\$9.250, bem inferior aos R\$14.500 iniciais.¹⁰²⁸ A diferença ($V - V'$) $Vr - Vr'$) decorre do

¹⁰²⁸ A diferença decorre dos valores já gastos (*sunk costs*). Como vimos, o fundo perdido é desconsiderado para a tomada de decisão futura, de acordo com a abordagem clássica.

volume de gastos a fundo perdido dispendidos até o momento da audiência do art. 334 do CPC/2015.

O valor do novo acordo, em tese, transitará entre um mínimo de R\$20.375 e um máximo de R\$29.625. Supondo que as partes tenham idêntico poder de barganha, podemos prever um acordo no valor de R\$25mil, com divisão equitativa do *superávit* do acordo. O mesmo valor anterior, só que agora com um *superávit* de acordo bem menor.

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

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

Pelo volume de trabalho realizado pelos advogados até esse momento, considerando-se ainda que eles possivelmente já receberam algo a título de honorários contratuais (R\$1,5mil, no nosso exemplo), seria razoável imaginarmos que os advogados pudessem abrir mão desse novo valor, ou ao menos negociar um percentual baixo de honorários judiciais sobre o valor do acordo?

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

O art. 91 do CPC/2015 trata da divisão das despesas processuais nas várias modalidades de composição entre as partes, dispondo pela divisão equitativa no caso de transação, sem qualquer referência aos honorários judiciais. Ocorre que a transação, por definição, gera *sucumbência recíproca* para as partes, implicando a incidência da regra do art. 85, § 14, em relação à definição da verba honorária.¹⁰²⁹ De acordo com essa norma (que altera o regramento antigo nesse ponto¹⁰³⁰), os honorários judiciais não se compensam em caso de sucumbência

¹⁰²⁹ É bem verdade que o CPC/2015 silencia a respeito da fixação dos honorários em caso de da transação. Segundo SCARTEZZINI, o CPC/73 dispunha sobre o tema, impondo que honorários e despesas processuais fossem divididos igualmente. SCARTEZZINI, Jorge Tadeu Goffi Flaquer, **Honorários advocatícios na desistência da ação e na renúncia de direito**. in In *Honorário Advocatícios*, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Luiz Henrique Volpe Camargo (Coord) 2a. ed., Salvador, Ed. Podivm, 2016 p. 161. Mas a verdade é que o art. 26, § 2o do CPC/73 impunha a divisão por igual das despesas, silenciando a respeito dos honorários.

No entanto, a jurisprudência já era no sentido de que a transação judicial não prejudica o direito aos honorários do advogado: *Não fere o direito autônomo do advogado aos honorários de sucumbência o acordo celebrado entre as partes, após a réplica, sem que haja nenhum pronunciamento judicial fixando verba honorária*, REsp 1133638, 3a. Turma, DJe 20/08/2013, Min. Ricardo Villas Boas Cuevas.

¹⁰³⁰ CPC/1973, art. 21, e STJ, Súmula n. 306.

recíproca. Isso significa que cada parte pagará, ao advogado da outra, honorários fixados dentro dos limites legais aplicados ao *benefício econômico da causa*,¹⁰³¹ no caso, o valor do acordo.

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

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

Isso se materializa na ameaça de: (i) pedir ao juiz a inclusão desse valor; (ii) apelar em nome próprio ao tribunal pleiteando a fixação da verba mínima caso o juiz não concorde;¹⁰³² (iii) ajuizar ação autônoma de cobrança de honorários, em nome próprio, caso as partes destituam os advogados e nomeiem outros, e a sentença transite em julgado sem fixação da verba honorária.¹⁰³³

As partes, sabendo que essa ameaça é real e cientes de que o valor mínimo devido por lei aos advogados é de 10% sobre o valor acordado, vão preferir pagar esse valor, desde que ele possa ser acomodado no *superávit* gerado pelo acordo.¹⁰³⁴

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

¹⁰³¹ Art. 85, § 2º.

¹⁰³² WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa, **Da apelação para majoração dos honorários advocatícios**, in *In Honorário Advocatícios*, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Luiz Henrique Volpe Camargo (Coord) 2a. ed., Salvador, Ed. Podivm, 2016, P. 711-719.

¹⁰³³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos, **Honorários advocatícios no novo código de processo civil e o Superior Tribunal de Justiça**, in *In Honorário Advocatícios*, Marcus Vinicius Furtado Coelho e Luiz Henrique Volpe Camargo (Coord) 2a. ed., Salvador, Ed. Podivm, 2016, P. 236.

Ressalte-se aqui a superação do verbete n. 453 do STJ pelo regramento do art. 85, § 18, do CPC/2015.

¹⁰³⁴ Alguém ainda poderia argumentar que a *ameaça* não seria assim tão *crível* porque o advogado nada receberia ao final do processo, em caso de derrota. Por isso, melhor seria *garantir* alguma verba honorária agora, mesmo que inferior aos 10% devidos por lei. Esse é, sem dúvida, um incentivo que pode ajudar na negociação com os advogados. Lembramos que valor esperado pelo advogado é de, no mínimo, 10% sobre o valor total do pedido, ponderado por sua possibilidade de vitória. No exemplo dado, isso equivale no mínimo aos \$2,5 mil a que ele faria jus agora, descontados os custos administrativos futuros. Pode haver, é verdade, algum desconto, mas não muito, por tudo o que já foi dito. É preciso ressaltar ainda que o advogado pode ter outros ganhos (e outras perdas também) conforme o processo avança, e que, quanto mais longo for o processo, maior deve ser o percentual de honorários ao final. Tudo isso dito, uma coisa é absolutamente certa: se as partes não negociarem com os advogados antes de fechar o acordo, eles terão de pagar a eles no mínimo 10% cada sobre esse valor, por simples aplicação do regime jurídico vigente, implicando um acréscimo de 20% sobre o valor acordo a título de custos de transação.

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

É que a regra geral é a fixação da verba ao sucumbente na razão mínima de 10% sobre o valor da condenação ou do benefício econômico obtido ou do valor da causa. Ocorre que, na ausência de permissão para fixação abaixo de 10% e com a proibição de compensação, ambos os causídicos poderão pleitear pagamento de 10% do valor do acordo, a ser executado em face da parte contrária. No fim, isso gera um custo de transação de 20% sobre o valor do acordo, mesmo com a verba honorária fixada em apenas 10%.¹⁰³⁵

Imaginando o valor do acordo em R\$25mil, por lei os honorários serão fixados em, no mínimo, 10% desse valor, ou seja, R\$2,5mil para cada parte, acarretando um aumento no custo de transação do acordo de R\$5mil.

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

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

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

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

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

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

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

Outras razões para o fracasso dos acordos envolvem atualizações dos modelos clássicos pelas descobertas da economia comportamental, como, por exemplo: otimismo natural das

¹⁰³⁵ Poder-se-ia argumentar que, ainda que a verba honorária mínima tenha dobrado (de 10% para 20%), a feitura do acordo diminuiu proporcionalmente à base de cálculo sobre a qual a verba incidirá. É verdade. Todavia, seria muito razoável que o código permitisse a fixação de percentuais menores aqui (5% parece-nos razoável), principalmente em razão do pouco trabalho no processo, que ainda se encontra em fase inicial.

partes quanto às possibilidades de vitória; sentimento de injustiça com a decorrente vontade de punir o outro punindo a si mesmo com um processo desvantajoso; aversão ao risco do autor e procura do risco pelo réu; a importância *inversa dos sunk costs*.

Lembramos que o comportamento de buscar um acordo pode ser considerado *cooperativo*, seja por evitar, ou por ajudar a diminuir, o cenário de *tragédia da justiça*, seja porque provê o término do processo com uma *decisão de mérito justa, efetiva, e em tempo razoável*.¹⁰³⁶

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰³⁶ Com efeito, a transação homologada pelo juiz é uma decisão de mérito (art. 487, III, b, do CPC/2015). É justa, porque desejada por ambas as partes. É proferida em tempo razoável, porque evita a dilação do procedimento, principalmente quando conquistada na audiência preliminar. Por fim é efetiva porque é pouco provável que as partes descumpram algo com que tiveram a oportunidade de concordar.

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

6.6.2.1 Assimetria de informação

A assimetria de informação é classicamente considerada a principal causa de insucesso na tentativa de entabulamento de acordos.¹⁰³⁷

Antes de o processo iniciar-se, e mesmo durante sua tramitação, é muito provável que as múltiplas facetas da realidade tenham sido captadas pelas partes de modo diferente (incerteza interpretativa). Mais do que isso, é possível que algumas dessas lâminas da realidade tenham apresentando-se para apenas uma das partes, configurando-se como informação privativa, totalmente desconhecida da outra parte (assimetria de informação propriamente dita).

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

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

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

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

¹⁰³⁷ Shavel, *Foundations*, P. 405; BEBCHUK, Lucian Arye, **Litigation and Settlement Under Imperfect Information**, in *The RAND Journal of Economics*, Vol. 15, No. 3 (Autumn, 1984), pp. 404-415, principalmente P. 404 e 405; O primeiro artigo a respeito foi escrito por LANDES, William M. **An economic analysis of the courts**. In *Journal of Law and Economics*, 61-1971, P 61-107, principalmente P. 67 e 68.

valia para a diminuição da assimetria de informação já na fase postulatória, aumentando a possibilidade de acordo.

Coloquemos tudo isso em termos matemáticos, a partir do mesmo exemplo que vem sendo exaustivamente trabalhado: *ação de responsabilidade civil* em que se pleiteia indenização a danos materiais no valor de R\$50mil, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

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

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

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

Já o valor de reserva do réu era assim determinado:

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

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

Todavia, antes do início do processo, a assimetria de informação costuma ser grande, pois as partes ainda não conhecem os argumentos contrários. Vamos imaginar, então, que as chances de procedência sejam estimadas em 70% pelo autor ($Pa' = .70$) e em apenas 30% pelo réu ($Pr' = .30$).

Eis o novo valor de reserva do autor (Va'):

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

$$Va' = 35.000 - 5.950$$

$$Va' = \mathbf{29.050}$$

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

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

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

$$Vr' = 15.000 + 5.950$$

$$Vr' = \mathbf{20.950}$$

Como consequência direta da assimetria de informação, o autor passará a exigir R\$11,3mil a mais do que antes, enquanto o teto de acordo para o réu diminuirá em R\$11,3mil em relação à primeira hipótese.

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

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

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

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

Como já tivemos oportunidade de ressaltar, custos de litigância extremamente baixos diminuem o *superávit* do acordo.¹⁰³⁸ Com uma janela tão estreita, bastam sutis perturbações para que ela seja completamente fechada.

No nosso exemplo, mantidos os valores iniciais, bem como a expectativa de vitória do autor em 70%, o valor mínimo de expectativa do réu (em relação à procedência), necessário para manter aberta uma mínima possibilidade de acordo, seria de 37,17%.¹⁰³⁹

6.6.2.2 A condição de litigância em uma simples fórmula¹⁰⁴⁰

A fórmula abaixo nada mais é do que um rearranjo das equações até aqui apresentadas.¹⁰⁴¹ É a forma por nós escolhida para apresentar com clareza os impactos de todas as variáveis em jogo.

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

¹⁰³⁸ LANDES, William M, op. cit. P. 68.

¹⁰³⁹ Para tanto, $Vr' - Va'$ tem de ser maior ou igual a zero. Sendo $Vr \geq Va$, mantidos todos os valores e deixando apenas Pr' como variável, teríamos: $(Pr'. 50.000) + 4.000 + (6.500. Pr') \geq (1 - Pr'). 50.000 - 4.000 - (6.500. Pr')$; $(Pr'. 56.500) + 4.000 \geq 46.000 - 56.500. Pr'$; $(Pr'. 113.000) \geq 42.000$; $Pr' \geq 0,3717$.

¹⁰⁴⁰ Note-se que no item 2.1. estabelecemos a condição de litigância como sendo aquela necessária para que a ação fosse ajuizada: $Ev \geq Ct$, onde $Ev = Pa.Ua$ e $Ct = Ca + Cl.(1 - Pa)$, ou $Pa.Ua \geq Ca + Cl.(1 - Pa)$. A diferença para a fórmula agora apresentada é o fato de que agora considerados os custos totais do processo, para autor e réu, bem como a expectativa de vitória de ambos.

¹⁰⁴¹ A fórmula é apresentada por Shavell em **Foundations**, P. 405, nota de rodapé 405.

Assim¹⁰⁴²:

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

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

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

A fórmula em questão permite as seguintes inferências:

- i. *quanto maior a diferença de expectativas em relação à chance de vitória do autor, $(Pa - Pr)$, maior será o valor do lado esquerdo da equação e menor a chance de acordo (pela satisfação da condição de litigância);*¹⁰⁴³
- ii. *quanto maior o valor do pedido (U) , maior será o impacto da diferença de expectativas no valor do lado esquerdo da equação e menor a chance de acordo (pela satisfação da condição de litigância);*¹⁰⁴⁴
- iii. *quanto menores os custos esperados do processo, menor o número do lado direito da equação e menor a possibilidade de acordo (pela satisfação da condição de litigância);*¹⁰⁴⁵
- iv. *como parte dos custos do processo só incide no caso de sucumbência, os custos esperados do processo diminuem conforme a expectativa de derrota diminui.*¹⁰⁴⁶

Um comentário acerca da inferência (i) é necessário para refinar nossa análise e evitar conclusões equivocadas: a diferença de expectativas $(Pa - Pr)$ só é nociva quando existe

¹⁰⁴² " $Cta + Ctr$ " equivale aos custos totais do processo, sendo Cta os custos totais do autor e Ctr os custos totais do réu. Claro que mantemos em mente que cada um desses custos é formado pela soma dos custos administrativos (Ca) e dos custos de litigância (Cl), esses últimos também ponderados pela perspectiva de vitória/derrota, o que só agrava o problema.

¹⁰⁴³ Shavell, op. cit. p. 404-405.

¹⁰⁴⁴ Ibidem, p. 405

¹⁰⁴⁵ Ibidem, p. 406

¹⁰⁴⁶ Essa é uma adaptação da fórmula à realidade brasileira quanto às regras de distribuição dos custos do processo.

otimismo de ambos os lados, ou seja, quando o autor acredita que vá vencer (Pa alto) e o réu acredita que o autor vá perder (Pr baixo).

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

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

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

$$(0,4).50.000 > 11.900;$$

$$20.000 > 11.900.^{1047}$$

A inequação também deixa claro que, quanto maior o valor do pedido, menor a possibilidade de acordo na presença de diferenças de expectativas otimistas.¹⁰⁴⁸ Explica-se: no nosso pedido de R\$50mil, 10% de diferença de expectativas *consomem* de imediato R\$5mil do *superávit de acordo*. Os mesmos 10% sobre um pedido de R\$200mil consomem R\$20mil da mesma janela.¹⁰⁴⁹

No que se refere aos custos, é preciso ter em mente que o valor a ser economizado é o valor dos custos esperados do processo que ainda não incidiram no momento em que o acordo é realizado. Como vimos, os custos a *fundo perdido*, ou seja, aqueles já pagos, não importam mais, ao menos conforme a abordagem econômica clássica.¹⁰⁵⁰

É por isso que, no Brasil, o valor do lado direito da equação diminui muito quando o acordo é tentado na audiência preliminar de mediação ou conciliação. Como vimos, nesse momento, os *sunk costs* já são muitos, porque quase todas as custas e taxas judiciárias já foram pagas, além de parte dos valores devidos ao advogado a título de honorários contratuais. No limite, no Brasil, os custos futuros a serem economizados nesse momento podem ser próximos de zero.¹⁰⁵¹ O acordo será, realmente, muito difícil.

¹⁰⁴⁷ Note-se que a diferença entre 20.000 e 11.900 é de 8.100, precisamente o valor negativo de intervalo de acordo que encontramos na inequação anterior!

¹⁰⁴⁸ Shavel. **Foundations**, p. 405.

¹⁰⁴⁹ Claro que o valor a ser economizado com os custos do processo tende a ser maior para pedidos de valor maior. Todavia, como já tivemos oportunidade de demonstrar, os custos de litigância não sobem na mesma proporção do valor do pedido.

¹⁰⁵⁰ Em breve veremos como remediar esse problema.

¹⁰⁵¹ Restam apenas as possibilidades de custos decorrentes de produção de provas, principalmente de provas

6.6.2.3 As causas da assimetria de informação no processo brasileiro

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

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

6.6.2.3.1 Incerteza quanto aos fatos

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

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

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

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

Ficará claro ao longo desse trabalho que, nos chamados *jogos finitos*, o comportamento cooperativo depende de recompensas e punições claras, criadoras de incentivos específicos de cooperação.¹⁰⁵²

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

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

¹⁰⁵² POUNDSTONE, Willian. **Prisoner's dilemma**, New York, Anchor Book, 1992. P. 222-226; AXELROD Robert e HAMILTON William D. **The Evolution of Cooperation**, Science, New Series, Vol. 211, No. 4489 (Mar. 27, 1981), pp. 1390-1396

petição inicial, mas acabou revelada apenas mais à frente, por outros comportamentos no curso do processo.¹⁰⁵³

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

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

O texto basicamente repete o art. 282, VI, do CPC/1973. Ocorre que a jurisprudência construída a respeito,¹⁰⁵⁴ tendo por base o velho código, é nociva para fins cooperativos.¹⁰⁵⁵ Trata-se da admissão, *contra legem*, do chamado *protesto genérico de provas*, relegada sua especificação à fase de saneamento.

Sem adentrar as questões teóricas do regime jurídico da prova, nosso ponto é no sentido de que o *protesto genérico* retém informação, aumentando a assimetria e dificultando a autocomposição. Se réu souber que o autor tem testemunhas, ou que irá realizar uma determinada perícia, ele terá noção mais aproximada do que se passa no universo do autor quanto à sua possibilidade de vitória.¹⁰⁵⁶

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

Naquele documento exigia-se que as partes, ao requererem prova testemunhal, arrolassem as testemunhas já na petição inicial e na contestação.¹⁰⁵⁷ Essa simples imposição a um só tempo criava um compartilhamento de informações muito maior e funcionava como barreira à jurisprudência desenvolvida sobre o art. 282, VI, do CPC/1973.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵³ Quando fica claro, por exemplo, que o autor narrou fatos na inicial que sabia não serem verdadeiros. Isso pode surgir quando ele assume conduta contraditória ao narrar os mesmos fatos de forma diferente, ou mesmo ao negá-los, em manifestação escrita posterior. Pode decorrer ainda da atividade probatória do réu, que demonstra essa má-fé do autor. A interpretação atenta e rigorosa dos art. 77 e 80 do CPC/2015 será fundamental aqui. Desenvolveremos o tema nos capítulos 8 e 9.

¹⁰⁵⁴ *O requerimento de provas é dividido em duas fases, a primeira de protesto genérico por produção de provas feito na petição inicial e, posteriormente, o de especificação de provas*. STJ, AgInt no AREsp 909416 / GO, Terceira Turma, Min. Ricardo Vilas Boas Cuevas, DJe 24/02/2017.

¹⁰⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC -Lei 13.105 de 16-3-2015**, São Paulo, Saraiva, 2015. P.263

¹⁰⁵⁶ Na doutrina estadunidense há uma expressão que reflete bem a lógica por detrás dessa questão: *bad news are free*, ou seja, más notícias vêm facilmente (em tradução livre). Significa que, se seu adversário está propício a investir na elaboração de uma perícia para provar um fato determinado, por exemplo, significa que provavelmente ele sabe que o fato realmente aconteceu, e que isso o favorecerá. Sobre o tema, COOTER e ULEN, op. cit., p. 391-395

¹⁰⁵⁷ Era o projeto de Lei 166 do Senado Federal, que assim dispunha: “Art. 306. Na petição inicial e na contestação, as partes apresentarão o rol de testemunhas cuja oitiva pretendam, devidamente qualificadas, em número não superior a cinco.” <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>

¹⁰⁵⁸ O mesmo deveria ter sido exigido para a perícia e seus quesitos, ressalvada a possibilidade de apresentação de quesitos suplementares.

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

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

O ambiente *físico* criado pelo código parece-nos adequado, ainda que seja físico.¹⁰⁵⁹ O problema é que as partes encontrar-se-ão em posições bastante desiguais do ponto de vista do acesso à informação.

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

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

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

Na penumbra criada pelo código, estrutura-se o que chamamos de *jogo dinâmico de informação incompleta*,¹⁰⁶⁰ ou *jogo de sinalização (signaling game)*.¹⁰⁶¹ Em seu modelo mais simples, esse jogo implica uma tomada de decisão entre duas pessoas, na qual uma delas detém a informação *completa* (réu) e a outra não (autor).

¹⁰⁵⁹ O código poderia ter privilegiado a composição eletrônica, que claramente diminui os custos de transação da realização da audiência. Já são abundantes no mercado os aplicativos de celular de mediação eletrônica, em que partes e mediador podem atuar de forma simples, direta e barata na busca da solução do conflito, poupando-se inclusive os altos gastos que os tribunais terão com a *contratação* de mediadores e com a construção e aparelhamento dos *centros de solução consensual de conflitos* previstos em separado das unidades judiciais onde tramitam os processos (art. 165 do CPC/2015). Claro que, em alguns casos, a realização de audiência presencial pode ser importante, mas não deveria nunca ser a regra. Voltaremos ao tema no capítulo sobre tecnologia.

¹⁰⁶⁰ BAIRD, Douglas G. GERTNER, Robert H. PICKER, Randal C. **Game theory and the law**, USA, Harvard University Press, 1994, Paperback edition, 1998. P. 248.

¹⁰⁶¹ DUTTA, **Strategy and games**, p. 383.

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

Pior ainda, o jogador que detém a informação (réu) sabe que seus atos transmitem informação para a outra parte, e pode usar isso estrategicamente. A outra parte também sabe dessa possibilidade de movimentos estratégicos, e assim por diante.¹⁰⁶²

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁶² DUTTA, *Strategy and games*. P. 383-384.

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

Para criar um modelo econômico para as interações comportamentais na audiência de mediação ou conciliação do art. 334 do CPC/2015, tomamos por ponto de partida nosso exemplo de sempre, com as informações básicas sobre os custos do processo: demanda indenizatória, fundada na responsabilidade civil do réu, com pedido condenatório de R\$50mil.

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

Como o réu ainda não apresentou contestação, o autor sabe muito pouco sobre sua estratégia de defesa. Não sabe, por exemplo, se é uma estratégia forte ou fraca. Suponhamos que haja dois tipos de réus, os *cuidadosos* e os *não cuidadosos*. O réu que é um motorista cuidadoso tem, obviamente, argumentos defensivos mais fortes, enquanto que o réu do tipo *motorista descuidado* possui defesa mais frágil. Consideremos que, contra réus cuidadosos, a possibilidade de vitória do autor seja de 20%, subindo para 80% se o réu for do tipo descuidado.¹⁰⁶³

Assumamos que, se a contestação fosse apresentada antes da audiência, o autor saberia exatamente qual o tipo de réu e, conseqüentemente, qual sua chance de vitória.¹⁰⁶⁴ Por fim, consideremos que, estatisticamente, 50% dos réus sejam do tipo *cuidadoso*, e 50% sejam do tipo *não cuidadoso*. Em outras palavras, nesse tipo de acidente, em 50% dos casos o causador realmente comporta-se de forma culposa.

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

¹⁰⁶³ Essa é uma assunção bastante razoável. Por *réu cuidadoso* identificamos aquele que tomou os cuidados razoáveis, sendo o contrário o *não cuidadoso*. Os 20% de chances de vitória ou derrota decorrem do sucesso ou fracasso na demonstração dos fatos e da argumentação apresentada.

¹⁰⁶⁴ Obviamente, sabemos que nem sempre a apresentação da contestação tem esse efeito. Existe uma diferença entre informação verificável e informação não verificável (opinião). Se, por exemplo, a alegação de conduta culposa do réu está, por exemplo, na falta de manutenção do veículo conforme recomendado oficialmente pela montadora, a contestação, com alegação de realização de todas as revisões obrigatórias, acompanhada dos respectivos documentos comprobatórios emitidos pela oficina autorizada, traz uma *informação verificável*. Por outro lado, se a alegação de culpa consiste na afirmação de que o réu mudou seu veículo de faixa de modo imprudente, a alegação contrária, ainda que sustentada por prova testemunhal do carona do réu, está mais para *opinião*, podendo ou não, a depender das circunstâncias, ser uma informação verificável. Por fim, em uma ação de repetição de indébito fundada no não enquadramento de determinada atividade econômica no fato gerador do tributo, a contestação que afirma o contrário compartilha apenas uma informação essencialmente opinativa, ainda que a qualidade dos argumentos utilizados possa, de alguma forma, influenciar nas expectativas de vitória do autor. Em resumo, podemos afirmar que: (i) o oferecimento de contestação sempre compartilha informação; (ii) a informação compartilhada pode ser mais ou menos verificável; (iii) caso não seja verificável, será apenas opinativa (iv); quanto maior a possibilidade de comprovação da afirmação, a maior o seu grau de impacto nas expectativas de vitória do autor. BAIRD, Douglas G et. al. *Game theory and the Law* P. 247 e 261

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

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

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

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

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

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

$$Va' = 3.800^{1065}$$

$$Vr' = 13.050^{1066}$$

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

$$Va'' = 36.950^{1067}$$

$$Vr'' = 46.200^{1068}$$

¹⁰⁶⁵ $Va' = (Pa.Ua) - \{Ca' + Cl'(1 - Pa)\}$
 $Va' = (0,2.50.000) - \{4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250)(1 - 0,2)\}$
 $Va' = (10.000) - (2.000 + 4.200)$
 $Va' = 10.000 - 6.200$
 $Va' = 3.800$

¹⁰⁶⁶ $Vr' = Pr.Ua + Ca' + Cl'.Pr$
 $Vr' = (0,2.50.000) + 4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250).0,2$
 $Vr' = 10.000 + 2.000 + 1.050$
 $Vr' = 13.050$

¹⁰⁶⁷ $Va'' = (Pa.Ua) - \{Ca' + Cl'(1 - Pa)\}$
 $Va'' = (0,8.50.000) - \{4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250)(1 - 0,8)\}$
 $Va'' = (40.000) - (2.000 + 1.050)$
 $Va'' = 40.000 - 3.050$
 $Va'' = 36.950$

¹⁰⁶⁸ $Vr'' = Pr.Ua + Ca' + Cl'.Pr$

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

Como no nosso exemplo o autor não sabe qual a *tipologia* do réu, seu valor de referência será a ponderação dos dois casos, cuja incidência média assumimos ser de 50%. Assim, o *valor de referência* do autor desinformado (Va^*) será R\$20.375.¹⁰⁶⁹

Para manter a simplicidade do exemplo, o réu fará uma única oferta. Caso o autor recuse, haverá processo. Apesar disso, vamos considerar que as partes têm o mesmo *poder de barganha*, de modo que as ofertas serão sempre feitas de forma a *dividir* por igual o *superávit de acordo*.¹⁰⁷⁰

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

O conceito a ser utilizado para resolver esse jogo é o de *equilíbrio bayesiano perfeito*.¹⁰⁷¹ Equilíbrio bayesiano de Nash é o nome dado à situação de equilíbrio em um jogo de informação incompleta. O método para encontrar esse equilíbrio foi desenvolvido nos anos 1960 por John Harsanyi.

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

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

Imagine-se que os dois tipos de réu façam diferentes ofertas: o réu *tipo 1* oferece R\$8.425 e o *tipo 2* oferece R\$41.575.¹⁰⁷² Nesse caso, se o autor aceitasse ambas as ofertas, esse

$$Vr'' = (0,8.50.000) + 4.000 - 2.000 + (6.500 - 1.250).0,8$$

$$Vr'' = 40.000 + 2.000 + 4.200$$

$$Vr'' = 46.200$$

$$^{1069} \frac{Va' + Va''}{2} = \frac{3.800 + 36.950}{2} = 20.375$$

¹⁰⁷⁰ Dizemos *apesar disso* porque via de regra, quando a negociação do acordo resume-se a uma única oferta, a tendência é que o poder de barganha de quem faz a oferta seja maior, acarretando uma divisão desigual do superávit de acordo em favor dessa pessoa. Aqui, para manter a simplicidade, assumimos idêntico poder de barganha. Sobre acordos com oferta única, do tipo *pegar ou largar*, Shavell, **Foundations**, op. cit. P. 410. Sobre modelos que explicitamente agregam diversas rodadas de negociação, SPIER, Kathryn E. **Litigation**, P. 268-277, in *Handbook of Law and Economics, Vol I*, Mitchell Polinsky and Steven Shavell (editores), 2007, Elsevier, p. 262-336. Ainda sobre o tema, BEBCHUK, Lucian Arye. **Litigation and Settlement Under Imperfect Information**, The RAND Journal of Economics, Vol. 15, No. 3 (Autumn, 1984), pp. 404-415, principalmente p. 408/409.

Apesar de sofisticados, esses modelos não serão por nós utilizados, Preferimos manter modelos simples e elucidativos em nossa tese, principalmente por que as causas de fracasso na consecução de acordos no Brasil parem claras, sendo altíssimas as taxas de litigância. Nos EUA, onde as taxas de acordo são bastante altas, justifica-se o emprego de modelos mais sofisticados para buscar as causas dos raros casos em que não há acordo, bem como para tentar prever o montante do acordo. Além disso, parte da doutrina sobre o tema desconfia da utilidade desses modelos mais complexos, mesmo nos EUA. É o caso de SHAVELL, Steven, **Foundations**, P. 410.

¹⁰⁷¹ DUTTA, P. 314.

¹⁰⁷² São os valores de referência do autor para cada um dos casos, acrescidos da divisão equânime do *superávit de*

resultado não seria um *equilíbrio de Nash*,¹⁰⁷³ porque o réu *tipo 2* teria incentivo para diminuir a sua oferta.

Explicamos: como dissemos, *o valor ofertado pelo réu transfere informação para o autor (signal)*, influenciando na sua opinião a respeito do *tipo* de réu contra quem ele está litigando. Se afirmarmos que o autor aceitaria as duas ofertas, então ele estaria considerando que *o valor da oferta indica o tipo de réu*, ou seja, se a oferta for de R\$8.425 (baixa), ele considera estar litigando contra o réu *tipo 1* (motorista cuidadoso), hipótese em que seu valor de reserva é de R\$3.800. Se a oferta for de R\$41.575 (alta), ele *entende* estar litigando contra um réu *tipo 2* (motorista descuidado), tomando por referência um valor de reserva de R\$36.950.

Só que se o réu antecipar que esse será o comportamento do autor, o réu *tipo 2* (descuidado) estaria melhor ofertando apenas R\$8.425 (blefe), porque com isso ele faria o autor *acreditar* ser ele um réu *tipo 1*, e fecharia o acordo por um valor menor. Assim, como no nosso exemplo o réu *tipo 2* teria incentivo para oferecer um valor menor, o comportamento imaginado (cada réu faz um tipo de oferta de acordo com sua culpabilidade e o autor aceita ambas) não configura um *equilíbrio de Nash*,¹⁰⁷⁴ já que ele, réu *tipo 2*, teria incentivos para fazer uma oferta menor, blefando como se fosse um réu *tipo 1*.

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

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

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

acordo. Quando litiga contra um réu do tipo cuidadoso, a chance de procedência é de apenas 20%, logo o valor de referência é de R\$3.800. Quando litiga contra o réu não cuidadoso, as chances de sucesso sobem para 80% e o valor de referência passa para R\$36.959. Esses valores, acrescidos do superávit de acordo dividido equanimente (R\$4.625), resultam nos valores de *oferta baixa* (R\$8.425) e de *oferta alta* (R\$41.584).

¹⁰⁷³ Conforme vimos no capítulo 5, eis a definição de *equilíbrio de Nash*: Um conjunto de estratégias (uma para cada jogador) está em equilíbrio de Nash se sua implementação confirma as expectativas que cada jogador tinha a respeito da escolha do outro. As estratégias em equilíbrio são as únicas estratégias racionais possíveis que confirmam as expectativas anteriores [...]. Por isso, elas requerem que as crenças dos jogadores estejam alinhadas de modo consistente. P. 53. HARGREAVES HEAP, Shaun P. e VAROUFAKIS, Yanins, *Game Theory, A critical introduction*, 1995, Routledge, New York. P. 51

¹⁰⁷⁴ Para que haja um equilíbrio, nenhuma das partes pode ter incentivo para mudar seu comportamento em busca de uma situação melhor.

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

Para o autor, dado que haverá acordo de R\$41.575 em 50% dos casos, o valor esperado dessa sua estratégia de sempre recusar ofertas baixas é de R\$20.787,50,¹⁰⁷⁵ muito superior aos R\$8.425 da primeira estratégia e superior até ao *valor de reserva médio* (Vr^*) de R\$20.375 que ele tinha antes de *iniciar o jogo*.¹⁰⁷⁶

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

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

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

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

As linhas ligando os pares de ramos finais de cada tipo de oferta para cada tipo de réu têm uma função crucial nesse diagrama: são elas que *representam* o fato de que o autor, ao aceitar ou rejeitar a oferta, não sabe o tipo de réu que fez a oferta, se o cauteloso ou se o não cauteloso.¹⁰⁷⁷ Claro que, como dissemos, o tipo de oferta feita transmite um *signal* para o autor e influenciará na sua decisão estratégica final.

Na ponta de cada um dos oito ramos finais estão as recompensas (*payoffs*) das partes para cada par de decisão tomada.¹⁰⁷⁸ O primeiro número abaixo de cada ramo final corresponde à recompensa do réu. O número seguinte indica a recompensa do autor.

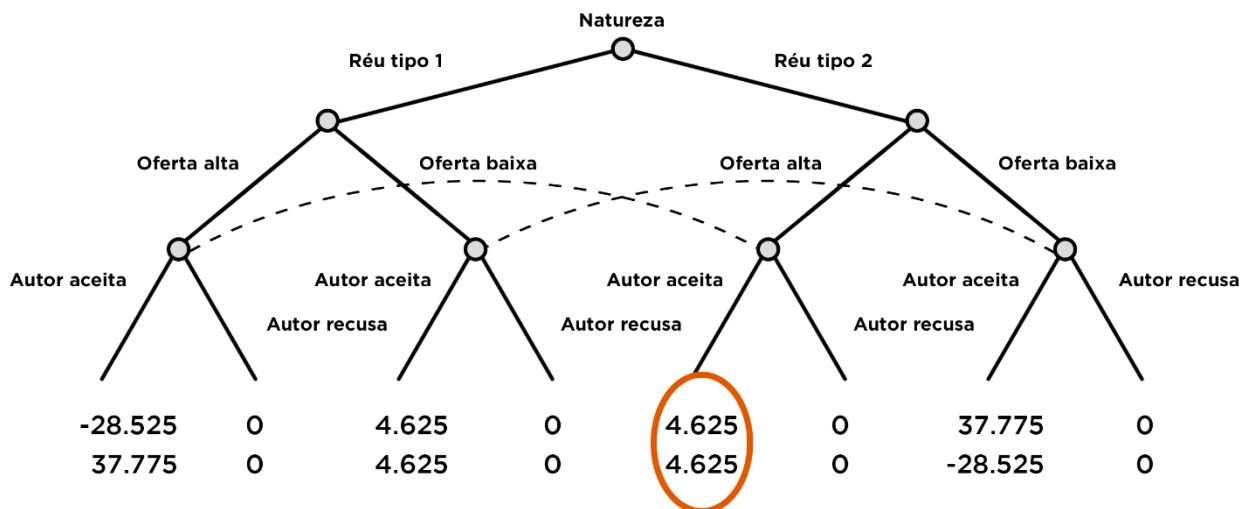
¹⁰⁷⁵ $\frac{41.575}{2} = 20.787,5$

¹⁰⁷⁶ A análise na qual cada tipo de réu faz uma oferta diferente é chamada de *separating equilibrium*, e engloba a solução que encontramos para o jogo. As estratégias nas quais ambos os tipos de réu oferecem os mesmos valores denominam-se *pooling*, e, como vimos, não configuram um equilíbrio no nosso exemplo. *Game theory and the law*. op. cit. P. 248-250.

¹⁰⁷⁷ DUTTA, op. cit. p. 385.

¹⁰⁷⁸ Oferta alta que o autor aceita; oferta alta que o autor recusa; oferta baixa que o autor aceita; oferta baixa que o autor recusa. Tudo replicado para os dois tipos de réus.

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



Cabe uma explicação para o valor das recompensas:

- i. Os valores de R\$4.625 representam a divisão equânime do superávit de acordo, em algumas hipóteses em que as ofertas são aceitas. Isso só ocorre nos casos em que o réu cuidadoso (tipo 1) faz uma oferta baixa e o réu não cuidadoso (tipo 2) faz uma oferta alta.
- ii. Os valores de -R\$28.525 representam o prejuízo do réu que, sendo cuidadoso, faz uma oferta alta aceita pelo autor,¹⁰⁷⁹ bem como o prejuízo do autor que aceita uma oferta baixa feita pelo réu não cuidadoso.¹⁰⁸⁰
- iii. Os valores de R\$37.775 contabilizam a vantagem gerada para a parte contrária em razão dos prejuízos do item anterior.¹⁰⁸¹ Por exemplo, quando o autor aceita uma oferta baixa do réu não cuidadoso, ele sofre um prejuízo de R\$28.525 e o réu auferiu um lucro de R\$37.775.
- iv. Os valores de R\$0,00 indicam todos os casos em que o autor não aceitou a oferta do réu, ou seja, os casos em que não houve acordo.

¹⁰⁷⁹ No primeiro caso, valor de referência do réu menos valor do acordo, ou seja: $13.050 - 41.575 = -28.525$.

¹⁰⁸⁰ No segundo caso, a diferença do valor de referência do autor e o valor do acordo, ou seja: $36.950 - 8.425 = 28.525$. Colocamos o valor como negativo porque essa diferença representa um prejuízo para o autor.

¹⁰⁸¹ Quando o réu cuidadoso faz uma oferta alta, o autor que esperava receber apenas \$3.800 acaba recebendo \$41.575, ou seja, uma diferença de \$37.775. O mesmo ocorre com o réu não cuidadoso que faz uma oferta baixa aceita pelo autor. Seu valor de referência era \$46.200, mas o acordo foi fechado por \$8.425, uma diferença de \$37.775.

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

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

- i. *O autor não sabe se a oferta (baixa ou alta) está sendo feita por um réu tipo 1 ou tipo 2. Assim, suas estratégias resumem-se a aceitar ou rejeitar uma oferta alta ou uma oferta baixa: verdadeiro. Por isso seus nós decisórios estão ligados por pares.*
- ii. *O autor sempre aceita ofertas altas: verdadeiro, pois as recompensas seriam sempre positivas ($\frac{37.775+4.625}{2} = 21.200$).*
- iii. *O autor sempre aceita ofertas baixas: falso. Nesse caso sua recompensa seria negativa ($\frac{4.625-28.575}{2} = -11.975$).*
- iv. *O réu conhece seu próprio tipo, portanto pode optar por sempre oferecer valores altos; sempre oferecer valores baixos; oferecer valores altos quando for tipo 1 e baixos quando for tipo 2; oferecer valores baixos quando for tipo 2 e altos quando for tipo 1. Possui, portanto, quatro estratégias. Verdadeiro.*
- v. *O réu sempre faz ofertas altas: falso. Sua recompensa seria negativa ($\frac{4.625-28.575}{2} = -11.975$).*
- vi. *o réu tipo 1 fará oferta alta e o réu tipo 2 fará oferta baixa: falso. Nesse caso a recompensa seria negativa ($\frac{-28.525+0}{2} = -14.262,5$).*
- vii. *O réu tipo 1 fará oferta baixa e o réu tipo 2 fará oferta alta: verdadeiro. Nesse caso sua recompensa seria positiva: $\frac{0+4.625}{2} = 2.312,5$.*
- viii. *O réu sempre fará ofertas baixas: falso. Nesse caso, suas ofertas seriam sempre rejeitadas. Como sua recompensa seria zero, ele buscará uma estratégia melhor; no caso, a da premissa anterior (vii).*

Dadas as hipóteses qualificadas como verdadeiras, podemos concluir que:

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

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

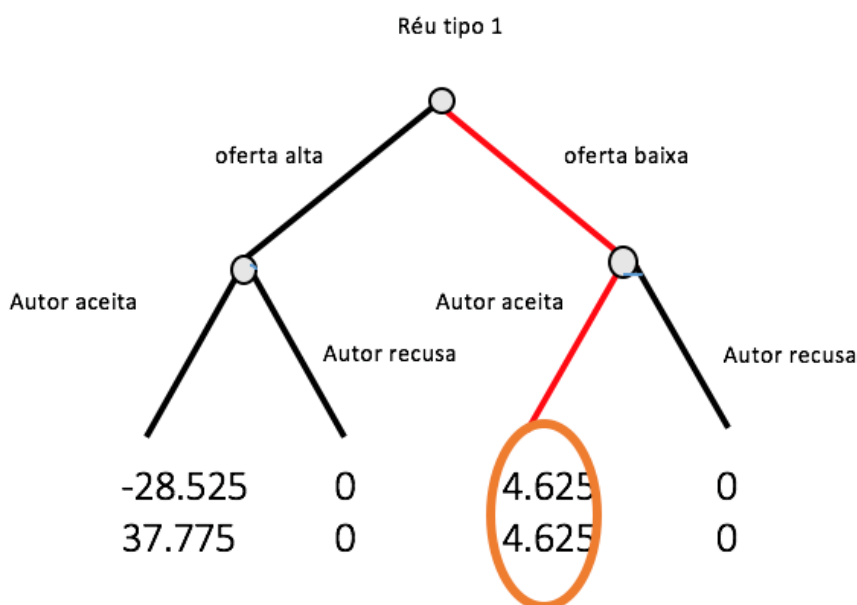
Comprova-se, assim, que a opção do CPC/2015 pela realização da audiência de mediação ou conciliação sem a apresentação de contestação reduz a possibilidade de acordo.

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

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

Montaremos assim duas árvores decisórias: uma para o caso do réu cauteloso (*tipo 1*) e outra para o caso do réu não cauteloso (*tipo 2*). Nas duas hipóteses, como o autor sabe o tipo de réu, e como o réu *sabe que ele sabe*, o jogo pode ser facilmente resolvido por *backwards induction*.¹⁰⁸²

Figura 31 - Jogo tipo 1: réu motorista cauteloso



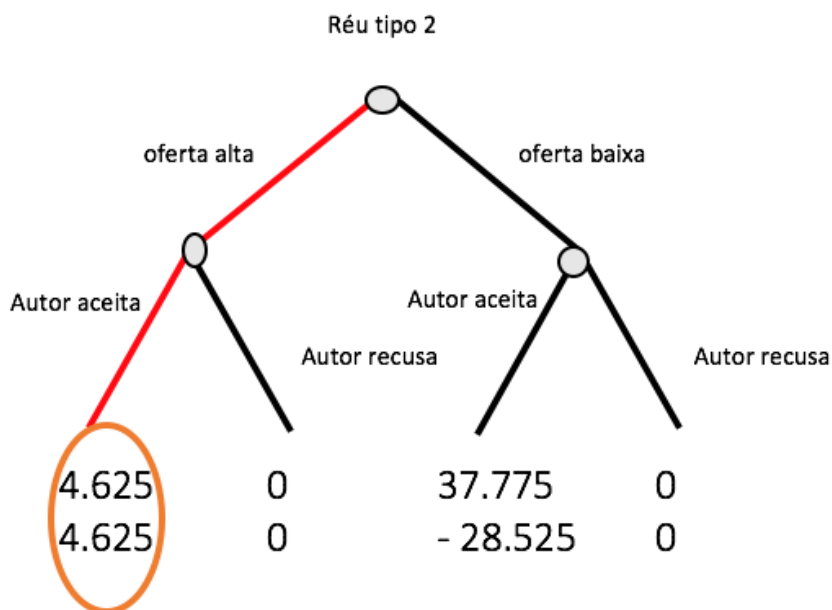
¹⁰⁸² Sobre *backward induction*, tratamos quando do estudo das *árvores decisórias* no início deste capítulo, seção 6.4.

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

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

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

Figura 32 - Jogo tipo 2: réu motorista não cauteloso



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

Nash. Essa solução, como vimos, é alcançada mesmo quando o autor não sabe o tipo de réu contra o qual litiga.

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

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

O ponto foi brilhantemente provado por Akerlof no seu estudo sobre o mercado de carros usados (“*lemons market*”). Nesse trabalho seminal, o autor demonstra que o fato de o comprador do carro usado não saber se a qualidade do carro oferecido é alta ou baixa inviabiliza a transação. Isso explica a intensa desvalorização dos veículos usados, ainda que em bom estado, bem como as tentativas de *sinalização crível* da qualidade do veículo, por exemplo, através da oferta de garantia pelo vendedor.¹⁰⁸³

6.6.2.3.2 Incerteza quanto ao direito

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

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

A incerteza quanto aos fatos brota de ambas as fontes,¹⁰⁸⁴ enquanto que a incerteza quanto ao direito nasce principalmente da primeira. Portanto, são as divergências interpretativas da informação comum (*fontes do direito*) que prioritariamente nos interessam nesta seção.

¹⁰⁸³ A ideia básica é que, ao comprar um veículo usado, o comprador não sabe sua qualidade. Veículos de baixa qualidade, todavia, não interessam ao comprador. De outro lado, o vendedor detém essa informação. Para o vendedor, veículos de alta qualidade valem um preço “p” e veículos de baixa qualidade valem um preço “q”, sendo que $p > q$. O problema é que o comprador, como não sabe o tipo de carro oferecido, mas sabe que parte dos veículos do mercado são de baixa qualidade (*lemons*), faz uma oferta pelo preço médio, inferior ao valor de um carro de boa qualidade. Sabendo disso, os vendedores param de oferecer carros de qualidade e passam a oferecer apenas *lemons*. Os compradores rapidamente percebem isso e param de comprar carros usados. O mercado entra em colapso, exatamente por conta da assimetria de informação. **The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism**, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3 (Aug., 1970), pp. 488-500, principalmente p. 489 a 492.

¹⁰⁸⁴ Mas a economia clássica conecta-a mais à segunda. No entanto, a psicologia descortina a limitação da racionalidade humana, bem como diversos vieses que implicam fortes divergências interpretativas em relação à informação comum. Veremos o tema no item de *atualização comportamental* das análises promovidas neste capítulo.

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

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

Explicamos. O reconhecimento da adoção de um sistema de precedentes vinculantes é bastante recente no Brasil, mas já é amplamente majoritário na doutrina, ainda que haja estridentes vozes em sentido contrário.¹⁰⁸⁵

Com o advento do CPC/2015, que confere a esse sistema um regime jurídico bastante sofisticado, a organização e o acesso estruturado às informações decorrentes dos precedentes tornou-se um tema de administração da justiça, e vem sendo prioridade nas gestões recentes do CNJ e dos tribunais de modo geral.¹⁰⁸⁶ O acesso à rede mundial de computadores e o avanço das tecnologias de busca auxiliarão muito na diminuição da assimetria informacional.¹⁰⁸⁷

Por fim, reconhecidos como fonte do direito, os precedentes serão no Brasil tão conhecidos quanto as leis.¹⁰⁸⁸ É provável que o ensino do direito mude nas faculdades,

¹⁰⁸⁵ Ver nota n. 1.145.

¹⁰⁸⁶ Em verdade, o art. 927, p. 5o. do CPC/2015 *obriga* os tribunais a *organizar seus precedentes por questão jurídica decidida, divulgando-os, preferencialmente, na rede mundial de computadores*. Nos endereços eletrônicos do STJ e do STF, periodicamente somos surpreendidos com valorosos esforços nesse sentido. A classificação de decisões proferidas em recursos especiais repetitivos em *temas numerados*, a *pesquisa pronta*, e a *jurisprudência de teses*, são bons exemplos encontrados no *site* do STJ (www.stj.jus.br, acesso em 11/05/2017). A *classificação temática da repercussão geral*, o livro eletrônico *Súmulas Vinculantes: aplicação e interpretação pelo STF*, a base organizada de *teses jurídicas*, são alguns dos esforços do STF nesse sentido (www.stf.jus.br, acesso em 11/05/2017).

O art. 979 do CPC/2015 estrutura a forma de divulgação da instauração de Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) por todas as cortes brasileiras, impondo publicidade e divulgação por meio de registro eletrônico no Conselho Nacional de Justiça, incluídos no registro de cada tese jurídica os fundamentos da decisão e os dispositivos normativos a ela relacionados. (§ 2º).

Sobre o tema o CNJ editou a resolução 235/2016 que dispõe sobre a organização de procedimentos administrativos decorrentes dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência. O normativo prevê também a criação de um banco nacional de dados que permita ampla consulta às informações de repercussão geral, dos casos repetitivos e dos incidentes de assunção de competência. Segundo o próprio CNJ, *com a criação do banco, a ideia é otimizar o sistema de julgamento de demandas repetitivas e a formação concentrada de precedentes obrigatórios prevista no novo Código de Processo Civil*. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82860-aprovada-resolucao-sobre-procedimentos-administrativos-em-casos-repetitivos>. Acesso em 11/05/2017.

¹⁰⁸⁷ Como veremos no capítulo 11, a chamada organização de informações desestruturadas tem tudo para revolucionar a argumentação por precedentes, reforçando, na prática, essa fonte do direito. Veja, especificamente, o caso da *Ravellaw*, na seção 11.4.

¹⁰⁸⁸ Em certos casos talvez mais, dada a saliência dos novos precedentes e o dinamismo de sua conformação para resolver casos concretos

conferindo maior importância ao estudo dos precedentes e acostumando os futuros juristas ao artesanato que lhes caracteriza a aplicação.¹⁰⁸⁹

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

Uma *norma*, qualquer que seja ela, sempre conterà uma *informação a ser transmitida para alguém*, destinada a influenciar o comportamento desse *alguém*. As peculiaridades de quem informa, as nuances dos meios de transmissão escolhidos, as circunstâncias dos destinatários e o conteúdo da norma em si são aspectos fundamentais que vão influenciar seu *impacto* no comportamento do destinatário.¹⁰⁹⁰

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

Qual tipo de texto adotar? Simples ou complexo? Essa escolha depende do tipo de área a ser regulada?¹⁰⁹¹ Quais os efeitos sociais da obediência ou da desobediência da norma por determinados atores sociais? Quais as consequências que esses atores experimentam pelo seu comportamento? Como a sociedade percebe essas consequências?¹⁰⁹² Qual o papel da vergonha, do estigma, dos preconceitos e dos grupos sociais na interpretação e no cumprimento das normas?¹⁰⁹³

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

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

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

¹⁰⁸⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**, p. 155.

¹⁰⁹⁰ Estudo seminal sobre o impacto da norma no comportamento humano foi recentemente produzido por FRIEDMAN, Lawrence M. **Impact. How Law Affects Behavior**, Harvard University Press, Cambridge (MA), London (UK), 2016.

¹⁰⁹¹ *Ibidem*, p. 26-34

¹⁰⁹² *Ibidem*, p. 43.

¹⁰⁹³ *Ibidem*, p. 153-217.

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

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

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

Mas, e se não houver um sistema estável de precedentes obrigatórios? Aí haverá grande incerteza, com potencial para geração de maiores refrações de crença das partes quanto ao direito em si, ao menos no que se refere a casos idênticos ou muito semelhantes¹⁰⁹⁴, o que pode dificultar a realização de acordos.¹⁰⁹⁵

6.6.2.3.2.1 Análise econômica do precedente

Esta seção destina-se a *demonstrar com argumentos econômicos* a necessidade de um sistema estável de precedentes vinculantes como forma de facilitação da realização de acordos em ações efetivamente ajuizadas, ao menos nos casos em que as questões em debate sejam predominantemente de direito.

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

¹⁰⁹⁴ Muito comuns, por exemplo, no direito tributário e no direito previdenciário. Veja-se o caso da desaposeitação, inicialmente admitida pelo STJ (STJ. 1ª Seção. REsp 1334488/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 08/05/2013) para ser ao final proibida pelo STF (STF. Plenário. RE 381367/RS, RE 661256/SC e RE 827833/SC, red. p/ o ac. Min. Dias Toffoli, julgados em 26 e 27/10/2016 - repercussão geral), gerando um sem-número de ações judiciais que não deveriam existir. O mesmo ocorreu no passado com os planos econômicos e, de tempos em tempo, ocorre com questões tributárias, como por exemplo, a definição da base de cálculo da PIS/COFINS (com ou sem ICMS) e a legitimidade ativa do contribuinte de fato para pleitear repetição de indébito do tributo indireto. Apesar de fugir do escopo desse trabalho, o atualíssimo debate a respeito da possibilidade de execução da sentença penal logo após a condenação em segunda instância como regra exemplifica bem o desastre da jurisprudência conflitante, muitas vezes instabilizada por decisões individuais de membros da própria Corte Superior.

¹⁰⁹⁵ Uma abordagem clássica diria que a incerteza pode dificultar ou facilitar os acordos. A incerteza contaria como um *custo* do processo, e custos altos em tese favorecem acordos. O problema da incerteza é que, na vida real, ela é agregada ao *viés otimista*, típico da racionalidade humana. Assim, na presença da incerteza, o mais provável é que haja espaço para o crescimento do otimismo de ambas as partes, dificultando ou inviabilizando os acordos. Votaremos ao tema na seção 6.7.1. Nesse sentido, BAR-GILL, Oren, *The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation*, in The Journal of Law, Economics & Organizations, Vol 22, n. 2.

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

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

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

Todas as considerações envolvendo o *valor social* do precedente dependem de uma premissa bem estabelecida nos dias atuais do direito brasileiro: *a norma não se confunde com o texto legal*. O texto é um meio de comunicação da norma — a norma, que será aplicada para regular os fatos jurídicos, é extraída daqueles limites semânticos.¹⁰⁹⁶

O valor social do precedente, assim, divide-se em dois. Em primeiro lugar, ele muitas vezes identifica a norma, através de uma determinada interpretação, reduzindo as assimetrias informacionais, como vimos acima. De outro lado, ao menos em *ambientes decisoriais não*

¹⁰⁹⁶ ZANETI Jr, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes 2015**, Podivm, Salvador, p. 140-141.

Existe uma quantidade imensa de textos de doutrina afirmando o caráter dinâmico do direito, inclusive no *civil law*. Em resumo, podemos dizer que a complexidade atual das relações sociais é incompatível com o modelo positivista *fechado*, clamando por textos mais fluidos, repletos de conceitos abertos e com maiores possibilidades interpretativas. A força normativa dos princípios de direito (porosos por natureza) e a atual convergência entre *common law* e *civil law* também são temas amplamente reconhecidos na doutrina.

Dos muitos textos a respeito, podemos destacar: ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: *civil law* e *common law*. In: Revista de Processo no 172. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Jun/2009; MARINONI, Luiz Guilherme. **Aproximação crítica entre as jurisdições de ‘civil law’ e ‘common law’ e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil**. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **As tradições jurídicas de civil law e de common law**. In: FREIRE, Alexandre et. al. **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do novo código de processo civil**. Salvador: JusPodivm, 2013; MEDINA José Gabriel Garcia, FREIRE, Alexandre e FREIRE Alonso Reis; MACEDO, Lucas Buriel de, **Precedentes judiciais e o direito processual civil**, Podivm, 2a. Ed. Salvador, 2017, P. 131-156; NEVES, Marcelo. **Entre Hídra e Hercules, princípios gerais e regras constitucionais**. São Paulo, Ed. Martins Fontes, 2013 P. 6-11; ÁVILA, Humberto, Teoria dos princípios, 13 ed. São Paulo. ed. Malheiros, 2012; CRAMER, Ronaldo, **Precedentes Judiciais, teoria e dinâmica**, Forense, 2016, São Paulo, P. 51-59.

rígidos (como, por exemplo, no direito de família),¹⁰⁹⁷ ele atualiza a norma, conformando-a com mudanças culturais e sociais que ocorrem ao longo do tempo.¹⁰⁹⁸

Nessa linha, os precedentes *podem ser considerados um estoque de bens de capital que produz conhecimento e confere informação para potenciais litigantes em determinada área do direito.*¹⁰⁹⁹ *Essa informação é capaz de esclarecê-los quanto aos seus direitos e obrigações presentes e futuros, tratando de modo similar aqueles que se encontram em situação similar.*¹¹⁰⁰

Os *custos* de formação desse tipo de precedente são inferiores aos *custos* decorrentes da instabilidade jurídica criada pela sua ausência.¹¹⁰¹

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

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

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

O mesmo pode ocorrer com os precedentes. Como fonte do direito e forma de refinamento da norma, eles também *depreciam* no tempo e demandam atualização. A

¹⁰⁹⁷ ALVIM, Teresa Arruda. **Precedentes e evolução do direito.** In Direito Jurisprudencial, ALVIM, Teresa Arruda (coord.). São Paulo, 2012, Ed. Revista dos Tribunais, p. 11 a 96, principalmente p. 17 e 18.

¹⁰⁹⁸ Já tivemos oportunidade de abordar o tema em outras oportunidades. WOLKART, Erik Navarro. **Precedente Judicial no processo civil brasileiro**, op. cit. p. 19-34; WOLKART Erik Navarro, **Precedentes no Brasil e cultura**, op. cit.

¹⁰⁹⁹ POSNER, Richard A. **Economics analysis of law**, op. cit. p. 743.

¹¹⁰⁰ CROSS, Rupert; HARRIS, J.W. **Precedent in English law** 4ed. Oxford: Clarendon Press, 2004, P. 3-4

¹¹⁰¹ Os custos decorrentes da ausência compõem todo o cenário de *tragédia da Justiça* aqui estudado: ações que poderiam não ser propostas; necessidade de criar argumentações a cada ação repetitiva proposta; possibilidade de que pessoas em situações semelhantes recebam respostas diferentes do Poder Judiciário; refração de investimentos decorrentes dessa insegurança e falta de previsibilidade, etc. Sobre o tema, POSNER, Op cit. P. 753.

atualização tecnológica do precedente nada mais é do que a sua adaptação à evolução das relações sociais.¹¹⁰² Seus mecanismos de atualização são o *distinguishing* e o *overruling*.¹¹⁰³

Eis um ponto central que pensamos ser um argumento econômico de grande valor para eficiência do sistema de justiça brasileiro. Por questões culturais e de interesse pessoal, juízes e partes, e até mesmo as cortes formadoras dos precedentes, terão incentivos para desrespeitá-los.¹¹⁰⁴ No entanto, é da conjugação perfeita entre *estabilidade* (aplicação reiterada) e *possibilidade de atualização* do precedente que emerge seu mais alto valor.

Qual deve ser o parâmetro desse balanço entre manutenção/atualização? A resposta é a *taxa de depreciação do precedente*.¹¹⁰⁵

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

Um desses sinais (*proxy*) é o número de citações do precedente na doutrina e na jurisprudência,¹¹⁰⁶ aí incluído o conteúdo dessas manifestações.

Outro sinal é o número de alterações legislativas na área de aplicação do precedente. Em campos onde a atividade legislativa é muito intensa, a taxa de depreciação tende a aumentar.¹¹⁰⁷

Por fim, o nível de detalhamento da norma contida no precedente também se relaciona com a taxa de depreciação. Explicamos. Quanto mais genérico e aberto for o precedente, menor será sua taxa de depreciação. O ponto negativo é que isso implica imprecisão e um custo mais

¹¹⁰² POSNER, P. 744. No *civil law*, como reforça Teresa Arruda Alvim, isso ocorre apenas em *ambientes decisoriais não rígidos*, como no direito de família e em outras áreas do direito civil, quando a lei trabalha com *cláusulas gerais e conceitos indeterminados*. Op. Cit. P. 55.

¹¹⁰³ Ibidem, P. 743

¹¹⁰⁴ Os advogados preferem lutar pelo interesse do seu cliente, mesmo que contrário ao precedente. O juiz por vezes prefere criar algo novo e buscar o reconhecimento da superação do precedente ao invés de aplicá-lo.. POSNER, op. cit. P. 746.

¹¹⁰⁵ POSNER, op. cit. p. 745

¹¹⁰⁶ LANDES, William M; POSNER, Richard A, **Legal precedent: a theoretical and empirical analysis**, in *8/1976, Vol.19(2), pp.249-307*.

Precedentes ignorados podem ter caído em desuso. Precedentes com muitas citações críticas normalmente precisam ser superados ou atualizados.

Foi esse o caso, por exemplo, do verbete 418 da súmula de jurisprudência do STJ, que impõe a inadmissibilidade do recurso de apelação interposto antes do julgamento dos embargos de declaração apresentados contra a mesma decisão. O verbete era sistematicamente citado e criticado na doutrina. Em 2015, o mesmo STJ reinterpretou o verbete para afirmar que a reiteração da apelação interposta só seria necessária em caso de efeitos infringentes no julgamento dos declaratórios (Recurso Especial nº 1.129.215 - DF em: 03.11.2015). Hoje, o próprio CPC/2015 proíbe o entendimento originalmente fixado pelo verbete (art. 218, § 4º, que deve ser “considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo”).

¹¹⁰⁷ POSNER, op. cit. p. 744.

elevado para o refinamento de sua aplicação aos casos concretos (o que acaba aumentando as incertezas de sua aplicação e diminuindo seu valor para o sistema).¹¹⁰⁸

Precedentes fixados pelo STF ou pelo STJ, principalmente no julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral e recursos especiais repetitivos (muitas vezes sumulados), deveriam ser mais genéricos, com diminutas taxas de depreciação no tempo.¹¹⁰⁹

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

Por isso é tão importante que aqueles tribunais realmente produzam *teses*.¹¹¹⁰ Essas teses terão *elasticidade suficiente* para *estabilizar o sistema*. O *refinamento* deve ser feito pelo labor das cortes inferiores, incluído o primeiro grau.

De outro lado, é absolutamente fundamental que as cortes superiores mantenham e respeitem os próprios precedentes. Mudanças de opinião são uma tragédia para a estabilização do sistema e para o bem-estar social daí decorrente.¹¹¹¹

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

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

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

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

Deu-se essa necessidade porque, na redação original, o CPC/2015 atribuía aos tribunais superiores o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos excepcionais, alterando a

¹¹⁰⁸ POSNER, op. cit. P. 744

¹¹⁰⁹ Principalmente se a exigência da repercussão geral for realmente levada a sério. A aprovação da repercussão geral para os recursos especiais traria equivalência às taxas de depreciação dos julgados do STJ e do STF. Os precedentes mais estáveis de todos, todavia, serão os fixados pelo STF no exercício da jurisdição constitucional, através do julgamento de ações diretas. Isso porque, além da generalidade, eles atuam diretamente na interpretação do texto da Constituição que, em tese, sofre menos modificações do que a legislação infraconstitucional.

¹¹¹⁰ Teses que, naturalmente, surgem dos contextos fáticos dos julgados que deram origem aos precedentes.

¹¹¹¹ Não se pode confundir mudança de opinião com *atualização do precedente*, essa dependente do dinamismo das relações sociais captadas por certas áreas do direito. ALVIM, Teresa Arruda, op. cit. p. 52 a 57.

sistemática tradicional, vigente no CPC/1973. Com isso, temia-se que as cortes superiores ficassem ainda mais assoberbadas de trabalho, o que efetivamente iria ocorrer.¹¹¹²

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

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

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

Da conjugação das normas dos arts. 1.036 e 1.042 fica claro então que só caberá agravo vertical para *forçar* a subida do recurso para análise preliminar pela corte superior quando: (i) a questão for inédita, em termos de formação de precedente vinculante; (ii) quando a decisão recorrida violar precedente firmado pela corte superior.

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

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

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

¹¹¹² Segundo estimativas do próprio STJ, a alteração elevaria em 100 mil o número de recursos anuais que chegam àquele tribunal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-31/entrevista-paulo-tarso-sanseverino-ministro-stj> Acesso em 18/05/2017.

O principal insumo do *distinguishing* são as questões fáticas, de modo que alguém poderia arguir que a impossibilidade decorreria da aplicação dos verbetes sumulares n. 279 do STF e n. 7 do STJ.¹¹¹³

Mas é bem verdade que o *distinguishing* não depende necessariamente de *reapreciação* da matéria fática. É possível que o suporte fático delineado pela instância inferior simplesmente seja distinto daquele que se atrela ao precedente, merecendo o caso solução diferente daquela proposta pelo precedente.¹¹¹⁴ Os verbetes não seriam, portanto, bons argumentos para impedir que a matéria tocasse as cortes superiores.

Ainda assim, percebe-se que o sistema optou por uma divisão de trabalho entre cortes de origem e cortes superiores: essas estabelecem o precedente, aquelas detectam a necessidade de *distinguishing*. O instrumento final para *forçar* a boa consecução dessa tarefa é o agravo interno¹¹¹⁵ a ser interposto contra a decisão monocrática de inadmissibilidade do recurso excepcional.¹¹¹⁶

A solução parece boa.

A uma porque, como vimos, é preciso reconduzir os tribunais superiores ao exercício eficiente de sua função principal: fixar e uniformizar a interpretação das leis federais e da Constituição. Para tanto, é urgente baixar drasticamente o número homérico de processos que hoje lá tramitam. É o caso típico de *processos socialmente indesejáveis*.¹¹¹⁷

¹¹¹³ Ambos os verbetes proíbem o reexame de matéria fática em sede de recursos excepcionais.

¹¹¹⁴ Isso acarretaria algo parecido com o *erro de subsunção*, ocorrido quando o tribunal superior, considerando as provas sobre fatos do processo, acaba subsumindo esses fatos à regra de direito que não seria a mais correta. Sobre o tema, com profundidade: ALVIM, Teresa Arruda e DANTAS, Bruno, Op .Cit. P. 357 a 368, especialmente p.367-375

¹¹¹⁵ Em sentido diferente, advogando interpretação conforme do art. 1.030 para admitir agravo de instrumento à instância superior, NERY JUNIOR, Nelson e ABOUD, Georges. *Recursos para os tribunais superiores e a lei 13.256/2016*. In. Revista de Processo | vol. 257/2016 | p. 217 - 235 | Jul / 2016

¹¹¹⁶ Explicando melhor. Suponha-se um processo em que se discute a condenação do réu no pagamento de danos morais a uma empresa, em razão do depósito antecipado de cheque pré-datado. Trata-se da combinação do disposto em dois verbetes do STJ: 227 e 370. Isolados, os precedentes sumulados parecem garantir o reconhecimento da questão de direito: pessoas jurídicas podem sofrer danos morais (verbeta 227) e o depósito antecipado de cheque pré-datado causa dano moral (verbeta 370). É necessário acrescentar que, para nós, as restrições do art. 1.030 aplicam-se a todos os precedentes que consideramos obrigatórios, aí incluídos os verbetes sumulares e as decisões da Corte Especial do STJ.

Será que, no entanto, o simples depósito antecipado seria suficiente para causar dano moral à pessoa jurídica? É dizer: o verbeta 370 não seria voltado apenas para pessoas físicas? O verbeta 227 não estaria aparelhado apenas para danos decorrentes de condutas que efetivamente prejudicam a imagem da empresa no mercado, sendo diferente disso a mera apresentação antecipada de cheque pré-datado?

Nesse caso, havendo condenação em primeiro grau, é razoável que, já na apelação o réu proponha o *distinguishing* com relação aos precedentes invocados na decisão atacada. O mesmo vale para o recurso especial e, no caso de negativa de seguimento, para o agravo interno. Não detectada a possibilidade de *distinguishing*, encerram-se aqui as possibilidades da parte. Caso esse tipo de situação comece a avolumar-se nos tribunais inferiores, talvez seja o caso de revisão do entendimento pela corte superior (*overruling*). Isso nos leva à segunda parte do suposto problema.

¹¹¹⁷ O tema foi tratado no início deste capítulo.

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

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

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

Problema maior estaria na negativa de admissibilidade de recurso fundado na necessidade de revogação ou alteração do precedente. O tópico vem sendo levantado e criticado pela doutrina.¹¹¹⁸

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

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

A doutrina majoritariamente propõe que, de uma forma ou de outra, o recurso seja remetido à instância superior.¹¹¹⁹

Discordamos fortemente.

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

¹¹¹⁸ Sobre o tema, sempre criticando e buscando uma solução de acesso à corte superior pela parte: CRAMER, Ronaldo, Op. Cit. P. 159-162; CÂMARA, Alexandre. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>, acesso em 17/05/2017; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud, in **Comentários ao Código de Processo Civil**, Lenio Luiz Streck, Dierle Nunes, Leonardo Carneiro da Cunha e Alexandre Freire (coord). Saraiva: São Paulo, 2016 p. 1.371-1.372; BURIL DE MACEDO, Lucas. **A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários – o pernicioso art. 1.030 do cpc e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes**, in Revista de Processo | vol. 262/2016 | p. 187 - 221 | Dez / 2016; MIRANDA, Victor Vasconcelos, **A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no cpc e a alteração legislativa promovida pela lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, i “a”** in Revista de Processo | vol. 258/2016 | p. 419 - 446 | Ago / 2016.

¹¹¹⁹ Para Cramer, fundado o recurso na necessidade de superação do precedente, a corte superior pode ser acessada por simples petição, após rejeitado o agravo interno do art. 1.030, p. 2o. oP. Cit. p. 162. Câmara (op. cit) sugere que, após rejeitado o agravo interno, caberia recurso especial fundado na violação dos artigos do CPC/2015 que preveem a possibilidade de superação do precedente. Caberia ainda recurso extraordinário com base no *caput* do art. 102 da CF, que reserva ao STF o papel de *guardião* da carta constitucional; Solução equivalente é a proposta por Dierle Nunes et all e por Lucas Buril.

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

As cortes seriam assim escravizadas a verdadeiro *trabalho de Sísifo*¹¹²⁰: fixar o precedente para ser aplicado pelas cortes inferiores e depois julgar todos os recursos dos vencidos que discordarem do precedente, cada um com um *argumento diferente*.

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

Por outro lado, se o sistema funcionar corretamente, tempo virá em que os precedentes ficarão desatualizados e os recursos precisarão ser estimulados. É nesse momento que o art. 1.030 geraria um problema.¹¹²¹

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

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

Obviamente, a solução passa por mecanismos de atualização do precedente que não sotorem os tribunais superiores com milhares de agravos com esse tipo de fundamento.¹¹²²

¹¹²⁰ “Os deuses tinham condenado Sísifo a rolar um rochedo incessantemente até o cimo de uma montanha, de onde a pedra caía de novo por seu próprio peso. Eles tinham pensado, com as suas razões, que não existe punição mais terrível do que o trabalho inútil e sem esperança.” CAMUS, Albert. O mito de Sísifo. Ensaio sobre o absurdo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

¹¹²¹ Essa é a dinâmica dos precedentes em qualquer lugar do mundo. Posner, op. cit. p. 745.

¹¹²² Uma alternativa complexa seria a possibilidade de ajuizamento de ADPF contra o precedente. De acordo com o art. 1º da Lei nº 9.882/99, a ADPF tem por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de *ato do poder público*. O próprio STF já admitiu que a expressão *ato do poder público* pode incluir o ato jurisdicional (STF. Decisão Monocrática. ADPF 127, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 25/2/2014). É bem verdade que o STF também já decidiu pela inadmissibilidade de ADPF contra súmulas (STF. Decisão monocrática. ADPF 81 MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgado em 27/10/2015) e contra decisões transitadas em julgado (STF. Plenário. ADPF 147-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 24/03/2011). No primeiro caso a inadmissibilidade decorre principalmente da existência constitucional de procedimento específico para revisão de súmula vinculante. Já a segunda proibição parece-nos não impedir nossa tese, posto não ser necessária a desconstituição da coisa julgada para revisão do precedente. O precedente pode ter surgido do caso concreto, mas é entendimento em tese, objetivado, desvinculado do interesse das partes originárias. Ademais, toda essa jurisprudência restritiva do cabimento da ADPF surgiu antes da vigência do CPC/2015. Com

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A solução parece ideal e não tem maiores inconvenientes.

as novas normas, tempo chegará em que o STF desejará ter o poder de rever seus precedentes sem permitir que isso dependa da provocação de toda e qualquer pessoa vencida em um processo no qual o precedente foi aplicado. Problema maior dar-se-ia no âmbito do STJ. Lá não há ADPF para criar a oportunidade de atualização do precedente.

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

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

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

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

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

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

Na prática, é exatamente isso o que está ocorrendo. Em setembro de 2016, o STJ promoveu várias alterações para adequar seu regimento interno ao disposto no novo código. Uma das principais mudanças consistiu exatamente em permitir que *enunciado de tema repetitivo possa ser revisto, independentemente de processo a ele vinculado*.¹¹²³ A revisão¹¹²⁴ pode ser proposta por ministro vinculado ao órgão colegiado de onde emanou o precedente ou por membro do Ministério Público Federal que officie no STJ.¹¹²⁵

O aparente problema, portanto, parece realmente solucionado.

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

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

¹¹²³ Trata-se da emenda regimental n. 24 de 16 de setembro de 2016, disponível em http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/105283/Emr_24_2016_pre.pdf.

¹¹²⁴ Especificamente, arts 256-S a 256-V.

¹¹²⁵ Pensamos, inclusive, que a nova sistemática é inferior e menos democrática do que a em funcionamento no STF desde 2007

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

Esse sistema, acoplado à possibilidade de revisão do precedente por mecanismos não recursais, compõe um sistema bastante racional, ao menos do nosso ponto de vista.

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

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

Em uma primeira tentativa de aproximação, pensamos que a ideia resume-se na seguinte frase: *não há nada mais forte do que frágeis amarras*.¹¹²⁶

Explicamos e exemplificamos.

Em 11 de março de 2011, um grande terremoto no Japão provocou um enorme *tsunami* que atingiu em cheio a usina nuclear de Fukushima, causando o maior acidente nuclear mundial desde Chernobyl.¹¹²⁷

Em decorrência, autoridades japonesas decidiram evacuar uma área de 20 km em volta da usina, desalojando 134 mil pessoas em razão dos óbvios riscos à saúde recorrentes da radiação liberada pelo colapso da usina.¹¹²⁸

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

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

Preocupado, Joi Ito conectou um grupo de voluntários e fundou o Safecast, um grupo focado em medir a radiação no local. Para tanto, era necessário adquirir a maior quantidade

¹¹²⁶ A expressão é devida a Granovetter, cunhada em paper de 1973: *The strenght of weak ties*. GRANOVETTER, Mark S. In American Journal of Sociology, Vol 78, Issue 6, May, 1973, p. 1360-1380

¹¹²⁷ <http://educacao.globo.com/artigo/maiores-acidentes-nucleares-da-historia.html>

¹¹²⁸ Ji Ito, p. 63.

possível de aparelhos medidores de radiação. Tais equipamentos eram caros e estavam em falta, já que outros países, principalmente os EUA, haviam adquiridos vários deles para detectar eventual invasão radioativa em seu território.

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

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

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

Após coletarem uma quantidade absurda de informação, os dados foram organizados e difundidos graças à colaboração de empresas de Internet e de mobilidade, auxiliando governo e comunidade a tomar medidas muito mais precisas e seguras.¹¹²⁹

O exemplo mostra que o comportamento cooperativo dá-se coletivamente e em camadas, graças a indivíduos unidos por *amarras frouxas*.¹¹³⁰ É exatamente essa a lógica aqui sustentada para a construção de precedentes pelas cortes superiores.

Outro poderoso exemplo diz com a criação e o desenvolvimento do Bitcoin, a moeda eletrônica que pode mudar completamente o sistema monetário mundial.¹¹³¹

A história do Bitcoin é longa e fascinante. Todavia, dados os limites deste trabalho, remetemos o leitor às elucidativas publicações especializadas no tema.¹¹³²

Para nosso propósito, basta dizer que o criador do Bitcoin, um anônimo autodenominado Satoshi Nakamoto, encaminhou e-mails criptografados a algumas pessoas proclamando o lançamento de uma moeda eletrônica criptografada, apta a viabilizar transações de ponta a ponta, diretamente, com segurança e sem intermediários.¹¹³³

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

¹¹²⁹ Ibidem, p. 81.

¹¹³⁰ Ibidem.

¹¹³¹ Ibidem, p. 75-76

¹¹³² Por todos, POPPER, Nathaniel. *Digital gold: bitcoin and the inside story of the misfits and millionaires trying to reinvent money*, 2017, Kindle edition.

¹¹³³ Ibidem, location 266.

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

Por exemplo, Jeremy Rubin, recém-graduado pelo MIT, criou uma forma cooperativa de produção de *bitcoins*. Jeremy notou que os sistemas de propaganda não eram bem aceitos por clientes de mídias de notícias *online*.¹¹³⁴ Os clientes não gostam de anúncios, e isso prejudica a monetização do produto de notícias eletrônicas. Jeremy então sugeriu que os assinantes desses periódicos poderiam *doar* parte da capacidade ociosa de seus computadores para a produção de *bitcoins* e, em troca, ficariam livres dos indesejados anúncios.

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

Apesar de enfrentar inicialmente alguns problemas legais, Jeremy acabou criando uma rede cooperativa que, junto com as diretrizes básicas de formação da moeda criadas pelo anônimo Satoshi Nakamoto, viabilizou a propagação do novo sistema monetário, hoje utilizado por mais de 14 milhões de pessoas¹¹³⁵ e aceito em mais de 100 mil estabelecimentos.¹¹³⁶

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

A forma pós-moderna de produção de conhecimento e de relações sociais é extremamente fluida, descentralizada e dinâmica, funcionando como uma espécie de *cérebro coletivo*.¹¹³⁷ Esse trabalho coletivo simultâneo foi viabilizado pela extraordinária evolução tecnológica, que permite a criação de conhecimento não só dentro de laboratórios e universidades, mas também a partir de uma rede conectada de pessoas autônomas com diferentes habilidades.

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

¹¹³⁴ Ibidem p. 78-79

¹¹³⁵ <https://blockchain.info/charts/my-wallet-n-users>

¹¹³⁶ <https://cointelegraph.com/news/counting-them-all-how-to-figure-out-actual-number-of-bitcoin-users>

¹¹³⁷ A ideia de *cérebro coletivo* é fundamental na criação do conhecimento que sustenta a evolução e o desenvolvimento da espécie humana. Desde o momento que a comunicação e a formação de grupos sociais passou a permitir que os indivíduos aprendessem uns com os outros, houve uma explosão na produção de conhecimento. A tecnologia atual, diminuindo ferozmente os custos de transação dessa comunicação, está a promover uma nova revolução no volume de conhecimento e desenvolvimento gerado pelo cérebro coletivo. HENRICH, Joseph, **The secret of our success. How culture are driving human evolution, domesticating our species, and making us smarter**. Princeton University Press, 2016, Princeton & Oxford. P. 211-214, principalmente P. 212.

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

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

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

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

A *força das amarras frágeis* significa que as cortes superiores firmarão precedentes amplos, compatíveis com a generalidade (*repercussão geral*) das questões que lhes serão postas para decisão. Os precedentes devem ser confeccionados em tramas largas e flexíveis, de modo a alcançarem estabilidade.¹¹³⁸

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

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

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

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

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

Um exemplo prático tornará mais *plásticas* as ideias até aqui apresentadas. Em 2014, o STF decidiu, em repercussão geral, pela necessidade de prévio requerimento administrativo, negado ou não respondido, para verificação do interesse de agir no ajuizamento de demandas

¹¹³⁸ Como se sabe, atualmente a repercussão geral só é requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários

previdenciárias,¹¹³⁹ ressalvados os casos de notoriedade de entendimento negativo no Instituto Nacional do Seguro Social (INSS). Relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o acórdão entendeu que tal exigência não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da CF.¹¹⁴⁰

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

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

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

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

Por fim, se o precedente *perder valor no tempo* graças às dinâmicas sociais e tecnológicas, como no último exemplo acima (sistema automático que *avisa* e o segurado *adere*), o STF pode revogá-lo, em procedimento específico, como ocorre hoje com as súmulas vinculantes.¹¹⁴¹

¹¹³⁹STF, Re 631240, Rel. Min Luis Roberto Barroso, J 03/09/2014.

¹¹⁴⁰ O acórdão decidiu ainda que a regra não vale para os casos em que a posição contrária à postulação do segurado é notória, nem exige o esgotamento das vias administrativas. Há, ainda, questões de direito intertemporal. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/abrirTemasComTesesFirmadas.asp>

¹¹⁴¹ A ideia é a regulamentação regimental da questão, feita à semelhança do que dispõe a Lei 11.417/2006 para a alteração ou cancelamento de súmulas vinculantes, instrumentalizando o disposto no art. art. 927, §§. 2º a 4º do CPC/2015, conforme sugerimos na seção anterior.

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

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

Lembremos a *fórmula da condição de litigância*:

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

Em muitos casos, a existência de precedente vinculante tende a diminuir o número do lado esquerdo da equação, na medida em que aproxima ou mesmo iguala a expectativa das partes quanto à possibilidade de sucesso do autor.¹¹⁴²

Sendo a questão preponderantemente de direito, como no caso de algumas questões de índole tributária, o *valor social* do precedente estável e vinculante aumenta, praticamente garantindo o comportamento cooperativo das partes.¹¹⁴³

¹¹⁴² Veja-se, por exemplo, o caso da legitimidade ativa do contribuinte de fato para o ajuizamento de ação de repetição de indébito de tributo indireto. Sobre o tema o STJ primeiro decidiu que somente o contribuinte de direito teria legitimidade para repetir o pagamento indevido de IPI sobre a fabricação de bebidas (REsp 903.394/AL, DJe de 26/04/2010). Após, especificamente para a repetição de ICMS indevidamente pago por concessionária de energia elétrica o STJ afirmou a legitimidade ativa do contribuinte de fato, devido à posição da concessionária frente ao Estado - (REsp 1.299.303/SC). Já o STF recentemente teve oportunidade para abordar o tema sob um outro ângulo, definindo que nos tributos indiretos a imunidade só existe se relacionada ao contribuinte de direito, perdendo a oportunidade de, ainda que obter *dictum*, pronunciar-se sobre o problema da legitimidade ativa para o pedido de repetição caso a imunidade fosse reconhecida (Plenário. RE 608872/MG, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 22 e 23/2/2017 (repercussão geral).

Imaginemos agora uma ação com pedido de repetição de indébito de um tributo indireto municipal (ISS, por exemplo), ajuizada pelo contribuinte de fato, em hipótese em que haja jurisprudência pacífica e vinculante quanto à matéria de fundo (ilegalidade do tributo em determinada situação). A instabilidade do precedente levará: (i) ao ajuizamento da ação; (ii) à inviabilização de qualquer acordo. Isso porque, para superar a preliminar de legitimidade, o autor fundamenta suas pretensões na decisão do STJ sobre ICMS incidente sobre energia elétrica, que é a decisão mais recente, e por isso, avalia as chances de sucesso em 80%. Já o réu considera que a decisão do STJ sobre IPI de bebidas estabeleceu uma regra geral à qual se subsume o caso em tela. Ademais, o STF recentemente pronunciou-se sobre imunidade em tributos indiretos, nada dizendo sobre a legitimidade do contribuinte de fato, o que reforça a tese da ilegitimidade. Assim, a procuradoria do município calcula em apenas 20% a chance de admissão da petição inicial. Caso a inicial seja admitida, a procuradoria alegará a ilegitimidade como preliminar de contestação, buscando a rejeição da inicial. Futuramente, mesmo em caso de procedência, a procuradoria sabe que poderá apelar pleiteando a nulidade da sentença, normalmente com isenção de custas. Assim, mesmo que inicialmente houvesse concordância das partes quanto a questão de fundo (ilegalidade do tributo), a divergência quanto à questão processual (legitimidade) acaba alterando as expectativas das partes, muitas vezes inviabilizando o acordo por aumentar o número do lado esquerdo da equação da condição de litigância (imaginemos um pedido de R\$ 100.000,00, teremos: $(100.000).0,8 - (100.000).0,2 = 60$. Dificilmente as custas processuais somarão valor tão alto no lado esquerdo da equação, de modo a propiciar a celebração de acordo (obviamente estamos desconsiderando aqui as peculiaridades nas só das regras de autocomposição para a Fazenda Pública, mas também as regras constitucionais específicas para cumprimento de condenações judiciais contra esses entes. Esses temas serão tratados em item específico.

¹¹⁴³ Nenhuma questão colocada em juízo é exclusivamente *de direito* ou *de fato*. Fato e direito existem de modo

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

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

Da mesma forma ocorre com o *overruling*, mas desde que pressuposta a estabilidade do precedente. Sem estabilidade razoável, todo o sistema perde valor.¹¹⁴⁴

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

6.6.2.3.2.6 Sobre o nível de obrigatoriedade dos precedentes

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

A principal discussão doutrinária hoje é a respeito do *nível de obrigatoriedade* e ou *vinculatividade* dos precedentes, mormente sobre a correta interpretação do art. 927 do CPC/2015, sua necessidade e constitucionalidade. A discussão é longa, intensa, e por vezes até ideológica.¹¹⁴⁵

imbricado. Há casos, todavia, em que a atenção do julgador volta-se prioritariamente à questão de direito, tendo em vista que a questão fática restou documentalmente provada ou que o ponto fático não foi contraditado. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno, **Recurso Especial**. op. cit. p. 347-348

¹¹⁴⁴ Seria como se o sistema de *bitcoins*, há pouco referido, perdesse a estabilidade do *Blockchain*, acarretando a perda de confiança no sistema, levando a sua falência.

¹¹⁴⁵ A doutrina ainda se divide entre aqueles que consideram inconstitucionais os efeitos vinculantes dos precedentes (ao menos em alguma medida) e aqueles que o têm por imperativo da segurança jurídica e da isonomia. Ademais, importante dizer que não buscamos aqui exaurir a temática, mas apenas demonstrar as diversas posições que encontramos na doutrina nacional. Favoráveis à força normativa dos precedentes, Hermes Zanetti Jr., Freddie Didier Jr., Panutto, dentre outros, como segue. Freddie Didier Jr. (DIDIER JR., Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. **O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito Brasileiro**. Revista de Processo Comparado. Volume 2, 2015), ao apresentar estudo histórico sobre os precedentes no Brasil, argumenta que o recrudescimento da importância do precedente judicial no Direito brasileiro não é um desvirtuamento, senão um aperfeiçoamento, da tradição jurídica com a qual sempre esteve associado o Direito brasileiro. O atual sistema brasileiro de formação, divulgação, aplicação e superação dos precedentes judiciais não se estabeleceu por acaso, nem fora de uma linha evolutiva cujo início remonta ao final do período colonial brasileiro. Ele é, ao contrário, fruto de uma tradição brasileira que se desenvolveu na prática jurídica e, mais recentemente, no pensamento jurídico brasileiro. Para Zanetti Jr. e Pereira (ZANETTI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. **Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015?** Revista de Processo. Volume 257, 2016), a previsão de vinculação normativa e formal aos precedentes judiciais (a) não invade a competência constitucional de criação de normas atribuída ao Poder Legislativo; (b) é oportuna e alvissareira no contexto de um Estado Democrático Constitucional para a implementação de um sistema processual mais racional. Nesse

mesmo sentido, Panutto (PANUTTO, Peter. **A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes.** Revista de Processo. Volume 242, 2015) aduz que a força normativa dos precedentes corresponde, especificamente, a um imperativo da segurança jurídica e isonomia, bem como previsibilidade e duração razoável do processo, valores consagrados pela Constituição Federal de 1988. Para Ataíde Jr. (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no Direito Brasileiro.** Revista de Processo, Volume 229, 2014), para se preservar o princípio da isonomia, é necessário que haja uma mesma pauta de conduta para todos os jurisdicionados, sendo inadmissível que haja diferentes e incompatíveis pautas de conduta, em decorrência da divergência jurisprudencial. Dessa maneira, a força vinculante do precedente é, antes de qualquer coisa, garantia do princípio da isonomia, garantido por nosso texto constitucional. É neste mesmo sentido que De Filippo (DE FILIPPO, Thiago Baldani Gomes. **Precedentes Judiciais e Separação de poderes.** Revista de Processo, Volume 247, 2015) argumenta no sentido de que os precedentes vinculantes colaborarão para o fortalecimento do Poder Judiciário, resultarão em segurança aos jurisdicionados e, ao invés de lesarem a separação dos poderes, afinar-se-ão a esse princípio, contribuindo para um clima harmônico entre os poderes do Estado. Com base na segurança jurídica, Cambi (CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. **Uniformização da jurisprudência e precedentes judiciais.** Revista dos Tribunais. Volume 978, 2017) afirma que o sistema de precedentes obrigatórios potencializa a projeção de um sistema decisório íntegro, no qual se possa ter maior previsibilidade das decisões, bem como desestimular a propositura de ações infundadas. Afinal, a jurisprudência oscilante e a irrestrita liberdade de interpretação judicial torna impossível a pacificação de uma única posição jurídica sobre determinada matéria e coloca o ordenamento jurídico em posição de instabilidade, razão pela qual se faz necessário retomar a integralidade do direito e a coerência da ordem jurídica. Não faltam autores neste sentido. Para Bruno Dantas (DANTAS, Bruno. **(In) consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos tribunais no Código de Processo Civil Brasileiro.** Revista de Processo, Volume 262, 2016), a aplicação do princípio da igualdade perante a lei ao processo de realização do direito no caso concreto importa ter como verdadeiro que a mesma regra jurídica, incidente sobre suportes fáticos suficientemente idênticos, no mesmo momento histórico, deve ensejar a produção dos mesmos efeitos jurídicos. Da mesma forma, suportes fáticos idênticos, levados ao Judiciário no mesmo momento histórico, devem ensejar a aplicação da mesma norma jurídica e, conseqüentemente, produzir os mesmos efeitos jurídicos. Gaio Jr. (GAIO JR., Antônio Pereira. **Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** Revista de Processo, Volume 257, 2016) aduz que, ainda que tenhamos um modelo incipientemente experimentado no âmbito da processualística pátria, espera-se que o sistema de respeito à verticalidade das decisões possa, em seus propósitos, alcançar maior coerência, isonomia e previsibilidade nas decisões judiciais hodiernas, de modo a prosperar efetiva segurança jurídica à sociedade, tão ávida por dias melhores à prestação do Serviço Público da Justiça no Brasil. Marinoni (MARINONI, Luiz Guilherme. **Ações repetitivas e Julgamento Liminar.** Revista dos Tribunais. Volume 858, 2007), por sua vez, ainda em 2007 e sob a égide do CPC/73, aduz não haver como pensar em razoável duração do processo enquanto qualquer juiz puder conscientemente decidir em desacordo com os tribunais superiores. Dessa forma, para o autor, afirmar que o juiz tem o direito de julgar de forma diferente aos tribunais superiores constitui gritante equívoco. Se é o Superior Tribunal de Justiça quem dá a última palavra em relação à interpretação da lei federal, não haveria racionalidade de se dar ao juiz o poder de proferir uma decisão que lhe seja contrária. Somos firmemente favoráveis a esse posicionamento. Para Osmar Côrtes (CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. **A Reclamação para os Tribunais Superiores no Novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016.** Revista de Processo. Volume 257, 2016), por sua vez, a garantia da autoridade das decisões dos Tribunais, no mesmo sentido, está relacionada ao cumprimento das ordens emanadas das Cortes, que não podem ser desrespeitadas por órgãos inferiores, em decisões posteriores sobre o mesmo assunto, em execuções ou cumprimentos de sentença. Humberto Theodoro Jr. (THEODORO JR, Humberto. **Jurisprudência e precedentes vinculantes no Novo Código de Processo Civil – Demandas repetitivas.** Revista de Processo, volume 255, 2016) é ainda mais incisivo. Para o autor, ao estabelecer competência do STJ para julgamento de Recurso Especial, a Constituição tem como um de seus objetivos uniformizar o entendimento jurisprudencial. Não se trata, portanto, de uma força vinculante criada pela pura vontade do legislador processual, mas de algo cujas raízes se encontram nas matrizes constitucionais dos recursos extraordinário e especial. É da imperiosa necessidade de velar pela autoridade da Constituição e de garantir a uniformidade da inteligência e aplicação do direito positivo infraconstitucional, que o CPC/2015 extraiu a inspiração para conferir, de forma expressa, a força vinculante da jurisprudência estabelecida no âmbito dos recursos extraordinário e especial repetitivos. Assim, é a própria Constituição, ao estabelecer como competência dos Tribunais Superiores para uniformizar a interpretação do Direito Objetivo, que cria a força vinculante dos precedentes. Nesse mesmo sentido, para Medina, (MEDINA, João Miguel Garcia. **Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015.** Revista dos Tribunais. Volume 974, 2016), a função dos

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

tribunais superiores é, precipuamente, a uniformização do direito objetivo. Não à toa, a força normativa dos precedentes, para o autor, seria apenas ressaltada pelo CPC/2015. Em interessante estudo sobre a força vinculante dos precedentes, Da Silva (SILVA, Narda Roberta da. **A eficácia dos precedentes no novo CPC. Uma reflexão à luz da teoria de Michele Taruffo**. Revista de Processo. Volume 228, 2014), argumenta que não basta somente afirmar que a súmula ou precedente foi editada/prolatado, respectivamente, por determinado Tribunal Superior, como por exemplo, STJ ou STF. É necessário que tais enunciados tenham uma racionalidade lógica e condizente com os ditames da moralidade para se justificarem na ordem jurídica. Dessa forma, os magistrados de primeira ou de segunda instância não podem estar atrelados a um precedente ou súmula apenas porque vieram de uma autoridade superior a eles, visto que isso representaria simplesmente uma obediência hierárquica. Ou seja, o convencimento motivado do magistrado se transmutaria, nessas hipóteses, em respeito a uma ordem hierarquicamente superior. Sobre esse aspecto, Costa Neto (COSTA NETO, **Vinculação a precedente e livre conhecimento judicial**. Revista de Processo, Volume 266, 2017), por sua vez, aduz que, se de um lado o livre convencimento é apanágio máximo da independência judicial e essencial à cláusula da separação de poderes, de outro a vinculação a precedentes prestigia a isonomia, segurança jurídica, confiança, estabilidade do Direito e a coerência. Portanto, ambos os postulados têm à base aspectos éticos de pertinência (conforme valores morais já destacados) e importância fundamentais no Estado Democrático de Direito. Conferir maior peso ou gravidade a um ou a outro, dentro de certa conjuntura (afinal, nem todo precedente é dotado de força vinculante) é uma legítima escolha política do legislador. Não se pode confundir a garantia da independência judicial com a preponderância desta sobre outros valores igualmente caros ao regime democrático. Para Aluísio Mendes e Sofia Temer (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. **O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Volume 243, 2015), o CPC/2015 pretende contingenciar a litigiosidade repetitiva, criando um procedimento-modelo que gera um espaço de discussão coletiva, ampla e democrática para a formação da melhor decisão acerca de um tema jurídico que se repete em diversas demandas. Por outro lado, a temática ainda traz discussões afloradas na doutrina brasileira. Assim, autores como Lênio Streck e Lins e Silva argumentam no sentido de que a força normativa do precedente é, em alguma medida, inconstitucional. Streck e Raatz (STRECK, Lênio; RAATZ, Igor. **A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”**. Revista de Processo, Volume, 262, 2015) entendem pela absoluta inconstitucionalidade. Segundo eles, [...] só faltava algum (neo)realista defender uma mutação constitucional a partir da qual se deve ler no art. 5.º da Constituição que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude do precedente”. Dessa maneira, os autores sustentam a inconstitucionalidade da atribuição da força normativa dos precedentes, uma vez que a Constituição, em seu artigo 5º, prevê somente a lei como fonte normativa vinculante. De nossa parte, se a interpretação é assim tão restritiva, o que dizer da força vinculante de emendas constitucionais, medidas provisórias e outras espécies normativas? Nesse mesmo sentido, Lins e Silva (LINS E SILVA, Evandro. **A questão do efeito vinculante**. Revista dos Tribunais, volume 950, 2014) aduz que, salvo o Supremo Tribunal Federal, que pode julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, nenhum outro tribunal pode julgar em tese ou previamente questões que ainda se encontram em outras instâncias. Sua competência só se afirma no momento em que a causa lhe é aforada. Os Tribunais têm competência originária e recursal definida na Constituição. Assim, a nova previsão do CPC/2015 impede ao juiz de grau inferior que conceda liminar que contrarie a Súmula, manda cessar a eficácia das liminares concedidas e estabelece efeito suspensivo ao recurso que contrarie a Súmula, tudo isso antes do recurso chegar ao tribunal. Para o autor, parece claro que o Regimento (de que faz parte a Súmula), não pode ter essa força impositiva. Conclui assim pela absoluta inviabilidade de se introduzir o instituto do precedente absolutamente vinculante nos sistemas jurídicos da família romano-germânica. Alexandre Câmara, por sua vez, (CÂMARA, Alexandre. **Súmula da Jurisprudência dominante, separação e modulação de efeitos no Novo Código de Processo Civil**. Revista de Processo. Volume 264, 2017) argumenta que o art. 927 do CPC/2015 não atribui efeitos vinculantes àquelas decisões. Isso porque, para o autor, seria estranho pensar em, por exemplo, súmula não-vinculante com efeitos vinculantes. Em outras palavras, a lei processual impõe a todos os órgãos jurisdicionais um ônus argumentativo: sempre que se vai decidir matéria em relação à qual já exista um padrão decisório não vinculante (que pode ser um enunciado de súmula não-vinculante ou uma “orientação do plenário ou do órgão especial”), incumbe ao órgão julgador expor na decisão as razões que justificam a inobservância daquele padrão decisório.

O problema é que mesmo esses limites semânticos não restam claros. Para parte da doutrina, por exemplo, o caráter vinculante das decisões plenárias do STF sempre pôde ser extraído do texto constitucional, independentemente do novo regime jurídico inaugurado pelo CPC/2015.¹¹⁴⁶ Para outros, todavia, é exatamente a Constituição que proíbe esse caráter vinculante.¹¹⁴⁷ Há ainda aqueles que adotam posição intermediária.¹¹⁴⁸

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

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

Assim, na ausência de norma constitucional que expressamente disponha nesse ou naquele sentido, estamos com aqueles que entendem que: (a) o art. 927 do CPC/2015 deixa clara a força vinculante de todos os precedentes ali listados, principalmente ao *obrigar* juízes e tribunais a observá-los, já no *caput*;¹¹⁴⁹ (b) a Constituição não proíbe em nenhum momento que a lei federal institua precedentes vinculantes.¹¹⁵⁰

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

¹¹⁴⁶ Marinoni e Mitidiero, op. cit. Para esses autores, aliás, todas as decisões das cortes superiores são vinculantes, desde que tragam o conteúdo necessário para tanto.

¹¹⁴⁷ É a opinião de Nery, Abboud e Streck, como vimos na nota acima.

¹¹⁴⁸ Para Teresa Arruda Alvim e Bruno Dantas, o nível de vinculatividade do precedente pode ser forte (quando seu desrespeito enseja cabimento de medida concebida exclusivamente para esse fim, como é o caso da reclamação), média (quando o desrespeito pode ser corrigido pelos recursos mas não por reclamação) e fraca, quando essa força é apenas cultural ou decorrente da lógica do direito, mas não pode ser forçada ou corrigida por qualquer mecanismo processual (seria o caso da decisão de um juiz ou corte a respeito de um determinado caso que, após, repete-se na sua questão de direito envolvendo outras pessoas). Equivale à uma necessidade de não se mudar de opinião. ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno, op. cit. p. 278-280.

¹¹⁴⁹ CRAMER, Ronaldo. Op. cit., p. 191

¹¹⁵⁰ Inclusive o rol do art. 927 sequer é exaustivo. Bom exemplo é o caráter vinculante da decisão do STF sobre inexistência de repercussão geral, prevista no art. 1.035, p. 8o. CRAMER, op. cit., p. 192.

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

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

Firmado esse ponto, pensamos que nossa verdadeira contribuição está em dar um passo para além dessa discussão. É dizer: se os precedentes são obrigatórios, o que fazer para que juízes e partes¹¹⁵¹ realmente respeitem os precedentes? Como promover, efetivamente, esse tipo de comportamento cooperativo?

Essa pergunta começa a ser respondida na seção abaixo e tem sua conclusão no próximo capítulo.

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

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

Os precedentes são um subproduto da atividade conjunta de advogados e juízes.¹¹⁵² Ninguém *ganha* algo diretamente para criar um precedente. Juízes são funcionários públicos vitalícios com proventos irredutíveis. Advogados, via de regra, dão o melhor de si para proteger os interesses dos seus clientes.

A criação do precedente é, assim, uma *externalidade positiva* dessas atividades, gerada a partir da intensidade da litigância, normalmente quando um ou vários casos alcançam tribunais locais ou as cortes superiores. Não há, todavia, um estímulo específico para tanto.¹¹⁵³

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

¹¹⁵¹ O art. 927 obriga apenas os juízes. Partes e advogados, entretanto, encontram-se obrigados pelo art. 80, I, que prevê como hipótese de litigância de má-fé: *deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso*. Como veremos no capítulo sobre cooperação e teoria dos jogos, “lei” aqui é sinônimo de texto legal, podendo referir-se ao texto de qualquer fonte do direito, incluída, obviamente, a jurisprudência.

¹¹⁵² POSNER, *op.cit.* P. 745.

¹¹⁵³ Defendemos, inclusive, que demandas aptas a gerar ou renovar precedentes devem ser estimuladas, por serem socialmente desejáveis. SHAVEL, **Foundations...** p. 391-401

Isso porque advogados não pleiteariam contra precedentes, acordos extrajudiciais seriam estimulados¹¹⁵⁴ e os poucos processos que permanecessem no sistema seriam brevemente resolvidos pelos juízes¹¹⁵⁵ sem que houvesse interposição de recurso. Com o tempo, esvaziado o sistema de justiça, não haveria mais oportunidade para aplicação e atualização daqueles precedentes, que acabariam por depreciar.

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

Em resumo, podemos dizer que *o valor do precedente aumenta conforme aumenta a insegurança jurídica em um determinado tema.*¹¹⁵⁶

Mas se os precedentes são um subproduto da litigância, eles surgem naturalmente e nós não devemos nos preocupar com os incentivos para que eles sejam criados.¹¹⁵⁷

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

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

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

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

¹¹⁵⁴ GICO Jr. Ivo Teixeira. *A tragédia do judiciário*. In RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014

¹¹⁵⁵ Inclusive com a concessão de tutela da evidência fundada nos incisos I e II do art. 311. Para nós, a tutela da evidência não recorrida deve gerar a extinção do processo nos mesmos moldes da tutela antecipada antecedente não recorrida (art. 304). Nesse sentido, RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. *Tutela provisória: tutela de urgência e tutela da evidência*, 2a. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016. P. 225-227.

¹¹⁵⁶ POSNER, op. Cit. P. 745

¹¹⁵⁷ Ressalvados os casos em que não há litigância, hipótese em que, como dissemos, ela deve ser estimulada.

dos precedentes para estudar quais as possibilidades legais atuais para a geração de incentivos cooperativos no sentido da estabilidade e do respeito aos precedentes.

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

Há um exemplo clássico da ciência econômica que se aplica com perfeição à assimetria informacional que dificulta o comportamento cooperativo das partes e dos advogados.¹¹⁵⁸

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

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

Sobre esse valor, sua única certeza é que ele se situa em algum lugar no intervalo entre zero e cem. O controlador da outra empresa, por sua vez, naturalmente conhece esse número¹¹⁵⁹ e não está disposto a vender a companhia por valor inferior. Qual oferta deve ser feita?

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

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

A explicação completa desse enigma encontra-se no rodapé desta página.¹¹⁶⁰ Todavia, a *intuição econômica* por trás não é difícil de entender: se alguém quer comprar algo de valor

¹¹⁵⁸ SAMUELSON, W. F.; BAZERMAN, M. H. 1985. Negotiation under the winner's curse. In: V. Smith (Ed.). **Research in Experimental Economics**. Greenwich, CT, JAI Press, 1985, v. 3, p. 105-137.

¹¹⁵⁹ E é exatamente aí que reside a assimetria informacional, tal qual quando o autor negocia com o réu na audiência do art. 334 do CPC/2015 sem a leitura da peça de defesa ou mesmo quando um precedente é conhecido por apenas uma das partes, ou quando, em razão da ausência do precedente, as partes têm convicções diferentes sobre as chances de vitória.

¹¹⁶⁰ A chave para entender esse enigma é a assimetria de informação presente nas premissas escolhidas para esse jogo. O vendedor sabe o valor (s) da empresa. O comprador tem apenas uma expectativa de valor (s'). Do valor (s) o comprador conhece apenas os limites máximo e mínimo, ou seja, ele sabe apenas que: $0 < s < 100$. O comprador sabe, ainda, que a companhia valera 50% a mais sob sua administração (b'). Ou seja, $b' = 3/2 s'$. O comprador fará uma oferta (O). O valor esperado da oferta — $EP(O)$ — é a diferença entre a oferta e o valor esperado da companhia nas mãos do comprador, ou seja: $EP(O) = b' - O$. Como $b' = 3/2 s'$, então $EP(O) = 3/2 s' - O$. Mas o comprador quer maximizar seus ganhos, por isso ele fará a menor oferta possível que ele espera que

exato desconhecido, sabendo apenas seus limites máximo e mínimo, qualquer oferta aceita pelo vendedor *transmite* a informação de que a coisa valia menos do que o comprador supunha.

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

Se os ganhos que o comprador terá pela aquisição da coisa forem inferiores a essa diferença, ele ficará no prejuízo. No nosso exemplo, como a nova *expectativa de valor* é a metade entre zero e o valor ofertado (já que existe uma chance idêntica de o verdadeiro valor ser qualquer número entre zero e a oferta aceita), e como seu ganho será de apenas 50% desse valor, o valor esperado desse movimento será sempre negativo, porque será sempre inferior ao valor da oferta!¹¹⁶¹

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

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

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

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

seja aceita, ou seja, $O = s' + \varepsilon$. O vendedor só aceitará a oferta se ela for superior ao valor real da empresa, ou seja, se, e somente se, $O > s$. Se a oferta efetivada for aceita, o comprador sabe que a empresa valia menos que o valor ofertado. Se houver recusa, ele sabe que a empresa valia mais que o valor ofertado. Vamos dizer então que ele ofereça \$50. Se o valor for aceito, saberemos que o verdadeiro valor da empresa é algo entre zero e 50, ou seja: $0 < s < 50$. Como todos os valores desse intervalo são igualmente prováveis (lembre-se que agora a única informação disponível é a de que a empresa vale algo entre zero e 50), então, após a oferta aceita, o novo valor esperado para o comprador (s'') é de 25. Agora, após a aquisição, o valor esperado dessa oferta para o comprador será: $EP(O) = 3/2 s'' - O$, onde $EP(O) = 3/2(25 - 50) = -12,5$. Ou seja, o valor esperado da oferta aceita (ele não pode voltar atrás) será negativo! Se repetirmos a mesma conta com qualquer outro valor de oferta aceita, mantida a premissa de que o comprador não possui qualquer outra informação sobre o valor da empresa, que não a que ele tinha antes, atualizada pela certeza de que a empresa não vale mais do que o valor aceito, o resultado final será sempre negativo. Generalizando, o valor esperado de qualquer oferta aceita será sempre negativo.

¹¹⁶¹ Na verdade, ele será negativo no valor da oferta menos 1/4 do valor esperado após a oferta. Matematicamente, $EP(O) = O - \frac{1}{4}s'$, sendo EP negativo para todos os valores de O. Exemplificando: se você oferece \$50, a nova expectativa de valor do bem é \$25. Se o valor esperado após a aquisição cresce em 50%, ele será de \$37,5, inferior, portanto à oferta de \$50.

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

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

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

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

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

O mesmo vale para o processo. Imagine-se, para efeito de comparação, que um acordo reduzisse em 50% o valor esperado do processo para o réu e aumentasse na mesma proporção o seu valor esperado para o autor. Quando, em razão da incerteza, o acordo não ocorre, essa economia desaparece, sendo evidente a diminuição geral do bem-estar social decorrente do aumento dos *custos sociais* do processo.¹¹⁶²

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

Desenhos processuais que promovam melhor e mais rápido compartilhamento de informação entre as partes podem ser prototipados por negócios jurídicos processuais, promovidos inclusive entre instituições.¹¹⁶³

¹¹⁶² É muito importante sempre ter em mente que os custos do processo são, em grande parte, subsidiados pela sociedade.

¹¹⁶³ São os chamados *protocolos institucionais* ou *acordos plurilaterais institucionais*, ou ainda *convenção processual coletiva*. Defendemos, por exemplo, que a OAB e uma corte de justiça podem criar contratos processuais nesse sentido, o mesmo valendo para as diversas procuradorias. Ainda que se entenda pela impossibilidade desse movimento, esses acordos poderiam gerar minutas, a serem apresentadas para as partes e efetivadas, desde que houvesse concordância para tanto, ainda que tácita. Não vemos dificuldade de se *criarem* modelos que já comecem a funcionar desde a citação, podendo as partes optar pelo modelo tradicional. Seria uma espécie de procedimento *default*, criado a partir de protocolos institucionais e que só não se efetivariam em um processo específico com a recusa expressa das partes. Admitindo expressamente os protocolos institucionais como verdadeiras convenções processuais (vinculantes), CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais: entre publicismo e privatismo*. Tese apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do grau de livre-docente em direito. São Paulo, 2015. P. 74-76.

Um corpo translúcido, estável e vinculante de precedentes pode ser estabelecido pelas cortes brasileiras através do manejo sábio e eficiente dos diversos mecanismos que compõem o atual *microsistema de precedentes* do CPC/2015.¹¹⁶⁴

A tecnologia, encorpada pelo crescimento exponencial de sua capacidade de processamento e pelas luzes da inteligência artificial, pode auxiliar partes e juízes a detectar, correlacionar, interpretar e aplicar precedentes de forma quase automática.¹¹⁶⁵

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

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

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

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

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

Conquanto não se negue a utilidade dos modelos econômicos utilizados até aqui, por vezes as refrações entre o comportamento por eles previsto e o que efetivamente acontece na vida real é enorme.¹¹⁶⁶

¹¹⁶⁴ Sobre uma visão do microsistema de precedentes do CPC/2015, sob o ângulo da eficiência ver o nosso *O 'fetichismo' dos microsistemas no novo Código de Processo Civil: integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos de processos repetitivos*. WOLKART, Erik Navarro, in NUNES, Dierle, MENDES, Aluisio, JAYME, Fernando, **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**, 1a. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2017. p. 363-400

¹¹⁶⁵ O tema compõe o capítulo 11 desta tese.

¹¹⁶⁶ A genialidade de Thomas Schelling, um dos maiores economistas de todos os tempos, já antecipava nos anos 1980 a necessidade da criação de novos modelos. Segundo o autor, os modelos clássicos sofriam das seguintes limitações: (i) eram simples demais; (ii) assumiam irrealmente que as pessoas têm as mesmas preferências ao longo do tempo; (iii) desconsideravam que as pessoas se “autoenganam”; (iv) eram consequencialistas em excesso; (v) ignoravam a influência que a forma de apresentação da informação e o contexto têm no comportamento do indivíduo que recebe a informação. Sobre o tema, SCHELLING, Thomas C. *The intimate contest of self-command*, in *Choice and consequence: perspectives of an errant economist*, Cambridge (MA) and London: Harvard University Press, 1984, p. 57-82; SCHELLING, Thomas C, *The mind as a consuming organ*, in *Choice and consequence: perspectives of an errant economist*, Cambridge (MA) and London: Harvard University Press, 1984, P. 328-346.

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

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

Nessa nova abordagem, descobertas da psicologia e da neurociência passam, na medida do possível, a ser testadas e a integrar os antigos modelos econômicos: é a chamada *economia comportamental (behavioral economics)*.¹¹⁶⁷

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

Camerer relaciona alguns desses comportamentos *irracionais*. São eles: (i) rejeição de acordos vantajosos pelo simples fato de o indivíduo achar a oferta *injusta*; (ii) um certo altruísmo verificado por uma autorrestrição na postura de *tirar vantagem* do outro mesmo que não haja qualquer punição a respeito; (iii) interesse em contribuir voluntariamente para o bem comum e para a manutenção dos chamados *bens públicos*; (iv) comportamento irracional decorrente da previsão de que o outro será ainda mais irracional.¹¹⁶⁸

A explicação neurocientífica do *porquê* nos comportamos dessa forma é devida (novamente) a Kahneman e Tversky. A resposta está, novamente, nas duas formas de pensar do cérebro humano, o *dual processo brain*, por nós estudado na seção 3.3 quando da definição da matriz filosófica deste trabalho. Publicado na revista Science, “Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases”¹¹⁶⁹ é um dos artigos mais citados de todos os tempos.¹¹⁷⁰

Para entender a forma intuitiva de pensar, reproduzimos abaixo, com adaptações, um exercício proposto pelos próprios autores:

Ao ler a pergunta abaixo, suponha que Maurício tenha sido escolhido ao acaso, a partir de uma amostra bastante representativa:

¹¹⁶⁷ JOLLS, Christine, *Behavioral law and economics*, Working Paper 12879, NATIONAL BUREAU OF ECONOMIC RESEARCH 1050 Massachusetts Avenue, Cambridge, MA 02138, January 2007. P2.

¹¹⁶⁸ CAMERER, Colin F. *Progress in behavioral game theory*, in The Journal of economic perspectives, Vol 11, N4, Autumn, 1997, P. 167-188.

¹¹⁶⁹ Science, 27 September 1974, Vol.185(4157), pp.1124-1131. Em tradução livre, *Julgamento sob incerteza: heurísticas e vieses*. Esse artigo, aliás, foi publicado 5 anos antes de *Prospect theory: an analysis of decision under risk*.

¹¹⁷⁰ KAHNEMAN, Daniel, **Thinking fast and slow**, op. cit. location 111 de 9397.

Um indivíduo é descrito para você da seguinte forma: “Maurício é muito tímido e retraído, bastante prestativo, mas com pouco interesse por pessoas ou pelo mundo real. Dócil e organizado, Maurício é apaixonado por detalhes, mas precisa de ordem e estrutura”.

Há maior possibilidade de Maurício ser bibliotecário ou motorista de caminhão?

A semelhança da descrição de Maurício com a de um bibliotecário estereotipado vem à mente de qualquer um que leia esse parágrafo. Possivelmente isso aconteceu com o leitor.

Considere agora as seguintes informações:

*(i) existem 18 mil bibliotecários no Brasil;*¹¹⁷¹

*(ii) existem 800 mil motoristas de caminhão no Brasil.*¹¹⁷²

Responda novamente à pergunta.

Na primeira resposta, via de regra usamos nosso sistema intuitivo. Na segunda, o sistema reflexivo foi ativado pelas informações apresentadas.

Com efeito, pela desproporção entre os números oficiais de caminhoneiros e bibliotecários no Brasil, é quase certo que mais *Maurícios dóceis e organizados* sejam encontrados dirigindo caminhão do que arrumando livros em uma biblioteca.

Os participantes de experimentos como esse, via de regra, ignoram estatísticas relevantes e respondem com apoio exclusivo na *semelhança*. A semelhança é uma *heurística*, um atalho simplificador para a realização de um julgamento difícil.¹¹⁷³

Como já estudamos, essas *duas formas de pensar*¹¹⁷⁴ são decorrência de nosso processo evolutivo e têm se provado eficientes na manutenção da espécie humana. Explicamos com um novo exemplo.

A imagem de uma cobra provoca uma sensação de medo que nos diz exatamente o que fazer: fugir. Isso conta para nossa sobrevivência como espécie de ser vivo na história natural.¹¹⁷⁵

Todavia, como no exemplo acima, esse mesmo pensamento intuitivo provoca erros de avaliação. Um experimento considerou que, após assistirem a uma cena triste no cinema, as

¹¹⁷¹ Precisamente, 18.374. Os dados são de 2013. http://crb10.blogspot.com.br/2013/07/total-de-bibliotecarios-no-brasil.html?utm_source=twitterfeed&utm_medium=facebook

¹¹⁷² Mais precisamente, 769.230. <https://www.terra.com.br/noticias/dino/motorista-de-caminhao-o-atual-gargalo-da-logistica-no-brasil,a01768cb9c3bfd54b465dc1cbc21e81asfmyjgv.html>

¹¹⁷³ Kahneman, op. cit. Localização 1609 de 9397

¹¹⁷⁴ Chamadas por Kahneman de *rápido e devagar*.

¹¹⁷⁵ GREENE, Joshua, *Moral Tribes* P. 135

peçoas ficam mais suscetíveis à venda de um bem recentemente adquirido. Isso pode prejudicá-las. Mas a sensação de tristeza transmite um sinal difuso ao cérebro de que as coisas não estão indo bem e de que é hora de mudança. Quando surge a oportunidade, essa acaba sendo a escolha *não reflexiva*.¹¹⁷⁶

Esses erros de avaliação (*vieses*) foram catalogados e estudados à exaustão ao longo dos últimos anos.¹¹⁷⁷ A grande contribuição de Kahneman e Tversky foi demonstrar que esses vieses são previsíveis e podem ser modelados.

A descoberta é tão importante que impactou vários campos do conhecimento humano, como a psicologia, a economia, a filosofia¹¹⁷⁸ e até o direito.

A partir do momento em que a previsibilidade dos vieses pode ser medida, os modelos econômicos passam a ser atualizados pela existência desses mesmos vieses, como queria Schelling. É o surgimento efetivo da economia comportamental (*behavior economics*).¹¹⁷⁹

Não demorou para que as novidades impactassem a análise econômica do direito. Como já visto, desde o artigo fundacional de Sunstein, Jolls e Thaler, os vieses comportamentais vêm sendo considerados nos modelos econômicos que estudam os mais variados campos do direito.

Posto que não seja o mais estudado, o direito processual civil é um desses campos.¹¹⁸⁰ O que faremos a partir de agora é identificar alguns dos vieses comportamentais que podem influir previsivelmente no comportamento dos atores processuais, de modo a justificar a *atualização* dos modelos até aqui propostos.

6.7.1 Otimismo: não somos pessimistas, e isso é um problema!

Uma pergunta que possivelmente passou na cabeça do leitor quando de nossas considerações sobre assimetria de informação foi: mas e se, por decorrência da assimetria, as

¹¹⁷⁶ GREENE, p. 136.

¹¹⁷⁷ De 20 anos para cá, com o auxílio da tecnologia, cientistas puderam inclusive observar o cérebro e enxergar quais as áreas ativadas pelo pensamento reflexivo, pelo pensamento intuitivo e por cada um dos vieses de pensamento

¹¹⁷⁸ Sobre o tema dedicamos a seção 3.3.

¹¹⁷⁹ O mérito maior na insistência da introdução dos vieses cognitivos nos modelos econômicos é dado a Richard Thaler. O maior indício da aceitação do modelo comportamental na ciência econômica contemporânea é do fato de Thaler ser, desde 2015, o presidente da Associação Americana de Economia, além de ter vencido o Prêmio Nobel de Economia em 2017. Sobre a história da Economia comportamental, **Misbehaving, The making of behavioral economics**. THALER, Richard H., New York and London, W.W. Norton Company, 2015.

¹¹⁸⁰ Nos EUA, as considerações recaem principalmente no estudo dos acordos. Cooter e Ulen (op. cit. p. 50-51) e Oren Bar Gill abordam o tema (The success and survival of cautious optimism: legal rules and endogenous perceptions in pre-trial settlement negotiations, Discussion paper, Cambridge, MA: Harvard Law School, 2002). No Brasil a literatura é praticamente inexistente, ressalvados os valorosos esforços de Eduardo José da Costa (op. cit) e Alexandre Rosa (esse no processo penal. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*, Empório do Direito. 3a. ed. Florianópolis, 2016.

partes acabarem aproximando-se nas previsões avaliativas do resultado final do processo?

Exemplificando: se a jurisprudência é instável, ou se o autor não sabe ao certo as provas que o réu pretende produzir, nada impede que o autor se torne um pessimista. Com isso ele diminui suas expectativas de vitória, facilitando a aceitação de uma proposta de acordo apresentada pelo réu.

A razão de ser do nosso *pessimismo* quanto à postura das partes é, paradoxalmente, o *otimismo*.

Explicamos. Um dos vieses comportamentais mais estudados na psicologia e na economia é a presença de um otimismo exagerado em nossos julgamentos em cenários de incerteza.¹¹⁸¹

Quanto mais incerteza, mais otimismo. Quanto mais otimismo, menor o *intervalo de acordo*.¹¹⁸² A questão do otimismo é tão séria que, mesmo em cenários de perfeita simetria informacional (o que é quase impossível), as partes tenderão a fazer previsões otimistas de vitória.¹¹⁸³

Como vimos, no processo civil brasileiro, em razão dos custos, os *intervalos de acordo tendem a ser estreitos*. A presença da incerteza, acoplada ao otimismo, não raro *zera* esse intervalo, frustrando as possibilidades de comportamento cooperativo.

Quando não existe incerteza, o que, como vimos, é quase impossível, as partes bem informadas *concordam* quanto às chances de procedência do pedido. Nessa perspectiva, sendo positivos os custos do processo, sempre haverá acordo, desde que não haja otimismo envolvido na avaliação final.

Reafirmando: a impossibilidade de comportamento cooperativo para a autocomposição decorre sempre da incerteza acoplada ao otimismo.¹¹⁸⁴

Um exemplo simplificado ajudará a ilustrar essa ideia.

¹¹⁸¹ KAHNEMAN, Daniel; LOVALLO, Dan, Delusions of success. **How optimism undermines executives' decisions**, in Harvard business review, July 2003, Vol.81(7), pp.56-63, 117; KAHNEMAN, Daniel, TVERSKY, Amos, 1982, **Subjective Probability, A judgment of representativeness**, in KAHNEMAN, Daniel, SLOVIC, P. e TVERSKY Amos (editores), *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*. New York, Cambridge University Press.

¹¹⁸² BAR-GILL, Oren, *The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation*, in The Journal of Law, Economics & Organizations, Vol 22, n. 2; LOWENSTEIN, G. S. Issacharoff; CAMARER, C; BABCOCK, L. **Self-serving assessments of fairness and pre-trial bargaining**, in 22 Journal of Legal Studies 135-59, 1993.; MNOOKIN, R. H. **Why negotiations fail: An exploration of barriers to the resolution of conflict**, In 8 Ohio State Journal on Dispute Resolution, 235-49, 1993; BIRKE, R. and FOX, C.R. **Psychological principals in negotiating civil settlements**, in 4, Harvard Negotiation Law Review, 1999

¹¹⁸³ HAY, Bruce e SPIER, KATHERYN E. **Settlement of litigation**, in The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Vol 3, Peter Newman (editor), New York, Stockton Press, 1988 P. 445

¹¹⁸⁴ BAR-GILL, Oren, **The evolution [...]**, P. 940-491.

Imagine-se uma ação em que o autor pleiteia a condenação do réu no pagamento de R\$100mil (Ua). Assumamos realisticamente que as *custas totais* do autor sejam de R\$19mil (Cta), sendo R\$6mil de custos administrativos (Ca) e R\$13mil de custos de litigância (Cl).¹¹⁸⁵

Já o réu, porque contratou um advogado remunerado apenas por êxito, tem *custas totais esperadas* de R\$15mil (Ctr), sendo apenas R\$2mil os custos administrativos (Ca)¹¹⁸⁶ e R\$13mil os custos de litigância (Cl).

Na presença de incerteza, sem otimismo nem pessimismo, consideremos que o resultado do processo possa ser vitória ou derrota com probabilidade de 50% ($Pa = Pr = 0,5$). Ajuizar uma ação, nesse caso, equivale à participação em um jogo de *cara ou coroa*.

Consideremos, portanto, um cenário sem qualquer viés comportamental, onde otimismo e pessimismo não têm qualquer impacto.

O valor de reserva do autor será:

$$\begin{aligned} Va &= (Pa \cdot Ua) - \{Ca + Cl(1 - Pa)\} \\ Va &= (0,5 \cdot 100.000) - \{6.000 + 13.000(1 - 0,5)\} \\ Va &= (50.000) - (6.000 + 6.500) \\ Va &= 50.000 - 12.500 \\ Va &= 37.500 \end{aligned}$$

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

$$\begin{aligned} Vr &= Pr \cdot Ua + Ca + Cl \cdot Pr \\ Vr &= (0,5 \cdot 100.000) + 2.000 + (0,5)13.000 \\ Vr &= 50.000 + 2.000 + 6.500 \\ Vr &= 58.500 \end{aligned}$$

O intervalo de acordo ($Vr - Va$) será, então, de R\$21mil.¹¹⁸⁷ O valor mostra que, em condições normais, são grandes os incentivos para o comportamento colaborativo materializado na autocomposição.

¹¹⁸⁵ Os números aqui representam basicamente os valores dobrados do exemplo que viemos utilizando até então, envolvendo uma demanda com valor de \$50mil, no TJ/RJ.

¹¹⁸⁶ Exatamente porque não foram pagos os \$4mil relativos aos honorários contratuais.

¹¹⁸⁷ $58.500 - 37.500 = 21.000$

Vamos agora introduzir otimismo no exemplo, mantidas constantes todas as outras premissas.

Em um cenário de otimismo de ambas as partes, as expectativas de *procedência do pedido* devem *necessariamente* ser altas para o autor e baixas para o réu. Assim, nesse novo contexto: $Pa > Pr$.

Para este exercício, fixemos em 70% o otimismo do autor e em 30% o do réu.¹¹⁸⁸

O novo valor de reserva do autor (Va') será:

$$\begin{aligned} Va' &= (Pa \cdot Ua) - \{Ca + Cl(1 - Pa)\} \\ Va' &= (0,7 \cdot 100.000) - \{6.000 + 13.000(1 - 0,7)\} \\ Va' &= (70.000) - (6.000 + 3.900) \\ Va' &= 70.000 - 9.900 \\ Va' &= 60.100 \end{aligned}$$

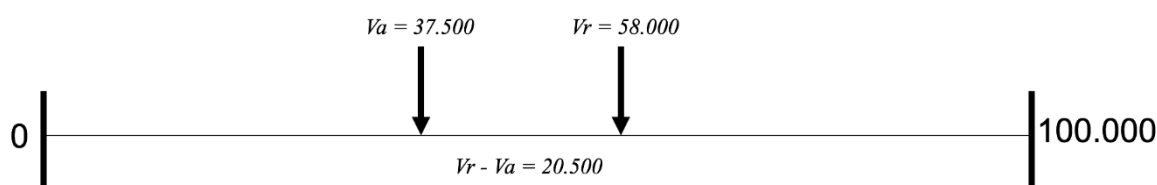
O valor de reserva do réu (Vr') será:

$$\begin{aligned} Vr' &= Pr \cdot Ua + Ca + Cl \cdot Pr \\ Vr' &= (0,3 \cdot 100.000) + 2.000 + (0,3)13.000 \\ Vr' &= 30.000 + 2.000 + 3.900 \\ Vr' &= 35.900 \end{aligned}$$

O novo intervalo de acordo ($Vr' - Va' = - 24.200$), mostra claramente a total impossibilidade de autocomposição no novo cenário.

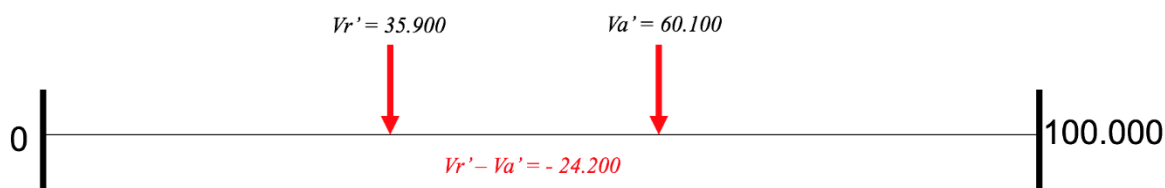
A representação abaixo (figuras 33 e 34) apresenta graficamente o impacto negativo do otimismo no intervalo de acordo e nas possibilidades de autocomposição:

Figura 33 - Intervalo de acordo sem otimismo



¹¹⁸⁸ Lembrando que *otimismo* para o réu é considerar baixas as chances de procedência do pedido.

Figura 34 - Intervalo de acordo com otimismo (intervalo negativo)



6.7.1.1 Por que somos otimistas? Partes e advogados

É preciso agora entender de onde vem o viés do otimismo. Trata-se de perspectiva por vezes contraintuitiva. Afinal de contas, quem nunca esteve pessimista ou não conhece pessoas pessimistas? Por que então considerar o sentimento de otimismo como predominante na nossa personalidade?

Antes de adentrar na *psique* de partes e advogados, vamos trazer um exemplo do cotidiano a respeito do otimismo.

Quantas pessoas o leitor conhece que, perguntadas se julgam serem boas motoristas, responderiam negativamente?

Possivelmente poucas. E possivelmente o leitor não é uma delas. Todavia, se há tantos acidentes de trânsito, existe certamente um descompasso entre a autoavaliação e as estatísticas. A explicação para esse descompasso é a existência do *viés de otimismo*.¹¹⁸⁹

Inúmeros estudos comprovam que, na média, somos otimistas.¹¹⁹⁰ Superestimamos nossas habilidades e subestimamos nossos defeitos e as possibilidades de que algo de ruim ocorra conosco (acidentes, desenvolvimento de doenças, etc.).

A razão da *persistência* do otimismo na espécie humana é o fato de que ele *funciona bem* na maioria das vezes. Basicamente, acreditar que tudo vai dar certo aumenta a chance de que as coisas realmente deem certo.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁹ “An amazingly robust finding about human actors-and an important contributor to the phenomenon of risk underestimation-is that people are often unrealistically optimistic about the probability that bad things will happen to them. A vast number of studies support this conclusion. Almost everyone thinks that his or her chances of having an auto accident, contracting a particular disease, or getting fired from a job are significantly lower than the average person’s chances of suffering these misfortunes; estimates range from twenty to eighty percent below the average person’s probability.” JOLLS, Christine. **Behavioral economics analysis of redistributive legal rules.** (Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law) in, *anderbilt Law Review*, Nov, 1998, Vol.51(6), p.1653-1677 [Peer Reviewed Journal]

¹¹⁹⁰ JOLLS, Christine, op. cit. P. 1661

¹¹⁹¹ *Ibidem*.

Em consequência, indivíduos otimistas são, na média, mais bem-sucedidos, felizes, produtivos e criativos. Há, inclusive pesquisas que indicam que pessoas que têm uma visão mais realista sobre as próprias capacidades tendem a ser depressivas.¹¹⁹²

O pessimismo como regra aparece somente quando da presença de *riscos salientes*, o que não é comum no nosso dia a dia.¹¹⁹³ Após um atentado terrorista, por exemplo, é sabido que as pessoas passam a evitar turismo na cidade atacada, mesmo que ela seja muito mais segura do que a cidade onde a pessoa mora. É que atentados terroristas são extremamente salientes, e acabam por permitir que o pessimismo vença o otimismo prevalente.¹¹⁹⁴

Fora isso, tendemos a ser otimistas e a subestimar resultados ruins.

No processo civil não é diferente.

As partes, privadas das informações completas a respeito do caso, subestimarão a possibilidade de um resultado negativo. Ambas serão otimistas, o que dificulta a possibilidade de acordo.

Serão raros os casos em que haja riscos suficientemente salientes para servirem de contrapeso ao otimismo. Em verdade, é mais provável que ocorra o contrário. É mais comum que amigos e parentes, ao saberem da situação litigiosa pela parte, incentivem-na ao ajuizamento da ação, por concordarem com as suas razões. Isso ocorre porque pessoas próximas são ágeis no julgamento intuitivo, que normalmente procura respostas rápidas para validar as informações apresentadas, como se não houvesse outros dados relevantes.¹¹⁹⁵ Esse *modo de pensar* gera conforto cognitivo, e o pensamento intuitivo *gosta* de funcionar suavemente.¹¹⁹⁶

A mídia também costuma desempenhar um papel de reforço ao otimismo, com inúmeras reportagens sobre direitos do consumidor ou sobre segurados da previdência social, gerando muitas vezes um movimento otimista coletivo, que pode resultar no ajuizamento massivo de demandas, mesmo que a possibilidade real de sucesso seja ínfima.

¹¹⁹² Peter M. Lewinsohn, Walter Mischel, William Chaplin, & Russell Barton, **Social Competence and Depression: The Role of Illusory Self-Perceptions**, 89 J. ABNORMAL BEHAV. 203, 207-08, 210-11 (1980).

¹¹⁹³ Susteijn, Jolls and Thaler, op. cit. P. 1541.

¹¹⁹⁴ Kahneman, localização 2364/2365 de 9397.

¹¹⁹⁵ KAHNEMAN identifica esse fenômeno pela sigla WYSIATI, ou *what you see is all that is*, indicando a tendência das pessoas de julgar a probabilidade de algo apenas pelas informações disponíveis. P. 111.

¹¹⁹⁶ Incide aí também o chamado *efeito halo*, ou seja, a tendência de equipararmos todas as qualidades de uma pessoa com os atributos dela que nós conhecemos, como, por exemplo, ser da minha família ou do meu círculo de amigos e parecer ser confiável. Mas ser confiável não significa que ela não chegue atrasada no trabalho, que seja boa motorista ou que seja suficientemente organizada a ponto de guardar todos os comprovantes das contribuições sociais que devem instruir a petição inicial de sua ação previdenciária. Sobre o tema, KAHNEMAN, op. cit. location 3282/3283 de 9397.

A esse tipo de situação aplica-se também o conceito de *falácia discursiva*, ou seja, essa nossa necessidade de conectar discursos, buscando sempre extrair sentido de fatos não conectados ou desconectados. TALEB, Nassim Nicholas, *Antifrágil*, Trad. Eduardo Rieche, Rio de Janeiro, Best Business 2014.

Nesse ponto, é novamente necessário lembrar do papel dos advogados.

Como, via de regra, as partes não têm capacidade postulatória, seria de se imaginar que o advogado, por ser um técnico, apresentasse avaliação isenta do viés otimista, contrabalanceando o otimismo da parte.

Afora o *agency problem*, do qual já tratamos quando da abordagem econômica clássica, a verdade é que, mesmo no campo comportamental, a intuição de que o *especialista tem os pés no chão* não se confirma.

Estudos vêm comprovando sistematicamente que especialistas, quaisquer que sejam eles, também estão sujeitos ao viés de otimismo. Essa é uma conclusão fortemente contraintuitiva. Em verdade, boa parte de suas opiniões e prognósticos decorrem de um julgamento intuitivo, automático, sem a participação do pensamento reflexivo, ou seja, sem o apoio de evidências concretas.¹¹⁹⁷

Obviamente, *experts* podem produzir impressões e previsões confiáveis, dadas determinadas circunstâncias, quais sejam: (i) a existência de uma ambiência de grande regularidade; (ii) uma prática suficientemente prolongada apta à apreensão dessa regularidade.

É isso o que ocorre quando um bombeiro, por exemplo, *sente* que o prédio vai desabar e sai do edifício alguns segundos antes do evento.¹¹⁹⁸ Em verdade, o que ocorre nesse caso é que o bombeiro *percebe* uma *dica*, um sinal que rapidamente acessa a informação memorizada de que, *dada aquela causa, haverá determinada consequência*.

Por mais que o bombeiro *não saiba que sabe*, o que se passou não foi mera intuição, mas verdadeiro *reconhecimento de uma situação que se opera com certa regularidade*.¹¹⁹⁹

Quando os ambientes não são regulares ou o especialista não teve tempo de aprender a regularidade existente, o que funciona é a intuição, abrindo-se espaço para o comportamento otimista.¹²⁰⁰

Voltando aos advogados, é razoável que os consideremos especialistas que operam no âmbito do direito. E, como sabemos, o direito nos tribunais, principalmente nos tribunais brasileiros, não possui um ambiente suficientemente regular, abrindo espaço para o raciocínio intuitivo e para otimismo.

¹¹⁹⁷ “The judgments and decisions that we are most likely to call intuitive come to mind on their own, without explicit awareness of the evoking cues and of course without an explicit evaluation of the validity of these cues”. KAHNEMAN, Daniel; KLEIN, Gary **Conditions for intuitive expertise: a failure to disagree**, in American Psychologist, 2009, Vol.64(6), p.515-526 [Peer Reviewed Journal], p. 519.

¹¹⁹⁸ Ibidem, p. 519.

¹¹⁹⁹ Ibidem, p. 520.

¹²⁰⁰ Ibidem.

Neste ponto, fica mais uma vez clara a importância do sistema de precedentes. Um sistema de precedentes estável e vinculante *injeta* regularidade no sistema, diminuindo o espaço do comportamento otimista do advogado.

Todavia, mesmo com boa dose de regularidade, algum viés otimista sempre se fará presente na advocacia.

Pesquisas aplicando a *teoria dos jogos evolutiva (evolutionary game theory)* vêm provando essa afirmação. Assim como na vida em geral, advogados otimistas tendem a proporcionar resultados melhores para os seus clientes. Em interessante pesquisa, demonstrou-se inclusive que o nível ótimo de otimismo para o sucesso do advogado é o chamado *otimismo moderado*.¹²⁰¹

As provas matemáticas dessa afirmação são extremamente complexas, mas as intuições econômicas são relativamente simples, pelo que passamos à sua apresentação.

Imagine o leitor que os advogados que atuam no Brasil sejam homogeneamente divididos em quatro grupos, a partir do seu nível de otimismo: (a) advogados pessimistas; (b) advogados realistas; (c) advogados moderadamente otimistas; (d) advogados excessivamente otimistas. Para focar exclusivamente no nível de otimismo, vamos deixar de lado os problemas de mandato e imaginar que o advogado sempre fará o que for melhor para o seu cliente.

Advogados pessimistas tendem a imaginar que serão derrotados em juízo. Por isso, são muito propensos a aceitar um acordo. Esse acordo, todavia, tende a ser lesivo para o seu cliente sempre que, do outro lado, estiver um advogado realista ou com algum nível de otimismo (tipos b, c, d).

Assim, advogados pessimistas (tipo a) só alcançarão bons resultados em 1/4 das vezes, ou seja, quando enfrentarem do outro lado advogados pessimistas (que são 1/4 da população), realizando acordo e evitando um processo custoso. Como produzem, prioritariamente, resultados ruins, esses advogados perdem mercado para os demais.

Advogados extremamente otimistas (d) sempre contam com a vitória. Em alguns casos eles alcançam bons resultados, e em outros não. Quando enfrentam advogados pessimistas, a tendência é que imponham acordos extremamente favoráveis ao seu cliente, ganhando reputação no mercado. Todavia, quando litigam contra advogados otimistas moderados (c) ou realistas (b), os superotimistas não conseguem impor suas exigências, preferindo ir a juízo ou continuar com o processo já existente. Como seu otimismo não condiz com a realidade, a derrota em juízo é bastante provável, impondo custos ao seu cliente e piorando sua reputação.

¹²⁰¹ BAR-GILL, Oren, **The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation**, in *The Journal of Law, Economics & Organizations*, Vol 22, n. 2. P. 490.

Advogados moderadamente otimistas (*c*), por sua vez, são os que alcançam os melhores resultados. Isso porque conseguem acordos favoráveis quando litigam com advogados pessimistas e porque não se submetem a acordos desfavoráveis quando enfrentam advogados excessivamente otimistas. Nesse último caso, acabam indo a juízo, podendo vencer ou não.

A maior dificuldade é entender por que advogados moderadamente otimistas são mais efetivos do que advogados realistas.

Advogados realistas sempre promovem acordos justos contra advogados pessimistas e realistas, indo a juízo contra advogados otimistas em qualquer grau, salvo quando perceberem que sua chance de vencer em juízo (o resultado esperado) é inferior à proposta de acordo. Nesses casos, haverá acordo, mas o valor do *superávit do acordo* será favorável ao advogado otimista (até porque, caso contrário, ele preferirá ir a juízo).

Ocorre que, quando o advogado é muito otimista, ele prioritariamente apresenta propostas acima do *valor de reserva*, levando o advogado realista a juízo, com grande chance de derrota para o primeiro (dado seu otimismo exagerado).

Todavia, e esse é o ponto principal, advogados moderadamente otimistas predominantemente apresentam ofertas dentro do *valor de reserva do advogado realista*. Essa oferta, todavia, tende à divisão *não equânime* do intervalo de acordo, beneficiando o advogado moderadamente otimista. Como o advogado realista sabe do otimismo do colega, ele sabe que, caso não aceite a oferta, haverá processo com resultado esperado idêntico ao seu valor de reserva (*credible threat*). Assim, o advogado realista preferirá o acordo.¹²⁰²

Simplificando: o advogado moderadamente otimista prevalece sobre o realista na medida em que tem contra ele maior poder de barganha.

Por conta dessa dinâmica, o *mercado de advogados* tende a priorizar profissionais moderadamente otimistas. Muitos advogados pessimistas, realistas ou exageradamente otimistas fracassarão, e terminarão fora do mercado. De outro lado, as pessoas passam a *perceber o tipo de otimismo* que o mercado valoriza, e isso passa a ser transmitido entre advogados pela *cultura* dos escritórios, levando à *expansão* da população de advogados moderadamente otimistas.¹²⁰³

Esse tipo de interação é estudada pela chamada *teoria dos jogos evolutiva* (*evolutionary game theory*), que usa as mesmas técnicas para prever ou para explicar a predominância de uma espécie sobre outra no campo da biologia. Falaremos especificamente sobre a *teoria dos jogos*

¹²⁰² Ibidem, p. 497 e 505 (prova matemática das conclusões).

¹²⁰³ Ibidem, p. 465.

evolutiva ao tratar das possibilidades de surgimento do comportamento cooperativo entre litigantes habituais.

Por hora, basta aceitarmos a força dessa intuição e saber que ela pode ser matematicamente comprovada.¹²⁰⁴

O fato é que, graças à sua boa reputação, o advogado moderadamente otimista vicejará e permanecerá no mercado, dominando-o. Essa prevalência denomina-se *estabilidade*, significando que, *nesse jogo*, somente a estratégia de ser moderadamente otimista é *evolutivamente estável* (*Evolutionary Stable Strategy*, ou *ESS*).¹²⁰⁵

Ser *evolutivamente estável*, por sua vez, significa que o mercado não permitirá a *dominância das demais estratégias*. Novos advogados pessimistas serão rapidamente repelidos. Novatos muito otimistas alcançam algum sucesso de início, mas acabam repelidos ao longo do tempo, por ajuizarem ações demasiadamente temerárias e custosas para seus clientes. Advogados realistas sobrevivem por mais tempo, mas também acabam perecendo. Em consequência, essas duas últimas populações são consideradas *instáveis*.

Em equilíbrio, a população de advogados *moderadamente otimistas* atua de modo eficiente e, desde que não se injete incerteza no sistema, ainda será possível a realização de acordos.

No mundo real, todavia, sabemos que existe incerteza.

6.7.1.2 Otimismo endógeno e realidade brasileira

Nesse ponto, precisamos verificar em que medida as regras do ordenamento processual brasileiro influenciam o nível do *otimismo médio prevalente* e a possibilidade de comportamento cooperativo.

Segundo Bar-Gill, o nível estável de otimismo (γ) perante um ordenamento que segue as regras americanas de sucumbência¹²⁰⁶ deve ser assim representado: $\gamma = \frac{C}{(2PW)}$, onde C representa custo total do processo, P indica a probabilidade de vitória do autor e W o benefício econômico pretendido com a causa (equivalente ao nosso Ua utilizado até aqui).

¹²⁰⁴ Ibidem, p. 505.

¹²⁰⁵ Ibidem, p. 496.

¹²⁰⁶ Regra segundo a qual cada litigante arca com seus custos, independentemente da sucumbência final. A regra difere da brasileira (britânica), na qual o sucumbente deve arcar com as custas do processo e com os honorários judiciais (há controvérsia a respeito da necessidade de reembolso dos honorários contratuais).

O sistema de sucumbência brasileiro, todavia, equivale ao britânico, cujas regras impõem toda a sucumbência para o perdedor. Neste caso, segundo o mesmo autor, o nível estável de otimismo (γ') no sistema seria:

$$\gamma' = \frac{C}{2P(W + C)}$$

Essas simples fórmulas permitem-nos identificar como as regras do sistema influenciam o nível de otimismo dos advogados (*otimismo endógeno*).

Note-se que, no sistema britânico (e no brasileiro), o divisor $2P(W + C)$ é, necessariamente, maior que o divisor do sistema americano ($2PW$), implicando que $\gamma' < \gamma$, ou seja, um nível menor de otimismo prevalente dentro daquele sistema.

Isso é uma boa notícia.

A economia clássica, quando compara as regras de sucumbência americana e inglesa, costuma afirmar que a primeira favorece os acordos, já que a parte tem sempre algo a perder, independentemente da possibilidade de vitória.

A economia comportamental, por sua vez, mostra que essa vantagem é, em parte, diminuída pelo fato de que o nível de otimismo é endogenamente maior no sistema americano, o que acaba por contrabalancear aquela vantagem. Quando dizemos *endógeno*, estamos significando que o otimismo pode ser gerado pelo próprio sistema.

Falando especificamente do sistema brasileiro, repisamos o problema de os custos do processo serem baixos, gerando um reduzido *intervalo de acordo* que pode ser eliminado com um nível mínimo de otimismo, como já demonstramos.¹²⁰⁷

Bar-Gill demonstra que, para que o acordo seja possível, a soma do nível de otimismo das partes tem de ser inferior ao custo do processo dividido pela chance real de vitória do autor somada aos custos do processo.

¹²⁰⁷ Segundo Bar-Gill, quando a soma do otimismo das partes for inferior ao custo do processo dividido pelo resultado esperado, as partes buscarão um acordo. Assim: $Xi + X \leq \frac{C}{pW}$

Observando a equação, nota-se que, quando os custos do processo são baixos, o número do lado direito da equação será baixo, exigindo-se um nível baixo de otimismo do lado esquerdo para inviabilizar o acordo.

Na realidade brasileira de sucumbência, a fórmula correta seria: $Xi + X \leq \frac{C}{p(W+C)}$. A intuição, todavia, permanece a mesma.

Eis a equação, já adaptada à realidade brasileira: $Xi + X \leq \frac{C}{p(W+C)}$, onde Xi reflete o otimismo do autor, X o otimismo do réu, p a possibilidade real de procedência do pedido, W o benefício econômico pretendido e C os custos totais do processo, tanto do autor como do réu.

Para clarificar a utilidade dessa fórmula, e a tese a ela atrelada, retomemos o exemplo utilizado acima para demonstrar como o otimismo pode inviabilizar acordos.

Naquele caso, o autor pleiteava a condenação do réu no pagamento de R\$100mil (W). As *custas totais* do autor eram de R\$19mil (Cta), sendo R\$6mil de custos administrativos (Ca) e R\$13mil de custos de litigância (Cl).

Já o réu, porque contratou um advogado remunerado apenas por êxito, tinha *custas totais esperadas* de R\$15mil (Ctr), sendo apenas R\$2mil os custos administrativos (Ca) e R\$13mil os custos de litigância (Cl).

Os custos de litigância serão pagos pelo vencido uma única vez (R\$13mil). Assim, os custos totais para nossa nova fórmula serão a soma desses R\$13mil com os custos administrativos do autor e do réu (R\$6 mil e R\$2mil, respectivamente).

A fórmula deve ser, assim, readaptada para: $Xi + X \leq \frac{Cl+Ca}{p(W+Cl)}$, onde Cl são os custos de litigância e Ca é a soma dos custos administrativos de ambas as partes.

Considerando otimismo bilateral que gere um impacto de 40% na previsão realista de 50% de cada uma das partes (ou seja, o *autor* esquece as chances reais de 50% e passa a iludir-se com 70% de chances de vitória,¹²⁰⁸ enquanto o réu abandona as chances reais de derrota de 50% e passa a calcular essa possibilidade em apenas 30%¹²⁰⁹), teríamos:

$$0,4 + 0,4 \leq \frac{13.000 + 8.000}{0,5(100.000 + 13.000)}$$

$$0,8 \leq \frac{21.000}{56.500}$$

$$0,8 \leq 0,37168 = \textit{impossibilidade de acordo}$$

¹²⁰⁸ Impacto de 40% para cima sobre a chance real de 50% significa: $Pa' = 0,5 + 0,4 \cdot (0,5) = 0,5 + 0,20 = 0,7$, ou 70%.

¹²⁰⁹ O otimismo do réu significa que ele *imaginará* que as chances de vitória do autor serão 40% menores do que elas realmente são (elas são, em verdade, de 50%). Assim, um impacto de 40% *para baixo* nas chances reais de 50% implica: $Pr' = 0,5 - 0,4 \cdot (0,5) = 0,5 - 0,20 = 0,30$, ou 30%

Veja-se que a *soma dos otimismo das partes* (lado esquerdo)¹²¹⁰ é superior ao lado direito da equação, demonstrando-se a inviabilidade de acordo, como já havíamos mostrado graficamente acima, com o mesmo exemplo.

Mas essa fórmula tem uma utilidade extra: ela mostra qual o nível de otimismo máximo que permitiria o acordo, dados o valor do pedido, os custos do processo e a chance real de procedência da demanda.

No nosso exemplo, esse valor máximo é 0,37168, ou seja, 37,168% de otimismo, somadas as expectativas extras de ambas as partes. Dividindo esse *otimismo* em parte iguais, no limite, haveria acordo se cada parte tivesse 18,584% de otimismo em relação à chance real de vitória do autor.¹²¹¹

Em outras palavras, com 18,584% de otimismo para cada lado sobre os 50% de chances originais, o limite para acordo, na realidade brasileira, em um exemplo como o nosso, seria o autor acreditar na procedência do pedido com probabilidade de até 59,292%, e o réu calcular essa chance em no mínimo 40,708%, comprovando-se a tese do chamado *otimismo moderado*.¹²¹²

Utilizando a velha fórmula de cálculo do *valor de reserva* das partes para acordo, com esses percentuais, teríamos, para o autor:

$$\begin{aligned} Va' &= (Pa \cdot Ua) - \{Ca + Cl(1 - Pa)\} \\ Va' &= (0,59292 \cdot 100.000) - \{6.000 + 13.000(1 - 0,59292)\} \\ Va' &= 48.000 \end{aligned}$$

Para o réu:

$$\begin{aligned} Vr' &= Pr \cdot Ua + Ca + Cl \cdot Pr \\ Vr' &= (0,40708 \cdot 100.000) + 2.000 + (0,40708)13.000 \\ Vr' &= 48.000 \end{aligned}$$

¹²¹⁰ Cada uma das partes *desviou* em 40% as chances reais de vitória do autor. Significa que o valor original de 50% de chances foi elevado em 40% pelo autor (remontando a 70%) e rebaixado em 40% pelo réu (remontando a 30%).

¹²¹¹ Ou qualquer outra divisão desses 37% entre autor e réu, por exemplo, 20% para o autor e 17% para o réu ou vice-versa. O mais importante é que esse percentual deve ser multiplicado pelas chances reais de vitória e a elas acrescido, pelo autor e delas debitado, pelo réu. Então se as chances originais de procedência são 50%, o autor 20% otimista as verá como sendo 60% e o réu 17% otimista como sendo apenas 41,5%.

¹²¹² Ou seja, 18,584% de otimismo a mais sobre os 50% de chances reais de vitória, para o autor e 18,584% a menos sobre os 50%, do ponto de vista do réu. Matematicamente, $Pa' = 0,5 + 0,18584 \cdot (0,5) = 0,5 + 0,09292 = 0,59292$, ou 59,292%; $Pr' = 0,5 - 0,18584 \cdot (0,5) = 0,5 - 0,09292 = 0,40708$, ou 40,708%.

A igualdade $Va' = Vr'$ comprova nossa tese, demonstrando ser esse *otimismo moderado* o limite máximo para a ocorrência de acordo no exemplo dado.¹²¹³

Apenas para reafirmar a força daquela inequação e deixar as coisas ainda mais claras, imaginemos um autor realista litigando contra um réu otimista. Qual seria o limite de otimismo do réu em nosso exemplo?

Nesse caso, fixadas as expectativas realistas do autor em 50% de chances de procedência, devemos atribuir a máxima possibilidade de otimismo para o réu, ou seja, 37,168% de otimismo sobre os 50% de chances de derrota. Isso significa que o réu acreditará que pode sair derrotado com apenas 31,416% de chances (chances de procedência do pedido).¹²¹⁴

O valor de referência do autor será então mantido no padrão inicial realista, $Va = 37.500$

Já para o réu, o novo valor de referência (Vr'') será:

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

$$Vr'' = (0,31416 . 100.000) + 2.000 + 13.000(0,31416)$$

$$Vr'' = 31.416 + 2.000 + 4.084,08 = 37.500$$

$$Vr'' = 37.500$$

A igualdade $Va = Vr''$ mais uma vez comprova a validade da fórmula adaptada ao direito brasileiro. Diante de um autor absolutamente realista, só haverá possibilidade de acordo, no nosso exemplo, caso o réu, posto que otimista, acreditasse na procedência do pedido com probabilidade de, no mínimo, 31,416%.

Outra característica que influencia o nível prevalente de otimismo é a incerteza quanto ao resultado das negociações e do processo, caso venha a ser instaurado.

¹²¹³ Os cálculos completos são:

$Va' = (0,59292.100.000) - \{6.000 + 13.000(1 - 0,59292)\}$

$Va' = (59.292) - (6.000 + 5.292,04)$

$Va' = 59.292 - 11.292,04$

$Va' = 47.999,96$

$Vr' = (0,40708.100.000) + 2.000 + (0,40708).13.000$

$Vr' = 40.708 + 2.000 + 5.292,04$

$Vr' = 48.000,04$

A diferença de 0,8 centavos decorre de mínimos arredondamentos feito ao longo do processo matemático.

¹²¹⁴ Isso porque, na visão do réu, o autor agora tem chances de procedência = $50 - (50.0,37168) = 50 - 18,584 = 31,416\%$.

Segundo Bar-Gill, em equilíbrio, o nível de otimismo gera um balanço entre os seus efeitos positivos e negativos. Ou seja, de um lado assegura acordos de valor maior, enquanto de outro dificulta a realização dos acordos em si.¹²¹⁵

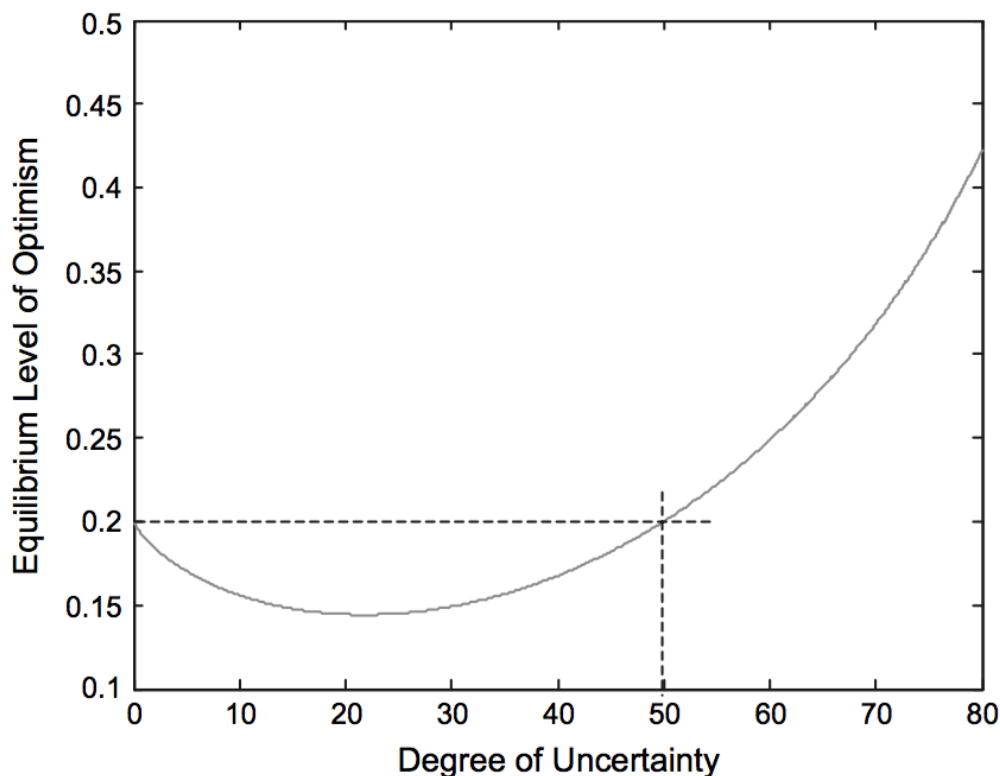
Todavia, ao introduzir incerteza na equação do *otimismo prevalente*, o autor demonstra algumas conclusões bastante contraintuitivas, quais sejam:

- i. a existência de incerteza em baixo grau diminui o otimismo médio prevalente, porque os advogados precisam se precaver contra um risco de impasse nas negociações de acordo;
- ii. quando o nível de incerteza aumenta muito, baixos níveis de otimismo passam a ser ineficientes para prevenir o impasse nas negociações, então o nível prevalente de otimismo cresce para ao menos tentar garantir bons acordos nas poucas hipóteses em que ele pode ocorrer.

A função do nível de otimismo em equilíbrio em razão do nível de incerteza encontra a expressão gráfica abaixo:

¹²¹⁵ BAR-GILL, Oren, *The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation*, in The Journal of Law, Economics & Organizations, Vol 22, n. 2; P.501

Gráfico 32 - Nível de otimismo em função do grau de incerteza do sistema¹²¹⁶



Esse gráfico nos remete diretamente à discussão sobre o valor dos precedentes vinculantes.

Como vimos, um sistema estável de precedentes vinculantes diminui a incerteza. Ao diminuir a incerteza, reduzem-se os níveis de otimismo dos advogados, o que acaba por colaborar com o comportamento cooperativo de se buscar uma solução negociada para o litígio, reduzindo-se os custos sociais do sistema de justiça como um todo.

Posto isso, podemos afirmar que a introdução do otimismo no modelo clássico gera conclusões que podem ser resumidas nas seguintes proposições:

- i. o viés otimista é inerente a todo ser humano;
- ii. as partes, via de regra, são otimistas;
- iii. advogados, assim como outros especialistas, não escapam ao viés otimista;
- iv. a presença do otimismo diminui o “intervalo de acordo”;
- v. no Brasil, o intervalo de acordo é estreito, por conta dos custos do processo;
- vi. o otimismo prevalente no meio advocatício é, via de regra, o otimismo moderado;

¹²¹⁶ Ibidem, p. 502.

- vii. o sistema brasileiro de sucumbência contribui para o decréscimo endógeno de otimismo;
- viii. o sistema brasileiro de custas baixas contribui para o crescimento endógeno de otimismo;
- ix. o cenário de incerteza do sistema jurídico aumenta o nível prevalente de otimismo e dificulta os acordos;
- x. um sistema eficiente de precedentes é necessário para manter o equilíbrio do otimismo moderado e permitir a postura cooperativa de partes e advogados para que haja autocomposição.

6.7.2 Aversão ao risco

É típico da economia clássica considerar que a média das pessoas é avessa ao risco. Conforme já vimos, a aversão ao risco dá-se principalmente em razão da decrescente utilidade marginal da riqueza.¹²¹⁷

A partir dessa premissa, se introduzirmos a *aversão ao risco* no modelo clássico até aqui utilizado, é de esperar-se maior cooperação entre as partes, com crescentes chances de autocomposição.

É dizer: a parte avessa ao risco preferirá *pagar* algo por um acordo certo do que arriscar-se na incerta aventura do processo judicial.¹²¹⁸

Nos modelos que incorporam a aversão ao risco na versão clássica, quanto maiores os custos do processo e o valor do pedido, maior a chance de realizar-se o acordo.

Nas negociações em torno do *superávit do acordo*, a tendência é que a parte menos avessa ao risco aproprie-se do maior montante, já que seu adversário, por ter maior aversão ao risco, estará disposto a pagar algo a mais para evitar o processo.

Ocorre que, como também já vimos, a economia comportamental alterou bastante a chamada *teoria da utilidade esperada*, atualizando-a com a *teoria da perspectiva*.¹²¹⁹

O *insight* básico da *teoria da perspectiva* é o reconhecimento de que as pessoas dão *pesos emocionais* diferentes para eventos prováveis e eventos certos, conferindo mais valor à certeza do que à probabilidade.¹²²⁰

¹²¹⁷ Seção 3.2.

¹²¹⁸ Shavell, **Foundations**, p. 406

¹²¹⁹ **Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk**, op. cit.

¹²²⁰ “[...] *people underweight outcomes that are merely probable in comparison with outcomes that are obtained with certainty.*” KAHNEMAN, Daniel and TVERSKY, Amos. Op. Cit. P. 263

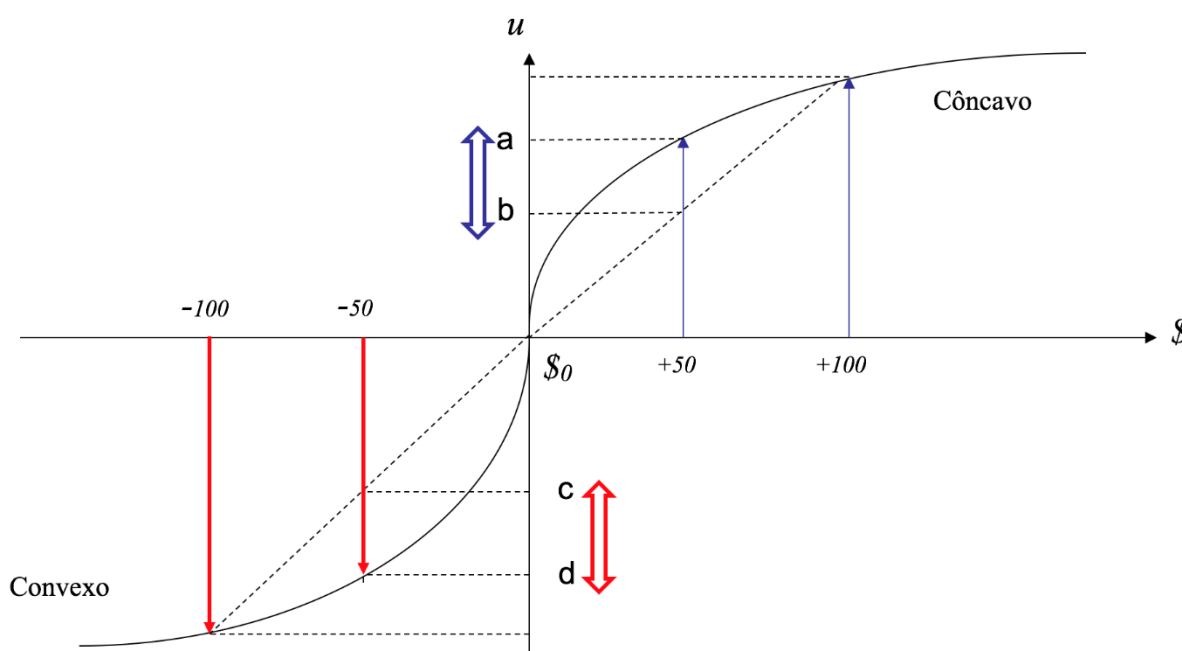
Por conta disso, as pessoas preferem valores menores certos a valores maiores incertos. Todavia, em *situações de perda*, todos estão dispostos a arriscar uma perda maior em troca da possibilidade de não haver perda alguma. É que a *perda certa dói mais do que a perda incerta* (porque certezas são *mais sentidas* do que probabilidades), ainda que, no caso da perda incerta, a *perda esperada* tenha o mesmo valor médio da perda certa.

Retomamos o exemplo do jogo de cara ou coroa. Estudos mostram que, diante de uma perda certa de R\$50 e uma perda incerta de R\$100 ou R\$0 a partir do lançamento de uma moeda, os indivíduos, em sua maioria, preferem arriscar. Mas quando o jogo muda para a escolha entre um ganho certo de R\$50 ou um lançamento de moeda em que pode ganhar R\$100 ou nada, a maioria não quer escolher um lado e lançar a moeda.

Novamente, como certezas são mais valorizadas do que as probabilidades, os R\$50 certos *valem* mais do que os R\$100 com 50% de chances (que tem o mesmo valor esperado de R\$50). Pelo mesmo motivo, a perda certa de R\$50 dói mais do que a chance de perder R\$100 ou R\$0 com 50% de chances (aposta que tem o mesmo valor esperado da perda certa de R\$50).

Repetimos aqui a elegante função gráfica que representa a teoria da perspectiva e o exemplo dado, agora *encaixados* na realidade do processo civil.

Gráfico 33 - Teoria da perspectiva: análise do comportamento em relação ao risco em situações de ganho e em situações de perda



Suponhamos que o autor pleiteie a condenação do réu no pagamento de R\$100mil, com possibilidade de vitória de 50%. Nesse exemplo, o *sentimento* do autor está representado na parte de cima do gráfico e o *sentimento* do réu na parte de baixo. É que a situação do autor é predominantemente de ganho e a do réu, de perda.

Consideremos ainda que o conciliador tenha *sugerido* um acordo em R\$50mil. Qual será a postura das partes a respeito dessa proposta?

Da análise gráfica, podemos concluir que o autor aceitará o acordo. Para ele, claramente, R\$50mil certos valem mais do que a chance de ganhar R\$100mil com apenas 50% de probabilidade. Note-se que, para ele, o valor esperado do processo é R\$50mil (R\$100mil, com 50% de chance).

É fácil de ver a representação gráfica da *aversão ao risco* do autor. A utilidade extraída do acordo de R\$50mil está representada pela letra *a*, enquanto a utilidade do processo com chances de vitória de 50% está indicada pela letra *b* (extraída da linha média entre zero e cem).

Note-se que o valor é o mesmo, R\$50mil, mas na proposta de acordo esse é um valor certo, enquanto que, no processo, ele é incerto. A seta azul indica a diferença de utilidade entre um e outro e aponta a disposição do autor de aceitar o acordo, ainda que ele tenha uma razoável possibilidade de acabar com R\$100mil caso o processo continue.

A mesma análise mostra claramente que o réu rejeitará a proposta de acordo. Como certezas doem mais que probabilidades, é *melhor* perder R\$100mil com 50% de chances do que perder R\$50mil com certeza. Note-se que, ao rejeitar-se o acordo, o valor da perda esperada é dos mesmos R\$50mil (R\$100mil com 50% de chances).

Ao contrário do autor, e ao contrário do predito pela teoria clássica, o réu não é avesso ao risco, mas sim desejoso do risco. Ele prefere arriscar, porque perdas incertas doem mais do que perdas certas.

A perda certa de R\$50mil tem sua utilidade representada pela letra *d*, enquanto a perda incerta de R\$100mil com 50% de chance tem utilidade indicada pela letra *c* (linha média entre zero e cem negativos). A seta vermelha indica a diferença de utilidade entre um caso e outro.

Em conclusão, podemos afirmar que o réu rejeitará a proposta de acordo.

Há diversas evidências empíricas sobre a aplicação da teoria da perspectiva no processo civil e nas negociações de acordo.¹²²¹

¹²²¹ Russell Korobkin & Chris Guthrie, **Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach**, 93 Mich. L. Rev. 107, 129-38 (1994); Linda Babcock, Henry S. Farber, Cynthia Fobian & Eldar Shafir, **Forming Beliefs About Adjudicated Outcomes: Perceptions of Risk and Reservation Values**, 15 INT'L REV. L. & EcoN. 289 (1995).

Rachlinski¹²²² apresenta pesquisa empírica na qual diversas pessoas foram divididas em dois grupos para avaliação de uma proposta de acordo no processo: um grupo de *autores* e outro de *réus*. Era de conhecimento de todos a existência de um processo com pedido de condenação do réu em determinado valor com chance de vitória conhecida por ambas as partes e proposta de acordo de pagamento imediato em montante idêntico ao valor esperado do processo.

Por exemplo, apresentava-se um pedido de condenação de R\$80mil com 50% chances de procedência e oferecia-se proposta de acordo de R\$40mil.¹²²³ Perguntava-se às pessoas se a oferta deveria ser aceita.

No grupo dos autores, a aceitação foi de 81,3%. Já no grupo dos réus, esse percentual foi de apenas 45,5%. Mesmo sem ser envolvido na situação real, o mero *colocar-se na posição* de autor ou de réu implicou a adoção de posturas distintas em relação ao risco que o processo representa frente à segurança oferecida pela proposta de acordo.¹²²⁴

Sabedores da diferença de perfil entre autor e réu no que se refere ao *risco*, entendemos necessária a busca de *designs* processuais que estimulem a conduta cooperativa do réu em nível mais intenso que a conduta do autor, no que se refere à busca da autocomposição.

Nessa linha, foi bem o legislador no desenho da audiência do art. 334 do CPC.¹²²⁵

Note-se que, a menos que o autor tenha externado seu desejo da não realização do ato, o comparecimento do réu será obrigatório, sob pena de imposição de multa de até 2% sobre o benefício econômico pretendido (§ 8º). Isso, todavia, parece pouco para realmente estimular o réu a propor/aceitar um acordo, alterando sua pré-disposição ao risco.

As soluções passam, ao nosso ver, por estímulos econômicos que façam com que a certeza efetivamente *valha mais* do que o risco do processo. Nessa linha, as previsões do art. 90, § 3º e § 4º, do CPC/2015 são, mais uma vez, insuficientes.¹²²⁶

A uma porque *reconhecimento de procedência do pedido* não é tecnicamente transação, mas sim autocomposição unilateral, decorrente da aceitação plena das razões do autor.¹²²⁷

¹²²² Rachlinski, Jeffrey J. in Southern California Law Review, Nov, 1996, Vol.70(1), p.113-185

¹²²³ O estudo deu-se com oito versões diferentes, cada uma com um valor de condenação com respectiva proposta de acordo e valor equivalente ao esperado de acordo com as chances de vitória. Por exemplo, em uma versão, o pedido era de condenação de \$100mil com chances de 50% e proposta de acordo de \$50mil. Em outro, o pedido era de 200 mil, com chance de 30% e proposta de \$60 mil, e assim por diante.

¹²²⁴ Op. Cit. P. 135-137

¹²²⁵ Afora, claro, o problema da ausência da contestação, do qual já tratamos.

¹²²⁶ “§ 3º Se a transação ocorrer antes da sentença, as partes ficam dispensadas do pagamento das custas processuais remanescentes, se houver. § 4º Se o réu reconhecer a procedência do pedido e, simultaneamente, cumprir integralmente a prestação reconhecida, os honorários serão reduzidos pela metade.”

¹²²⁷ José Carlos Barbosa Moreira, **Aspectos da “extinção do processo” conforme o art. 329 do CPC**, in Revista de Processo | vol. 57/1990 | p. 198 - 205 | Jan - Mar / 1990, P. 202.

A duas porque o benefício de *dispensa* do pagamento de custas processuais remanescentes, esse sim voltado para a transação, é absolutamente irrisório em termos financeiros, já que, como vimos, as custas processuais no Brasil estão concentradas na fase postulatória, sobrando pouco para as *custas remanescentes*.

A três porque, como vimos, a transação impõe altíssimos custos de transação no CPC/2015, isso em razão da nova sistemática do pagamento de honorários advocatícios.¹²²⁸ Esses custos, de longe, superam os ínfimos estímulos promovidos pela isenção das *custas remanescentes*.

Por outro lado, soluções envolvendo redução de honorários advocatícios são efetivamente estimulantes para as partes, mas têm o defeito de aumentar o *problema de agência*, fazendo divergir os interesses entre parte e advogado, com evidentes prejuízos para soluções negociadas, conforme já estudamos.

Uma profunda alteração no sistema de custas, com elevação de valores, redistribuição no tempo do processo e punição por acordos não realizados sempre que o resultado final for inferior à proposta rejeitada parecem ser as soluções mais coerentes para o problema.

Obviamente, a própria efetividade do processo, com a diminuição das incertezas, e, principalmente, a existência de um aparato executivo extremamente rigoroso para com o vencido, são estímulos evidentes à postura cooperativa do réu, aptos mesmo à alteração de sua pré-disposição ao risco. Todas essas possíveis soluções serão abordadas nos capítulos seguintes.

6.7.3 O momento do acordo: gastos a fundo perdido importam... mas de um jeito diferente

Na década de 1880, Thomas Edison já havia concebido a lâmpada elétrica, mas não conseguia ganhar muito dinheiro com sua nova invenção. Ele investira uma boa soma de numa fábrica para produzir lâmpadas, mas a indústria operava abaixo de sua capacidade produtiva porque não havia demanda suficiente.¹²²⁹

Edison, então, teve uma ideia: aumentar a produção de lâmpadas no limite da capacidade produtiva da fábrica, vendendo a produção excedente abaixo do valor de custo. Para tanto, ele investiu 2% de todo o valor gasto até então com a fábrica, elevando a produtividade em 25%.

¹²²⁸ Luiz Henrique Volpe Camargo, in **Breves comentários ao novo código de processo civil**, Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr, Eduardo Talamini e Bruno Dantas (coord.) Aão Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 344-345

¹²²⁹ Thomas, R. P. (1981). **Microeconomic applications: Understanding the american economy**, Belmont, CA: Wadsworth.

Os sócios de Edson acharam essa uma péssima ideia, mas ele o fez mesmo assim. Ele entendia que todo o valor gasto até então não importava, porque não poderia ser recuperado (*sunk costs*), e não deveria influenciar suas decisões futuras. No fim, Thomas Edson acabou vendendo a produção excedente na Europa, por valores bem superiores ao custo.

Thomas Edson agira racionalmente. Ele entendera que gastos a fundo perdido não podiam influenciar decisões futuras, exatamente porque não eram recuperáveis. A maioria das pessoas, porém, não pensa da mesma forma.

Considere o leitor duas situações.

Imagine primeiro que você tenha programado uma ida ao teatro numa noite de quarta-feira, para assistir a uma peça de seu relativo interesse, sem, todavia, prévia aquisição de ingresso. Poucos minutos antes de sair de casa cai uma tempestade na cidade. De zero a dez, qual seria seu nível de motivação para ir ao teatro?

Considere agora que você já tenha adquirido o ingresso da peça, pagando por ele R\$200. Qual seria seu novo nível de motivação? Igual, maior ou menor do que na primeira situação?

Um agente racional diria que o nível de motivação é o mesmo, de modo que, se ele decidiu não ir ao teatro por causa da tempestade na situação um, ele também não irá na situação dois. Mas não é isso que ocorre à maioria das pessoas, e talvez não seja isso que ocorreu ao leitor. Em verdade, a maioria relata um nível maior de motivação na segunda situação, exatamente por conta do valor dispendido na compra do ingresso.¹²³⁰

Essa tendência irracional é conhecida na economia comportamental como a *falácia dos gastos a fundo perdido* (*sunk costs fallacy*),¹²³¹ e é a responsável por graves erros decisórios, desde a continuidade de um projeto falido que já consumiu muito investimento até a manutenção de um casamento infeliz, de um emprego ruim ou de um projeto de pesquisa equivocado.¹²³²

Tecnicamente, a falácia dos custos a fundo perdido pode ser definida como a tendência de se continuar uma atividade na qual já se investiu dinheiro, esforço ou tempo em quantidade relevante.¹²³³

Mas o que tudo isso tem a ver com comportamento cooperativo no processo civil?

6.7.3.1 O efeito da falácia dos custos a fundo perdido no processo civil brasileiro

¹²³⁰ HAL R. ARKES AND CATHERINE BLUMER, **The psychology of sunk costs**, in ORGANIZATIONAL BEHAVIOR AND human decision processes 35, 124-140, 1985, Ohio University, p. 125

¹²³¹ Richard H. Thaler, **Misbehaving**, op. cit. P. 65.

¹²³² KAHNEMAN, **Think fast and slow**, Op. cit. location 5778 e 5795; Sustain, Jolls and Thaler, op. cit. P. 1483.

¹²³³ The psychology of sunk cost, op. cit. p. 124.

Como vimos, no Brasil, o legislador posicionou no início do processo o principal momento para composição das partes, qual seja, a audiência de mediação ou conciliação (ainda que a autocomposição deva ser estimulada em todas as suas fases).¹²³⁴

Até aqui, sabemos que a busca do acordo no início do processo tem uma vantagem e uma desvantagem. A vantagem é o estímulo gerado às partes pela economia dos custos que seriam dispendidos ao longo do processo.

A desvantagem é o fato de que, nesse momento, a assimetria de informação ainda é grande. Com o decorrer do processo, a conduta das partes *transmite* informação e diminui a assimetria, fazendo convergir as expectativas quanto ao resultado final, o que aumenta o *intervalo de acordo* e, conseqüentemente, suas possibilidades.

Vimos ainda que, infelizmente, o sistema brasileiro reduz a vantagem da economia e aprofunda a desvantagem da assimetria de informação. A concentração das custas no momento inicial e a ausência de contestação anterior à audiência são as respectivas causas dessas desventuras.

Com efeito, de acordo com a abordagem clássica, se a parte pagou a maior porção dos custos do processo no seu início, há pouco a economizar com um acordo daí em diante. Claro que tempo, esforço e aborrecimentos são custos que podem ser evitados com um acordo, principalmente quando se tem um procedimento executivo ineficiente como o nosso.¹²³⁵ Mas o legislador não poderia ter perdido a oportunidade de reservar parte relevante dos gastos para momentos futuros, no trâmite do processo ainda em primeiro grau.¹²³⁶

O problema é que, ao atualizarmos o modelo clássico com os *insights* da economia comportamental, verificamos um *mal* adicional causado pela alocação das custas do processo no momento inicial: ela desestimula ainda mais o comportamento cooperativo do autor em aceitar um acordo razoável.

Explicamos: imagine-se um processo em que as custas processuais sejam de R\$10mil e que o autor tenha expectativa de vitória de 50%. No Brasil, é obrigatória a comprovação do pagamento do valor total das custas logo na distribuição da petição inicial.¹²³⁷

¹²³⁴ Obviamente esse dever de estímulo não tem qualquer eficácia prática a menos que haja recompensas efetivas que gerem esses estímulos.

¹²³⁵ Por outro lado, a eficiência de um procedimento executivo ideal não pode levar ao desestímulo da autocomposição. Mas é exatamente isso que ocorrerá caso as custas continuem concentradas no início do processo.

¹²³⁶ Falaremos mais especificamente sobre esse tema no capítulo seguinte. Sabe-se que, em alguns tribunais de justiça, o valor das custas para apelação é razoavelmente elevado. A apelação, todavia, deveria ser exceção, e não regra do sistema.

¹²³⁷ CPC/2015, art. 82 e art. 320.

Como vimos, a abordagem clássica vê aí uma desvantagem, porque, em caso de acordo ou desistência, via de regra, não há mais nada a economizar, ressalvado o reembolso da metade desse valor, caso de outra forma não decidam as partes.¹²³⁸

Sendo assim, não há qualquer economia futura em termos de custas, já que, ao dividirem-se as custas na transação, o autor arcará exatamente com o mesmo valor das *custas esperadas*.¹²³⁹ Na desistência da ação a situação é ainda pior, pois ela implicará o pagamento definitivo de valor maior que o esperado.

Contra esse argumento, é bem verdade que poderiam ser apontados todos os custos não financeiros do processo.

Ocorre que a *falácia dos gastos a fundo perdido* impõe um peso extra a estes R\$10mil. Esse peso tem a mesma natureza do impulso de enfrentar a tempestade para ir ao teatro só porque já se gastou dinheiro com o ingresso.

Não é difícil perceber que o pagamento antecipado das custas aumentará o ânimo do autor de ir até o final do processo, enfrentando o tempo e o desgaste de sua longa duração.

Afinal de contas, *já que eu gastei R\$10mil de custas (valor total), agora eu vou até o fim!* É esse o tipo de pensamento que atormentará a mente do autor médio, graças à concentração do pagamento das custas no momento inicial do processo.

Claro que sabemos que existem outros custos a serem pagos, tanto no início quanto ao longo do processo. Honorários contratuais, como descrevemos em diversos modelos até aqui, muitas vezes são pagos antes do ajuizamento da ação. O aborrecimento e o ônus temporal do processo também devem ser considerados. Esses custos privados, todavia, não podem ser controlados pelo Estado.¹²⁴⁰

Já as custas processuais, tributo que são, poderiam ser mais bem dimensionadas e distribuídas, de modo a gerar maiores incentivos, decorrentes não só da economia de recursos, mas também do evitamento da *falácia dos gastos a fundo perdido*.

Em resumo, a concentração de custas processuais no início do processo prejudica o comportamento cooperativo das partes na busca da autocomposição, seja porque *sunk costs don't matter* (na economia clássica) seja porque *sunk costs matter (sunk costs fallacy)*, na economia comportamental).

¹²³⁸ CPC/2015, art. 90, § 2º.

¹²³⁹ É que, no nosso exemplo, se a chance de vitória é de 50%, o valor das custas esperadas será o valor total das custas ponderado pela possibilidade de vitória, ou seja, 50%.

¹²⁴⁰ Em relação ao ônus temporal do processo, o correto manejo das diversas formas de *tutela provisória* e a efetividade da execução são, em verdade, mecanismos de controle que de alguma forma redistribuem esse ônus t. Por todos, MARINONI, et al, *Curso... vol 2* p. 208-214.

6.7.4 Outros vieses e possíveis atualizações de modelo

Ao longo dos anos, a psicologia descobriu inúmeros vieses comportamentais¹²⁴¹ que impactam os clássicos modelos econômicos de uma forma ou de outra.

Muitos desses comportamentos certamente alteram a forma como partes e advogados comportam-se no processo, influenciando diretamente as possibilidades de atuação cooperativa. Adaptação hedônica (*hedonic adaptation*),¹²⁴² avaliação do que é justo de acordo com a autoconveniência (*self-serving bias*),¹²⁴³ viés de confirmação (*confirmation bias*),¹²⁴⁴ análise em retrospectiva (*hindsight bias*)¹²⁴⁵ são apenas alguns exemplos.

Muitos desses vieses vêm sendo estudados no campo da *behavioral law and economics*, inclusive no âmbito do processo civil.¹²⁴⁶

Todavia, modelos comportamentais tendem a ser mais complexos do que os modelos clássicos, exatamente por incorporarem fragmentos da realidade por esses ignorados. Como vimos, em ciência, complexidade é um custo que tem de ser devidamente justificado pelos benefícios que gera.

¹²⁴¹ FONSECA COSTA, José Eduardo da. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo institucional entre direito processual, economia e psicologia**, op. cit. P. 48.

¹²⁴² **Hedonic adaptation and the settlement of civil lawsuits**, BRONSTEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S., in *Columbia Law Review*, Oct, 2008, Vol.108(6), p.1516-1549.

Adaptação hedônica é a diminuição no tempo da *intensidade afetiva* de circunstâncias favoráveis e desfavoráveis. Os exemplos mais chocantes desse viés comportamental diz para com pessoas que sofreram perda de capacidade motora em razão de algum acidente. O que de início provoca grande sofrimento, passa a ser acomodado por alterações físicas e cognitivas capazes de proporcionar ao indivíduo uma retomada do nível anterior de felicidade. FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George, *Hedonic Adaptation*, in KAHNEMAN Daniel, DIENER Ed, e SCHWARZ Norbert (eds.), **Well-Being: The Foundations of Hedonic Psychology** (New York: The Russell Sage Foundation, 1999. P.302-329, principalmente 302-303.

Masur e seus colegas propõem que, devido à adaptação hedônica, o montante exigido pela vítima logo após a injúria será superior ao pleiteado no final do processo, caso haja algum tipo de negociação ou tentativa de autocomposição. Op. Cit. P. 1516.

¹²⁴³ BABCOCK, Linda e LOEWENSTEIN, George, **Explaining bargaining impasse: the role of self-serving biases**. in *Journal of Economic Perspectives* - Volume 11, Number 1-Winter 1997-P. 109-126. Para os autores, a tendência de medirmos o que é justo ou injusto de acordo com nossas próprias perspectivas é uma das principais razões para que acordos favoráveis a ambas as partes no processo não sejam alcançados. p.110.

¹²⁴⁴ Trata-se da tendência de utilizarmos nosso *sistema 1* (impulsivo) para buscar informações que confirmem uma certa afirmação que nos foi apresentada. Esse viés leva-nos a superestimar a probabilidade de ocorrência de eventos pouco prováveis. KAHNEMAN, Daniel, **Think fast and slow**, op. cit. Location 1326.

¹²⁴⁵ Trata-se da tendência de avaliação de um comportamento ou evento de acordo com seus resultados, desprezando-se as probabilidades do momento em que o ato foi praticado. Esse viés acaba distorcendo nossa capacidade de avaliação, por exemplo, em processos envolvendo alegação de erro médico. O fato de uma consequência terrível ter decorrido de uma determinada intervenção distorce nossa capacidade de avaliação daquela conduta como necessária ou não e dos riscos envolvidos no momento imediatamente anterior ao ato interventivo. KAHNEMAN, op. cit. Location 3360.

¹²⁴⁶ Ver notas 1242 e 1243.

No nosso caso, apesar de reconhecer a beleza de modelos comportamentais ainda mais complexos, optamos por não agregar outros vieses além dos aqui já estudados.

Como já ficou claro, o direito brasileiro, aí incluído o direito processual civil, ainda engatinha na assimilação de conceitos econômicos. No âmbito das conquistas da psicologia e da neurociência então, as assimilações são praticamente inexistentes.

Por isso, a atual configuração do processo civil brasileiro e, mais amplamente, do nosso sistema de justiça, é bastante ineficaz do ponto de vista cooperativo (busca do bem-estar social, na tradução do art. 6º do CPC/2015). O lado bom dessa constatação é o fato de que grandes avanços podem ser proporcionados por soluções (modelos) absolutamente simples, de fácil assimilação e aplicação.

Sendo a intenção desta tese demonstrar como o comportamento cooperativo pode ser estimulado com os incentivos corretos, a opção por modelos simples faz todo o sentido. Principalmente quando, por *cooperativo*, entende-se o comportamento capaz de auxiliar o *sistema de justiça* à produção de tutelas de mérito justas e efetivas, em tempo razoável.

Em linguagem econômica, diríamos que a taxa de *utilidade marginal* da incorporação de modelos econômicos simples pelo processo civil brasileiro é altíssima, e vai diminuindo gradativamente de acordo com a adição de complexidades matemáticas ou decorrentes da economia comportamental.

Ainda assim, introduzimos até aqui algumas descobertas da economia comportamental, sofisticando um pouco os primeiros modelos. Além disso, diversas outras observações comportamentais serão apresentadas ao longo deste trabalho, principalmente no próximo capítulo, ao propormos soluções para os problemas aqui encontrados.

6.8 Conclusão parcial

Os modelos utilizados neste capítulo demonstraram que o sistema brasileiro não gera estímulos suficientes para o alcance de taxas ótimas de ajuizamento de demandas judiciais e de realização de autocomposição de conflitos, dentro ou fora do processo. As razões passam pelos baixos custos do processo, pela distribuição desses custos, pela estrutura remuneratória de advogados públicos e privados e pelas assimetrias informacionais geradas pelo procedimento e pelo desrespeito aos precedentes.

Esse universo de *defeitos* fomenta o cenário de tragédia da justiça, emperrando as engrenagens judiciais e dificultando o atingimento do verdadeiro ideal cooperativo: a tutela efetiva, justa e tempestiva dos direitos.

Há, todavia, possíveis soluções para esses males, bem como para a criação de um ambiente amplamente cooperativo no processo. É esse o tema do próximo capítulo.

7 PRIMEIRAS SOLUÇÕES COOPERATIVAS

O objetivo deste capítulo é revelar as primeiras soluções para os problemas que dificultam o comportamento cooperativo das partes e do juiz, diagnosticados pelos modelos desenvolvidos no capítulo anterior.

Dizemos *revelar* soluções porque acreditamos que elas já se fizeram presentes nas *dobras* dos modelos até aqui propostos. Isso porque o intento deste trabalho é, de certa forma, modesto e pretencioso ao mesmo tempo: descortinar problemas crônicos do nosso sistema de justiça, através de modelos econômicos simples, buscando soluções óbvias que se ajustem àqueles mesmos modelos. Assim, como as soluções já estão encartadas nos próprios modelos, serão aqui apenas reveladas e sistematizadas.

Como antecipamos na introdução desta tese, não pretendemos *refundar* o processo civil brasileiro, nem alterar profundamente sua teoria geral ou tampouco abalar os seus cânones. Sendo os problemas ao comportamento cooperativo decorrentes da ausência dos incentivos corretos, as soluções passam pela correção desses incentivos, o que é possível muitas vezes pelo mero remanejamento de custas ou alteração de *designs* procedimentais. As soluções menos convencionais são as que manipulam questões reputacionais, principalmente as do magistrado, para que ele também assuma postura cooperativa.

7.1 Retrato em branco e preto do processo civil brasileiro

Como premissa inicial deste trabalho, propusemos nossa crença no sentido de que o comportamento cooperativo de partes, advogados e juízes pode impactar positivamente o cenário de *tragédia da Justiça* descrito nos capítulos iniciais.

Aceita essa premissa, o outro lado da moeda aponta que a ausência atual de comportamento cooperativo é uma importante causa (ainda que não a única) do cenário de tragédia já descrito. Como visto, o art. 6º do CPC/2015 afirma que *todos os sujeitos do processo devem cooperar para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*. Assim, o cenário de tragédia é o oposto daquele que se espera seja gerado pela postura cooperativa. Mas como obter cooperação?

O que fizemos até aqui foi diagnosticar algumas causas que impedem ou dificultam a colaboração dos atores processuais na fase inicial do processo.

Em um simples retrato dessas causas, podemos dizer que:

O processo civil brasileiro provê poucos incentivos para o comportamento cooperativo de partes, advogados e juízes.

Para as partes, litigar “parece” valer a pena. Os custos do processo são muito baixos e mal distribuídos. Uma mínima chance de vitória já justifica o ajuizamento da ação. Esse problema é ainda mais grave nos processos de valores altos e na Justiça Federal. A assimetria informacional de fato e de direito gerada pelo atual sistema de justiça provoca incertezas e aflora o otimismo, aprofundando os incentivos para a litigância desenfreada.

A situação é ainda mais aguda sob a ótica do réu, tendo em vista sua propensão ao risco, agravada pela falência dos métodos até aqui utilizados de efetivação das decisões judiciais.

Existe um grave “problema de agência” (agency problem) entre partes e advogados. A atual estrutura de honorários advocatícios, ao cumular honorários contratuais e judiciais, é uma das causas desse problema, piorada várias vezes pelo novo regime jurídico do CPC a respeito.

Juízes e cortes de todo o Brasil, incluindo as superiores, têm poucos incentivos para engajamento no comportamento cooperativo, principalmente pela ausência de consequências funcionais e reputacionais quando do desrespeito aos precedentes vinculantes. Em típico círculo vicioso, a ausência de cooperação das partes e dos advogados gera a ausência de cooperação dos juízes, que gera a ausência de cooperação das partes e assim por diante.

Passemos à revelação de possíveis soluções para esse rosário de problemas.

7.2 Restruturação das custas processuais (correção de incentivos para as partes)

A Justiça brasileira é barata para quem litiga e cara para a sociedade, que subsidia a maior parte do sistema.

Não só o valor, mas também a estrutura das custas é equivocada.

Posto e demonstrado isso nos capítulos anteriores, relacionamos as seguintes propostas para solução desse problema.

7.2.1 Aumento substancial das custas judiciais e extinção do teto de custas

Como vimos, em uma das mais caras cortes do Brasil (TJ/RJ), o sentimento de 18% de chances de vitória justifica racionalmente o ajuizamento de uma ação. Esse percentual é inferior

em outras cortes, principalmente na Justiça Federal. Conforme aumenta o valor da causa, diminui-se ainda mais esse percentual, graças ao teto de custas. Como visto, o teto implica gratuidade parcial automática e deve ser extinto, desde que mantidos critérios razoáveis de concessão da gratuidade quando necessário.¹²⁴⁷

Não bastasse isso, a existência do *viés de otimismo* tende a elevar o sentimento das chances de vitória do autor em relação à realidade. Por exemplo, se as chances reais de vitória são de apenas 10%, não raro o autor vai calculá-la em 15%, o que justificará racionalmente o ajuizamento de uma ação claramente frívola.

Propomos a elevação das custas processuais, de modo que as chances mínimas de vitória necessárias ao ajuizamento da ação sejam ao menos razoáveis.

Pensemos, por exemplo, em viabilidades em torno de 30%, o que nos parece um percentual razoável para justificar o movimento de uma máquina caríssima, subsidiada em boa parte por toda a sociedade, incluídos aí os mais pobres.

Essa é uma proposta bastante conservadora, ainda mais porque o autor tenderá a superestimar suas chances de vitória. Por exemplo, se as chances reais de procedência do seu pedido forem de 25%, não raro ele fará sua leitura como sendo 30% ou mais, ajuizando uma ação que *não se justificaria* do ponto de vista econômico.¹²⁴⁸

Retomemos o exemplo do capítulo anterior: demanda por *responsabilidade civil* em que o autor busca a condenação do réu no pagamento de danos no montante de R\$50mil, com custos administrativos de R\$4mil para ambas as partes (R\$3mil relativos a honorários contratuais e R\$1mil pelos aborrecimentos e outros custos) e honorários fixados pelo juiz em 10%.

A fórmula da condição de litigância é: $Pa \cdot Ua \geq Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$.

Fixando as chances mínimas em 30% e mantendo como variável apenas os custos de litigância, teremos: $0,30 \cdot (50.000) \geq 4.000 + Cl \cdot (1 - 0,30)$, $Cl \geq 15.714,28$.¹²⁴⁹

¹²⁴⁷ Em sentido contrário, verbete sumular do STF n. 667: *Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa*. Também nesse sentido, ASSIS, Araken de. **Processo Civil Brasileiro**, vol 1. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos, São Paulo, Ed. RT, 2015. Posto que dominante, pensamos que o entendimento acima tem de ser superado. A uma, porque já provamos seus nefastos efeitos em termos de *seleção adversa de demandas*. A duas, porque, mantidos critérios racionais e justos para concessão parcial de gratuidade, a extinção do teto de custas não implica qualquer restrição de acesso à justiça.

¹²⁴⁸ É sempre necessário lembrar que existem outras portas para a busca da justiça, mais baratas e mais efetivas para demandas com menores chances de sucesso. Esse tipo de solução passa invariavelmente por tentativas de negociação e autocomposição, com baixos custos e auxílio de tecnologia, como vimos quando tratamos do caso do *Ebay*, e como pode e deve ser a mediação extrajudicial no Brasil. Sobre a mediação, no sentido aqui defendido, NALINI, José Renato, **É urgente construir alternativas à justiça**, in *Justiça Multiportas*, (op. cit) p. 30.

¹²⁴⁹ $15.000 \geq 4.000 + Cl(0,70)$; $11.000 \geq Cl(0,70)$; $Cl \geq \frac{11.000}{0,70}$; $Cl \geq 15.714,28$.

Sendo certo que os *custos de litigância* são compostos por todas as custas processuais acrescidas de honorários sucumbenciais, o novo valor total das custas processuais para o nosso exemplo será de R\$10.714,28.¹²⁵⁰

Explicando melhor. O que fizemos neste exemplo foi manter todas as características e números do exemplo anterior, buscando descobrir qual deveria ser o valor das custas judiciais cobradas pelo tribunal para que só valesse a pena ajuizar ações que tivessem no mínimo 30% de chances de procedência. Para que isso ocorra, demonstramos que as atuais custas de R\$1.500 deveriam passar para R\$10.714,28.

Parece muito, mas o montante justifica-se pelas seguintes razões:

- i. esse é o valor necessário para que seja racionalmente viável o ajuizamento de uma ação quando o sentimento de vitória do autor for de apenas 30%;
- ii. devido ao otimismo, esse percentual real será ainda menor;
- iii. a ideia principal é que, para ações com chances diminutas de vitória, haja um verdadeiro incentivo para que o autor busque alguma forma de autocomposição, seja pelo acordo direto,¹²⁵¹ seja pela mediação, mas sempre evitando o ajuizamento da ação;
- iv. a autocomposição é sempre a forma mais efetiva de realização da justiça — porque tem por base uma solução negociada e aceita por ambas as partes;¹²⁵²
- v. a análise do exemplo por outra perspectiva clarifica a injustiça da situação atual — basta, para tanto, perceber que valores muito superiores àqueles R\$10.714,28 estão sendo suportados por toda a sociedade, incluídos os mais pobres, para permitir que ações com quase nenhuma chance de sucesso sejam ajuizadas,¹²⁵³ muitas vezes pelas camadas mais abastadas da população;
- vi. como as custas serão pagas por aquele que sucumbe, esse novo valor também gerará incentivos reais para que a outra parte (potencial réu) atue cooperativamente no sentido de buscar uma solução negociada em autocomposição. Isso fica claro na

¹²⁵⁰ Honorários de 10% sobre \$50mil equivalem a \$5mil. Descontando esses \$5mil dos \$15.714,28, temos um total de \$10.714,28 de custas processuais.

¹²⁵¹ CABRAL, Antônio do Passo e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”**. Op. Cit. P. 709-726.

¹²⁵² Explicando como a mediação acaba por empoderar as partes, VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*, 5a. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2017. P.. 61-62.

¹²⁵³ É aqui que o debate *fairness versus welfare* se concretiza. Como visto, nenhum princípio de justiça pode ser sustentado em detrimento do bem-estar de toda a sociedade. Todavia, como vimos no capítulo 3 (seção 3.3 e, principalmente, seção 3.3.4), situações individualizadas (um autor pagando mais de R\$10mil para acessar o Poder Judiciário) tende a gerar maior sensibilidade do que cenários mais abstratos (um número indeterminado de pessoas subsidiando esses valores em detrimento do custeio de outros serviços públicos essenciais).

- medida em que (a) ações com poucas chances de sucesso não serão sequer ajuizadas (b) as ações ajuizadas, por terem razoável chance de sucesso e pelo fato de as custas, ponderadas por essas chances, serem elevadas, criam uma ameaça capaz de impulsionar o próprio réu à propositura de um acordo (“credible threat”).
- vii. a solução ora apresentada faz ainda mais sentido quando congregada à solução desenvolvida na seção seguinte.

Em resumo, o que se pretende com essa primeira proposta é criar uma espécie de *ameaça* às partes para que se evite minimamente o ajuizamento de algumas ações.

As portas da Justiça, todavia, não estarão fechadas. Muito pelo contrário, para ações que não têm sequer 30% de chances de sucesso, como no nosso exemplo, abrem-se outras portas da Justiça, ainda melhores e socialmente mais desejáveis, como são as da autocomposição. Já àqueles que realmente não tenham condições de arcar com o novo valor das custas, deve-se conceder gratuidade na proporção das necessidades individuais a serem demonstradas no caso concreto.

7.2.2 Redistribuição do valor das custas ao longo do processo

Provamos a existência de ao menos dois argumentos para que as custas processuais não sejam alocadas no início do processo, como ocorre hoje no Brasil.

Em primeiro lugar, do ponto de vista econômico clássico, o sentido de se buscar qualquer tipo de composição após o ajuizamento da ação é a economia dos recursos que ainda serão dispendidos à frente. Se as custas são pagas já no início, perde-se um importante incentivo ao comportamento colaborativo do autor.

Em segundo lugar, a *falácia dos custos a fundo perdido* (*sunk costs fallacy*) nos ensina que os recursos já dispendidos tendem a distorcer a avaliação de posturas futuras. Assim, porque as custas já foram pagas, o autor erradamente tenderá a seguir no processo, turbando-se a avaliação do que poderia vir a ser *um bom acordo* para encerrar o feito logo no início.

Assim, após a elevação das custas, advogamos que seu pagamento seja redistribuído ao longo do processo.

Por exemplo, as custas de R\$10.700 do exemplo anterior poderiam ser divididas em três momentos: o de ajuizamento da ação; o imediatamente posterior ao saneamento do processo; o anterior ao proferimento de sentença.¹²⁵⁴

Essa simples repartição multiplicaria as possibilidades de autocomposição no processo. Haveria incentivos, por exemplo, para que o juiz remetesse as partes para mediação (que pode ser realizada por meio eletrônico) no momento imediatamente anterior a cada uma dessas datas de depósito de custas, ressalvada a primeira. De outro lado, os efeitos da *sunk costs fallacy* ficariam diminuídos pela necessidade de novos desembolsos.

7.2.3 Desvinculação parcial entre pagamento de custas e sucumbência

No sistema atual, o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios está intimamente ligado à ideia de sucumbência (art. 82, § 2º). O autor antecipa as custas, as demais despesas devem ser depositadas antes da realização do respectivo ato processual requerido e, ao final, o sucumbente paga tudo.

Havendo sucumbência recíproca, as despesas devem ser divididas entre as partes na proporção da vitória do autor (art. 86, parágrafo único, do CPC/2015).

Nossa sugestão aqui é que, *no caso de proposta de acordo recusada, recaiam sobre a parte discordante as despesas processuais no montante relativo à diferença entre o valor ofertado e a sentença final, sempre que essa for menos favorável do que o valor oferecido no acordo.*

Tome-se por exemplo um processo em que se pleiteiam R\$50mil; o réu oferece um acordo de \$30mil e o autor rejeita. O juiz acaba por condenar o réu a pagar R\$25mil e as custas e despesas processuais ficam na casa dos R\$10mil. Pelas regras atuais, as despesas serão divididas na proporção da sucumbência de cada parte, ou seja, 50% (R\$5mil) para cada. Com a nova regra, como o réu havia apresentado proposta de \$30mil, caberá o autor pagar 100% das despesas sobre essa diferença de R\$5mil para menos entre o valor ofertado e o valor definido pelo juiz. No caso concreto, porque recusou o acordo, o autor pagará R\$5,5mil, cabendo ao réu o pagamento do restante (\$4,5mil).

A solução funda-se em diversos argumentos da economia clássica e da economia comportamental, quais sejam:

¹²⁵⁴ O depósito das custas antecederia assim o início de cada uma das três principais fases do processo: a postulatória, a instrutória (quando houver) e a decisória.

- i. gera-se um óbvio incentivo para a apresentação de uma proposta de acordo, já que ela funciona como uma espécie de seguro contra o pagamento de despesas processuais. Isso assume particular relevância quando as custas processuais passam a ter valor economicamente relevante;
- ii. cria-se incentivo específico para o réu, funcionando como contrapeso ao seu comportamento tendente à tomada de risco.

Como vimos, a *teoria da perspectiva* prova que o réu, ao contrário do autor, é de comportamento tendente à assunção de riscos, preferindo o *jogo de incerteza* do processo à certeza de uma perda decorrente de uma proposta de acordo que seja aceita pelo autor.

A única forma de estimular o réu à propositura de acordos é aumentando sobremaneira o risco de não o fazer, de modo que o *desconto* do risco seja sobrepujado pelo aumento de valor da *perda esperada*.

Por exemplo, sabe-se que, para o réu, a perda certa de um acordo de R\$25mil provoca (des)utilidade superior à da perda de R\$50mil com 50% de chances. Para isso, é necessário aumentar o (des)valor da perda esperada em relação ao da perda certa, ou então diminuir o (des)valor da perda certa, mantendo-se o da perda esperada.

Assim, dentro da nossa proposta, quando o réu propõe um acordo, ao gerar um *seguro* em relação ao pagamento de custas, ele aumenta a diferença entre a perda certa (menor) e a perda incerta (maior). De outro lado, quando o réu aceita uma proposta de acordo do autor, ele opta pela perda certa (menor) porque essa proposta aumenta a perda incerta (maior), já que, uma vez apresentada, ela gera o risco de ter de arcar com as custas sobre toda a diferença entre o valor proposto e o valor da condenação..

Concretizando a teoria em números com o mesmo exemplo até aqui utilizado, se o réu aceita a proposta de R\$25mil, as custas de R\$10mil serão divididas por igual; logo, a perda certa será de R\$30mil. Em caso de recusa, porém, a perda incerta será superior a R\$30mil. Isso porque, além dos esperados R\$25mil da condenação no pedido principal (50% de chances de condenação em R\$50mil) e dos R\$5mil esperados no que diz respeito às custas (50% de chances de arcar com valores sucumbenciais na casa dos R\$10mil), ele ainda arcará integralmente com o valor esperado da diferença de custas caso a condenação atinja qualquer número superior a R\$25mil (o valor da proposta).

A proposta acima nada tem de original. Existe regra semelhante e recente no direito processual inglês, onde, desde 2007, a recusa do autor ao acordo oferecido pelo réu implicará

sua condenação no pagamento de todas as custas daí em diante, caso o resultado final do processo lhe seja menos favorável quando comparado à proposta de acordo oferecida.¹²⁵⁵

Essa *nova* filosofia de descolamento do pagamento das custas da ideia de sucumbência e de sua redistribuição de forma a incentivar a conduta cooperativa no processo demonstra sua força ao aparecer também no *draft* para um modelo transnacional de processo civil projetado pelo American Law Institute/Unidroit.¹²⁵⁶

Alguém poderia argumentar que esse tipo de incentivo atua igualmente para autor e réu, não sendo suficiente, portanto, para superar o comportamento tendente ao risco desse último.

Discordamos. A dinâmica do processo no Brasil é de tal tipo que faz esperarmos que do réu parta uma proposta de acordo. Isso é ainda mais verdade a partir da desastrosa dinâmica da audiência do art. 334 do CPC/2015, na qual o réu comparece conhecendo os argumentos do autor, mas sem ainda ter apresentado contestação. Nessas circunstâncias de assimetria informacional, não é crível que do autor parta a proposta de acordo.

Para tanto, é necessária a presença de incentivos que superem a tendência do réu de buscar os riscos da incerteza do processo. A nova forma de compartilhamento de custas é, sem dúvida, um estímulo dessa ordem.

Outro impulso para o comportamento cooperativo do réu é a existência de um sistema rigoroso de cumprimento de sentença, tema que será desenvolvido no capítulo 10.

¹²⁵⁵ ANDREWS, Neil, **O moderno processo civil - formas judiciais e alternativas de solução de conflitos na Inglaterra**. 2a. Ed. ALVIM, Teresa Arruda (trad.) 2a. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012. P. 358 e 359.

¹²⁵⁶ Eis a redação original do texto, adotando o *modelo inglês* de divisão de custas processuais, mas ponderando esse *reembolso* ao vencedor pela sua conduta no processo permitindo, no limite, que não haja reembolso algum. Eis a redação original: “22. *Costs*. 22.1 *The prevailing party ordinarily should be awarded a substantial portion of its actual and reasonable costs. “Costs” include court filing fees, fees paid to officials such as referees or court reporters, expenses of presenting evidence, and attorneys’ fees.* 22.2 *Exceptionally, the court may withhold or limit costs to the winning party when there is clear justification for doing so. The court may limit the award to a proportion that reflects expenditures for matters in genuine dispute and award costs against a winning party that has been unreasonably disputatious. The court in making cost decisions may take account of any party’s procedural misconduct in the proceeding.*” Uniform Law Review - Revue de droit uniforme, 2001, Vol. 6(4), pp.1048-1062; Sobre o projeto: HARZARD Jr, Geoffrey; TARUFFO, Michele; STRUNER, Rolf; GIDI, Antonio; **Introduction to the principles and rules of transnational civil procedure**, in Texas International Law Journal, Summer, 1998, Vol.33(3), p.499-541.

7.2.4 Reestruturação da apreciação ao pedido de gratuidade da Justiça¹²⁵⁷

Não é possível tratar do tema da gratuidade da justiça de forma desvinculada do princípio constitucional fundamental do acesso à justiça.¹²⁵⁸ O Brasil, todos sabemos, é um país desigual, no qual o acesso gratuito à Justiça é, muitas vezes, a única porta aberta aos *desvalidos, deserdados deste chão*.¹²⁵⁹

Nossa proposta, assim, respeita e preserva essa ligação entre gratuidade e acesso à justiça.

Nossos objetivos são: (i) buscar a racionalização das regras de deferimento da gratuidade para que ela seja concedida a quem efetivamente dela necessita;¹²⁶⁰ (ii) atrelar a admissão da petição inicial do *juridicamente pobre* às mesmas exigências não financeiras que imaginamos devam incidir sobre a viabilidade de qualquer tipo de ação.

Com isso, pensamos evitar maiores perturbações no princípio do acesso à justiça, o que implicaria dificuldades de ordem constitucional.

7.2.4.1 Considerações preliminares: por que é tão difícil questionar as *gratuidades de justiça*?

Mesmo sem ter o propósito de investigar ou reformular conceitos clássicos do direito processual,¹²⁶¹ antes de adentrarmos a nossa proposta, teceremos algumas muito rápidas considerações sobre o acesso à justiça, sopesadas pelas intuições econômicas já apresentadas nesta tese, exatamente para provar que os ajustes aqui propostos não ferem suas respectivas garantias constitucionais.

¹²⁵⁷ Aqui definida como a *isenção de custas e demais despesas processuais para o acesso ao judiciário*. CHUAI, Silvia Helena. **Assistência jurídica e serviço social: reflexões interdisciplinares**. Serviço Social e Sociedade, São Paulo: Ed. Cortez, v. 22 67, vp. 124-132, 2001.

¹²⁵⁸ Sobre acesso à Justiça, sem descuidar de aspectos pragmáticos, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

¹²⁵⁹ Adaptação de trecho da letra de Marcio Borges para Música de Milton Nascimento (*Novena*), disponível em <https://www.cifraclub.com.br/milton-nascimento/novena/letra/>, acesso em 30/06/2017.

¹²⁶⁰ Como afirma Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *É preciso que existam mecanismos para frear o abuso, inclusive de natureza financeira, mas nunca desestimular o acesso inicial de quem tem direito de discutir*. Op. Cit. p. 60.

¹²⁶¹ Ainda que essa necessidade seja evidente, diante de toda a evolução recente do direito processual civil brasileiro. Nesse sentido, SICA, Heitor, **Velhos e novos institutos de direito processual civil**, in 40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro, ZUFFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio (Org.), São Paulo, Malheiros, 2013. P.430-466

No capítulo inicial deste trabalho, abordamos o cenário atual de *tragédia da Justiça*, concluindo pela transformação do acesso à justiça em miragem para toda a sociedade,¹²⁶² incluídos aí os desvalidos.¹²⁶³

Já no capítulo 3 tratamos dos conflitos entre *justiça e bem-estar social*, assentando que políticas públicas devem levar apenas o segundo critério em consideração, posto que os sentimentos de justiça sejam fundamentais para o sucesso rápido das relações sociais na maior parte das vezes.

Dito isso, inclinamo-nos a imaginar uma revisão no modelo legal de gratuidade da justiça, dentro do ambiente de justiça multiportas, estreitando as *portas* caras e menos eficientes e abrindo outras mais adequadas,¹²⁶⁴ como as da mediação.¹²⁶⁵

Em termos conceituais, restrições à gratuidade da Justiça não implicam necessariamente restrições de acesso à justiça,¹²⁶⁶ quer por conta do cenário de tragédia do Poder Judiciário gerado pelo *demandismo*, quer por não ser o Poder Judiciário a única e a mais adequada porta do acesso à justiça.¹²⁶⁷ O próprio conceito moderno de *jurisdição*,¹²⁶⁸ cada vez mais desatrelado do aparelho estatal, corrobora esse entendimento.

Dito isso, mesmo defendendo a ideia de que o estreitamento de uma porta com o correspondente alargamento ou criação de outras mais adequadas não fere o direito

¹²⁶² Em trabalho de fôlego a respeito, Julio Cesar Marcellino Jr. dá a essa situação o nome de *acesso inautêntico*. Análise Econômica do Acesso à Justiça. Op. Cit. p. 171.

¹²⁶³ Ao tratar do tema do acesso à justiça no âmbito dos juizados especiais, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro vincula a realidade desse acesso ao *princípio da utilidade*, que implica a necessária instituição de mecanismos que tornem efetivas as execuções de sentença no âmbito daquela competência. Op. cit. P. 234.

¹²⁶⁴ Em verdade, a adequação de outras portas, que não a da atividade jurisdicional clássica, implica a necessária atualização do conceito de acesso à justiça, na linha defendida por Kazuo Watanabe, ou seja, *acesso à justiça como acesso à ordem jurídica justa, e não mero acesso aos órgãos judiciários*. WATANABE, Kazuo, **Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses - utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias.**, in in 40 anos da teoria geral do processo no Brasil. Passado, presente e futuro, ZUFFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio (Org.), São Paulo, Malheiros, 2013. P.556-561, principalmente p. 559.

¹²⁶⁵ Sobre a ausência de violação do acesso à justiça no modelo multiportas, considerando acessível o poder judiciário quando essa for a porta adequada, ZANETI Jr, Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavierp. *Apresentação*, in *Justiça Multiportas*, op. cit. p. 9. Na mesma linha, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro vincula a realidade do acesso à justiça a mecanismos efetivos de conciliação no âmbito dos juizados especiais cíveis. Op. Cit. p. 233.

¹²⁶⁶ TENENBLAT, Fábio, **Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça**, in Revista CEJ, Brasília, Ano XV, p. 23-35, jan./mar.2011 P. 24.

¹²⁶⁷ Lenardo Greco reconhece esse papel desempenhado pelos *meios alternativos de solução de conflitos*, ainda que aponte para a insuficiência do seu desenvolvimento. GRECO, Leonardo, **Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil**, VolII, 5a. ed., Forense, Rio de Janeiro, 2015. P. 20-21.

¹²⁶⁸ Nesse sentido, Leonardo Greco, para quem as duas características fundamentais do conceito de jurisdição são apenas *a imparcialidade dos responsáveis [...] e a finalidade de tutelar interesses particulares*. Op. Cit. p. 75; Sobre a crise do conceito tradicional de jurisdição, SICA, Heitor. Op. Cit. P. 433-439; Ainda sobre o tema, GRINOVER, Ada Pellegrini, **Os fundamentos da justiça conciliativa**, in Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional, São Paulo, Atlas, 2007. GRINOVER, Ada Pellegrini, WATANABE, Kazuo e LAGRASTA, Caetano (coord).

constitucional do acesso à justiça (antes, pode até reforçar esse direito), reafirmamos que o objetivo desta seção é simplesmente buscar alguma racionalidade nos critérios de concessão de gratuidade da justiça.

Essa não é, todavia, uma ideia simples de ser aceita. O movimento europeu de acesso à justiça foi gerado em um contexto de preocupação de democratização do caro aparato judicial. É fácil dar razão irrestrita às chamadas ondas renovatórias de acesso à justiça, expressão que, desde sua forja no chamado “projeto de Florença”, vem sendo exaltada exaustivamente.¹²⁶⁹

Talvez por isso, qualquer tentativa de racionalização dos critérios de concessão de gratuidade tende a ser vista com olhos de preconceito.

O próprio Mauro Cappelletti, ao tratar do tema, cunha a análise econômica do direito com a *pecha de utilitarista*, sem dizer o que isso significa, apenas afirmando que a complexidade da realidade não se reduz a considerações de ordem *apenas* econômica.¹²⁷⁰

É exatamente por concordarmos com essa complexidade da realidade que utilizamos ferramentas econômicas para garantir que o acesso à justiça possa implicar realmente *acesso*, e não *tragédia*, como ocorre hoje. Não se trata de reduzir tudo a considerações meramente econômicas, mas sim de utilizar ferramentas econômicas que permitam absorver e considerar a maior parte possível dessa complexidade no momento de definir políticas públicas que realmente promovam o bem-estar social.

Ainda que rapidamente, vale a pena visitar algumas possíveis razões explicativas dessa dificuldade que todos temos de *limitar a gratuidade da justiça para preservar o acesso à justiça*.

É do ser humano a busca de alívio imediato para as próprias chagas, em uma troca por vezes pouco racional de um futuro próspero por uma satisfação pontual e imediata. Tratamos do tema quando falamos sobre as bases da economia comportamental. Economia e psicologia demonstram que, em nossa mente, o futuro vale menos do que o presente, de modo que as vicissitudes do porvir acabam sofrendo um desconto de intensidade quando por nós vislumbradas (isso quando as vislumbramos). É o que se chama de *desconto hiperbólico*.¹²⁷¹

¹²⁶⁹SICA, Heitor, op. cit. P. 145. Com o agravante de que, nos países periféricos, esses direitos que levaram séculos para serem implementados em outros lugares, foram disponibilizados *do dia para a noite*. SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES, Maário Manuel Leitão, PEDROSO, João, FERREIRA, Pedro Lopes. *Os tribunais nas sociedades contemporâneas*. Porto: Edições Afortamento, 1996, p. 37.

¹²⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro, **O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época**, in Revista de Processo | vol. 61/1991 | p. 144 - 160 | Jan - Mar / 1991, p. 145).

¹²⁷¹ LAIBSON, David. Golden eggs and hyperbolic discount. in David Laibson. 1997. Golden eggs and hyperbolic discounting. Quarterly Journal of Economics 112(2): 443-477. Tratemos do desconto hiperbólico com profundidade na seção 9.6.3.

Isso acaba se refletindo em muitas escolhas equivocadas, individuais e coletivas, principalmente quando o benefício é imediato e o prejuízo, futuro.¹²⁷²

A psicologia comportamental, com a descoberta dos vieses cognitivos decorrentes da força de vontade limitada (*bounded will-power*), demonstra como esse efeito pode ser amplificado, com graves consequências, inclusive em matéria criminal. Mesmo quando a punição é certa, por ser futura, seu desvalor sofre um certo *desconto* na mente do criminoso, que prefere usufruir da *utilidade imediata* decorrente do cometimento do crime.¹²⁷³

Ainda no campo da psicologia, esse apreço pela ideia de acesso à justiça sem limites de acesso ao Poder Judiciário pode ser explicado por recentíssimas pesquisas ligadas ao campo da *psicologia hedonista* (*hedonic psychology*), responsável pelo estudo das engrenagens psicológicas da felicidade.

Uma das descobertas-chave dessa ciência foi o mecanismo de erros decorrentes de previsões afetivas e falhas da lembrança (*affective forecasting errors and misremembering*). Os cientistas sugerem que todos nós sofremos de ilusão focal, levando-nos a prestar atenção excessiva em determinados pontos isolados da vida, desprezando contextos mais amplos.¹²⁷⁴

Por exemplo, as pessoas adoram a ideia de poder comer uma tigela cheia de sorvete por dia,¹²⁷⁵ ignorando, no momento dessa escolha, que lá pelo terceiro dia o sorvete já não será tão saboroso, bem como o fato de que, em algum tempo, elas estarão extremamente aborrecidas por não conseguir mais vestir as mesmas roupas em razão do óbvio ganho de peso.

Para dar um exemplo jurídico, pensemos nos juizados especiais cíveis. Como veremos abaixo, eles foram criados na década de 1990 para dar conta de uma litigiosidade contida por falta de acesso à justiça. Esse era o ponto focal. Assim, foram estruturados a partir da ideia de gratuidade de justiça automática e para todos, de modo a gerar um benefício imediato extremamente prazeroso para toda a sociedade (“todos terão acesso gratuito à justiça” é lema que equivale à nossa tigela diária de sorvete).

Quem teria coragem de dizer que essa não era uma boa ideia? Quem poderia afirmar, sem graves danos políticos colaterais, que restrições seriam necessárias, até para que essas

¹²⁷² POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. **On the disutility and discounting of imprisonment and the theory of deterrence 12-13.** Harvard Law School, John M Olin Center for Law, Economics, and Business, Discussion Paper No. 213, 1997

¹²⁷³ SUNSTEIN e outros. **Behavioral Approach To Law & Economics**, op. cit. p. 1538-1539).

¹²⁷⁴ BRONSTEEN, John, CHRISTOPHER Buccafusco e MASUR, Jonathan S. **Happiness and the law**, The University of Chicago Press 215. P. 21; WILSON, Timothy D. et. al. *Focalism: a source of durability bias in affective forecasting*, 78 *Journal of Personality & Social Psychology*, 821, 822, 2000.

¹²⁷⁵ *Ibidem*, p. 20.

novas e importantes vias de acesso pudessem manter-se arejadas o suficiente para que o acesso à justiça fosse assegurado no longo prazo?

Obviamente, isso não aconteceu (*bounded-willpower*). Deu no que deu. Como veremos, a tragédia da Justiça alcançou os juizados especiais cíveis, que hoje padecem dos mesmos males das unidades jurisdicionais tradicionais.

Essa breve digressão é apenas mais uma tentativa de deixar claro nosso objetivo: buscar meios cooperativos de garantir o maior acesso à justiça possível, pelas portas adequadas, para quem realmente litiga de boa-fé.

Em outras palavras: a racionalidade dos critérios de concessão da gratuidade da justiça não causa estreitamento na porta de acesso ao Poder Judiciário. Mas, ainda que causasse, isso não implicaria restrição do direito constitucional de acesso à justiça, desde que outras e mais adequadas portas de acesso fossem disponibilizadas.

7.2.4.2 A racionalização da gratuidade: dar a cada um de acordo com a sua “necessidade”

Das propostas até aqui apresentadas, esta é a única que vem recebendo alguma atenção da doutrina de direito processual civil.

Como é sabido, o beneficiário da *assistência judiciária* goza de dois benefícios: a *isenção de custas e demais despesas processuais* e a *designação de um advogado para o defender gratuitamente*.¹²⁷⁶

Esta seção tem por foco a figura do beneficiário *da gratuidade*.

Conforme o art. 5º, LXXIV, da Constituição, *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*. Como sabemos, a concessão de isenção de custas e despesas processuais é um dos componentes da *assistência jurídica* em questão.

Conclui-se, assim, que o benefício da gratuidade só deve ser concedido a quem *comprovar* insuficiência de recursos.

Apesar do *status* constitucional do tema, a assistência jurídica aos necessitados tem longo histórico de regulamentações infraconstitucionais no Brasil.

Com efeito, a Lei n. 1.060/1950 definia a figura do *necessitado* como aquele *cujas situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários do advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família*.¹²⁷⁷

¹²⁷⁶ Leonardo Greco, op. cit. P. 437.

¹²⁷⁷ O art. 2º, parágrafo único, da Lei 1.060/50 encontra-se revogado pelo art. 1.072 do CPC/2015.

Como essa norma não definia um parâmetro objetivo para averiguação da dita *situação econômica*, o legislador, ao longo do tempo, estabeleceu vários critérios de comprovação, que iam desde a atestação de pobreza pelo delegado de polícia à exibição de carteira de trabalho com salário não superior a determinado valor.¹²⁷⁸

Finalmente, em 1986, a Lei n. 7.510 alterou o art. 4º da Lei n. 1.060/1950 para dispensar o requerente da gratuidade de qualquer tipo de prova, bastando sua declaração no sentido de que não dispõe de recursos para prover às despesas do processo *sem prejuízo próprio ou da própria família*.

O CPC/2015, apesar de trazer ampla regulação do benefício da gratuidade, resolvendo competentemente complexas questões processuais, não altera substancialmente os requisitos para sua concessão.¹²⁷⁹

De fato, prevê o art. 98 que “a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei”.

Formulado o pedido a qualquer momento, o juiz somente poderá indeferi-lo “se houver nos autos elementos que evidenciem a falta dos pressupostos legais para a concessão de gratuidade, devendo, antes de indeferir o pedido, determinar à parte a comprovação do preenchimento dos referidos pressupostos” (art. 99, § 2º).

Posto isso, parece-nos que, apesar de derrogação da Lei n. 1.060/1950 pelo CPC/2015, o critério para concessão do benefício da gratuidade está mantido, qual seja, *a mera declaração de insuficiência de recursos*, que terá presunção de veracidade para as pessoas naturais (art. 99, § 3º), podendo o juiz exigir comprovação apenas quando houver nos autos elementos que evidenciem o contrário do que foi declarado (art. 99, § 2º).

Cabe ainda dizer que, após a concessão, é possível impugnação pela parte contrária, cujo acolhimento enseja o cabimento de recurso (art. 100 e art. 101). Naturalmente, o ônus da prova, nesse caso, será do impugnante.

Resumindo tudo o que foi dito até aqui: (i) a gratuidade da justiça será concedida sempre que a parte ou seu advogado declarar insuficiência de recursos; (ii) o juiz não pode indeferir esse pedido de plano; (iii) o juiz só pode exigir a comprovação da alegada insuficiência de recursos se houver elementos nos autos que justifiquem sua desconfiança; (iv) caso a gratuidade seja concedida, ela pode ser impugnada pela parte contrária, que terá o ônus de provar a

¹²⁷⁸ Leonardo Greco, op. cit. P. 438.

¹²⁷⁹ Novamente uma tigela de sorvete para o legislador escolher em nome da sociedade. Quem faria diferente?

suficiência de recursos do requerente; (v) acolhida essa impugnação, pode o requerente interpor recurso.

Conforme demonstraremos, desse estado de coisas decorrem os seguintes *incentivos* para partes, advogados e juízes: (i) a pessoa natural que não seja evidentemente rica tende a requerer a gratuidade e a ajuizar a demanda, mesmo que haja pouquíssimas perspectivas de vitória e mesmo que possua suficiência de recursos; (ii) o juiz tende a não determinar a comprovação dos requisitos; (iii) o advogado da parte tende a estimular o pedido de gratuidade; (iv) a parte contrária tende a não impugnar o pedido; (v) o advogado da parte contrária tende a impugnar o pedido; (vi) acolhida a impugnação, o requerente tende a recorrer.

Iniciemos nossa análise com os incentivos para a parte requerente (i e vi), pressupondo, por simplicidade, ser ela a parte autora.

Imaginemos que o leitor seja convidado para participar de um jogo de cara ou coroa.¹²⁸⁰ Em uma escala de 0 a 10, qual seria seu nível de interesse em jogar em cada uma das quatro situações abaixo:

- a) *o leitor ganha R\$50 se jogar a moeda e conseguir cara, mas perde R\$50 se conseguir coroa;*
- b) *o leitor ganha R\$50 se jogar a moeda e conseguir cara, mas não perde nada se conseguir coroa;*
- c) *o leitor joga a moeda por cinco vezes. Se nas cinco vezes conseguir cara, ele ganha R\$50, caso contrário ele perde R\$50;*
- d) *o leitor joga a moeda por cinco vezes. Se nas cinco vezes conseguir cara, ele ganha R\$50, caso contrário ele não perde nada.*

Antes de medir seu nível de interesse nesses jogos, passemos calcular o valor esperado de cada um deles.

No jogo *a*, o valor esperado é zero, dadas as iguais probabilidades de ganho e de perda dos mesmos valores; no jogo *b*, o valor esperado é R\$25, pois há 50% de chances de ganho de

¹²⁸⁰ Como diria Rachlinski, *every litigant gamble*, ou seja, a decisão de ajuizar uma ação nada mais é do que uma aposta, ponderadas as chances de sucesso, os ganhos e as perdas envolvidas. RACHLINSKI, J. J. Gains, **Losses, and the psychology of litigation**. Southern California Law Review, California, v. 70, n. 1, p. 113-185, 1996, especificamente, p. 114.

R\$50, sem qualquer possibilidade de perda; no jogo *c*, o valor esperado é -R\$46,87; no jogo *d* o valor esperado é R\$1,56.¹²⁸¹

Vamos agora aferir o nível de interesse do leitor em participar desses jogos. Para facilitar, consideremos os jogos em dois pares: (i) *a*, *c*; (ii) *b*, *d*.

Caso o leitor seja uma pessoa normal, avessa ao risco em relação a ganhos, possivelmente seu nível de interesse será baixo ou nulo na participação nos jogos do par (i) e alto na participação dos jogos do par (ii).

Como vimos no estudo aplicado da teoria da perspectiva, o ser humano médio é avesso ao risco quando se trata de ganhos, e amante do risco para evitar perdas.

Lembramos que autor de um processo judicial, submetido a uma série de custos, é naturalmente avesso ao risco.

Comparando a decisão de ajuizar uma ação à decisão de participar dos jogos de lançamento de moedas, diríamos que esse autor ajuizará a ação apenas quando seu valor esperado for positivo.

Quando o processo tem custo, o ajuizamento da ação assemelha-se aos jogos do par (i). Se as probabilidades de vitória no processo forem as mesmas desses jogos, podemos cravar que o autor não ajuizará a ação. Isso fica muito evidente no jogo *c*, cujo valor esperado é negativo. Mas é verdade também para o jogo *a*, cujo valor é zero. Isso porque, como o autor é avesso ao risco, é melhor para ele ter a certeza da ausência de perdas ou ganhos (zero, portanto), do que correr o risco de ganhar ou perder R\$50 com chances respectivas de 50%. Logo, ele preferirá não jogar, ao invés de jogar — ou seja, não ajuizará a ação.

Quando o processo não tem custo, a decisão de ajuizamento da ação assemelha-se à de participação nos jogos do par (ii). Nos dois jogos desse par, o valor esperado é positivo. Portanto, mesmo o autor avesso ao risco ajuizaria a ação, ou participaria do jogo. Note-se que a probabilidade de lançar a moeda 5 vezes e obter 5 caras é baixíssima. Trata-se de 1 chance em 32 possíveis, ou seja, uma probabilidade de apenas 3,12%.

Comparemos agora os jogos *c* e *d*, que tratam do mesmo evento, mas com riscos distintos. Em ambos, a probabilidade de obtenção de 5 caras em 5 jogadas é de apenas 3,12%. No entanto, o jogo *c* tem um preço, enquanto que o jogo *d* é gratuito. Por isso o *valor esperado*

¹²⁸¹ Nos jogos *c* e *d*, a moeda é jogada 5 vezes, com chances iguais de cara ou coroa em cada uma delas (1/2). Assim, a chance de obtenção de 5 caras será $\frac{1}{2^5} = \frac{1}{32} = 3,12\%$. Isso significa que, das 32 combinações possíveis entre cara/coroa em 5 jogadas, apenas uma resulta em cara 5 vezes, enquanto 31 têm ao menos 1 coroa entre os resultados. Portanto, no jogo *c* o valor esperado será: $\frac{1}{32}(50) - \frac{31}{32}(50) = -46,87$. Já no jogo *d* o valor esperado será: $\frac{1}{32}(50) - \frac{31}{32}(0) = 1,56$

de c é profundamente negativo (-R\$46,87), enquanto o valor esperado do jogo d , é levemente positivo (R\$1,56). Somente um lunático jogaria em c , mas todos nós estaríamos dispostos a participar do jogo d , dada a ausência de risco.

A concessão da gratuidade de justiça para uma demanda frívola transforma o jogo c no jogo d , estimulando o ajuizamento de demandas que nenhuma pessoa em condições normais arriscaria instaurar. Isso, obviamente, é extremamente nocivo ao bem-estar social, principalmente porque o *custo da frivolidade* está sendo *completamente deslocado* da parte autora para a parte ré e para toda a sociedade, já que a concessão da gratuidade não implica que a utilização do aparato judicial não tenha custos, como bem vimos.¹²⁸²

Explicando melhor, toda demanda frívola gera prejuízo ao bem-estar social, pois todo processo recebe algum percentual (grande, aliás), de subsídio social. Ocorre que, nos casos de gratuidade, esse subsídio é de 100%, zerando os riscos do autor.

Como os riscos do autor vão a zero (ou próximo de zero, porque sempre há o custo administrativo do tempo e do aborrecimento com o processo), a concessão automática da gratuidade de justiça gera um tremendo estímulo para o ajuizamento de demandas frívolas, provocando o fenômeno da *seleção adversa*, do qual já tratamos.

Por rigor formal, passemos à modelagem econômica de decisão de ajuizamento de demanda gratuita.

Por simplicidade, valemo-nos do exemplo a esta altura já bastante familiar: ajuizamento de demanda fundada em responsabilidade civil, com pedido de condenação do réu no pagamento de R\$50mil, perante a Justiça estadual fluminense.

Dados todos os custos, vimos que a decisão de ajuizamento daquela demanda passava pela existência de chances reais de procedência, percebidas pelo autor em 18%.

Lembremos agora da fórmula que *expressa* esse *sentimento* de vitória do autor, necessário para a tomada de decisão de demandar:

$$Pa \geq \frac{Ca + Cl}{Ua + Cl}$$

¹²⁸² Como recentemente reconheceu Heitor Sica, essa situação incentiva a *litigiosidade irresponsável*, e, para piorar, faz-se *caridade com o chapéu alheio*. SICA, Heitor Vitor Mendonça, **Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia do acesso individual ao poder judiciário**, p. 151. In *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*, BEDAQUE, José Roberto dos Santos, CINTRA, Lia Carolina Batista, EID, Elie Pierre, (Coord.), Brasília, DF, Gazeta Jurídica, 2016. P. 143-158

Quando a gratuidade é concedida, zeram-se os custos de litigância (*cl*). Já os custos administrativos podem permanecer íntegros ou não. Caso o autor seja atendido pela defensoria pública ou por advogado que tenha renunciado aos honorários contratuais (como sói acontecer),¹²⁸³ permanecerão apenas os demais custos administrativos, como os decorrentes do aborrecimento e do tempo do processo. No nosso exemplo, esses custos eram fixados em R\$1mil.

Assim, a chance mínima de vitória a justificar o ajuizamento daquela ação será:

$$Pa \geq \frac{1.000 + 0}{50.000 + 0}$$

$$Pa \geq 0,02$$

Como se vê, a concessão da gratuidade da justiça *derrubou* a chance mínima de vitória necessária, dos 18% para míseros 2%, percentual inferior mesmo à chance de jogar uma moeda 5 vezes e obter *cara* em todas elas (3,12%)!

Apenas para reforçar: o ajuizamento de uma demanda com concessão de gratuidade de justiça exige uma *chance* de vitória inferior à probabilidade de jogar-se uma moeda para cima por cinco vezes e em todas elas o metal cair no chão do mesmo lado. Junte-se isso à presunção de veracidade da declaração de pobreza e estarão conjugados todos os astros responsáveis por influenciar o comportamento não cooperativo que contribui para o cenário de *tragédia* aqui estudado.

Em interessante pesquisa empírica (ainda que limitada na base de dados e sem isolamento de outras possíveis causalidades), demonstrou-se que o percentual de procedência do pedido em demandas gratuitas é inferior à metade da taxa de procedência de demandas pagas.¹²⁸⁴ Isso na Justiça Federal, cujo valor das custas é insuficiente para evitar um alto nível de frivolidade mesmo de demandas pagas.¹²⁸⁵

O *demandismo* gera, ainda, um segundo atentado ao bem-estar social: o emperramento da máquina jurisdicional, com evidente prejuízo ao direito de acesso à justiça.

¹²⁸³ O que, para boa parte da doutrina, não é obrigatório, podendo o beneficiário remunerar o advogado como parte do processo livre de escolha de sua representação no processo. Nesse sentido, DE OLIVEIRA, Péricles José e SILVA, Nelson Finotti, **O benefício da justiça gratuita e os honorários advocatícios**, In **Grandes Temas do NCPC, v2. Honorários Advocatícios**, op. cit, p. 555.

O STJ também já decidiu nesse sentido: Resp: 965359, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3a. Turma, DJe 03/02/2009.

¹²⁸⁴ TENENBLAT, Fábio, op. cit. P. 33-34.

¹²⁸⁵ Especificamente, vimos em uma conta conservadora que, com meros 17% de chances reais de procedência, já vale a pena o ajuizamento da demanda na Justiça Federal. Esse percentual diminui conforme o valor da demanda aumenta.

Nesse ponto, os efeitos da gratuidade podem ser ao menos inferidos dos números dos relatórios do CNJ a respeito dos juizados especiais cíveis, estaduais e federais, unidades jurisdicionais para as quais o acesso é automaticamente gratuito para toda e qualquer espécie de autor, independentemente de sua condição econômica.¹²⁸⁶

Como se sabe, os juizados estaduais de pequenas causas foram criados para ampliar o acesso à justiça, na medida em que a simplificação do procedimento levaria à diminuição dos custos e do tempo do processo (esse também um custo), equacionando-os com a dimensão dos direitos de baixo valor econômico, viabilizando sua persecução em juízo.¹²⁸⁷

Os benefícios foram muitos, diretos e indiretos. Imagine-se o âmbito do direito consumerista. O consumidor desamparado teve aumentadas suas chances de fazer valerem os seus direitos. Mais do que isso, essa possibilidade real de acesso à justiça certamente gerou incentivo para que empresas errassem menos e buscassem mais a satisfação do consumidor.¹²⁸⁸

Por outro lado, a concessão automática da gratuidade escancarou as portas para todo e qualquer tipo de demanda, congestionando completamente essa importante via de acesso à justiça.¹²⁸⁹

Vimos que o tempo médio do acervo de execução nos juizados especiais cíveis estaduais é de seis anos e nove meses.¹²⁹⁰ Já o tempo médio do processo nas turmas recursais equivale ao tempo dos processos nos tribunais de justiça, o que mostra que o ideal de busca de uma justiça *mais rápida* nos juizados parece estar se perdendo.

O diagrama abaixo (figura 35) ilustra bem o quadro trágico dos juizados especiais no Brasil:

¹²⁸⁶ Lei n. 9.099/1995, art. 54, valendo a gratuidade apenas para o primeiro grau de jurisdição.

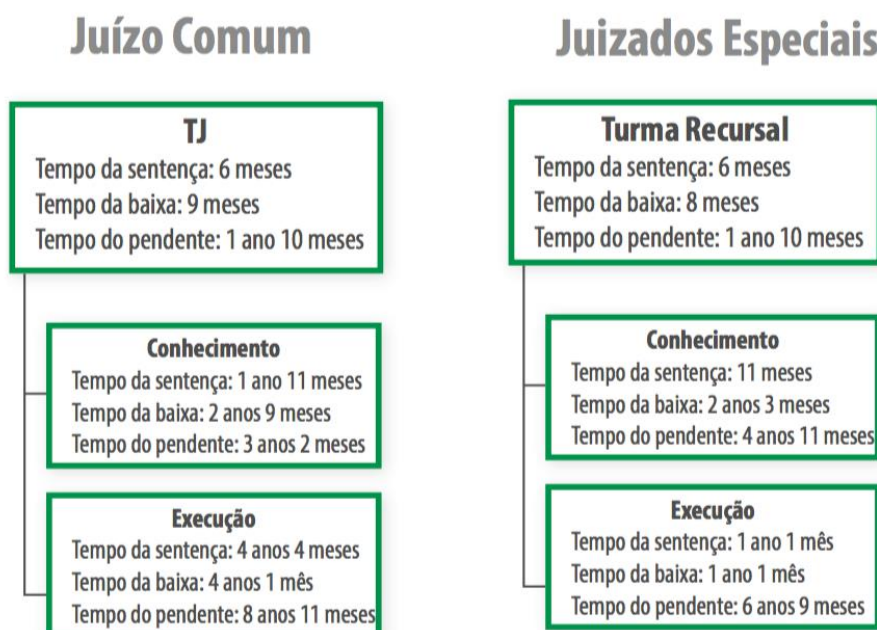
¹²⁸⁷ Nesse sentido, CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro, op. cit. p. 60-61.

¹²⁸⁸ Ainda que esses custos sejam internalizados e repassados para toda a sociedade, o saldo final é positivo. Isso porque as pessoas são em sua maioria avessas ao risco. Logo, a responsabilização civil do fornecedor de produtos ou serviços gera uma *socialização* desse risco, que, diluída, acaba gerando utilidade para aquele específico consumidor que sofreu o prejuízo. Sobre o tema, SHAVEL, Steven, **Strict Liability versus negligence**, in 9 J. Legal Stud. 1, 1980.

¹²⁸⁹ Kazuo Watanabe já afirmava que havia no Brasil uma *litigiosidade contida*, que desaguaria no caso de aumento do acesso à justiça. O problema, a nosso ver, foi a ausência de critério racional na mensuração desse acesso. WATANABE, Kazuo, **Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas**, in WATANABE, Kazuo (org.). Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei no 7.244, de 7 de novembro de 1984), São Paulo: Revista dos Tribunais, [s. d.], 1985, p. 2

¹²⁹⁰ CNJ, Relatório Justiça em Números 2016, op. cit. p. 126

Figura 35 - Diagrama do tempo médio de tramitação processual¹²⁹¹



Nos juizados especiais federais a situação é semelhante. Conforme se observa na figura 36, os tempos médios de processo nos tribunais regionais e nas “varas federais” são semelhantes aos tempos das turmas recursais e juizados especiais¹²⁹²:

Figura 36 - Diagrama do tempo médio de tramitação processual

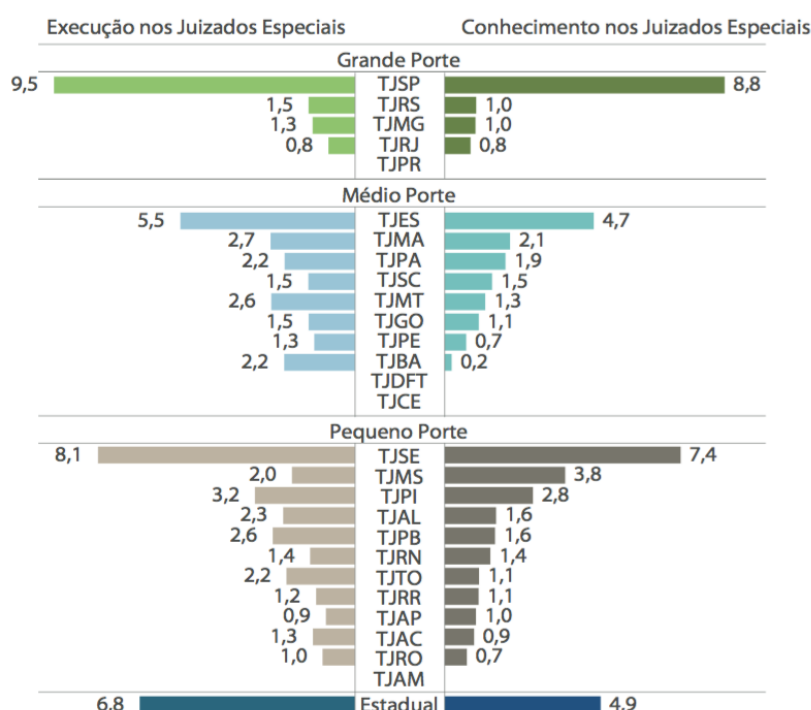


¹²⁹¹ Ibidem.

¹²⁹² Ibidem, p. 244.

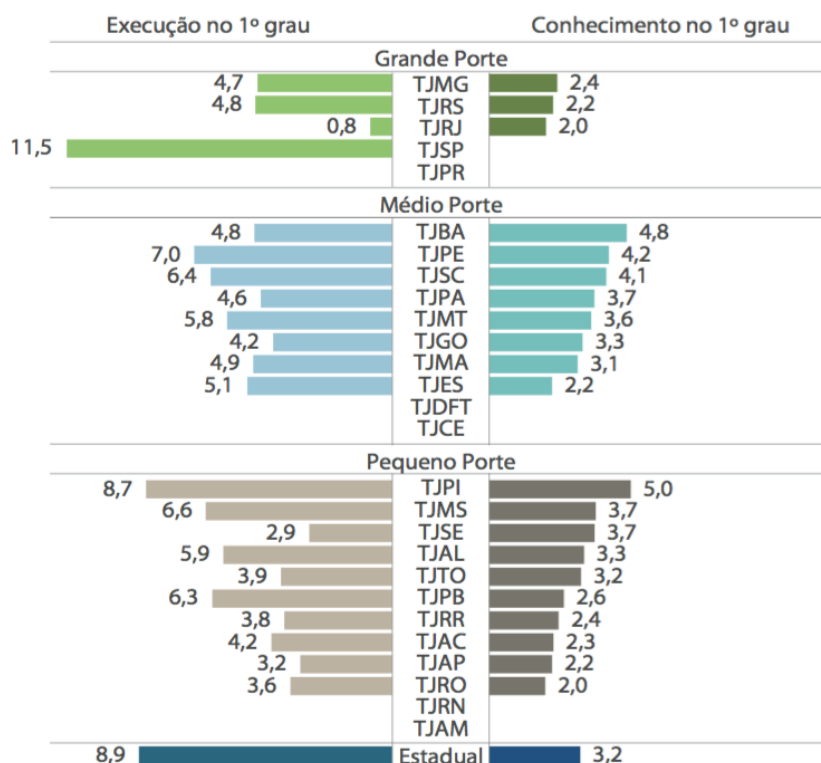
Não obstante o até aqui demonstrado, são os gráficos a seguir (gráficos 34 e 35) que trazem os números mais aterradoras sobre a *falência* dos juizados especiais. Compara-se, respectivamente, o tempo de tramitação do acervo atual, nas fases de conhecimento e de *execução*, dos processos que tramitam nos juizados e dos processos que tramitam nas *varas comuns* da justiça estadual.¹²⁹³

Gráfico 34 - Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nos juizados especiais: execução vs. conhecimento



¹²⁹³ Relatório CNJ/2016, p. 129.

Gráfico 35 - Tempo médio de tramitação dos processos pendentes nas varas: execução vs. conhecimento



Um rápido exame nos números acima deixa claro que o fenômeno de *tragédia da Justiça* atingiu os juizados especiais com a mesma magnitude (e muito mais rapidamente) com que assola o resto do sistema de justiça.

Em alguns estados, como São Paulo, Espírito Santo e Sergipe, o cenário é realmente caótico, vistos os prazos médios do acervo apenas na fase de conhecimento, fincados, respectivamente, em 8,8 anos, 4,7 anos e 7,4 anos. Na média geral de todo o acervo pendente dos juizados especiais estaduais do Brasil, um processo perdura por incríveis 4,9 anos na fase de conhecimento e 6,8 anos na fase de execução.¹²⁹⁴

É na posse desses números que devemos nos perguntar se o acesso à justiça está realmente sendo garantido no Brasil.

Claro que a gratuidade de justiça não é o único problema (veja-se, por exemplo, a ineficiência da execução¹²⁹⁵), mas, como provamos matematicamente e com um mínimo de pesquisa empírica, ela colabora decisivamente com o *demandismo* e com o cenário de tragédia.

¹²⁹⁴ Como já vimos em outro momento, o tempo do *acervo pendente* é um critério muito mais real de apuração da morosidade da justiça do que o tempo médio dos processos que terminam. Isso porque, nesse último caso, a média é “empurrada” para baixo pelos inúmeros processos extintos sem resolução do mérito logo na fase postulatória.

¹²⁹⁵ Tema que será especificamente abordado no capítulo 10.

Por fim, ainda no que se refere aos incentivos gerados ao autor, mesmo autores que tenham suficiência de recursos tendem a requerer o pedido de gratuidade. Trata-se de comportamento claramente não cooperativo, e que prejudica a busca dos ideais do art. 6º do CPC/2015 (o foco de todo este trabalho).

Isso ocorre pelos seguintes motivos: (i) a mera declaração de insuficiência de recursos, sem qualquer tipo de prova, é suficiente para requerer o benefício; (ii) tal declaração pode ser feita inclusive pelo advogado; (iii) o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que a declaração falsa de pobreza para tais fins não configura crime; (iv) o juiz não tem incentivos para procurar elementos nos autos que indiquem a suficiência de recursos; (v) a aplicação da multa do art. 100, parágrafo único, do CPC/2015 depende não só da procedência da impugnação como da prova da má-fé no requerimento; (vi) a imprecisão do conceito de insuficiência de fundos dificulta a prova da má-fé do requerimento.

Todos esses fatores juntos indicam que, na dúvida, o autor racional requererá a gratuidade. Quando dizemos *na dúvida*, apontamos para aqueles autores cujo pagamento das custas implica alguma diminuição de utilidade, sem que haja comprometimento da subsistência, e também para aqueles que, ainda que possuam sólidos recursos, estejam dispostos a determinadas aventuras jurídicas a baixo risco.

A ideia básica aqui é a falta de punição crível (*credible threat*) capaz de gerar um contraincentivo ao pedido indevido de gratuidade. Infelizmente o STJ tem sido paternalista no âmbito criminal,¹²⁹⁶ enquanto que, no âmbito processual, a prova da má-fé é extremamente difícil, não havendo, para tanto, qualquer incentivo para a parte contrária buscá-la no processo.

Com efeito, o único incentivo para a revogação do benefício pertence ao advogado da parte contrária, visto que seus honorários, em caso de vitória, submeter-se-ão ao regime da gratuidade, e só poderão ser cobrados caso o adversário recobre seu poder financeiro no prazo de 5 anos¹²⁹⁷ (art. 98, § 1º, VI, do CPC/2015).

Para isso, claramente, a parte contrária (seu advogado, na verdade) há de se preocupar em provar a suficiência de recursos, algo bastante objetivo. Note-se, porém, que a aplicação da multa do *décuplo das custas* exige prova de *fato subjetivo* (a má-fé do requerente), mais difícil de ser feita. Ocorre que o valor dessa multa será titularizado pela fazenda pública estadual ou federal, devendo ser inscrito na dívida ativa.

¹²⁹⁶ STJ, RHC 46569 SP 2014/0067795-3, 6a Turma, Min Maria Thereza de Assis Moura, DJe 06/05/2015

¹²⁹⁷ José Pericles de Oliveira e Nelson Finotti Silva, **O benefício da justiça gratuita e os honorários advocatícios**, in *Grandes Temas do NCPC*, v2 - Honorários Advocatícios, op. cit. P. 557.

Na linha da lógica dos incentivos, parece claro que não haverá nenhum para que o advogado da parte contrária desincumba-se de um ônus de prova *mais difícil* para buscar a condenação do pagamento de um valor que não será aproveitado nem pelo seu cliente nem por ele mesmo.

Ainda assim, por condescendência, admitamos que a prova da suficiência de recursos e da má-fé do requerente possa ser uma só, de modo que uma única prova indique a existência de dois fatos distintos. Por exemplo, no caso em que se prova a sonegação de uma fonte momentânea de renda.

Mesmo nesse último caso, não existirá *credible threat* a ameaçar a postura inescrupulosa do requerente. Isso porque dificilmente o valor da multa justificará o ajuizamento da execução pelo Estado. Pensemos na esfera federal, onde as custas somam apenas 1% do valor da causa, com teto de R\$2mil. Em uma ação com valor da causa fixado em R\$100mil, as custas serão de R\$1mil, sendo a multa máxima de R\$10mil, valor que, hoje, não vem sendo executado pela Procuradoria da Fazenda Nacional.¹²⁹⁸

Por fim, parece-nos que, mesmo para o juiz, são poucos os incentivos para impor à parte a demonstração da insuficiência de recursos, com a consequente denegação do benefício.

O que o juiz tem a ganhar com essa postura? Apenas aumento da carga de trabalho, decorrente da necessidade de fundamentação de duas decisões diferentes: (i) a que determina a prova da insuficiência de recursos, pois ela depende da existência de elementos indiciários nos autos; (ii) a da denegação do requerimento. Para piorar, a denegação é a única decisão agravável no caso (art. 1.015, V, do CPC/2015), submetendo o juiz ao escrutínio do tribunal.

Claro que juízes ciosos e zelosos de sua missão devem preocupar-se com a litigância de má-fé e com a ausência de cooperação das partes e de seus advogados. Todavia, como ficará claro da *função de utilidade do juiz*, a ser explorada na seção 7.3, o caso não proporciona qualquer incentivo para que juízes sejam efetivamente zelosos.

Premido por um volume colossal de processos, preferirá o juiz seguir a “letra” da lei, deferindo por decisão irrecorrível a gratuidade com base na declaração de pobreza (em duas linhas de fundamentação padronizada), a se submeter à necessidade do proferimento de duas decisões fundamentadas não padronizadas, sendo a última sujeita à interposição de recurso. À obviedade dessa preferência segue a ausência de ameaça crível apta a impedir o manejo abusivo do instituto.

¹²⁹⁸ Em verdade, desde 2012, o valor mínimo para a PGFN ajuizar execução fiscal é de R\$20 mil. Disponível em: <http://www.sinprofaz.org.br/noticias/pgfn-aumenta-limite-minimo-para-ajuizar-execucao-fiscal/>, acesso em 12/07/2017.

Em todos os casos, mesmo que o benefício tenha sido revogado, a parte requerente tem incentivos para apresentar recurso. A principal razão é, novamente, a gratuidade, não só a denegada que se busca reverter, mas aquela que garante a própria interposição do recurso. É que o art. 101, § 1º, do CPC/2015 é claro ao afirmar que o recorrente fica *dispensado do recolhimento de custas até a decisão do relator sobre a questão, preliminarmente ao julgamento do recurso*.

Por fim, é necessário o exame dos incentivos do advogado da parte requerente, no sentido de estimulá-la ao requerimento de gratuidade.

Aqui colocam-se três questões-chave: (i) saber se a parte está sendo assistida pela defensoria pública, por advogado dativo ou por advogado particular; (ii) definir, no caso de advogado particular, se o deferimento da gratuidade impede a cobrança de honorários contratuais do cliente beneficiário; (iii) entender as pressões de mercado que possam levar o advogado dativo a estimular o pedido de gratuidade em determinadas circunstâncias.

Quanto à primeira questão-chave, parece incontroverso na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o requerente pode optar pelo advogado particular em detrimento do advogado dativo ou da defensoria pública.¹²⁹⁹

Caso opte pela defensoria, os incentivos presentes tendem a estimular seus membros à estruturação de precisos mecanismos de triagem de casos, tanto do ponto de vista das justificativas para a concessão da gratuidade quanto pelo aspecto da viabilidade da demanda em si.¹³⁰⁰

É que, sendo funcionários públicos com salário fixo, nenhum ganho específico decorrerá do ajuizamento de uma demanda frívola ou da representação de alguém que claramente poderia pagar um advogado.¹³⁰¹

De outro lado, a menos que a análise atenta do cumprimento dos requisitos e da viabilidade da demanda seja mais trabalhosa do que a propositura da própria demanda, as perdas em termos de aumento de esforço e diminuição de lazer parecem evidentes.¹³⁰²

¹²⁹⁹ Leonardo Greco, op. cit. p. 437

¹³⁰⁰ Ibidem, p. 439.

¹³⁰¹ Mesmo o regozijo pelo cumprimento da nobre missão constitucional de defesa dos necessitados parece não se fazer presente aqui.

¹³⁰² A *função de utilidade* do defensor público, neste ponto, é parecida com aquela estudada neste capítulo para o advogado público que não tenha remuneração variável, de modo que a propositura de uma demanda não produz ganhos financeiros, mas produz perdas de utilidade decorrentes do tempo maior a ser empregado no trabalho. Por outro lado, como já dito, nesses casos não se faz presente a utilidade decorrente do regozijo inerente à função.

Mesmo nessa estranha hipótese, o problema poderia ser superado pela instauração de estrutura administrativa interna responsável por uma primeira triagem, realizada, por exemplo, por estagiários ou servidores no lugar do defensor público.

Ocorre que, em muitos estados e em âmbito federal, a enorme demanda de necessitados ou o débil desenvolvimento da defensoria pública abre espaço para a atuação do *advogado dativo*,¹³⁰³ cujos incentivos são bastante diferentes.

Como se sabe, o advogado dativo não pode cobrar honorários contratuais, mas, em caso de vitória, faz jus aos honorários de sucumbência. Além disso, ao menos no âmbito federal,¹³⁰⁴ o advogado dativo e o advogado *voluntário* do beneficiário da gratuidade recebem valores tabelados pelo simples ajuizamento de uma ação. De acordo com a Resolução n. 305 do CNJ, esses *honorários* variam entre R\$212,49 e R\$536,83 e, obviamente, cumulam-se com os eventuais honorários de sucumbência.

Se considerarmos que as ações promovidas por esses advogados são, no mais das vezes, simples e repetitivas, é bem provável que esses valores *cubram* seus custos administrativos, zerando seu risco no patrocínio da causa.

Ainda com relação a esses profissionais, há um outro e muito importante aspecto a ser considerado: as peculiares condições do mercado de trabalho jurídico em nosso país.

Reportagem recentemente publicada na grande mídia apontou para o fato pitoresco de que no Brasil existem mais faculdades de direito do que China, Europa e Estados Unidos somados.¹³⁰⁵ Isso implica o *despejo* no mercado de mais de cem mil novos bacharéis em direito por ano, que buscarão avidamente um lugar ao sol. Antes, porém, precisarão obter aprovação no concorrido *exame de ordem*, para aí sim juntarem-se aos mais de um milhão de advogados que também procuram um lugar ao sol.¹³⁰⁶

¹³⁰³ Em verdade, o advogado *dativo*, assim chamado porque designado pelo juiz, surge na ausência de defensoria pública ou subseção da OAB no foro. Ao menos era o previsto no art. 5º da Lei 1.060/50. Segundo o CPC/2015, será ainda possível a representação por advogado de escritório de prática jurídica de faculdade de direito conveniada com a OAB ou com a Defensoria Pública (art. 186, § 3º).

¹³⁰⁴ Tudo de acordo com a Resolução 305 do CNJ, que estabelece um cadastro eletrônico de advogados voluntários e dativos, além de peritos, curadores tradutores e interpretes para que recebam pagamento pelos seus atos em processos cuja gratuidade de justiça tenha sido deferida.

¹³⁰⁵ <http://g1.globo.com/educacao/guia-de-carreiras/noticia/brasil-tem-mais-faculdades-de-direito-que-china-eua-e-europa-juntos-saiba-como-se-destacar-no-mercado.ghtml>

¹³⁰⁶ <http://www.conjur.com.br/2016-nov-18/total-advogados-brasil-chega-milhao-segundo-oab>

Com mais de um milhão de advogados,¹³⁰⁷ o Brasil é dono da maior relação de número de advogados por habitante em todo o planeta.¹³⁰⁸ Como vimos, havia mais de 70 milhões de ações em estoque no Judiciário brasileiro em 2016, número equivalente a apenas 70 processos por advogado.

Essa conta simples, ainda que careça de precisão, dá a dimensão do tamanho da pressão de mercado em prol do demandismo e do comportamento não cooperativo. Unido à gratuidade automática de justiça, o cenário não pode ser outro que não o de tragédia, com inúmeras demandas frívolas congestionando as vias da justiça e impedindo que mesmo as demandas meritórias alcancem um resultado efetivo em tempo razoável. Descumprem-se assim, de uma só vez, diversos preceitos constitucionais que envolvem o processo e o acesso à justiça. Em verdade, viola-se o próprio acesso à justiça.

A solução, como vimos, passa pela análise rigorosa da carência financeira para a concessão da gratuidade de justiça, com punição cível e criminal para quem a alega de má-fé. Esse movimento desdobra-se em três medidas:

- i. A multa prevista em lei tem de ser direcionada à parte contrária e não ao Estado, de modo a gerar os incentivos necessários para a desincumbência do pesado ônus probatório de demonstração da má-fé do requerente. Tal medida depende de alteração do art. 100, parágrafo único, do CPC/2015.
- ii. Como qualquer outro caso de falsidade ideológica, a declaração falsa de pobreza deve voltar a ser considerada conduta criminosa pelo Poder Judiciário.¹³⁰⁹
- iii. O CPC/2015 deveria ser alterado no art. 99, § 3º, para prever expressamente a necessidade de prova de insuficiência de recursos, mantendo-se a presunção apenas para

¹³⁰⁷ Mais precisamente, no dia 12 de julho de 2017 a OAB informava oficialmente a existência de 1.110.842 advogados no Brasil. Disponível em: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>, acesso em 12/07/2017.

¹³⁰⁸ Em verdade, até 2010 só os EUA tinham mais advogados do que o Brasil. Hoje, todavia, o Brasil, com 207,8 milhões de habitantes e 1,1 milhão de advogados, tem 534 advogados por 100mil habitantes, enquanto que os EUA, com 321,4 milhões de habitantes, contam com 1.257.511 advogados, ou seja, “apenas” 392 advogados por 100mil habitantes. Para População americana atual: https://www.google.com.br/search?client=safari&rls=en&q=populacao+americana+hoje&ie=UTF-8&oe=UTF-8&gws_rd=cr&ei=YIJmWfbuEcmxwAS11ZGICA. Para número atual de advogados nos EUA: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-03/quantidade-advogados-excedentes-eua-grande>. Para população brasileira atual: https://www.google.com.br/search?client=safari&rls=en&q=populacao+brasileira+hoje&ie=UTF-8&oe=UTF-8&gws_rd=cr&ei=O4NmWbqAOMWfwgTN84DAAQ. Para número atual de advogados no Brasil: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>, acesso em 12/07/2017. Para senso que apontava, em 2010, ser o Brasil o segundo colocado mundial em número de advogados por habitante: <http://leisenegocios.ig.com.br/index.php/2010/10/23/brasil-e-o-segundo-pais-com-mais-advogados-por-habitante>. Todos os sítios foram acessados em 17/07/2017.

¹³⁰⁹ A bem da verdade, há alguns precedentes nesse sentido, advindos, todavia, de cortes regionais. Por todos, TRF3, 1T, HC 0009780-85.2013.4.03.0000, Rel. Juiz convocado Paulo Domingues, publ. em 22/07/2013.

quando as circunstâncias da causa indicarem claramente a carência financeira do pleiteante. É o caso, por exemplo, do lavrador que se socorre da Justiça Federal para pleitear o respectivo benefício previdenciário.

Quanto ao item (iii), note-se: o que se propõe aqui é uma inversão da presunção que existe hoje na lei (presunção *legis*): ao invés de a declaração presumir a pobreza, devendo haver indícios do contrário nos autos para que se exija a respectiva prova, o juiz passaria a requerer essa prova como regra, podendo deixar de fazê-lo quando as circunstâncias da causa indiquem a situação presumível de pobreza (presunção *hominis*).

É bom repisar o fato de que a lei fala em *insuficiência de recursos* para pagar as custas (art. 98) e a Constituição usa o mesmo termo no art. 5º, LXXVI. Assim, é necessário que as custas processuais interfiram na manutenção das necessidades básicas do requerente e da sua família, algo muito além de eventual sacrifício financeiro que todos poderiam suportar. Afora saúde, alimentação, moradia e educação básica, pensamos que nenhuma outra carência justifica a realocação de despesas para todo o resto da sociedade.

Por fim, frise-se que nossa proposta não viola qualquer dispositivo constitucional de acesso à justiça,¹³¹⁰ quer por não restringir o acesso do necessitado, quer por, em verdade, estimular o comportamento cooperativo e a diminuição das taxas de congestionamento judicial, ampliando o acesso à justiça para todos.

7.2.5 Fim das isenções às pessoas jurídicas de direito público

É comum ouvirmos que *o maior cliente da justiça é o Estado*. Estamos diante de um caso em que a intuição popular confirma-se em números. Como vimos no capítulo 1, os dois grandes estudos brasileiros sobre o tema referendam essa intuição.

De certa forma, é normal que o Poder Público seja o maior litigante da Justiça Federal, dado o fato de que esse ramo da Justiça tem por critério preponderante de competência a presença, como parte ou como terceiro interveniente,¹³¹¹ da União Federal ou de suas entidades autárquicas ou fundacionais (além das empresas públicas federais)

¹³¹⁰ Cremos, com isso, provar de modo diferente do afirmado por Heitor Sica (op. cit., p. 150), para quem “a amplitude do comando do art. 5o, LXXIV [...] dificilmente viabilizaria a drástica redução do cabimento do ‘benefício’ da gratuidade de justiça [...]”

¹³¹¹ Art. 109, I, da Constituição Federal.

Ainda assim, surpreende que 40% do total de processos do grupo dos 100 maiores litigantes da Justiça Federal envolvam o INSS, sendo que em 81% dos casos a autarquia ocupa o polo passivo da causa.¹³¹²

Ainda que concordemos que as raízes dos litígios previdenciários no Brasil vão fundo em problemas de ordem social, não se pode negar que o processo civil não tem funcionado como estímulo para a melhora do sistema, já que não inibe nem as demandas frívolas nem o comportamento inadequado do INSS para com os segurados.

Mas é na Justiça estadual que se prova a tese de que o poder público litiga em excesso. Dada a extensão de sua competência, surpreende que o setor público lidere o grupo dos 100 maiores litigantes em quase todas as 11 unidades da Federação pesquisadas em relatório de 2015, com dados de 2013, encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros.¹³¹³

No Tribunal de Justiça de São Paulo, por exemplo, o poder público responde por mais da metade dos processos envolvendo o grupo dos 100 maiores litigantes.¹³¹⁴ Por sua vez, esses processos correspondem a 14,8% de todo o estoque do primeiro grau de jurisdição daquele tribunal, quando se considera apenas o polo ativo da causa.¹³¹⁵ Para deixar bem claro esse número: de todos os processos em estoque no Tribunal de Justiça de São Paulo, 14,8% foram ajuizados pelo grupo dos 100 maiores litigantes.

No Tribunal de Justiça da Bahia esse retrato se repete, cabendo ao poder público mais da metade dos processos do grupo dos 100 maiores litigantes, que, por sua vez, representa 23,9% do estoque daquele Tribunal, considerando-se apenas o polo ativo das causas.¹³¹⁶

Essa realidade de liderança do litígio por parte do setor público reproduz-se em 8 dos 11 tribunais objeto da pesquisa.

A tabela 7 mostra quanto do estoque total de processos de cada tribunal está vinculado aos 100 maiores litigantes da justiça estadual (lembrando que a participação do poder público dentro desse grupo de processos ultrapassa 50% dos casos¹³¹⁷).

¹³¹² *Os 100 maiores litigantes* - Relatório CJN-2011, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf>, acesso em 13/06/2017.

¹³¹³ SADEK, Maria Teresa (Coord. Científica). **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. Disponível em <https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justica-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>, acesso em 13/06/2017. P. 11

¹³¹⁴ *Ibidem*, p. 11.

¹³¹⁵ *Ibidem*. P. 15

¹³¹⁶ Em 2012, o Poder Público ajuizou 71,5% das ações do grupo dos 100 maiores litigantes. *Ibidem*. P. 18.

¹³¹⁷ *Ibidem*, p. 15.

Tabela 7 - Unidades federativas: proporção dos cem maiores no total de processos¹³¹⁸

UF	1º Grau		2º Grau		Turmas Recursais	
	Ativa	Passiva	Ativa	Passiva	Ativa	Passiva
BA	23,9	21,7	39,2	26,2	21,7	41,4
DF	38,7	20,8	27,3	39,7	42,3	19,3
ES	28,7	16,1	34,1	11,9	37,5	11,9
MS	29,9	26,1	35,9	35,2	58,4	16,3
PB	11,3	43,0	26,8	23,2	55,7	28,3
RJ*	0,5	24,1	-----	-----	-----	-----
RO	21,2	25,2	30,4	36,8	52,5	19,1
RS	14,3	35,8	28,9	42,7	39,9	21,2
SC	56,1	53,4	46,5	24,3	54,6	17,4
SE	19,9	22,8	47,9	24,4	21,3	46,2
SP	14,8	5,1	15,5	12,6	26,4	5,5

Fonte: AMB, 2015 * Os dados enviados pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro referem-se exclusivamente a processos em tramitação no Primeiro Grau. Saliente-se, ainda, que foi constatada a existência de uma diferença expressiva entre os dados do polo ativo e do polo passivo.

Novamente ressaltamos nossa consciência de que várias são as razões dessa litigância obsessiva, sendo que boa parte delas escapa do objeto deste trabalho.

Todavia, no que diz respeito ao processo civil e aos incentivos à litigância promovidos pelo sistema, algumas razões parecem-nos claras, e dizem para com o prevalente regime de completa gratuidade da Justiça para o poder público e para com a ausência de responsabilidade pessoal do advogado público quando da litigância de má-fé. O regime de honorários de sucumbência também contribui para essa *tragédia*.¹³¹⁹

Trataremos nesta seção apenas da primeira dessas causas: a gratuidade da justiça para o poder público.

Com efeito, a lei de custas da Justiça Federal isenta as três esferas da Administração Pública do pagamento de custas processuais na Justiça Federal,¹³²⁰ repetindo-se essa realidade em praticamente todos os estados da federação, pelo menos no que se refere à isenção da própria fazenda pública estadual e das fazendas municipais.

¹³¹⁸ p. 15.

¹³¹⁹ Em muitas procuradorias municipais e estaduais os honorários advocatícios pertencem aos respectivos procuradores. Infelizmente, essa lógica foi nacionalizada pelo CPC/2015 que no art. 85, § 19 assim prevê: *Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei*. O regime foi rapidamente estendido à toda a advocacia pública federal através da Lei n. 13.327, de 29 de julho de 2016. Trataremos do tema na seção 7.2.1.

¹³²⁰ Lei 9289/96 art. 4o.

Conceder isenções de custas e de taxas judiciárias a outros entes que não aquele ao qual vincula-se o respectivo tribunal é liberalidade que não encontra qualquer racional financeiro. Não vislumbramos razão outra que não a política em permitir o uso gratuito da função judiciária por ente diferente do qual se vincula aquele aparato judicial.

Essa gratuidade obviamente estimula a litigância. Afora o grave problema de agência entre o advogado público e o ente por ele representado,¹³²¹ a gratuidade da justiça e a ausência de *custos administrativos extras* fazem com que a probabilidade de vitória necessária para justificar o ajuizamento da ação seja próxima da de ações frívolas, valendo o mesmo para a indisposição na realização de acordos quando o poder público encontra-se no polo passivo da causa.

A observação a respeito dos *custos administrativos* merece uma explicação. Muitos entes federativos possuem procuradorias estruturadas, com corpo jurídico e administrativo formado por funcionários públicos que gozam de estabilidade.

Os recursos para a manutenção dessas estruturas estão previstos em lei e obedecem a todos os princípios orçamentários.

Isso implica que o *gasto* com essa estrutura possa ser considerado como *sunk cost*, ou seja, ocorrerá de toda forma e não será recuperado.

De outro lado, o *custo marginal* de ajuizar mais uma ação ou contestar mais um pedido, recusando um acordo, é inexistente dentro daquele órgão, visto que toda a estrutura administrativa está *paga*.

O *benefício marginal* da litigância, no entanto, quase sempre existirá, já que normalmente há ao menos uma mínima possibilidade de vitória a ser defendida.¹³²²

Essa é a mesma lógica causadora da *tragédia da Justiça*, oriunda do problema da *tragédia dos comuns*. Tal constatação não surpreende, já que os relatórios estudados nesta seção comprovam a imensa participação da litigância do Poder Público naquele cenário de *tragédia*.

Traduzindo tudo isso em números, tomemos o exemplo de sempre (demanda indenizatória com pedido de condenação em R\$50mil, na Justiça do Estado do Rio de Janeiro), substituindo apenas o polo passivo da ação, considerando-a proposta pela municipalidade da cidade capital desse Estado.

¹³²¹ A questão do direito aos honorários sucumbenciais, que será tratada na próxima seção.

¹³²² É bem verdade que a maior parte desses benefícios orbita em torno dos problemas de agência, alimentando mais os interesses da procuradoria e dos procuradores do que propriamente do ente lá representado que, no final, somadas todas as perdas e ganhos, talvez saia prejudicado por não buscar soluções consensuais. Esse, no entanto, é outro problema.

Recordamos a fórmula que *mede* o mínimo sentimento de vitória necessário para que seja *razoável* o ajuizamento de uma ação:

$$Pa \geq \frac{Ca + Cl}{Ua + Cl}$$

Dos cálculos originais, devemos manter apenas o valor do pedido e os honorários advocatícios de 10% sobre aquele valor. Como acima explicado, os custos administrativos já estão pagos a fundo perdido (*sunk costs*) e as custas judiciais não serão cobradas por conta de isenções.

Assim, teremos:

$$Pa \geq \frac{0 + 5.000}{50.000 + 5.000}$$

$$Pa \geq 0,09$$

O cálculo mostra que apenas 9% de chances de vitória seriam necessários para *justificar* racionalmente o ajuizamento desse tipo de demanda, se o autor for o Poder Público. É praticamente a metade das chances necessárias para quando a ação é ajuizada por pessoa ou ente privado. Portanto, se a situação já era grave, aqui ela fica muito pior.

Não obstante o cálculo acima, *parece* razoável que exista a isenção quando o uso do sistema de justiça dá-se por aquele que participa da mesma *fazenda* de onde saem os recursos de manutenção daquela corte (orçamento).

Por exemplo, parece correto que o Estado de São Paulo, ao ajuizar uma ação de responsabilidade civil perante a Justiça estadual paulista, não arque com as respectivas custas e taxas judiciárias, pois estaria *pagando a si mesmo*, já que o orçamento do Tribunal de Justiça de São Paulo tem por fonte as mesmas receitas arrecadatórias do próprio Estado de São Paulo.

A coincidência da fonte dos recursos de ambos os poderes geraria uma *circularidade* do orçamento, que, por sua vez, anularia as isenções e os incentivos decorrentes. Em um Estado bem-administrado, isso apenas aumentaria os custos de transação dessas atividades.

Isso seria verdade em um Estado absolutamente bem-administrado, com gestão orçamentária bem-coordenada, o que, infelizmente, não parece ser o caso da maioria dos entes públicos brasileiros.

Existe, na verdade, uma causa comportamental para que empresas, entes públicos, famílias e até pessoas individualmente consideradas tenham orçamentos com rubricas específicas para os seus gastos.

Recursos separados por orçamentos carimbados organizam os gastos e impõem limites. De um lado, diminuem custos de transação no uso dos recursos, porque funcionam como uma pré-aprovação do gasto. De outro, mantêm os dispêndios sob controle, incluindo os públicos.¹³²³

Conquanto úteis (e na esfera pública eles são utilíssimos), orçamentos podem implicar condutas irracionais, principalmente quando deixam de lado a principal qualidade dos recursos financeiros: sua *fungibilidade*.

Imagine-se uma família, com orçamentos específicos para material escolar e despesas de casa. Se por algum motivo o material escolar ficou mais barato do que o previsto e sobraram, digamos, R\$1mil reais do *orçamento* que lhes foi originalmente destinado, nada impede que se usem esses valores para comprar algo que seja útil para a família, melhorando, por exemplo, a qualidade dos ingredientes da comida feita em casa, ou aumentando as vezes de ida das crianças ao cinema.

Ocorre que, na prática, os orçamentos causam uma postura irracional. Mesmo na vida privada, onde não existem regras orçamentárias rígidas, as pessoas deixam de lado a *fungibilidade* do dinheiro, atando-o à destinação inicial, ainda que não seja a mais racional, no sentido do prover maior utilidade à pessoa.

No exemplo da família, é comum que, ao invés de transferir aquelas sobras para outra rubrica que confira maior conforto familiar (lazer, despesas de casa, etc.), utilize-se o dinheiro para comprar material escolar em volume ou qualidade excessivas e, portanto, menos úteis para a família.

Há inúmeras pesquisas atestando como orçamentos específicos fazem as pessoas *esquecerem* a fungibilidade do dinheiro e a possibilidade daí decorrente de aplicarem as *sobras*

¹³²³ THALER, Richard H. op. cit. P. 74.

orçamentárias de modo mais efetivo, em gastos que confirmam maior utilidade e bem-estar,¹³²⁴ mas que não pertencem à *classe* de bens originalmente *carimbada* para aquele dinheiro.¹³²⁵

Os rigores do orçamento público, com seus princípios da legalidade, da anualidade¹³²⁶ e da exclusividade (ou da pureza),¹³²⁷ posto que importantes em diversas instâncias, dificultam a tomada eficiente de certas decisões por desconsiderarem a *fungibilidade* dos recursos.

Ao manejar o orçamento da procuradoria municipal/estadual ou da Advocacia da União, por exemplo, o gestor não levará em consideração os gastos orçamentários de outro órgão, ainda mais se ele pertencer a outro *Poder*. Pelo contrário, atuará com verbas carimbadas, muitas vezes com incentivos para *realizar* todo o orçamento disponível, de modo a *justificar* no mínimo o mesmo montante para o exercício seguinte.¹³²⁸

Por isso, sem que haja *incentivos negativos* para evitar que a advocacia pública litigue em excesso, o comportamento cooperativo antes, durante ou depois do processo dependerá do ideário individual de cada procurador.

Afora o fato de não ser razoável que a consecução de políticas públicas dependa de ideários individuais, é exatamente no campo dos interesses individuais que surge um dos grandes entraves ao comportamento cooperativo do Poder Público no processo: o *agency*

¹³²⁴ É famoso o estudo americano que analisou a o volume e a qualidade da gasolina vendida nos EUA antes e depois de uma brutal queda nos preços (50%). Observou-se que muitas pessoas, ao invés de gastarem racionalmente a diferença usando o carro mais vezes ou com outras utilidades, limitou-se a elevar a qualidade da gasolina consumida, utilizando, por exemplo, gasolina aditivada, ainda que isso não conferisse qualquer benefício. A alteração do tipo de gasolina para as de qualidade melhor superou em 14 vezes o montante esperado. HASTINGS, Justine S; SHAPIRO, Jesse M. **Fungibility and consumer choice: evidence from commodity price shocks.** in *The quarterly journal of economics*, Vol. 128, 2103, Issue 4 - 1449-1498.;

Ainda sobre o tema: BOTOND Kostzegi e SZEIDL Adam, **A Model of Focusing in Economic Choice**, *Quarterly Journal of Economics*, 128 (2013), 53–107; GERRIT, Antonides; GROOT I. Manon de; FRED W. van Raaij. **Mental Budgeting and the Management of Household Finance.** *Journal of Economic Psychology*, 32, no. 4 (2011), 546–555.

¹³²⁵ Como informa Harada, na Constituição de 1946, havia a exigência de um orçamento uno, englobando o orçamento de autarquias, estatais, etc. Exigências de ordem prática, todavia, tornaram impossível sua elaboração. HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 19a. Ed. São Paulo, 2010. Editora Atlas, p. 68.

¹³²⁶ artigos 165, inciso III, da Constituição da República e 34 da Lei nº 4.320/1964. HARADA, Kiyoshi, op. cit. p. 67

¹³²⁷ Extraído do que dispõe o artigo 165, § 8º, da Constituição. HARADA, Kiyoshi, op. cit., p. 65.

¹³²⁸ É essa, por exemplo, a lógica da chamada “PEC do Teto”, aprovada em vertida na Emenda Constitucional N. 95, que acrescenta os arts. 106 a 114 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, dispendo sobre os limites orçamentários dos três poderes: “I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.” Para o bem ou para o mal, o fato é que, ao vincular o orçamento de 2017 ao orçamento realizado do ano anterior, gerou-se um claro incentivo ao gestor para realizar todo o valor naquele exercício, sob pena de causar o encolhimento dos próprios recursos, o que obviamente tende a dificultar sua gestão. Do ponto de vista racional de que o ser humano atua para buscar as próprias utilidades, a hipótese aqui lançada parece fazer sentido.

problem causado pelos incentivos à litigância direcionados à pessoa do advogado público, tema da próxima seção.

7.3 Incentivos aos advogados

Públicos ou privados, são os advogados os grandes propulsores do sistema de Justiça. Ressalvados os pouquíssimos casos em que as partes têm capacidade postulatória, a máquina reativa que é o Poder Judiciário responde às demandas geradas e geridas pelos advogados.

Claro que o processo é um meio para a defesa dos interesses das partes. Mas quando se pensa no processo em si, o protagonismo é sim dos advogados, e não das partes, que possivelmente não têm sequer ideia de como funciona aquela estrutura *kafkiana* à qual estão submetidos os seus interesses.¹³²⁹

Não por outro motivo, o advogado é indispensável à administração da Justiça, sendo assim reconhecido pelo art. 133 da Constituição Federal.

Mas é também por esse mesmo motivo que muitos dos incentivos necessários à promoção da cooperação no processo devem voltar-se diretamente aos advogados, e não somente às partes, diminuindo os *agency problems* até aqui diagnosticados e permitindo um *alinhamento cooperativo* das condutas do advogado e do seu cliente, antes, durante e depois do processo.

Listamos abaixo algumas das soluções pensadas para os problemas até aqui diagnosticados. Outras, mais abrangentes, serão desenvolvidas nos próximos capítulos.

7.3.1 Alteração do regime de “dupla remuneração sem risco” dos advogados públicos

Como já vimos, a maioria das procuradorias dos entes federativos remunera seus membros por vencimentos fixos e variáveis. Os fixos são o *salário* do procurador. Os variáveis são, normalmente, um percentual sobre o total do valor arrecadado pela procuradoria a título de honorários de sucumbência.

Esse regime, até há pouco ausente em âmbito federal, foi completamente referendado pelo art. 85, § 19, do CPC/2015, que expressamente confere aos advogados públicos o direito aos honorários sucumbenciais *na forma da lei*.

¹³²⁹ O outro protagonista é o juiz, que deve participar dessa condução cooperativa do processo com os advogados. Trataremos dos incentivos ao juiz na seção 7.3.

Ato contínuo, a Advocacia Geral da União (AGU) regulamentou o tema pela Lei n. 13.327, de 29 de julho de 2016. A nova norma é um bom exemplo do desenho dessa remuneração, dos incentivos por ela gerados, e dos seus impactos no já estudado *problema de agência*.

Segundo a norma, “o total do produto dos honorários de sucumbência recebidos nas ações judiciais em que forem parte a União, as autarquias e as fundações públicas federais”, bem como “até 75% (setenta e cinco por cento) do produto do encargo legal acrescido aos débitos inscritos na dívida ativa da União, previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025, de 21 de outubro de 1969”,¹³³⁰ serão rateados entre os membros de todas as carreiras da AGU, incluídos membros ativos e inativos, de acordo com percentuais crescentes (ativos) ou decrescentes (inativos).¹³³¹

De início, a norma pode dar a impressão de gerar os necessários incentivos para a efetividade do trabalho dos advogados públicos, que obviamente têm agora motivos de sobra para esmero na defesa do ente federal em juízo.

Do ponto de vista da *teoria da utilidade esperada*, a norma de fato gera esses incentivos. O *desenho escolhido*, todavia, *peca* por desalinhar os interesses do advogado (agente) com seu mandatário (ente público), criando um *problema de agência* que, na advocacia pública (ao menos na federal, onde tal remuneração era inexistente), parecia-nos menos grave do que na advocacia privada.

No capítulo anterior (seção 6.2.2), estudamos os *agency problems*. Lá, vimos que, ao desalinhar os interesses do advogado privado e de seu cliente, esse fenômeno prejudica a concretização do comportamento cooperativo no processo.

Naquele momento, percebemos que a existência de *dupla remuneração* ao advogado (honorários contratuais e sucumbenciais) praticamente *zerava* os riscos do causídico no ajuizamento de uma ação, mesmo nos casos em que o valor esperado dos processos para seu cliente fosse negativo.

Na ausência de direito ao recebimento de honorários sucumbenciais, esse fenômeno era inexistente em certos setores da advocacia pública. Essa afirmação, todavia, necessita de detalhada explicação.

¹³³⁰ Art. 30, incisos I e II.

¹³³¹ Art. 31.

A teoria dos custos e benefícios do trabalho é complexa, mas encontra bom desenvolvimento na doutrina de análise econômica do direito,¹³³² ao menos no que se refere ao comportamento dos juízes.

Claro que há sensíveis diferenças entre o tipo de trabalho e de regime jurídico a que estão sujeitos advogados públicos e juízes, mas ambos possuem ao menos uma inegável semelhança: são funcionários públicos, com remuneração *fixa* e alto grau de estabilidade (no caso dos juízes, vitaliciedade).

Ao tratar do tema em relação aos juízes, Posner considera que, ausente a possibilidade de aumento de retribuição financeira, esses agentes buscam maximizar os demais benefícios que o trabalho proporciona (como poder, prestígio, autoestima, interação social e outros).¹³³³

Lógica semelhante ocorre na seara dos *custos do trabalho*. Sendo muito diminutas as possibilidades de demissão ou de pena financeira, juízes tendem a minimizar as agruras do trabalho literalmente trabalhando menos e aumentando o tempo livre para lazer ou para outras atividades.¹³³⁴

Como Posner faz questão de dizer, essa *aversão ao esforço* compõe a *função de utilidade* de qualquer trabalhador sujeito a um regime de segurança contra demissão (*securely tenured worker*).¹³³⁵ Essa é uma das razões para aplicarmos a lógica acima no estudo do comportamento dos advogados públicos.¹³³⁶

A teoria econômica prevê que o trabalhador racional buscará sempre diminuir os custos e elevar os benefícios da sua atividade.¹³³⁷ Muitas das escolhas daí decorrentes implicam, inclusive, tensão entre custos e benefícios, como, por exemplo, trabalhar mais e melhor (custo) para conseguir mais reputação social (benefício). Muitas delas, de outro lado, conferem evidente benefício ao trabalhador, mas vão de encontro aos interesses do empregador, como é o caso de procurar trabalhar menos para aumentar as horas de lazer. É aí que, como vimos, surgem os *agency problems*.

A *quebra* do paralelismo entre juízes e advogados públicos encontra-se exatamente na existência de um *salário variável* para esses últimos, que remunera o sucesso no processo sem, no entanto, punir o insucesso.

¹³³² POSNER, Richard, R. **The Behavioral of Federal Judges**, op. cit. p. 25-64.

¹³³³ Op. cit., p. 31.

¹³³⁴ Ibidem, p. 31.

¹³³⁵ Ibidem, p. 31.

¹³³⁶ HELLAND, Eric e KLICK Jonathan, **The effect of judicial expedience on attorney fees in class actions**, in *Journal of Legal Studies*, 171 (2007).

¹³³⁷ Ibidem, p. 32-33.

Com as considerações até aqui apresentadas, é possível representar em uma fórmula a *função de utilidade* do advogado público, consideradas todas as condicionantes acima¹³³⁸:

$$U = U(S(t_a), EXT(t_a, t_{na}), L(t_l), W, W'(t_a, t_\alpha), Y(t_{na}), Z)$$

A ideia aqui é que o advogado procura maximizar sua utilidade dentro de uma constrição temporal, que por sua vez pode ser decomposta em: tempo gasto com a atividade profissional (t_a); horas utilizadas em atividades profissionais fora da advocacia pública (t_{na}), como por exemplo a advocacia privada (quando possível), a docência, a autoria de livros; tempo de lazer (t_l).

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

S indica a satisfação esperada com a atividade de advocacia pública em si, e é uma função direta das horas gastas com o trabalho para a procuradoria (t_a). EXT indica a utilidade externa retirada do exercício da profissão, como, por exemplo, o reconhecimento social, o respeito de parentes e amigos, além da influência social. EXT é uma função direta do tempo gasto com atividades profissionais diretamente ligadas à procuradoria ou não (t_a, t_{na}).

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

W indica a utilidade retirada do salário fixo (subsídio). Note-se que ela não tem qualquer relação com o tempo gasto na atividade profissional, exatamente por conta da estabilidade do procurador e pelo fato de ser uma remuneração fixa.

W' , por sua vez, expressa a utilidade retirada da remuneração variável, ou seja, do valor dos honorários sucumbenciais arrecadados por toda a procuradoria. W' dá-se em função do tempo gasto pelo procurador em suas atividades na procuradoria (t_a), bem como em função do tempo gasto pelos seus colegas procuradores nas mesmas atividades (t_α).¹³³⁹

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

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

¹³³⁸ A base dessa função é a *função da utilidade do juiz*, utilizada por Posner e que será por nós examinada na seção 7.4.

¹³³⁹ Isso para os casos em que a remuneração variável provém de um fundo para o qual todos os honorários sucumbenciais recebidos fluem. Quando essa remuneração é direta e individualmente calculada, t_α pode ser excluído.

Note-se que o tema aqui estudado concerne diretamente à utilidade W' . Como W' dá-se em função de (t_a) e de (t_α) , sendo somente a primeira controlável pelo procurador, é racional imaginarmos que o número de horas trabalhadas na procuradoria tende a crescer até o limite em que a perda de utilidade provocada pela falta de tempo para lazer e para outras atividades pese mais que a utilidade decorrente de W' .

Explicando melhor: o benefício marginal de 1 hora gasta no trabalho (que provoca aumento em S , EXT e W') implica um custo marginal em L e em Y . Como a taxa de utilidade do dinheiro é decrescente, em algum momento o benefício acrescido por uma hora a mais de trabalho na procuradoria não compensará mais as insatisfações decorrentes da perda de tempo para lazer e para atividades extras.

Posto isso, parece claro que o procurador trabalhará mais e melhor. Isso não significa, todavia, que sua atividade será eficiente no sentido de atendimento dos interesses do seu cliente (no caso, o ente público). Muito menos indica eficiência no atendimento do interesse público primário (bem comum, decorrente do comportamento cooperativo, conforme estudamos até aqui). É nesse ponto que surge o problema de agência, que decorre do *design* legal da remuneração variável W' .

O novo regime, como ficará claro, cria um incentivo para o aumento da carga de trabalho. O incentivo, todavia, alinha-se mais aos interesses pessoais do procurador do que ao bem comum. A remuneração variável W' é uma externalidade positiva da litigância que será inteiramente absorvida pelo advogado público. De outro lado, eventuais externalidades negativas dessa mesma litigância (como a condenação nos ônus de sucumbência, nos casos de derrota do Estado) são internalizadas apenas pelo ente público.

A essa altura, o movimento incentivado aparece claro: o valor esperado pelo advogado no ajuizamento de uma ação temerária, ou na defesa intransigente de direitos improváveis, será quase sempre positivo, desde que exista uma mínima possibilidade de vitória.

A fissura no alinhamento dos interesses advogado/cliente torna-se ainda mais profunda do que na esfera privada. Isso porque, naquela seara, a totalidade dos custos administrativos do advogado é por ele suportada, enquanto que, na esfera pública, a maior parte é suportada pelo Estado.

Do ponto de vista do advogado, podemos chamar os custos administrativos decorrentes do ajuizamento de uma ação ou da elaboração ou manutenção de uma defesa em detrimento de uma proposta de acordo de *custos marginais*. Já o valor esperado daquele específico processo pode ser considerado como *benefício marginal*.

Em âmbito privado, a diferença entre benefício marginal e custo marginal traz a medida do incentivo para o advogado *aceitar* a causa. De certa forma, o mesmo vale para a esfera pública. Entretanto, no novo regime remuneratório, a diferença (positiva) entre benefícios e custos marginais tende a ser bem maior, pelo simples fato de que esses últimos serão, em sua quase totalidade, suportados pelo Estado, estimulando o *demandismo*.

A utilização desses conceitos econômicos para explicar esse movimento pode ser difícil de entender. Por isso, vamos primeiro clareá-los e depois produzir exemplos.

7.3.1.1 A decisão de produzir mais

Em economia, a decisão racional de um agente econômico de aumentar sua produtividade passa por uma análise de custo-benefício simples: a produção só deve ser aumentada se o custo proveniente desse aumento for inferior à receita a ser obtida com o mesmo aumento.

Por exemplo, uma fábrica, que produza copos, controla todos os seus custos e receitas, de modo a buscar sempre a obtenção de lucros. Se ela produz mil copos por mês a um custo total de R\$100, sabemos que o custo médio de cada copo é R\$0,10.

Ao pensar em aumentar a produção mensal de copos, o dono da fábrica precisa questionar em que medida esse aumento interfere no custo médio de produção. A chave dessa resposta consiste em saber: (i) qual o custo médio de um copo; (ii) quanto o custo cresce quando eu decido aumentar a produção da fábrica em 1 copo.

Já sabemos que o custo médio de 1 copo é R\$0,10. Se a empresa resolve produzir 1.001 copos, precisamos saber qual o novo custo total. Suponhamos que seja R\$100,30. Nesse caso, o custo de produção do *copo extra* foi de R\$0,30. O nome disso é *custo marginal*. Esse conceito é absolutamente fundamental para a decisão de eventual aumento de produção da empresa.¹³⁴⁰

Formalmente, custo marginal pode ser definido como *o aumento no custo total que decorre da produção de uma unidade a mais*,¹³⁴¹ ou ainda: $MC = \Delta TC / \Delta Q$, onde *MC* significa *custo marginal (marginal cost)* e $\Delta TC / \Delta Q$ significa alteração do custo total (*change in total cost*) dividida pela alteração na quantidade total produzida (*change in quantity*).

Mas, obviamente, saber o *custo marginal* da produção de 1.001, 1.002, 1.003 ou mais copos não é suficiente para a tomada de decisão final. Como a empresa visa o lucro, é

¹³⁴⁰ MANKIW, N. Gregory, op. cit. P. 267-268.

¹³⁴¹ Ibidem, p. 268

fundamental conhecer o *outro lado da moeda*, ou seja, a *receita marginal* decorrente do aumento de produção.

Formalmente, podemos definir *receita marginal* como o *incremento de receita decorrente da venda de uma unidade a mais do bem produzido*.¹³⁴²

Assim, supondo que, com a venda de mil copos por mês, nossa fábrica arrecade R\$1.500, e que, com a venda de 1.001 copos ela arrecade R\$1.501, a receita marginal será de R\$1.

Em mercados competitivos, o aumento de produção costuma levar a uma queda no preço, diminuindo assim a receita marginal. No nosso hipotético exemplo, o aumento de uma unidade já produziu uma queda, pois gerou apenas \$1, enquanto que antes o preço médio de venda do copo era de R\$1,5 (já que a venda de mil copos gerava R\$1,5mil de receita).

Ainda assim, nossa companhia vai aumentar a produção, afinal de contas vimos que o *custo marginal* da produção de 1 novo copo é de apenas R\$0,30, enquanto que a *receita marginal* é de R\$1.

A pergunta final é: qual o volume máximo de copos que deve ser produzido? A resposta é simples: o volume no qual *receita marginal e custo marginal têm o mesmo valor*. A partir desse limite, qualquer copo a mais produzido gerará prejuízo, o que obviamente não faz sentido para uma empresa que visa lucro em um mercado competitivo.¹³⁴³

Suponhamos que, com a produção de 5 mil copos, o custo marginal da produção de um copo a mais seja \$0,10, mas que a receita seja de apenas \$0,09. Nesse ponto, a produção não deve mais ser aumentada.

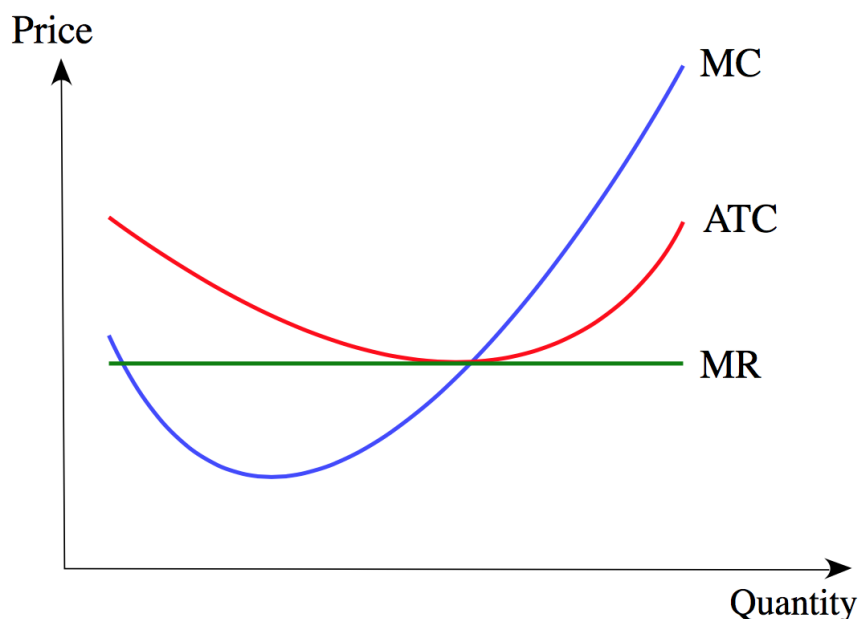
A representação gráfica comum da quantidade que deve ser produzida tendo em vista os custos e as receitas marginais em um mercado competitivo é a seguinte¹³⁴⁴:

¹³⁴² Ibidem, p. 282

¹³⁴³ Ibidem, p. 284. É que quanto maior a quantidade produzida, menor o preço de venda, mas não necessariamente menor o custo de produção. Quando o preço de venda para a ser inferior ao custo de produção, a empresa terá prejuízo, mesmo que venda todas as unidades produzidas.

¹³⁴⁴ <https://www.boundless.com/economics/textbooks/boundless-economics-textbook/production-9/production-cost-64/average-and-marginal-cost-241-12339/>

Gráfico 36 - Quantidade ótima a ser produzida a partir do custo e da receita marginal



Olhando o gráfico, é fácil perceber que, conforme a quantidade produzida aumenta (caminhando para a direita do eixo horizontal denominado *quantity*), o custo marginal (MC) e o custo total médio (ATC) também se alteram. O máximo de produtividade racionalmente permitida é aquela em que o *custo marginal* (MC) iguala a *receita marginal* (MR), ou seja, onde as linhas se entrelaçam.

Entendidos os conceitos, passemos à sua aplicação no mundo da advocacia pública duplamente remunerada (por meio de vencimentos e de honorários sucumbenciais).

A justificativa de aplicação da intuição econômica acima é bem simples: como vimos, a remuneração variável, dentro da função de utilidade do advogado público, implica uma busca por uma atuação racionalmente eficiente. Isso aplica-se para tudo na vida. Um dos princípios econômicos fundamentais é a constatação de que *pessoas racionais pensam e atuam em termos marginais*.¹³⁴⁵

Por exemplo, para quem gosta de beber vinho, uma taça que custe R\$10 pode proporcionar intenso prazer. Uma segunda, terceira ou quarta taça, que custam o mesmo preço, também proporcionam prazer. Sempre que o prazer proporcionado pela taça extra for superior aos R\$10, o indivíduo racional tenderá a seguir bebendo. Mas todos sabemos que o álcool em excesso traz consequência adversas, de curto, médio e longo prazo. Pensando apenas no curto prazo, é quase certo que a nona ou a décima taça não conduzam nosso enólogo a qualquer

¹³⁴⁵ Ibidem, p. 6.

prazer, mas antes a algum sofrimento físico que tende a piorar com a ingestão de novas doses. No momento em que o custo de uma nova taça (R\$10) for superior ao benefício proporcionado por ela (prazer menos intenso ou até mesmo sofrimento), a pessoa racional deve parar de beber.

O mesmo raciocínio vale para horas dedicadas ao estudo, à leitura de um romance, ao esporte, ao exercício físico e ao trabalho.

No caso do trabalho do advogado público, como dissemos, a peculiaridade consiste no fato de que o ajuizamento de uma nova ação ou a defesa dos direitos do ente público representado sempre proporcionam um ganho marginal (honorários sucumbenciais esperados), enquanto que os custos marginais ficam reduzidos (já que são, em grande parte, arcados pelo Estado).

Retomemos a *função de utilidade do advogado público*:

$$U = U(S(t_a), EXT(t_a, t_{na}), L(t_l), W, W'(t_a, t_a), Y(t_{na}), Z)$$

Os custos marginais do advogado público que resolve trabalhar mais para *ganhar mais honorários* incluem “apenas” a perda de tempo que poderia ser gasta com lazer (L) e com eventuais atividades externas remuneradas (Y).

Os *custos administrativos* tradicionais são todos suportados pelo Estado, inclusive os relacionados a demandas frívolas, com pouca possibilidade de sucesso. Isso leva a um incremento constante de *receita marginal* para o advogado (W' , referente à *receita esperada* com os honorários sucumbenciais), enquanto que o seu *custo marginal* mantém-se constante ou sobe muito pouco (como vimos, impacta apenas em L e em Y). Como consequência, o advogado aumentará muito sua produtividade, quase sempre tendo lucro.

Já para o Estado, as contas são outras. Cada nova demanda frívola defendida com unhas e dentes pelo advogado público tem enorme custo marginal, decorrente da *perda esperada* com aquela demanda.

Como vimos, não raro uma ação pode ter valor negativo para a parte e positivo para o advogado. É o *agency problem*, do qual já tratamos. Nesse caso, é bem capaz que, para o ente público, o *custo marginal* supere a *receita marginal* na propositura daquela demanda.

Imagine-se um procurador da Fazenda Nacional que tenha sobre sua mesa 2 mil Certidões de Dívida Ativa (CDA) antigas, todas elas com pretensões prescritas. Caso de cada 10 execuções fiscais de pretensões prescritas, 9 sejam efetivamente reconhecidas pelo juiz, é bastante provável que todas essas ações sejam ajuizadas pelo procurador.

Explica-se. O ajuizamento de execuções fiscais é extremamente simples, de modo que a confecção da petição inicial pode ser terceirizada para estagiários ou funcionários administrativos, ou mesmo robotizada.¹³⁴⁶ Isso significa que o efetivo ajuizamento de 2 mil execuções¹³⁴⁷ (referentes àquelas 2 mil CDAs) implicará mínimo custo marginal em L e Y ao procurador. Todavia, como a taxa de reconhecimento de prescrição é de 90%, possivelmente 200 daquelas execuções terão segmento e, caso encontrem bens do devedor, implicarão receitas marginais em W' para o procurador. Não é difícil que a diferença entre receita marginal e custo marginal seja, nesse caso, positiva para o advogado público.

Para o Estado representado, todavia, o cenário é trágico. O custo da sucumbência em 1.800 execuções fiscais dificilmente compensará a continuação das outras 200, dentro das quais apenas um determinado percentual logrará o recebimento do crédito. Para a sociedade como um todo as externalidades são também negativas, já que o Poder Judiciário terá sido inundado com 2 mil novos processos frívolos, a um custo altíssimo e que será suportando por toda a sociedade, aumentando o problema da *tragédia da Justiça*.

Assim, com o mesmo nível de *litigância*, os ganhos marginais do procurador e do ente público representado podem ser bem diferentes.

Para facilitar a visualização, nos dois gráficos abaixo (37 e 38) representamos três possíveis níveis de litigância (idênticos, para o Estado e para seu procurador) sendo que no primeiro as receitas e despesas marginais são as do advogado público e no segundo são do Estado:

¹³⁴⁶ Sobre o tema, veja-se, por exemplo, a utilização do Dra. Luzia, sistema de inteligência artificial capaz de auxiliar no ajuizamento de execuções fiscais. Tratamos do tema na seção 11.2.

¹³⁴⁷ É exatamente o caso do projeto Dra. Luizia, um robô advogado, criado por uma startup de tecnologia que promete automatizar o ajuizamento e o acompanhamento de execuções fiscais. Já implementado na Procuradoria do Distrito Federal, o robô trabalha com inteligência artificial e há a intensão de que ele seja implementado em outras procuradorias Brasil afora. <http://draluzia.com>

Gráfico 37 - Advogado público: quantidade ótima de litigância¹³⁴⁸

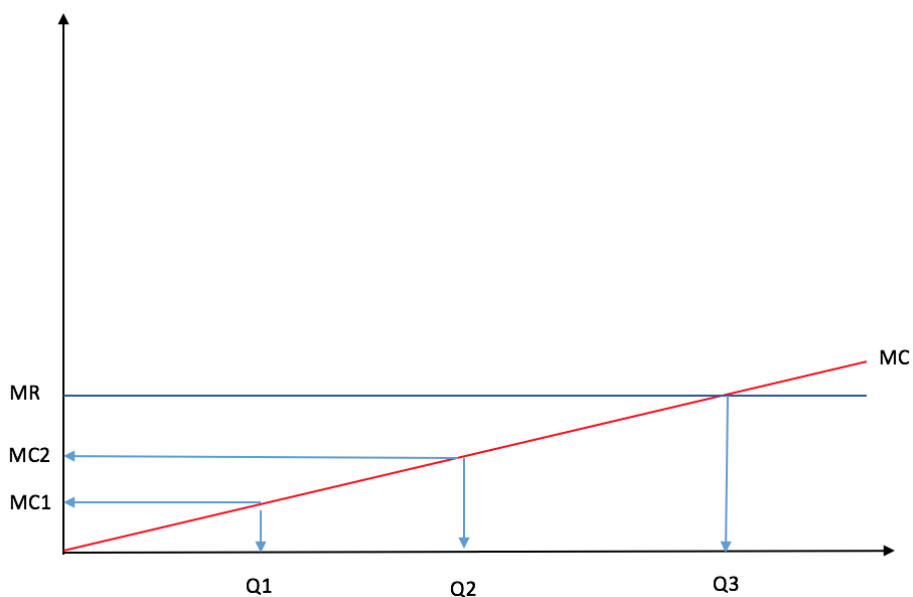
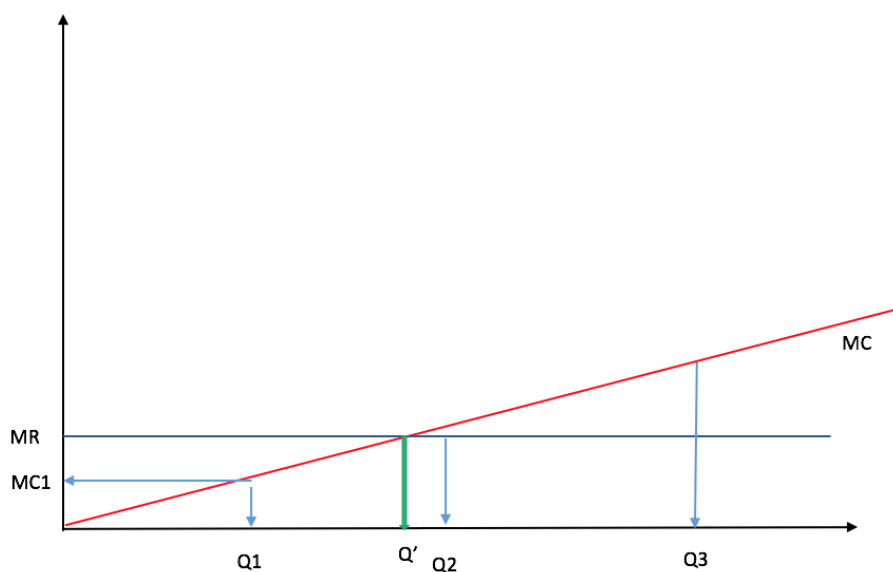


Gráfico 38 - Ente público representado (parte no processo): quantidade ótima de litigância¹³⁴⁹



Podemos observar que, no gráfico 37, os custos marginais do advogado (MC) são baixos (a linha vermelha é menos íngreme), enquanto que a receita marginal (MR) é alta (a linha azul escura tem ponto de partida mais alto no eixo vertical). Assim, ambos se igualam apenas no

¹³⁴⁸ Elaboração própria.

¹³⁴⁹ Elaboração própria.

nível de litigância Q_3 . É esse o nível de litigância a ser racionalmente atingido pelos advogados públicos com remuneração variável.

Já no gráfico 38, as receitas marginais são menores (linha MR, azul escura, tem ponto de partida mais baixo no eixo vertical) e os custos marginais mais altos (linha MC, vermelha, é mais íngreme que a do gráfico anterior), tudo conforme explicado no que diz respeito ao ente público defendido no processo. Por isso, observa-se claramente que, com o nível de litigância Q_3 , o Estado terá evidente prejuízo, pois os custos marginais (MC) são claramente maiores que as receitas marginais (MR). Nesse caso, o nível ideal de litigância está representado pela seta verde (Q'), e soma algo correspondente à metade do nível de litigância máximo desejado pelo advogado.

Detectado o problema e sua magnitude, é preciso aprofundar suas causas e buscar a solução.

7.3.1.2 Análise econômica dos honorários

A literatura sobre a análise econômica dos honorários contratuais é farta e possui conclusões bem-estabelecidas,¹³⁵⁰ focando principalmente os incentivos para a litigância eficiente e os alinhamentos de interesse entre advogados e clientes em diversas situações, seja perante o regime de custas americano, seja perante o regime britânico.¹³⁵¹

Basicamente, analisam-se três desenhos diferentes de remuneração dos advogados: o pagamento por hora (*hourly fees*); o pagamento de um valor fechado por demanda (*retainer arrangements*, incluída aí a internalização dos serviços de advocacia pela empresa, também chamada *in-house services*); o pagamento por resultado, que seria o equivalente aos nossos honorários de sucumbência (*contingent fees*).¹³⁵²

¹³⁵⁰ BEBCHUK, Lucian Arye; GUSMÁN, Andrew T. **How would you like to pay for that? The strategic effects of contingent fees and retainer arrangements on settlement terms**, in Program in Law and Economics, Harvard Law School, [1995] (Discussion paper 165, Harvard Law School, Cambridge, MA); MICELI, Thomas J. **Do contingent fees promote excessive litigation?** in 23, *Journal of Legal Studies*, 211, 1994; CLERMONT, Kevin M e CURRIVAN, John D., **Improving on the Contingent Fee**, in 63 *Cornell L. Rev.* 529 (1978); HALPERN, P. J. e TURNBULL, S. M., **Legal Fees and Alternate Cost Rules: An Economic Analysis**, in 3 *Int'l Rev. L. & Econ.* 3 (1983); POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**, op. cit. p. 782-792

¹³⁵¹ No regime americano, cada parte arca com seus próprios custos, independentemente do resultado final do processo. No regime britânico, semelhante ao brasileiro, o sucumbente arca com todos os custos.

¹³⁵² BEBCHUK, Lucian Arye; GUSMÁN, Andrew T. Op. Cit.

Com algumas variações, a conclusão básica é no sentido de que os honorários sucumbenciais tendem a incentivar uma postura mais efetiva por parte do advogado, considerados os interesses dos clientes.¹³⁵³

É que, sendo essa a única forma de remuneração do advogado, ele acaba suportando todos os custos de oportunidade na *aceitação* da causa, dependendo exclusivamente das chances de procedência dos interesses do seu cliente. Essa verdadeira *realocação de parte do risco* da demanda do cliente para o advogado funciona como um verdadeiro filtro contra a seleção adversa de demandas pelo próprio advogado.¹³⁵⁴

No regime *britânico*, que de certa forma equivale ao brasileiro, o perdedor suporta todos os ônus sucumbenciais. Isso leva, como já vimos no trato do *otimismo*, a um aumento de risco para o autor de demanda frívola, melhorando ainda mais a *seleção de boas demandas*.¹³⁵⁵

É bem verdade que, nos modelos econômicos que incorporam a existência de *incerteza* (que são muito mais rentes à realidade), mesmo aquele desenho pode levar a práticas abusivas como, por exemplo, a exploração da aversão ao risco da outra parte que, por ter incertezas quanto ao resultado do processo, acaba cedendo a um acordo em uma demanda verdadeiramente frívola.¹³⁵⁶

De outro lado, *hourly fees* e *retainer arrangements* provocam distorções em sentidos opostos. O advogado remunerado apenas por hora tende a rejeitar acordos vantajosos, de modo a *esticar* o processo ao máximo, *cobrando* grande quantidade de horas do seu cliente.¹³⁵⁷ Já o advogado remunerado por *parcela única* nada tem a ganhar com a continuidade do processo, pois não participa do resultado. Nesse caso, seu incentivo é por pressionar o cliente a aceitar acordos rápidos, mesmo que desvantajosos.

Ocorre que, no Brasil, como já vimos, existe quase sempre uma dupla remuneração aos advogados. Conforme já concluímos, quando isso acontece, o advogado diminui ou *zera* os seus riscos, levando aos *agency problems* já estudados e à litigância exacerbada.

Nesta seção, todavia, restringimo-nos à análise dos incentivos aos advogados públicos, que, a partir do regime inaugurado com o CPC/2015, *sempre* se sujeitam ao regime de dupla

¹³⁵³ POSNER, op. cit. p. 783-784; WANG, Susheng, **The optimality of contingent fees in the agency problem of litigation**, in *International Review of Law and Economics* 28 (2008) 23–31

¹³⁵⁴ Ainda assim, pelo fato de o advogado “ganhar” a menor parte do valor em caso de procedência, pode haver problemas de mandado, principalmente quando esse valor for inferior aos custos administrativos que o advogado terá para litigar até o fim do processo. *Ibidem*, p. 784.

¹³⁵⁵ HALPERN, P. J. e TURNBULL, op.cit. p. 23. É o que podemos chamar de *efeito endógeno*.

¹³⁵⁶ CLERMONT, Kevin M e CURRIVAN, John D., *OP. CIT.* p. 1; KATZ, Avery, **The Effect of Frivolous Lawsuits on the Settlement of Litigation**, 10 *Int'l Rev. L. & Econ.* 3, 26 (1990)

¹³⁵⁷ HALPERN, P. J. e TURNBULL, op. cit, p. 23, salvo nos casos em que não haja qualquer incerteza quanto ao resultado do processo, quando então a parte pode verificar o tempo de trabalho a ser gasto pelo advogado em comparação com casos similares.

remuneração, qual seja, a fixa (W, na nossa função, que equivale ao *retainer arrangement*) e a variável (W', que são os honorários sucumbenciais).¹³⁵⁸

Alguns parágrafos acima, identificamos a grande disparidade entre o custo marginal da litigância do advogado público e do ente por ele representado, o que se dá essencialmente pela ausência de risco para o primeiro.¹³⁵⁹

Essa ausência de risco, por sua vez, vem exatamente do duplo regime remuneratório criado pelo CPC/2015.

De outro lado, vimos que a remuneração variável aumenta a eficiência. Babchuk, inclusive, prova que clientes representados por advogados remunerados *exclusivamente* por um percentual no resultado final da demanda tendem a obter acordos mais favoráveis (e, portanto, eficientes) do que clientes representados por advogados sujeitos a outras modalidades remuneratórias.¹³⁶⁰

Posto isso, nossa sugestão de regulamentação do art. 85, § 19, do CPC/2015 é no sentido de criação de um *risco* ao advogado público no que respeita exclusivamente à remuneração variável. Com isso, mantêm-se os seus efeitos positivos e retiram-se os negativos.¹³⁶¹

Nesse sentido, uma das soluções seria que a remuneração variável incidisse sobre a *diferença entre honorários recebidos e honorários pagos pelo ente público representado em determinado período*. Assim, dentro das novas possibilidades legais de autocomposição envolvendo a fazenda pública, o advogado tenderá a buscar o acordo sempre que as chances de vitória na litigância forem diminutas.

Se a remuneração variável for um rateio sobre o montante de um fundo formado por esse fluxo,¹³⁶² *todos os advogados* saberão que estão contribuindo positiva ou negativamente para o aumento da remuneração variável de seus colegas quando atuarem no processo. Com isso, é possível inclusive que a audiência do art. 334 do CPC tenha maior aceitação e percentual de sucesso, bem como que se aumente a criação e a efetividade das câmaras administrativas de mediação, previstas não só no CPC, mas também na Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015).

¹³⁵⁸ Babchuk deixa claro que a internalização de serviços de advocacia (*in-house services*) equivale, em termos de incentivos, à remuneração por parcela única (*retainer fees*). Op. Cit. P. 19.

¹³⁵⁹ Todos os regimes remuneratórios que diminuem o custo marginal da litigância acabam por incentivá-la. Nesse sentido, Babchuk, op.cit. p. 19.

¹³⁶⁰ Op. cit., p. 14.

¹³⁶¹ Não encontramos qualquer estudo a respeito na literatura, muito provavelmente pelo ineditismo absoluto dessa forma remuneratória fora do Brasil.

¹³⁶² VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique, in **Breves comentários ao novo código de processo civil**, Op. Cit. p. 335. O modelo de fundo foi expressamente adotado pela Lei nº 13.327/2016 para a advocacia federal.

7.3.2 O regime de honorários na autocomposição

No capítulo anterior estudamos o impacto que o regime de honorários proposto pelo CPC/2015, para os casos de sucumbência recíproca, produz sobre o *intervalo de acordo*, nos casos em que a autocomposição é buscada após o início do processo.

Em resumo, vimos que a proibição à compensação de honorários nos casos de *sucumbência recíproca* (art. 85, § 14), aliada à ausência de regra específica para imposição de honorários quando da autocomposição, aumenta bastante os custos de transação desse tipo de comportamento cooperativo porque diminui o *intervalo de acordo* e, a reboque, os incentivos respectivos.

Mas esse é apenas um dos aspectos que importam sobre esse tema. A diminuição do intervalo de acordo é, de fato, um problema. Mas é um problema matemático que pode ser compensado pela elevação das custas processuais e consequente dilatação desse intervalo.

Além do mais, como vimos, desde que o intervalo de acordo não seja totalmente fechado, sempre haverá interesse racional em compor dentro do processo, desde que se cuidem dos diversos aspectos comportamentais que tratamos na seção anterior, como o otimismo e a aversão ao risco. É preciso também que se dê trato adequado ao problema da incerteza.

Por isso, desde que se dê tratamento sistêmico a todos os incentivos econômico-comportamentais envolvidos, não vemos o novo regime jurídico dos honorários sucumbenciais (ao menos em relação aos aspectos visitados neste trabalho) como impedimento ao comportamento cooperativo tendente à busca da autocomposição dentro do processo.

Em verdade, o novo regime pode implicar verdadeiro incentivo a outro tipo de comportamento cooperativo das partes. Note-se que, ao impedir a compensação dos honorários, o código realoca o custo de transação daquele tipo de acordo, deslocando-o dos advogados para as partes. Isso gera três consequências: (i) diminui os incentivos das partes para a autocomposição dentro do processo (tema já tratado e que pode ser sistemicamente remediado); (ii) aumenta os incentivos dos advogados para promoção da autocomposição dentro do processo; (iii) aumenta os incentivos para o comportamento cooperativo das partes antes do processo.

Trataremos agora dos incentivos aos advogados (item ii)

Ao longo de todo este trabalho temos demonstrado grande preocupação com os *agency problems* na relação advogado/cliente e seus impactos para o comportamento processual cooperativo.

Como é quase intuitivo, se o sistema realocar custos de transação das partes para os advogados, essa fissura no alinhamento de interesses tende a aumentar. Assim, mesmo diante de uma boa possibilidade de acordo, é mais provável que o advogado prefira prosseguir no processo em busca de seus honorários, em detrimento dos interesses do cliente.

No regime anterior de compensação de honorários nos casos de sucumbência recíproca, a solução consensual poderia arranjar interesses pessoais dos advogados, o que não nos parece razoável no âmbito do processo. Como vimos, o advogado é o propulsor do processo.

Vamos aprofundar o tema do ponto de vista dos incentivos econômicos.

Como é sabido, a condução de um processo do início ao fim implica custos administrativos (incluídos aí os custos de oportunidade) aos advogados.

Se a conciliação no processo implicar a compensação dos honorários, isso equivalerá a uma mudança pontual de regime na remuneração dos advogados, que perderiam a *dupla remuneração* (horários contratuais e sucumbenciais) para perceber apenas uma única (a remuneração contratual).

Do ponto de vista econômico, isso não seria o problema se essa fosse a regra geral. É dizer: se os honorários sucumbenciais fossem simplesmente extintos, o mercado de advocacia *relocaria* essa perda, aumentando proporcionalmente o valor dos honorários contratuais.¹³⁶³

O *nó lógico* desse regime decorre da pontualidade na denegação de honorários sucumbenciais, exatamente quando da ocorrência da transação, movimento que deveria ser incentivado no processo, incluídos aí incentivos para os advogados.

Os honorários contratuais, como visto, podem implicar o pagamento por hora (*hourly fees*) ou por um valor fixo (*retainer arrangement*).¹³⁶⁴ Eles são, de certa forma, uma *remuneração fixa*. Já os honorários sucumbenciais são *remuneração variável* por definição, atrelada à eficiência do advogado na *escolha* e na *condução* da causa.

A antiga extinção dos honorários sucumbenciais em alguns casos de conciliação (notadamente nos casos de verdadeira transação) acabava pontualmente com a remuneração mais eficiente que existe no sistema, qual seja, a variável, destruindo, por consequência, os incentivos do advogado para a busca do movimento autocompositivo das partes dentro do processo.¹³⁶⁵ Como isso ocorria pontualmente, não havia espaço para o sistema realocar esses

¹³⁶³ É o que prova Lucian Bebchuk, op. cit. p. 19.

¹³⁶⁴ Existem, é claro, variações desse sistema criadas pelo próprio mercado. Todavia, por simplicidade, consideramos aqui apenas as modalidades básicas.

¹³⁶⁵ Apesar de abstrair essa questão na construção do seu modelo, Bebchuk reconhece a existência desse tipo de incentivo como atrelada ao tipo de remuneração do advogado. Op. cit., p. 20.

valores para a remuneração contratual. Por consequência, o advogado buscava a remuneração dentro do processo, aumentando o *agency problem* em relação aos interesses do cliente.

É possível demonstrar tudo isso de forma bem clara, alinhando pedagogicamente as intuições econômicas por detrás de cada uma dessas modalidades remuneratórias.

Deixando um pouco de lado as incertezas (que complicariam nossa análise nesse momento), podemos pressupor que o advogado racional maximizará seus ganhos no processo. Assim, caso receba remuneração fixa que ainda esteja sendo paga durante o processo (por hora ou por ato processual), ele só buscará o acordo transacional caso a remuneração daí decorrente supere o que ele deixaria de ganhar com a remuneração fixa durante o segmento restante do processo, subtraídos os custos administrativos decorrentes de seu trabalho.

Vamos considerar que o advogado, ao *aceitar uma causa*, assuma dois tipos de custos administrativos, um para *preparar* a ação ou a defesa, comparecer à audiência do art. 334 e negociar um acordo (*custo X*), e outro para litigar até o final do processo caso não haja acordo (*custo Y*).

Suponhamos o sistema-padrão de dupla remuneração do advogado, ou seja, remuneração contratual (H_c) e sucumbencial (H_s).

Assumamos ainda que a remuneração contratual desdobre-se em dois valores: um a ser pago pelo cliente para a *preparação da ação ou da defesa* e participação do advogado na audiência do art. 334 (chamada aqui *remuneração H_{ca}*) e outro que decorrerá das horas gastas com o processo após a audiência do art. 334 (*remuneração H_{cb}*). Assim, o total da remuneração contratual seria: $H_c = H_{ca} + H_{cb}$.

Por fim, consideremos que os honorários sucumbenciais sejam *certos* no caso de conciliação (ao menos no regime do CPC/2015) e *esperados* com a possibilidade p caso não haja conciliação, sendo p a probabilidade de vitória do cliente no processo.

Passemos à demonstração dos incentivos do advogado racional à promoção da conciliação na audiência do art. 334 nos regimes antigo (compensação da verba honorária na sucumbência recíproca) e novo (proibição da compensação).

No regime antigo, a grande vantagem que o advogado obtinha ao conciliar no momento do art. 334 era a economia do custo administrativo Y (já que ele não teria o trabalho de litigar até o final do processo).

A desvantagem, porém, era a perda de parte da *remuneração contratual* e de toda a *remuneração sucumbencial esperada* $p(H_s)$.

Quanto à remuneração contratual, o advogado perderá as parcelas decorrentes do pagamento das horas que seriam gastas com o processo após a audiência (H_{cb}). Quanto à

remuneração sucumbencial, a perda será total, supondo a compensação de horários decorrente da sucumbência recíproca das partes (Hs).

Nesse sistema, portanto, o advogado só buscaria a conciliação na audiência do art. 334 caso a economia dos custos administrativos (Y) superasse a soma das perdas honorárias $Hcb + p(Hs)$.

A fórmula que expressa a condição de litigância para o advogado será, portanto: $Y < Hcb + p(Hs)$, onde o advogado evitará a conciliação sempre que o número do lado direito da fórmula superar o número do lado esquerdo.¹³⁶⁶

Isso significa que, *sempre que a soma dos honorários contratuais a serem pagos durante o processo e dos honorários sucumbenciais esperados superar a economia dos custos administrativos de advogar até o final daquele mesmo processo, o advogado racional evitará o acordo de todas as formas.*

Por exemplo, em uma ação com possibilidade de ser remunerado em 10% sobre eventual pedido de condenação de R\$50mil, com chances de apenas 20% de sucesso, e custos administrativos pós-audiência de R\$2mil, não haverá chance de o advogado buscar o acordo sempre que houver previsão de remuneração pós-audiência superior a meros R\$1mil. Isso porque:

$$\begin{aligned} Y &< Hcb + p(Hs); \\ 2.000 &< Hcb + 0,2(5.000); \\ 2.000 &< Hcb + 1.000. \end{aligned}$$

Assim, se Hcb for, por exemplo, \$1.001, estará satisfeita a condição de litigância para o advogado, porque $2.000 < 2.001$.

Já no regime atual, os incentivos cooperativos para o advogado são bem maiores.

Como ele não perderá os honorários sucumbenciais, que passarão a ser calculados sobre o valor do acordo, a fórmula que expressará a condição de litigância para ele será: $Y < Hcb + (p.Hs) - Hs'$, onde $(p.Hs) - Hs'$ expressa a diferença remuneratória entre os honorários decorrentes da possibilidade de vitória do seu cliente ao final do processo e aqueles decorrente da autocomposição com sucumbência recíproca (Hs').

¹³⁶⁶ Caso não haja qualquer remuneração contratual após a audiência do art. 334, a condição de litigância para o advogado seria $Y < p(Hs)$.

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

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

$$2.000 < Hcb - 1.500$$

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

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

Assim, teríamos:

$$2.000 < 1.001 + (p \cdot 5.000 - 2.500)$$

$$2.000 - 1.001 + 2.500 < p \cdot 5.000$$

$$3.499 < p \cdot 5.000$$

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

$$0,6998 < p$$

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

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

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

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

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

O efeito colateral desse aumento, desde que ele seja efetivamente percebido pelas partes em litígio, é o estímulo à autocomposição fora do processo. É dizer: como as partes sabem que a composição durante o processo será mais cara (pois implicará pagamento de honorários a ambos os advogados), elas terão estímulo para evitar o processo, preferindo a composição ao ajuizamento da ação, seja pela mediação, seja pela *negociação sem negociador*.¹³⁶⁷

Claro que a materialização desses incentivos depende da *efetiva disponibilidade* de meios para sua concretização, com custos de transação reduzidos. A utilização de tecnologia e outras possibilidades nesse sentido serão discutidas em capítulo próprio.¹³⁶⁸

7.4 Incentivos para o juiz

O juiz, bem como os demais atores processuais, não figura no processo exclusivamente por algum tipo de missão, sentimento de responsabilidade social ou sacerdócio.¹³⁶⁹

Claro que a imagem do juiz sacerdotal, vocacionado, acima do bem e do mal e disposto ao autossacrifício em prol da realização dos mais altos ideais de justiça traz-nos imenso conforto cognitivo. É bem provável que alguns de nós conheçam magistrados com esse perfil. Não negamos, também, a possibilidade de que a maioria dos magistrados, por razões específicas que veremos em breve, já tenha tido momentos de *juiz Hércules*,¹³⁷⁰ nos quais abdica-se do interesse pessoal em prol de algo maior.

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

Ainda que sejam necessárias pesquisas empíricas para realmente provar este ponto, apelamos aqui para fatos notórios da realidade dos tribunais brasileiros — como, por exemplo,

¹³⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”**. Op. Cit. P. 709-726.

¹³⁶⁸ Especificamente no capítulo 11, seção 11.2.1.

¹³⁶⁹ Essa visão romaneada da atividade jurisdicional pode ser encontrada em CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, advogados**. Trad. Ivo de Paula, 2013, São Paulo, ed. Pilares. E-book. Localização 137. Em sentido contrário, realçando as vicissitudes do magistrado como sendo as de qualquer ser humano, restringindo, todavia, suas observações ao plano da ética, NALINI, José Renato, **Magistratura e ética** (obra coletiva), Apresentação, e-book, Localização 82, São Paulo, 2013, Ed. Contexto.

¹³⁷⁰ Dworkin, Ronald, **Law’s empire**, Cambridge, Harvard Universit Press, 1986 P. 239-240.

a chamada *jurisprudência defensiva*,¹³⁷¹ de há muito praticada pelos tribunais superiores, ou ainda toda a jurisprudência do STF e do STJ que acaba por atenuar o dever de motivação das decisões judiciais.¹³⁷²

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

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

Partindo de uma perspectiva realista, adaptaremos a *função de utilidade do juiz*, criada por Richard Posner para *prever* o comportamento médio do juiz federal americano, em recentíssima obra a respeito do tema.¹³⁷³

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

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

Talvez as principais peculiaridades da função de magistrado no Brasil advenham da forma de recrutamento desse profissional (concurso público, ressalvados o *quinto dos tribunais* e os tribunais superiores) e das próprias *garantias da magistratura*, como a vitaliciedade e a irredutibilidade de benefícios.¹³⁷⁴

Sobre essa última garantia, é crucial lembrarmos o outro lado da moeda: juízes são remunerados por subsídios fixos, reajustados de tempos em tempos por lei, sem qualquer possibilidade de aumento em decorrência de seu desempenho.¹³⁷⁵

¹³⁷¹ Verdadeiras “*pegadinhas processuais*” criadas pelos tribunais superiores para dificultar a admissibilidade de recursos excepcionais em razão do seu excessivo estoque de processos. Sobre o tema, ALVIM, Teresa Arruda, DANTAS, Bruno, op. cit. p. 380-383.

¹³⁷² AgRg no AResp 594.615/PA, 2a. Turma, rel. Min. Humberto Martins, DJe 04.12.2014; AI 791292, QO, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 13.08.2010.

¹³⁷³ POSNER, Richard, R. **The Behavioral of Federal Judges**, op. cit. p. 25-64

¹³⁷⁴ Constituição Federal, art. 95, I e III. Ressaltamos novamente que nossa pretensão aqui não é de modo algum discutir a extensão das garantias do juiz, muito menos abordar do ponto de vista sociológico ou ético qual deveria ser sua postura do processo.

¹³⁷⁵ Ao menos no âmbito da Justiça Federal, ressalvada a gratificação pela cumulação de acervo, que não

Por conta dessa *estabilidade financeira*, característica presente no Poder Judiciário federal americano, Posner indica que os estímulos do juiz estão na maximização de outros benefícios (que não os financeiros) ligados à sua atividade (como, por exemplo, o aumento de poder, a conquista de reputação, a manutenção da autoestima, a interação social e outros).¹³⁷⁶

A ideia básica é que, ausentes penalidades ou prêmios financeiros (ressalvadas punições decorrentes da prática de ato ilícito), juízes tendem a minimizar os *custos* do trabalho literalmente trabalhando menos e aumentando o tempo livre para lazer ou para outras atividades.¹³⁷⁷

O juiz é um trabalhador sujeito a um regime de segurança contra demissão (*securely tenured worker*).¹³⁷⁸ Dessa forma, como já vimos, ele guarda *aversão ao esforço*,¹³⁷⁹ característica crucial da chamada *função de utilidade do juiz*.

Segundo a teoria econômica, o trabalhador racional, aí incluído o juiz, buscará sempre diminuir os custos e elevar os benefícios da sua atividade.¹³⁸⁰ Suas escolhas normalmente implicam alguma tensão entre custos e benefícios.¹³⁸¹

necessariamente remunera a produtividade, pois sua percepção não está vinculada a um número específico de decisões judiciais. É uma remuneração mais do *input* (processos encaminhados ao juiz) do que do *output* (processos decididos pelo juiz). A gratificação, criada pela lei 13.093/2015, foi regulamentada pelo Conselho da Justiça Federal pela Resolução n. 341, de 25 de março de 2015.

¹³⁷⁶ Op. Cit. p31.

¹³⁷⁷ Ibidem, p. 31.

¹³⁷⁸ Ibidem, p. 31.

¹³⁷⁹ Posner, Economic analysis of law, op. cit., p. 727.

¹³⁸⁰ ibidem, p. 32-33.

¹³⁸¹ Temos consciência de que Posner criou tal função de utilidade tendo por parâmetro o juiz federal americano, que atua dentro de um sistema de *common law*. Inclusive, em obra anterior, o autor deixa claras as diferenças entre esses juízes e os do *civil law*, que seriam burocratas de carreira com menos poder criativo e mais tementes a seus superiores. POSNER, Richard A. **How judges think**, 2008, Harvard University Press, Cambridge (MA), London (UK). P.129 Todavia, como vimos, atualmente os sistemas de civil law e de common law convergem em diversos aspectos, o que diminui as diferenças, por exemplo, no que se refere às potencialidades criativas e interpretativas do juiz. Já se sabe que, de há muito, o juiz do *civil law* não atua mais como boca da lei, e que mesmo a lei é repleta de standards e conceitos vagos propositalmente abertos à interpretação do juiz. Sobre o tema, ALVIM, Teresa Arruda e DANTAS, Bruno, op. cit. P. 120-274. Mesmo aspectos relacionados à carreira dos juízes nos dois sistemas são hoje bastante semelhantes. Ambos são vitalícios e têm subsídios irredutíveis, mas que dependem de lei para aumentar. No *common law*, as perspectivas de promoção são baixas em razão do mérito. No judiciário federal americano, isso ocorre porque a maior parte das vagas nas cortes são preenchidas por entradas laterais, ou seja, pessoas de fora de judiciário que acabam sendo nomeadas pelo presidente da república. Segundo Posner, apenas 6% dos juízes de primeiro grau acabam sendo nomeados (por mérito) para as instâncias superiores, ainda que todos os juízes da Suprema Corte sejam ex-juízes federais (p. 129 e 134). Não há ainda, grandes diferenças salariais (p. 134). No Brasil, as perspectivas de promoção têm mais peso, e nós levaremos isso em consideração, principalmente em razão da formação de listas tríplexes pelos tribunais, de modo a limitar a escolha política que será feita na sequência. Ainda assim, o critério meritório fica bastante atenuado, quer pelas regras de antiguidade (metade das promoções aos tribunais dependem de antiguidade. A outra metade, baseada no merecimento, exige que o juiz esteja no quinto mais antigo da carreira para concorrer) quer pelas entradas laterais para as cortes superiores (nomeação política. Veja-se o caso do STF, onde atualmente só existe 1 juiz de carreira). As diferenças salariais também são baixas, ainda que o prestígio de um desembargador, ou de um ministro, seja bastante superior ao de um juiz de primeiro grau. Por fim, Posner indica alguns critérios de avaliação úteis para juízes de carreira, tais como: quantidade de acervo, taxa de reversão de julgados e reclamações de advogados e partes (p. 131). Dentro

Por exemplo, o juiz produtivo, que *limpa o gabinete*, ganha reputação perante seus colegas e sua corte. Por outro lado, perde horas de lazer e não tem qualquer aumento de remuneração. O juiz zeloso, que trabalha artesanalmente na fundamentação das decisões judiciais (dando amplo rendimento ao disposto no art. 489, § 1º), ganha reputação com os advogados da causa (ao menos com o vencedor), mas perde horas de lazer e agilidade, eventualmente comprometendo sua produtividade e sua imagem perante seus pares e outros advogados e até mesmo frente à sua corregedoria e o CNJ.¹³⁸²

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

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

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

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

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

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

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

da realidade brasileira e com as devidas adaptações, utilizaremos esses critérios de modo a provocar os incentivos necessários ao magistrado para que ele busque o comportamento cooperativo.

¹³⁸² Sem adentrar o mérito, vide o recente caso do juiz paulista compulsoriamente aposentado porque produzia “apenas” uma média de 33 sentenças por mês, elaboradas, segundo seu advogado, de forma artesanal. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-jun-30/elogiado-colegas-juiz-aposentado-baixa-productividade>, acesso em 13/07/2017.

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

W indica a utilidade retirada do salário fixo (subsídio do magistrado¹³⁸³). Note-se que ela não tem qualquer relação com o tempo gasto na atividade profissional, exatamente porque o juiz brasileiro é remunerado por parcela fixa, invariável em qualquer circunstância.

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

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

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

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

Tomemos o exemplo da fundamentação analítica das decisões judiciais, a cereja do bolo do chamado *contraditório substantivo*.¹³⁸⁴ Ainda que decisões assim proferidas irradiem maior legitimidade e influência, seu incremento em S e talvez em EXT tende a limitar-se *até um certo ponto*, acrescentando pouca utilidade daí em diante.

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

¹³⁸³ Constituição Federal, art. 39, § 4°.

¹³⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC, fundamentos e sistematização**, 2a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2015, p. 301-322, principalmente p. 317

desvalor da perda do tempo para o lazer é crescente e, como é fácil perceber, não compensa aqueles incrementos de utilidade.¹³⁸⁵

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

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

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

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

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

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

Um claro incentivo para seguir precedentes é a diminuição da carga de trabalho proporcionada por esse método. Com efeito, é em tese mais difícil reconhecer e afastar um precedente ou criar algo absolutamente novo do que simplesmente a ele subsumir o caso

¹³⁸⁵ Outro agravante que nos leva a crer que os deveres de motivação nunca serão perfeitamente cumpridos pelo juiz é o fato de que a ausência de motivação só implicará nulidade caso seja provado efetivo prejuízo para a parte sucumbente, ou seja, caso o sucumbente demonstre que, houvesse o juiz analisado seu argumento, ele venceria a causa. Em hipóteses como essa, o sucumbente obviamente apelará com base na ausência de fundamentação. Nas raras hipóteses em que o prejuízo for realmente demonstrado, caberá ao tribunal não apenas anular a sentença, mas também julgar o mérito caso a causa esteja madura. Perceba-se, portanto, que não haverá retrabalho para o juiz de primeiro grau. De outro lado, desde que não se trate de um juiz que não fundamenta absolutamente nada, a taxa de reversão do magistrado tende a ser baixa, de modo que é improvável que essa fundamentação incompleta prejudique a sua imagem perante a corte. O próprio posicionamento dos tribunais superiores em relação à desnecessidade de fundamentação exaustiva já comprova que nossa intuição econômica se verifica na prática. É dizer, em linguagem econômica, que, dados os incentivos presentes, o nível ótimo de motivação para o magistrado será inferior à necessidade de motivação exaustiva que boa parte da doutrina retira do art. 489p.1o. do CPC/2015. Esse nível *ótimo* parece identificar-se com aquilo que o STJ chama de *motivação sucinta* (STJ, Resp. 782901/SP,3aT, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ, 20/06/2008. Nesse sentido, WELSCH, Gisele Mazzoni, *Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC*, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016. P. 145

concreto. Ainda que a fundamentação tenha de se fazer presente nos dois casos¹³⁸⁶ (art. 489, § 1º, V, do CPC/2015), o ônus argumentativo e o exercício mental criativo são muito maiores para evitar do que para aplicar um precedente na decisão.

Mais do que isso, no atual sistema, o reconhecimento do precedente pode levar à aplicação de regras de aceleração do procedimento, abreviando sua duração e, conseqüentemente, diminuindo o estoque de processos sob responsabilidade do juiz.¹³⁸⁷ Não à toa, a doutrina do precedente é incluída pelo direito americano no grupo das chamadas *workload-saving doctrines*.¹³⁸⁸

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

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

Não é, todavia, o que se verifica na prática.¹³⁸⁹ É comum no Brasil que juízes simplesmente ignorem os precedentes. Isso não só na primeira instância, mas também nos tribunais.

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

Com efeito, decidir com base em precedentes diminui claramente o poder do juiz, bem como seu potencial criativo. A possibilidade de alterar um precedente, ou de participar da criação de um novo, possibilita ao magistrado a projeção de suas crenças para moldar as relações sociais, o que possivelmente acarreta enorme satisfação pessoal em certos casos. Mais

¹³⁸⁶ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**, 10 ed - Salvador: ed. Jus Podivm, 2015, V. 2. p. 338-339

¹³⁸⁷ É o caso, dentre outros, da possibilidade de improcedência liminar do pedido (art. 322), de proferimento de tutela da evidência (art. 311, II), de julgamento antecipado do pedido (arts. 355-356), e do julgamento monocrático de recursos pelo relator (art. 932, IV e V). Sobre o tema, MACEDO, Lucas Buriel de, *Precedentes Judiciais*, op. cit. p. 490-491; 486-490; 503-505; 508-510.

¹³⁸⁸ POSNER, Richard, **The behavior of federal judges**, op. cit. p. 41.

¹³⁸⁹ Essa afirmação dependeria de verificação empírica. Todavia, parece-nos fato notório que os precedentes muitas vezes são ignorados pelos juízes e até mesmo pelas cortes superiores. A exata taxa de desrespeito ao precedente no Brasil é, todavia, desconhecida.

do que isso, a autoria de uma modificação da jurisprudência vinculante confere prestígio social, aumentando a reputação do juiz¹³⁹⁰ dentro e fora da carreira.¹³⁹¹

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

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

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

Caso o desrespeito ao precedente implique anulação da sentença com ordem para que outra seja proferida, reduz-se ainda mais a utilidade em *L*, visto que o juiz, além de ter gasto mais tempo para fundamentar o afastamento do precedente, terá agora que proferir outra sentença aplicando o precedente.¹³⁹²

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

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

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

Todos sabemos que a maioria dos juízes não se desincumbe plenamente do dever de motivação de suas decisões, sendo essa conduta muitas vezes referendada pela própria jurisprudência superior.¹³⁹³ Assim, caso o juiz simplesmente ignore o precedente ou deixe de fundamentar seu afastamento, o decréscimo de utilidade em *L* diminui bastante ou mesmo zera. Para ser preciso, quando o juiz não fundamenta o afastamento ou ignora o precedente, não há qualquer acréscimo de trabalho, em comparação com as horas gastas com a confecção de decisões que respeitam precedentes.

¹³⁹⁰ POSNER, op. cit. P. 43.

¹³⁹¹ Trata-se de caso clássico de *free-rider problem*, ou seja, uma postura que, individualmente considerada, gera pouco prejuízo coletivo, mas grande satisfação pessoal. (LEITZEL Jim, **Concepts of law and economics**, Op. cit, p. 70; POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 746)

¹³⁹² Obviamente, isso só ocorrerá quando o tribunal não avançar diretamente no julgamento do mérito, o que sempre deve ocorrer quando questões de fato não estiverem em discussão.

¹³⁹³ Esse é, desde 2010, o posicionamento oficial do STF sobre o tema. THEODORO Jr et al., op. cit. p. 306.

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

Na pior das hipóteses, envolvida questão processual com anulação da sentença, sempre resta a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura,¹³⁹⁴ mecanismo eficiente na busca de prestação da tutela em tempo razoável, mas que *poupa* o retrabalho do magistrado desobediente do precedente na instância inferior.¹³⁹⁵ Em todos esses casos, a utilidade em *L* resta preservada para o juiz dissidente.

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

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

Mas mesmo esse aumento de trabalho, no Brasil, pode ser questionado. Explica-se. Como o recurso de apelação é a todos garantido e há poucos mecanismos de desestímulo à sua interposição (ainda que agora haja os honorários recursais, tratados no capítulo 10 deste trabalho), a cultura da advocacia brasileira é a de sempre recorrer. Assim, os tribunais acabam tendo de analisar recursos tanto de decisões que seguem quando de decisões que violam o precedente.¹³⁹⁶

Nos dois casos, havendo precedente, o procedimento recursal nos tribunais é abreviado,¹³⁹⁷ de modo que não há aumento de trabalho, podendo ou não haver diminuição de prestígio do juiz perante a corte.¹³⁹⁸

¹³⁹⁴ Como afirma Teresa Arruda Alvim, *informam o sistema processual os princípios da conservação (ou do aproveitamento) e da convalidação*. ALVIM, Teresa Arruda, *Nulidades Processuais*, São Paulo, 2014, Ed. Revists dos Tribunais, 7a. ed. p. 255. Aplicam-se aqui as normas no art. 1.013 do CPC/2015. No nosso exemplo, especial atenção ao inciso IV, do p. 3o. daquele artigo, ao permitir o julgamento de mérito da apelação quando o tribunal decretar a nulidade da sentença por falta de fundamentação.

¹³⁹⁵ São os demais incisos do art. 1.013, § 3o, do CPC.

¹³⁹⁶ No capítulo 10, especialmente seção 10.1, abordaremos quais os incentivos das partes e dos advogados ao recurso.

¹³⁹⁷ É que, presente o precedente, o relator *acelera* o julgamento do recurso através da decisão monocrática, com base no art. art. 932, IV e V. Sobre o tema, WOLKART, Erik Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro - Mecanismos de objetivação do processo**, Salvador, Ed. Jus Podivim, 2013, p. 191-194.

¹³⁹⁸ O caso é diferente quando, por exemplo, o juiz de primeiro grau provoca o cabimento de agravo de instrumento ao decidir algo que não deveria ter resolvido interlocutoriamente. Nesse caso, ao criar uma decisão, ele cria um recurso que não existiria. Com a limitação do agravo de instrumento às hipóteses do art. 1.015 do CPC, esse problema fica limitado, mas ainda assim pode existir. Imagine-se o juiz que “entenda” que as CDAs de execuções fiscais promovidas pela PGNF tenham de ser substituídas para excluir os encargos do DL, tendo em vista que os honorários agora pertencem ao advogado público e por isso devem ser por eles executados, fora da execução fiscal.

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

Existem interessantes estudos sobre aspectos da cultura brasileira que levariam ao sistemático desrespeito aos precedentes, inclusive por parte dos magistrados.¹³⁹⁹ É o chamado *jeito*, ou *jeitinho brasileiro*.

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

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

7.4.1 Possíveis soluções

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

Tratemos inicialmente do primeiro grupo.

É preciso deixar clara a amplitude do conceito de “promoção” que utilizaremos nesta seção. Obviamente, as principais *promoções* da carreira de juiz são aquelas que alteram o *cargo*

Se esse entendimento estapafúrdio for exarado em 1mil execuções, ele gerará 1mil agravo de instrumento ao tribunal (art. 1.015, parágrafo único), cujos membros certamente não ficarão muito contentes com esse novo volume de trabalho.

¹³⁹⁹ O arquétipo do *homem cordial* e a cultura do *jeitinho brasileiro* serão estudados mais à frente, na seção 7.4.

por eles titularizado, ou seja, as que fazem do juiz *substituto* um juiz *titular*, e as que fazem do juiz *titular* um desembargador.¹⁴⁰⁰

Todavia, como as perspectivas dessa espécie de *promoção vertical* são poucas e espaçadas ao longo da carreira (alguém que ingresse com 30 anos como juiz substituto e se aposente com 70 como desembargador terá tido, a rigor, apenas 2 promoções em 40 anos), consideraremos “promoção” o deferimento de relotação do magistrado a pedido e a ocupação de funções administrativas destacadas dentro da corte, como por exemplo a *diretoria de foro*, ou a *presidência* ou *corregedoria do tribunal*, ou, ainda, a diretoria da *escola da magistratura*. Até mesmo a concessão de algumas licenças (como para estudo no exterior, por exemplo) podem vincular-se a critérios meritórios.

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

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

Claro que, em um sistema como o nosso, em que precedentes são muitas vezes voláteis, isso pode sim gerar alguma injustiça. Todavia, os mecanismos de controle têm de captar essa realidade. Em verdade, a própria sentença tem de deixar claro — e talvez o próprio CNJ possa criar uma *fórmula ou uma forma para tanto* — qual é o precedente que está seguindo.¹⁴⁰¹

É preciso lembrar que tentativas de *distinguishing* sem fundamentação devem ser consideradas violação de precedente.¹⁴⁰² Por outro lado, como já vimos, se o juiz entende pela superação do precedente superior, ele deve ainda assim segui-lo, ressaltando sua opinião nesse sentido, de forma a robustecer o argumento do apelante, que há de buscar o *overruling* na corte competente, se possível.

Do ponto de vista de *gestão judiciária*, não vemos qualquer dificuldade de o CNJ impor um *modelo formulário de sentença*, com campos específicos para o juiz preencher. Isso já funciona na prática com a estrutura básica da sentença dividida em *relatório*, *fundamentação* e *dispositivo*, podendo haver um campo específico para o precedente. Nele, o juiz

¹⁴⁰⁰ Como as perspectivas de promoção do desembargador para o STJ são muito diminutas e envolvem critérios prioritariamente políticos, esse movimento não será por nós considerado.

¹⁴⁰¹ Como veremos no capítulo 11, em breve novas tecnologias reorganizarão por completo a forma de pesquisa estruturada de precedentes, facilitando sua identificação, bem como a detecção de desrespeito a precedentes vinculantes.

¹⁴⁰² Posner, *Economic analysis of law*, op. cit. p. 746.

obrigatoriamente preencheria o precedente seguido, se existente, justificando eventual *distinguishing*, tudo de forma simples e sem burocracia.

Aliás, em um mundo tecnológico, com um sistema unificado e evoluído de processo eletrônico (algo desejado pelo CPC/2015 e ainda mal implementado pelo CNJ¹⁴⁰³), a padronização formal dos atos processuais das partes e do juiz é algo simples e necessário. Como veremos no capítulo 11, essas padronizações serão fundamentais ao desenvolvimento de sistemas altamente evoluídos, com introdução de inteligência artificial e automatização de boa parte do trabalho de juízes e advogados.¹⁴⁰⁴ No limite, algoritmos auxiliarão juízes a decidir seguindo o precedente, se existente.¹⁴⁰⁵

Outro fator a ser considerado como critério de promoção é o acervo do magistrado.¹⁴⁰⁶ As atuais *metas do CNJ* representam clara evolução nesse sentido.¹⁴⁰⁷

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

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

No entanto, deve-se refletir sobre o que vem a ser uma *decisão de qualidade*. Para nós, tem qualidade (e legitimidade) a decisão que expressamente considera os fatos relevantes da causa conforme a prova dos autos (apontando as provas e fazendo a respectiva valoração), apreciando os argumentos relevantes e não genéricos, decidindo de modo a apontar quais regras

¹⁴⁰³ Desejado expressamente pelo art. 194 do CPC, que impõe a interoperabilidade dos sistemas de automação processual. Mal resolvido porque, por hora, o CNJ definiu como padrão o sistema *PJe*, um dos piores e menos eficientes sistemas de automação processual do Brasil.

¹⁴⁰⁴ Como ficará claro, o conceito de *inteligência artificial* parte da ideia de reconhecimento de *padrões* por softwares inteligentes. Esse reconhecimento torna-se mais preciso quando maior for o número de informação disponível (o chamado *big data*). Obviamente, com um sistema unificado que tenha acesso simultâneo a todas as petições e documentos de mais de uma centena de milhões de processos, como é o caso do Brasil, as potencialidades são “quase” inimagináveis. Trataremos do tema no último capítulo deste trabalho.

¹⁴⁰⁵ Sobre o tema, SIMONITE, Tom. *Intelligent Machines How to Upgrade Judges with Machine Learning*, março , 2017, in MIT Technology Review. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/603763/how-to-upgrade-judges-with-machine-learning/>

¹⁴⁰⁶ POSNER, **How Judges Think**, p. 131.

¹⁴⁰⁷ Trata-se das chamadas *metas nacionais para o judiciário brasileiro*. São diversos objetivos a serem alcançados pelo Poder Judiciário, normalmente ligados à velocidade e ao estoque de processos, ou seja, ao acervo. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2017>, acesso em 19/07/2017.

de direito estão a incidir naquele caso, julgando assim todos os pedidos das partes, sempre que houver condições de pronunciamento de mérito.¹⁴⁰⁸

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

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

Para que esse sistema funcione, é essencial o comportamento cooperativo das partes e, principalmente, dos advogados. Como já tivemos oportunidade de escrever, o respeito das sentenças à forma de fundamentação exigida pelo art. 489, § 1º, do CPC/2015 só será possível se as partes se desincumbirem de deveres semelhantes em suas peças postulatórias, que devem ser despidas de alegações genéricas e descoladas dos fatos concretos.¹⁴⁰⁹

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

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

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

¹⁴⁰⁸ Sobre o tema, discorreremos longamente em: **Novo código de processo civil x sistema processual civil de nulidades. xeque-mate?** Revista de Processo | vol. 250/2015 | p. 35 - 60 | Dez / 2015. Na oportunidade, a propósito do art. 489, P.1o., IV do CPC, escrevemos: “O juiz deverá, assim, indeferir as petições genéricas, ao menos em relação aos argumentos genéricos largados na petição. Deve fazê-lo de forma expressa, evitando assim a nulidade da sentença que não os abordar, fazendo o mesmo em relação à contestação. Agindo assim, podemos afirmar, sem medo de violar o princípio do contraditório ou da motivação das decisões judiciais, que a sentença que ignorar aqueles argumentos não será nula, pois foram expressamente considerados como irrelevantes para o julgamento da causa, possibilitando às partes, inclusive, alterá-los ou contextualizá-los. Acrescentamos: petições iniciais que forem inteiramente genéricas devem ser indeferidas - após possibilidade de emenda, claro; contestações inteiramente genéricas devem implicar confissão ficta, até por violação ao ônus da impugnação especificada. Essa é, portanto, a única novidade do § 1.o do art. 489: impor, como reforço das formas do processo e sob pena de reconhecimento de nulidade caso haja prejuízo, que a petição inicial, a contestação e a sentença atenham-se aos fatos subjacentes à causa, abstenendo-se de argumentos ou fundamentos abstratos ou genéricos que com ela não tenham relação explícita e fundamentada. A inovação é, por assim dizer, um reforço da forma dos atos postulatórios e dos atos decisórios, com a consequente declaração de nulidade daí decorrente, desde que configurado o prejuízo.”

¹⁴⁰⁹ Ver nota de rodapé imediatamente anterior.

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

A partir do momento em que o juiz violador de precedentes passa a ter menores chances de promoção (em sentido amplo), reverte-se sua função de utilidade em *S*, que passa a ser negativa.¹⁴¹⁰ Assim, sem outro benefício direto, desrespeitar precedentes deixará de *fazer sentido*, pois será uma conduta com consequências sempre negativas do ponto de vista da função de utilidade do magistrado.

Por outro lado, o respeito ao precedente, por economizar tempo e aumentar as chances de promoção, causará impacto positivo simultaneamente em *S*, em *L* e em *Y*.¹⁴¹¹ Com esses incentivos somados, a conta final de utilidade do comportamento cooperativo de respeito ao precedente obrigatório poderá tornar-se positiva.

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

7.4.1.1 A reputação como instrumento para a cooperação

Dizer que as pessoas preocupam-se com a própria reputação é afirmação quase tautológica.¹⁴¹² Além da necessidade de reconhecer-se no outro,¹⁴¹³ a reputação está diretamente ligada à ideia de prestígio, poder e influência na sociedade.¹⁴¹⁴ É, em última instância, um tipo de bem que confere grande *utilidade* ao indivíduo.¹⁴¹⁵ Todos desejam a amizade e a influência de pessoas com alto *status* social, ao mesmo tempo em que temem sua inimizade pelas consequências negativas potencialmente daí advindas.¹⁴¹⁶

¹⁴¹⁰ Posner, **The behavior of federal judges**, op. cit. p. 48.

¹⁴¹¹ Ainda que o impacto positivo em *S* seja em parte contido pela ausência da satisfação pessoal de participar da criação de um novo precedente.

¹⁴¹² WRIGHT, Robert. **Nonzero: the logic of human destiny** 26-27

¹⁴¹³ Que é, na verdade, a concepção hegeliana de *desejo* (*begierde*), ou seja, *o apetite, a tendência [...] pelas quais se expressa a relação da consciência com o eu. Em outras palavras, a consciência, no sentido hegeliano, reconhece o outro na medida em que se reencontra nele*. ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. Trad. Vera Ribeiro e Lucy Magalhães, **Dicionário de psicanálise** Ed. Zahar, Rio de Janeiro, 1998, p. 146.

¹⁴¹⁴ Michael E. Solimine, *Judicial Stratification and the Reputations of the United States Courts of Appeals*, 32 FLA. ST. U. L. REV. 1331 (2005). P. 1331.

¹⁴¹⁵ GREENE, Joshua, **Moral Tribes**, op. cit. p. 44.

¹⁴¹⁶ WRIGHT, Robert, op. cit. p. 26.

A história biológica e psicológica da humanidade comprova, ainda, que a busca feroz pela reputação (ou *status social*) tem sido um importante mecanismo de evolução social.¹⁴¹⁷

De um lado, criam-se sociedades complexas e hierarquicamente organizadas em torno de líderes. Mesmo os primeiros grupos nômades elegiam líderes em tempos difíceis.¹⁴¹⁸ Após, feudos, burgos e Estados organizaram-se em torno de líderes locais, comerciantes, nobres, reis, presidentes e primeiros-ministros. Essa organização repete-se em esferas menores, chegando às pequenas comunidades e às famílias.

De outro lado, a competição por reputação (por definição um bem escasso) é um dos grandes motores da criação de novas tecnologias. Isso ocorre porque intuitivamente sabemos que a elevação de *status* social depende de algum tipo de distinção, normalmente conquistada pela criação de algo amplamente aceito e desejado pela sociedade.¹⁴¹⁹

Por conta desse aspecto evolutivo, nossa mente é desenhada para valorizar e negociar a reputação, ainda que inconscientemente.¹⁴²⁰ Segundo Pinker, a tendência de buscar uma boa imagem social é *a maior descoberta da psicologia social do século XX*.¹⁴²¹

É de Franz Boas a percepção de que uma das grandes características do desenvolvimento humano é o fato de que atividades exercidas de modo inconsciente passam gradualmente a ser objeto de racionalização.¹⁴²²

É preciso, portanto, capturar essa *sanha reputacional*, racionalizando-a de modo a convertê-la em instrumento de aprimoramento do nosso *sistema de justiça*, principalmente considerando as novas tecnologias disponíveis. É o que procuraremos demonstrar a partir de agora.

7.4.1.2 Reputação e cooperação

Existe uma relação direta entre reputação e cooperação.

Por hora, basta afirmarmos que, por definição, o comportamento cooperativo só existe como regra quando ele é benéfico para quem decide cooperar. Esse benefício pode emergir

¹⁴¹⁷ Originalmente, inclusive, a reputação está ligada à facilidade de acesso ao sexo e, conseqüentemente, à capacidade de perpetuação da espécie. É assim entre nossos parentes próximos, como macacos e chipanzés. Era assim entre os primeiros agricultores, quando aqueles considerados os mais importantes tinham o maior número de esposas. WRIGHT, op. cit. P. 70.

¹⁴¹⁸ Ibidem, p. 26.

¹⁴¹⁹ Ibidem, p. 27.

¹⁴²⁰ Ibidem, p. 26.

¹⁴²¹ PINKER, Steven, **The Better Angels of our nature**, op. cit. p. 490

¹⁴²² BOAS, Franz, **Race, language and culture**, The University of Chicago Press, London e Chicago, 1940 (original), ed. de 1982 P. 288

daquela específica relação que proporciona a decisão do indivíduo de cooperar ou não, ou de outras relações futuras, a serem travadas com pessoas que de alguma forma souberam que aquele indivíduo optou pelo comportamento cooperativo na relação anterior.¹⁴²³

Como vimos no capítulo 5, Nowak considera a reputação (*reciprocidade indireta*) como uma das cinco regras da cooperação, afirmando que ela ocorre sempre que a chance de tornar conhecida a postura cooperativa supera o custo-benefício do ato altruísta.¹⁴²⁴

Esse mecanismo mostra uma importante característica do cérebro humano: desde a infância nós somos valorativos do comportamento do outro e tendemos a ajustar nosso comportamento para com esse outro de acordo com essa valoração.¹⁴²⁵ Por isso, tendemos a ser cooperativos com quem coopera, e não cooperativos com quem não coopera.¹⁴²⁶

A forma como os outros julgam nosso comportamento nas relações anteriores é exatamente o que estamos chamando aqui de “reputação”. Fica clara, assim, a relação entre *reputação* e comportamento *cooperativo* como uma equação social e individualmente benéfica.¹⁴²⁷

Dada a relação entre cooperação e reputação, parece-nos clara a utilidade dessa última na busca de um comportamento cooperativo do magistrado.

Reputação, por definição, depende da informação que um grupo de pessoas detém sobre alguém. Quanto mais eficiente a comunicação dessa informação, maior a dimensão da questão reputacional.

A neurociência vem demonstrando que nosso cérebro é programado para cooperar sempre que nossa reputação esteja aparentemente em jogo e que o julgamento alheio seja capaz de diminuir-nos uma utilidade futura qualquer.¹⁴²⁸

¹⁴²³ GREENE, Joshua, **Moral Tribes**, op. cit. p. 61

¹⁴²⁴ NOWAK, Martin A. **Five rules for the evolution of cooperation**, disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3279745/>

¹⁴²⁵ Incrível e recente experimento comprovou que mesmo bebês recém nascidos são dotados de capacidade jugadora da atitude de terceiros. Expostos a simples filmes em que os personagens são círculos, triângulos e quadrados “animados”, que se ajudam ou se prejudicam na busca de um determinado objetivo (subir uma ladeira), os bebês eram depois apresentados a brinquedos de verdade com as mesmas características (círculos, quadrados e retângulos de plástico). Em quase todos os casos, os bebês optavam por brincar apenas com os *personagens cooperativos*, rejeitando aqueles que, no filme, insistiam em não cooperar ou mesmo prejudicavam os demais. Como essas crianças eram muito novas, seu comportamento não foi produzido conscientemente, demonstrando-se assim que nosso cérebro vem *pré-programado* para valorar o comportamento cooperativo alheio e a reagir de acordo com aquele comportamento. HAMLIN, J.Kinley; WYNN, Karen. et. al, 2011, **How infants and toddlers react to antisocial others**, in Proceedings of the Nacional Academy of Sciences 108(50): 19931-19936

¹⁴²⁶ Ibidem.

¹⁴²⁷ Ibidem, p. 61.

¹⁴²⁸ Em determinado experimento, pesquisadores utilizaram uma versão do famoso *jogo do ditador (dictator game)*. Nesse jogo, a equipe oferece um determinado montante financeiro ao voluntário, sendo-lhe dito que o valor pode ser repartido no montante que ele escolher com um terceiro desconhecido. Na primeira versão, o terceiro jamais saberá a identidade do voluntário, e o voluntário sabe disso. Na segunda versão, preserva-se a identidade,

Na era da tecnologia e das redes sociais, a reputação é certamente um bem cuja dimensão de valor merece ser repensada.

A informação hoje voa na velocidade de um raio, as boas e as ruins, as corretas e as incorretas. Boas e más reputações constroem-se em questão de minutos, descortinando ou cerrando caminhos e oportunidades sociais de todos os tipos.

Assim, se a reputação sempre foi um valor, hoje esse valor resta, por um lado, potencializado, já que mais pessoas têm acesso a ele. Por outro lado, relativiza-se de alguma forma a reputação, pois a mistura de informações falsas e verdadeiras nas redes sociais rarefaz um pouco todo esse caldo informativo.¹⁴²⁹

Preocupados em manter o valor da informação, e com isso seu próprio negócio, os controladores das redes sociais dão dicas de como averiguar a veracidade de uma notícia, verificando, por exemplo, a data da notícia e sua fonte primária, ou seja, onde foi originalmente publicada.¹⁴³⁰

Posto isso, parece-nos claro que informações sobre o trabalho e o desempenho dos juízes podem e devem ser organizadas e disponibilizadas nos sítios oficiais dos tribunais a que pertencem, de modo a serem acessadas e compartilhadas, inclusive pelas redes sociais.

É possível, ainda, a elaboração (polêmica, mas eficiente) de *rankings*, a partir de critérios eleitos pelo CNJ como importantes para a avaliação da qualidade do trabalho do juiz.¹⁴³¹

mas desenha-se um “par de olhos observadores” no papel de parede do computador onde é realizado o experimento e a escolha divisória pelo voluntário. Impressionantemente, enquanto apenas 55% dos voluntários doaram alguma quantidade para o terceiro estranho na primeira versão, 88% doaram na segunda versão. Note-se que todos sabiam que a identidade seria preservada, mas a mera sensação (irracional) de que havia alguém observando (olhos desenhados no papel de parede) foi suficiente para que questões reputacionais assomassem à mente dos participantes, **alterando-lhes o comportamento cooperativo**. HALEY, Kevin e FESSLER, Daniel, *Nobody’s watching? Subtle cues affect generosity in an anonymous economic game*, in *Evolution and Human Behavior Journal*, May 2005 Volume 26, Issue 3, Pages 245–256.

Veja-se a seguinte passagem: “*Models indicate that opportunities for reputation formation can play an important role in sustaining cooperation and prosocial behavior [...] However, as predicted, eyespots substantially increased generosity, despite no differences in actual anonymity; when using a computer displaying eyespots, almost twice as many participants gave money to their partners compared with the controls. Investigations of prosocial behavior must consider both overt information about game parameters and subtle cues influencing intuitive judgments.*” p. 245.

¹⁴²⁹ O próprio conceito de *pós-verdade*, eleita a “palavra do ano” pelo dicionário de Oxford em 2016, representa um pouco essa dualidade. Se por um lado a velocidade da informação é muito maior, por outras opiniões acabam sobrepondo-se aos fatos, plasmando imagens muito distintas da realidade. “*Post-truth — an adjective defined as ‘relating to or denoting circumstances in which objective facts are less influential in shaping public opinion than appeals to emotion and personal belief’.*” <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016>, acesso em 17/06/2017.

¹⁴³⁰ <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/facebook-lanca-guia-para-usuario-identificar-noticia-falsa-na-rede-social.ghtml>, acesso em 17/07/2017.

¹⁴³¹ Recentemente, Márcio Carvalho Faria propôs solução semelhante, sugerindo a criação de um *cadastro público de violações processuais* (CPVP), onde seriam inscritas todas as violações processuais (*errores in procedendo*) do

Obviamente, não é objetivo deste trabalho a apresentação de um estudo detalhado sobre os melhores critérios de avaliação do desempenho do magistrado, ainda que alguns deles nos pareçam óbvios, como a produtividade e o percentual de decisões reformadas. É possível afirmar, todavia, que critérios que indiquem com a maior precisão possível a existência de comportamento cooperativo por parte do juiz serão bem-vindos.

Especificamente, abordamos nesta seção formas de estímulo do comportamento cooperativo do juiz na redução das incertezas do processo através do respeito aos precedentes superiores e obrigatórios.

Assim, parece-nos que um bom critério de ranqueamento é a taxa de reversão das decisões daquele juiz, ou dos acórdãos de um determinado colegiado.

Podemos prever que a avaliação dos juízes e a disposição dessa informação para a sociedade impactará fortemente a *função de utilidade do magistrado*, especialmente em *EXT*, mas também em *S*.

Com efeito, se juízes que não seguem precedentes forem mal avaliados, e se essa informação for devidamente veiculada e compartilhada, a reprovação social daí decorrente acarretará um enorme desvalor em *EXT*, atuando como contrapeso aos acréscimos de utilidade em *S* e em *EXT* (acréscimo proporcionado pela postura não cooperativa de violação sistemática de precedentes — o *free-riding problem*).

Por outro lado, juízes que ressalvam e fundamentam opinião contrária, mas terminam por seguir o precedente, fomentam os recursos necessários para futuro *overruling*, o que ocorrerá apenas pontualmente, gerando prestígio e satisfação pessoal pela adoção das suas razões pela corte superior.

Deve ficar preservado também o *distinguishing*, pois, desde que feito com sinceridade e com o devido ônus argumentativo, será capaz de persuadir o tribunal revisor, mantendo constante a taxa de reversão dos julgados daquele juiz. Obviamente que, na dúvida ou na ausência de razões realmente plausíveis, o *distinguishing* não deve ser feito, mantendo-se a estabilidade e a integridade de um precedente que não precisa ser atualizado. Como dissemos antes, o *distinguishing* é a *correção monetária* do precedente, atualizando seu valor de acordo com a dinâmica das relações sociais. Todavia, sua conversão em *jeitinho* acaba por distorcer as regras e desestabilizar o sistema. Esse é, sem dúvida, um problema *extra* e que precisa ser abordado.

7.5 Um problema extra: o *jeitinho brasileiro* (juízes, partes e advogados)

A necessidade desta última seção, ao mesmo tempo banal e importante, mais se assemelha ao conteúdo da expressão “só mais uma coisa”, que não raro as pessoas introduzem propositalmente no final de uma conversa, com falsos ares de trivialidade.

É que trataremos aqui do chamado *jeitinho brasileiro*, analisando os evidentes impactos deste nosso *traço cultural* nos mecanismos de incentivo ao comportamento cooperativo até aqui estudados. Como veremos, o *jeitinho* é uma das *forças invisíveis* que corrompem o comportamento cooperativo das partes e do juiz no processo.

A cultura do *jeitinho* foi diagnosticada há décadas por sociólogos e cientistas políticos brasileiros.¹⁴³² Já seus impactos no nosso sistema de justiça ainda não foram muito estudados. Curiosamente, foi preciso que um professor americano (Keith S. Rosenn) se debruçasse sobre o tema para que ele viesse à tona em 1998.¹⁴³³ Daí em diante, alguns autores revisitaram o assunto, que ganhou vigor nas recentes manifestações públicas de Michael Sandel e do Min. Luis Roberto Barroso.¹⁴³⁴ No processo civil o tema foi muito bem trabalhado por Luiz Guilherme Marinoni e L. A. Becker.¹⁴³⁵

O *jeito*, segundo DaMatta, é uma forma simpática de sobreposição do impessoal com o pessoal, de modo a buscar a solução de problemas burocráticos (impessoais) utilizando como escada as relações pessoais.¹⁴³⁶ É a *fórmula* encontrada pelo brasileiro para obter a *simpatia* do representante do poder público e seu consequente *auxílio* no enfrentamento da pesada e ineficiente burocracia do Estado. Os ingredientes dessa *fórmula* são qualquer coisa que

¹⁴³² Com esse ou com outros nomes, o tema já foi tratado por: BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio, **Raízes do Brasil**, 26a ed. São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 1995; DA MATTA, Roberto, **A casa & a rua, espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil**, 5a. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997; DA MATTA, Roberto, *Carnavais, malandros e heróis - para uma sociologia do dilema brasileiro*, 6a. ed. Rocco, Rio de JANEIRO, 1997; FAORO, Raymundo, *Os donos do poder - formação do patronato político brasileiro*, 5a. ed. São Paulo, Globo, 2012.

¹⁴³³ ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

¹⁴³⁴ BARROSO, Luiz Roberto. **Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim?** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integra-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>, acesso em 21/07/2017; SANDEL, Michael, **Ethics and “jeitinho brasileiro”**, palestra proferida no evento Brazil Conference, 2017, na Harvard Business School, vídeo disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=SChU49H4VRg>, acesso em 21/07/2017.

¹⁴³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme e BECKER, L.A. **Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros**, in BECKER, L.A. (org) *Qual é o jogo do processo?* Sérgio Antônio Fabris editor, Porto Alegre, 2012, p. 449-480.; MARINONI, Luiz Guilherme, *A ética dos precedentes, justificativa do novo CPC*, 2a. ed. Ed. RT, São Paulo, 2016.

Nós mesmos tratamos do tema, ainda que sob enfoque um pouco diferente em: WOLKART, Erik Navarro, **Precedentes no brasil e cultura - um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho**, in *Revista de Processo* / vol. 243/2015 / p. 409 - 433 / Maio / 2015.

¹⁴³⁶ DAMATTA, Roberto. **O que faz do Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986, P. 101.

promova uma *conexão pessoal* entre o requerente privado e o destinatário público da requisição: gostos, religião, relações pessoais ou qualquer outro fator externo à requisição em si.¹⁴³⁷

Como se sabe, a cultura do *jeito* é uma das disfunções da nossa herança colonial.¹⁴³⁸ Acostumado a observar as rígidas regras da *metrópole*, o indivíduo residente no Brasil precisou criar artifícios e espaços para sobreviver à opressora e ineficiente estrutura burocrática e hierarquizada de Estado imposta por Portugal.¹⁴³⁹ Mesmo com a independência, o Estado torna-se uma empresa privada do Imperador, que recruta e atua de acordo com suas relações pessoais. Surge assim o *patrimonialismo*,¹⁴⁴⁰ essa mistura de público e privado, da qual o *jeitinho brasileiro* é filho dileto.

Essa estrutura opressora incomodava o brasileiro, ao menos até o ponto em que, através de suas relações pessoais, ele passava a *merecer tratamento* diferenciado, aproveitando-se das falhas do próprio sistema.¹⁴⁴¹ Evidencia-se aí a segunda disfunção de nossa herança colonial, intimamente ligada à primeira: a *desigualdade*.¹⁴⁴² O “cidadão” bem-relacionado, que consegue favores dos agentes estatais, passa a gozar de vantagens em relação ao “cidadão comum”.

Foi assim que o mito do *homem cordial*,¹⁴⁴³ sempre pronto a oferecer e aproveitar-se de favores pessoais, à margem de uma burocracia altamente regulada e ineficiente, sobreviveu no Brasil. Sua rede de *relações pessoais* lubrificava essa máquina administrativa.¹⁴⁴⁴

O uso desse tipo de expediente fazia sentido em um ambiente autoritário, mas é extremamente nocivo no âmbito de uma sociedade democrática, onde, por definição, todos são iguais perante a lei. Corrupção, impunidade, ineficiência, participação excessiva do Estado, paternalismo e outros males que hoje nos assolam advêm diretamente desse tipo de cultura.¹⁴⁴⁵

Não que não existam ineficiências e autoritarismos no ambiente democrático, ainda mais no brasileiro. Os meios de combate, todavia, devem ser outros, partindo da pressão política

¹⁴³⁷ *Ibidem*

¹⁴³⁸ BARROSO, Luis Roberto, op. cit. P. 3.

¹⁴³⁹ DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*, op. cit. p. 69.

¹⁴⁴⁰ FAORO, Raymundo, op. cit. P. 102 e 107. *O patrimonialismo* é um arquétipo Weberiano, ou seja, uma das caricaturas criadas por MAX Weber para identificar com mais clareza o fundamento da legitimidade das relações de dominação. MARINONI, Luis Guilherme, op. cit. p. 80.

¹⁴⁴¹ BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio, op. cit. p. 119. É essa também a origem do que DAMATTA chama de *dilema brasileiro*, “uma trágica oscilação entre um esqueleto nacional feito de leis universais cujo sujeito era o indivíduo e situações onde cada qual se salvava e se despachava como podia, utilizando para isso o seu sistema de relações pessoais”. Criam-se, assim, duas unidades sociais básicas: “o indivíduo (o sujeito das leis universais que modernizam a sociedade) e a pessoa (o sujeito das relações sociais, que conduz ao polo tradicional do sistema). DAMATTA, Roberto, *O que faz do Brasil, Brasil?* op. cit. p. 97.

¹⁴⁴² BARROSO, Luis Roberto. Op. cit. p. 4.

¹⁴⁴³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 27a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 176/182.

¹⁴⁴⁴ BECKER, L.A. e MARINONI, Luiz Guilherme, p. 454.

¹⁴⁴⁵ BARROSO, Luis Roberto, op. cit. p. 10

e social, auxiliada pela imprensa livre, e terminando, no limite, na desobediência civil.¹⁴⁴⁶ Esse último meio caracteriza-se pela consciente infração à lei que se entende injusta, acompanhada do consentimento do infrator e da sua responsabilidade em assumir o risco de submeter-se às consequências legais daí advindas. Por exemplo, quando Martin Luther King marchou para Selma, ele estava disposto a ser preso. Estava disposto ao sacrifício. Segundo Sandel, era essa disposição que conferia moralidade à sua conduta. Violar a lei e escapar de suas consequências seria imoral.¹⁴⁴⁷

Recentemente, um ex-Ministro da Justiça, por conta de investigações sobre corrupção no sistema político brasileiro, chegou a dizer que *um pouco de corrupção* seria necessário para *destravar* a máquina administrativa.¹⁴⁴⁸ É a aplicação prática da famosa e famigerada *teoria da graxa*.¹⁴⁴⁹

Esse ambiente corrompido, que ainda é *mainstream* no Brasil, obviamente atinge o direito processual civil e o sistema de justiça como um todo.

A amizade e as relações pessoais muitas vezes permeiam os critérios para publicação de textos jurídicos em revistas especializadas, para a assunção de cargos acadêmicos, para a nomeação de membros do Poder Judiciário em alguns tribunais e, por vezes, permeiam mesmo a relação entre advogados e juízes.¹⁴⁵⁰

O próprio Código de Processo Civil de 2015 é um calhamaço complexo com 1.072 artigos, muitos deles com mais de uma dezena de parágrafos e outros tantos incisos e alíneas. Conquanto novo e com evidentes intensões de modernidade, algumas bem-sucedidas,¹⁴⁵¹ o

¹⁴⁴⁶ SANDEL, Michael, op. cit.

¹⁴⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁴⁸ Trata-se de entrevista de Eugênio Aragão à revista Carta Capital. Em suas palavras: “Quando os processos administrativos de decisão são engastalhados, bloqueados. Para desbloquear, a empresa distribui dinheiro. É assim que a coisa funciona no mundo inteiro. Por exemplo, se um empreendedor quer criar um frigorífico, em dois meses o constrói; mas para botar para funcionar, demora oito anos, porque são exigidas não sei quantas licenças. Não é isso? Na hora em que ele diz: ‘Vou, então, molhar a mão dos fiscais para isso ir mais rápido’, do ponto de vista econômico, isso não é ruim não, porque significa que conseguirá mais rapidamente arrumar a empresa e entrar mais cedo como concorrente no mercado. O que é ruim é aquela corrupção puramente predatória, no nível de um Saddam Hussein: não se importa comida no meu país sem passar um dinheirinho para a minha família. Isso é puramente predatório.” Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/revista/923/essa-garotada-do-mpf-nao-tem-a-minima-nocao-de-economia>, acesso em 21/07/2017.

¹⁴⁴⁹ Famosa porque acabou sendo objeto de questão de concurso de provas e títulos para seleção de candidato ao cargo de Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apesar da importância do tema, por razões que não pertinem a esse trabalho, a questão foi anulada por decisão do Conselho Nacional do Ministério Público e ridicularizada em alguns blogs jurídicos. Por todos, veja-se: STRECK, Lênio: **A concursocracia, a Teoria da Graxa e os testículos despedaçados**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2017-abr-06/senso-incomum-concursocracia-teoria-graxa-testiculos-despedacados>.

¹⁴⁵⁰ ROSENN, Keith, op. cit.; BECKER e MARINONI, op. cit. p. 464-474.

¹⁴⁵¹ Há que se fazer justiça, por exemplo, às normas de cunho altamente desburocratizante encartadas no Código, como aquela que institui a cláusula geral de acordos processuais (art. 190), que, se interpretada corretamente, pode propiciar grande eficiência ao processo (CABRAL, Antônio. **Convenções processuais-entre publicismo e**

novo código não escapou desse ciclo vicioso brasileiro que cria normas formalistas, prolixas e detalhistas para conter condutas pouco republicanas, que, por sua vez, existem em razão dessas mesmas normas.¹⁴⁵²

Preocupam-nos, especificamente, os problemas envolvendo o efeito vinculante dos precedentes, as novas potencialidades da execução e a efetiva aplicação das diversas multas por comportamentos processuais protelatórios previstas no CPC/2015. É que uma das expressões do *jeitinho brasileiro* são as chamadas *normas que não pegam*, ou seja, normas editadas à guisa de solução de problemas importantes, sem atentar para a necessidade dos corretos incentivos para que a lei realmente venha a ser observada na prática.¹⁴⁵³

O problema cultural que envolve o respeito aos precedentes já foi bem estudado por Marinoni,¹⁴⁵⁴ que, atento, identificou relação direta entre seu desrespeito e as vicissitudes do mito do *homem cordial* e do arquétipo patrimonialista.

Segundo Weber, o *patrimonialismo* é uma forma de legitimação das relações de dominação, na qual o exercício do poder público caracteriza-se pela subjetividade, ou seja, pela satisfação da vontade do senhor e das pessoas por ele agraciadas.¹⁴⁵⁵ Assim, no caldo patrimonialista, as decisões tendem a critérios subjetivos, distantes da eficiência e da racionalidade.

Portanto, quando se vincula o Poder Judiciário ao patrimonialismo, descortina-se uma das razões para o caráter pouco racional, subjetivo e assistemático das decisões judiciais.¹⁴⁵⁶ Neste ponto, já surge clara a incompatibilidade entre a cultura patrimonialista e a cultura de respeito aos precedentes.

O arquétipo do *homem cordial* é conceito decalcado do patrimonialismo *weberiano* e introduzido por Sérgio Buarque de Holanda.¹⁴⁵⁷ A expressão refere-se a uma caricaturização de

privatismo, Tese apresentada à Congregação da Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Livre-Docente em Direito, 2015. P. 198-230), o mesmo ocorrendo com a cláusula geral executiva do art. 139, IV (ZANETTI Jr, Hermes **Comentários ao código de processo civil: artigos 824 ao 925** - São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016 - Coleção comentários ao código de processo civil; v 14/ coord Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, p. 129-132).

¹⁴⁵² Um excelente exemplo são as normas a respeito da fundamentação da sentença, dispostas no art. 489, p. 1o. do código e a jurisprudência dos tribunais superiores a respeito do tema. É bem verdade que o projeto original era bem mais conciso e objetivo.

¹⁴⁵³ NADORFF, Norman. **O Jeito na Cultura Jurídica Brasileira**, by Keith S. Rosenn, Book Review, in University of Miami Inter-American Law Review, 10-01-2001, p. 607.

¹⁴⁵⁴ **A ética dos precedentes**, op. cit.

¹⁴⁵⁵ WEBER, Max, **Economia e sociedade**, Vol 2, Brasília, UNB, 2004, p. 255.

¹⁴⁵⁶ MARINONI, Op. cit. p. 82.

¹⁴⁵⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 27a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 176/182.

algumas características específicas do brasileiro, ainda como herança da cultura colonial, unida ao ambiente local.

A subjetividade *patrimonialista* impede que o brasileiro estabeleça relações impessoais, inclusive na esfera pública.¹⁴⁵⁸ Ele prefere projetar-se como *homem cordial*, de trato *lhano* e permeável,¹⁴⁵⁹ angariando simpatia suficiente para reduzir a objetividade das relações públicas, sempre em busca de benefícios pessoais e facilidades.

É quase intuitivo o impacto que a figura do *homem cordial* provoca na *função de utilidade* do juiz brasileiro. A cordialidade, as aparências amistosas e a simpatia conferem-lhe utilidade, principalmente em *S* e em *EXT*, tomando parte do tempo gasto nas atividades profissionais, dentro e fora da jurisdição.¹⁴⁶⁰

Assim, o exercício rigoroso e impessoal da função jurisdicional retira-lhe utilidade. A adstrição estoica aos precedentes superiores, a imposição de multas por litigância de má-fé, a punição do comportamento não cooperativo de partes e advogados, a imposição das multas previstas em lei aos recursos protelatórios e o exercício rigoroso da atividade executiva são exemplos de atos que, conquanto racionais e efetivos, não se compatibilizam com o arquétipo de homem cordial, ou, melhor dizendo, de *juiz cordial*.¹⁴⁶¹

Ao deslocar-se da pessoalidade para a impessoalidade dos precedentes e da punição às condutas não cooperativas, o *juiz cordial* perde imensa utilidade em *S* e em *EXT*, ou seja, dentro e fora da magistratura.

Por que aborrecer os advogados e até, eventualmente, indispor-se com a OAB? A conduta rigorosa é, ao mesmo tempo, trabalhosa e desconfortável. Fica, portanto, a 180 graus da disposição cordial do brasileiro.

A *técnica* do jeitinho é, certamente, muito eficiente para o descumprimento de precedentes.¹⁴⁶² Advogados dirão que *seu caso é especial*, até porque questões fáticas nunca são, em verdade, idênticas. Juízes tentarão criar os próprios precedentes, sempre em busca de conforto cognitivo e diminuição de atritos com a advocacia ou com os colegas mais próximos.

¹⁴⁵⁸ Ibidem, p. 175.

¹⁴⁵⁹ Ibidem, p. 176.

¹⁴⁶⁰ Afetando, precisamente, o seguinte seguimento da *função de utilidade*: $U = U(S(t_a), EXT(t_a, t_{na}) \dots$

¹⁴⁶¹ Marinoni é absolutamente preciso nesse ponto: “Numa cultura patrimonialista e marcada pela pessoalidade, os juízes tendem a tratar de modo diferente casos iguais. [...] *O problema também se aplica aos advogados* [...] que podem não se sentir à vontade num sistema é que a solução de casos não pode variar no que toca a questões de direito já resolvidas pela Corte Suprema. [...] O homem cordial é a antítese de que a lei é igual para todos.” Op. Cit. P. 95-97.

¹⁴⁶² “Quer dizer, tal como acontece com o seu modo de andar, o malandro é aquele que-como todos nós- sempre escolhe ficar no meio do caminho, juntando, de modo quase sempre humano, a lei, impessoal e impossível, com a amizade e a relação pessoal, **que dizem que cada homem é um caso e que cada caso deve ser tratado de modo especial**” (grifos nossos). DAMATTA, *O que faz do Brasil, Brasil?* op. cit. p. 106.

Cortes superiores fixarão precedentes que serão descumpridos por outras cortes superiores ou por seus próprios membros, sob flácidos argumentos de ocasião.¹⁴⁶³

Essa constatação reforça a necessidade de alteração de incentivos para que o comportamento cooperativo do juiz possa efetivamente vicejar. Parece-nos realmente necessário que a utilidade retirada pelo juiz com a subjetividade de sua atuação possa ser contraposta por (des)utilidades ligadas à dificuldade de promoção e a problemas reputacionais.

A questão reputacional, aliás, parece-nos elemento-chave na equação do homem cordial. Em Sérgio Buarque de Holanda, observamos a cordialidade refletindo-se nas aparências, sempre em busca das facilidades e favores daí advindos. No mundo do homem cordial, portanto, o *cartão de visitas* das aparências tem valor ainda maior. Por isso mesmo, instrumentos reputacionais, como os que sugerimos, são combustível poderoso para geração de incentivos cooperativos.

No ponto aqui discutido, o CPC/2015 andou bem ao criar regras mais rigorosas a respeito do impedimento do magistrado (arts. 144-148). Isso, porém, não é suficiente. A cordialidade é muito mais subjetiva e sofisticada. Envolve a satisfação pessoal da simpatia e do conforto reputacional, projetando ou não a criação de relações interpessoais futuras.¹⁴⁶⁴

¹⁴⁶³ Para ficar no âmbito do direito processual, tomemos um caso que envolve, simultaneamente, o respeito aos precedentes e a necessidade de uma postura mais pessoal e punitiva.

Recentemente, a Corte especial do STJ editou *enunciados administrativos* para guiar a interpretação de importantes questões intertemporais do CPC/2015, principalmente no que se refere ao regime dos recursos, incluída a imposição de honorários recursais. Por uma questão de coerência e de segurança jurídica, entendeu-se que a imposição de honorários recursais só incidiria no julgamento de recursos interpostos contra decisões publicadas após a vigência do novo código (enunciado n. 7, disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/Enunciados-administrativos, acesso em 22/07/2017). Posto isso, o STJ passou a aplicar o mesmo entendimento para a aplicação das novas regras de fixação de honorários quando a fazenda pública for parte no processo (regras muito mais rigorosas do que a praxe vigente até então. Nesse sentido, por exemplo, AgInt no AREsp 1074616 / SP, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 20/06/2017; REsp 1605876/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/08/2016, DJe 09/09/2016; AgInt no REsp 1605551 / PE Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 07/11/2016). Eis que, recentemente, a 3a Turma daquele tribunal decidiu que as regras sobre imposição de honorários são de direito material e que, portanto, devem valer no momento da sentença (Note-se que a decisão é da própria segunda turma, de um relator que vinha decidindo em outro sentido: REsp 1.636.124-AL, Rel. Min. Herman Benjamin, por unanimidade, julgado em 6/12/2016, DJe 27/4/2017). Em verdade, a pretexto de decidir um problema de titularidade dos honorários advocatícios conferidos ao poder público (que agora pertencem ao procurador, como já vimos), o órgão fracionário resgatou um precedente criado em contexto completamente diferente, subvertendo a *ratio* dos enunciados da Corte Especial.

Outro exemplo no mesmo âmbito. O STF, em questão de ordem resolvida pelo plenário, decidiu pela possibilidade de imposição de honorários recursais no julgamento de improcedência de embargos de declaração (AO 2063 AgR/CE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 18.5.2017. (AO-2063). Não obstante, o STJ continua a afirmar o descabimento da condenação, sob o argumento de que *os honorários recursão não valem para recurso interposto e julgado na mesma instância decisória* (AgInt no REsp 1270567 / PR Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma DJe 28/06/2017). A pergunta é: onde isso está escrito na lei? Em lugar algum. Trata-se de típico jeitinho brasileiro para manter polida a superfície das relações entre magistratura e advocacia, pouco importando o decidido pelo STF a respeito do tema.

¹⁴⁶⁴ Marinoni, op. cit. P. 86-87. Um bom exemplo disso na prática do foro são os chamados “embargos auriculares”, ou as visitas dos advogados para despachar com o juiz ou para pedir urgência. Nada menos republicano e desigual,

Os aspectos punitivos, que serão tratados com profundidade no capítulo seguinte, enroscam-se também nas farpas da cordialidade. Como punir o advogado pela interposição de um recurso protelatório?¹⁴⁶⁵ Como exigir do devedor o cumprimento da obrigação através de medidas executivas atípicas que forcem a disponibilização de recursos financeiros ocultos aos meios tradicionais de constrição patrimonial?

Tudo isso, quando acontece, parece-nos injusto e radical com a pessoa-alvo da decisão judicial, normalmente um devedor cuja condição já indica fragilidade inspiradora de piedade, (ou qualquer das partes do processo, no caso de litigância de má-fé). Mas, como veremos, essa impressão de rigidez exacerbada é fruto de uma análise exclusivamente posterior aos fatos (*ex post*), artificialmente descolada das condutas anteriores (*ex ante*), que poderiam ter sido evitadas (a má-fé processual, o recurso protelatório, o inadimplemento, etc.). Nossa *cordialidade e leniência* normalmente nos impedem de *unir as duas pontas* (*ex ante* e *ex post*), afastando-nos de um sistema racional que preveja incentivos realmente capazes de evitar condutas corrosivas da legalidade (não cooperativas).¹⁴⁶⁶

Esse último aspecto reconecta-nos ao início desta tese, especificamente às matrizes teóricas que lhe serviram de base.

Com efeito, fundamos nossas premissas no terreno da economia de bem-estar (*welfare economics*), de índole consequencialista, oposto ao ideário de *princípios de justiça* (*fairness*), ao menos no que se refere às escolhas racionais para o desenho de políticas públicas.

Acreditamos que um dos pontos cegos das políticas rascunhadas com os pincéis desse último ideário é exatamente a valoração exclusiva das situações *ex post*, ou seja, a partir das consequências advindas da sua ocorrência, ignorando os incentivos envolvidos no momento anterior (*ex ante*), responsáveis pela própria ocorrência da situação que a política pública quer regular.¹⁴⁶⁷

Por exemplo, quando se fala da reforma da legislação penal no Brasil, é comum classificarem-se como injustos certos rigores penais pretendidos por seus proponentes. Nesse

ressalvadas as situações em que o advogado da parte contrária faz-se presente no mesmo momento. Não raro, é a presença do advogado(a) ou do(a) estagiário(a) de direito na unidade jurisdicional a força responsável por agilizar o processo. A *urgência* para a concessão de uma tutela provisória é muito mais vívida no olhar aflito do representante da parte do que nos fatos narrados e documentados no processo.

¹⁴⁶⁵ Sabemos que se pune a parte, e não o advogado, principalmente em razão da dicção do art. 77, § 6º, e do art. 79 do CPC/2015. Todavia, para o juiz, o que importa é o aborrecimento reflexo que isso causa ao advogado, com quem ele convive, esbarra no fórum ou muitas vezes frequenta os mesmos lugares.

¹⁴⁶⁶ GAROUPA, Nuno e OBIDZINSKI, Marie, **The Scope of Punishment: An Economic Theory**, in European Journal of Law and Economics, U Illinois Law & Economics Research Paper No. LE10-016, Illinois Public Law Research Paper No. 10-28, disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635964, acesso em 27/07/2017.

¹⁴⁶⁷ SHAVELL, Steven e KAPLOW, Louis, **Fairness versus welfare**, op. cit, P. 1.007-1.010.

cálculo, todavia, desconsideram-se os incentivos preventivos que o aumento de punição proposta teria sobre a própria conduta que se quer evitar. Obviamente, muitos rigores podem realmente não encontrar justificativas adequadas. Todavia, decidir sua implementação focando exclusivamente nas dores da punição é, sem dúvida, um procedimento *pela metade*, que sempre levará à rejeição da proposta. Afora sádicos e psicopatas, ninguém aceitaria políticas que apenas aumentam o sofrimento na sociedade.

Vamos, todavia, concretizar o exemplo. Pensemos em uma alteração legislativa que eleve substancialmente as penas pela prática do crime de corrupção passiva para um mínimo de 20 anos de reclusão.¹⁴⁶⁸ Seria essa uma medida injusta?

Não temos, obviamente, uma resposta pronta para essa pergunta, nem pretendemos desenvolvê-la no cadinho apertado desta tese. Todavia, é fácil perceber que, quando pensamos na efetiva aplicação da pena, digamos, a um vereador de meia idade, de uma pequena cidade do interior, que aceitou R\$5mil de um empresário local para votar favoravelmente em um determinado projeto de lei de anistia de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS), nossos sentimentos de justiça afloram de imediato. “Ele nunca tinha sido acusado de nada”; “ele tem 55 anos e agora vai passar o resto da vida na prisão”; “todo mundo merece uma segunda chance”. Essas e outras expressões exemplificam pensamentos e sentimentos que atijam nossas noções de moralidade neste momento.

Todavia, suponhamos que a elevação proposta para essa pena seja efetivamente capaz de reduzir os casos de corrupção desse tipo em 90%, por exemplo, de 100 para apenas 10 casos por ano. Será que, nessa nova perspectiva, mais abrangente, a reforma proposta ainda parece injusta? Talvez não, ou, pelo menos, talvez nosso *sentimento de injustiça* tenda a diminuir nessa nova e mais abrangente perspectiva.

A ampliação do espectro de análise é uma das propostas da *economia de bem-estar* para a valoração de políticas públicas. Diferente do ponto de vista calcado em princípios universais de justiça (*fairness*), a *welfare economics* abarca não só às consequências (*ex post*), mas também as causas (*ex ante*) e os incentivos para as condutas a serem reguladas.

O mesmo vale para quando pensamos em medidas processuais punitivas de condutas não cooperativas, como, por exemplo, a multa por litigância de má-fé ou a imposição de honorários recursais.

¹⁴⁶⁸ O atual art. 317 do Código Penal, com redação dada pela Lei n. 10.763, de 12 de novembro de 2003, prevê pena de reclusão que varia entre 2 e 12 anos, além da imposição de multa.

Tomando esses últimos como exemplo, veja-se a polêmica questão envolvendo a extensão do disposto no art. 85, § 11, aos embargos de declaração não conhecidos ou julgados improcedentes.

No momento em que escrevemos este trabalho, STF e STJ divergem a respeito do tema, optando a corte suprema pela imposição de honorários como forma de geração de incentivos cooperativos no sentido de diminuir o número excessivo de recursos desse tipo.¹⁴⁶⁹ Já o STJ entende essa postura muito rigorosa, a ponto de prejudicar o direito da parte de buscar a correção de defeitos das decisões judiciais.¹⁴⁷⁰

Suponhamos agora que, em uma dada turma do TRF da segunda região, julguem-se uma média de 300 processos por sessão,¹⁴⁷¹ sendo 150 deles embargos de declaração. Admitamos que, destes, apenas 15 (10%), recebam algum nível de procedência no julgamento. Tomemos por verdadeira a tese de que a imposição de honorários ao embargante sucumbente implique redução de 2/3 no volume de embargos apresentados.

Refaçamos agora a análise. Quem teria razão nesse cenário, o STJ ou o STF?

A postura do Supremo, no nosso hipotético exemplo, reduziria quase pela metade a pauta de julgamento da turma, aumentando o tempo disponível para que os desembargadores estudem com mais calma as suas decisões, cometendo menos equívocos e omissões em sua fundamentação. De outro lado, cientes das consequências econômicas negativas da inadmissão ou do desprovisionamento dos embargos, os advogados que apresentaram os 50 embargos restantes o farão com mais propriedade e melhor fundamentação, implicando taxa de procedência bem superior à atual (seleção positiva de recursos).

De outro lado, o STJ foca apenas em parte das consequências e esquece das causas, alimentando o cenário de *tragédia da Justiça* tantas vezes aqui referido, com evidentes prejuízos para toda a sociedade.

¹⁴⁶⁹ “A sucumbência recursal surgiu para evitar essa reiteração de recursos, então, a *ratio essendi* é esta: evitar que a parte interponha embargos de declaração, que são desprovidos, independentemente de apresentação de contrarrazões ou não. [...] Toda exposição de motivo aponta que os embargos de declaração sempre foram interpostos no afã de postergar a solução final da causa, e que a sucumbência recursal veio dissuadir esse intuito protelatório.” (AO 2063 AgR/CE, rel. orig. Min. Marco Aurélio, red. p/ o ac. Min. Luiz Fux, julgamento em 18.5.2017. (AO-2063).

¹⁴⁷⁰ “[...] inaplicáveis honorários sucumbenciais recursais consoante enunciado 16 da ENFAM: ‘Não é possível majorar os honorários na hipótese de interposição de recurso no mesmo grau de jurisdição (art. 85, § 11, do CPC/2015)’.” (AgInt no REsp 1270567 / PR Relator(a) Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma DJe 28/06/2017

¹⁴⁷¹ Algo que efetivamente ocorre, como o autor desta tese pôde observar ao atuar como juiz convocado na 4ª Turma do TRF2, com competência em matéria tributária. Conforme demonstrado no Anexo 2 deste trabalho, nos meses de julho e agosto de 2017, a 4ª Turma julgou 2.085 processos. Desse conjunto, este autor funcionou como relator em 787 processos, uma média de 393,5 processos relatados por mês.

Mas por que o STJ, e todos nós (na maioria das vezes), confere mais importância ao *ex post*, ignorando o *ex ante*?

A resposta está no nível de saliência das duas situações.¹⁴⁷² Os aspectos causais normalmente ficam no passado, sendo suas consequências diluídas por toda a sociedade (aumento de impostos, menos dinheiro para saúde e educação, no caso da corrupção; taxa de congestionamento da Justiça e consequências econômicas daí advindas, no caso dos embargos).

Já as consequências punitivas, presentes ou futuras, recaem individualmente, sendo-nos evidente a dor da pessoa que recebe a represália (o vereador de meia idade que vai recluso; o advogado que terá de explicar ao cliente que aquele recurso sugerido custará caro; o juiz que não poderá promover-se). É claro que a segunda situação impacta-nos mais do que a primeira.¹⁴⁷³ Não à toa, há evidências empíricas no sentido de que decisões judiciais sofrem desse mesmo viés cognitivo.¹⁴⁷⁴

A *neurociência* tem sido o campo responsável pela demonstração empírica dessas intuições em nível cerebral.¹⁴⁷⁵ Com efeito, pesquisas apontam que os circuitos cerebrais ativados quando observamos ou imaginamos uma situação de agressão a um ser humano são exatamente os mesmos que se ativam quando nós mesmos somos objeto da agressão.¹⁴⁷⁶

Esse mecanismo, herdado do processo evolutivo humano como um importante instrumento de desenvolvimento cooperativo da sociedade, não pode servir como referência para o desenho de leis e outras políticas públicas. Portanto, no momento de valorarmos processos punitivos como justos ou injustos, precisamos optar pela racionalidade à custa do atavismo, buscando parâmetros *ex ante* e *ex post* que, conjugados, promovam a maior quantidade de bem-estar social possível.

Por fim, é preciso observar que as cores vivas das consequências punitivas doem mais nas retinas do *homem cordial*, acostumado à lhanza e à suavidade do trato pessoal. Em outras

¹⁴⁷² Ibidem, p. 1.010.

¹⁴⁷³ Sobre o tema, HERSHEY, John C. e BARON, Jonathan, **Outcome bias in decision evaluation**, in, vol 54, Journal of personality and social psychology. p. 556, 1988; Pioneiramente sobre o tema: KAHNEMAN, Daniel e TVERSKY, Amos, **A heuristic for judging frequency and probability**, in vol 5 Cognitive Psychology, 207-232, 1973.

¹⁴⁷⁴ EASTERBROOK, Frank, **The Supreme Court, 1983 term - The court and the economic system**, in Harvard Law Review, vol 98, p. 4, 1984.

¹⁴⁷⁵ Em um experimento recente, cientistas pediam para pessoas agredirem a perna postiza um voluntário com um martelo. As pessoas sabiam que a perna não era verdadeira. No mesmo experimento, voluntários descarregavam uma arma sabidamente falsa contra o rosto de uma pessoa. Mesmo assim, os circuitos neurais ativados foram exatamente os mesmos que se reluzem quando nós somos objeto de alguma agressão. Todavia, as constrições vasculares periféricas eram menos intensas quando o voluntário apenas observava a conduta em relação a quando ele mesmo praticava o ato. CUSHMAN, Fierly, MENDES, Wendy et all. **Simulating Murder: The Aversion to Harmful Action**, 2012, Disponível em: https://cushmanlab.fas.harvard.edu/docs/cushman_gray_gaffey&mendes_2012.pdf, acesso em 30/07/2017.

¹⁴⁷⁶ GREENE, Joshua, op. cit. P. 37-38

palavras, a saliência da consequência repressiva (*ex post*) é ainda maior no Brasil, distorcendo nossa capacidade de julgamento racional em vértices ainda mais amplos. Isso reflete-se claramente na dificuldade que juízes têm para impor multas em recursos protelatórios ou nos casos de litigância de má-fé.¹⁴⁷⁷

Tratando, todavia, da conduta cooperativa no processo, isso não nos legitima a desconsiderar o universo *ex ante* na análise de reformas legislativas ou na escolha da melhor interpretação do texto legal, dentro de seus limites semânticos.

Cientes dessas dificuldades, avancemos ao trato sistêmico mais amplo do comportamento cooperativo no processo civil brasileiro. É o que faremos nos próximos capítulos.

¹⁴⁷⁷ Temas a serem abordados nos capítulos 8 e 9.

8 CRIANDO UM AMBIENTE COOPERATIVO NO PROCESSO: CONTRA A LITIGÂNCIA HABITUAL E A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

Do até aqui exposto, fica claro que o *modelo cooperativo* e a *cooperação como norma* (princípio e regras vigentes), tais como delineados pela doutrina de processo civil, não têm qualquer capacidade de promoção de verdadeiro comportamento cooperativo, apto a servir de antídoto à tragédia da Justiça e a promover a tutela jurisdicional justa, efetiva e tempestiva. Neste capítulo, utilizaremos princípios básicos da teoria dos jogos para demonstrar que a concretização do princípio da cooperação, tal como concebido neste trabalho, depende de uma modificação na estrutura dos *payoffs* devidos aos principais atores processuais, quais sejam, as partes, os advogados e os juízes.

As alterações aqui propostas são pontuais e obviamente não abrangem todos os problemas cooperativos do processo civil brasileiro. O que se pretende é demonstrar qual a estrutura de incentivos capaz de evitar excessos na litigância habitual e de inibir a litigância de má-fé, contribuindo para a contenção da *tragédia da Justiça* e para a realização dos objetivos previstos no art. 6º do CPC/2015.

Nossa proposta divide-se em duas partes: na primeira, trataremos do grave problema dos litigantes habituais. Utilizaremos aqui o modelo do dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes para buscar um comportamento mais cooperativo desses agentes na sua decisão de ir a juízo, quer como autor, quer como réu. Na segunda parte, trataremos da necessidade de inibição da litigância de má-fé, abordando o comportamento das partes na fase cognitiva do processo. Neste capítulo, focaremos na identificação dos incentivos atuais à litigância proba, estudando sua real capacidade de promoção da cooperação. Verificaremos que, nesse ponto, atualmente as partes jogam um *dilema do prisioneiro* cujo único par de estratégias estáveis é a não cooperação recíproca. Ao final verificaremos a necessidade de mudança das regras do jogo.

8.1 Como promover a cooperação dos litigantes habituais

Como vimos diversas vezes neste trabalho, boa parte do atual cenário de *tragédia da Justiça* é devida à litigância habitual de determinados atores. Como bem diagnosticado por relatório encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em 2015, os 100

maiores litigantes brasileiros respondem por um enorme percentual do total de processos que tramitam na justiça brasileira.¹⁴⁷⁸

A tabela 8 lista os principais litigantes por *ramo da Justiça* (consideradas apenas as ações ajuizadas no ano de 2011), sendo que, na primeira coluna, agregam-se todos os setores da Justiça nacional. Assim, nota-se que, naquela data, os bancos respondiam por 10,88% do total desses feitos enquanto que empresas de telefonia representavam 1,84% do volume total.

Tabela 8 - Os dez maiores litigantes por ramo da justiça civil¹⁴⁷⁹

Ordem	Setores dos Cem Maiores Litigantes							
	Total		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	12,14%	BANCOS	12,95%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	83,19%	INDÚSTRIA	2,03%
2	BANCOS	10,88%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	9,25%	BANCOS	9,60%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	1,84%
3	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	6,88%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	4,85%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2,76%	BANCOS	1,78%
4	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	3,75%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	3,11%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,56%	SERVIÇOS	1,44%
5	TELEFONIA	1,84%	TELEFONIA	2,38%	OAB	0,41%	COMÉRCIO	0,93%
6	COMÉRCIO	0,81%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,93%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,14%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,86%
7	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,74%	COMÉRCIO	0,92%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,06%	ASSOCIAÇÕES	0,80%
8	INDÚSTRIA	0,63%	INDÚSTRIA	0,44%	OUTROS	0,06%	TELEFONIA	0,60%
9	SERVIÇOS	0,53%	SERVIÇOS	0,42%	EDUCAÇÃO	0,04%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,45%
10	CONSELHOS PROFISSIONAIS	0,32%	TRANSPORTE	0,18%	SERVIÇOS	0,02%	TRANSPORTE	0,40%

Elaboração: Departamento de Pesquisas Judiciárias/ CNJ.

No capítulo 7 identificamos problemas e soluções para diminuição do nível de litigância do poder público, ligada, principalmente, em nosso sentir, às isenções de custas e aos incentivos dos respectivos representantes (advogados públicos). Nesta seção, portanto, preocupar-nos-emos, exclusivamente, com os litigantes habituais privados.¹⁴⁸⁰

8.1.1 Modelo

Os litigantes habituais têm uma grande e óbvia peculiaridade em relação aos demais: eles relacionam-se com o sistema de Justiça múltiplas vezes. Nessas múltiplas interações, de

¹⁴⁷⁸ Como vimos no capítulo 7, seção 7.2.1.5, a título de exemplo, esses processos representam 14,8% do estoque total do Tribunal de Justiça Paulistano quando se considera apenas o polo ativo da causa, ou seja, de cada 100 ações ajuizadas do TJ/SP, quase 15 são devidas a um grupo de 100 litigantes. *Os 100 maiores litigantes* - Relatório CJN-2012, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf

¹⁴⁷⁹ *Os 100 maiores litigantes* - Relatório CJN-2012, disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf, p. 8.

¹⁴⁸⁰ Na Justiça estadual, por exemplo, o CNJ aponta que, entre janeiro e outubro de 2011, 12,4% dos processos dos 100 maiores litigantes eram devidos ao setor bancário, 0,3% ao setor das empresas de telefonia e 0,1% aos planos de saúde. Os bancos dividem-se quase igualmente no polo ativo e no polo passivo dessas ações. Quando observado exclusivamente os juizados especiais, o percentual dos bancos sobe para 14,7% e o das empresas de telefonia para 8,3%, ambos, quase sempre, no polo passivo da causa. Relatório CNJ, P. 11.

um lado há um litigante fixo (o habitual) e do outro um adversário que varia caso a caso. Todavia, no vértice dessa relação, também como constante, está sempre o sistema de Justiça, representado por um determinado tribunal e por um órgão jurisdicional, com uma específica estrutura das custas.¹⁴⁸¹

Suponhamos, assim, a hipótese de uma determinada instituição financeira (x), com milhares de processos no Tribunal de Justiça de São Paulo.

A cada nova ação, inicia-se um jogo que envolve os seguintes jogadores: a instituição (x), o TJ/SP (*sistema de justiça*) e uma contraparte (y) que varia de caso a caso.

Podemos separar esse cenário em dois jogos diferentes. Um jogo de rodada única entre x e sua contraparte (y) e um jogo que se repete em milhares de rodadas todos os anos entre x e o TJ/SP. É principalmente esse segundo jogo que nos interessa neste momento.

A pergunta que se procurará responder agora é: como tornar a relação entre x e TJ/SP (*sistema de Justiça*) cooperativa, de modo a diminuir a quantidade ou a duração de processos propostos por x ou que tenham x no polo passivo da causa?

Obviamente, parte da solução depende das regras dos outros jogos, aqueles jogados entre x e seus múltiplos adversários. Desse tema trataremos na mais à frente.

Todavia, acreditamos que fração do problema, ao menos para os casos em que o ajuizamento da ação seja um ato de vontade do litigante habitual, ou seja, aqueles em que ele ocupa o polo ativo da causa,¹⁴⁸² pode ser solucionado observando-se exclusivamente as interações repetitivas entre x e *sistema de Justiça*.¹⁴⁸³

Para tanto, utilizaremos o seguinte procedimento: (i) analisaremos os incentivos presentes para as repetidas interações entre esses litigantes e o sistema de Justiça a partir das lições aprendidas com o *the public goods game*, já referido no capítulo 5; (ii) avaliaremos as possibilidades cooperativas formatando essas mesmas interações nos moldes de um *Dilema do Prisioneiro* jogado repetidas vezes; (iii) estudaremos as relações entre as partes envolvidas no processo judicial como um *jogo* jogado uma única vez. Esse modelo será analisado apenas na seção 8.2, visto que a relação ali estudada não será a de habitualidade, mas a de interação única

¹⁴⁸¹ Esse vértice, se é que essa figura triangular é a mais correta para traçar a geometria da relação processual, será a partir de agora por nós identificado apenas como *sistema de justiça*.

¹⁴⁸² No caso das instituições financeiras, por exemplo, isso equivale a mais da metade dos processos que envolviam esses entes, ajuizados entre janeiro e outubro de 2012 na justiça estadual de todo o Brasil, excluídos os juizados especiais cíveis. Relatório CNJ/2012, op. cit. p. 11.

¹⁴⁸³ Em verdade, acreditamos que a solução por nós proposta poderia aplicar-se com vantagem também para os casos em que o litigante esteja no polo passivo da causa. Todavia, por simplicidade, analisaremos aqui apenas as situações em que ele potencialmente encontrar-se-ia no polo ativo da ação.

entre dois litigantes distintos, o que também ocorre com o litigante habitual, quando consideramos apenas sua relação com seu adversário em um único e específico processo.

8.1.2 A interação entre litigantes habituais e o sistema de justiça: *the public goods game* e a tragédia anunciada

No início deste trabalho comparamos a situação de *tragédia da Justiça* àquela descrita por Hardin como sendo a *tragédia dos comuns*, ou seja, o cenário de esgotamento pelo uso excessivo de bens cuja utilização consome parte de seu volume disponível e de cuja fruição nenhum cidadão pode ser excluído.¹⁴⁸⁴

Os incentivos presentes nesse tipo de situação costumam criar *free-riders*, ou seja, pessoas ou entidades que passam a utilizar o *bem comum* de modo excessivo, levando a um esgotamento dos recursos.

Como vimos, é exatamente isso que ocorre com nosso sistema de Justiça. A colossal estrutura do Poder Judiciário brasileiro, congestionada por mais de 70 milhões de processos, é subsidiada por recursos provenientes de tributos em quase 90% de todos os seus gastos, visto que o valor arrecadado com custas judiciais representa apenas 11,61% do custeio.¹⁴⁸⁵ Como o benefício do uso do bem comum é imediatamente capturado pelo indivíduo, enquanto que o esgotamento de recursos daí decorrente é coletivizado por toda a sociedade, instauram-se os incentivos para o uso excessivo, que se vai disseminando e rascunhando um caso clássico de esgotamento de recursos (*tragédia*).

No caso em estudo (uso excessivo da máquina da Justiça pelos litigantes habituais), todos esses incentivos encontram-se presentes. Esses litigantes beneficiam-se individualmente do *bem comum*, utilizando-o de modo exaustivo, contribuindo decisivamente para o esgotamento dos recursos e prejudicando toda a sociedade, principalmente em termos de acesso à justiça efetiva. Para piorar, esses agentes pagam os mesmos valores de custas que paga qualquer outro usuário, ou seja, beneficiam-se dos quase 90% de subsídios públicos em todas as suas demandas judiciais.

No capítulo 5, estudamos a dinâmica do *the public goods game*, jogo interessante cujos incentivos reproduzem os presentes na tragédia dos comuns. Pensamos que a situação atual dos

¹⁴⁸⁴ HARDIN Garrett, **The Tragedy of the Commons**, in, Science, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), pp. 1243-1248.

¹⁴⁸⁵ O tema foi desenvolvido no capítulo *A tragédia dos comuns e a justiça brasileira em números*.

litigantes habituais equivale à modalidade em que esse jogo, desenvolvido em várias rodadas, não conta com qualquer tipo de punição para o *free-rider*.¹⁴⁸⁶

O trabalho de Benedikt Herrman¹⁴⁸⁷ ensina que, nos mais variados lugares do planeta, a ausência de punição ao *free-rider* ocasiona a diminuição contínua do nível cooperativo dos jogadores. Dá-se assim porque o comportamento do *free-rider* não sofre qualquer repressão, e isso é observado pelos demais participantes, que, sentindo-se prejudicados, paulatinamente passam a adotar a mesma estratégia não cooperativa. De outro lado, quando as regras do jogo envolvem punição a esse comportamento, a *postura free-rider* é imediatamente contida, e os demais jogadores mantêm, ou até aumentam, seu nível de colaboração. Em consequência, o recurso comum é preservado.

O que ocorre no processo civil brasileiro com os litigantes habituais é a reprodução exata dessa paleta de incentivos. Como a utilização da Justiça é altamente subsidiada pelo Estado, entes cuja atividade econômica envolve extensa base de clientes elegem essa via como prioritária para a resolução de conflitos, ocupando e congestionando o Poder Judiciário, em prejuízo a toda a população. Para tanto, não pagam sequer um centavo a mais do que o litigante eventual. Por isso, a cada *nova rodada*, múltiplas ações são ajuizadas, e cada vez mais, visto que o sistema de Justiça não *reage* a essa *utilização excessiva*.

Como em todos os casos de evitamento da *tragédia dos comuns*, é necessária a criação de um mecanismo que contenha o comportamento dos *free-riders* (aqueles que fazem uso excessivo do bem comum). Essa solução normalmente passa pela imposição de algum custo financeiro extra, visto que ninguém pode ser totalmente excluído do uso desse tipo de bem.¹⁴⁸⁸

Assim, da mesma forma que existem os créditos de carbono para contenção da poluição do meio ambiente e as taxas que se cobram para evitar o uso excessivo de parques e reservas florestais, também as custas judiciais devem ser elevadas de acordo com o nível de utilização da máquina da Justiça pelos usuários.

Nossa proposta é simples: deve-se estabelecer um número de ações ajuizadas por período a partir do qual determinado litigante passa a ser considerado *habitual*. Daí em diante esse litigante adentra um *regime diferenciado de custas processuais*, pagando valor superior

¹⁴⁸⁶ Apesar dos recentes trabalhos de campo, a dinâmica dos incentivos para a utilização de recursos comuns é estudada há décadas pela economia. Por exemplo, HOTELLING, Harold, in, *Journal of Political Economy*, Vol. 39, No. 2 (Apr., 1931), pp. 137-175

¹⁴⁸⁷ HERRMANN, Benedikt, et al. **Antisocial Punishment Across Societies**, in *Science* 319, 1362 (2008);

¹⁴⁸⁸ DUTTA, op. cit. P. 98-99. Já estudamos também as questões constitucionais que envolvem qualquer tipo de restrição do acesso à justiça.

aos demais. Esse regime pode, inclusive, ser subdividido em *faixas de litigância*, com custas percentualmente maiores conforme o nível de litigância no período aumenta.

Nas faixas mais altas, esses valores podem inclusive refletir o custo total do processo, ou mesmo ser superiores ao custo total, de modo que esses litigantes, ainda que em pequena fração, passem a *subsidiar* o sistema de Justiça para o resto da sociedade.

Apesar da lógica desse sistema, que compartilha da mesma dinâmica do *the public goods game*, há diversas peculiaridades que devem ser aqui tratadas.

A primeira e mais óbvia de todas é o fato de que, no Brasil, as custas e demais despesas judiciais são pagas ao final pela parte sucumbente. Esse sistema, unido à nossa proposta, poderia provocar enorme injustiça, carreando custas extras a particulares ou empresas que não são litigantes habituais e que, por qualquer motivo, restaram vencidas no embate contra esse tipo de adversário. Com efeito, é necessário que as *custas aumentadas* sejam destacadas das custas ordinárias e obedeçam a regime diferente do atual.

Assim, para essa fração das custas, a sucumbência e o princípio da causalidade não interessam, havendo uma verdadeira alteração de regime para algo próximo do *sistema americano* de custas do processo, onde cada parte arca com as próprias despesas.¹⁴⁸⁹

Por exemplo, imaginemos que as custas ordinárias de uma determinada ação sejam calculadas em R\$1mil e que, pelo fato de ser o autor um litigante habitual, ele tenha de pagar custas de R\$1,2mil. Nesse caso, mesmo que ele vença a ação, esses R\$200 excedentes jamais serão restituídos, constituindo verdadeiro pedágio pelo uso excessivo do sistema contencioso de justiça. Esse acréscimo (independentemente do seu valor exato) equivale à *punição* capaz de sustentar os níveis cooperativos nos experimentos de Benedikt Herrmann.¹⁴⁹⁰ Caso o nível de litigância daquele autor continue aumentando de modo a alcançar uma nova faixa, as custas *extras* sofrerão novo aumento dali em diante.

Esse novo regime de custas nada tem de inconstitucional ou de ofensivo a qualquer princípio processual fundamental.¹⁴⁹¹ Sua implementação, todavia, depende da alteração da lei processual, no que se refere ao regime de sucumbência, o que depende de lei federal. É necessária, ainda, modificação da lei local, ou federal que rege o pagamento da taxa judiciária daquela específica corte.

¹⁴⁸⁹ “*Each side pays its own fees, win or lose.*” BORNE, Robert G., op. cit. P. 158

¹⁴⁹⁰ Lembremos da comparação dos gráficos das versões do *the public goods game* jogadas com e sem a possibilidade de punição do *free rider*.

¹⁴⁹¹ Nem mesmo ao princípio da isonomia. Em verdade, nossa proposta vai ao encontro desse princípio, exatamente por dar tratamento diferente aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Sobre o conteúdo jurídico do princípio da isonomia, NERY Jr, Nelson, *Princípios do processo na Constituição Federal*, 12a. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 128

Outro ponto importante é saber qual o valor ideal para a contenção da litigância excessiva por parte desses entes. Essa é, a nosso ver, a pergunta mais difícil de todas e impossível de ser respondida neste trabalho. Todavia, vale identificar os problemas presentes bem como os parâmetros mínimos de solução.

Em primeiro lugar, é preciso deixar de lado a questão do percentual de sucumbência desses entes nessas ações repetitivas. O problema das *ações frívolas* foi por nós tratado em outro momento. A questão aqui diz mais com o nível de litigiosidade em si, independentemente da qualidade da demanda.

O valor específico do aumento de custas é trabalho para matemáticos e estatísticos. Há, todavia, um norte a ser seguido.

Quando falamos na utilização excessiva de bens comuns, a preocupação é sempre calibrar um nível de uso que não esgote o bem, isto é, que seja capaz de garantir o tempo necessário para a recomposição dos recursos, de modo que ao final a quantidade total não diminua. Essa é a dinâmica exata do *the public goods game*.

Um exemplo pode ajudar à melhor compreensão dessa dinâmica.

Imagine-se um lago com peixes utilizado por dois pescadores.¹⁴⁹² O lago tem uma quantidade de peixes y e é necessário que sempre haja uma quantidade de peixes vivos no lago para que eles se reproduzam e garantam a subsistência da geração posterior de pescadores.

Para manter a simplicidade do exemplo, imaginemos dois períodos de pesca: ano 1 e ano 2¹⁴⁹³. A quantidade pescada no ano 1 vai determinar o total remanescente para a subsistência da geração de pescadores do ano 2. Como nossa história *acaba* no ano 2, a quantidade total disponível nesse momento será igualmente dividida entre os dois pescadores.

À quantidade pescada por cada um no primeiro período denominaremos c_1 e c_2 , de modo que, para o segundo ano, a quantidade a ser dividida equivalerá ao total de peixes menos a quantidade pescada por cada pescador no primeiro ano, ou seja, será igual a $y - (c_1 + c_2)$. Como no segundo período essa quantidade remanescente será dividida por igual, cada pescador da segunda geração receberá montante igual a

$$\frac{y - (c_1 + c_2)}{2}$$

¹⁴⁹² DUTTA, op. cit. p. 91-95.

¹⁴⁹³ Apesar de, no exemplo, os recursos não se regenerarem, veremos abaixo que o racional aqui identificado se mantém para aquelas hipóteses entre as quais se encontra o sistema de Justiça.

O problema está todo no período 1. Cada jogador sabe que cada peixe não pescado hoje por ele pode ser pescado pelo seu colega.

No período 1, o pescador 1 decidirá consumir a quantidade c_1 , dela retirando determinada utilidade. Ocorre que o valor a ser consumido dependerá também da decisão do pescador 2, visto que o maior ou menor consumo influenciará a quantidade de peixes disponível. Assim, a melhor resposta (quantidade de peixe pescada) pelo pescador 1 dependerá de uma conjectura sua de qual será a decisão do pescador 2, e vice-versa.

A demonstração matemática deste jogo é um pouco complexa, mas o tema é um clássico da economia. De toda forma, no final, o *equilíbrio de Nash*, ou seja, a quantidade de peixes que ambos os pescadores acabarão por pescar *em equilíbrio* é a de um terço do montante disponível cada um, ou seja: $c_1 = c_2 = \frac{y}{3}$, sobrando apenas 1/3 do total para a próxima geração.

A matemática, todavia, prova que esse consumo é exagerado. A utilização ótima dos recursos seria aquela que maximizaria o resultado final, ou seja, aquela que não implicasse o esgotamento dos recursos e permitisse que, no agregado dos dois anos, os resultados fossem maximizados.

Usando logaritmos para definir a utilidade de cada pescador, somam-se as utilidades das quantidades pescadas em cada período, como segue:

$$\text{Max}_{c_1, c_2} (\log c_1 + \log c_2 + 2 \log \frac{y - (c_1 + c_2)}{2})$$

O resultado final da fórmula acima é: $c_1 = c_2 = \frac{y}{4}$, ou seja, ao invés de consumirem 1/3 dos peixes no primeiro período, os pescadores deveriam consumir apenas 1/4 do estoque disponível.¹⁴⁹⁴ Esse resultado, todavia, não configura equilíbrio. Isso significa que, sem algum tipo de punição, os pescadores continuarão consumindo 1/3 dos recursos, configurando o cenário de tragédia do bem comum.

Note-se, porém, que nesse simples modelo a quantidade de peixes não aumenta entre um período e outro, ou seja, o recurso não se regenera.

Quando pensamos na Justiça como bem comum, uma vez diminuindo o número de processos, a estrutura e os recursos já alocados mantêm-se e passam a funcionar de forma mais eficiente, reduzindo o acervo e abrindo *espaço* para novos processos.

¹⁴⁹⁴ Todas as demonstrações matemáticas dessa conclusão estão desenvolvidas em DUTTA, op. cit. p. 93-96.

Imaginamos que essa dinâmica tenha sido percebida pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, ao atacar o problema da quantidade de recursos com repercussão geral esperando julgamento.¹⁴⁹⁵ Segundo ele, o STF deveria reduzir o número de novos recursos admitidos por ano, até que o estoque de repercussões fosse zerado, de modo a viabilizar o cumprimento do prazo máximo de 1 ano para julgamento do repetitivo, conforme preconizado atualmente no CPC/2015.¹⁴⁹⁶

No âmbito da economia, aquele simples modelo tem sido adaptado para dar conta de recursos comuns que se renovam com o tempo, como pode ser o caso da Justiça quando o acervo diminui de modo a ficar abaixo da capacidade produtiva do sistema.¹⁴⁹⁷ De toda forma, como bem explica Dutta, a lógica do modelo é a mesma: *identifica-se um equilíbrio ineficiente de Nash, que leva ao exaurimento do recurso; estipula-se o nível ideal de atividade dos jogadores, a partir do qual devem ser apresentados e dimensionados os incentivos necessários à readaptação do seu comportamento;*¹⁴⁹⁸ *reduzido o uso excessivo do bem, abre-se espaço para a renovação dos recursos.*

Esse modelo fornece o rumo para que matemáticos e estatísticos definam as *faixas de litigância* a partir das quais os litigantes habituais serão sobretaxados. O valor dessa *sobretaxa* deve ser suficiente para gerar incentivos para a manutenção de um nível ótimo de litigância.

Se os litigantes fossem os pescadores do nosso exemplo, a *punição* deveria ser capaz de reduzir a utilização do bem comum de 1/3 para 1/4 do total de recursos disponíveis. No nosso caso, a ideia é que se reduza a participação dos 100 maiores litigantes no número total de processos que tramitam nas várias instâncias da justiça brasileira.

Novamente, não estamos propondo nem um específico valor de litigância, nem um específico valor de multa. Apenas apontamos economicamente a necessidade de fazê-lo, bem como um exemplo de como isso pode ocorrer.

Um exemplo cotidiano de aplicação dessa técnica pode ajudar na compreensão de nossa proposta: são as tarifas de energia elétrica calculadas de acordo com o nível de consumo. Com efeito, de acordo com a Resolução ANEEL n. 2.214/2017, de 28 de março de 2017,¹⁴⁹⁹ essas tarifas variam com a faixa de consumo do cliente, de modo que clientes com maior volume de

¹⁴⁹⁵ Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>

¹⁴⁹⁶ Como vimos na seção 1.1.1.5, de acordo com a Fundação Getúlio Vargas, no ritmo atual o STF levaria 12 anos para julgar apenas o estoque de 330 repercussões gerais já reconhecidas.

¹⁴⁹⁷ op. cit. p. 99.

¹⁴⁹⁸ Idem.

¹⁴⁹⁹ Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/reh20172214ti.pdf> acesso em 21/08/2017.

quilowatts/hora consumidos são alocados em faixas tarifárias diferenciadas, pagando uma tarifa maior do que a básica, reservada para aqueles com consumo mais baixo.

Como podemos verificar das tabelas disponíveis no sítio eletrônico da ANEEL, há cinco faixas de consumo, a cada uma correspondendo uma tarifa diferenciada, que vai crescendo de acordo com montante consumido. Assim, para as residências que não ultrapassam 50kWh/mês, a tarifa atual é de \$0,55943 por kWh. Na outra ponta, os indivíduos que se utilizam de mais de 450kWh/mês pagam tarifa de \$0,84752.¹⁵⁰⁰

A energia elétrica guarda importante característica dos bens de uso comum, qual seja, a *rivalidade no uso*.¹⁵⁰¹ Significa que, como os peixes do lago e os recursos do sistema de Justiça, a quantidade total de energia elétrica diminui com o uso. Por mais que o recurso seja renovável, o consumo exagerado não confere o tempo necessário para a renovação e acaba por esgotar o bem. Com a tarifa calculada por faixa de consumo, pretendeu-se gerar incentivos de redução. É exatamente esta a nossa proposta para o sistema de Justiça, no que se refere aos litigantes habituais.

Uma última observação parece-nos útil: o aumento dos custos de litigância dessas entidades privadas não poderia ser repassado para os seus consumidores, anulando todos os benefícios aqui propostos?

Pensamos que não. Primeiro porque, em um mercado competitivo, o aumento de preço sempre implica perda de competitividade.¹⁵⁰² Segundo porque, em um sistema multiportas de justiça, como vimos, há formas socialmente mais desejáveis de composição de conflitos, como é o caso da mediação. É ainda possível prever, como veremos no capítulo 11, que o uso da tecnologia proporcionará solução consensual de conflitos a baixíssimo custo. Assim, a partir do

¹⁵⁰⁰ Disponível em: <http://www.light.com.br/para-residencias/Sua-Conta/composicao-da-tarifa.aspx>

¹⁵⁰¹ MANKIW, N. Gregory, op. cit., p. 218.

¹⁵⁰² Essa afirmação leva-nos ao importante conceito econômico de *elasticidade da demanda*, ou seja, ao grau de alteração na demanda do consumidor por um produto em razão da modificação do seu preço. Em mercados competitivos, podemos prever que alterações de preço implicam alterações de demanda, normalmente de modo inverso, ou seja: aumentos de preço provocam diminuição de quantidade demandada e vice-versa. É exatamente essa lógica que impede que todo aumento de custo seja simplesmente repassado para o preço do produto. O nível de elasticidade, todavia, varia de produto para produto. Diz-se que a demanda por um produto é *elástica* quando a quantidade demandada é fortemente influenciada por alterações no preço. Isso normalmente ocorre quando há mais concorrência no mercado daquele bem e, conseqüentemente, é mais fácil para o consumidor buscar bens alternativos que possam substituí-lo. O tipo de mercado também influencia. Quando falamos, por exemplo, no mercado de comida, é difícil imaginar algo que a substitua. Mas quando falamos no mercado de sorvetes (um mercado menor, portanto), é possível imaginar uma diminuição de demanda por substituição dos sorvetes por outro tipo de sobremesa. Economistas medem o *nível de elasticidade* da demanda por um produto dividindo o percentual de mudança de quantidade demandada pelo percentual de mudança no preço do produto. Assim, por exemplo, se um aumento de 10% no preço dos sorvetes implicou uma diminuição de 20% na quantidade demandada de sorvetes, dizemos que a elasticidade dessa demanda foi = 2, porque $\frac{-20}{10} = -2$. Isso significa que a mudança de quantidade demandada é proporcionalmente duas vezes maior que a alteração no preço do produto. Sobre o tema, MANKIW, N. Gregory, op. cit. p. 90-91.

momento em que se aumentam os custos da Justiça, geram-se incentivos para que essas empresas invistam no aprimoramento de seus procedimentos e nesses outros mecanismos, inclusive acelerando o desenvolvimento de novas técnicas autocompositivas.

Em resumo: não acreditamos na possibilidade econômica de que todo o aumento de custos de litigância seja repassado ao consumidor. Ao contrário, prevemos que as empresas buscarão mais eficiência de mercado, de modo a não perder competitividade, além de investir em mecanismos alternativos de solução de conflitos, como é o caso da mediação ou mesmo da composição direta amigável.¹⁵⁰³

8.1.3 O dilema do prisioneiro repetitivo e a busca da autocomposição

Definida a necessidade de que os litigantes habituais utilizem prioritariamente a autocomposição, resta buscarmos um modelo econômico capaz de demonstrar que a nossa proposta de alteração de custas por faixas de litigância confere realmente os incentivos para tanto.

Em outras palavras, assumindo um razoável desenvolvimento das formas autocompositivas e considerando como cooperativo o comportamento do litigante que privilegia essas *portas da justiça* àquela tradicionalmente utilizada, precisamos demonstrar que essa nova postura configura um *equilíbrio de Nash*.

Aprendemos com Axelrod que é possível promover a cooperação nos dilemas de prisioneiro jogados repetidas vezes.¹⁵⁰⁴ Para tanto, é necessário que: (i) o valor do futuro seja importante para os jogadores; (ii) os jogadores reconheçam-se nas rodadas posteriores; (iii) as estratégias das rodadas anteriores sejam lembradas pelos jogadores antes da nova rodada; (iv) que haja punição na rodada posterior pelo comportamento não cooperativo da rodada anterior (utilização da estratégia denominada *trigger*).

De início, precisamos esclarecer por que o *jogo* entre o litigante habitual e o sistema de Justiça pode ser modelado como um dilema do prisioneiro.

A razão é simples: quando, por exemplo, uma instituição financeira (*jogador 1*) utiliza o sistema de Justiça (*jogador 2*) como forma prioritária de resolução de conflitos, ela o faz com forte subsídio público, pagando apenas uma pequena fração de todas as custas do processo. Esse é o comportamento não cooperativo (que vamos chamar de *D*).

¹⁵⁰³ Sobre o tema, CABRAL, Antônio e CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negociação direta ou resolução colaborativa de conflitos (colaborative law): “mediação sem mediador”**, op. cit. P. 709-726.

¹⁵⁰⁴ Capítulo 5, seção 5.4

Já a opção pela autocomposição, inclusive com o desenvolvimento interno de formas alternativas de solução de conflitos,¹⁵⁰⁵ configura o comportamento cooperativo (C). Nesse caso, não há qualquer tipo de subsídio estatal¹⁵⁰⁶ e os gastos de desenvolvimento dos diversos sistemas autocompositivos são integralmente suportados pela instituição.

Do outro lado está o *sistema de Justiça*, representado (ou apresentado) pelo eventual juiz da causa. O comportamento do juiz, em resposta ao ajuizamento da ação, será sempre o de exigir o pagamento das custas devidas. No sistema atual, as custas são cobradas em percentual que não varia de acordo com o perfil do litigante, e são suportadas ao final pela parte sucumbente (vamos chamar esse sistema de custas de *standard*, por ser o atualmente vigente). Neste caso, como vimos, o sistema de Justiça é fortemente subsidiado pelo Estado. Na nossa proposta (sistema de *custas elevadas*), quando o litigante for considerado habitual, as custas serão cobradas em patamar mais elevado e, no que se refere a essa diferença de valor, não haverá restituição em caso de procedência do pedido.

Para fins de *modelagem* do jogo, consideraremos a cobrança de custas no modelo *standard* (sem distinção) como sendo a *estratégia cooperativa (C)* do jogador *sistema de Justiça*. Já a cobrança de custas elevadas de acordo com o nível de litigância será considerada comportamento *não cooperativo (D)* desse mesmo jogador.

Para manter a simplicidade da explicação e buscar entender o funcionamento do modelo, vamos, arbitrariamente, transformar os benefícios dessas estratégias nos *payoffs* já utilizados acima na matriz do *dilema do prisioneiro*, como segue:

Tabela 9 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para a parte e para o sistema de justiça) de acordo com cada combinação possível de estratégias

	Justiça (custas <i>standard</i>)	Justiça (custas elevadas)
Financeira (autocomposição)	3 ; 3	0 ; 5
Financeira (ajuíza ação)	5 ; 0	1 ; 1

Os números da tabela são meras representações dos benefícios auferidos pelo litigante habitual e pelo sistema de justiça (sociedade), em quatro diferentes situações:

¹⁵⁰⁵ A mediação extrajudicial seria um excelente caminho, bem como a negociação sem negociador, temas já tratados neste trabalho. Há diversas opções tecnológicas hoje disponíveis para auxiliar nessa tarefa, vide o exemplo do Ebay, a ser melhor desenvolvido no capítulo 11.

¹⁵⁰⁶ Ressalvada, como veremos, a diferença entre o custo do processo e as custas da execução de título executivo extrajudicial, necessária para os casos em que os acordos decorrentes da autocomposição forem descumpridos.

- i. Quando ambos cooperam e o litígio é resolvido por autocomposição, a instituição financeira *ganha* 3 pontos. Isso significa que ela obteve solução satisfatória, mas que precisou investir em mecanismos autocompositivos que, em um primeiro momento, são mais *caros* do que o litígio tradicional, principalmente considerando as custas cobradas no modelo *standard*.¹⁵⁰⁷ Nesse caso, o sistema de justiça também *ganha* 3. Esse valor representa os benefícios sociais da autocomposição,¹⁵⁰⁸ descontados os gastos de eventual atividade executiva dos acordos autocompositivos que não foram cumpridos.¹⁵⁰⁹ Para a eventualidade dessa atividade executiva, nossa proposta será pela manutenção das custas no modelo *standard*.
- ii. Quando a instituição financeira opta pelo ajuizamento da ação na vigência do modelo *standard* de custas, ela *ganha* 5, enquanto o sistema de justiça fica com 0. Esses *payoffs* representam o benefício de usar ativamente o sistema de Justiça a custos baixos (os mesmos cobrados dos litigantes não habituais, como ocorre hoje). Já o sistema de Justiça fica com zero, o que representa a *tragédia da Justiça*, decorrente da elevação do número de processos a um custo fortemente subsidiado por toda a sociedade. Importante: este

¹⁵⁰⁷ Esse valor mais alto inicial incorpora até mesmo as mudanças administrativas e de cultura da instituição, acostumada a litigar em juízo. A adoção da prioridade da mediação como política institucional impõe um abandono de um caminho bem conhecido. O fenômeno é conhecido como *path dependence* ou *bandwagon effect*. Um bom exemplo desse viés cognitivo é a disposição das letras dos atuais teclados de computador. O teclado que hoje todos usamos é conhecido como QWERTY. Foi inventado por Christopher Scholes no séc. XIX, com o objetivo de separar o máximo possível as teclas das letras mais usadas (em inglês), de modo a evitar erros de digitação. Há muito que se sabe de possibilidades muito mais efetivas de disposição de teclas. Elas, no entanto, nunca foram adotadas, porque essa mudança é bastante custosa, implicando a necessidade de treinar novamente milhões de profissionais acostumados com o sistema antigo. Nesses casos, quando as pessoas ou entidades não estão dispostas a superar os custos individuais da mudança, políticas públicas que envolvam uma força de coordenação coletiva costumam ajudar na *virada de chave*. DIXT, Avinash K e NALEBUFF, Barry J. **Thinking Strategically**, op. cit. p. 231-233. Sobre a verificação da *path dependence* em laboratório, como força inibidora de comportamentos racionais, THALER, Richard H e JOHNSON, Erik J. **Gambling with the house money and trying to break even: the effects of prior outcomes on risky choice**, in *Management Science*, vol 36, n 6, 1990, p. 643-660. Superar essa *path dependence* sempre implica um custo inicial grande. Após, como sabemos, os custos da autocomposição tendem a ser inferiores aos da litigância tradicional.

¹⁵⁰⁸ Dentre eles, o empoderamento do indivíduo e a verdadeira pacificação social, pois, onde já composição, não há perdedores. A solução autocompositiva têm as características do entendimento, enquanto o processo judicial as do duelo. Sobre o tema: VINCENZI, Brunela Vieira de e REZENDE, Ariadi Sandrini, **A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo**, in *Justiça Multiportas*, op. cit. p. 529-540.

Na mesma linha, enumerando diversos benefícios da mediação, como a autodeterminação do indivíduo, a rapidez, a economia de recursos, a possibilidade de soluções criativas, a ausência de perdedores, a possibilidade de expressão de necessidades emocionais, a privacidade e a preservação da relação entre os contendores: KOVACH, Kimberlee K, **Mediation**, in *The handbook of dispute resolution*, BORDONE, Robert C. e MOFFIT, Michael L (editores), 2005, Jossey-Bass, Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School, -. 304-317, principalmente p. 305. Em sentido contrário, defendendo a superioridade do modelo tradicional de litigância, principalmente quando uma das partes é hipossuficiente em relação a outra: SEUL, Jeffrey R, **Litigation as a dispute resolution alternative**, in *The handbook of dispute resolution*, op. cit. P. 336-357 e ainda FISS, Owen, *Against settlement*, in *Against Settlement*, 93 *Yale Law Journal*, 1073 (1984)

¹⁵⁰⁹ CPC/2015, art. 784, IV.

- par de estratégias é o que mais aproxima-se do modelo atual, configurando o par de estratégias conhecido como *temptation/sucker*, em que o comportamento cooperativo de um dos jogadores (*sucker*) é *explorado* pela postura defectiva do outro (*temptation*).
- iii. Quando a instituição financeira opta pela autocomposição e o sistema de justiça cobra custas elevadas, os *payoffs* são respectivamente 0 e 5. Zero representa o fato de a instituição ter investido em mecanismos autocompositivos e mesmo assim ter de arcar com custas elevadas para a execução de acordos não cumpridos. Já 5 é o *payoff* que captura os benefícios sociais da autocomposição, somados aos decorrentes da elevação das custas dos eventuais processos de execução dos acordos não cumpridos.¹⁵¹⁰
 - iv. Quando a instituição financeira opta pelo ajuizamento da ação pagando custas elevadas, o *payoff* de ambos os jogadores é de apenas 1 ponto. Esse número representa a elevação dos custos de litigância para a instituição, bem como reflete a *tragédia* do sistema de justiça, aqui compensada minimamente pela cobrança de custas elevadas.

Explicados os *payoffs*, passemos a estudar as *dinâmicas do jogo*, dadas as regras do sistema vigente e as propostas feitas até aqui.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que, hoje, não existe um sistema de custas diferenciado para o litigante habitual. Isso significa que, na nossa matriz, o comportamento do sistema de Justiça será sempre cooperativo, com a cobrança de custas no modelo *standard*. Nesse caso, é muito fácil perceber que a melhor estratégia para a instituição financeira é não cooperar e ajuizar a ação, ao invés de investir em mecanismos de autocomposição. Isso porque, nesse caso, ela *ganha* 5 pontos ao invés de apenas 3. O sistema de Justiça, todavia, acaba ficando com *zero*. Esse cenário, negritado na matriz acima, é típico da exploração do comportamento cooperativo, no qual a *Justiça* cumpre o papel do explorado (*sucker*).

Todavia, é muito importante perceber que esse par de estratégias não configura um *equilíbrio de Nash*. Ocorre que hoje é esse o modelo vigente, estabilizado artificialmente pela inexistência de uma estrutura de custas com cobrança de valores percentualmente diferenciados para litigantes habituais. Assim, no atual *jogo da litigância*, a justiça é *forçada* a colaborar, impondo-se-lhe o papel de *sucker* no triste roteiro da *tragédia* aqui descrita.

A pergunta a ser agora respondida é: em um cenário de implantação de custas diferenciadas, quais seriam as estratégias em equilíbrio? Será que o comportamento mutuamente cooperativo (*reward*) seria estabelecido?

¹⁵¹⁰ Esse não é um cenário realista, mas é importante para completar os *payoffs* possíveis do nosso modelo.

A resposta aqui depende do número de vezes em que esse jogo é jogado. Analisado o jogo em rodada única, podemos prever que, mesmo com custas mais altas, a ação continuará sendo ajuizada. É que a estrutura dos *payoffs* aqui compõe o típico dilema do prisioneiro, proporcionando um ineficiente *equilíbrio de Nash*, levando ambos os jogadores a estratégias não cooperativas (chamadas de *punishment*), conforme a tabela 10:

Tabela 10 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para a parte e para o sistema de justiça) de acordo com cada combinação possível de estratégias: solução do jogo

	Justiça (custas <i>standard</i>)	Justiça (custas elevadas)
Financeira (autocomposição)	3 ; 3	0 ; 5
Financeira (ajuíza ação)	5 ; 0	1 ; 1

— →

O resultado em equilíbrio indicado pela seta acima significa que, caso elevem-se de imediato as custas para os litigantes habituais, eles não deixarão de ajuizar suas múltiplas demandas, porque, se assim fizessem, ocupariam eles o papel de *sucker*, recebendo 0 ao invés de 1. Isso ocorreria porque eles teriam de realizar investimentos para promover mecanismos de autocomposição e ainda assim pagar custas elevadas sempre que fosse realmente necessário o ajuizamento de uma ação, seja de conhecimento, seja de execução de acordos não cumpridos.

Nossa proposta, todavia, é para que essas custas sejam elevadas apenas nos casos de litigância habitual, a partir da criação de faixas de litigância. Isso, obviamente, aumenta a importância do futuro para os jogadores, cumprindo a sugestão de Axelrod.¹⁵¹¹ Nessa nova configuração, a instituição *sabe* que a proliferação de demandas elevará seu custo de litigância no futuro. De outro lado, o sistema de Justiça *compreende* que, nesse caso, estará legitimado a cobrar custas cada vez mais elevadas (mudança de estratégia, *punishment*) e é exatamente isso que o juiz fará quando for alertado que o litigante em questão encontra-se em uma dessas faixas.¹⁵¹²

¹⁵¹¹ Ver seção 5.4.1.1.

¹⁵¹² A existência de dados da litigância das partes de um processo, acoplada a um sistema eletrônico que automaticamente desloque o litigante para a *faixa de litigância e de custas correspondente* é absolutamente essencial para o funcionamento prático da nossa proposta. Trata-se de cumprir mais um dos mandamentos de Axelrod para o surgimento da cooperação: o reconhecimento dos jogadores com lembrança das estratégias por eles utilizadas no passado.

O próximo passo, então, é estudar o que acontece com o *dilema do prisioneiro da tabela acima* se for jogado repetidas vezes, ou seja, se nossa instituição financeira tornar-se parte em múltiplos processos perante o *sistema de Justiça* (litigante habitual).

Considerando a dinâmica atual da Justiça no Brasil, na qual os 100 maiores litigantes são responsáveis por até 40% de todas as ações ajuizadas em determinados tribunais, é razoável assumir uma alta probabilidade de repetição do jogo acima da faixa mínima de litigância, quando então passará a funcionar o sistema diferenciado de custas. Assim, parece razoável fixar o *valor do futuro* (δ) em 90%.

Nossa matriz, nesse caso, teria de ser reconfigurada. Apenas para recordar, eis o modelo por nós utilizado para calcular os *payoffs* de qualquer dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes¹⁵¹³:

Figura 37 - Matriz de estratégias e *payoff* no dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes¹⁵¹⁴

		C	D	T
		C	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$	$S/(1-\delta)$ $T/(1-\delta)$
D	$T/(1-\delta)$ $S/(1-\delta)$	$P/(1-\delta)$ $P/(1-\delta)$	$T + \delta P/(1-\delta)$ $S + \delta P/(1-\delta)$	
T	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$	$S + \delta P/(1-\delta)$ $T + \delta P/(1-\delta)$	$R/(1-\delta)$ $R/(1-\delta)$	

Discounted Payoffs
 $T > R > P > S$
 $0 > \delta > 1$

Além das fórmulas de cálculo dos *payoffs*, relembramos que os principais diferenciais aqui são: (i) o índice que mede o *valor do futuro* (δ), que no nosso caso equivale a 90% (ou 0,9); e (ii) a existência da estratégia T (*trigger*), que, aqui, é introduzida exatamente pela possibilidade de cobrança de custas processuais elevadas para os casos de litigância habitual.¹⁵¹⁵

¹⁵¹³ A respeito, ver seção 5.4.

¹⁵¹⁴ NEUGEBOREN, Robert, op. cit.

¹⁵¹⁵ Trigger, enquanto estratégia, significa iniciar com cooperação na primeira rodada e, observado o comportamento não cooperativo do adversário, alterar o comportamento para a defecção nas rodadas subsequentes.

Colocando os mesmos *payoffs* nas fórmulas da matriz acima, chegamos aos seguintes resultados¹⁵¹⁶:

Figura 38 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para a parte e para o sistema de Justiça) de acordo com cada combinação possível de estratégias em um jogo repetitivo

		Sistema de Justiça		
		C	D	T
Instituição Financeira	C	30 30	0 50	30 30
	D	50 0	10 10	14 9
	T	30 30	9 14	30 30

A mágica da cooperação aparece clara na matriz e ela decorre da importância do futuro para os jogadores, bem como da perfeita identificação dos movimentos anteriores do seu adversário. As setas azuis indicam a alteração do comportamento de cada jogador quando o dilema é jogado repetidas vezes com alto valor de futuro: ambos abandonarão as estratégias não cooperativas nesse cenário.

A instituição financeira passa a cooperar, evitando o ajuizamento de ações em razão das altas custas e investindo em sistemas autocompositivos de solução de conflitos. O mesmo

¹⁵¹⁶ Os cálculos dos *payoffs* são os seguintes, da esquerda para a direita, de cima para baixo, primeiro para a instituição financeira depois para o sistema de justiça:

$$(C/C) R/(1 - \delta) = \frac{3}{0,1} = 30; R/(1 - \delta) = \frac{3}{0,1} = 30$$

$$(C/D) S/(1 - \delta) = \frac{0}{0,1} = 0; T/(1 - \delta) = \frac{5}{0,1} = 50$$

$$(C/T) R/(1 - \delta) = \frac{3}{0,1} = 30; R/(1 - \delta) = \frac{3}{0,1} = 30$$

$$(D/C) T/(1 - \delta) = \frac{5}{0,1} = 50; S/(1 - \delta) = \frac{0}{0,1} = 0$$

$$(D/D) P/(1 - \delta) = \frac{1}{0,1} = 10; P/(1 - \delta) = \frac{1}{0,1} = 10$$

$$(D/T) T + \delta P/(1 - \delta) = 5 + \left(\frac{0,9,1}{0,1}\right) = 5 + 9 = 14; S + \delta P/(1 - \delta) = 0 + \left(\frac{0,9,1}{0,1}\right) = 0 + 9 = 14$$

$$(T/C) R/(1 - \delta) = \frac{3}{0,1} = 30; R/(1 - \delta) = \frac{3}{0,1} = 30$$

$$(T/D) S + \delta P/(1 - \delta) = 0 + \left(\frac{0,9,1}{0,1}\right) = 0 + 9 = 9; T + \delta P/(1 - \delta) = 5 + \left(\frac{0,9,1}{0,1}\right) = 5 + 9 = 14$$

$$(T/T) R/(1 - \delta) = \frac{3}{0,1} = 30; R/(1 - \delta) = \frac{3}{0,1} = 30$$

ocorre com o sistema de justiça, que passa a cobrar custas no *modelo standard* quando for necessário o ajuizamento de ações executivas para cobrança de acordos não cumpridos.

Para nos aproximar de um desenho mais realista, tomemos o exemplo que tantas vezes utilizamos ao longo desse trabalho: ação com pedido condenatório no valor de R\$50mil, ajuizada na Justiça estadual do Rio de Janeiro, com chances de procedência de 50% e custas totais de R\$7.250.¹⁵¹⁷ O valor de reserva¹⁵¹⁸ desse autor é de R\$17.750.

De forma extremamente conservadora, vamos assumir que as custas deste processo cubram apenas metade de seu real valor. Nesse caso, o valor do *subsídio* estatal para essa ação seria de R\$1,5mil.¹⁵¹⁹

Por simplicidade, imaginemos que nosso litigante habitual situe-se em uma faixa de custas elevadas apta a dobrar seu valor original, zerando o subsídio estatal para aquele processo. Nesse caso, o valor *extra* das custas será de +R\$1,5mil. Sendo certo que esse valor não será reembolsado mesmo no caso de procedência das razões do litigante, o novo *valor de reserva dessa ação* cai para R\$16.250.¹⁵²⁰

Assim, reescrevendo a matriz desse jogo com os novos valores, imaginando a possibilidade de cobrança de custas elevadas (definidas na matriz como *comportamento não cooperativo*), teríamos:

Tabela 11 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para a parte e para o sistema de Justiça) de acordo com cada combinação possível de estratégias: exemplo com números reais

	Justiça (custas <i>standard</i>)	Justiça (custas elevadas)
Financeira (autocomposição)	16.500 ; 1.000	16.200 ; 1.300
Financeira (ajuíza ação)	17.750 ; -1.500	16.250 ; 0

¹⁵¹⁷ $Ct = Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$

No nosso exemplo trabalhando exatamente com os mesmos números do capítulo 6, temos custas de litigância compostas por honorários de 10% sobre o valor da condenação/pedido além de custas iniciais e taxas judiciárias calculadas em \$1.5mil, tudo ponderado por 50% (possibilidade de vitória). Consideramos ainda custos administrativos totais (honorários contratuais e outros custos) de \$5mil. Assim, os custos totais do processo para o autor são: $Ct = 4.000 + (1500 + 5.000)0,5 = 7.250$.

¹⁵¹⁸ Como sabemos, o cálculo do valor de reserva obedece a seguinte equação: $Va = (Pa \cdot Ua) - \{Ca + Cl(1 - Pa)\}$. Assim, $Va = (50.000 \times 0,5) - \{4.000 + 6.500(0,5)\} = 25.000 - 7.250 = 17.750$

¹⁵¹⁹ Valor idêntico ao das custas adiantadas pelo autor. Nosso processo aqui teria um custo total de R\$3mil, com R\$1.500 de subsídio público.

¹⁵²⁰ $(17.750 - 1.500 = 16.250)$.

O valor de 16.500 no quadrante superior esquerdo equivale ao valor de referência 17.750 subtraído de 1.250, que considerados ser o *valor*¹⁵²¹ investido no desenvolvimento de mecanismos de autocomposição pelo litigante habitual, somado das custas (*modelo standard*) de eventual execução de acordo descumprido.

Já os 1.000 do mesmo quadrante equivalem ao *payoff* do sistema de justiça, que, além de deixar de prescindir de qualquer subsídio para funcionar (parte, portanto, do valor zero), ainda *capta* um indireto benefício social¹⁵²² decorrente da autocomposição, que *traduzimos* aqui em R\$1mil, já descontados possíveis *prejuízos* decorrentes de eventual execução de acordo descumprido (neste caso, como as custas da execução de título extrajudicial seriam cobradas no modelo *standard*, certamente haveria a necessidade de algum subsídio para esse processo. Estamos considerando que os benefícios sociais da autocomposição, descontados do valor do subsídio de uma eventual execução do acordo, implicam um *superávit* de R\$1mil para o sistema como um todo¹⁵²³).

Por sua vez, os *payoffs* do quadrante superior direito estão influenciados por cobrança de custas elevadas em R\$1.5mil.¹⁵²⁴ Isso seria suficiente para pagar todos os gastos do eventual processo de execução do acordo não cumprido (o que, por simplicidade, supomos que ocorrerá em somente 20% dos casos), preservando todo o *benefício social* da autocomposição (por nós avaliado em R\$1,3mil) e implicando um gasto um pouco maior por parte do litigante (R\$300, que seriam os R\$1,5mil ponderados pela possibilidade de 20% de haver execução pelo descumprimento do acordo).

Finalmente, o quadrante inferior direito apresenta os *payoffs* da conduta não cooperativa de ambos os jogadores, ou seja, a situação na qual a ação é ajuizada e são cobradas custas elevadas. Nesse caso não há subsídio, de modo que o *sistema de Justiça* recebe zero e do litigante subtraem-se mais R\$1,5 mil, reduzindo seu *valor de reserva* para R\$16.250 ($17.750 - 1.500 = 16.250$).¹⁵²⁵

¹⁵²¹ Como visto, esse valor aqui representa todos os custos administrativos dessa mudança, incluindo questões culturais e de costumes.

¹⁵²² Vimos acima os benefícios sociais e econômicos da mediação.

¹⁵²³ É preciso notar que esse *déficit* do processo executivo teve ser ponderado pela possibilidade de descumprimento do acordo decorrente da autocomposição. Assim, suponhamos que apenas 20% dos acordos sejam descumpridos e que cada processo executivo custe \$3mil para o Estado, mas que sejam cobradas custas processuais de apenas \$1,5mil. Nesse caso, o valor final do subsídio estatal para esse processo será de apenas \$300, porque a diferença de \$1,5mil tem de ser ponderada pela probabilidade de descumprimento do acordo (20%). Assim, imaginando os benefícios sociais da autocomposição em \$1.3mil, o *payoff* do *sistema de justiça* no quadrante superior esquerdo será de \$1mil.

¹⁵²⁴ Com probabilidade de 20%

¹⁵²⁵ Todos esses valores foram por nós estimados um algum parâmetro na realidade do foro e dos sistemas de custas processuais. Todavia, mesmo que trabalho estatístico conclua por valores diferentes, a intuição econômica

Como já observamos, a estrutura atual de custas leva a que o sistema de justiça comporte-se como *sucker*, vítima do comportamento não cooperativo do litigante habitual (*temptation*). Os resultados desses incentivos estão identificados nos *payoffs* do quadrante inferior esquerdo da tabela acima, implicando grande vantagem ao litigante habitual (R\$17.757) e prejuízo ao sistema de justiça (–R\$1.500). Esses são os ingredientes da atual *tragédia*, exatamente pela magnitude do incentivo de utilização exagerada do sistema que eles proporcionam.

De outro lado, caso o sistema de cobrança de custas elevadas ao litigante habitual estivesse em vigor, os resultados seriam diferentes. Considerando os processos individualmente ajuizados (*dilema do prisioneiro em uma única rodada*), podemos prever comportamentos não cooperativos em equilíbrio (*punishment*), ou seja, o litigante habitual continuará priorizando o ajuizamento de ações e o juiz da causa (representando o sistema de justiça) aplicará o aumento de custas. Os resultados não são eficientes, e estão representados em vermelho no quadrante inferior direito da matriz de *payoffs* acima (tabela 11).

Observando aquela matriz, nota-se com facilidade que o resultado mais eficiente encontra-se no par de estratégias *autocomposição/custas standard*, ou seja, na conduta do litigante habitual que passa a priorizar a autocomposição de conflitos, e na do sistema de Justiça que funciona sem a cobrança de custas adicionais nas eventuais execuções de acordos autocompostos não cumpridos. Nesses casos, a soma dos *payoffs* é a mais alta de todos os quadrantes da matriz.

O problema é que esse par de estratégias não configura um equilíbrio de Nash em um jogo individual (como podemos perceber *lendo* os incentivos decorrentes da matriz acima, se a justiça opta por cobrar custas *standard*, a instituição financeira estará melhor ajuizando a ação do que promovendo a autocomposição. Isso ocorre porque ela preferirá um *payoff* de R\$17.750 a um de R\$16.500. Por outro lado, mesmo que o sistema cobre custas elevadas, ainda assim a financeira ajuizará ação, pois preferirá *payoffs* de R\$16.250 a *payoffs* de R\$16.200). Todavia, vejamos o que ocorre com as estratégias em equilíbrio quando o *dilema* é jogado repetidas vezes com uma chance de repetição de 90% (alta, em razão da litigância habitual):

por detrás desses modelos fica preservada, bem como os incentivos presentes, de modo que o efeito no cerne do comportamento cooperativo das partes não se altera, ainda que possa haver variações de intensidade. Quanto à intensidade, acreditamos que tais variações só possam ocorrer para cima, já que fomos bem conservadores em nossas estimativas.

Figura 39 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para a parte e para o sistema de Justiça) de acordo com cada combinação possível de estratégias em um jogo repetitivo: exemplo com números reais

	C	D	T
C	165.000 10.000	162.000 13.000	165.000 10.000
D	177.500 -15.000	162.500 0	164.000 -1.500
T	165.000 10.000	162.450 1.300	165.000 10.000

Como preveem as fórmulas de Axelrod, o *dilema* jogado em múltiplas rodadas com valor alto para o futuro (δ) faz surgir o comportamento cooperativo em equilíbrio.

A nova matriz demonstra que os *payoffs* da conduta mutuamente cooperativa (T/T) são superiores aos da postura mutuamente defectiva (D/T)¹⁵²⁶ em rodadas múltiplas e, por isso, configuram um equilíbrio de Nash, não havendo qualquer incentivo para que os jogadores alterem sua estratégia.¹⁵²⁷

Posto isso, fica provado que um sistema de custas escalonado por *faixas de litigância* diminui os incentivos para a chamada *litigância habitual* ao longo do tempo. No lugar do

¹⁵²⁶ Lembrando que T(*trigger*) funciona em reciprocidade com C e com D, ou seja, colabora com quem colabora, e é defectiva com quem não coopera. Por isso, T/T é sempre um par de estratégias cooperativas, bem como C/T. Já D/T sempre implica mútua defecção.

¹⁵²⁷ Os cálculos dos *payoffs* são os seguintes, da esquerda para a direita, de cima para baixo, primeiro para a instituição financeira depois para o sistema de justiça:

$$(C/C) R/(1 - \delta) = \frac{16.500}{0,1} = 165.000; R/(1 - \delta) = \frac{1.000}{0,1} = 10.000$$

$$(C/D) S/(1 - \delta) = \frac{16.200}{0,1} = 162.000; T/(1 - \delta) = \frac{1.300}{0,1} = 13.000$$

$$(C/C) R/(1 - \delta) = \frac{16.500}{0,1} = 165.000; R/(1 - \delta) = \frac{1.000}{0,1} = 10.000$$

$$(D/C) T/(1 - \delta) = \frac{17.750}{0,1} = 177.500; S/(1 - \delta) = \frac{-1.500}{0,1} = -15.000$$

$$(D/D) P/(1 - \delta) = \frac{16.250}{0,1} = 162.500; P/(1 - \delta) = \frac{0}{0,1} = 0$$

$$(D/T) T + \delta P/(1 - \delta) = 17.750 + \left(\frac{0,9 \cdot 16.250}{0,1}\right) = 164.000; S + \delta P/(1 - \delta) = -1.500 + \left(\frac{0,9 \cdot 0}{0,1}\right) = -1.500$$

$$(T/C) R/(1 - \delta) = \frac{16.500}{0,1} = 165.000; R/(1 - \delta) = \frac{1.000}{0,1} = 10.000$$

$$(T/D) S + \delta P/(1 - \delta) = 16.200 + \left(\frac{0,9 \cdot 16.250}{0,1}\right) = 162.450; T + \delta P/(1 - \delta) = 1.300 + \left(\frac{0,9 \cdot 0}{0,1}\right) = 1.300$$

$$(T/T) R/(1 - \delta) = \frac{16.500}{0,1} = 165.000; R/(1 - \delta) = \frac{1.000}{0,1} = 10.000$$

ajuizamento repetitivo de ações judiciais, os litigantes habituais terão incentivos para investir na eficiência dos produtos e no relacionamento com o consumidor, bem como no desenvolvimento de meios autocompositivos — como, por exemplo, a mediação e a negociação direta.¹⁵²⁸

De todo o exposto nesta seção, podemos assim resumir as proposições e conclusões a que chegamos:

- i. a litigância habitual pode ser modelada de acordo com o *the public goods game*;
- ii. no *public goods game*, a punição ao comportamento defeutivo é essencial à manutenção dos níveis de cooperação dos jogadores;
- iii. a litigância habitual pode ser modelada de acordo com um dilema do prisioneiro em que os jogadores são o litigante habitual e o sistema de justiça;
- iv. com a atual estrutura de custas, o litigante faz o papel de explorador e o sistema de justiça ocupa a posição de “*sucker*”;
- v. a atual estrutura de custas favorece a litigância habitual e colabora para o cenário de tragédia da Justiça;
- vi. a possibilidade de cobrança de custas elevadas não totalmente reembolsáveis do litigante habitual retira o sistema de justiça do papel de *sucker*;
- vii. a estruturação de um sistema de custas por faixa leva o jogo individualmente considerado a um *equilíbrio de Nash* ineficiente, no qual o litigante continua ajuizando as ações, ainda que com o pagamento de custas elevadas;
- viii. quando o jogo é jogado repetidas vezes com grande probabilidade de novas rodadas, o *equilíbrio de Nash* torna-se eficiente. Nesse caso, as estratégias em equilíbrio passam a ser as seguintes: preferência do litigante habitual pela autocomposição e cobrança de custas no modelo *standard* pelo sistema de Justiça nos casos de execução do título extrajudicial não cumprido.

¹⁵²⁸ Para compreender bem esse ponto, é importante estudar como sistemas online de solução de disputas (como as do *Ebay*, *Paypal*, *Amazon* e mesmo de Cortes de Justiça como a de British Columbia, investem em mecanismos de evitamento de conflito - *avoidance*). O tema é explicado no capítulo 11, seção 11.2.

8.2 Comportamento cooperativo das partes e juízes no âmbito da fase cognitiva de processos individuais: contra a litigância de má-fé

Nesta seção estudaremos o comportamento cooperativo das partes e do juiz em um processo individualmente considerado. Para tanto, utilizaremos teoria dos jogos e outras ferramentas microeconômicas, considerando as estratégias cooperativas das partes para o atingimento dos objetivos do art. 6º do CPC/2015, sempre tendo em mente que a decisão de uma delas deve levar em conta o comportamento da outra.¹⁵²⁹

Desde já é preciso lembrar nossa premissa: *comportamento cooperativo é aquele apto a proporcionar o proferimento de decisões justas, efetivas e em tempo razoável*. Para tanto, juízes devem observar precedentes obrigatórios (tema já estudado) e decidir de maneira fundamentada, respeitados o contraditório e a ampla defesa em nível ótimo (tema já estudado), buscando prover e efetivar a tutela de mérito em tempo razoável (tema do capítulo 10). Partes e advogados devem buscar a autocomposição como prioridade (tema já estudado). Não sendo possível, devem evitar demandas frívolas (tema já estudado), alegações genéricas ou contraditórias e atos protelatórios (aí incluídos recursos desnecessários), cumprindo com exatidão e rapidez as determinações judiciais.

Inicialmente, é desse tipo de comportamento cooperativo que trataremos, *limitada a análise, neste capítulo, à litigância proba na fase cognitiva do processo*.

No âmbito de um processo individualmente considerado, a lógica do dilema do prisioneiro jogado repetidas vezes não se aplica. Ainda que o processo seja um feixe de relações jurídicas¹⁵³⁰ que confere situações jurídicas ativas e passivas¹⁵³¹ a todos os que, de alguma

¹⁵²⁹ Antes que se diga que o comportamento cooperativo entre as partes é impossível, visto serem elas adversárias, ou que, por estarem em lados opostos, elas sempre jogam um jogo de *soma zero*, optamos por reproduzir passagem de Thomas Schelling, na qual fica claro que estratégias cooperativas são em tese possíveis em situações de conflito, exatamente porque, em jogos conflituosos, os *payoffs* são variáveis, podendo ficar, inclusive, muito abaixo de zero a depender das estratégias adotadas. “*Thus, strategy-int the sense in which I am using here- is not concerned with the efficient application of force, but with the exploitation of potential force. It is concerned not just with enemies who dislike each other but with partners who distrust or disagree each other. It is concerned not just with the division of gains and losses between two claimants but with the possibility that particular outcomes are worse (better) for both claimants than certain ither outcomes. In the terminology of game theory, most interesting international conflict are no “constant sum-games”, but “variable sum-games”: the sum of the gains of the participants involved in not fixed so that more the one inexorably means less for the other. There is a common interest in reaching outcomes that are mutually advantageous.*” Grifamos. SCHELLING, Thomas C, **The strategy of conflict**, Cambridge, Massachussets P. 5

¹⁵³⁰ BULOW, Oskar Von, **La teoriade las excepciones procesales y los presupuestos procesales**, Miguel Angel Rosas (trad). Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 4-9.

¹⁵³¹ DINAMARCO, Cândido R., **Instituições de direito processual civil: volume I**, 8a. ed. SãoPaulo, Malheiros, 2016. p. 442.

forma, nele atuam, o procedimento não é o tipo de ambiente capaz de proporcionar múltiplas interações com alto *quociente de valoração do futuro*.

O simples fato de saber-se que aquele específico processo acabará é suficiente para *derrubar* o valor do futuro e, com ele, as possibilidades cooperativas em uma estrutura de recompensas típica de *dilema do prisioneiro*.¹⁵³²

Perdida assim a possibilidade cooperativa pela reiteração do *dilema*, recuperá-la implica *sair do dilema*, ou seja, buscar uma estrutura de recompensas (*payoffs*) que proporcione incentivos suficientes para que a conduta cooperativa seja um *equilíbrio de Nash*.¹⁵³³

Para tanto, a ideia de *punição* é inafastável. Esqueça-se a carga negativa que esse adjetivo carrega. *Punição* aqui significa simplesmente *alteração* das recompensas de modo que o comportamento cooperativo seja de alguma forma valorizado em detrimento do comportamento defectivo, gerando, assim, os respectivos incentivos para sua emersão.¹⁵³⁴

Como veremos, de um lado a doutrina e a jurisprudência brasileiras são, em sua maioria, lenientes quanto ao comportamento defectivo das partes no processo civil.¹⁵³⁵ De outro lado, a

¹⁵³² Sabendo que o processo terá um fim, e de que, muito possivelmente não haverá outro processo entre aquelas duas partes, a cooperação torna-se impossível no dilema. É que os jogadores, cientes que estão de que haverá em breve uma jogada final, temem que seu adversário seja defectivo nessa última jogada, sem chance de retaliação, exatamente porque será a última. Por isso, opta-se por retalhar na penúltima, o que, dada a ciência de que isso ocorrerá, leva à retaliação na antepenúltima e assim por diante, até chegarmos aos primeiros movimentos do processo. Trata-se de procedimento chamado *backwards induction*, que “prova”, a impossibilidade cooperativa em dilemas do prisioneiro que, apesar de terem várias rodadas, têm um fim próximo e que pode ser antevisto pelas partes (baixo valor do futuro). É o que nos ensinam Hargreaves e Varoufakis, baseados nas lições de Axlroad: “*In fact, conventional game theory wisdom [...] does not agree with intuition when the game is repeated a limited numbers of time (finite repetition often occurs when the interaction has a fixed time horizon [...]) To appreciate the conventional wisdom, notice that no player will care about their reputation for cooperation in the last play of the game as there is no further play of the game in which the players can benefit from a good reputation. Accordingly, in the finitely repeated prisoner’s dilemma both players will defect in the last play - the last play is, after all, just a one-shot version of the game and the logic of defection for instrumentally rational agents in this circumstance seems impeccable. Now consider the penultimate of the game. Since it is known that the both players will defect in the last play, neither player has any need to carry a reputation for cooperation into the last play of the game [...]* Now turn to the pre-penultimate play [...] and so on. Thus, the application of the Nash backward induction logic to the finitely repeated games yields the clear prediction that both players will defect in every round of the game.” HEAP, Shaun Hargreaves, *Game Theory, a critical introduction*, op. cit. P. 168-169.

Sabemos que, mesmo nesses casos, se as partes não sabem quando o jogo terminará, alguma possibilidade cooperativa será possível. (Idem, p. 169). Mas no processo, os tempos finais são bastante precisos e previsíveis, mais ainda na fase de conhecimento (trânsito em julgado).

¹⁵³³ Reproduzimos aqui a tabela comparativa dos equilíbrios de *Nash* no dilema do prisioneiro e no *assurance game*:

Prisoner's Dilemma		Assurance Game	
3, 3	0, 5	3, 3	0, 2
5, 0	1, 1	2, 0	1, 1

¹⁵³⁴ POUNDSTONE, Willian, op cit. p. 222-226.

¹⁵³⁵ Antônio do Passo Cabral traz a notícia de que essa é a realidade dominante na Europa continental, berço das maiores influências para o nosso processo civil, ao menos até antes da edição do CPC/2015. *O contraditório como dever e a boa-fé*.... op cit. p. 67-67.

estrutura punitiva apresentada pelo CPC/2015 não dá conta, a princípio, de proporcionar os incentivos corretos, ainda que se tenha avançado bastante em relação ao CPC/1973, revogado.

Para piorar, o rito clássico do cumprimento de sentença, com suas medidas executivas típicas, também se apresenta insuficiente para a construção daqueles incentivos.¹⁵³⁶ De outro lado, mesmo o juiz não parece possuir os incentivos corretos para cumprir seus deveres cooperativos na totalidade. A equação da chamada *função de utilidade* do juiz será retomada por nós na abordagem desse problema.

Na doutrina de processo civil, o problema dos incentivos foi percebido com precisão por Menezes Cordeiro, cujas palavras, pela clareza e autoridade peculiares, valem ser reproduzidas:

Sejamos sinceros: individualmente, todas as pessoas são sérias, respeitáveis, cultas e eficientes; muito raramente se prova o contrário. *Mas no seu conjunto, o sistema não funciona.* Por quê? A resposta é simples: porque o bloqueio da Justiça, conquanto nocivo para o país, é vantajoso para a parte que não deva obter ganho de causa [...]. *Apenas desde o momento que ninguém lucre com as delongas,* a própria dinâmica social se encarregaria de encontrar saídas. (Grifamos)¹⁵³⁷

Com esse cenário em mente, passemos ao estudo dos incentivos cooperativos.

8.2.1 Em busca dos incentivos adequados à cooperação na fase cognitiva do processo

A litigância cooperativa, no sentido aqui tratado, pode ser qualificada como o oposto da chamada *litigância de má-fé* e do abuso do direito de litigar (violação dos deveres de boa-fé objetiva).

A litigância de má-fé, e as punições sistêmicas a ela direcionadas, podem ser estudadas à luz da teoria econômica, do mesmo modo que se faz o estudo da responsabilidade civil no direito civil. Nessa seara, a investigação do melhor sistema de responsabilidade civil passa pela

A respeito especificamente da realidade portuguesa, vale transcrever as palavras com que Antônio Menezes Cordeiro abre sua obra de 2013 sobre litigância de má-fé e abuso do direito de ação: *A ordem jurisdicional portuguesa revela-se incapaz de resolver os litígios, em tempo útil. A afirmação, constantemente repetida na comunicação social, é apontada, pelos estudos de campo, como uma das razões de atraso do país. Para além disso, ela é profundamente sentida por quantos, como testemunhas, como partes, como advogados ou como magistrados, tenham presença no foro. Episódios de chicanas, de desconsiderações, de demoras incompreensíveis e inexplicáveis, de diligências sufocantes e inúteis e de decisões esvaziadas pelo decurso do tempo são relatadas e repetidas, as nauseam, por leigos e peritos.* Op. cit. p. 11.

¹⁵³⁶ Esse será o tema do capítulo 10, seção 10.2, desta tese.

¹⁵³⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio, Litigância de má-fé, abuso do direito de ação e culpa “in agendo”, 3a. edição, 2014, Coimbra, Ed Almedina, versão eletrônica Saraiva/leve. p. 58

relação entre sua capacidade de produzir *deterrence* (ou seja, evitar a violação da lei) e os custos sociais gerados pelo sistema escolhido.¹⁵³⁸

É possível afirmar que a *litigância cooperativa diminui os custos sociais do processo, enquanto que a litigância não cooperativa aumenta esses custos*. Para nossa análise, é bastante útil considerar a redução dos custos do processo como a medida do bem-estar social buscada com mecanismos de punição à conduta não cooperativa.

Como ensinam Cooter e Ulen, medidas simplificadas desses custos podem ser extremamente úteis à análise econômica do processo ou, nesse caso, especificamente à análise da correção dos incentivos ao comportamento cooperativo.¹⁵³⁹ Nessa linha, os custos sociais são compostos pelos custos totais do processo (custos administrativos e custos de litigância, para as partes e para o Estado) e pelo custo do erro nos julgamentos.¹⁵⁴⁰

Quem litiga de má-fé o faz porque deriva determinada utilidade desse comportamento. Assim, por exemplo, a parte que mente ou que interpõe um recurso protelatório acredita que suas chances de vitória no processo aumentam. A *utilidade* desse comportamento reflete exatamente esse *acréscimo* de chances de vitória.

Por exemplo, e a *grosso modo*, se alguém nega em contestação fatos que sabe serem verdadeiros (art. 77, I, e art. 80, II, do CPC/2015),¹⁵⁴¹ derrubando com isso as chances de procedência do pedido de 80% para 50%, a utilidade dessa postura para o réu equivalerá a essa diferença de 30% aplicada ao valor final da condenação. Hipoteticamente, no caso de uma possível condenação em R\$100mil, a utilidade equivaleria a R\$30mil.

Ocorre que, como não cansamos de repetir, os processos judiciais têm um alto custo, que é, em parte, externalizado para toda a sociedade. Esse custo e esse subsídio social crescem na medida do aumento da litigância, incluída aí a dilatação da extensão dos processos, e da imprecisão do sistema (possibilidade de erro judicial).

No nosso exemplo, afirmações falsas que carregam o ônus da prova para a outra parte aumentam a chance de erro no julgamento. Sempre que uma conduta descolada dos parâmetros

¹⁵³⁸ “Normative economic analyses seek to evaluate the extent to which a law or choice of law apportions costs and benefits to maximize economic efficiency, defined as social surplus (consumer plus producer surplus) less transaction costs. Efficient laws appropriately balance the value of deterrence with the risk-bearing, transactions, and other costs of achieving optimal deterrence.” KESSLER Daniel P; RUBINFELD, Daniel L. **Empirical study of the civil justice system**, in Handbook of Law and Economics, Volume 1 Edited by A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell, 2007 Elsevier p. 345.

¹⁵³⁹ **Law and Economics**, op. cit. p. 384-385

¹⁵⁴⁰ *Idem*, p. 385

¹⁵⁴¹ ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro, volume II, Tomo I, Parte geral: institutos fundamentais**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015 . P. 277-280

cooperativos afasta o processo do caminho correto para a *busca da verdade*,¹⁵⁴² esse custo aumenta, porque decisões erradas distorcem os incentivos para que as pessoas busquem comportamentos ótimos na sociedade (que aumentem utilidades e reduzam danos).¹⁵⁴³

Por fim, temos o problema da *tragédia da Justiça*. O aumento da litigância agrava o *congestionamento jurisdicional*, mais uma vez externalizando prejuízos para toda a sociedade.¹⁵⁴⁴

Um ponto essencial: no nosso exemplo, toda a utilidade da conduta não cooperativa de faltar com a verdade é internalizada pelo réu, enquanto que a maior parte dos custos dessa postura é externalizada para a sociedade e para o autor.

Com efeito, contraditando fatos que sabe serem verdadeiros, o réu *gera* um ônus probatório ao autor, dilata o procedimento e o tempo do processo e aumenta a chance de erro judicial. Boa parte desses custos será absorvida pelo autor e por toda a sociedade, ou seja, será externalizada. Esse cenário de internalização plena dos benefícios e de externalização da maior parte dos custos gera fortes incentivos ao comportamento não cooperativo.¹⁵⁴⁵

A única forma de diminuir esse incentivo é gerando custos adicionais ao comportamento não cooperativo que possam ser totalmente internalizados pela parte, de modo que tal postura *deixe de valer a pena*.

Mas a paisagem aqui descrita ainda pode tornar-se mais obscura. É que, para além dos incentivos não cooperativos já detectados, é preciso ter em mente que o processo é um *jogo* e que as *estratégias* da outra parte serão definidas a partir do comportamento do seu adversário. Assim, dada a conduta não cooperativa do réu, o autor buscará a *melhor resposta possível para essa conduta*, de acordo com as recompensas (*payoffs*) oferecidas pelo sistema.

É possível, assim, em um panorama mais geral, imaginar que tipo de jogo se desenrola, ao longo de um processo individual, quando existam basicamente duas estratégias: cooperar ou

¹⁵⁴² No sentido de aproximação de um ideal de verdade. Uma verdade *processual*, ou uma *quase verdade*. Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme, MITIDIERO, Daniel e ARENHART, Sérgio Cruz, **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**, vol. II, 2A. ED, São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2016 p. 250-256, REALE, Miguel, **Verdade e conjectura**, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1983 p.17-18; WOLKART, Erik Navarro, **A busca da verdade no processo ou “o ouro de tolo”**. in Revista de Processo Revista de Processo, vol. 222/2013 | p. 315 - 323 | Ago / 2013.

¹⁵⁴³ “[...] we think it is useful to highlight the relationship between legal procedure and the substantive law that provides the underlying basis for lawsuits. Under welfare economics, this connection is central, for legal procedure is primarily viewed as providing the means by which substantive legal rules are ultimately enforced. For example, the effect of tort law on the deterrence of accidents will depend on which victims actually sue and the expected outcomes of the resulting litigation,” SHAVELL Steven; KAPLOW, Louis, **Fairnes versus welfare**, op. cit. p. 226

¹⁵⁴⁴ COOTER, Robert; ULEN, Thomas, op. cit. p. 385

¹⁵⁴⁵ Ibidem, p. 398

não cooperar (litigar de má-fé ou com abuso de direito¹⁵⁴⁶ ou litigar de boa-fé). A teoria dos jogos permite-nos identificar a existência de *equilíbrios de Nash*, eficientes ou não, a partir da estrutura de recompensas proporcionada pelo sistema processual.

Assim, quando alguém litiga de má-fé ou abusa do direito de litigar, como vimos, o que se busca é um benefício concreto no processo, por exemplo, aumentar suas chances de vitória ou reduzir os danos da derrota inevitável. Não é por outro motivo que se interpõe um recurso manifestamente protelatório (art. 80, VII, do CPC/2015), altera-se a verdade dos fatos (art. 80, II, do CPC/2015), cria-se embaraço à efetivação de decisão judicial (art. 77, II, do CPC/2015) e assim por diante.

Para que tudo fique mais claro, vamos partir de um exemplo.

Imaginemos um processo que tenha por objeto uma tutela de obrigação de pagar R\$100mil, no qual ambas as partes têm chances idênticas de sucesso (50%). Consideremos que, caso uma delas adote comportamento não cooperativo, suas chances de vitória aumentem para 70% e que, caso ambas adotem esse tipo de postura, as probabilidades de sucesso voltem a ser idênticas.

Ocorre que a estratégia não cooperativa envolve um custo para a parte: a possibilidade de ser condenado a pagar multa por litigância de má-fé, na forma do art. 81 do CPC/2015. Digamos que essa multa, agregada a eventual indenização à parte contrária e aos valores das demais despesas efetuadas, remonte a 5% do valor da causa.¹⁵⁴⁷ Consideremos, por fim, que essa multa só será imposta caso o litigante sucumba ao final do processo.¹⁵⁴⁸ Isso ocorre com 50% de chances quando ambas as partes adotam postura não cooperativa e com apenas 30% quando apenas uma das partes atua dessa forma.

Nesse cenário, podemos definir os *payoffs* de cada par de estratégia de acordo com o *valor esperado do processo* para cada uma das partes, como segue:

- i. Quando autor e réu cooperam (C/C), as chances de vitória são idênticas, e não há qualquer punição à litigância de má-fé. Assim sendo, o *payoff* do autor será de R\$50mil, e o do réu de -R\$50mil.

¹⁵⁴⁶ Deixaremos de lado as tecnicidades e usaremos essas expressões como sinônimas. No próximo capítulo voltaremos às questões técnicas.

¹⁵⁴⁷ As punições previstas pelo art. 81 do CPC, incluem multa entre 1% e 10% do valor da causa, além de indenização à parte contrária pelos prejuízos efetivamente sofridos, e de pagamento de honorários advocatícios (o que naturalmente ocorreria em caso de sucumbência) e de despesas efetuadas (que também já decorreria da sucumbência).

¹⁵⁴⁸ Sucumbência que decorreu exatamente da *revelação* de seu comportamento mentiroso, possivelmente por prova produzida pela parte contrária. Por isso as chances de punição são maiores no caso de derrota.

- ii. Quando o autor não coopera e o réu coopera (D/C), as chances de vitória do autor sobem para 70%, com chances de 30% de punição de 5% sobre o valor da causa. Nesse caso seu *payoff* será de R\$68.500.¹⁵⁴⁹ Já o *payoff* do réu cooperativo cairá para -\$70.000.¹⁵⁵⁰
- iii. Quando o autor coopera e o réu não coopera (C/D), as chances de procedência caem para 30%, e o réu sofre a possibilidade de ser multado em 5% do valor da causa com 30% de chances. Aqui, o *payoff* do autor será de R\$30.000,¹⁵⁵¹ e o do réu será de -R\$31.500.¹⁵⁵²
- iv. Quando ambas as partes adotam postura não cooperativa (D/D), as chances de procedência voltam a 50%, mas cada uma delas enfrenta a possibilidade de multa de 5% do valor da causa com a mesma probabilidade. Portanto os *payoffs* alteram-se para R\$47.500 para o autor¹⁵⁵³ e -R\$52.500 para o réu.¹⁵⁵⁴

Colocando essas estratégias e seus respectivos *payoffs* em uma matriz simples, teríamos a seguinte configuração:

Tabela 12 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -31.500
Autor não coopera	68.500 ; -70.000	47.500 ; -52.500

De uma simples análise dos incentivos em jogo, exsurge um ineficiente equilíbrio de Nash, mutuamente não cooperativo, no canto inferior direito da tabela.

É que, caso o autor opte por cooperar, a melhor resposta para o réu será não cooperar. Isso porque o réu preferirá um *valor esperado* de -R\$31.500 ao invés de -R\$50mil. De outro lado, caso o autor não coopere, melhor será para o réu não cooperar também. É que, nesse caso, ele preferirá um *valor esperado* de -R\$52.500 ao invés de -R\$70mil.

¹⁵⁴⁹ $V_a = 0,7(100.000) - 0,3(0,05 \times 100.000) = 70.000 - 0,3(5.000) = 70.000 - 1.500 = 68.500$

¹⁵⁵⁰ $V_r = 0,7(-100.000) = -70.000$

¹⁵⁵¹ $V_a = 0,3(100.000) = 30.000$

¹⁵⁵² $V_r = 0,3(-100.000) - 0,3(0,05 \times 100.000) = -30.000 - 0,3(5.000) = -30.000 - 1.500 = -31.500.$

¹⁵⁵³ $V_a = 0,5(100.000) - 0,5(0,05 \times 100.000) = 50.000 - 2.500 = 47.500$

¹⁵⁵⁴ $V_r = 0,5(-100.000) - 0,5(0,05 \times 100.000) = -50.000 - 2.500 = -52.500$

Assim, para o réu, independentemente da estratégia adotada pelo autor, a melhor resposta será sempre não cooperar. Essa é, portanto, sua *estratégia dominante*.

Como é fácil de perceber, o mesmo ocorrerá com o autor, que preferirá não cooperar mesmo que o réu coopere, quando então terá valor esperado de R\$68.500 em vez de R\$50mil, mantendo a mesma postura no caso de não cooperação do réu, quando então preferirá R\$47.500 a R\$30mil.

O exemplo mostra claramente que a estrutura dos *payoffs* reproduz um *dilema do prisioneiro*, no qual as estratégias em equilíbrio são sempre não cooperativas. Nota-se facilmente que o par de estratégias mais eficiente é o da mútua cooperação (quadrado superior esquerdo). Esse é o único dos quatro pares de estratégia no qual a soma dos *payoffs* não resulta em um valor negativo (em verdade, resulta em *zero*).

De outro lado, o equilíbrio encontrado (canto inferior direito) é o mais ineficiente dos pares da matriz. Aqui, ao invés de *zero* ou -1.500 , a soma dos *payoffs* é negativa em 5mil!

Esse valor de R\$5mil espelha apenas parte do *custo social* da litigância de má-fé em nosso exemplo. A ele devem-se somar os custos da dilatação do tempo do processo, dos atos processuais que por conta da litigância tiveram de ser praticados e das refrações causadas à trilha de busca da verdade que o processo deve seguir.

Nenhum desses custos existiria caso a estratégia mutuamente cooperativa fosse adotada.

No capítulo 5, vimos que o único caminho para a busca de uma solução eficiente no dilema do prisioneiro é a sua repetição indeterminada com alta probabilidade de existência de jogadas futuras.

Já no nosso exemplo, tudo o que se tem é um único processo, com mínimas possibilidades de que essas partes estejam frente a frente no futuro. Em conclusão, ao menos dentro da estrutura de *payoffs* do nosso exemplo, assumindo por enquanto¹⁵⁵⁵ a premissa do comportamento racional das partes, o comportamento cooperativo no processo como um todo é matematicamente impossível.

Isso ocorre por um motivo muito claro, que já foi detectado no início deste capítulo: *os benefícios da litigância de má-fé são superiores à punição esperada para essas condutas*.

Note-se: no nosso exemplo, a litigância de má-fé aumentava em 20% as chances de vitória, mas implicava custos de apenas 5% sobre a mesma base de cálculo (valor da causa/da condenação), com chances de 30%, caso a outra parte mantivesse a postura cooperativa. Em outras palavras, confronta-se um benefício de 20% contra uma perda de 1,5% sobre a mesma

¹⁵⁵⁵ Os ajustes da economia comportamental serão acoplados no capítulo 9, seção 9.6.

base de cálculo.¹⁵⁵⁶ *O benefício é mais de 10 vezes maior do que a punição.* Aqui, a cooperação é um sonho infantil!

Fixado o cenário acima, há ainda outras considerações importantes.

Para que a punição por litigância de má-fé possa ser efetiva, ela precisa gerar consequências negativas em montante superior aos benefícios divisados pelo litigante.

Como vimos no nosso exemplo, algumas das condutas típicas do art. 80 só serão detectadas em caso de derrota do litigante de má-fé. Outras, no entanto, podem ser percebidas de plano, como é o caso de *opor resistência injustificada ao andamento do processo* (art. 80, IV), *provocar incidente manifestamente infundado*, ou deduzir pretensão ou defesa contra texto expreso de lei ou fato incontroverso.

Assim, não é difícil imaginar, ao menos em tese, que uma determinada parte possa ser condenada várias vezes por litigância de má-fé dentro do mesmo processo. É o caso, por exemplo, em que vários recursos protelatórios são apresentados em diferentes momentos processuais.

Além disso, havendo danos à outra parte, a parte defectiva deve ser condenada a indenizar o prejuízo, dependendo essa condenação de prova do dano extraprocessual.¹⁵⁵⁷ O fato de essa prova poder ser realizada no próprio processo,¹⁵⁵⁸ bem como a efetiva execução desses valores, que podem ser arbitrados ou liquidados pelo procedimento comum, é medida bastante efetiva.

Por fim, é preciso lembrar que parte das condutas do art. 80 configura também *ato atentatório à dignidade da justiça* (art. 77, IV e VI, do CPC/2015). Nesses casos, o juiz pode fixar uma nova multa *ao responsável, de até 20% sobre o valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta*, sem prejuízo de outras sanções cíveis, criminais e processuais cabíveis.¹⁵⁵⁹

A norma parece, à primeira vista, bastante rigorosa. Ela seria capaz, por exemplo, de elevar a sanção total para 30% do valor da causa, sem que seja necessária a demonstração de dano extraprocessual à parte contrária. Veremos, em breve, que a realidade é um pouco diferente.

¹⁵⁵⁶ Isso porque $5\% * 30\% = 1,5\%$.

¹⁵⁵⁷ Ainda que se entenda que a multa e a indenização têm natureza distintas, especificamente a indenização pelos prejuízos extraprocessuais sempre demandará prova do dano pelo prejudicado. MILMAN, Fábio. **Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**, Rio de Janeiro, Forense, 2009 p. 223

¹⁵⁵⁸ BENEDUZI, Renato, op. cit. p. 111.

¹⁵⁵⁹ É que as multas têm natureza distinta. Enquanto a *contempt of court* tutela os interesses do estado na boa administração da justiça, a multa do art. 81 é uma compensação as danos causados à contraparte. Nesse sentido. BENEDUZI, op. cit. p. 103

8.2.2 Dificuldades na busca dos incentivos adequados

Existem alguns problemas práticos e teóricos para que as normas punitivas à litigância de má-fé e ao abuso do direito de ação produzam incentivos adequados ao comportamento cooperativo dos atores processuais. Além disso, doutrina e jurisprudência, muitas vezes, adotam possibilidades interpretativas que enfraquecem ainda mais aqueles incentivos.

Passaremos a arrolar esses problemas com breves comentários, concluindo ao final.

8.2.2.1 Premissa não punitiva e exigência do elemento subjetivo

Existe, ainda que de forma implícita, uma premissa *não punitiva* da litigância de má-fé e do abuso do direito processual em países de *civil law*.¹⁵⁶⁰

Há, nas palavras de Menezes Cordeiro, um excesso de *garantismo* nos diversos países europeus, ligado até mesmo à chamada *culpa alemã*, subsequente à queda do III Reich. “No imaginário legislativo, há que proteger as pessoas das medidas tomadas pelo poder, neste se incluindo os tribunais.”¹⁵⁶¹ As duas gravíssimas consequências do *garantismo*, arremata o mestre português, são a “astúcia das partes” e a “timidez do Tribunal”.¹⁵⁶²

Com efeito, ainda que o CPC/2015 tenha recebido, no tema, influência de três escolas diferentes,¹⁵⁶³ toda a tradição cultural dos tribunais e da doutrina é europeia continental, de modo que é de se esperar pouco rigor no que concerne às punições, seu alcance e sua magnitude.

Uma rápida pesquisa na nossa jurisprudência revela relevo absoluto à dimensão subjetiva da litigância de má-fé, com penas que muito dificilmente superam a multa mínima de 1% sobre o valor da causa e com a exigência de demonstração de dolo ou culpa. É bem verdade

¹⁵⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, Antônio, op. cit. p. 13. A doutrina brasileira mostra uma explícita preocupação de proteção do direito ao contraditório e à ampla defesa, temendo os arranjos que um sistema punitivo rigoroso poderia causar. Nesse sentido, Dinamarco, para quem: *não é lícito levar o dever de lealdade a níveis extremos que prejudiquem a ‘efetividade do contraditório e a ampla defesa’*, DINAMARCO, Cândido Ragel, **Instituições de direito processual civil, Vol. II**, São Paulo: Malheiros ED. 2016. p 313. Segundo Flávio Luiz Yarshell, o dever colaborativo das partes na investigação da verdade no processo *não pode e não deve se desvirtuar em justificativa para proliferação de sanções por litigância de má-fé*. YARSHELL, Flávio Luiz, *Curso...* op. cit. p. 111. Indo além e advogando uma “aura de tolerância” decorrente das “elevadas virtudes do magistrado”, assevera Grecco: que a *sanção ao litigante de má-fé sempre soaria como uma descabida censura do juiz à conduta do advogado, que definiu a estratégia defensiva do seu cliente*. GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, vol. I, 1999, p. 293.

¹⁵⁶¹ Idem.

¹⁵⁶² Idem.

¹⁵⁶³ Enquanto a repressão à má-fé subjetiva é da tradição lusitana, a jurisprudência alemã desenvolveu, como já vimos, a partir da prática, grupos de casos de violação aos deveres de boa-fé objetiva. Já a *contempt of court* tem clara inspiração no *common law*. BENEDUZI, op. cit. P. 84-85.

que essa jurisprudência se construiu nas fundações do CPC/1973, mas a tendência não punitiva é muito clara.¹⁵⁶⁴

O próprio STJ, muitas vezes, sequer aprecia o tema, invocando a impossibilidade de revisão de matéria fática prevista no verbete n. 7 de sua súmula de jurisprudência. Quando o faz, não é incomum a descaracterização da má-fé com base no argumento de *mero equívoco na interpretação do direito pela parte*¹⁵⁶⁵ ou na *utilização de recurso previsto em lei*¹⁵⁶⁶ pelo impugnante.

Por fim, a exigência do elemento subjetivo (dolo ou culpa) para a configuração de litigância de má-fé é uma constante da jurisprudência do STJ,¹⁵⁶⁷ razão pela qual a interposição de recursos tende a ser considerada protelatória apenas com muitas reiterações.¹⁵⁶⁸

Boa parte da doutrina, mesmo já na vigência do CPC/2015, ainda exige a verificação do dolo para a caracterização das condutas dos arts. 77 e 80 e aplicação das penas dos arts. 77, § 2º, e 81.¹⁵⁶⁹

Sem juízo de valor a respeito do acerto dogmático dessa postura, o certo é que ela dificulta a condenação por litigância de má-fé.¹⁵⁷⁰

¹⁵⁶⁴ STJ, AgInt no AREsp 674667/DF, 3a. Turma, Rel. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 25/04/2017, Dje. 11/05/2017; STJ, AgInt no AREsp 698725 / SC, 4a. Turma, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 17/08/2017, DJ 22/08/2017; STJ, AgInt nos EDcl no AREsp 1042353 / SP, 2a. Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, j. 15/08/2017, DJ 21/08/2017.

; STJ, AgRg no AI n. 1.139.232/PR, 4a Turam, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 21.05.2009, DJ. 16.06.2009; Inclusive, obter *dictum*, em sede de julgamento de recurso repetitivo: STJ REsp 1135563 / PR, Segunda Seção, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, J. 12/06/2013, DJe. 17/06/2013.

Todavia, a possibilidade de cumulação da multa prevista no art. 538 do CPC/73 com a do art. 18p.2. foi admitida em julgamento de recurso especial repetitivo. Tema 507 - REsp 1250739 / PA, Corte Especial, Min Mauro Campbell Marques, J. 04/12/2013; DJe 17/03/2014

¹⁵⁶⁵ STJ, AgInt no REsp 1664348 / TO, 3a. T. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 22/08/2017, Dje. 04/09/2017.

¹⁵⁶⁶ É o que ocorre frequentemente nos casos de embargos de declaração apresentados claramente fora das hipóteses legais. Via de regra, ressalvados casos de intensa reiteração, o STJ entende tratar-se de mero exercício do direito de recorrer com a utilização de recurso previsto no ordenamento. Por todos: STJ, EDcl no AgRg no REsp 1401913 / SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, J. 22/08/2017, DJe 06/09/2017.

¹⁵⁶⁷ AgRg no Resp. 1374761/MS, 4a. Turma, Rel. Min. Raul Araújo, j. 20.02. 2014, DJe. 26.03.2014.

¹⁵⁶⁸ Todavia, é bem verdade que a Corte Especial do STJ decidiu que a imposição da multa do art. 538 do CPC/73 *precinde da caracterização de culpa grave ou dolo por parte do recorrente*, diferente do que faz o art. 18, com referência à cláusula genérica do art. 17, VII, daquele diploma.

¹⁵⁶⁹ CAMARA, Alexandre Freitas, **O novo processo civil brasileiro, 2a ed. Atlas, São Paulo, 2016** p. 67); ASSIS, Araken de. op. cit. p. 320-322. DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de direito processual civil, Vol. II**, São Paulo: Malheiros,. 2016. p. 304,311,312,314,319. Dinamarca chega a adjetivar de *pitoresca a condenação em litigância de má-fé sem dolo* (p. 314.); GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A dedução de pedido ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso como hipótese de litigância de má-fé e a concessão da tutela provisória de evidência. Revista de Processo, vol. 264/2017. Págs. 127-154; SILVA, Bruno Freire e MAZZOLA, Marcelo. **Litigância de má-fé no Novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do Advogado**. Revista de Processo, vol. 264/2017. Págs. 51-81.

¹⁵⁷⁰ Humberto Theodoro Jr reconhece essa dificuldade, ainda que adira à exigência do elemento subjetivo para a maioria das condutas tipificadas no CPC/73: “Há porém situações em que se torna difícil configurar o dolo, e, por isso, o legislador omitiu a referência à intensão do agente autorizando a presunção de má-fé a da análise a partir da análise objetiva da ocorrência.” THEODORO JÚNIOR, Humberto, **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**, Rio de Janeiro, Ed.Forense, 1999, p. 47.

É o caso, por exemplo, das condutas do art. 77, IV e VI. De acordo com o § 1º do mesmo dispositivo, o juiz deverá *advertir* que aquela conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da Justiça. A exigência do elemento subjetivo cria aqui a interpretação de que, aconteça o que acontecer, só haverá dolo — e, portanto, possibilidade de punição — se, *após praticada a conduta*, o juiz advertir o agente e ele, ainda assim, insistir em seus propósitos.¹⁵⁷¹

Outro exemplo é o caso da interposição de recurso *manifestamente protelatório* (art. 80, VII). Como vimos, dificilmente a jurisprudência sanciona essa conduta, mesmo que os argumentos recursais sejam estapafúrdios e que o recurso seja interposto fora das hipóteses de cabimento.

É o caso dos embargos de declaração, que ocupam hoje boa parte da pauta dos colegiados.¹⁵⁷² A jurisprudência considera-os protelatórios apenas nos casos de múltiplas reiterações, talvez como forma de comprovar o *elemento subjetivo*. Não por outra razão, é rara a aplicação da pena do art. 1.026, § 2º, para os casos de interposição de embargos de declaração com efeitos infringentes,¹⁵⁷³ prática absolutamente cotidiana no foro.

É emblemático o caso em que os embargos de declaração foram reiterados por três vezes, sempre com as mesmas razões. Considerando a litigância de má-fé apenas na terceira reiteração (o que já nos parece equivocado), a Corte Especial do STJ limitou-se a inadmiti-los, *poupando* o embargante da condenação na multa que daí deveria decorrer.¹⁵⁷⁴

Também para os casos de *provocação de incidente manifestamente infundado* tem-se exigido a reiteração.¹⁵⁷⁵

Ao diminuir a probabilidade de punição, a *sanção esperada* em caso de litigância diminui na mesma proporção.

Voltando ao nosso exemplo, havíamos arbitrado a sanção ao litigante desleal em 5% sobre o valor da causa, já consideradas todas as penalidades. Tratamos de duas hipóteses. Em uma, as chances de condenação por litigância de má-fé eram de 50%; na outra, de apenas 30%. Com isso, o *valor esperado* da sanção caía, respectivamente, para 2,5% e 1,5% do valor dado à causa.

¹⁵⁷¹ BENEDUZI, op. cit. p. 87

¹⁵⁷² Araken de Assis, op. cit. p. 290-291

¹⁵⁷³ *Idem*, p. 291.

¹⁵⁷⁴ STJ, MS 20873 / RS, Min. Laurita Vaz, Corte Especial, J. 05/11/2014. DJ 27/11/2014.

É bem verdade que, em outro caso e por órgão fracionário, o STJ, **após a quarta reiteração** dos embargos de declaração, aplicou a multa de 1% (que era o valor permitido no CPC/73, cumulada com indenização à parte contrária no valor máximo (20% sobre o valor da causa). EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 231704 / CE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4a. Turma, J. 20/08/2015, dj 28/08/2015.

¹⁵⁷⁵ STJ, RDCESP nos EDcl nos EDcl nos EDcl no Ag 1064454/SP, rel. Min. João Otávio de Noronha, 4a. T, j. 28.09.2010.

Mesmo com improváveis condenações em 20% sobre o valor da causa (o que certamente só ocorreria em caso de diversas reiteraões de condutas desleais, quando então o prejuízo ao processo já estaria de há muito configurado), exigir o elemento subjetivo em todos os casos do art. 77 e do art. 80 derrubaria em muito a *possibilidade média* de condenação do litigante. Imaginando essa possibilidade em otimistas 10%, o *valor esperado* da sanção para esse litigante seria de meros 2% sobre o valor da causa, o que, confrontado com os benefícios que ele acredita retirar dessa postura, dificilmente fornecerá os incentivos aptos a obstar esse comportamento.

8.2.2.2 Dificuldades executivas das multas devidas ao Estado

Em muitos casos, a multa por ato atentatório à dignidade da Justiça, mesmo que imposta com rigor, será inexecutável. Explica-se.

Ao longo de todo o CPC/2015, e principalmente nos arts. 77, § 2º, e 774, parágrafo único, estão previstas multas à prática de atos atentatórios à *dignidade da Justiça*¹⁵⁷⁶ (*contempt of court*). A multa em questão será devida ao Estado,¹⁵⁷⁷ pois o que se tutela nesses casos é exclusivamente o interesse público na administração da Justiça. Isso implica que os valores da multa deverão ser cobrados por execução fiscal.¹⁵⁷⁸

Execuções fiscais, como vimos, são caríssimas e representam o maior *gargalo* da Justiça brasileira, conforma detectou o IPEA, em 2013,¹⁵⁷⁹ e o CNJ, no relatório de 2016,¹⁵⁸⁰ ambos já referidos.

Como visto, o custo médio de uma execução fiscal na Justiça Federal no ano de 2013 era de R\$4.685,39,¹⁵⁸¹ o equivalente a R\$6.087,51,¹⁵⁸² em números atuais.

Não havendo razões para que esses valores sejam inferiores no âmbito da Justiça estadual, é de ver-se que, na maior parte dos casos, a cobrança da multa apenas agravaria os danos já causados ao Estado e à sociedade.

¹⁵⁷⁶ É o caso dos arts. 161, parágrafo único, 334, p. 8o, 777, 903, p. 6o,

¹⁵⁷⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de processo civil comentado*, 3a. ed. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 160.

¹⁵⁷⁸ ARRUDA ALVIM, Teresa et. al. **Primeiros comentários**, op. cit., p. 155

¹⁵⁷⁹ IPEA, em 2013

¹⁵⁸⁰ CNJ, no relatório de 2016

¹⁵⁸¹ Op. cit. p. 309

¹⁵⁸² Atualizado pelo IGP-M, até janeiro de 2018, através da *Calculadora do Cidadão*, disponibilizada no sítio do Banco Central do Brasil, <https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAOPublico/corrigirPorIndice.do?method=corrigirPorIndice> acesso em 15 de setembro de 2017.

Nessa linha, apenas valores superiores ao verdadeiro custo da execução fiscal deveriam ser efetivamente executados. Não por outra razão, como visto, desde 2012 a PGFN optou por executar apenas valores superiores a R\$20mil.

Nessa ordem de ideias, pode-se concluir que, ao menos no âmbito da Justiça Federal, a maior parte das multas impostas a atos atentatórios à dignidade da Justiça simplesmente nunca será executada.

Em termos econômicos, é possível afirmar que, nesses casos, o *valor esperado da multa* será zero, o que praticamente *anula* os incentivos à litigância digna e proba.

Um caso clássico de ineficiência quase absoluta é a multa prevista para o não comparecimento da parte à audiência de mediação ou conciliação (art. 334, § 8º). Glosada no teto de 2% sobre o valor dado à causa, essa multa muito dificilmente atingirá valores dignos de cobrança em execução fiscal. Só para ter-se uma ideia, para ficar acima de R\$20mil, o valor dado à causa teria de superar R\$1 milhão.¹⁵⁸³

Outro problema grave de inexecuibilidade da multa ocorre nas hipóteses em que o ato atentatório foi praticado pelo advogado público, representante de algum ente público no processo. Nessas hipóteses, devido à *confusão* existente entre credores e devedores, os valores não serão executados, independentemente do seu montante. As consequências são perniciosas.

É plausível que, em razão dessa mecânica, encontre-se maior incidência média de litigância de má-fé na atuação do poder público como parte.¹⁵⁸⁴

Além disso, considerando que o poder público é o *campeão brasileiro da litigância*,¹⁵⁸⁵ muito provavelmente a maior parte dos atos praticados em violação à dignidade da Justiça ficará impune e sem conraincentivos, ao menos nos casos em que haja coincidência da esfera federativa litigante com o ramo da Justiça em que se litiga.

8.2.2.3 Tipificação dos casos de litigância de má-fé e abuso do direito de litigar

A exigência de tipificação estrita para as hipóteses de litigância de má-fé também dificulta sua caracterização, com evidente influência no valor da *multa esperada*.

¹⁵⁸³ $0,02(1.000.000) = 20.000$.

¹⁵⁸⁴ É o sentir de DINAMARCO, quanto à interposição de recursos protelatórios, muitas vezes desafiando jurisprudência vinculante das Cortes Superiores. Op. cit. p. 309.

¹⁵⁸⁵ *Os 100 maiores litigantes* - Relatório CJN-2011, disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf>, acesso em 13/06/2017; *O uso da justiça e o litígio no Brasil*. SADEK, Maria Teresa (Coord. Científica). Disponível em <https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justica-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>, acesso em 13/06/2017. P. 11

Perante a legislação anterior, era comum esse entendimento,¹⁵⁸⁶ atraindo para o processo uma abordagem próxima do direito penal, dificultando a qualificação do ilícito processual.¹⁵⁸⁷

É o caso, por exemplo, daquele que deduz pretensão contra precedente vinculante. Considerando que o art. 80 do CPC/2015 considera litigante de má-fé apenas quem deduz *pretensão ou defesa contra texto expresso de lei*, esse posicionamento não deixaria qualquer margem de punição a esse comportamento.¹⁵⁸⁸

8.2.2.4 Indisposição do juiz para aplicação das sanções devidas

É dever do juiz determinar todas as medidas coercitivas necessárias ao cumprimento de ordem judicial (art. 139, IV), bem como *prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça e indeferir postulações meramente protelatórias*.¹⁵⁸⁹

Todavia, apesar da clara disposição do ordenamento em conferir ao magistrado o poder/dever de combater a litigância de má-fé e o abuso de direitos processuais, é preciso avaliar os incentivos presentes no sistema para que o juiz assim proceda.

O tema dos incentivos judiciais é praticamente ignorado na doutrina brasileira.¹⁵⁹⁰ Com efeito, todos os autores que tratam dos deveres do juiz desconsideram que, na ausência dos incentivos corretos, não se pode contar com um padrão de conduta cooperativo por parte do magistrado.

Desenvolvemos esse assunto na seção 7.3, quando apresentamos a *função de utilidade do magistrado* para estudar os incentivos cooperativos no que respeita à aderência aos precedentes vinculantes. Remetendo-nos às considerações lá apresentadas, lembramos a premissa de que o juiz, assim como os demais agentes do processo, atuará de acordo com uma ponderação intuitiva de custos e benefícios dos seus atos.

A chamada *função de utilidade do magistrado* ajuda a ponderar os custos e benefícios presentes para o juiz em diversas hipóteses, indicando para onde pendem os incentivos predominantes. Retomemos, portanto a *função* criada por Richard Posner:

¹⁵⁸⁶ Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante, op. cit. p. 363; FADEL, Sérgio Sahione, *Código*, P. 83; NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria, *Código* p. 371. Mas mesmo nos escritos após a vigência do CPC/2015, encontra-se entendimento semelhante. É o caso de Araken de Assis, que inclusive critica a utilização autoritária de conceitos jurídicos indeterminados pela técnica legislativa. op. cit. p. 276.

¹⁵⁸⁷ O problema foi bem percebido por ALVIM, Teresa Arruda, et. al. Op. cit., p. 157

¹⁵⁸⁸ O exemplo sobre a dificuldade de tipificação desse caso é trazido por DINAMARCO. Op. Cit. p. 306-307.

¹⁵⁸⁹ Araken de Assis, op. cit. p. 322.

¹⁵⁹⁰ Mas Araken de Assis diagnostica a *relutância dos tribunais*, ainda que não indique sua causa. Op. cit., p. 290.

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

Passemos à análise da *utilidade* de uma postura mais punitiva por parte do magistrado.

A postura punitiva do juiz tende a evitar novas condutas protelatórias em um determinado processo, aumentando a efetividade de suas decisões. Eleva-se assim sua utilidade em *S* e em *EXT*. Com efeito, exercendo mais poderes, o juiz aumenta a *utilidade* retirada no *exercício da profissão (S)*, bem como seu *prestígio perante a sociedade (EXT)*.

Por outro lado, esse efeito positivo pode ser negativamente compensado pelo gasto de tempo gerado com a fundamentação analítica dessas decisões, que lhe retira horas de lazer, e com os aborrecimentos advindos de uma relação ruim com os advogados.¹⁵⁹¹

No primeiro caso, é nítida a diminuição de utilidade em *L*, já que, para punir, o juiz precisa apresentar decisão fundamentada.¹⁵⁹²

Alguém poderia argumentar que esse *tempo perdido* seria compensado pela maior rapidez dos processos em que as partes se comportam de maneira proba. Isso pode realmente ocorrer, mas é mais provável que esses efeitos sejam percebidos apenas de forma sistêmica, e não por um magistrado individual em um processo individual.

Em outras palavras, esse efeito sistêmico (*externalidade positiva*), que depende da postura punitiva de todos os juízes, não é captado diretamente pelo juiz no processo em que foi imposta a sanção.

O problema reputacional certamente gera impacto na utilidade do juiz. Nesse ponto entra em cena o arquétipo do *homem cordial*, por nós estudado na seção 7.5..

Como vimos, em terras brasileiras, a subjetividade *patrimonialista* impede a *impessoalidade das relações profissionais*. O brasileiro tende a buscar conforto na simpatia angariada pelo trato *lhano* e *permeável*.¹⁵⁹³ A postura punitiva gera atritos totalmente incompatíveis com as *delícias da cordialidade*.

Obviamente, a punição por litigância de má-fé ou por abuso dos direitos processuais demanda o esforço de afastar a cordialidade em prol de uma postura impessoal.

O impacto desse tipo de *desconforto na utilidade* do juiz direciona-se para *S* e *EXT*, competindo com a utilidade gerada pelo aumento de poder.

¹⁵⁹¹ Os dois aspectos foram recentemente percebidos por Márcio Carvalho Faria. FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2017. P. 353-354.

¹⁵⁹² STJ, AgInt no AREsp 993261 / MS, Rel, Min Marco Aurélio Bellizze, 3a Turma, J. 17/8/2017, DJe 30/08/2017

¹⁵⁹³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**, 27a. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 176

Em consequência, ainda que essa não seja uma análise exata, é possível perceber que os incrementos de utilidade gerados pela postura punitiva são compensados pela diminuição de utilidade acima explicada, exatamente nas mesmas variáveis *S* e *EXT*. Todavia, a diminuição de utilidade decorrente do aumento de trabalho exigido para a produção de decisões fundamentadas em *L* continua presente, sem qualquer tensão em sentido contrário.

Em resumo, os incrementos de utilidade em *S* e *EXT* são subtraídos, mas nada se adiciona à perda de utilidade em *L*. Nesse cenário, a depender da intensidade daquela subtração, é bem possível que a *conta final de utilidade* seja negativa. Traduzindo em números, digamos que o aumento de poder e prestígio impliquem acréscimos de uma unidade de utilidade em *S* e de uma unidade em *EXT*, ao mesmo tempo em que a diminuição do tempo de lazer retire uma unidade em *L*. Assuma-se agora que o aborrecimento e o desconforto gerado pela postura *pouco cordial* subtraia aquelas mesmas unidades de utilidade de *S* e de *EXT*. Nesse caso, teríamos, como resultado final, a volta às utilidades iniciais de *S* e *EXT*, e utilidade negativa em uma unidade em *L*. Em consequência, a postura predominante do juiz diante de um caso de litigância de má-fé seria de leniência.

Obviamente, não podemos provar a exatidão desses cálculos. Todavia, a tendência claramente não punitiva da jurisprudência¹⁵⁹⁴ é um indício da probabilidade de que os incentivos caminham realmente nessa direção.

Esse é um problema grave, pois, ainda que as penas por litigância de má-fé fossem altas o suficiente para impulsionar o comportamento cooperativo, a postura permeável dos juízes diminuiria o *valor esperado da punição*, reduzindo na prática aqueles incentivos e colaborando para a predominância do comportamento não cooperativo.

8.2.2.5 *Agency problems* e a (i)responsabilidade dos advogados

Vimos até aqui que o (des)incentivo à litigância desleal, se existe, volta-se principalmente às partes no processo, já que sobre elas recairão as sanções respectivas.

Todavia, é pouco provável que indivíduos que não sejam do meio jurídico saibam o que venha a ser *litigância de má-fé* ou *abuso de direito processual*. É mais plausível que eles sequer conheçam o significado de cada uma das palavras que compõem essas duas expressões.

¹⁵⁹⁴ Com foco no CPC/73, o STJ tem diversos julgados no sentido de restringir a condenação em litigância de má-fé, exigindo, para tanto, o preenchimento de **três requisitos**: (i) que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses **taxativamente** elencadas no art. 17 daquele código; (ii) que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5o., LV); (iii) que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa. Sobre os requisitos, ALVIM, Teresa Arruda et. al. Op. cit. p. 157

A verdade que se desnuda, então, é a de que a conduta que realmente se quer regular no processo, que de fato quer-se seja cooperativa, é a dos advogados. São eles que têm capacidade postulatória e é deles a decisão final no desenho da litigância.

Como atribuir às partes, por exemplo, a postura de *deduzir defesa contra texto expresso da lei*? Ou mesmo de *interpor recurso manifestamente protelatório*?

Ainda que possam advir diretamente das partes algumas indignidades importantes como *descumprir decisão judicial* (art. 77, IV) ou praticar atentado (art. 77, VI), é improvável que aquelas improbidades tipicamente processuais, ou seja, não vinculadas diretamente ao pretenso direito material, procedam das partes e não, predominantemente, da vontade dos advogados.¹⁵⁹⁵

Ocorre que a lei é clara na impossibilidade de qualquer das multas ser aplicada aos advogados, sejam eles públicos ou privados.¹⁵⁹⁶ É exatamente neste ponto que surgem novamente os *problemas de agência*, dos quais tratamos quando analisamos as divergências de incentivos entre partes e advogados na decisão de propositura da ação. Naquele momento, identificamos os tipos de incentivos gerados pela *estrutura* dos honorários advocatícios no Brasil. Agora, é preciso verificar em que medida a litigância de má-fé pode gerar esse tipo de divergência.

Resgatemos o exemplo utilizado na seção 8.2.1, bem como a respectiva matriz de *payoffs* para as partes.

Tratava-se de uma ação em que o autor buscava uma condenação de R\$100mil, com 50% de chances de vitória. Essas chances iriam a 70% em caso de litigância de má-fé, mas se reduziriam aos mesmos 50% se o adversário também litigasse de má-fé.

Calculando as penas de eventual condenação em litigância de má-fé em 5% sobre o valor da causa, e vinculando a probabilidade dessa condenação às chances de vitória na ação, desenhamos a matriz de *payoffs* da tabela 12, que agora reproduzimos:

¹⁵⁹⁵ O problema é percebido por Fábio Milman, para quem essa é uma das principais modificações necessárias à eficiência do sistema. Op. cit. P. 53 e 295.

Sobre o tema é curiosa a análise de Dinamarco. O mestre identifica bem que muitas vezes a parte nada tem que ver com a postura ilícita do advogado. Todavia, daí decorreria o acerto do legislador em punir apenas pecuniariamente à parte, mantendo-se intactos seus direitos processuais Op. cit. p. 311. Data máxima vênua, essa solução encarta simultaneamente dois problemas: ao punir pecuniariamente a parte, não se gera o incentivo necessário ao advogado. Ao manterem-se intactos os direitos processuais da parte, incentiva-se o advogado a prosseguir com esse estilo de litigância, pois ele “ainda pode vencer”, fazendo jus aos honorários sucumbenciais.

¹⁵⁹⁶ Art. 77, § 6o. Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2o a 5o, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará;

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé [...]. O STJ é unânime em afirmar que *litigante* é somente a parte, jamais o advogado. Por todos, (Resp 1173848/RS, 4.ª Turma, Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO, DJe de 10/05/2010)

Tabela 13 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015: novo exemplo

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -31.500
Autor não coopera	68.500 ; -70.000	47.500 ; -52.500

Como seria essa matriz, considerando apenas os *payoffs* dos advogados?

Vamos imaginar um primeiro cenário em que os advogados tenham *zerado* todos os seus *custos administrativos* com os *honorários contratuais*, e busquem agora somente os honorários sucumbenciais, que serão fixados em 10% sobre o valor da causa ou da condenação.

Nesse caso, o *valor esperado* do processo para o advogado (V_{adv}) será sempre a multiplicação do valor da causa/condenação por 10% e pela possibilidade de vitória.

Assim, por exemplo, caso ambos cooperem e as chances de vitória sejam de 50% para cada lado, esse valor será, para ambos os advogados, de R\$5mil, porque $V_{adv} = 0,10\{0,5(100.000)\} = 0,10\{50.000\} = 5.000$.

Ocorre que, se o advogado do autor litigar de má-fé, as chances de vitória irão a 70%, de modo que seu valor esperado sobe agora para R\$7mil. O mesmo ocorre se apenas o advogado do réu litigar de má-fé. Caso ambos o façam, como as chances de vitória voltam para 50%, o valor dos honorários volta para os R\$5mil para cada advogado.

A matriz dos *payoffs* dos advogados seria então:

Tabela 14 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os advogados) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015: novo exemplo

	Advogado do réu coopera	Advogado do réu não coopera
Advogado do autor coopera	5.000 ; 5.000	3.000 ; 7.000
Advogado do autor não coopera	7.000 ; 3.000	5.000 ; 5.000

Assim como na tabela anterior, o equilíbrio de Nash encontra-se no par de estratégias não cooperativas, disposto no quadrado inferior direito da matriz.

Todavia, aqui, os incentivos não cooperativos são ainda maiores.

Explica-se. *Ao litigar de má-fé, o advogado aumenta suas chances de vencer a causa, sem assumir com isso qualquer risco, visto que as punições não serão a ele direcionadas.* Por isso, mesmo que ambos não cooperem, eles mantêm os *payoffs* que teriam caso cooperassem. Não há nenhuma punição ao comportamento defectivo e ainda há a chance de buscar um *payoff* de R\$7.000. Na pior das hipóteses, caso ambos não cooperem, volta-se ao *payoff* de R\$5.000, valor idêntico ao da postura cooperativa. Insistimos nesse ponto: se o advogado não coopera, seu *payoff* jamais será menor do que quando ele coopera. As únicas chances são que esse valor seja ou maior ou igual ao extraído da postura cooperativa (exatamente porque ele não pode ser punido).

O benefício da litigância ímproba unilateral é imenso, porque eleva as chances de vitória sem imposição de custos no caso de derrota.

Para que tudo fique muito claro, comparemos as duas matrizes:

Figura 40 - Comparação entre os *payoffs* das partes e de seus advogados envolvidos na decisão entre litigar de boa-fé ou litigar de má-fé

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -31.500
Autor não coopera	68.500 ; -70.000	47.500 ; -52.500

	Advogado do réu coopera	Advogado do réu não coopera
Advogado do autor coopera	5.000 ; 5.000	3.000 ; 7.000
Advogado do autor não coopera	7.000 ; 3.000	5.000 ; 5.000

Repare-se como a situação dos advogados não cooperativos é proporcionalmente superior à das partes não cooperativas.

Se os honorários equivalem a 10% do valor esperado para a parte, essa razão deveria reproduzir-se nos quatro quadrantes das duas matrizes quando comparadas. Não é isso o que ocorre, salvo no quadrante superior esquerdo, quando ambos cooperam (pois R\$5mil é 10% de R\$50mil).

Comparem-se, por exemplo, os *payoffs* do jogador 1 nos quadrantes inferiores da matriz (não cooperativos). No quadrante inferior esquerdo, o valor da segunda matriz equivale a 10,22% do valor da primeira.¹⁵⁹⁷ Já no quadrante mutuamente não cooperativo (inferior direito), o valor da segunda matriz devido ao jogador 1 (R\$5mil) equivale a 10,52% do valor da primeira.¹⁵⁹⁸

Isso ocorre, repetimos, porque não há qualquer punição ao advogado não cooperativo, mas conferem-se-lhe os mesmos benefícios que a parte recebe em razão da elevação das chances de vitória.

Em resumo, se para as partes os incentivos cooperativos são reduzidos, para os advogados eles são inexistentes.

Obviamente que se poderia argumentar que a reputação do advogado pode ficar arranhada com a condenação da parte em litigância de má-fé, ou mesmo que o advogado poderá sim ser punido, desde que o juiz comunique o ocorrido à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

No primeiro caso, ainda que possa haver algum risco à reputação, a eventual (des)utilidade dessa postura é diluída em relação à punição direta, até porque, como dissemos, o homem médio, cliente do advogado, dificilmente saberá a diferença entre custas e multa por litigância de má-fé, isso se ele tiver acesso a essa informação (o que pode ocorrer se o juiz determinar sua intimação pessoal).¹⁵⁹⁹

De outro lado, a punição de advogados pelo seu órgão de classe é sabidamente problemática e improvável, o que complica novamente a força dos incentivos.

¹⁵⁹⁷ $\frac{7.000}{68.500} = 10,22.$

¹⁵⁹⁸ $\frac{47.500}{5.000} = 10,52$

¹⁵⁹⁹ No caso dos advogados públicos é ainda mais improvável que isso ocorra, já que o seu *cliente* é o Estado. Mas é claro que a questão reputacional do advogado perante os juízes ou mesmo perante seus colegas deve ter um peso nessa decisão. No capítulo 9 trataremos especificamente das questões comportamentais, atualizando parte dos modelos estudados neste capítulo.

No capítulo seguinte buscaremos alternativas legais e *de lege ferenda* para alterar a estrutura dos incentivos em busca do combate efetivo à litigância de má-fé e da geração de um ambiente cooperativo, ao menos na fase cognitiva do processo.

9 CRIANDO UM AMBIENTE COOPERATIVO NO PROCESSO: INCENTIVOS À LITIGÂNCIA DE BOA-FÉ COMO ESTRATÉGIA PREDOMINANTE

Do até aqui exposto, concluiu-se que o sistema de combate à litigância de má-fé em vigência pouco ou nada pode fazer para gerar incentivos cooperativos na fase cognitiva do processo.

Há, todavia, soluções que podem ser buscadas em possíveis interpretações daquelas normas ou mesmo de *lege ferenda*.

Essas soluções, pensamos, partem de uma premissa: a de que a litigância de má-fé decorre diretamente da violação dos deveres de boa-fé. O ponto-chave para a mudança de abordagem da litigância de má-fé está principalmente no dever de não abusar dos direitos processuais. Nesse ponto, é preciso considerar que “o princípio da boa-fé [...] proíbe atipicamente qualquer abuso de direito processual, que, assim, passa a ser um ‘ilícito processual atípico’”.¹⁶⁰⁰

É desse fundamento que brotam as soluções para correção dos incentivos cooperativos no processo. Instaurada a litigância de boa-fé como estratégia estável das partes (em equilíbrio de Nash), automaticamente o processo torna-se menos custoso, mais preciso e efetivo, gerando contribuição decisiva para o atingimento dos objetivos cooperativos do art. 6º do CPC/2015 e para a superação do cenário de *tragédia da Justiça*.

Passemos ao exame das soluções propostas, suas dificuldades e estratégias de implementação.

9.1 Atipicidade e desnecessidade de elemento subjetivo

Se a boa-fé, em sua feição objetiva, torna ilícitas todas as condutas processuais que contrariem os deveres dela decorrentes, então a configuração da litigância de má-fé (invólucro

¹⁶⁰⁰ DIDIER Jr, Freddie, Op. Cit. p. 126-127. No mesmo sentido da atipicidade do abuso de direito processual, como já vimos: CORDEIRO, Antônio Manual da Rocha e Menezes, OP. CIT. P. p. 97/98. Também Antônio do Passo Cabral defende a atipicidade e a não exigência de prova de elemento subjetivo, ainda que busque seu fundamento não só no princípio da boa-fé, mas, e principalmente, nos deveres gerados pelo próprio princípio do contraditório. CABRAL, Antônio do Passo. **O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva**, Revista de Processo. vol. 126/2005 |p. 59 - 81: Ago / 2005. No mesmo sentido, FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, 2017. P. 291-299.

jurídico dessa ilicitude) independe da prova de qualquer elemento subjetivo e não fica adstrita a hipóteses previamente tipificadas na lei.¹⁶⁰¹

Dizendo de outra forma: *configurado um abuso de direito processual, o juiz deve aplicar as penas decorrentes da litigância de má-fé, independentemente da prova de dolo ou culpa ou da prévia tipificação legal da conduta.*

A ausência de tipificação fechada e da necessidade de comprovação do elemento subjetivo, certamente aumentará a *penalidade esperada* pelo cometimento de ilícito processual, estimulando assim o comportamento cooperativo das partes no processo.

Nesse ponto, duas ressalvas são necessárias: a necessidade de conferir à parte a ser apenada a oportunidade de manifestação e defesa e o fato de que algumas condutas, por natureza, implicam a necessidade de demonstração de elemento subjetivo.

A primeira ressalva decorre da atual configuração do princípio do contraditório, que impede o proferimento de decisões-surpresa (CPC/2015, art. 9º). A segunda advém do reconhecimento inescapável do fato de que o elemento subjetivo é item necessário da definição de determinadas condutas — como, por exemplo, a de faltar com a verdade no processo (art. 80, II).¹⁶⁰²

Da segunda ressalva, no entanto, não decorre a exigência de prova do elemento subjetivo para a punição da conduta de interposição de recurso manifestamente protelatório ou de provocação de incidente manifestamente infundado. Com efeito, “manifestamente” não significa “propositalmente”, mas sim “claramente”, ou seja, de forma contrária à clareza da lei ou da jurisprudência. Assim, por exemplo, pensamos ser totalmente desnecessária a reiteração da interposição de recurso (fora das hipóteses legais ou fundado em tese contrária a precedente vinculante sem o devido *distinguishing*), para que incidam as sanções da litigância desleal.¹⁶⁰³

¹⁶⁰¹ A maior parte da doutrina, todavia, é em sentido contrário, exigindo o elemento subjetivo da conduta. GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A dedução de pedido ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso como hipótese de litigância de má-fé e a concessão da tutela provisória de evidência. *Revista de Processo*, vol. 264/2017. p. 131; SILVA, Bruno Freire e MAZZOLA, Marcelo. **Litigância de má-fé no Novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do Advogado.** *Revista de Processo*, vol. 264/2017. P55; LOPES, João Batista. **O juiz e a litigância de má-fé.** *Revista dos Tribunais*, vol. 740/1007. P. 129; SENNA, Andressa Paula. **O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional.** *Revista de Direito Privado*, vol. 40/2009, p. 13.

¹⁶⁰² Com efeito, rechaçamos por completo o direito de mentir no processo. Como ensinam Cabral e Beneduzi, o tema encontra amplo desenvolvimento na doutrina alemã que, conquanto não imponha o dever de autoincriminação, nem de que todos os argumentos sejam apresentados de uma vez só, exige das partes a postura de não dizer inverdades nos autos do processo, proibindo também as *meia-verdades* (dever de integridade). *Op. Cit.* Respectivamente p. 67 e 106. Lembremos que, no direito norte-americano, a *discovery* exige que até mesmo fatos contrários aos interesses da parte sejam revelados. EMANUEL, Steven L., **Civil procedure**, 25a. ed. Wolters Kluwer, 2015, New York, p.205 e 237-243

¹⁶⁰³ Esse não é, como vimos, o posicionamento dominante da jurisprudência. O entendimento encontra forte resistência na doutrina. Por exemplo, em Leonardo Greco, para quem o juiz tem de ter uma *áurea de tolerância*, ,

Ainda no tema do elemento subjetivo, merece abordagem específica a exigência do § 1º do art. 77, que, referindo-se às condutas dos incisos IV e VI, exige que se *advertam as partes*, para fins de imposição da sanção por ato atentatório à dignidade da justiça. Trata-se de uma *especificação da primeira ressalva* a que acima nos referimos.

Nesses casos, obviamente, quando o juiz determina o cumprimento de sua decisão (IV) ou impõe um determinado estado de coisas (VI), ele já deve advertir que comportamento recalcitrante ou desrespeitoso de sua decisão implicará imposição de multa. A norma funciona de forma parecida com a exigência a advertência das consequências da revelia no ato citatório como requisito para a declaração de seus efeitos materiais (art. 250, II, CPC/2015),¹⁶⁰⁴ e não como uma exigência de prova da má-fé da parte como requisito para aplicação da sanção.

Explicando melhor. É pacífica a jurisprudência no sentido de que, havida a citação, a perda do prazo de resposta do réu só implica a produção dos efeitos materiais da revelia caso o mandado citatório contenha advertência expressa a respeito dessa consequência. É dizer: se o réu não for *expressamente advertido* da possibilidade de revelia, seus efeitos não se produzirão. Note-se que essa advertência é simultânea ao ato citatório, e não posterior. Verificada a ausência de contestação tempestiva, o juiz não intima o réu, advertindo-o de que ele poderá ficar revel, pois revel ele já estará.

O mesmo ocorre com as condutas indignas dos incisos IV e VI do art. 77 do CPC/2015. Com o agravante de que, aqui, a parte já tem advogado constituído e, portanto, possui plena consciência dos seus deveres processuais. A mera intimação do advogado para cumprimento da decisão judicial, sob as penas da lei, é mais do que suficiente para garantir o contraditório e a ampla defesa, cumprindo com sobras o requisito do § 1º do mesmo artigo.

Outro caso interessante é a litigância contra texto expresso de lei (art. 80, I). Aliás, já que não se exige tipicidade fechada, o termo “lei”, deve ser interpretado como “fonte do direito”, e, por isso, deve abranger precedentes obrigatórios.¹⁶⁰⁵ Assim, por exemplo, se há decisão com repercussão geral excluindo o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS) da base de cálculo do Programa de Integração Social e da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (PIS/COFINS),¹⁶⁰⁶ não pode a Fazenda Pública contestar a petição inicial da ação anulatória defendendo sua inclusão.¹⁶⁰⁷

sendo essa uma das *mais elevadas virtudes do magistrado*, que não deve interferir na estratégia adotada pelo advogado. GRECO, Leonardo. **O Processo de Execução**. Rio de Janeiro: Renovar, vol.I, 1999, p. 293.

¹⁶⁰⁴ STJ, Resp. 746524, 3aTurma, Rel, Min Nancy Andrigli, J. 3/03/2009.

¹⁶⁰⁵ Partindo do pressuposto, já defendido neste trabalho, de que o precedente é fonte do direito.

¹⁶⁰⁶ STF, RE 574706, Julgamento 15/03/2017, Rel Min. Carmen Lúcia - Pleno

¹⁶⁰⁷ Nesse caso, além da multa por litigância de má-fé, fica autorizada a concessão de tutela da evidência ao autor,

A profissão de advogado pressupõe qualificação prévia atestada por exame rigoroso de órgão de classe. Assim, discordamos do entendimento de que pode ter havido erro ou falta de técnica por parte do advogado. Se ao precedente vinculante foi dada publicidade, é dever do causídico conhecer a *norma*. Assim, litigar contra precedente será, quase sempre, litigância de má-fé, resguardada ampla defesa na qual se demonstre justa causa que exima a parte de qualquer responsabilidade (por exemplo, falha no sistema de divulgação do precedente).

Todavia, quando clareza não há, a punição não é possível. Para utilizar exemplo semelhante, não pode o juiz punir a Fazenda por litigância de má-fé quando ela contesta ação anulatória defendendo a inclusão do ISS na base de cálculo do PIS/CONFINS, ou a exclusão do ICMS da base de cálculo do IPI.¹⁶⁰⁸

9.1.1 Um caso particular de atipicidade do abuso do direito de litigar: o comportamento contraditório em processos distintos

Por fim, uma última observação a respeito da atipicidade dos casos de litigância de má-fé. Entendemos que a proibição do comportamento contraditório impede, dadas certas circunstâncias, que a mesma parte manifeste-se em sentidos diversos sobre a mesma questão fática ou de direito, inclusive em processos distintos, ressalvada a existência de justa causa para tanto.

Como já se disse, a doutrina civilista da boa-fé objetiva extrai, dentre os respectivos deveres, a vedação de *venire contra factum proprium*, ou seja, a proibição de uma mesma pessoa exercer uma posição jurídica em desconformidade com um comportamento anterior que gerara expectativa diversa em outra pessoa. Trata-se de um dever de coerência que, graças à doutrina alemã, passou a ser exigido, inclusive, no processo civil.¹⁶⁰⁹

com fundamento no art. 311, I, do CPC/2015. Nesse sentido, GOUVEIA, Lúcio Grassi de. **A dedução de pedido ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso como hipótese de litigância de má-fé e a concessão da tutela provisória de evidência.** Revista de Processo, vol. 264/2017. P. 143.

¹⁶⁰⁸ Em nosso sentir, a *ratio decidendi* dessa decisão deveria formar precedente no sentido de que todos os tributos indiretos, que apenas circulam pela conta do contribuinte, devem ser excluídos do conceito de faturamento ou receita para fins de identificação da base de cálculo de qualquer tributo. Isso porque, como dissemos, pensamos que os precedentes das cortes superiores devem ser amplos. Não foi, todavia, o que ocorreu. Nesse caso, a *tese* votada pelo STF limita-se a afirmar que “O ICMS não compõe a base de cálculo para a incidência do PIS e da COFINS.” Para piorar, nesse caso, o STJ tem entendimento contrário ao do STF, anteriormente fixado em recurso repetitivo (STJ, Resp 1330737/SP. Rel Min. OG Fernandes, 1a. Seção, DJe 14/04/2016).

¹⁶⁰⁹ CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes, *Da boa-fé*. op. cit. p. 378

A proibição de comportamento contraditório como *ilícito processual atípico* não é novidade absoluta na doutrina brasileira.¹⁶¹⁰ A novidade, e a dificuldade, está em considerar-se essa contradição comparando-se processos distintos.¹⁶¹¹

A dificuldade está em que, para a doutrina civilista, os pressupostos para a configuração do *venire* são, além da existência de, ao menos, duas condutas contraditórias da mesma pessoa, a necessidade de que haja uma *identidade de partes* e de que a contradição se produza dentro de uma mesma situação jurídica ou entre situações intimamente coligadas.¹⁶¹² Essa identidade de partes e proximidade de situações jurídicas seria necessária exatamente para a geração da confiança da parte que alega o prejuízo.

Repetimos. Em nosso sentir, a identidade entre protagonista e confidente nos dois atos, bem como essa singularidade ou coligação de relações jurídicas em que se dá a contradição, são as condições para a geração da confiança. Obviamente, se um proprietário de dois imóveis locados para duas pessoas distintas vem, há anos, prorrogando automaticamente a vigência de uma das locações, nada impõe a ele que faça o mesmo em relação à outra.

Todavia, conforme aduz Menezes Cordeiro, em obra específica para o trato da questão no direito processual, que a confiança alegada para impor a proibição da *venire* deve justificar-se *na presença de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocar uma crença*

¹⁶¹⁰ DIDIER Jr, Freddie, op. cit. p. 126.

¹⁶¹¹ Em verdade, essa possibilidade foi primeiramente defendida, por outros argumentos, por Antônio do Passo Cabral. O autor trata do sistema de preclusões processuais de modo disruptivo e inovador, propondo uma configuração ampla, na qual a preclusão lógica faz as vezes do *venire contra factum proprium*. A vantagem, segundo Cabral, é livrar o processo civil das amarras das concepções privatistas, permitindo, por exemplo, que se vedem comportamentos contraditórios em processos distintos. A ideia é que todo ato é potencial gerador de uma *cadeia de vínculos ultrapassantes*, fazendo com que os *espaços de estabilidade* sejam não lires no tempo ou no processo, podendo, inclusive, projetarem-se para fora do processo ou para outro processo. (CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 334-335). Dentre os inúmeros exemplos do autor, todavia, não encontramos nenhum que trate de processos distintos *sem* identidade da parte *confidente* (a parte adversária daquele que afirma um determinado fato). Todavia, pela força de sua tese, imaginamos que a hipótese esteja englobada.

Também Larissa Gaspar Tunala, em monografia específica sobre o *venire* processual, sustenta a possibilidade de proibição do comportamento contraditório em processos distintos. A autora analisa expressamente a possibilidade de proibição de *venire* sem identidade de confidentes. P. 290-293. Um dos argumentos da autora é semelhante, posto que mais restrito, a um dos que aqui utilizaremos: a identidade do órgão julgador, com a diferença que Larissa imagina essa identidade na pessoa do julgador, proibindo, portanto, contradições que se deem perante um mesmo órgão do Poder Judiciário, titularizado, imaginamos, pelo mesmo juiz (p. 292). O outro argumento é bem próximo de um dos nossos: para a autora, mesmo em outra sede jurisdicional, a contradição pode dar-se entre processos com confidentes distintos *desde que* a parte prejudicada pelo segundo ato (o ato contraditório) tenha tido conhecimento da conduta anterior e a contradição tenha se dado em face dela. O exemplo da autora é o de uma demanda judicial de interdição proposta por cônjuge, fundada na prodigalidade do interditando, cuja suposta prova seria a assinatura de um contrato de fiança em benefício de um terceiro locador. Anos depois, em ação de cobrança de alugueres contra o interditando (exatamente por sua posição de fiador), o cônjuge intervém alegando que, como não sabia da existência do contrato de fiança, jamais poderia ter prestado a necessária outorga. TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório**, Salvador: JusPodivm, 2015. p. 291-292.

¹⁶¹² MARTINS-COSTA, Judith, **A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do ‘venire contra factum proprium**, Revista Forense, Forense, Rio de Janeiro, 2004, n. 376 p. 110 e sgts

plausível.¹⁶¹³ O autor não indica exatamente que elementos são esses,¹⁶¹⁴ até porque o *venire* só se determina *em concreto*.¹⁶¹⁵

Pois bem, imaginemos agora um padrão de litigância para os chamados *litigantes habituais*. Projete-se hipótese em que determinada Fazenda Pública municipal venha propondo acordos em múltiplas ações de repetição de indébito de PIS/COFINS fundadas na retirada do ISS da base de cálculo daqueles tributos. Seria admissível que, em uma ação específica, sem qualquer peculiaridade que demandasse postura distinta, a Fazenda adotasse postura litigante, contestando a ação para negar a tese autoral, recorrendo da sentença de procedência até a última instância? Ou, pior, poderia ela ajuizar execuções fiscais de valores dessa natureza contra um outro contribuinte?

Note-se que o caso provocaria profunda desigualdade entre contribuintes em situação equivalente.¹⁶¹⁶ Claro que, na existência de precedente obrigatório a respeito do tema, a configuração da litigância de má-fé já poderia moldar-se ao referido art. 80, I, do CPC/2015 (litigância contra texto expresso de lei) ao menos no exemplo restrito ao processo de conhecimento. Todavia, na ausência de precedente capaz de buscar essa *harmonia esperada* no trato de situações idênticas, é lícito extrair-se o mesmo efeito da postura incoerente do litigante em processos com objeto semelhante.

No âmbito do litigante privado de massa, situações análogas podem ocorrer. Imagine-se um grupo de correntistas lesados por uma dada fraude bancária. Nas múltiplas demandas individuais geradas por esse mesmo fato (por exemplo, uma fraude promovida por um *hacker*, que, utilizando determinado método e de uma só vez, retirou dinheiro de diversas contas correntes daquela instituição), o banco vem reconhecendo a existência da fraude e da falha de segurança do seu sistema, discutindo tão somente os valores das eventuais indenizações.

Eis que, em um determinado processo de um correntista daquele mesmo grupo, o banco nega que tenha havido fraude causada por falha de seu sistema de segurança. A nosso ver, a postura anterior do banco, ao reconhecer esse fato múltiplas vezes, impede-o de agora contraditar o mesmo fato neste processo específico, sem que se desincumba do ônus

¹⁶¹³ *Litigância de má-fé, abuso de direito.... p. 168*

¹⁶¹⁴ Menezes Cordeiro limita-se a indicar *quatro proposições* que apoiam a tutela da confiança com fulcro na boa-fé, alertando que o *sistema* por elas formado é *móvel*, ou seja, não impõe hierarquia entre eles e, o mais importante, não exige que todas estejam presentes, sendo possível a emersão da confiança na ausência de uma delas, desde que uma outra se faça presente com intensidade suficiente para supri-la. op. cit. p. 168.

¹⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 169.

¹⁶¹⁶ Referimos aqui principalmente a desigualdade de trato no processo que, obviamente reflete-se no direito material, mesmo no caso de procedência, ao menos no aspecto temporal do exercício de direitos subjetivos. Como leciona o mestre português, “Juridicamente, a tutela da confiança acaba por desaguar no grande oceano do princípio da igualdade e da necessidade de harmonia daí resultante [...]” *Ibidem*, p. 167.

argumentativo de explicar o porquê da mudança de postura. Não o fazendo, além de considerar o fato como incontroverso (até porque isso eventualmente já poderia ser decalcado da sua notoriedade), o juiz deve impor as penas de litigância de má-fé à instituição.¹⁶¹⁷

Nos dois exemplos, ao identificar um *padrão de resposta*, o indivíduo pode ter tomado ou deixado de tomar uma série de atitudes que não seriam assumidas caso a postura do banco fosse outra. Por exemplo, ao confiar no trato de determinado fato como incontroverso, o correntista pode ter sido menos agressivo na busca de material probatório sobre aquele fato e suas peculiaridades. Já no exemplo do contribuinte, ao perceber incontroversa a questão de direito tributário, ele pode ter optado por contratar um advogado não especializado na matéria, que agora terá dificuldades de discutir as nuances tributárias do tema.

Note-se: ao arrolar os elementos que definem a proibição do *venire*, Menezes Cordeiro deixa claro que se trata de um *sistema móvel*, ou seja, que o modelo pode funcionar mesmo que algum dos seus requisitos não se faça presente, desde que a intensidade assumida pelos restantes seja apta a compensar a falha.¹⁶¹⁸

Assim, mesmo se tomarmos por ponto de partida os critérios relacionados pela doutrina brasileira para a configuração da *venire*, nada impede que modificações ambientais e sistemáticas façam com que a necessidade de proteção da confiança justifique-se pela força nociva e evidente do comportamento contraditório, mesmo que não haja a unidade de situação jurídica desejada por aqueles autores.

Há ainda dois argumentos adicionais a sustentar essa nossa pequena tese (a de que o comportamento contraditório no processo pode ser proibido inclusive em processos distintos com uma das partes também distinta).

O primeiro decorre exatamente do *sistema móvel* proposto por Menezes Cordeiro, bem como de sua observação pela necessidade de proteção da boa-fé quando “se verifique uma inadequação das regras existentes, as quais, por modificações ambientais ou sistemáticas, mais não provoquem do que saídas assentes em justificações formais”.¹⁶¹⁹

Esse argumento ampara-se no uso da tecnologia no sistema de Justiça. Conforme referimos ao longo deste trabalho, o mundo está experimentando uma verdadeira revolução tecnológica, principalmente pelo desenvolvimento exponencial da chamada *inteligência*

¹⁶¹⁷ Esse entendimento, reconhecemos, pode gerar uma postura mais cautelosa no que se refere à autocomposição para os litigantes de massa. Por isso mesmo, ele deve ser conjugado com a tese já apresentada, segundo a qual o sistema de justiça deve ser *mais caro* para esse tipo de litigante.

¹⁶¹⁸ Ibidem, p. 168.

¹⁶¹⁹ Menezes Cordeiro. *Da boa-fé no direito civil*, op. cit. p. 1255-1256.

artificial. Esse fenômeno atinge fortemente o mundo do direito e a tecnologia começa a invadir os tribunais.¹⁶²⁰

O tema será amplamente desenvolvido no capítulo 11. Todavia, por ora, é importante apontar para um futuro muito próximo de plena virtualização dos processos e da operação em larga escala de *modelos preditivos baseados em big data*. Explica-se: com os processos virtualizados, todas as decisões judiciais, peças e quaisquer outras manifestações das partes e dos juízes comporão um gigantesco oceano de dados que será facilmente navegado com a utilização de modelos preditivos.

Mas o que são *modelos preditivos*? São *uma função matemática que, aplicada a uma massa de dados, consegue identificar padrões ocultos e prever o que poderá ocorrer* no próximo evento com características semelhantes.¹⁶²¹ O fenômeno já vem ocorrendo nos Estados Unidos, por exemplo, com *softwares* capazes de prever como será uma decisão da Suprema Corte com mais de 70% de precisão¹⁶²² ou, como já referimos, com a utilização de inteligência artificial para identificar a possibilidade de reincidência do criminoso preso e auxiliar os juízes na decisão sobre a concessão de liberdade mediante fiança.¹⁶²³

Com efeito, o desenvolvimento exponencial das diversas técnicas de *machine learning*,¹⁶²⁴ principalmente através de algoritmos capazes de criar *redes neurais* aptas a absorver dados disponíveis online (*big data*) e estruturá-los de forma parecida com o funcionamento do nosso cérebro (e muito mais eficientes na identificação de padrões de comportamento e na previsão de como esses padrões se darão no futuro),¹⁶²⁵ mudarão a realidade dos tribunais (em breve) e o panorama do qual emerge a *confiança* na coerência de todos os atores do sistema.¹⁶²⁶

¹⁶²⁰ Como afirma Aaron Wright, advogado e um dos maiores tecnólogos do mundo, o mundo jurídico pode até ser retardatário, mas com o crescimento exponencial da tecnologia, não ficará para trás por muito tempo. In TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: SEANI-SP, 2016, p. 141.

Ainda sobre o tema, FERRARI, Isabela e BECKER, Bruno, **A prática jurídica em tempos exponenciais - a tecnologia chegou no direito para ficar**, publicado em -4/10/2015, in <https://jota.info/artigos/a-pratica-juridica-em-tempos-exponenciais-04102017>

Veja-se também a apresentação que recentemente o diretor jurídico da Microsoft fez em evento organizado pelo STJ, em São Paulo: <https://jota.info/advocacia/estamos-a-5-anos-dos-primeiros-grandes-sistemas-de-ia-06102017>

¹⁶²¹ “O que é um modelo preditivo?” Cezar Taurion. Publicada em 15 de dezembro de 2014 às 07h20 em <http://cio.com.br/tecnologia/2014/12/15/o-que-e-um-modelo-preditivo/>

¹⁶²² Disponível em: <http://www.sciencemag.org/news/2017/05/artificial-intelligence-prevails-predicting-supreme-court-decisions>

¹⁶²³ State v. Loomis, Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing. <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>

¹⁶²⁴ RUSSELL, Stuart J. and NORVIG, Peter, **Artificial intelligence. A modern approach**, 3a. ed. Pearson, 2015p. 706-707.

¹⁶²⁵ Ibidem, p. 740-756.

¹⁶²⁶ Sobre inteligência artificial e redes neurais, ver seções 11.1.1 e 11.1.2.

É dizer: se a proteção da confiança pressupõe que ela exista em razão de um ambiente veiculador de informações de comportamentos anteriores, parece-nos que, em breve tempo, a tecnologia potencializará a transmissão estruturada dessa informação a respeito de comportamentos anteriores das partes, exigindo-se coerência para fora do processo ou entre processos, ainda que a parte contrária seja outra, sempre que as circunstâncias das causas forem iguais ou semelhantes.¹⁶²⁷

Realmente, por mais sofisticadas que sejam as teses processuais já existentes a respeito da proibição de comportamento contraditório, até aqui elas esbarram em uma premissa fática pouco provável: a de que a parte contrária conhece o padrão de comportamento passado de seu adversário. Sem esse conhecimento, não há que se falar em surgimento de *confiança*, nem em sua proteção. A tecnologia cria uma ponte e resolve esse problema de ordem prática, com repercussões nos direitos das partes e na litigância de má-fé.

O segundo argumento adicional que sustenta nosso ponto de vista funda-se na ideia de que, instaurado o processo, cria-se uma relação jurídica processual não só com a parte adversária, mas também com o Estado-Juiz.¹⁶²⁸ Se a parte A ajuíza diversas demandas contra diversos réus (*B, C, D, etc.*), varia o polo passivo da causa, mas o Estado-Juiz (*J*) mantém-se constante, visto que a função jurisdicional exercida pelo Estado é una, dividindo-se apenas seu protagonismo entre os vários órgãos jurisdicionais de acordo com as regras de competência.¹⁶²⁹

Assim, da mesma forma que se exige coerência do Estado ao decidir casos semelhantes, o que se faz através do respeito ao sistema de precedentes, exige-se das partes comportamento coerente constante, sempre que se manifestarem sobre as mesmas causas de fato ou de direito, ainda que em processos distintos ou diante de adversários distintos, mesmo que o órgão jurisdicional competente seja outro.

Em resumo, seja pelo dever de coerência criado por um sistema capaz de traduzir a informação sobre padrões de comportamento em confiança de que esses padrões serão mantidos em outros processos que versem questões similares, seja porque existe uma constância da relação jurídica entre determinada parte e o Estado, a proibição do comportamento contraditório deve vigorar entre processos e ser coibida com as penalidades da litigância de má-fé.

¹⁶²⁷ Obviamente, esse dever de coerência aplica-se também ao juiz, cujo padrão de comportamento será cada vez mais mapeado por programas de computador.

¹⁶²⁸ Dinamarco, op. cit. vol II, p. 225-226.

¹⁶²⁹ Como afirma Dinamarco, *Cada juiz, de qualquer grau em qualquer da variadas Justiças que compõem o Poder Judiciário Brasileiro, exerce a 'mesma jurisdição' que os demais juizes do país exercem [...]* op. cit. p. 473.

Os problemas relacionados aos incentivos ao comportamento leal, todavia, permanecem, pois, como vimos, o *valor esperado* da sanção também não tem sido suficiente à geração de tais incentivos. É esse o tema a ser tratado na sequência.

9.2 Valor esperado da multa: perspectiva de punição e exequibilidade

Outro ponto que, como vimos, gera distorção de incentivos é o valor da multa e o fato de, muitas vezes, ela ser praticamente inexecutável (baixo valor para execução fiscal).

A solução aqui, a nosso ver, desdobra-se em três possibilidades: (i) valorização das sanções não pecuniárias; (ii) valorização das sanções pecuniárias devidas à parte contrária; (iii) elevação do valor total das sanções pecuniárias.¹⁶³⁰

A litigância ímproba pode ser combatida por sanções pecuniárias ou não pecuniárias. As primeiras têm por desvantagem não só as dificuldades da exequibilidade, mas também o problema de o seu *valor esperado* não ser suficiente para gerar incentivos ao comportamento cooperativo.

As sanções não pecuniárias não sofrem desses males. Uma vez impostas, elas produzem efeito imediato, colocando em risco o próprio objeto do processo para a parte ímproba (*credible threat*).¹⁶³¹

É o que ocorre, por exemplo, com a punição à conduta do art. 77, VI (atentado). Com efeito, a parte que *pratica inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso* pode ser proibida de falar nos autos até a restituição das coisas ao *status quo* (art. 77, § 7º).

Outro excelente exemplo é a possibilidade de concessão da tutela da evidência (antiga tutela antecipada-sanção) quando ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte (art. 311, I, do CPC/2015).

A técnica funciona também agregada à imposição de multa, ou seja, como *ameaça crível* que incentiva o pagamento imediato da multa, evitando-se a execução. É o artifício utilizado pelo art. 1.021, § 5º, do CPC/2015, ao vincular a interposição de qualquer outro recurso ao depósito prévio do valor da multa imposta em razão da interposição de agravo interno declarado

¹⁶³⁰ Não acreditamos nas chamadas *sanções premiais*, por um motivo muito simples: elas são estruturadas sempre à custa de um terceiro, que pode ser o advogado da parte contrária (quando, por exemplo, reduzem-se os seus honorários *gracias* ao comportamento cooperativo da outra parte) ou o Estado (quando as custas são reduzidas).

¹⁶³¹ Em sentido semelhante, GAJARDONI, Fernando da Fonseca, in **Breves comentários ao novo código de processo civil**, ALVIM, Teresa Arruda, DIDIER Jr, Freddie, TALAMINI, Eduardo e DANTAS, Bruno (coord). São Paulo, 2015, Ed. Revista dos Tribunais, p. 290

manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime.¹⁶³² A estratégia aparece também no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015, mas apenas para o caso de reiteração de embargos de declaração protelatórios, quando a multa, fixada inicialmente em 2%, pode ser elevada a até 10% do valor da causa, exigindo-se, só aí, o depósito prévio para fins recursais.

Outra vantagem dessas técnicas é a sua capacidade de resolver o *agency problem* entre parte e advogado, alinhando o interesse de ambos no processo. É que, ao colocar em risco o objeto da causa, elas punem também o advogado, que vê a possibilidade de vitória diminuir, reduzindo-se-lhe o *valor esperado* dos honorários sucumbenciais.

As sanções pecuniárias devidas à parte contrária, desde que em valor minimamente relevante, também contornam o problema da inexecutabilidade,¹⁶³³ principalmente se a execução judicial for amparada pelas técnicas permitidas pelo art. 139, IV, do CPC/2015.¹⁶³⁴ Isso ocorre com todas as sanções por litigância de má-fé (art. 96), mas não com as decorrentes de prática de ato atentatório à dignidade da justiça (art. 77, § 3º).

Assim, condenada por litigância de má-fé, a parte deverá pagar multa fixada entre 1% e 10% do valor da causa e indenizar a parte contrária pelos prejuízos sofridos (art. 81).¹⁶³⁵ Por não serem devidas ao Estado (lembramos dos limites mínimos de valor de certas execuções fiscais), desde que fixadas em montante razoável, essas penalidades terão executabilidade e poderão gerar os incentivos necessários ao comportamento cooperativo.

Explicamos. A partir do momento em que a jurisprudência seja clara no sentido de que, havendo litigância de má-fé, a parte ímproba pagará à parte contrária (particular) multa de até 10% do valor da causa, além de indenização pelos prejuízos causados, é possível que isso gere ameaça crível em razão do valor esperado da sanção. Como esse valor será apropriado pelo particular, é bem provável que seja realmente executado, até por conta dos baixos custos, e do fato de a execução dar-se no mesmo processo. Melhor ainda se, a essa execução, agregarem-se os mecanismos atípicos e rigorosos do art. 139, IV, do CPC/2015.

Há, todavia, problemas a serem superados. É que parte da doutrina entende que a multa do art. 81 do CPC/2015 funciona como uma *prefixação de danos*, algo semelhante a uma

¹⁶³² A desvantagem aqui é o fato de que a exigência do depósito prévio não alcança a Fazenda Pública nem o beneficiário da gratuidade (§ 5º). Aliás, em nosso sentir, a gratuidade pode ser decretada parcialmente, exatamente para afastar a necessidade do depósito prévio.

¹⁶³³ Porque não se impõe limite mínimo para a execução, mas, ainda assim, se o valor for irrisório, haverá poucos incentivos para tanto.

¹⁶³⁴ O tema da execução será desenvolvido no próximo capítulo.

¹⁶³⁵ Além disso, há a obrigação de arcar com os honorários advocatícios e as despesas que o outro efetuou. Ainda que seja possível que o vencedor litigue de má-fé, parece-nos que, no mais das vezes, o condenado será o sucumbente, pelo que essa sanção não implicará agravamento de sua condição. VASCONCELOS, Ronaldo in **Código de Processo Civil Anotado**, TUCCI, José Rogério Cruz e, et. al. op. cit. p. 126

cláusula penal de direito privado, de modo que eventual cumulação com indenização só seria possível se a parte ofendida *provar* danos em valor superior ao da multa fixada pelo juiz.¹⁶³⁶ Esse entendimento diminui o valor total da sanção e, conseqüentemente, os incentivos à conduta cooperativa no processo.

A jurisprudência atual é pela cumulatividade das duas sanções, mas, infelizmente, vêm exigindo a prova do prejuízo pela parte prejudicada para imposição da indenização,¹⁶³⁷ o que, novamente, diminui o *valor esperado* da sanção final.

Com efeito, é difícil demonstrar a derivação de um específico dano da litigância de má-fé.¹⁶³⁸ A alternativa, aqui, seria considerar a possibilidade de dano *in re ipsa* ou, ao menos, a ocorrência de dano moral cujo montante possa ser arbitrado pelo juiz. Não nos parece, todavia, que esse entendimento venha a prevalecer.¹⁶³⁹ Reforçamos, porém, que nada impede que o juiz fixe danos morais de ofício, por arbitramento, tendo por parâmetro, por exemplo, o valor da causa.

Em nossa opinião, há uma solução ainda melhor. Trata-se da utilização de tabela de valores pré-fixados de indenização (*damage tables*).¹⁶⁴⁰ Dada a dificuldade probatória e a necessidade de aumentar-se o *valor esperado* da sanção por litigância de má-fé, enxergamos como positivo o *trade-off*¹⁶⁴¹ entre a diminuição de participação das partes na busca da verdade (no que se refere à efetiva lesão patrimonial ou moral causada pela litigância de má-fé) em prol da inibição desse comportamento e da busca de uma atitude cooperativa capaz de realizar os objetivos do art. 6º do CPC/2015.¹⁶⁴²

Resta examinar, nesta seção, as possibilidades de elevação do valor total das sanções possíveis, de modo a aumentar o *valor esperado* da reprimenda ao comportamento ímprobo.

¹⁶³⁶ BENEDUZI, Renato, op. cit. p. 111; MARTINS-COSTA, Judith, Comentários... op. cit. p. 728; ASSIS, Em sentido contrário, Araken de Assis, op. cit. p. 327.

¹⁶³⁷ Isso já era assim mesmo na vigência do código anterior, quando a redação do art. 18, p. 2o., ao prefixar o valor da indenização em até 20% do valor da causa, parecia dar ao juiz condição de pressupor a ocorrência de dano e arbitrar o valor da indenização. STJ Resp. 1331660/SP, 4a. Turma, j. 17.12.2013, Min. Raul Araújo.

¹⁶³⁸ GAJARDONE, Fernando da Fonseca, op. cit. p. 292.

¹⁶³⁹ A doutrina é firme na exigência da prova do dano. ASSIS, Araken, op. cit. p. 327. Todavia, pelo dano moral presumido, MILMAN, Fabio, citando a doutrina de Jorge Americano, Oscar da Cunha, Valter Ferreira Maia e Ana Lúcia Iucker Meireles de Oliveira, op. cit. p. 223.

¹⁶⁴⁰ Pressupondo-se a ocorrência do dano (*in re ipsa*), claro

¹⁶⁴¹ KAPLOW, Louis, *Information and the aim of adjudication: truth or consequences?* IN Stanford Law Review, 2015, Vol 67 p. 1352.

¹⁶⁴² Como se sabe, a informação gerada pela prova nunca é precisa. De outro lado, a necessidade de produção de uma prova muito difícil pode afastar ainda mais o processo da verdade (KAPLOW, op. cit. P. 1354), ou mesmo gerar incentivos contrários àquilo que se pretende com as regras processuais (no nosso caso, evitar o comportamento desleal) (KAPLOW, op. cit., p. 1353). Note-se que não se está a presumir a ocorrência do comportamento desleal, que já foi reconhecido no processo pelo juiz. A presunção limita-se à existência de dano patrimonial ou moral, bem como ao valor desses danos.

Como vimos, o valor das sanções pré-fixadas, via de regra, é baixo. Mesmo considerando os intervalos máximos (10% de multa por litigância de má-fé e 20% por ato atentatório), é improvável que tais multas sejam, de início, fixadas no valor limite. Pior que isso, pelo fato de elas não terem percentual mínimo, é provável que o valor fixado pelo juiz seja bem inferior ao teto, ressalvados os casos (raros) de reiteração após a condenação. É que, como já vimos, a reiteração vem sendo considerada pressuposto para a imposição de multa, ou seja, normalmente o comportamento reiterado ocorre antes de qualquer sanção.

Posto isso, uma alternativa é permitir a cumulação das multas quando um único comportamento configure, ao mesmo tempo, litigância de má-fé e ato atentatório à dignidade da justiça.¹⁶⁴³ Aliás, dada a atipicidade dos casos de litigância de má-fé, é possível afirmar que, em todos os casos em que a parte pratica ato atentatório, ela também litiga de má-fé, violando simultaneamente os interesses do Estado e da parte contrária (o contrário não é verdadeiro, pois os atos que afetam a dignidade são claramente tipificados, diferenciados e, por isso, têm sanção mais elevada, exatamente por profanarem o interesse público na manutenção da dignidade da atividade jurisdicional).

Nem se diga que tal postura implicaria *bis in ibidem*¹⁶⁴⁴ ou que só faria sentido se uma das multas já tivesse sido fixada no máximo. É que, como dito, tais multas têm destinação distinta e protegem, ao final, bens jurídicos diferentes. Exatamente por isso, a multa por litigância de má-fé destina-se à parte contrária, enquanto que a multa por ato atentatório à dignidade da justiça destina-se ao Estado.¹⁶⁴⁵

9.3 Superando a indisposição dos juízes no combate ao comportamento não cooperativo (desleal)

Vimos em seção anterior que a *função de utilidade* dos magistrados indica a indisposição individual do juiz em assumir postura punitiva no trato da litigância ímproba. De fato, ao aplicar determinada punição, o juiz *internaliza* parte de seus efeitos negativos (gerando problemas reputacionais no trato com os advogados, agravados, no Brasil, pelo trato *subjetivo patrimonialista* da coisa pública que faz parte de nossa cultura), e *capta* apenas pequena fração das *externalidades positivas*, normalmente aquelas decorrentes de seu aumento de poder. Os

¹⁶⁴³ BENEDUZI, Renato, op. cit. p. 103.

¹⁶⁴⁴ Mas esse é o entendimento de Araken de Assis. Op. cit. p. 291.

¹⁶⁴⁵ BENEDUZI, Renato, op. cit. p. 103. LAMY, Eduardo de Avelar, RESCHKE, Pedro Henrique. in *Comentários...* CABRAL, Antônio do Passo e CRAMER, Ronaldo (coordenadores), op. cit. p. 143

benefícios marginais da punição, todavia, são bastante baixos e se rarefazem quando se pensa no sistema como um todo. Em outras palavras, aplicar uma multa rigorosa por litigância de má-fé gera um desconforto pessoal no juiz, e, individualmente considerada, não muda quase nada na realidade pouco cooperativa do sistema de justiça.

Pode-se prever, assim, um viés não punitivo por parte dos juízes, o que, como vimos, dá-se não só no Brasil, mais em vários países. Uma breve pesquisa dos acórdãos do STJ publicados no ano de 2017 sobre o tema confirma empiricamente essa expectativa.¹⁶⁴⁶

Com efeito, a utilização do verbete “litigância de má-fé” como *expressão-chave* para *pesquisa livre* no sítio eletrônico do STJ *filtra* um total de 131 acórdãos sobre o tema, publicados entre 01 de janeiro e 26 de outubro de 2017. Desses, 125 tratam do tema, ainda que 59 não o apreciem diretamente por considerarem o impeditivo do verbete n. 7 da súmula de jurisprudência daquele tribunal (impossibilidade de reapreciação de matéria fática em sede de recurso especial).

Todavia, dos 66 acórdãos que efetivamente apreciam a possibilidade de condenação da parte em litigância de má-fé, há apenas 16 condenações (23% do total), a maioria (11) por interposição de *recurso protelatório*.

Do total das 50 absolvições, a maioria (33) tem por fundamento o caráter não protelatório do recurso. Com efeito, para o STJ, se o recurso é cabível *em tese*, não se configura o elemento *subjetivo* necessário para a condenação.

Conforme já antecipamos, dada essa postura, pode-se prever que o *valor esperado* da multa pelo litigante de má-fé será baixo e, possivelmente, inapto à produção dos incentivos necessários ao comportamento cooperativo.

Um exemplo será útil para melhor explicar essa ideia.

Em uma causa cujo valor seja R\$100mil, imaginemos que o autor calcule suas chances de vitória em 30%. Todavia, caso adote postura não cooperativa e litigue de má-fé, inclusive faltando com a verdade e apresentando recursos fora das estritas hipóteses legais (por exemplo, agravo de instrumento fora das hipóteses do art. 1.015 do CPC/2015), o autor acredita que suas possibilidades de sucesso cheguem a 50%. Nesse caso, o *valor* da postura não cooperativa do autor será de R\$20mil.¹⁶⁴⁷ O autor sabe, todavia, que pode ser multado pela prática de litigância de má-fé, inclusive com condenação à indenização dos prejuízos causados à parte contrária.

¹⁶⁴⁶ A lista completa com a numeração e a classificação do resultado de todos os acórdãos encontra-se anexa a este trabalho (anexo 3).

¹⁶⁴⁷ A diferença entre o valor esperado da causa sem comportamento cooperativo (R\$50mil) e com comportamento cooperativo (R\$30mil).

Suponhamos que, em caso de condenação, o juiz fixe a multa no máximo legal (10% sobre o valor da causa, algo altamente improvável de acontecer) e, ainda, *arbitre* os danos causados à parte contrária em R\$15mil (lembramos que, na jurisprudência vigente, a parte teria de demonstrar os danos e a sua magnitude).

No cenário acima, o valor final da sanção será de R\$25mil,¹⁶⁴⁸ superior, portanto, ao benefício obtido pela litigância ímproba (R\$20mil). Ocorre que, sabendo o autor da postura leniente da magistratura a respeito da punição por litigância de má-fé, é razoável que ele calcule as possibilidades de condenação em torno de 20%. Nesse caso, o *valor esperado* da sanção final será de apenas R\$5mil,¹⁶⁴⁹ ou seja, 5 vezes inferior ao benefício pretendido com o comportamento. Em conclusão, podemos esperar o comportamento não cooperativo do litigante.

Vencer o problema da indisposição pessoal do juiz para punir é algo bastante difícil, até porque a questão reputacional aqui pesa em sentido contrário.

As melhores alternativas, portanto, são aquelas que deslocam do juiz os ônus punitivos, realocando-os na figura do advogado da contraparte. Passemos ao estudo de algumas hipóteses.

9.3.1 A importância dos honorários sucumbenciais recursais

Dada a natural *indisposição punitiva* dos juízes, parece-nos acertadíssima a norma que impõe aumento de honorários sucumbenciais já fixados nos casos de improcedência do recurso (art. 85, § 11). Note-se que, neste caso, porque travestida de honorários, a sanção incide de forma automática, bastando ao juiz *declará-la*, de acordo com os critérios legais. Não há *punição*, ainda que o próprio CPC/2015 deixe clara sua cumulatividade com multas e outras sanções processuais, inclusive aquelas do art. 77 (art. 85, § 12). Outra vantagem da norma é que ela permite um cálculo (mais) sincero por parte do recorrente, dependente da força de seus argumentos recursais e da estabilidade da jurisprudência do tribunal *ad quem*.

De lamentar-se somente a *timidez* do texto final do CPC/2015, que, contrariando o que havia sido estabelecido no anteprojeto depositado no Senado Federal, reduziu o limite dos

¹⁶⁴⁸ 10% sobre o valor da causa (100.000) = 10.000, somados dos 15.000 fixados a título de danos à parte contrária. Assim, 0,10(100.000) + 15.000 = 25.000.

¹⁶⁴⁹ 0,20(25.000) = 5.000.

honorários recursais a 20% do valor da causa ou da condenação, enquanto que o texto original permitia a elevação a até 25%,¹⁶⁵⁰ aprofundando a eficácia da norma no trato da cooperação.¹⁶⁵¹

O limite em 20%, além de não nos parecer plenamente suficiente para a *inversão do jogo não cooperativo*, possui ainda duas consequências negativas: (i) exime de qualquer sanção aquele que desejar recorrer quando a fixação inicial de honorários de sucumbência já alcançar o teto; (ii) *passa* uma mensagem ao juiz de primeiro grau no sentido de que os honorários de sucumbência não devem ser fixados no máximo, já que se deve deixar algum *espaço* para a sua ampliação no caso de interposição de recursos.¹⁶⁵²

Para além do problema da limitação em 20%, é necessário que a jurisprudência assumira postura firme e ampliadora das hipóteses de elevação dos honorários no caso de improcedência do recurso.

Quanto à amplitude da aplicabilidade elevação, o problema já aparece no trato dos embargos de declaração contra decisão final. Como vimos em seção anterior, STF e STJ divergem sobre a aplicabilidade do art. 85, § 11, nos casos de improcedência de embargos de declaração contra a decisão final. É lamentável a postura do STJ, já que boa parte da pauta dos tribunais dedica-se hoje ao julgamento de embargos de declaração, muitos deles julgados improcedentes.¹⁶⁵³ A imposição de honorários, nesses casos, possivelmente despencaria a interposição desse tipo de recurso, aumentando, todavia, a taxa de procedência dos recursos efetivamente apresentados, vez que a norma acabaria servindo como um *filtro de qualidade* para os embargos de declaração.

Discussão interessante, sob o ponto de vista dos incentivos, é a da aplicabilidade dessa norma para elevar os honorários no caso de procedência de recurso com inversão dos ônus sucumbenciais. A uma primeira vista, a norma funcionaria como estimuladora da interposição de recursos, ao menos para o advogado da parte. De outro lado, essa perspectiva é contrabalanceada pela chance de derrota e aumento dos honorários já fixados. No final, pode-se dizer que esse entendimento diminui a eficácia final da norma no combate à sanha recursal que compõe o cenário atual de tragédia da Justiça no Brasil.

¹⁶⁵⁰ Art. 73, § 1º, do Projeto de Lei n. 166/2010.

¹⁶⁵¹ Com corretas intuições econômicas acerca dos efeitos dos *honorários recursais* sobre os incentivos para a interposição de recursos, abordando ainda a redação trazida pelo PROJETO 166/2010, RIBEIRO, Márcia Clara Pereira, CAMPOS, Diego Caetano da Silva, **Sucumbência recursal no Novo CPC, uma análise econômica**, in, Revista de Informação Legislativa, Ano 50 Número 199 jul./set. 2013. p. 35-54.

¹⁶⁵² Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre. **Honorários de sucumbência recursal, in Honorários Advocatícios**, 2a ed., p. 597. COELHO, Marcus Vinicius Furtado, VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique (coord.), Salvador, Ed. Jus Podivm, 2016.

¹⁶⁵³ Todavia, recentemente, a 2ª Turma do STJ optou por acompanhar o entendimento do STF, em acórdão relatado pelo Min. Herman Benjamin. STJ, EDcl no REsp 1666049 / RS, 2a.Turma, DJe 11/10/2017.

Explica-se. Quando o sucumbente *pensa* em apelar da decisão final, ele passa a incluir no *risco* da apelação a possibilidade de aumento dos honorários sucumbenciais. Isso significa que, além dos custos administrativos e de litigância decorrentes da mera interposição da apelação (as custas cobradas pelo tribunal, os eventuais honorários contratuais cobrados pelo advogado só para redigir, apresentar e acompanhar o recurso), o sucumbente tem de contar com a possibilidade de, no caso de derrota recursal, ver sua despesa aumentada em, por exemplo, 5% sobre o valor da condenação (imaginando aqui um aumento de honorários de 10% para 15% sobre o valor da condenação, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015).

De outro lado, imaginando-se que essa apelação possa ser julgada procedente, com inversão da sucumbência e elevação dos honorários, o apelante *sabe* que, em caso de vitória, é o seu adversário quem arcará com a elevação dos honorários sucumbenciais de 10% para 15%. Mas quem será o beneficiário dessa verba *extra* de 5%? Obviamente o advogado da parte (sucumbente em primeira instância e vencedora em grau de apelação).

É nesse momento que se aprofunda o *problema de agência (agency problem)* na relação advogado-cliente, bastante nocivo quando se pensa em contraincentivos a recursos indesejáveis. Isso ocorre porque é possível que a apelação *não valha a pena* para a parte, mas faça sentido para o advogado. É que, caso os custos administrativos do advogado sejam baixos ou estejam parcial ou totalmente cobertos pelos honorários contratuais cobrados exclusivamente para interpor a apelação, mesmo uma mínima possibilidade de vitória pode render-lhe um *valor esperado* positivo para o recurso. É bem verdade que a mera *inversão da sucumbência* poderia acarretar o mesmo efeito, ou seja, já poderia haver *agency problem* no sistema, mesmo com uma interpretação mais restrita do art. 85, § 11. Esse problema, todavia, fica gravado pela possibilidade de aumento da verba honorária em caso de reversão da sucumbência.

Explicando melhor esse último ponto: o *incentivo* para o advogado apelar já existiria pela mera possibilidade de receber honorários de sucumbência em razão de eventual reforma da sentença pelo tribunal. Ocorre que esse incentivo aumenta ainda mais graças à possibilidade de aumento do percentual desses honorários sucumbenciais em caso de aplicação do art. 85, § 11. Com um percentual de honorários mais elevado (digamos, 15%, ao invés da mera reversão dos 10% inicialmente fixados para o seu cliente sucumbente em primeiro grau), as *chances de vitória no recurso* necessárias para que sua interposição valha a pena diminuem, podendo *justificar* a apresentação de recursos com pouquíssimas chances de provimento, algo socialmente indesejável e, talvez, nocivo para a parte recorrente (para quem, muitas vezes, o *valor esperado* do recurso pode ser negativo).

Em resumo, é dizer: a interpretação extensiva do art. 85, § 11, do CPC/2015 para fixar honorários recursais nos casos de procedência do recurso e de inversão da sucumbência tem potencial para estimular essa interposição ao criar incentivos ao advogado da parte, incentivos estes que podem, inclusive, serem dissociados dos interesses da parte representada, em típico caso de *agency problem*. Aprofundaremos o tema no capítulo 10, quando veremos que a presença de incentivos recursais em excesso estimula quem não tem razão a recorrer, diminuindo o valor social do sistema recursal.

Posto isso, entendemos que os chamados *honorários recursais* só terão potencial cooperativo se interpretados exclusivamente como forma de *mitigação* dos incentivos recursais, e não como forma de retribuição ao advogado pelo trabalho *extra* decorrente da interposição/resposta de recursos.¹⁶⁵⁴ Caso adote-se também esta última finalidade, então devem-se elevar as verbas honorárias sempre que (i) o recurso for julgado procedente com inversão de sucumbência (o que, como vimos, acaba incentivando o advogado do sucumbente a recorrer em qualquer hipótese); (ii) sempre que o recurso for julgado improcedente com manutenção da sucumbência, *mas* desde que tenha havido apresentação de contrarrazões recursais pela parte contrária.

Em relação à hipótese (ii), note-se que, a prevalecer esse último posicionamento, inviabiliza-se também a possibilidade de aumento de verba honorária em embargos de declaração, ressalvados os embargos nos quais, dado o potencial infringente, o juiz/relator determinara a intimação da parte embargada para manifestação a respeito (desde que essa manifestação realmente tenha ocorrido).¹⁶⁵⁵ É que, sem que tenha havido *trabalho extra* para o advogado, a elevação da verba não se justificaria.¹⁶⁵⁶

Esse tipo de problema é mais pernicioso do que parece. A prevalecer esse entendimento, não haveria imposição de honorários em *todos* os casos de inadmissão ou julgamento *monocrático* do recurso, o que, obviamente, inclui hipóteses de recursos interpostos contra

¹⁶⁵⁴ A doutrina é praticamente unânime em ressaltar o caráter remuneratório dos honorários recursais, muito por conta da própria redação do § 11 do art. 85 do CPC/2015, que refere expressamente o *trabalho adicional realizado em grau de recurso*. Por todos, veja-se NUNES, Dierle, DUTRA, Victor Barbosa e OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota para quem, inclusive, sequer existe o caráter punitivo da norma. **Honorários no recurso de apelação e questões correlatas, in Honorários advocatícios**, op. cit p. 646

¹⁶⁵⁵ STJ, AR 2.702-MG, Rel. originário Min. Mauro Campbell, Rel. para acórdão Min. Teori Albino Zavascki, julgada em 14/9/2011.

¹⁶⁵⁶ Felizmente, o STF vem decidindo em sentido contrário. “É cabível a fixação de honorários recursais, prevista no art. 85, § 11 (1), do Código de Processo Civil (CPC), mesmo quando não apresentadas contrarrazões ou contraminuta pelo advogado” AO 2063 AgR/CE (Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/Acórdão Min. Luiz Fux, sessão de 18/5/2017. Também o STJ parece caminhar no mesmo sentido: EDcl no AgInt no REsp 1573573 RJ (Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 8/5/2017

precedente de observância obrigatória (art. 932, IV e V), sem os requisitos legais (art. 932, III), ou fora das hipóteses de cabimento (art. 932, III).¹⁶⁵⁷

Os casos de inadmissão monocrática são muitos e, como vimos, devem configurar, em alguns casos, litigância de má-fé. A ausência de elevação de verba honorária nessas hipóteses diminui bastante os incentivos contrários ao manejo desses recursos, o que, obviamente, não se deseja. A busca do comportamento cooperativo, para que se atinjam os ideais do art. 6º do CPC/2015, passa pela criação de incentivos que obstem a interposição de recursos com pouca chance de sucesso. Caso contrário, a solução da *tragédia da Justiça* no âmbito dos tribunais será missão de difícil cumprimento.

9.3.2 Novamente a função de utilidade do magistrado

Como vimos, a valorização das sanções cujos valores sejam devidos à parte contrária serve de contrapeso ao comportamento naturalmente recalcitrante do magistrado. É que, como visto, elas geram incentivos para que a outra parte exija a imposição de sanções, gerando uma tensão entre o desejo do magistrado de não se indispor com a parte ímproba e seu desconforto no não atendimento de um pleito justo da parte prejudicada.

Lembremos novamente da *função de utilidade do juiz*.

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

Conforme já observamos, a *postura punitiva* do magistrado gera um *desconforto nas relações pessoais* que tende a reduzir sua utilidade em *S* e em *EXT*. Assim, a sua postura leniente preserva-o dessa redução. Quando essa postura punitiva é *instada* por um *pleito justo* da parte contrária (que será a beneficiária da sanção a ser fixada), em termos formais, o que ocorre é que aquela *preservação de utilidade* em *S* e *EXT*, proporcionada pela *postura leniente* (não punitiva) do juiz, acaba sendo *cancelada* pela *redução de utilidade*, também em *S* e em *EXT*, causada pelo não atendimento daquele pleito.

Em resumo, sanções que implicam o pagamento de valores pecuniários à parte contrária provocam uma tensão de utilidades ligadas à reputação e à satisfação pessoal que não existem

¹⁶⁵⁷ Pela majoração nos casos de decisão monocrática, CAMARA, Alexandre, op. cit. p. 595. Em sentido contrário, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho, *Os honorários recursais e o novo código de processo civil*, in *Honorários Advocatícios...* op. cit. p. 605, e DE FAZIO, César Cipriano, *Honorários advocatícios e sucumbência recursal*, in *Honorários Advocatícios*, op. cit. p. 626.

nas punições que apenas *beneficiam* o Estado, como as do art. 77, § 2º (que, como vimos, via de regra sequer serão executadas).

Por sua vez, também as sanções não pecuniárias, porque retiram poderes processuais das partes,¹⁶⁵⁸ possuem a mesma virtude, já que, ao elevarem as chances de vitória da parte contrária, acabam gerando incentivos para que ela exija sua imposição.

9.4 Agency problem advogado-cliente e vicarious liability

De acordo com o sistema atual, não restam dúvidas de que o juiz não pode sancionar diretamente o patrono da parte pela prática de ato atentatório à dignidade da Justiça ou litigância de má-fé. Com efeito, para a multa pela prática de ato atentatório, a exclusão é expressa (art. 77, § 6º). Já quanto à litigância de má-fé, a exclusão decorre do art. 79, cuja redação restringe a responsabilidade por perdas e danos àquele que *litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente*.¹⁶⁵⁹

No primeiro caso, o próprio STF, ainda sob a égide do CPC/1973, deixou claro que as multas por ato atentatório não se aplicavam nem ao advogado público nem ao privado.¹⁶⁶⁰ No segundo caso, o próprio STJ já firmou que a responsabilização depende de ação autônoma em face do advogado, nos termos do art. 32 do Estatuto da Advocacia (Lei n. 8.906/1994).¹⁶⁶¹

Segundo Fábio Milman, um dos mais graves problemas no sistema de punição por litigância de má-fé é a impossibilidade de imposição de multas diretamente aos advogados das partes.¹⁶⁶²

As razões da crítica são bastante óbvias e já foram por nós referidas: quem efetivamente atua no processo e toma as decisões técnicas de litigância é o advogado. É ele quem *postula*, e via de regra não se litiga sem *capacidade postulatória*. Mais do que isso, é improvável que a parte tenha discernimento a respeito da maioria das hipóteses de litigância de má-fé, não somente por muitas vezes não tomar conhecimento do conteúdo da atuação do advogado, mas também por, no mais das vezes, não possuir condições técnicas para qualificar uma postura

¹⁶⁵⁸ vide o já referido exemplo do atentado

¹⁶⁵⁹ A doutrina é praticamente uníssona nesse sentido. Por todos, MILMAN, Fabio, op. cit. p. 71 e MEDINA, José Miguel Garcia, op. cit. pg. 159. No mesmo sentido, mas criticando a opção legislativa, ASSIS, Araken, op cit. p. 270;271.

¹⁶⁶⁰ STF, ADIn 2.652-6/DF, Pleno, Rel. Min. Maurício Correa, j. 08.05.2003

¹⁶⁶¹ STJ, Resp. 1.247.820/AL, rel. Min. Humberto Martins, 2a, T. j. 28.06.2008. Ainda que haja acórdãos condenando o advogado por litigância de má-fé. Vide. STJ EDcl nos EDcl no ArRg no AR 1.599-SC, 27.11.2002, Rel. Min. Eliana Calmon.

¹⁶⁶² Com efeito, o autor reclama modificação urgente da legislação neste ponto.

Op. cit. p. 295. Márcio Carvalho Faria também observa a mesma incongruência, mas não defende a punição aos advogados. Op. cit. p. 354.

processual como ímproba (ressalvados alguns poucos casos, como, por exemplo, a violação do dever de falar a verdade).

Disso decorre que os incentivos ao comportamento cooperativo pela punição à litigância de má-fé deveriam ser dirigidos também aos advogados. No cenário atual, já comprovamos, utilizando matrizes básicas, que os advogados jogam verdadeiro dilema do prisioneiro, onde a conduta não cooperativa é premiada, gerando um *equilíbrio de Nash* ineficiente. Mais do que isso, mesmo que a conduta cooperativa seja a *estratégia dominante* para a parte, pode não ser para o advogado. Estamos, pois, novamente, diante do *problema de agência*.

Ao escolher punir a parte, e não o advogado (ao menos não diretamente), a legislação optou por verdadeira responsabilidade por culpa *in eligendo*, em razão da má escolha do procurador pelo cliente.¹⁶⁶³

Cabe aqui, portanto, a reflexão sobre se a *responsabilidade por ato de terceiro* seria o melhor sistema para evitar a prática de ato ilícito no processo.

Segundo Shavell, o sistema de responsabilidade por atos de terceiro (*vicarious liability*) costuma ser eficiente nos casos em que haveria dificuldades de cobrar indenização diretamente do causador do dano.

Com efeito, quando o causador do dano não tem patrimônio, mas seu mandante dispõe dessa condição, dirigir a esse último a responsabilidade pelos atos do mandatário induz *credible threat* apta aumentar-lhe os incentivos para que *monitore* a conduta do mandatário, no sentido de aumentar o nível de cuidado e evitar a prática de atos ilícitos.¹⁶⁶⁴ É porque, nesse caso, como o mandatário não dispõe de condições para arcar com o pagamento de multas e indenização (diz-se que ele é *judgment proof*), ele não se sente ameaçado pela possibilidade de condenação, que seria, assim, ineficiente para incentivar-lhe a aumentar os níveis de cuidado e evitar o dano.

É o caso dos danos causados pelos filhos ou pelo empregado no exercício do trabalho (art. 932 do Código Civil, I e III, respectivamente). É comum que as condições financeiras dos pais e dos empregadores sejam superiores às dos filhos e dos empregados. Todavia, é improvável que essa constatação se repita com frequência entre advogado e cliente no processo. Nada leva a crer que as possibilidades patrimoniais da parte sejam, com alguma constância, superiores às do seu advogado.

Outro fator que fundamenta a adoção da responsabilidade por ato de terceiro é a capacidade do terceiro de monitorar e controlar o comportamento do mandatário.¹⁶⁶⁵ No caso

¹⁶⁶³ MILMAN, Fábio, op. cit. p. 71.

¹⁶⁶⁴ SHAVELL, Steven, op. cit. p. 233.

¹⁶⁶⁵ Shavell, Steven, op. cit. p. 234. v

da relação de emprego, isso pode ocorrer com maior ou menor dificuldade, a depender de vários fatores. Já na relação advogado-cliente, face à tecnicidade dos atos de litigância e ao hermetismo do direito e da prática forense, é mais provável que a parte assemelhe-se a um *Josef K. kafkiano* do que tenha alguma capacidade de entendimento e controle sobre os atos e estratégias do seu advogado.

Sendo certo que o exercício da litigância cabe ao advogado, a ausência de responsabilidade direta pela conduta ímproba e a (quase) inexistência de consequências negativas dificultam sobremaneira a instauração de um ambiente cooperativo no processo.

A solução para amenizar esse problema está no reforço dos mecanismos punitivos que retiram direitos processuais das partes.

Explica-se. Ao retirarem-se direitos processuais da parte, sua chance de vitória no processo diminui, reduzindo-se assim o *valor esperado* do processo para o advogado, que, obviamente, depende da vitória para fazer jus aos honorários sucumbenciais.

Para exemplificar, retomemos o exemplo utilizado no início desta seção, qual seja, uma ação de responsabilidade civil na qual o advogado busca aumentar seu valor esperado da causa, litigando de má-fé em busca de maiores chances de vitória para seu cliente, que passa a correr riscos.¹⁶⁶⁶ Na ausência de penalidades aos advogados, a matriz que reproduzia os *payoffs* para os advogados do autor e do réu de acordo com as estratégias disponíveis, é a seguinte:

Tabela 15 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os advogados) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015

	Advogado do réu coopera	Advogado do réu não coopera
Advogado do autor coopera	5.000 ; 5.000	3.000 ; 7.000
Advogado do autor não coopera	7.000 ; 3.000	5.000 ; 5.000

¹⁶⁶⁶ Naquele exemplo, o valor do pedido era de \$100mil, e as chances de procedência de 50%. Havendo litigância de má-fé unilateral, a parte ímproba elevava suas chances de vitória para 70%. Caso a litigância não cooperativa fosse bilateral, todavia, as chances de procedência do pedido (e, logo, de vitória para cada parte) voltavam a 50%. A postura não cooperativa, no exemplo, gerava a possibilidade de litigância de má-fé para a parte, mas não para o seu advogado. Os honorários sucumbenciais foram fixados em 10% sobre o valor da condenação. Logo, os *payoffs* dos advogados foram calculados como sendo 10% sobre o valor esperado do processo para cada parte em cada um dos quatro cenários (interações de estratégias cooperativas/não cooperativas do autor e do réu).

Suponha-se, agora, que a conduta ímproba do advogado acarrete à parte a perda do direito de falar nos autos (à moda do art. 77, § 7º) ou de recorrer da decisão (similarmente ao disposto no art. 1.021, § 5º).

Assumamos ainda que, com essas sanções, as chances de vitória da parte representada, ao invés de subirem para 70%, reduzam-se para 30%, voltando para 50% caso ambos optem por não cooperar, já que a perda bilateral de direitos processuais acaba reestabelecendo o equilíbrio original das chances de vitória.¹⁶⁶⁷

Nesse caso, esta seria a matriz de *payoffs* dos advogados:

Tabela 16 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os advogados) de acordo com cada combinação possível de estratégias: imposição de perda de direitos processuais

	Advogado do réu coopera	Advogado do réu não coopera
Advogado do autor coopera	5.000 ; 5.000	7.000 ; 3.000
Advogado do autor não coopera	3.000 ; 7.000	5.000 ; 5.000

Note-se que, como em um passe de mágica, o *equilíbrio de Nash* passou a ser o par de condutas cooperativas do quadrado superior esquerdo. Isso ocorreu porque a alteração dos *payoffs* promoveu uma mudança na natureza do jogo, que deixou de ser um *dilema do prisioneiro*.

Como a conduta não cooperativa tornou-se evidentemente desvantajosa para o advogado (e também para a parte), cooperar passou a ser a única postura razoável. É fácil perceber que, quando o jogador 1 (advogado do autor) escolhe cooperar, a melhor resposta do jogador 2 (advogado do réu) será também cooperar, isso porque ele preferirá uma recompensa de R\$5mil (quadrado esquerdo superior) a uma recompensa de R\$3mil. De outro lado, podemos garantir que a opção inicial do jogador 1 será cooperar. Isso ocorre porque ele sabe que, optando pela postura não cooperativa (linha inferior) a melhor resposta do seu adversário será novamente cooperar (porque ele preferirá R\$7mil a R\$5mil), hipótese em que aquele jogador

¹⁶⁶⁷ É importante lembrar que, no nosso exemplo-base, utilizado para modelar a conduta das partes, as sanções por litigância de má-fé só eram *descobertas* ao final, quando o próprio litigante perdia a causa. Essa circunstância fazia-nos ponderar o valor da multa pela *chance* dessa descoberta (30% ou 50%, a depender do caso). Aqui, como estamos sugerindo sanções que *retiram* direitos processuais da parte, nem todas podem ser aplicadas *ao final* do processo, como é o caso da *proibição de falar nos autos*. Outras, todavia, ainda podem seguir essa lógica, como a *perda do direito de recorrer*. Na matriz acima, os valores não estão ponderados. Todavia, se o fizéssemos, os resultados em termos de definição de estratégia dominante não se alterariam, pelo simples motivo de *a litigância de má-fé sempre gerar uma diminuição das chances de vitória, e não um aumento*.

receberia apenas R\$3mil (quadrado inferior esquerdo). Como o jogador 1 prefere R\$5mil a R\$3mil, ele iniciará o jogo cooperando.

A dinâmica acima demonstra o alcance de um equilíbrio de condutas cooperativas.¹⁶⁶⁸

9.5 Refazendo as contas em busca de um valor ideal de sanção contra a litigância ímproba

Em busca de uma estrutura de *payoffs* que evite a litigância de má-fé na fase cognitiva do processo, retomemos mais uma vez o exemplo inicialmente utilizado para demonstrar a ineficiência das sanções atualmente vigentes contra esse tipo de postura.

Naquele exemplo, o valor do pedido era de R\$100mil, e as chances de procedência eram de 50%. Havendo litigância de má-fé unilateral, a parte ímproba elevava suas chances de vitória para 70%, mas arcava com 30% de chances de ser multada em 5% do valor da causa. Caso a litigância não cooperativa fosse bilateral, as chances de procedência do pedido (e, logo, de vitória para cada parte) voltavam a 50%, mas ambas arcavam com 50% de chances de serem multadas em 5% do valor da causa.

Para facilitar, reproduzimos a matriz de *payoffs* (valores esperados para o autor e para o réu, a partir das interações possíveis entre as estratégias cooperativas e não cooperativas), bem como seus cálculos.¹⁶⁶⁹

Tabela 17 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé no CPC/2015

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -31.500
Autor não coopera	68.500 ; -70.000	47.500 ; -52.500

A pergunta que agora se coloca é: qual é o valor mínimo necessário para que a multa por litigância de má-fé evite o comportamento não cooperativo das partes?

Esse valor (y) tem que ser de tal monta que possa *fazer frente* ao aumento das chances de vitória causado pela conduta ímproba.

¹⁶⁶⁸ A estrutura desse jogo é semelhante à do *assurance game* (ou *stag hunt*) estudado em sessão anterior.

¹⁶⁶⁹ $Va = 0,7(100.000) - 0,3(0,05 \times 100.000) = 70.000 - 0,3(5.000) = 70.000 - 1.500 = 68.500$; $Vr = 0,7(-100.000) = -70.000$; $Va = 0,3(100.000) = 30.000$; $Vr = 0,3(-100.000) - 0,3(0,05 \times 100.000) = -30.000 - 0,3(5.000) = -30.000 - 1.500 = -31.500$; $Va = 0,5(100.000) - 0,5(0,05 \times 100.000) = 50.000 - 2.500 = 47.500$; $Vr = 0,5(-100.000) - 0,5(0,05 \times 100.000) = -50.000 - 2.500 = -52.500$

Tomemos o exemplo do autor, cujo *valor esperado* (V_a) é de R\$50mil, subindo para R\$70mil sem descontar as sanções por litigância de má-fé. A *multa mínima* (y) aplicada para retirar-lhe qualquer incentivo deve ter *valor esperado* de R\$20mil, ou seja, exatamente o montante que ele ganharia com a postura não cooperativa.

Assim, basta mantermos o valor da multa como variável (y) e igualarmos o valor de V_a com 70% de chances de sucesso (conduta unilateralmente não cooperativa) com o valor de V_a proporcionado pela postura cooperativa (R\$50mil). Assim, teremos:

$$\begin{aligned} V_a &= 0.7(100.000) - 0,3(y100.000) = 50.000 \\ 50.000 &= 70.000 - 30.000y \\ 30.000y &= 70.000 - 50.000 \\ y &= \frac{20.000}{30.000} \\ y &= 0,666 \end{aligned}$$

Conclui-se que, no exemplo dado, o montante final das sanções por litigância de má-fé, ignorados os problemas de exequibilidade, deveriam remontar a pelo menos 66% do valor dado à causa.

Para exemplificar as mudanças de incentivo, desenhemos a matriz de *payoffs* considerando o montante final das sanções em, por exemplo, 70% sobre o valor dado à causa.

Nesse caso, teríamos¹⁶⁷⁰:

Tabela 18 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé com punição elevada para 70% do valor da causa

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -51.000
Autor não coopera	49.000 ; -70.000	15.000 ; -85.000

A alteração da dinâmica do jogo é notável. Veja-se que a estratégia dominante do autor será sempre cooperar (linha superior da matriz). Isso porque, se o réu cooperar, o autor recebe

¹⁶⁷⁰ $V_a = 0.7(100.000) - 0,3(0,70 \times 100.000) = 70.000 - 0,3(70.000) = 70.000 - 21.000 = 49.000$; $V_r = 0,7(-100.000) = -70.000$; $V_a = 0,3(100.000) = 30.000$; $V_r = 0,3.(-100.000) - 0,3(0,70 \times 100.000) = -30.000 - 0,3(70.000) = -30.000 - 21.000 = -51.000$; $V_a = 0,5.(100.000) - 0,5(0,70 \times 100.000) = 50.000 - 35.000 = 15.000$; $V_r = 0,5.(-100.000) - 0,5(0,70 \times 100.000) = -50.000 - 35.000 = -85.000$

R\$50mil cooperando e apenas R\$49mil não cooperando. Caso o réu não coopere, o autor recebe R\$30mil cooperando e apenas R\$15mil não cooperando.

O mesmo ocorre com o réu. Se o autor não coopera, ele cooperará, pois preferirá perder R\$70mil a R\$85mil. Caso o autor coopere, ele também cooperará, pois será preferível perder R\$50mil do que perder R\$51mil.

As estratégias cooperativas são, portanto, dominantes, independentemente do que faça a outra parte. Isso significa que o par de estratégias cooperativas configurará um *equilíbrio de Nash*.

Note-se que o *quadrado mágico* da cooperação foi atingido com facilidade. Isso ocorreu porque, ao mudarmos a *estrutura de recompensas*, alteramos os incentivos, fugindo do *dilema do prisioneiro* para criar um ambiente cooperativo. Em resumo, mudamos o tipo de jogo, como havíamos sugerido no início desta seção.

A comparação das matrizes dos dois jogos dá-nos a exata dimensão da alteração dos incentivos:

Figura 41 - Comparação das duas estruturas de *payoffs*. Sistema de repressão à litigância de má-fé do CPC/2015 (não cooperativo) e sistema sugerido (cooperativo)

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -31.500
Autor não coopera	68.500 ; -70.000	47.500 ; -52.500

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -51.000
Autor não coopera	49.000 ; -70.000	15.000 ; -85.000

9.6 Ajustes da economia comportamental

Até aqui, nossa busca por incentivos à litigância de boa-fé fundou-se em modelos econômicos clássicos, fundados na racionalidade dos agentes.

Com a ressalva de que pensamos serem aqueles modelos bastante esclarecedores do nível atual de probidade na litigância, não podemos nos furtar à utilização do ferramental comportamental, que, por vezes, aponta caminhos contraintuitivos que podem auxiliar legislador e tribunais à tomada de decisões ainda mais precisas no combate à deslealdade processual.

Os vieses comportamentais a serem aqui estudados podem ser destacados da *racionalidade limitada (bounded rationality)* e da *força de vontade limitada (bounded willpower)* do ser humano.

A primeira decorre do reconhecimento das limitações cognitivas das pessoas e, como vimos, coloca muitas vezes em cheque o paradigma econômico clássico do *homem racional*.¹⁶⁷¹ A segunda identifica as contradições do comportamento humano quando confrontado com os custos/benefícios de curto e longo prazo. É o caso de muitos fumantes, que trocam a saúde duradoura pelos prazeres imediatos e fugazes do cigarro.¹⁶⁷² Mas pode ser também o caso daqueles que violam a lei, em troca de benefícios imediatos ante uma perspectiva de punição futura.

Dessas duas limitações cognitivas decalcam-se: as consequências da teoria da perspectiva, o viés de otimismo, o viés de disponibilidade e o desprezo às pequenas probabilidades. Serão esses os temas das seções seguintes.

9.6.1 O viés de otimismo (*optimism bias*)

Como vimos em outro momento, na média, as pessoas são otimistas. Elas superestimam as probabilidades de acontecimentos positivos e diminuem as probabilidades reais de um evento negativo.

Em cenários de incerteza, e desde que as consequências negativas não possuam grande saliência, tendemos a distorcer as probabilidades de modo a acreditar que resultados positivos

¹⁶⁷¹ A ideia foi introduzida pela primeira vez ainda na década de 1950, por Herbert Simon. SIMON, Herbert A. **A behavioral model of rational choice.**, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 69, No. 1. (Feb., 1955), pp. 99-118.

¹⁶⁷² JOLLS, Christine; SUSTEIN, Cass; THALER, Richard. **A behavioral approach to law and economics**, op. cit. p. 1479.

são mais prováveis do que realmente são e que consequências negativas são menos prováveis do que na realidade.¹⁶⁷³ É interessante notar que as pessoas, mesmo quando detêm uma concepção correta da média de ocorrência de eventos negativos, via de regra julgam-se abaixo dessa média.¹⁶⁷⁴

Por encontrar base empírica consistente,¹⁶⁷⁵ o *viés de otimismo*, uma das principais consequências da *racionalidade limitada*, será agora introduzido para atualizar nossas considerações sobre a estrutura adequada à promoção do comportamento cooperativo das partes, em busca de uma litigância proba.

Se possíveis violadores da norma forem otimistas em relação à possibilidade de detecção e punição de sua conduta, penas imaginadas em montante suficiente para zerar os seus ganhos marginais deixarão de ser eficientes.¹⁶⁷⁶

Com efeito, se o *ganho marginal de utilidade* com uma determinada postura equivale a R\$100, o conselho econômico clássico para o *design* de uma política repressiva adequada será o de criar uma penalidade cujo *valor esperado* se lhe equivalha.

O exemplo clássico de Polinsky é o da multa pelo estacionamento em local proibido. No exemplo, a infração confere ao motorista uma utilidade equivalente a R\$10. Nesse caso, o motorista, antes de decidir se viola ou não a lei, comparará os benefícios de sua violação ao *valor esperado da multa*. Se a conduta ilícita puder ser detectada em 100% dos casos (por um radar eletrônico, por exemplo), então basta que o valor da multa iguale a utilidade retirada da conduta pelo motorista, ou seja, R\$10. Todavia, se houver apenas um guarda de trânsito a pé patrulhando todas as ruas do bairro, de modo que essa probabilidade seja de apenas 1%, a multa deve ser fixada em R\$1mil.¹⁶⁷⁷

Alguém poderia argumentar que, neste último caso, a municipalidade pode optar por aumentar a fiscalização nas imediações, de forma a elevar a probabilidade de detecção da

¹⁶⁷³ Neil D. Weinstein, *Unrealistic Optimism About Future Life Events*, 39 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 806 (1980)

¹⁶⁷⁴ Foi exatamente o que se provou em um estudo com motoristas acostumados a beber e dirigir. Ainda que eles tivessem uma previsão correta das chances de um motorista nessa condição ser descoberto, eles frequentemente achavam que isso não ocorreria com eles na mesma frequência. GUPPY, Andrew, **Subjective Probability of Accident and Apprehension in Relation to Self-Other Bias, Age, and Reported Behavior**, 25 Accident Analysis & Prevention 375 (1993).

¹⁶⁷⁵ Já em 2005, eram mais de 250 estudos empíricos comprovando a existência do viés de otimismo. JOLLS, Christine, op. cit. p. 4.

¹⁶⁷⁶ Ibidem, p. 8

¹⁶⁷⁷ POLINSKY, A. Mitchell, **An introduction to law and economics**, 4a. ed. Wolters, Kluwer, New York, 2011, p. 79-90. Obviamente, caso os motoristas sejam avessos ao risco, o valor da multa tem de ser o valor esperado do benefício da violação menos o prêmio decorrente da aversão ao risco. Os insights de Polinsky remontam à Gary Becker. **The economic approach to human behavior**, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1976, p. 39-86, principalmente p. 57-68

conduta. O problema, aqui, é que esse aumento de fiscalização normalmente possui um *custo social* maior do que a opção de apenas aumentar o valor da multa, pelo que, para a economia clássica, a segunda opção é *socialmente mais desejável*.¹⁶⁷⁸

Ocorre que ser identificado e punido por uma violação legal é um evento negativo. Assim, é provável que o motorista seja otimista quanto à possibilidade de punição. No exemplo de Polinsky, os valores da multa calculados de acordo com a possibilidade de punição *sentida* pelo agente possivelmente não gerarão estímulos suficientes para o respeito à lei.¹⁶⁷⁹

Essa observação, todavia, não altera a lógica por detrás desse exemplo. Com efeito, a magnitude da pena multiplicada pela probabilidade de aplicação da punição deve corresponder ao benefício pretendido pelo agente. A única diferença é que, nessa conta, o viés de otimismo deve ser considerado,¹⁶⁸⁰ principalmente se o *desconto* decorrente do otimismo for constante para todas as probabilidades de punição.¹⁶⁸¹

Por exemplo, se o benefício de estacionar em local proibido for R\$10, a probabilidade de punição real for 10%, mas a probabilidade *percebida* pelo motorista otimista for de apenas 5%, então a multa ideal deverá ser R\$200, e não R\$100.

Para além dessa conclusão, a persistência do otimismo quanto às possibilidades punitivas parece apontar para a necessidade de diminuição de investimentos para detecção e punição do ilícito. É que, se o viés de otimismo irá necessariamente reduzir essa probabilidade por mais que busquemos aumentá-la,¹⁶⁸² gastos nesse sentido serão, em parte, desperdiçados. Melhor seria focar esforços em aumentar a magnitude da pena. Essa nova conclusão, todavia, não se estabiliza, graças a outros vieses comportamentais.

Com efeito, veremos logo mais que: (i) os decréscimos de utilidade por perda de riqueza *crecem a taxas decrescentes*, o que coloca em xeque a eficiência de multas muito altas; (ii) a distância da punição afeta para baixo seu impacto na utilidade do agente; (iii) pequenas

¹⁶⁷⁸ É exatamente a solução dada nos países nórdicos. Na Finlândia, em 2010, um executivo recebeu \$54mil Euros de multa por trafegar acima do limite de velocidade em 2015. <http://www.sfgate.com/world/article/58-000-Finnish-speeding-ticket-based-on-6224056.php>

¹⁶⁷⁹ JOLLS, Christine, op. cit. p. 8.

¹⁶⁸⁰ Ibidem, p. 8.

¹⁶⁸¹ Exemplo de desconto constante da probabilidade de punição, decorrente do otimismo. Retirado de material de aula do Prof. Oren Bar Gill, Harvard University, 2017, Spring Term.

Actual p	Perceived p
0	0
0.1	0.05
0.2	0.1
0.3	0.15
0.4	0.2
0.5	0.25

¹⁶⁸² Vide tabela na nota de rodapé n. 1.681, *supra*.

probabilidades tendem a ser *zeradas* por agentes otimistas. Todas essas circunstâncias recomendam que não se deixe de investir na probabilidade da punição em troca de um exponencial aumento das sanções. Isso ficará mais claro ao longo deste capítulo.

Por agora, focaremos no problema de como o otimismo distorce as pequenas probabilidades.

9.6.1.1 Desprezo às pequenas probabilidades

Nos Estados Unidos, existem enormes subsídios para a aquisição de seguros contra inundação, terremotos e outros eventos naturais não frequentes. Howard Kunreuther demonstrou que, ressalvados os casos em que parentes ou amigos tenham sido vítimas de semelhantes desastres, as pessoas, na média, não adquirem esses seguros, e frequentemente encontram-se desprotegidas quanto tocadas por catástrofes desse tipo.

Kunreuther demonstrou que, quando a probabilidade de um evento é inferior a um determinado patamar (*critical threshold*), a tendência humana é de simplesmente desconsiderar qualquer chance de ocorrência.¹⁶⁸³

Por outro lado, quando esses eventos raros são submetidos a algum tipo de *disponibilidade* (saliência), eles tendem a ser superestimados.¹⁶⁸⁴ Um bom exemplo é o medo que as pessoas têm de viajar a locais seguros que foram alvo recente de atentados terroristas. Nessa linha, é comum que brasileiros que vivam em grandes capitais tenham medo de ir a Israel, por exemplo. Ocorre que a chance de um atentado em Israel é muitas vezes inferior à de um latrocínio em uma grande capital brasileira.

Tal fenômeno dá-se porque atentados terroristas produzem uma *cascata de disponibilidade* e permanecem vívidos em nossa memória. Assim, quando chamadas à avaliação de um evento raro, as pessoas acabam superestimando-o em razão do *viés confirmatório da memória*.¹⁶⁸⁵ É *como se aquilo já tivesse ocorrido com você* e a lembrança viesse instantaneamente à mente, distorcendo para cima as probabilidades de ocorrência. Todavia, na ausência desse viés confirmatório, as pequenas probabilidades tendem a ser ignoradas.

¹⁶⁸³ KUNREUTHER, H.C. (1981) **The Economics of Protection against Low Probability Events**, IASA Working Paper. IIASA, Laxenburg, Austria, WP-81-003, disponível em: <http://pure.iiasa.ac.at/1758/1/WP-81-003.pdf>

¹⁶⁸⁴ KAHNEMAN, Daniel, **Think fast and slow**. op. cit. location 5377-5588

¹⁶⁸⁵ Ibidem, location 5588.

Essas considerações mudam por completo a *lógica de Becker* aplicada a situações de otimismo. É que, se pequenas probabilidades (não salientes) tendem a ser ignoradas, a *redução de investimentos na identificação e punição de infrações* pode torná-las tão improváveis que passarão a ser consideradas como de ocorrência impossível, elevando-se assim o cometimento de infrações.¹⁶⁸⁶

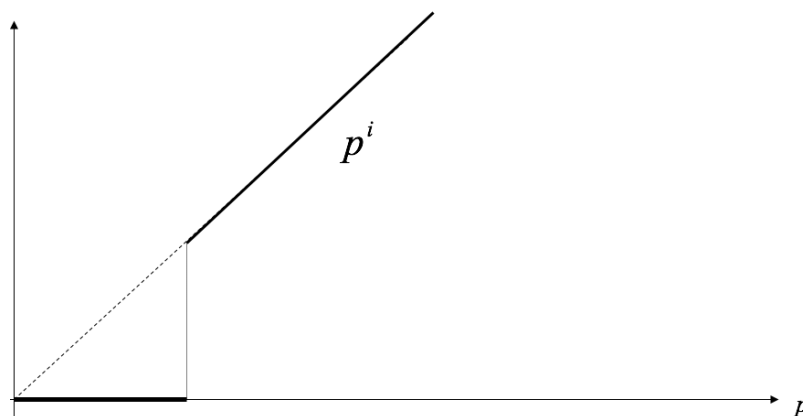
Com efeito, se o agente *sente* uma probabilidade (p) como *zero*, qualquer sanção por ela multiplicada resultará também em zero (por exemplo: 1 milhão * 0% = 0), eliminando o incentivo cooperativo que a norma punitiva poderia trazer. É como se o motorista do nosso exemplo, ao contemplar a possibilidade de estacionar em local proibido, confrontando o conforto proporcionado pela vaga com uma multa de R\$10mil, pensasse: *bem, não há qualquer fiscalização e eu não conheço ninguém que tenha sido multado, então eu vou parar o meu veículo nesta vaga.*

O gráfico abaixo representa a relação entre a probabilidade real (eixo horizontal) e sua percepção (eixo vertical). A *quebra* da linearidade da função ocorre exatamente no *critical threshold*, quando então as *probabilidades baixas* (a parte *negritada* do eixo horizontal) passam a ser simplesmente ignoradas (ou seja, reduzidas a zero).

¹⁶⁸⁶ Essa nova tabela mostra como isso pode acontecer. Tabela retirada do material de aula de Oren Bar Gill, Law, economics and Psychology, Harvard Law School, 2017, Spring Term.

Actual p	Perceived p
0	0
0.1	0
0.2	0
0.3	0.3
0.4	0.4
0.5	0.5

Gráfico 39 - Desprezo às pequenas probabilidades a partir de baixas probabilidades reais¹⁶⁸⁷



O eixo horizontal (p^i) representa a probabilidade real, enquanto o vertical indica a probabilidade percebida, em função da probabilidade real. Note-se que, acima do *critical threshold*, as probabilidades que serão percebidas correspondem à probabilidade real e, por isso, a linha preta inclina-se a 45 graus.

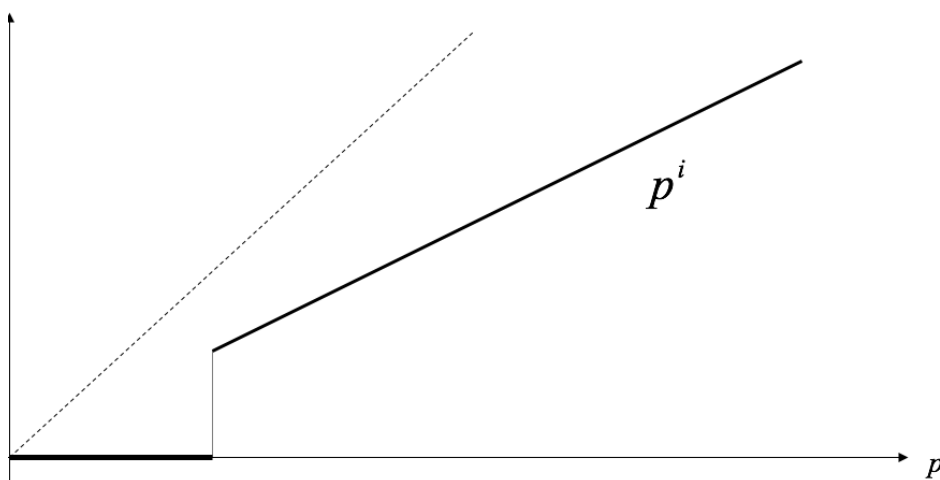
O mais provável, todavia, é que, acima do *critical threshold*, incida otimismo, ou seja, que se perceba a possibilidade de ocorrência do evento, mas em magnitude inferior à chance real. Nesse caso (mais provável na realidade), nosso gráfico assumiria a configuração abaixo, onde a linha pontilhada representa a probabilidade real p , a linha escura colada no eixo vertical indica o desprezo às pequenas probabilidades e a linha escura à direita indica o viés de otimismo em relação às probabilidades reais acima do *critical threshold*¹⁶⁸⁸:

¹⁶⁸⁷ Gráfico retirado do material de aula de Oren Bar Gill, Law, economics and Psychology, Harvard Law School, 2017, Spring Term.

Actual p	Perceived p
0	0
0.1	0
0.2	0
0.3	0.15
0.4	0.2
0.5	0.25

¹⁶⁸⁸

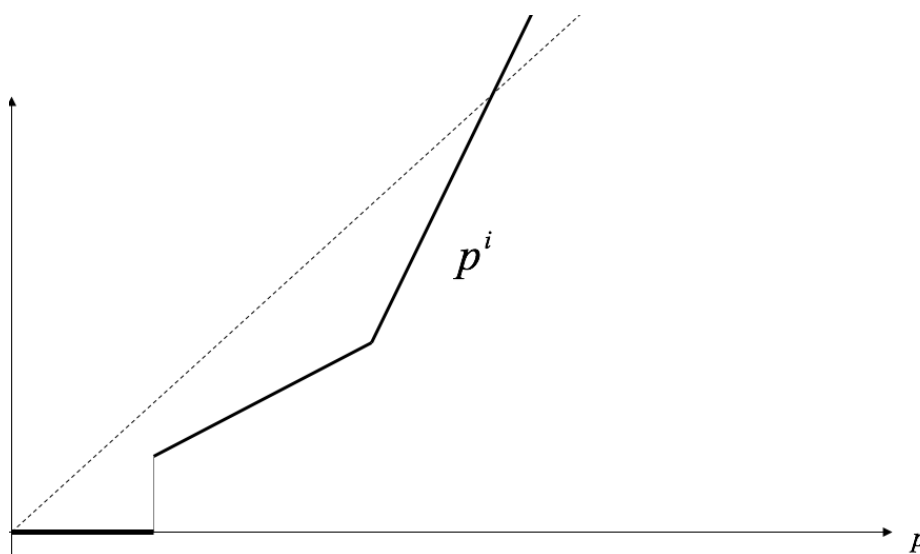
Gráfico 40 - Desprezo às pequenas probabilidades a partir de baixas probabilidades reduzidas pelo otimismo¹⁶⁸⁹



Por fim, é possível combinar, em um só gráfico, o desprezo por pequenas probabilidades, o viés otimista proporcional à possibilidade real e as distorções causadas pelo viés de disponibilidade, que acabam *aumentando a probabilidade percebida* para além da probabilidade real do acontecimento negativo. A esse aumento corresponde à parte mais íngreme da linha escura que *cruza* a linha pontilhada do gráfico (esta indicativa da probabilidade real):

¹⁶⁸⁹ Gráfico retirado do material de aula de Oren Bar Gill, Law, economics and Psychology, Harvard Law School, 2017, Spring Term.

Gráfico 41 - Desprezo às pequenas probabilidades, otimismo e distorção causada pelo viés de disponibilidade¹⁶⁹⁰



Diante do exposto é possível traçar alguns parâmetros para a fixação de multas tendentes a desestimular a prática de atos ilícitos¹⁶⁹¹:

- em condições de otimismo prevalente e de probabilidades reais razoáveis (acima do *critical threshold*), o montante da pena deve ser elevado para *compensar* o otimismo que reduz a percepção da probabilidade de punição;
- quando a probabilidade de punição é muito baixa e não se faz presente o viés de disponibilidade, recomenda-se investimento que eleve as probabilidades punitivas, de modo a evitar-se que as pequenas probabilidades reais sejam completamente ignoradas, o que implicaria *valor esperado* da sanção igual a *zero*;
- quando a probabilidade de punição é muito baixa e se faz presente o viés de disponibilidade, não se deve necessariamente investir no aumento da probabilidade de punição (principalmente se o custo for alto), mas sim na equalização da pena, de modo que, multiplicada pela probabilidade percebida, seu *valor esperado* iguale o benefício marginal da infração — são casos em que a pena pode até ser diminuída, se necessário;
- quando o viés de disponibilidade se faz presente e aumenta a probabilidade real que já não é muito baixa, deve-se modular a magnitude da pena para que não haja exageros,

¹⁶⁹⁰ Gráfico retirado do material de aula de Oren Bar Gill, Law, economics and Psychology, Harvard Law School, 2017, Spring Term.

¹⁶⁹¹ Em sentido semelhante, JOLLS, op. cit. p. 13.

de modo que seu *valor esperado*, tal como *percebido* pelo agente, não supere os benefícios marginais da infração.

Aplicadas essas conclusões ao problema da litigância de má-fé, é preciso considerar o seguinte:

- hoje, os casos de detecção e punição à litigância ímproba são poucos em relação ao total de atos praticados;¹⁶⁹²
- se pesquisa empírica demonstrar que a possibilidade de detecção do comportamento desleal é muito baixa, é fundamental investir no aumento da probabilidade punitiva, de modo a evitar-se o viés de *desprezo às baixas probabilidades*;
- é improvável, nas condições atuais, inclusive pela baixa magnitude das penas da lei, que ajustes de rigor, tanto no aumento de probabilidade de punição quanto na sua magnitude, superem o valor ótimo e causem uma inibição indevida da litigância (*overdeterrence*).

Diante dessas peculiaridades, o reconhecimento do viés de otimismo com todas as circunstâncias aqui estudadas recomenda que:

- i. aumente-se o rigor das sanções, dentro dos limites da lei;
- ii. altere-se a legislação para reestruturação do sistema de recompensas, para *além* do previsto no capítulo anterior, de modo que seja considerado algum desconto otimista quanto à probabilidade de punição com correspondente ajuste da pena;
- iii. que haja rigor punitivo por parte da jurisprudência, principalmente com a desconsideração da necessidade de presença de elemento subjetivo nos casos de litigância ímproba, e com a interpretação aberta das suas hipóteses, punindo-se o abuso de direito processual mesmo quando não moldado às hipóteses típicas do art. 77, do art. 80 ou de outras normas do CPC/2015;
- iv. que, desde o início do processo, já no primeiro despacho/decisão, o juiz comunique partes e advogados, preferencialmente em letras garrafais, que qualquer caso de abuso de direito será punido rigorosamente com as penas do art. 81 do CPC/2015 — mais do

¹⁶⁹² Essa assunção dependeria de confirmação empírica. Sua razoabilidade decorre, todavia, da evidente má qualidade das postulações em juízo, do alto número de recursos e da evidente leniência da doutrina e da jurisprudência, que exigem requisitos difíceis de cumprir para a caracterização da litigância de má-fé.

que isso, é necessário que o próprio *ambiente de peticionamento eletrônico* contenha diversas referências às consequências da litigância de má-fé;

- v. tribunais devem divulgar, em números absolutos (não em percentual), os casos anuais de imposição de sanção por litigância não cooperativa, principalmente se esse número for aparentemente grande (por exemplo: mais de mil casos).

As três primeiras recomendações vêm ao encontro da ideia de *mudança das regras do jogo*, com abandono da estrutura punitiva do *dilema do prisioneiro*, mas levando-se em conta a presença de um otimismo prevalente.

Para que tudo fique claro, retomemos o exemplo no qual buscamos a *correção* dos incentivos para que tendessem a um equilíbrio de Nash cooperativo.

Tratava-se de causa cujo valor era R\$100mil, com possibilidades de vitória de 50%. Essa possibilidade ia a 70% se uma das partes, unilateralmente, litigasse de má-fé (mentindo, por exemplo). Caso ambas o fizessem, as chances de procedência voltavam a 50%. As possibilidades de condenação por litigância de má-fé acompanhavam as chances de derrota da parte ímproba (seriam, assim, de 30% quando a litigância não cooperativa era unilateral, e de 50% quando bilateral).

Naquele exemplo, refizemos nossas contas mantendo o valor da multa como variável (y) e igualando o resultado esperado das posturas não cooperativas a R\$50mil (que é o resultado esperado quando as partes colaboram mutuamente). Naquele caso, y ficou em 0,666, o que significava que, para alcançar comportamento colaborativo em equilíbrio naquele processo, a lei precisaria prever uma sanção final no montante mínimo de 66% sobre o valor dado à causa. Para tanto, *recalculamos* os *payoffs* considerando uma multa rigorosa de 70% sobre o valor da causa. Os resultados estão reproduzidos na matriz abaixo, na qual se verifica claramente o *equilíbrio de Nash* no par de *estratégias cooperativas* (canto superior direito):

Tabela 19 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé com punição elevada a 70% do valor da causa

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -51.000
Autor não coopera	49.000 ; -70.000	15.000 ; -85.000

Todavia, devido ao otimismo, os agentes perceberão de forma diminuída a chance real de condenação em litigância de má-fé. Suponhamos que, ao invés dos reais 30% e 50% de chances, as partes otimistas *sintam* essas possibilidades em 15% e 25%, respectivamente (um desconto linear de 50% sobe as probabilidades reais).

Refazendo as contas com a mesma multa (70%), mas com as *possibilidades otimistas* de punição efetiva (15% e 25%), os *payoffs* seriam os seguintes¹⁶⁹³:

Tabela 20 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé com punição elevada a 70% do valor da causa em um cenário de otimismo das partes quanto às possibilidades punitivas

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -40.500
Autor não coopera	59.500 ; -70.000	32.500 ; -67.500

Da nova matriz, observa-se facilmente a *mudança no par de estratégias em equilíbrio de Nash*: com os novos números, obtidos com a introdução do otimismo apenas no que se refere às probabilidades de punição,¹⁶⁹⁴ o par de estratégias não cooperativas passou a ser o único resultado previsível, considerando-se as melhores respostas para ambas as partes (quadrado inferior direito).

Resta então descobrirmos qual deveria ser o valor mínimo da multa para incentivar o comportamento cooperativo neste cenário otimista quanto às possibilidades de punição. A solução é simples. A multa deve aumentar na exata proporção em que o otimismo *derruba* as probabilidades punitivas. No nosso exemplo, essa *queda* foi de 50%. Logo, se a multa mínima (y) era de 66%, a multa (y') no cenário otimista deve ser de, no mínimo, 132%.

¹⁶⁹³ $V_a = 0,7(100.000) - 0,15(0,70 \times 100.000) = 70.000 - 0,15(70.000) = 70.000 - 10.500 = 59.500$;
 $V_r = 0,7(-100.000) = -70.000$; $V_a = 0,3(100.000) = 30.000$; $V_r = 0,30.(-100.000) - 0,15(0,70 \times 100.000) = -30.000 - 0,15(70.000) = -30.000 - 10.500 = -40.500$;
 $V_a = 0,5.(100.000) - 0,25(0,70 \times 100.000) = 50.000 - 17.500 = 32.500$; $V_r = 0,5.(-100.000) - 0,25(0,70 \times 100.000) = -50.000 - 17.500 = -67.500$.

¹⁶⁹⁴ Alguém poderia argumentar que, se introduzimos otimismo no que se refere à probabilidade de punição da litigância de má-fé (reduzindo-a), deveríamos também ter introduzido otimismo quanto às chances de vitória das partes com ou sem litigância de má-fé. Não o fizemos por simplicidade e também porque esse cálculo não alteraria a conclusão pela insuficiência dos incentivos. É que, se introduzíssemos otimismo nos resultados, os *payoffs* das partes seriam maiores na mesma proporção, com ou sem litigância de má-fé.

Como os cálculos anteriores foram gerados com uma multa de 70%, vamos recalcular os *payoffs* do cenário otimista com uma multa de 140%, e verificar quais seriam as estratégias dominantes. Os resultados podem ser observados na matriz abaixo¹⁶⁹⁵:

Tabela 21 - Matriz de *payoffs* (valores esperados para os litigantes) de acordo com cada combinação possível de estratégias: sistema de repressão à litigância de má-fé com punição elevada a 140% do valor da causa em um cenário de otimismo das partes quanto às possibilidades punitivas

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	50.000 ; -50.000	30.000 ; -51.000
Autor não coopera	49.000 ; -70.000	15.000 ; -85.000

Como era de se esperar, os *payoffs* voltaram aos valores iniciais, bem como o *equilíbrio de Nash*, que volta a contemplar o par de *estratégias cooperativas* (canto superior esquerdo da matriz).

9.6.1.2 *Priming* e outras ferramentas comportamentais

As propostas (iv) e (v) da seção anterior trabalham com a *saliência* da possibilidade punitiva e servem para contrabalancear as consequências do *otimismo prevalente*. Um simples aviso para as partes e advogados a respeito da possibilidade de imposição de multa por litigância de má-fé pode parecer ingênuo, mas têm o mérito de manter na memória dos envolvidos as possibilidades punitivas, aumentando assim o *valor esperado da multa*.

É preciso dizer que tais propostas são abertas e sua formulação exata depende de verificação empírica. Como veremos, essas técnicas são simples, baratas, mas muito sutis, de forma que resultados podem variar de acordo com o contexto. Assim, nossa observação é no sentido da utilização do ferramental comportamental de modo amplo, a partir de pesquisas e iniciativas práticas dentro das cortes para a busca das formas mais efetivas de comunicação.

Técnicas como as das propostas (iv) e (v) funcionam como *priming*, principalmente para os advogados. *Priming*, ou *priming effect*, são as mudanças imediatas e mensuráveis de

¹⁶⁹⁵ $V_a = 0,7(100.000) - 0,15(1,40 \times 100.000) = 70.000 - 0,15(140.000) = 70.000 - 21.000 = 49.000$;
 $V_r = 0,7(-100.000) = -70.000$; $V_a = 0,3(100.000) = 30.000$; $V_r = 0,3(-100.000) - 0,15(1,40 \times 100.000) = -30.000 - 0,15(140.000) = -30.000 - 21.000 = -51.000$;
 $V_a = 0,5(100.000) - 0,25(1,40 \times 100.000) = 50.000 - 35.000 = 15.000$; $V_r = 0,5(-100.000) - 0,25(1,40 \times 100.000) = -50.000 - 35.000 = -85.000$.

comportamento causadas pela exposição a determinadas palavras ou imagens que promovem associações imediatas na nossa mente, condicionando de modo quase imperceptível nosso comportamento.¹⁶⁹⁶

As ideias evocadas por essa *exposição* têm capacidade de ativar outras ideias e assim sucessivamente, como marolas em um lago. O mapeamento dessas ondulações vem sendo feito e é um dos maiores desafios da psicologia moderna.

Há diversos experimentos conduzidos em laboratório e na vida real, inclusive em políticas públicas, que confirmam a eficácia da técnica.¹⁶⁹⁷

John Bargh e seus colegas conduziram experimentos na New York University nos quais os alunos eram estimulados por determinadas palavras, de forma inconsciente, e em seguida exibiam consistentemente comportamentos de acordo com aqueles estímulos.

Em um dos experimentos,¹⁶⁹⁸ por exemplo, eles eram chamados a montar frases com palavras que remetiam à senectude, como *velho, solidão, cuidado, sabedoria, precavido, ancião*, dentre outras.¹⁶⁹⁹ Após, eram convidados a caminhar por um corredor para um outro salão onde participariam de outro experimento. Um grupo de *controle* não era submetido a essas palavras, mas também era convidado a percorrer o mesmo caminho até o outro salão. Surpreendentemente, o grupo submetido ao *priming* levou quase 8,5 segundos para cruzar o corredor, enquanto o grupo de controle o fez em pouco mais de 7 segundos.¹⁷⁰⁰

¹⁶⁹⁶ KAHNEMAN, OP. CIT, location 824. “*Priming effect is thought to reflect an early initiation of response selection (Schlaghecken, Bowman, & Eimer, 2006). According to the reentrant theory of perception (Enns & Oriet, 2007), the prime activates its associated response, and if the following target maps to the same response, the evidence required for responding accumulates faster than if the following target maps to a different response (in which case the accumulation of evidence for the correct response must start over).*” PANNESE, Alessia e HIRSCH, Joy, **Self-specific priming effect** in *Consciousness and Cognition, Volume 19, Issue 4, December 2010, Pages 962-968*. “*Automatic semantic priming is often interpreted within the framework of the Collins and Loftus (1975) spreading activation model. This model consists of a network of concepts (nodes) organized in such a way that activation of a concept leads to activation of related concepts, that is, a node would activate related nodes that are nearby in the network. In the case of semantic priming, if a target word is preceded by an associated prime, the concept node for the target word is already activated to some degree when the target appears.*” SHELTON, Jennifer R. e MARTIN, Randi C. **How Semantic Is Automatic Semantic Priming?** in *Journal of Experimental Psychology- Learning, Memory, and Cognition* 1992. Vol. 18. No. 6. 1191-1210

¹⁶⁹⁷ KAHNEMAN, op. cit. Location 814-928

¹⁶⁹⁸ John Bargh et al. Experiments 2a and 2b: Behavioral Effects of Activating the Elderly Stereotype p. 236 e sgts.

¹⁶⁹⁹ “*For the elderly prime version, the critical stimuli were worried, Florida, old, lonely, grey, selfishly, careful, sentimental, wise, stubborn, courteous, bingo, withdraw, forgetful, retired, wrinkle, rigid, traditional bitter, obedient, conservative, knits, dependent, ancient, helpless, gullible, cautious, and alone.*” p. 236.

¹⁷⁰⁰ Ibidem, p. 237. Esta é a tabela de resultados do experimento:

Em outra versão, os alunos foram divididos em grupos para construção de frases com palavras que inoculavam a ideia de *rudeza* (grupo 1) e de *cortesia* (grupo 2). O terceiro grupo não se submetia a qualquer *priming*. Aos participantes era dito que o experimento consistiria em duas tarefas ligadas à sua capacidade de lidar com a gramática. Na primeira eles deveriam formar frases com as trinta palavras que lhes eram entregues em um envelope. Terminada essa tarefa, deveriam procurar um funcionário que estaria em outra sala para receber as instruções de uma segunda atividade.¹⁷⁰¹

Ao terminar a primeira tarefa e procurar o funcionário, o participante encontrava-o conversando com outra pessoa. Os pesquisadores então mediram a quantidade de participantes por grupo que, ao invés de esperar pacientemente o término da conversa, interrompia os interlocutores para buscar a informação a respeito da próxima tarefa. Os participantes do grupo com palavras ligadas à *rudeza* fizeram-no em mais de 60% dos casos, enquanto o grupo *primado* por palavras ligadas à *cortesia* somaram menos de 20%. Já o grupo de controle ficou em menos de 40%.¹⁷⁰² Os efeitos do *priming* mais uma vez apareceram.

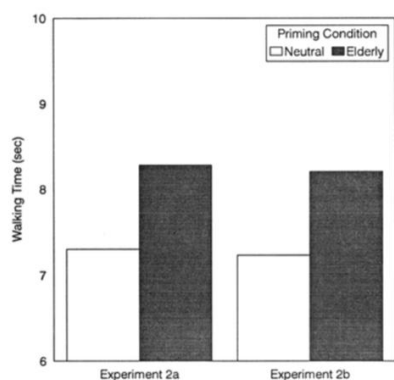
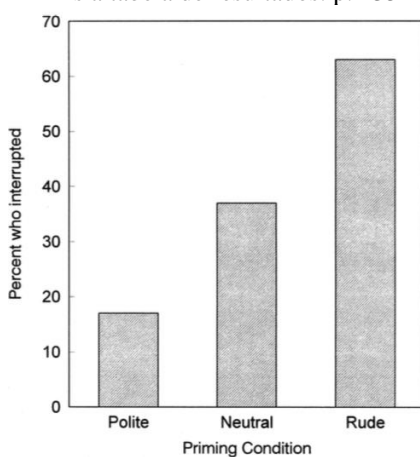


Figure 2. Mean time (in seconds) to walk down the hallway after the conclusion of the experiment, by stereotype priming condition, separately for participants in Experiment 2a and 2b.

¹⁷⁰¹ Ibidem, p. 233 e sgts.

¹⁷⁰² Eis a tabela de resultados. p. 235



Em experimento semelhante a outro por nós já estudado,¹⁷⁰³ colocou-se um calendário fixado em uma cozinha onde funcionários de uma universidade inglesa serviam-se de chá, café e leite. Ao lado das garrafas havia uma *caixa da honestidade*, onde as pessoas deixavam uma retribuição pela bebida. Como referência, havia uma lista de preços fixada na parede.

O calendário foi fixado bem acima da lista de preços, e ele apresentava fotos de *olhos* ou *flores*, alternadamente, semana a semana. Os pesquisadores mediram então a soma dos valores depositados na caixa dia após dia, durante dez semanas. Em todas as semanas com exibição de *olhos* as contribuições foram superiores às das semanas em que *flores* eram apresentadas (na realidade elas foram, na média, três vezes superiores¹⁷⁰⁴). Nada foi dito a ninguém, não havia justificativa para o cartaz, mas a mera presença dos *olhos* elevava as contribuições. Puro efeito do *priming*.¹⁷⁰⁵

Exemplos ainda mais contundentes envolvem a utilização do *priming* em políticas públicas, normalmente a custos baixíssimos e de forma bastante eficaz. Em 2014, o governo britânico, em parceria com uma instituição filantrópica, criou o The Behavioral Insights Team, uma companhia de propósito social cujo objetivo é sugerir políticas públicas e realizar pesquisas a partir de *insights* da economia comportamental.¹⁷⁰⁶

¹⁷⁰³ BATESON, Melissa, NETTLE, Daniel e ROBERTS, Gilbert, **Cues of being watched enhance cooperation in a real-world setting**, in *Biologic Letters*. 2006 Sep 22; 2(3): 412–414. Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1686213/>

¹⁷⁰⁴ *Ibidem*, item 3 *results*.

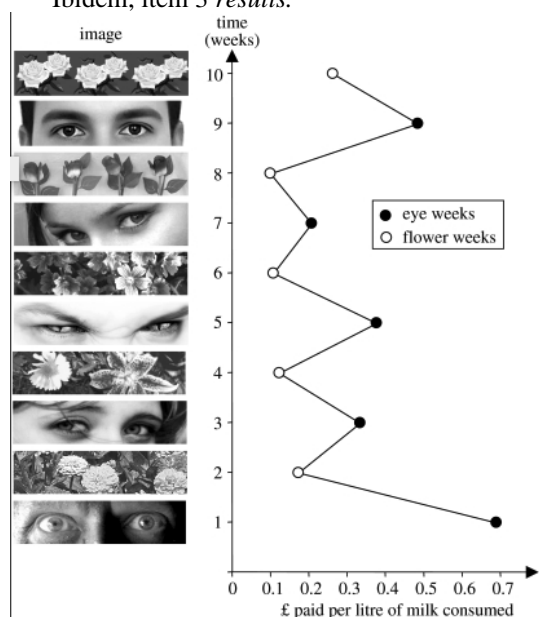


Figure 1
Pounds paid per litre of milk consumed as a function of week and image type.

¹⁷⁰⁵ Em sentido contrário, contestando os resultados desse experimento, CARBON, Claus-Christian e HESSLINGE, Vera M. r *Bateson et al.'s (2006) Cues-of-Being-Watched Paradigm Revisited*. in *Swiss Journal of Psychology*, 70 (4), 2011, 203–210.

¹⁷⁰⁶ Disponível em: <http://www.behaviouralinsights.co.uk/about-us/>

Em um desses trabalhos, o time testa sete *insights* comportamentais em oito diferentes políticas públicas e apresenta seus resultados e conclusões.¹⁷⁰⁷ Em um deles, como tentativa de diminuir a evasão fiscal, em parceria com o HM Revenue & Customs (HMRC),¹⁷⁰⁸ foram enviadas cartas de cobrança para 140 mil contribuintes em atraso com suas obrigações fiscais.¹⁷⁰⁹ Os contribuintes foram divididos em dois grupos. Um grupo de controle, que recebia as cartas no modelo tradicional (com o qual o HMCR obtém 70% de sucesso no recebimento dos tributos) e outro que recebia uma carta similar, com uma mensagem no início. O experimento foi feito com o método *teste, aprenda, adapte*. Assim, houve três repetições, alterando-se a frase em cada uma delas. A frase básica era: “9 a cada 10 pessoas na Grã-Bretanha pagam seus tributos dentro do prazo”; a variação referia-se à área geográfica, com menções aos contribuintes da mesma localidade ou do mesmo código postal.

Em todos os casos a frase foi eficiente e aumentou a arrecadação, sendo que os resultados mais significativos foram alcançados quando se aludia a contribuintes da mesma área como parâmetro comparativo. Trata-se de aplicação de um dos *insights* da economia comportamental, qual seja, o de que é muito efetivo dizer para as pessoas como pessoas similares a ela comportam-se em determinada situação.

Nosso ponto aqui é a força da influência de uma simples frase no comportamento humano. Com essa simples, e quase sem custo, alteração dos termos da carta de cobrança, elevou-se a arrecadação em 15%, passando dos 70% para 85% de sucesso.¹⁷¹⁰ Trata-se de um excelente exemplo de como normas sociais podem ser manipuladas para alterar o comportamento humano, tornando-o mais colaborativo.

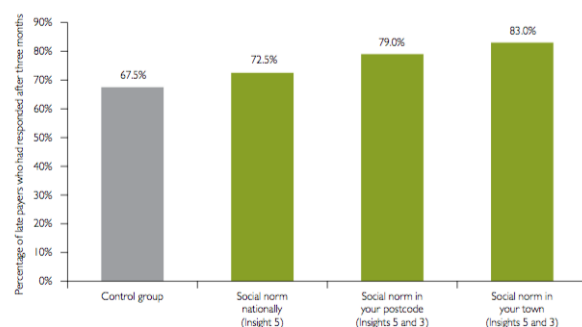
¹⁷⁰⁷ **Applying behavioural insights to reduce fraud, error and debt, in** http://38r8om2xjhh125mw24492dir.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2015/07/BIT_FraudErrorDebt_accessible.pdf

¹⁷⁰⁸ HM Revenue & Customs é a autoridade fiscal do Reino Unido. Site Oficial: <https://www.gov.uk/government/organisations/hm-revenue-customs>

¹⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 22-23

¹⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 22. A tabela abaixo indica os resultados para os três grupos de cartas. p. 23

Trial 1a: Using social norms to increase tax debt payments

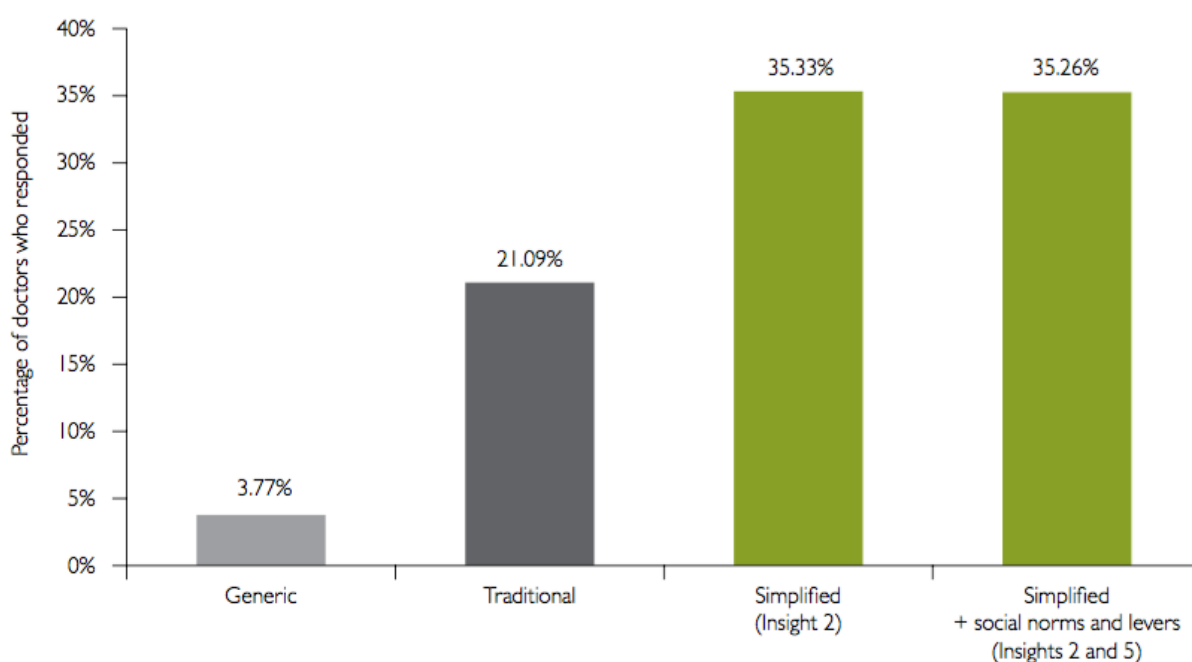


Em outro estudo, este bastante próximo, em nosso entender, à nossas sugestões para combate à litigância de má-fé, o Behavioral Team trabalhou junto com o HMRC para buscar o pagamento de passivos fiscais de médicos e dentistas.¹⁷¹¹

Em novembro de 2011, três mil cartas de quatro tipos diferentes foram enviadas para esses contribuintes: (i) cartas genéricas, idênticas àquelas enviadas para qualquer contribuinte; (ii) cartas tradicionais, usando estilo e termos normalmente empregados na comunicação da autoridade fiscal com esse tipo de contribuinte; (iii) cartas simplificadas, utilizando linguagem mais simples com mensagens-chave, enfatizando as consequências legais da detecção de uma fraude fiscal (a carta incluía, ainda, um aviso no sentido de que, com o recebimento daquela mensagem, a ausência de resposta seria tratada não mais como descuido, mas sim como comportamento doloso); (iv) por fim, o quarto modelo era uma variação do terceiro, em que se acrescentava uma mensagem no sentido de que 97% dos médicos cumprem corretamente suas obrigações fiscais.

Como se pode ver do gráfico abaixo, enquanto a carta genérica gerou apenas 4% de retorno e a carta tradicional 21%, a carta simplificada gerou resultados na ordem de 35%, sem grandes diferenças entre suas duas versões.¹⁷¹²

Gráfico 42 - Percentual de quitação das dívidas fiscais em relação às correspondências enviadas pelo HMRC



¹⁷¹¹ Ibidem, p. 24-25.

¹⁷¹² Ibidem, p. 25.

A característica marcante de todos esses experimentos é a sua relação de custo e benefício. Comunicações simples, utilizando informações verdadeiras, invocando normas sociais, reputação, ou as consequências da descoberta de um comportamento ilícito são suficientes para aumentar significativamente o nível de cooperação na relação do indivíduo com o Estado.

Note-se que os pesquisadores enfatizam, nesses casos, a importância de utilização do método *testar, aprender, adaptar*,¹⁷¹³ tendo em vista as sutilezas da mente e do comportamento humano, bem como a variedade das possibilidades de *priming* ou de outras formas simples e baratas de buscar cooperação.

Pensamos que todas essas possibilidades estão à disposição de nossos tribunais, que podem montar times de pesquisa para testar várias hipóteses junto a partes e advogados (e também a juízes, em outras circunstâncias). Na realidade do processo eletrônico, essa comunicação tem baixíssimos custos de transação, já que pode ser apresentada nas mais variadas formas, nos diversos ambientes do processamento eletrônico acessíveis aos advogados.

Como afirmamos no início, a efetividade dessas medidas depende de pesquisa empírica baseada em tentativa, erro e aprendizado. Todavia, a julgar pelos resultados obtidos em tantos experimentos reais e de laboratório ao redor do mundo, bem como pelo seu baixo custo, parece-nos que as ferramentas comportamentais não podem ser desprezadas como forma de obtenção de uma litigância cooperativa no processo civil brasileiro.

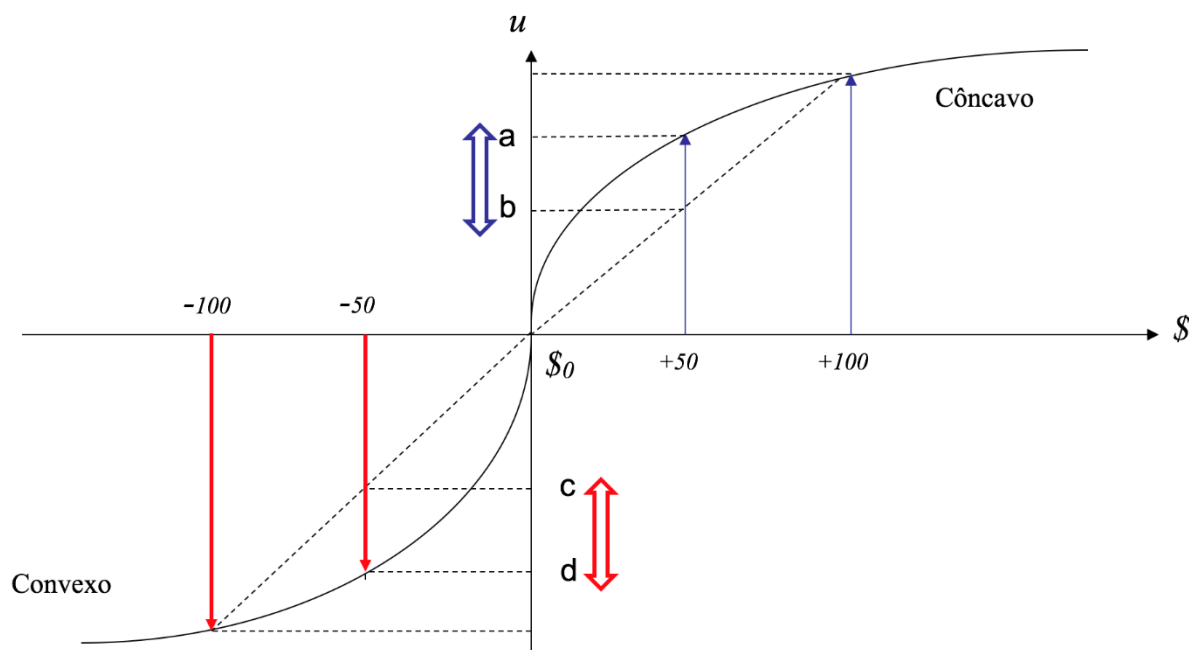
9.6.2 Teoria da perspectiva (*Prospect Theory*) e o verdadeiro valor das perdas e punições

Em capítulos anteriores estudamos a teoria da perspectiva. Vimos que uma das principais descobertas de Kahneman e Tversky foi a de que *certezas* são mais valorizadas do que *probabilidades*, o que implica reações distintas ao *risco* a depender das possibilidades de *ganho* ou de *perda* do agente. Assim, na média, as pessoas são avessas ao risco em situações de ganho potencial, mas passam a buscar o risco em casos de perda potencial, aceitando perdas esperadas ainda maiores na tentativa de evitar um prejuízo.

¹⁷¹³ “[...] This surprising given the impact of our other trials using descriptive social norms (for example Trial 1), but serves to underline that these effects are heavily context dependent and emphasizes the merits of a ‘test, learn, adapt’ approach”. Ibidem, p. 25.

Em consequência, a representação gráfica da teoria repete a *curva côncava* da secular *teoria da utilidade esperada* para os ganhos, a ela acoplando uma curva de utilidade convexa para as perdas. Vale a pena reproduzirmos, novamente, o gráfico:

Gráfico 43 - Teoria da perspectiva e a busca do risco nos casos de perda



De acordo com Kahneman e Tversky, as pessoas valoram resultados de acordo com as mudanças que eles representam a partir de um ponto inicial de referência, e não de acordo com o resultado final em si.¹⁷¹⁴

Assim, quanto mais longe de seu ponto de referência está um agente, menos ele *sente* a mudança de sua situação inicial, valendo isso tanto para ganhos quanto para perdas.¹⁷¹⁵ Isso é perceptível a partir da análise das curvas de utilidade de ganhos e de perdas.

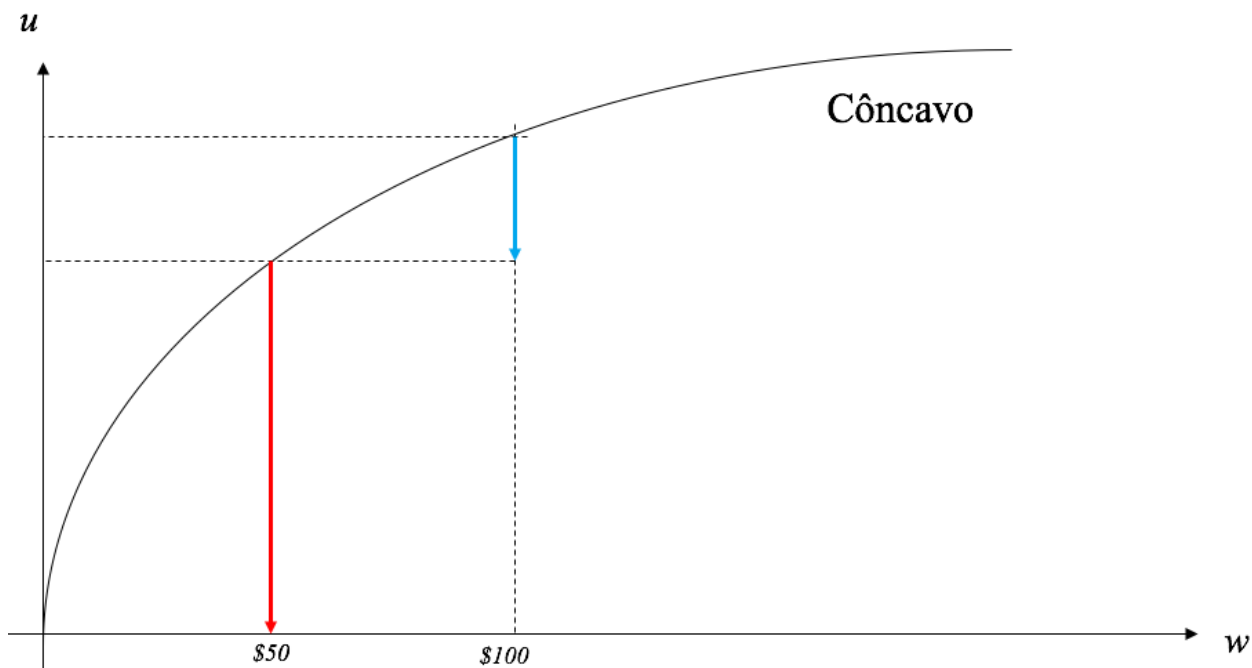
O caráter côncavo dos *ganhos* mostra, por exemplo, que a utilidade experimentada por um sujeito pelos primeiros R\$50 recebidos é bastante superior à utilidade proporcionada pelos próximos R\$50 (quando então o agente recebe o total de R\$100). No gráfico 44, abaixo, o *ganho de utilidade* dos primeiros R\$50 está identificado pela seta vermelha, enquanto o *ganho*

¹⁷¹⁴ “The apparent neglect of a bonus that was common to both options in Problems 11 and 12 implies that the carriers of value or utility are changes of wealth, rather than final asset positions that include current wealth. This conclusion is the cornerstone of an alternative theory of risky choice [...]” KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. **Prospect theory**, op. cit. p. 273.

¹⁷¹⁵ “Many sensory and perceptual dimensions share the property that the psychological response is a concave function of the magnitude of physical change. For example, it is easier to discriminate between a change of 30 and a change of 60 in room temperature, than is to discriminate between a change of 130 and a change of 160. We propose that this principle applies in particular to the evaluation of monetary changes.” Ibidem. p. 278.

de utilidade dos próximos R\$50 está representado pela seta azul. Repare-se na diferença de magnitude entre ambas as utilidades.

Gráfico 44 - Teoria da perspectiva: comparação dos ganhos decrescentes de utilidade

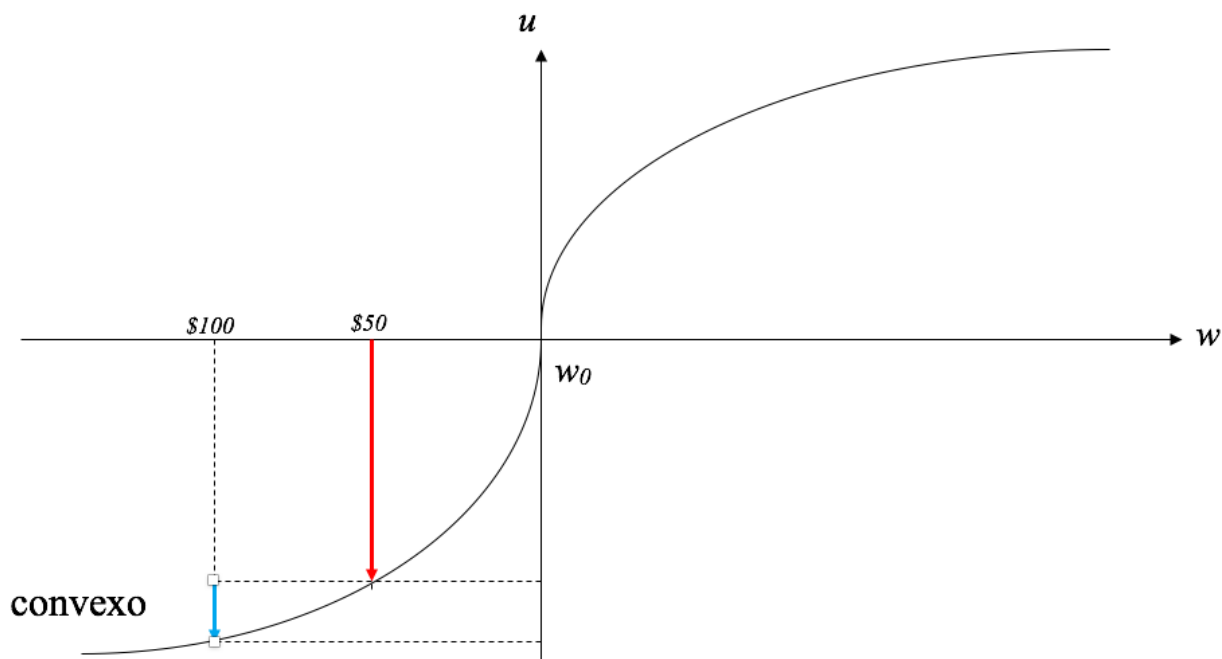


O mesmo vale, todavia, para as perdas, e essa é uma das grandes contribuições da *Prospect Theory* em relação à *Teoria da Utilidade Esperada*. É que, segundo esta última, que contava apenas com o aspecto côncavo, se a utilidade *crece* a taxas decrescentes, ela *diminui* a taxas crescentes. Para perceber isso basta olhar para o mesmo gráfico, imaginando a seta azul como representativa da perda de utilidade de R\$50 quando o sujeito possui inicialmente R\$100, e a seta vermelha como indicativa dessa perda quando do sujeito retira-se mais R\$50, zerando os recursos outrora recebidos.

Não é, todavia, dessa forma que as pessoas *sentem* as perdas de utilidade decorrentes da erosão da riqueza e de outros bens. Em verdade, como a *função de utilidade das perdas é convexa*, ela também *decrece a taxas decrescentes*,¹⁷¹⁶ de modo que, em uma *perda* de R\$100, os primeiros \$50 são mais sentidos do que os subsequentes. Isso fica claro no gráfico 45, abaixo, onde a seta vermelha representa a *magnitude* da *perda sentida* pelo agente quanto aos primeiros R\$50 e a seta azul representa a magnitude dessa perda quanto aos R\$50 seguintes.

¹⁷¹⁶ “Thus, we hypothesize that the value function for changes of wealth is normally concave above the reference point [...] and often convex below it [...]. That is, the marginal value of both gains and losses generally decreases with their magnitude.” Ibidem p. 278.

Gráfico 45 - Teoria da perspectiva: comparação das perdas decrescentes de utilidade



Essas conclusões têm forte impacto quando pensamos, por exemplo, nos efeitos da imposição de multas por litigância de má-fé.

Imagine-se, por hipótese, a necessidade de aumentar a sanção final contra o comportamento ímprobo de 10% para 20% do valor da causa, supondo-se: (i) valor da causa de R\$100mil; e (ii) certeza da imposição da sanção. A finalidade do aumento é, obviamente, contra-atacar os incentivos à litigância de má-fé

Nesse caso, claramente, o *impacto* da dobra da multa é inferior ao impacto inicial. Em outras palavras, se a multa inicial inibe o comportamento não cooperativo em grau 2, a dobra o fará em grau inferior a 4 e, talvez, não seja suficiente para impedir alguém com disposição em nível 4 para violar a norma processual. É dizer: não se pode esperar que o aumento do valor das sanções por litigância de má-fé produza desestímulos em taxas exatamente proporcionais à sua elevação, devendo-se, pelo contrário, imaginar que isso ocorrerá em proporção inferior à do próprio aumento.¹⁷¹⁷

¹⁷¹⁷ “Prospect theory thus implies that the deterrent effect of increasing the magnitude of penalties will have a strongly diminishing effect—the opposite of the case under the concavity assumption. Thus, for instance, the difference between a fine of \$8,000 and a fine of \$10,000 for a parking offender will be far less than the difference between a fine of \$0 and a fine of \$2,000—and the former difference may indeed be negligible.” JOLLS, Christine, **On law enforcement with boundedly rational actors**, Discussion paper n. 494, 09/2004, Harvard Law School, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, p. 14

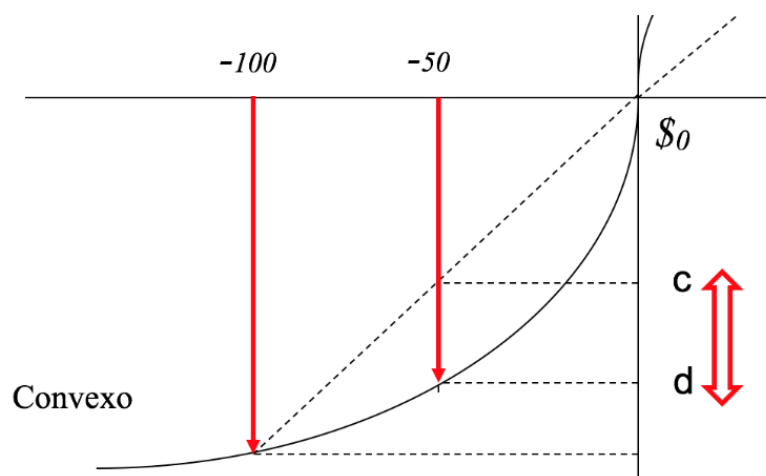
9.6.2.1 Teoria da perspectiva e magnitude da punição: certeza ou probabilidade?

Uma das importantes conclusões que se retiram do postulado de que ganhos e perdas devem ser analisados a partir de um ponto de referência inicial é a de que perdas *certas doem* mais do que perdas *prováveis* de mesmo valor esperado (aversão à perda — *loss aversion*).¹⁷¹⁸

Remetemos o leitor ao já citado experimento mental do jogo de moeda, no qual concluímos que, na média, as pessoas preferem, diante de uma perda certa de R\$50, jogar uma moeda podendo perder R\$100 ou zero com igual probabilidade.¹⁷¹⁹

Neste ponto, é novamente o aspecto convexo do gráfico da utilidade que nos importa. Ele *plasma* o que podemos chamar de *comportamento de risco* (*risk seeking*). É fácil notar que a distância entre os pontos *c* e *d* expressa a diferença de (des)utilidade entre perdas certas (*d*) e prováveis (*c*).

Gráfico 46 - Teoria da perspectiva: comportamento de risco para as perdas



A discussão é importante para o nosso debate. Como sabemos, as multas por litigância de má-fé variam para até 10% do valor da causa, e as decorrentes da prática de *ato atentatório* podem ir a até 20%.

¹⁷¹⁸ ZAMIR, Eyal, **Aversion**, in *The Oxford handbook of behavioral economics and the law*, SZENBERG, Michael, RAMRATTAN, Lall, (ed). Oxford University Press, New York, 2014 . p. 269-270.

¹⁷¹⁹ É a aversão ao risco de perda que explica o chamado *equity premium puzzle*, ou seja, o fato de o investidor médio preferir comprar títulos do tesouro nacional que rendem muito pouco ao invés de investir na bolsa de valores que, na média, rende muito mais. Ibidem. p. 270. É essa também a explicação para, nos EUA, as pessoas contratarem advogados remunerando-os pelo sucesso (ainda que com valor esperado maior) ao invés de pagar honorários pré-fixados (mesmo que de menor valor). ZAMIR, E., RITOV, I **Revisiting the debate over attorney's contingent fees: a behavioral analysis**. in *Journal of Legal Studies* 39, , 2019, pg. 245-288.

Imaginemos uma causa cujo valor seja de R\$100mil. Suponha-se, ainda, que a jurisprudência venha aplicando multas de litigância de má-fé em basicamente dois patamares, 5% ou 10% com iguais probabilidades.

Coloquemo-nos agora no lugar do réu que opta por mentir na contestação para elevar suas chances de vitória de 46,25% para 50%. Ele sabe que, caso seu comportamento ímprobo seja descoberto, ele terá 50% de chances de ser punido.

Qual a sanção esperada para esse réu? Ele faltará com a verdade ou preferirá adotar um comportamento cooperativo?

Aplicando as lições da economia clássica, o valor médio da multa nesses casos será de 7,5%.¹⁷²⁰ Como a chance de condenação remonta a 50%, o valor esperado dessa multa é de 3,75% do valor dado à causa, ou seja, R\$3.750. Zeram-se, assim, os incentivos para a prática do ato desleal (custo marginal iguala benefício marginal¹⁷²¹).

Ocorre que, do ponto de vista da economia comportamental, ganhos certos valem mais do que ganhos prováveis de mesmo valor esperado, mas perdas prováveis são menos sentidas do que perdas certas de mesmo valor.

Quando o réu decide sobre mentir ou não na contestação, ele *sabe* (no nosso exemplo) que suas chances de vitória aumentam 3,75 pontos percentuais, logo, isso equivale a exatamente R\$3.750 de benefício marginal esperado. Todavia, como a punição de 3,75% é uma média entre a punição mínima de 5% e a máxima de 10% (multiplicada pela chance de 50% de condenação), o decréscimo de utilidade por ela proporcionado será inferior a R\$3.750, inapto, portanto, a coibir a conduta ímproba, já que o seu benefício marginal será superior ao custo marginal da punição, em termos de *utilidade*.

Imaginemos agora que a jurisprudência tenha fixado para esses casos um patamar certo de sanção em 7,5%, remetendo aos mesmos 3,75% de valor esperado. Como nesse caso o valor esperado é certo, sua contribuição no desestímulo ao comportamento desleal é maior. Assim, é provável que ele ao menos iguale o benefício esperado, estancando o ímpeto para a litigância de má-fé.

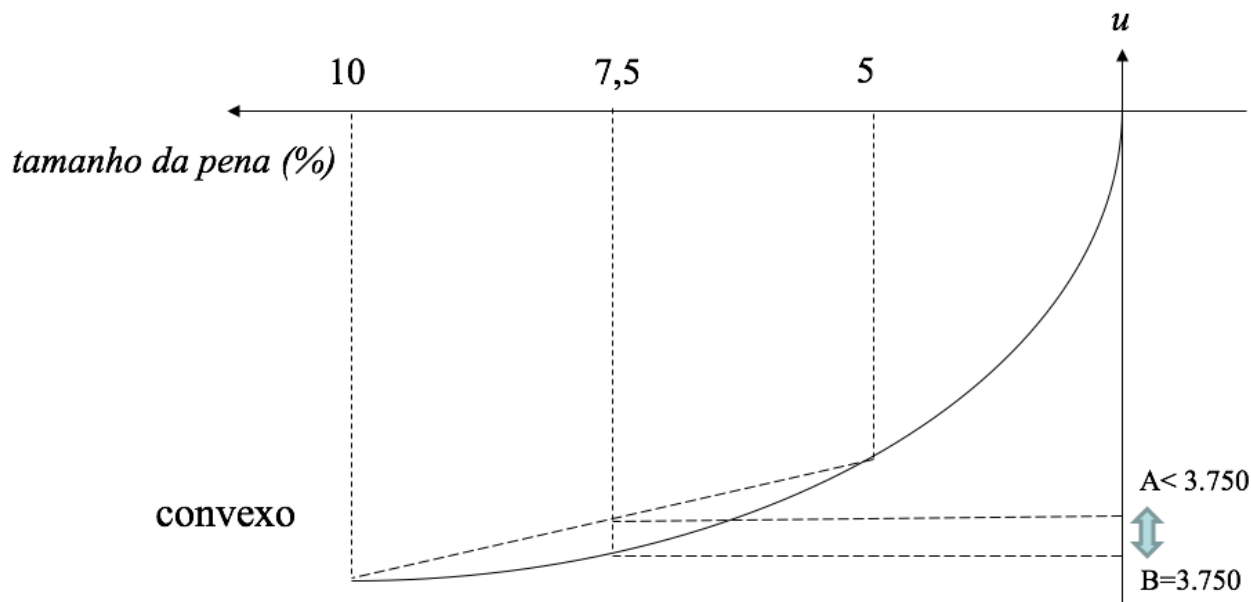
A função gráfica abaixo deixa tudo muito claro. O ponto A mostra o valor (impacto na utilidade) da jurisprudência oscilante entre multas de 5% e 10% do valor da causa, enquanto que o ponto B indica o valor da jurisprudência estável em multas de 7,5% do valor da causa.

¹⁷²⁰ $0,4625(100.000) + x(0,5)(100.000) = 0,5(100.000)$; $46.250 + x(50.000) = 50.000$; $x(50.000) = 3.750$; $x = \frac{3.750}{50.000} = 0,075$

¹⁷²¹ É dizer, o valor esperado da multa é idêntico ao valor esperado da conduta, porque, ao aumentar suas chances de vitória em 3,75% em uma causa cujo valor do pedido é de R\$100mil, o impacto no valor esperado da demanda é de exatos R\$3.750.

Claramente, o impacto da multa fixa na utilidade do agente é bem maior (diferença de impacto = $B - A$).

Gráfico 47 - Teoria da perspectiva: comparação do impacto punitivo gerado por punições por litigância de má-fé em valor certo e em valor variável



Posto isso, demonstra-se a superioridade de penas certas sobre penas variáveis, o que pode ser alcançado pela estabilidade da jurisprudência ou por escolhas legais que valorizem esse tipo de sanção.

A utilização de penas não pecuniárias, que diminuem fortemente a chance de vitória da *parte não cooperativa* no processo vai ao encontro dessa ideia. Se o réu sucumbente, por exemplo, perde o direito ao recurso, ele terá *certeza* da derrota.

Outro bom exemplo é a já citada utilização de tabela de valores pré-fixados para mensurar a indenização à parte contrária por danos morais e materiais causados (*in re ipsa*) pela litigância de má-fé. Além da economia processual proporcionada pela dispensa da prova, a certeza do valor da punição aumenta sua eficácia. Esse sistema, portanto, é bastante superior ao atual, vigente na doutrina e na jurisprudência, que impõe ao prejudicado não só a prova do dano, mas também da sua magnitude como condição para aplicação da sanção do art. 81, *caput*, segunda parte, do CPC/2015.

9.6.3 Força de vontade limitada (*bounded willpower*) e o poder das *punições rápidas*: passado versus presente e *desconto hiperbólico*

Se de um lado a força das punições é inversamente proporcional à sua magnitude, de outro o impacto punitivo aumenta de acordo com a rapidez da aplicação da sanção.

Pesquisas importantes demonstram que as pessoas valorizam muito mais o presente do que o futuro. Isso significa que punições imediatas, ainda que mais leves, são mais *sentidas* do que punições futuras, para as quais as partes acabam aplicando uma *taxa de desconto* fortemente decrescente (*hyperbolic discount*).¹⁷²² Essa é uma decorrência do viés comportamental da *força de vontade limitada* (*bounded willpower*).¹⁷²³

É bem verdade que, mesmo para a economia clássica, o presente vale mais do que o futuro, de modo que a qualquer valor futuro trazido ao presente deve ser aplicada uma taxa de desconto. Essa *taxa de desconto* é, todavia, constante para a análise clássica.

Por exemplo, fixada uma taxa de 1% para cada mês de distância, se um determinado valor for antecipado em 10 meses, a mesma taxa de 1% será replicada 10 vezes. Já para a economia comportamental, o valor de desconto para os meses mais remotos é bem maior,¹⁷²⁴ e vai diminuindo conforme se aproxima do tempo presente. Isso significa que, quanto mais distante estiver a *perspectiva da punição*, maior será a taxa de desconto aplicada no início, reduzindo-se esse percentual quanto mais se lhe traz para valor presente.

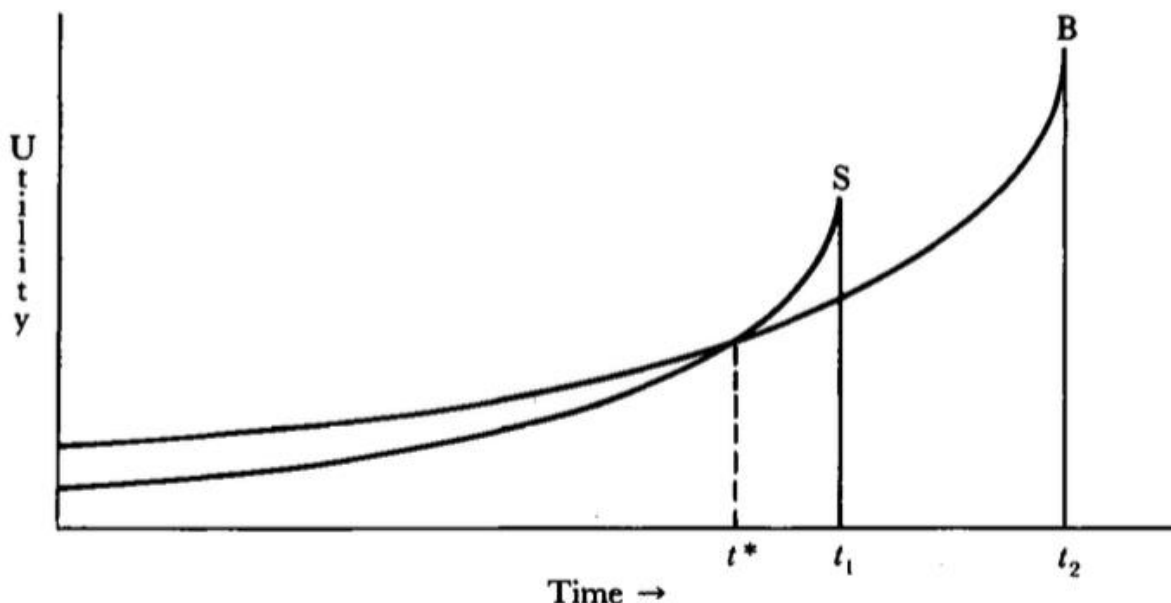
O gráfico 48, abaixo ilustra bem essa situação. Pesquisa empírica com estudantes demonstrou que, quando lhes era oferecida a escolha entre dois prêmios, um menor a ser consumido em breve e outro maior a ser consumido remotamente, eles preferiam o maior, desde que a fruição de ambos estivesse *suficientemente distante do tempo presente*. Todavia, quando a fruição está mais próxima, uma espécie de urgência e falta de autocontrole (*bounded willpower*) impulsionava os alunos a optarem pelo prêmio menor, porque muito próximo, em detrimento do maior, mais distante.¹⁷²⁵

¹⁷²² LAIBSON, David. **Golden eggs and hyperbolic discount.** in David Laibson. 1997. Golden eggs and hyperbolic discounting. Quarterly Journal of Economics 112(2): 443-477.

¹⁷²³ SUSTEIN at. al. op. cit. p. 1.538.

¹⁷²⁴ "A similar myopia is evident in the lament of a dermatologist that her warnings about the risk of skin cancer have little effect, but 'My patients are much more compliant about avoiding the sun when I tell them that it can cause large pores and blackheads'." LOEWENSTEIN, George; THALER, Richard H. **Intertemporal choice**, p. 182.

¹⁷²⁵ "When both rewards are sufficiently distant, the individual prefers B, but as S becomes more proximate, its relative value increases until at t^* , S abruptly comes to dominate B in terms of present utility. The significance of the crossing curves is that behavior will not generally be consistent over time." Ibidem, p. 185-186.

Gráfico 48 - Desconto hiperbólico¹⁷²⁶

Em certa medida, esse viés psicológico explica, por exemplo, o comportamento criminoso. O agente que comete um crime costuma beneficiar-se de imediato, mas a expectativa de punição protraí-se no tempo. Imagine-se um ladrão que furta uma bolsa. O benefício, decorrente da *posse* da bolsa e dos bens e valores que ela contém é imediato ao crime. Já as dores da punição são diferidas. Além da incerteza quanto à punição em si, o mero tempo gasto com a investigação e o devido processo legal diminui o *valor esperado da punição*. O benefício imediato do crime comparado ao custo futuro da punição (*descontado a taxas decrescentes*) gera um *problema de autocontrole*.¹⁷²⁷

Esse é um *insight* importante. Imagine-se uma pena fixa de 5 anos de reclusão para um determinado crime, com 30% de chances imposição efetiva. Em uma análise econômica clássica, a *pena esperada* para esse caso é de 1,5 anos. Todavia, por conta do tempo necessário para aplicação e início de execução da pena, seu *valor efetivamente esperado* pelo agente, no momento do cometimento do crime, será inferior a 1,5 anos, diminuindo ainda mais na proporção do tempo necessário para sua efetivação.¹⁷²⁸

¹⁷²⁶ AINSLIE, George. Specious Reward: A Behaviour Theory of Impulsiveness Control. *Psychological Bulletin*, v. 82, p. 463-509, 1975, apud LOEWENSTEIN, George; THALER, Richard H. *Intertemporal choice*, p. 186.

¹⁷²⁷ LOEWENSTEIN, George; THALER, Richard H. *Intertemporal choice*. *Journal of economic perspectives*, vol 3, N4. 1989, p 181-193. Especificamente p. 191-193.

¹⁷²⁸ No âmbito do direito penal, em que penas privativas de liberdade são cumpridas ao longo do tempo, o raciocínio aplica-se também para a pena em si. É porque os *primeiros dias* da reclusão recebem um *peso* superior aos últimos. Por isso, em direito penal, os economistas comportamentais recomendam penas curtas aplicadas rapidamente. Nesse sentido, Robert D. Cooter, Lapses, Conflict, and Akrasia in Torts and Crimes: Towards an Economic Theory of the Will, 11 INT'L REV. L. & ECON. 149, 154 (1991).

Voltemos ao gráfico 48 e imaginemos que, ao invés de prêmios, *S* e *B* refletissem sanções por litigância de má-fé. Imaginemos *B* como uma sanção maior e mais remota e *S* como uma sanção menor aplicada mais rapidamente. Por fim, tomemos o eixo vertical como medidor do nível de impacto dessas sanções. É fácil perceber que, apesar de maior, o nível de impacto da sanção *B* será inferior à esquerda de t^* . É que, nesses casos, a distância entre a prática do ilícito processual e a aplicação da sanção *B* é grande o suficiente para diminuir-lhe fortemente a magnitude, de modo a fazê-la inferior, em termos de *impacto*, à sanção menor de aplicação mais imediata.

A neurociência vem explicando essa exacerbada valorização do presente em detrimento do futuro.¹⁷²⁹ Em interessante experimento, indivíduos deveriam escolher entre consumir uma tigela de salada de frutas e um pedaço de bolo de chocolate.¹⁷³⁰ Notou-se que a maioria preferia o bolo, se a pergunta referisse o consumo imediato (por exemplo, para a refeição a ser feita no momento da pergunta). Todavia, se a pergunta referisse um momento posterior (por exemplo, o que comer na próxima refeição) a escolha dominante passava a ser a salada de fruta.

Os pesquisadores repetiram o experimento dividindo novos voluntários em dois grupos. Para o grupo 1 impunha-se a memorização de um número de sete dígitos, seguido da pergunta sobre o que comer naquele momento: bolo ou frutas? Para o grupo 2 a tarefa era a memorização de um número de apenas dois dígitos, fazendo-se a mesma pergunta na sequência.

Observou-se que, no grupo 1, a escolha de chocolate foi 50% superior à do grupo 2. É que, ao memorizarem um número maior, as pessoas do grupo 1 *ocuparam e distraíram* a parte mais racional do cérebro (*sistema 2*), dando mais espaço para a impulsividade (*sistema 1*).¹⁷³¹

Neurocientistas monitoraram o cérebro de participantes de experimentos similares com aparelhos de ultrassonografia enquanto escolhas similares eram realizadas.¹⁷³² Em todos os processos decisórios foi possível verificar atividade no chamado *córtex pré-frontal dorso lateral* (DLPFC, ou *sistema 2*). Todavia, apenas quando diante de escolhas que envolviam

¹⁷²⁹ Nesse sentido, ARIELY, Dan, **Predicably irracional. The hidden forces that shape our decisions**, Harper, New York, 2009 p. 263-264

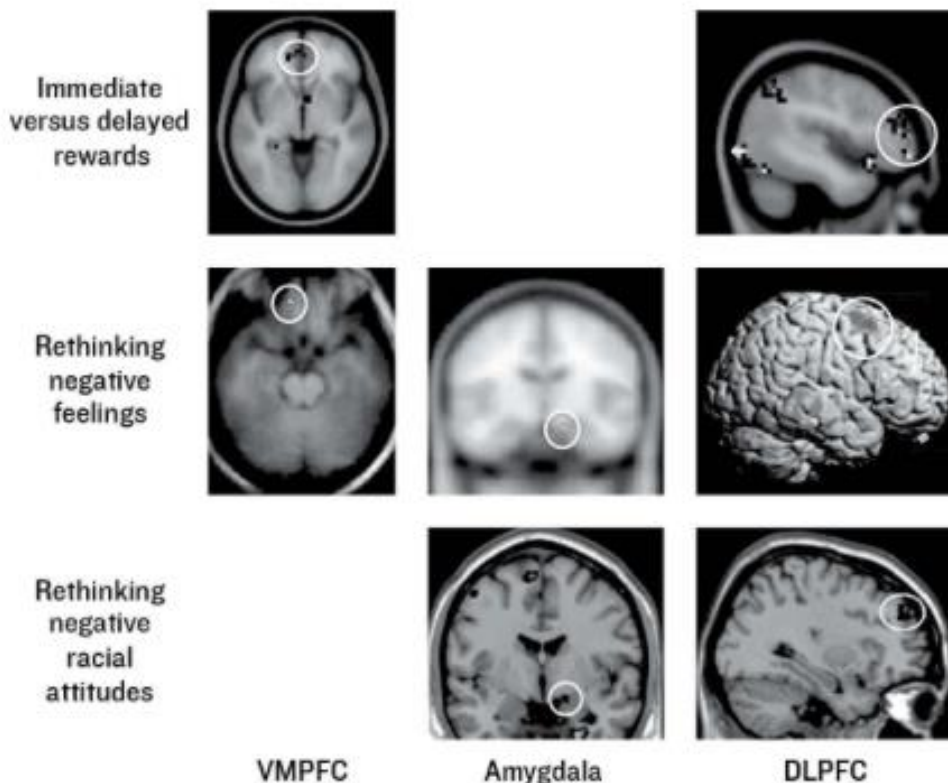
¹⁷³⁰ SHIV, Baba. FEDORIKIN, Alexander. **The heart and mind in conflict: the interplay of affect and cognition in consumer decision making**, in *Journal of consumer research*, 26(3): p 278-292, 1999.

¹⁷³¹ A referência aos sistemas 1 e 2 remete-nos às pesquisas de Kahneman e Tversky a respeito das duas formas de pensar: automática e reflexiva, respectivamente. Tratamos do tema, com profundidade, no capítulo 3, seção 3.3.

¹⁷³² OCHSNER, Kevin N.; BUNGE, Silvia A.; GROOSM James J. e GABRIELI, John D.E. **Rethinking feelings: An fMRI study of the cognitive regulation of emotion**. In, *Journal of cognitive neuroscience*, 2002 14(8) pg-1215-1229; MCCLURE, Samuel M.; ERICSON Keith M.; LAIBSON, David I., LOEWENSTEIN, George and COHEN, Jonathan D., **Time discounting for primary rewards**, in *Journal of neuroscience* 27(21), 2007, pg 5796-5804; William A. CUNNINGHAM, Marcia K. JOHNSON, RAYE, Carol L., GATENBY J. Chris, GORE John C., and BANAJI Mahzarin R., **Separable neural components in the processing of black and white faces**. in *Psychological Science*, 2004, 15(12): 806-813

recompensas imediatas ativava-se a região do *córtex pré-frontal ventromedial* (VMPFC, ou *sistema I*). A figura abaixo mostra esses resultados.¹⁷³³

Figura 42 - Estruturas cerebrais envolvidas no desconto hiperbólico¹⁷³⁴



De todo o exposto, é possível afirmar que, qualquer que seja a sanção, é importante que o possível agente, cujo comportamento se quer inibir, tenha real perspectiva de que ela será aplicada rapidamente. É que, como visto, os benefícios de sua má-conduta tendem a ser imediatos e, por isso, sobrevalorizados.

O raciocínio pode ser reconduzido aos problemas da litigância de má-fé e das respectivas sanções. O benefício da litigância pode ser imediato ao, por exemplo, mentir-se em audiência para influir na convicção do magistrado. Em contrapartida, é importante que a penalidade seja também aplicada rapidamente.

¹⁷³³ Experimento recentíssimo deu ainda mais força a essas conclusões: SHENHAV, Amitai; RAND, David G. e GREENE, Joshua D. The relationship between intertemporal choice and following the path of least resistance across choices, preferences, and beliefs. In, *Judgment and Decision Making*, Vol. 12, No. 1, January 2017, pp. 1–18.

¹⁷³⁴ GREENE, Joshua, op. cit. p. 139.

Assim, devem ser privilegiadas penalidades impostas de ofício pelo magistrado. Quanto à indenização à parte contrária (art. 81, *caput*, segunda parte, do CPC/2015), por exemplo, parece-nos superior, sob essa ótica, o entendimento de que se trata de dano *in re ipsa*, impondo-se o dever de indenizar sem necessidade de demonstração da ocorrência de dano.

Nessa mesma linha, apresentam-se mais eficientes as sanções não pecuniárias. É que, por não dependerem de execução típica, elas tendem à produção de efeitos imediatos, principalmente por retirarem direitos processuais das partes, diminuindo-lhes rapidamente as chances de vitória no processo (é o caso da pena por atentado — art. 77, § 7º, do CPC/2015 — e da sujeição do direito de recorrer ao depósito da multa — por exemplo, art. 1.021, § 5º, do CPC/2015).

Como fazemos questão de repetir ao longo de todo este trabalho, modelos econômicos comportamentais são mais complexos do que modelos clássicos e, em ciência, complexidade é um custo que tem de ser justificado. Todos os diagnósticos até aqui empreendidos apontam para equívocos legislativos e jurisprudenciais óbvios na estruturação de incentivos cooperativos. Para a correção desses incentivos, os modelos clássicos parecem-nos bastante eficientes. Não obstante, os *insights* da economia comportamental podem ser utilizados para uma espécie de *sintonia fina*, desde que, quando aplicados, sejam seguidos de estudos empíricos capazes de medir sua eficácia.

9.7 Conclusão parcial

Após o desenvolvimento de todos os modelos e exemplos deste capítulo e do anterior, pudemos confirmar que o atual sistema de combate à litigância de má-fé não confere os incentivos necessários para o surgimento de comportamento cooperativo das partes, ao menos na fase cognitiva do processo.

Mesmo que a jurisprudência se tornasse mais rigorosa com a parte ímproba (o que é difícil, dada a perda de utilidade que uma postura punitiva provoca no magistrado), os limites punitivos máximos da legislação, as dificuldades executivas e o problema de agência advogado-cliente dificultariam que se chegasse a *valores esperados* em montante suficiente para incentivar a cooperação como regra geral de conduta.

Obviamente, no nosso exemplo, a litigância de má-fé era propiciadora de uma vantagem bastante considerável no que diz respeito às possibilidades de vitória.¹⁷³⁵

¹⁷³⁵ Mas é isso que realmente pode ocorrer em grande parte dos casos. Ninguém litigará de má-fé se não for para

Por outro lado, no cálculo da sanção, desconsideramos dificuldades executivas e o problema de agência. Assim, em nosso sentir, os dados do nosso exemplo foram, ao fim e ao cabo, bastante conservadores. E, mesmo assim, vimos que as sanções por litigância de má-fé teriam de ser superiores a 66% do valor da causa para produzir comportamento cooperativo. Um resultado realmente difícil de se alcançar.

A esses aspectos, acrescentem-se os *insights* da economia comportamental, que apontam para existência de otimismo em relação à efetiva aplicação da sanção, recomendando não só penas mais altas, mas também investimentos na detecção da conduta ímproba e a utilização de técnicas de *priming*, evitando-se o *desprezo das pequenas probabilidades*.

A atividade punitiva da litigância de má-fé deve fazer-se saliente aos olhos de partes e advogados, realizando-se preferencialmente de forma rápida.

Vale ressaltar que, na hipótese de reforma legislativa deste tema, as melhores soluções seriam aquelas que privilegiassem: (i) aumento das sanções para as partes; (ii) criação de sanções diretas aos representantes das partes; (iii) retirada de direitos processuais da parte ímproba, capaz de, por si só, reduzir-lhe drasticamente as chances de vitória; (iv) rapidez na aplicação das sanções; (v) percentuais ou valores de sanção bem-definidos.

Estabilizada a litigância de boa-fé em equilíbrio de Nash, contribui-se enormemente para a busca da tutela jurisdicional justa, em prazo razoável. A proibidade na litigância diminui as possibilidades de erro judicial, bem como o tempo do processo, que são custos impactantes na *função de bem-estar social*. Já para garantir a efetividade da tutela e a definitiva superação do cenário de *tragédia da Justiça*, é necessário que o comportamento cooperativo estenda-se para as fases recursal e de cumprimento de sentença. É exatamente esse o tema do próximo capítulo.

umentar suas chances de vitória. Imagine-se, por exemplo, um caso de infração ao dever de verdade. Por exemplo, o réu em ação de cobrança que, sabendo da existência da dívida, nega peremptoriamente essa condição, tornando o fato controvertido e carregando o ônus da prova para o autor. A desincumbência do ônus da prova sempre gera uma dificuldade extra para a parte, diminuindo substancialmente suas chances de sucesso.

10 EFETIVIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS: A COOPERAÇÃO NOS RECURSOS E NA EXECUÇÃO

Neste capítulo estudaremos as possibilidades cooperativas nos recursos e na execução. A ideia é seguir analisando o ambiente cooperativo de acordo com a *trilha procedimental*, que agora alcança seu segmento final. O comportamento cooperativo segue sendo por nós considerado como aquele capaz de gerar os benefícios do art. 6º do CPC/2015, ou seja, colaborar para a criação de um sistema apto a entregar decisões de mérito justas, efetivas e em tempo razoável.

Até aqui, as possibilidades de criação de um ambiente cooperativo foram estudadas desde antes do ajuizamento da ação, passando pela postura das partes e do juiz na fase cognitiva do processo.

Imaginando o término da fase cognitiva com a sentença de mérito, é necessário abordar as possibilidades cooperativas nos recursos e no cumprimento de sentença. Dado que o efeito suspensivo prevalente da apelação impede o início do cumprimento provisório de sentença, essas duas fases interligam-se no que respeita à efetividade do processo, justificando o trato conjunto em capítulo próprio.

A função de bem-estar social que temos por parâmetro normativo deste capítulo deve agregar utilidades, de modo que o manejo dos recursos e dos meios de execução promova aqueles desejos do art. 6º do CPC/2015, diminuindo o quanto possível os custos sociais do processo. Isso significa que o recurso de apelação (fonte principal do nosso estudo sobre recursos) só deve ser apresentado nos casos em que as chances de reversão do provimento de mérito sejam razoáveis, e desde que as cortes de revisão sejam relativamente precisas na detecção de erros das instâncias originárias. Significa, ainda, que as medidas executivas devem ser aptas ao rápido cumprimento da decisão judicial, garantidas as defesas necessárias ao evitamento de erros e de excessos de execução.

10.1 Análise econômica dos recursos (principalmente da apelação)

Da sentença, cabe apelação (art. 1.009 do CPC/2015). A interposição desse recurso *prolonga* o segmento cognitivo do processo,¹⁷³⁶ levando-o à reapreciação em segunda instância, quando então a sentença pode ser mantida, reformada ou anulada.

¹⁷³⁶ DIDIER Jr, Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Curso de direito processual civil**: o processo nos

De modo geral, os recursos são uma *extensão do direito de ação exercido no processo*,¹⁷³⁷ razão pela qual, no estudo do comportamento cooperativo no momento recursal, podemos nos valer de *modelagem econômica* semelhante à utilizada para verificação das possibilidades cooperativas do ato de demandar.

Na análise econômica dos recursos, o objetivo é sempre tornar o julgamento final mais exato, ou seja, mais rente à realidade dos fatos e do direito, diminuindo os impactos sociais do *erro judicial*, a um determinado custo. Como já vimos quando do estudo do *devido processo legal* (seção 5.5), esse objetivo só se realiza por completo quando o custo do recurso é inferior ao custo do erro que foi por ele eliminado. Só assim o processo *preserva* recursos públicos e privados que, utilizados corretamente e de acordo com as necessidades sociais, aumentarão o bem-estar geral.

Cooperar no processo civil, como vimos, é atuar em busca de um provimento de mérito justo, efetivo e concedido em tempo razoável (art. 6º do CPC/2015). A interposição de apelação contra uma sentença de mérito evita não só seu trânsito em julgado, mas também o início do seu cumprimento, dilatando o tempo do processo e impedindo, via de regra, a efetivação da tutela.¹⁷³⁸ Sendo assim, o que poderia haver de cooperativo na interposição do recurso de apelação nesse caso? A resposta recai sobre um daqueles três objetivos, qual seja, a *busca de uma tutela justa*, aqui no sentido de correção de *erro in iudicando* ou *in procedendo* do julgamento original.

Assim, do ponto de vista do comportamento cooperativo que justifica a interposição do recurso, a cooperação na fase recursal consiste na possibilidade de correção de erros cometidos pelo juízo de primeiro grau, na busca de uma tutela justa, no sentido de sua correção e adequação aos fatos e ao direito material.

Para a economia de bem-estar (*welfare economics*), como vimos, a justificativa do duplo grau de jurisdição é o interesse social na diminuição de erros nos julgamentos a um determinado custo que seja inferior ao custo social dos erros que se deseja evitar. Em outras palavras, trata-se de direcionar investimentos em prol da *precisão do sistema de justiça*, a bem do aumento do bem-estar social final.¹⁷³⁹

tribunais, recursos e ações de competência originária de tribunal e *querela nullitatis*, incidentes de competência originária de tribunal, Salvador, JusPodivm, 2016, p. 87-88.

¹⁷³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10a ed. Rio de Janeiro, Forense, 2002, p. 236.

¹⁷³⁸ Graças ao efeito suspensivo como regra geral do recurso de apelação, na forma do art. 1.012 do CPC/2015.

¹⁷³⁹ Por *investimentos* não referimos só os financeiros, mas também os de tempo, que impactam inclusive nas demais características do processo colaborativo: a duração razoável do processo e a efetividade da tutela final.

É interessante notar que tais objetivos amoldam-se à *justificação política* utilizada pela doutrina clássica da teoria geral dos recursos,¹⁷⁴⁰ que, aliás, sequer vem reconhecendo o duplo grau de jurisdição como uma garantia constitucional, salvo em matéria penal.¹⁷⁴¹

10.1.1 O interesse social na eliminação dos erros de julgamento

Em nosso estudo, partiremos do pressuposto de que a *precisão do processo* (a eliminação da possibilidade de erro na decisão judicial) não tem um valor em si. Essa premissa é típica da economia de bem-estar social (*welfare economics*). Explicamos.

A busca da precisão da decisão judicial depende basicamente do desenho do procedimento e da postura das partes e do juiz quanto às questões de fato e de direito relevantes para julgamento da causa.¹⁷⁴² Como já vimos, o aumento da precisão da decisão final implica investimento de recursos no processo.¹⁷⁴³ Com efeito, processos mais longos, com ampla possibilidade de manifestação das partes, maior dilação probatória, e com possibilidade de revisão da decisão por um órgão colegiado, tendem a ser mais precisos, mas também mais morosos e mais custosos.¹⁷⁴⁴

Todavia, as partes, quando demandam, esperam que as decisões sejam as mais corretas possíveis. Mais do que isso, o cidadão, quando decide se cumprirá ou não a lei ou se tomará o devido cuidado no exercício das suas atividades para evitar danos a terceiros, leva em consideração a ameaça de que a atuação irregular ou descuidada implicará punições legais. Essas consequências, em última instância, serão impostas e garantidas pelo sistema de Justiça, desde que o processo seja apto à detecção precisa dos fatos violadores do direito e ao correto dimensionamento e aplicação e das penas. É dessa dinâmica que deflui o *valor social da precisão* do processo e de todo o sistema de Justiça.¹⁷⁴⁵

¹⁷⁴⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, op. cit. p. 237.

¹⁷⁴¹ Nesse sentido, NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**, 12a. ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 231-232; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**, 2a. ed., São Paulo, Ed. RT, 1994, p. 172.

¹⁷⁴² O tema da separação e definição das questões de fato e de direito no processo é antiquíssimo, e remonta ao próprio Jeremy Bentham. ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruo. **Recurso Especial [...]** op. cit. p. 347

¹⁷⁴³ KAPLOW, Louis, KAPLOW, Louis, **Intormation and the aim of adjudication - truth or consequences?** op. cit. p. 26.

¹⁷⁴⁴ SHAVELL, Steven, op. cit. p. 451.

¹⁷⁴⁵ “The main purpose of the legal system is not for adjudication to look good according to some abstract standard but rather for its operation—including the anticipation thereof—to foster productive activity, restrain harmful conduct, and avoid undue expense.” KAPLOW, Louis, **Intormation and the aim of adjudication - truth or consequences?** op. cito. p. 2.

No entanto, a busca desse valor depende de alocação de recursos pelas partes e pelo Estado. Dessa forma, o *nível de precisão que maximiza o bem-estar social é exatamente aquele que conjuga em termos ótimos a diminuição dos erros e os custos respectivos*.¹⁷⁴⁶

Em um sistema *perfeito*, se o cidadão *sabe* que a Justiça proferirá decisões “adequadas”, ele terá maiores incentivos para respeitar a lei, o que certamente fomentará atividades lícitas e cuidadosas, diminuindo o número de danos e de demandas judiciais. Além disso, exatamente porque confia-se na precisão da Justiça, ações judiciais baseadas em falsas alegações não serão propostas. Com isso, diminuem-se os gastos sociais com o próprio sistema de Justiça.¹⁷⁴⁷

A precisão da Justiça tem ainda relação com a previsibilidade das decisões judiciais, qualidade de imenso valor social.¹⁷⁴⁸ É que tal previsibilidade diminui o risco das atividades privadas. Como em toda sociedade existe um determinado grau de *aversão ao risco*, o ganho para o bem-estar social é evidente.

Posto isso, pode-se afirmar que, do ponto de vista da economia do bem-estar social, o *nível ótimo* de precisão do sistema de Justiça depende de um *trade-off* entre o seu impacto social e o seu custo.¹⁷⁴⁹ Como sabemos, o processo é fortemente subsidiado pela sociedade, de modo que qualquer investimento nele realizado diminui a quantidade de recursos públicos que poderia ser utilizada na busca do bem-estar social por outros caminhos, mais ou menos eficientes.¹⁷⁵⁰

É nesse ponto que devemos introduzir, ainda que de passagem, o tema da *busca da verdade* no processo.¹⁷⁵¹ Quer do ponto de vista filosófico, quer do ponto de vista científico, a abordagem doutrinária atual é bastante consistente com a ideia de que a verdade processual jamais será a verdade real, servindo mais como poderoso argumento retórico do que como forma irrefutável de decisão justa.¹⁷⁵² Quanto mais amplas as possibilidades recursais, maior o potencial de aproximação da verdade do processo, mas maiores os seus custos, financeiros ou não. Seu atingimento completo, todavia, é impossível.¹⁷⁵³

¹⁷⁴⁶ Ibidem, p. 451. “*The optimal evidence threshold is determined by this cost-benefit tradeoff: If the reduction in the evidence threshold indeed produces a deterrence gain in excess of the chilling cost, a lower threshold will raise social welfare. If the opposite, then raising the threshold will enhance social welfare.*” KAPLOW, Louis, op. cit. p. 16.

¹⁷⁴⁷ SHAVELL, Steven, ibidem, p. 453.

¹⁷⁴⁸ Ibidem, 453,

¹⁷⁴⁹ KAPLOW, Louis, op. cit. p. 26 e sgts.

¹⁷⁵⁰ Ibidem, p. 454.

¹⁷⁵¹ O tema for por nós abordado em: *A busca da verdade no processo (ou o “ouro de tolo”)*, in Revista de Processo, vol. 222/2013, p. 315 - 323 | Ago / 2013.

¹⁷⁵² Luiz Guilherme Marinoni, *Processo de conhecimento*, 7. ed., São Paulo, Ed. RT, 2008, p. 256.

¹⁷⁵³ “*Nontrivial system costs must usually be incurred to obtain even an approximation of the truth. Attempting to move closer is increasingly costly, and perfect truth is unobtainable. Should we nevertheless pretty much always aim at the truth?*” KAPLOW, Louis, p. 5.

Como também já estudamos, o valor social dessa busca pela verdade pode variar muito de caso a caso. Por exemplo, dada a dificuldade de se determinar precisamente a magnitude do dano moral, o STJ vem discutindo a possibilidade da adoção de tabelamento de valores nas hipóteses mais comuns.¹⁷⁵⁴ Essa postura jurisprudencial provavelmente reflete uma escolha pela diminuição da precisão na definição da magnitude do dano moral em prol da redução dos custos e do tempo do processo.¹⁷⁵⁵

Há, todavia, outro problema importante a ser atacado. Muitas vezes, o valor social que se retira da busca da precisão de um julgado é diferente do valor privado que a parte experimentará, ao buscar a mesma precisão. Como vimos no estudo sobre a decisão no ajuizamento de uma ação, essa divergência de interesses públicos e privados pode levar a aumentos ou diminuições de precisão socialmente indesejáveis.

Quando tratamos do tema do *interesse social no ajuizamento de uma demanda*,¹⁷⁵⁶ vimos que esse desalinhamento de interesses pode acontecer, por exemplo, em casos que envolvem pequenas lesões a múltiplos consumidores, que dificilmente investiriam tempo e recursos em um processo judicial na busca da demonstração de um dano cuja magnitude não justificasse o investimento. Nesses casos, apesar do evidente valor social a ser gerado por processos precisos na determinação desses danos, dificilmente serão propostas demandas individuais em quantidade suficiente para pressionar o fornecedor a mudar de comportamento, salvo de houver algum tipo de subsídio para essas ações ou alguma técnica de agregação de demandas.

Sob a ótica dos recursos, imagine-se um caso em que o autor tenha obtido uma condenação de R\$50mil, mas produza intensa atividade recursal em busca de uma condenação de R\$100mil a partir de uma necessária revisão dos erros na apreciação dos fatos pelas instâncias inferiores. Caso o custo dessa busca supere os benefícios sociais gerados por essa correção, ela não será socialmente desejável.¹⁷⁵⁷ Novamente, uma tabela de valores,

¹⁷⁵⁴ Em verdade, o STJ vinha adotando uma espécie de método bifásico, em que se partia de um valor-base de dano moral retirado de precedentes que verssem casos semelhantes, para, em uma segunda fase, analisar as peculiaridades do caso concreto e ajustar o valor. http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Quarta-Turma-adota-método-bifásico-para-definição-de-indenização-por-danos-morais

¹⁷⁵⁵ Todavia, recentemente houve um recuo da jurisprudência o sentido da aplicação de tabela de valores para os danos morais, ressaltando-se a importância de se investigarem mais a fundo as circunstâncias do caso concreto. A discussão deu-se por ocasião do julgamento do Re. 1.446.213, quando o tema foi afetado como recurso repetitivo a pedido do Min. Paulo de Tarso Sanseverino (tema 937). O tema foi, todavia, desafetado por maioria, prevalecendo o voto do Min. Luis Felipe Salomão no sentido de que a *fixação de valores indenizatórios pressupõe a necessidade de ponderação caso a caso*.

¹⁷⁵⁶ Capítulo 6, seção 6.1.1.

¹⁷⁵⁷ Adaptando exemplo de Shavell, imagine-se que o *custo privado* desses múltiplos recursos seja \$1mil e o *custo*

previamente determinada pela jurisprudência, talvez fosse socialmente mais adequada. Ou mesmo uma determinação do sistema que impossibilitasse ou limitasse a interposição de recursos para reanálise de matéria fática. É exatamente o que ocorre (ou deveria ocorrer) na seara dos recursos excepcionais, concretizada tal limitação nos verbetes das súmulas de jurisprudência do STJ (n. 7) e do STF (n. 279).¹⁷⁵⁸

No Brasil, como veremos, essa divergência de interesses público e privado na interposição de recursos é ainda maior. É que o *custo privado* da interposição é bastante baixo. Já os benefícios sociais da busca dessa precisão vão depender do caso concreto, mas é pouco provável que se justifique a interposição de múltiplos recursos, que, para além de aprofundar a tragédia da Justiça gerada pela acumulação de processos nas instâncias superiores, nem sempre será apta a prover incentivos que realmente detenham a violação à lei (*deterrence*),¹⁷⁵⁹ ou, ainda, a aproximar o julgamento da verdade dos fatos e do direito para além de um determinado ponto.

Por fim, é preciso considerar que, quando o *cenário de tragédia* instaura-se nas instâncias superiores, a capacidade desses tribunais de julgar com maior precisão diminui drasticamente, colocando em *xequê* a própria finalidade dos recursos. Compare-se, por exemplo, a capacidade de precisão de um juiz de primeiro grau que lida com cinco mil processos com a de um ministro do STJ que solucionou, em média, 10.350 processos no ano de 2015.¹⁷⁶⁰

subsidiado seja \$4mil. O custo de \$1mil justifica a interposição desses recursos mesmo que suas chances de sucesso sejam baixas (por exemplo, 10%, o que conferiria \$5mil de *valor esperado* a esse recurso, visto que haverá 10% de chances de \$50mil de aumento na condenação). Note-se que o *custo total* (público e privado) desses recursos iguala seu *valor esperado*, que será absorvido completamente pelo autor, que gastou apenas \$1mil. Todavia, qual o benefício social da possibilidade de aumento da condenação? Provavelmente será inferior a esses \$5mil gastos com o recurso. Como afirma Shavell, “*there is a systematic tendency for private parties to value accuracy in determining the magnitude of harm above its social value.*” Op. cit. p. 456. Se, ao invés de discutir-se incessantemente a magnitude do dano, a jurisprudência fixasse uma tabela de valores (para determinados casos, e quando possível), é bem provável que o efeito de *frear* comportamentos socialmente inadequados aparecesse com mesma ou maior intensidade do que com a técnica de buscar a demonstração da magnitude do dano através de dilação probatória seguida de inúmeros recursos após a sentença.

¹⁷⁵⁸ O tema é, todavia, mais complexo do que parece, e o seu exame minucioso fugiria dos limites deste trabalho. Note-se, no entanto, que o STJ, com amparo em qualificada doutrina, vem separando da vedação do verbete n. 7 os casos de *revalorização da prova*, que, em verdade, seriam hipóteses de *errores in judicando*. (ALVIM, Teresa Arruda e DANTAS, Bruno, op. cit. p. 357-360). Talvez por isso, o STJ continue admitindo recursos especiais para discutir a *exorbitância* ou a *irrisoriedade* dos valores fixados a título de indenização por danos morais, a partir dos fatos considerados como provados na decisão recorrida. Nesse sentido, Resp. 1650794/PE, Min. Herman Benjamin, 2aTurma, Dje 20/04/2017.

¹⁷⁵⁹ É o que ocorre, por exemplo, em todos os casos de atividades socialmente desejáveis que se submetem ao regime de responsabilidade civil objetiva, quando não há nada que o ofensor possa fazer para minorar os danos causados por sua atividade. SHAVELL, Steven, op. cit. p. 455.

¹⁷⁶⁰ **Relatório Justiça em Números** 2016, op. cit. p. 351.

Todavia, de forma geral, a doutrina da análise econômica do processo reconhece virtudes nos sistemas que permitem apelação das decisões de primeiro grau.¹⁷⁶¹ Dentre elas está o fato de ser relativamente mais barato corrigir erros pela via da apelação do que pelo investimento em desenhos procedimentais mais elaborados em primeiro grau de jurisdição. Em outras palavras, é mais barato apostar na correção de erros pela via recursal do que pela busca de um processo perfeito, sem erros, em primeiro grau de jurisdição.

A partir de agora, estudaremos essa ideia minuciosamente.

10.1.2 Calculando o custo social do erro

O simples fato de existir uma instância revisora tende a diminuir o erro de julgamento em primeiro grau, pois é natural que o juiz, ao saber que seu trabalho poderá ser revisto, atue com maior cautela no momento de decidir.¹⁷⁶²

Imagine-se, por exemplo,¹⁷⁶³ que o custo total (Ct) (público e privado) de um determinado processo seja R\$1mil e que a probabilidade de erro no julgamento de primeiro grau (R) seja de 20%. Assuma-se, ainda, que o *custo social* desse erro $C(e)$ remonte a R\$25mil. Nesse caso, a expectativa do custo social de litigância (Cs) será: $Cs = Ct + R(Ce)$, ou seja: $Cs = 1.000 + 0,2(25.000) = 6.000$.

Considere-se agora a possibilidade de apelação, *tendo-se por premissas que o recurso só será interposto em caso de erro de julgamento e que esse erro será detectado pelo tribunal em 90% dos casos* — o que nos leva a calcular a possibilidade de erro no tribunal (R') em apenas 10%. Assumamos os custos totais da apelação (Cap) em R\$1mil. Nesse caso, o *novo* custo social de litigância (Cs') será: $Cs' = Ct + R[Cap + R'(Ce)]$;¹⁷⁶⁴ $Cs' = 1.000 + 0,2[1.000 + 0,1(25.000)] = 1.000 + 700 = 1.700$.

¹⁷⁶¹ Shavell, op. cit. p. 462-463; COOTER, Robert e ULEN, Thomas, p. 410-412; SHAVELL, Steven, **The appeal process as a means of error correction**, in Journal of legal studies, n. 24, 1995, p 397-426.

¹⁷⁶² “The appeals process—whereby litigants can have decisions of adjudicators reviewed by a higher authority—is a general feature of formal legal systems (and of many private decision-making procedures). The appeals process leads to the making of better decisions because it constitutes a threat to adjudicators whose decisions would deviate too much from socially desirable ones. Further, it yields this benefit without absorbing resources to the extent that adjudicators can anticipate when appeals would occur and would want to make decisions to forestall the actual occurrence of appeals.” SHAVELL, Steven, *The Appeals Process and Adjudicator Incentives*, in [Journal of Legal Studies, vol. 35 (January 2006)].

¹⁷⁶³ COOTER e ULEN, op. cit. p. 411

¹⁷⁶⁴ $Cs' = Ct + R[Cap + R'(Ce)]$. Nessa fórmula, os custos sociais do processo levam em conta a interposição de apelação apenas nos casos em que houve erro de julgamento em primeira instância ($R=20\%$ dos casos). Por isso, a soma dos custos da apelação e dos novos custos sociais do erro (reduzidos a 10% dos casos) são multiplicados por 0,20.

Nesse exemplo, os custos sociais de litigância, que eram de R\$6mil sem apelação, caíram para apenas R\$1.700 por conta da interposição do recuso. Obviamente, a redução do custo é consequência direta da redução do percentual de erro de julgamento, fruto dileto da hipótese recursal.

Repare-se, todavia, nas premissas do nosso exemplo. Consideramos que o sucumbente somente apela *quando realmente detecta um erro no julgamento de primeiro grau*. Para além disso, consideramos que o tribunal de revisão é extremamente preciso (só erra em 10% dos casos).

A bem da verdade, sabemos que esse sistema quase ideal não opera na prática. Com efeito, se apelações somente fossem interpostas em casos de erro, e se o tribunal soubesse disso, elas seriam julgadas procedentes em 100% dos casos. Levando esse raciocínio ao extremo, os juízes tomariam todos os cuidados possíveis para evitar erros em suas sentenças, o que derrubaria, e muito, o número de apelações.¹⁷⁶⁵ O sistema seria barato e eficiente.

Todavia, como veremos abaixo, é possível que os custos privados da apelação justifiquem sua interposição mesmo nos casos com pouca chance de revisão pela corte superior, o que acaba comprometendo a eficiência do sistema.¹⁷⁶⁶

10.1.2.1 Interposição de apelação: análise de eficiência do modelo brasileiro

Para analisarmos a eficiência das apelações no Brasil, optamos por retomar o exemplo utilizado quando da modelagem do ajuizamento da demanda e das possibilidades de autocomposição: demanda buscando condenação em R\$50mil (*Ua*), a título de indenização por danos materiais, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Naquele foro, calculamos o valor das custas e taxas iniciais em R\$1,5mil, com honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor dado à causa. Arbitramos honorários contratuais em R\$3mil e demais custos administrativos em R\$1mil para cada parte. Custas, taxas e honorários sucumbenciais foram considerados *custos de litigância (Ct)*, enquanto que honorários contratuais foram incluídos na rubrica dos custos administrativos (*Ca*), por compartilharem da característica de não serem reembolsáveis.

Quando a probabilidade de vitória do autor (*Pa*) multiplicada pelo valor do pedido (*Ua*) era superior aos custos esperados do processo para esse mesmo autor, satisfazia-se a chamada

¹⁷⁶⁵ É o que sugere Shavell em **The Appeals Process and Adjudicator Incentives**. Vide nota 1.762.

¹⁷⁶⁶ SHAVELL, op. cit. p. 459

condição de litigância, que pode ser assim representada: $Pa \cdot Ua \geq Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$. Ainda naquele capítulo, partindo da mesma fórmula, isolamos a variável da probabilidade de vitória, reescrevendo a inequação da seguinte forma¹⁷⁶⁷: $Pa \geq \frac{Ca+Cl}{Ua+Cl}$

Mantendo Pa como variável, e aplicando às demais todos os números assumidos para aquele exemplo, chegamos ao percentual de 18% de chances de vitória como justificador mínimo para o ajuizamento da ação.

Agora, ao estudar a eficiência do modelo atualmente vigente para interposição da apelação, partiremos exatamente das mesmas premissas e fórmulas, utilizando matemática semelhante e, inicialmente, a estrutura de custas do TJ-RJ.

Apesar da semelhança do modelo, algumas diferenças têm de ser consideradas: (i) aqui, por Ua devemos considerar o valor total a ser pago pelo sucumbente caso ele não apele, o que inclui o valor do pedido original e os custos de litigância. É dessa soma que se decalca o *valor* total do pedido da apelação; (ii) nos custos de litigância da apelação, devemos considerar as custas de preparo exigidas por determinado tribunal e os honorários recursais que serão acrescidos aos já estipulados em caso de derrota, nos moldes no art. 85, § 11, do CPC/2015; (iii) os custos administrativos da apelação incluirão eventuais novos honorários contratuais, além dos aborrecimentos que o prolongamento do processo pode gerar ao próprio apelante (perda de tempo, ansiedade, etc.).

Assim, por simplicidade, vamos manter alguma proporção em relação aos custos iniciais, além de considerar os valores oficialmente cobrados pelo TJ-RJ a título de preparo.

Considerando que o réu-apelante sucumbiu *in totum* (pedido do autor julgado totalmente procedente), o valor total a ser por ele pago ao autor inclui os R\$50mil do pedido principal, além do reembolso das custas de R\$1,5mil e de honorários fixados em 10% sobre o valor da causa (R\$5mil). Portanto, a reversão do julgado *valerá* inicialmente a soma da desses valores. Assim, $Ua = 56.500$.

Vamos considerar, conservadoramente, que o advogado cobrará R\$1mil para apelar da sentença condenatória, e que demais custos administrativos da apelação remontarão a R\$500. Assim, a totalidade dos custos administrativos (não reembolsáveis) será $Ca = 1.500$.

Por fim, as custas de preparo para apelação civil no TJ-RJ são um *valor fixo* de R\$249,48, de acordo com o anexo III da Portaria CGJ n. 2.683/2016, alterada pela Lei estadual n. 7.127/2015.¹⁷⁶⁸ Utilizando sistema de cálculo de GRERJ eletrônica do site do tribunal,

¹⁷⁶⁷ ARAKE CAVALCANTE, Henrique Haruki, Op cit. p. 19 e 20

¹⁷⁶⁸ Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/documents/1017893/3111246/novas-custas-jud-29-12-2016.pdf>

encontramos o valor final de preparo de R\$299,36 para este recurso.¹⁷⁶⁹ Por simplicidade nos cálculos, vamos arredondar esse valor para R\$300.

Já quanto aos honorários recursais, para o caso de derrota na apelação, optemos por fixá-los de modo conservador em 5% sobre o valor da causa. Isso porque a condenação inicial em honorários foi em 10% e os recursais não podem ultrapassar 20%. Ao fixar os honorários recursais em 5% (o que equivalerá a um acréscimo de R\$2,5mil), o Tribunal ainda deixa uma *margem* para a imposição de novos honorários na eventualidade de futuros recursos.¹⁷⁷⁰

Os custos de litigância serão: $Cl = 300 + 2.500 = 2.800$.

Na posse desses dados, podemos agora calcular qual o percentual mínimo de possibilidade de provimento (Pa) que essa apelação tem de ter no TJ-RJ para que sua interposição *valha a pena* do ponto de vista do sucumbente. Para tanto, retomando a inequação com apenas essa probabilidade isolada mantida como variável, teremos:

$$Pa \geq \frac{Ca+Cl}{Ua+Cl}; Pa \geq \frac{1.500+2.800}{56.500+2.800}; Pa \geq \frac{4.300}{59.300} = 0,0725$$

Com os números sugeridos e os custos oficiais de preparo do TJ-RJ, no nosso exemplo, conclui-se que *vale a pena* apelar da sentença sempre que suas chances de provimento forem iguais ou superiores a 7,25%.

Pode-se argumentar que o valor do preparo da apelação no TJ-RJ é extremamente baixo, e que, por essa razão, encontramos percentual tão ínfimo. De fato, o TJ-RJ é um tribunal *caro* para o ajuizamento de demandas, mas é realmente *barato* do ponto de vista recursal.

Todavia, se *transferirmos* nossa apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, onde o *preparo* do recurso de apelação é, provavelmente, o mais alto do Brasil (4%),¹⁷⁷¹ encontraremos Pa um pouco mais alto, mas ainda bastante baixo, em 9,8%.¹⁷⁷²

Por sua vez, na Justiça Federal, cujo valor do preparo equivale a 1% sobre o valor da causa, teríamos 7,5% de probabilidade mínima necessária, no mesmo exemplo.¹⁷⁷³

¹⁷⁶⁹ Trata-se de cobrança de adicionais, como, por exemplo, 10% do total das custas para CCARJ/IAB. A calculadora pode ser encontrada em: <http://www4.tjrj.jus.br/grerjweb4/judicialCalculosAbrir.do>

¹⁷⁷⁰ Como já apontamos antes, o *limite de 20%* acaba tendo um efeito sistêmico de limitação em todas as instâncias inferiores. Nesse sentido, BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil - Inteiramente estruturado à luz do novo CPC (LGL\2015\1656)**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 131.

¹⁷⁷¹ Ao contrário do TJ-RJ, o TJ-SP é um tribunal *barato* para demandar (apenas 1% sobre o valor da causa), mas caro para recorrer. É o que se deflui do art. 4º da Lei paulista n. 11.608/2003, atualizada pela Lei n. 15.855/2015.

¹⁷⁷² $Pa \geq \frac{1.500+4.500}{56.500+4.500} = 0,98$.

¹⁷⁷³ $Pa \geq \frac{1.500+500+2500}{55.500+4.500} = 0,75$. Neste caso, consideramos os valores das custas conforme elas são cobradas na naquela Justiça, como já desenvolvemos em capítulo anterior, ou seja, 1% sobre o valor dado a causa. Por isso,

Probabilidades assim tão baixas têm um efeito extremamente pernicioso no sistema como um todo e, possivelmente, explicam o *alastramento* do cenário de tragédia da Justiça para os tribunais.

Isso decorre da comparação desse *sentimento mínimo* de chances de procedência do recurso com o grau de precisão dos tribunais quando do julgamento desses mesmos recursos.

Explicamos. É muito pouco provável que um determinado tribunal consiga uma taxa de precisão superior a, digamos, 90% de acerto na reapreciação das sentenças de primeiro grau.

Como se sabe, desembargadores têm contato apenas indireto com determinados meios de provas. Além disso, o acúmulo de trabalho deixa pouco tempo para que esses magistrados reavaliem, de uma só vez, as diversas camadas probatórias e argumentativas que foram paulatinamente acrescentadas ao processo em primeiro grau. É mais provável que todo o julgamento de segunda instância dê-se a partir de uma rápida leitura das razões e contrarrazões da apelação, além de uma nem sempre muito interessada oitiva das sustentações orais que se multiplicam nos dias de sessão de julgamento.

Parece, assim, bastante razoável (a até mesmo conservador), que assumamos que os tribunais brasileiros cometam erros na reapreciação dos fatos e (ou) do direito em, ao menos, 10% dos casos sob sua análise. Isso significa que, no julgamento de apelações, uma corte brasileira, de cada 100 recursos julgados procedentes, reformará corretamente 90 sentenças defeituosas, mas *alterará equivocadamente 10 sentenças que estavam corretas*.

Isso implica que, nessa corte, uma apelação de uma sentença efetivamente defeituosa terá 90% de chances de procedência, enquanto que uma apelação de uma sentença correta terá 10% de chances de procedência.¹⁷⁷⁴

Nessa linha de raciocínio, se nessa corte os custos do processo envolvidos com a interposição da apelação exigirem mais de 10% de chances de procedência para que *valha a pena apelar*, apenas sucumbentes que sabem que a sentença está errada apelarão. Os demais não vão apelar, exatamente porque a *taxa de erro do tribunal* é inferior à mínima probabilidade de provimento que as custas recursais exigem de um *apelante racional*. Em outras palavras, se os custos envolvidos com o ato recursal não recomendam que se apele quando as chances de provimento são inferiores a 10%, sucumbentes que sabem que a sentença está correta não vão apelar, pois a *taxa de erro* do tribunal é inferior a esse limite.

Ua aqui foi igual a 55.500, e não 56.500, como no TJ-RJ. Já o preparo recursal é de 1% sobre o valor da causa (Lei 9.289/96, art. 14, II), ou seja R\$500, no nosso exemplo, um pouco superior, assim, ao valor de R\$300 cobrado no TJ-RJ.

¹⁷⁷⁴ SHAVELL, Steven, op. cit. p. 458.

Isso significa que apenas sentenças *erradas* serão atacadas por apelação, e elas serão devidamente corrigidas em 90% dos casos.

Todavia, se os custos envolvidos com a interposição do recurso exigirem menos de 10% de chances de procedência para que *valha a pena apelar*, podemos prever que todos os sucumbentes apelarão, pois sempre haverá, ao menos, 10% de chances de que a apelação seja provida. É este o caso dos nossos exemplos.

Vimos que com apenas 7,25% de chances de provimento vale a pena apelar da sentença no TJ-RJ. Se o percentual de erro desse tribunal for superior a esse número (no nosso exemplo era de 10%), podemos prever que todos os sucumbentes apelarão, mesmo aqueles que *sabem que a sentença está material e formalmente correta*.

Ora, apelar de uma sentença que se sabe correta não é um comportamento cooperativo, exatamente porque não busca uma decisão *justa* e porque dilata o tempo do processo para além do razoável.

Como já antevia Barbosa Moreira,

a utilização das vias recursais pode explicar-se por uma série de razões [...], desde a sincera convicção de que o órgão *a quo* decidiu de maneira errônea, até o puro capricho ou espírito emulatório, passando pelo desejo de ganhar tempo, pela irritação com os dizeres da decisão recorrida [...] e assim por diante.¹⁷⁷⁵

Ficam distantes, assim, os objetivos do comportamento cooperativo exigidos pelo art. 6º do CPC/2015.

A separação de litigantes que recorrem com sinceridade daqueles que recorrem por motivos menos nobres não se dá naturalmente, mas sim pelos incentivos decalcados da *estrutura dos custos envolvidos com a atividade recursal*,¹⁷⁷⁶ comparada com a taxa de erro do próprio tribunal que vai julgar o recurso.

No nosso exemplo, se o valor que se procura reverter (*Ua*) é de R\$56.500, e se a sentença está correta, o *valor esperado bruto* dessa apelação será R\$5.600 (caso a chance de erro no julgado do tribunal seja de 10%). Ocorre que a soma dos custos administrativos e de litigância envolvidos é de apenas R\$4.300. É fácil prever que o sucumbente racional sempre apelará da sentença, pois ele *gasta* R\$4.300 com um ato cujo *valor esperado* é R\$5.600.

¹⁷⁷⁵ op. cit. p. 238.

¹⁷⁷⁶ Shavell, op. cit. p. 459.

Podemos mesmo utilizar a fórmula da *condição de litigância* de que nos valem para estudar as possibilidades de acordo antes do ajuizamento da ação. Naquela fórmula, sempre que o lado esquerdo da equação fosse superior ao lado direito, a demanda seria ajuizada. Vale lembrar: $Pa \cdot Ua \geq Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$.

Adaptando: sempre que o *valor da apelação* (Ua), multiplicado por suas chances de provimento (Pa), for superior a todos os custos envolvidos com sua interposição, a via recursal será utilizada, sem distinção entre litigantes sinceros e litigantes não cooperativos.

Neste ponto, a solução para a busca do comportamento cooperativo das partes na utilização das vias recursais aparece clara: é preciso elevar o custo dos recursos e a qualidade (precisão) do julgamento nos tribunais.

Ocorre que um dos fatores que influem na qualidade do julgamento é exatamente o tempo que cada desembargador tem para analisar um processo.¹⁷⁷⁷ No atual cenário de tragédia, apenas investimentos maciços no recrutamento de novos juízes poderiam resolver o problema. Todavia, já vimos em outra oportunidade que *aumentos de estrutura tendem a gerar aumentos de demanda*.¹⁷⁷⁸ Assim, parece-nos que a solução inicial passa por um aumento substancial nos custos da atividade recursal.¹⁷⁷⁹

Voltando ao nosso exemplo e tomando por base a taxa de erro do tribunal (extremamente conservadora) de 10%, mantendo fixos todos os dados e variável apenas o valor do preparo, podemos calcular o valor mínimo de preparo (x) que impediria litigantes não cooperativos de apelar de sentenças que sabem estarem corretas. Partindo de nossa fórmula original, teríamos:

$$Pa \geq \frac{Ca + Cl}{Ua + Cl}$$

$$0,10 \geq \frac{1.500 + x + 2.500}{56.500 + x + 2.500}$$

$$0,10 \geq \frac{x + 4.000}{x + 59.000}$$

$$0,10 \cdot (x + 59.000) \geq x + 4.000$$

$$0,10x + 5.900 \geq x + 4.000$$

$$5.900 - 4.000 \geq x - 0,10x$$

¹⁷⁷⁷ Outro fator fundamental é a instabilidade da jurisprudência pela ausência de um sistema estável de precedentes que sejam efetivamente respeitados.

¹⁷⁷⁸ Retomamos o exemplo da criação de uma nova faixa de rolagem em uma via movimentada. Meses depois, com mais veículos na rua, a via já estará congestionada.

¹⁷⁷⁹ É a sugestão de Shavell. op. cit. p. 459.

$$1.900 \geq 0,9x$$

$$1.111,111 \geq x$$

Como se pode ver, dos *apenas* R\$300 atualmente recolhidos a título de preparo recursal no TJ-RJ, passaríamos para R\$2.111,11, um valor mais de sete vezes superior, equivalente a 4,2% do valor original da causa de R\$50,000,00. Algo próximo do percentual utilizado na justiça paulistana.¹⁷⁸⁰

Caso trabalhemos com percentual de erro maior, digamos 20%, o valor máximo de preparo teria de ser de R\$9.750¹⁷⁸¹ (19,5% do valor originário da causa).

Obviamente, a elevação dos custos não precisa ser totalmente concentrada no valor do *preparo recursal*. Aumento dos honorários recursais e mesmo imposição de multas pela interposição de recursos protelatórios podem levar a resultados equivalentes. Todavia, como já vimos, a jurisprudência é muito restritiva na punição de recursos protelatórios, enquanto que a elevação dos honorários está, infelizmente, limitada ao teto global de 20% sobre o valor da causa.

10.1.3 Qualificações e extensões do modelo

Como dissemos no início deste capítulo, a *modelagem econômica* da decisão de interpor um recurso é muito semelhante à por nós utilizada quando do estudo da decisão de ajuizamento da ação. Dessa forma, as variações e consequências lá observadas aplicam-se aqui de forma muito parecida, não exigindo maiores detalhamentos.

Nessa linha, podemos listar as seguintes *afirmações*, sem necessidade de novas demonstrações:

- i. sempre que houver cobrança de honorários contratuais para interposição de recursos em valor superior aos custos administrativos do advogado, haverá *agency problem* na relação advogado/cliente, de modo que o advogado racional poderá recorrer mesmo nos casos em que, para o cliente, o valor esperado da apelação seja negativo;

¹⁷⁸⁰ É preciso lembrar que os números do relatório CNJ/2016 não servem para *testar* a nossa tese. É que, naquele documento, não se mede o *índice de recorribilidade das sentenças*, mas sim o *índice de recorribilidade externa*, que tem por base de cálculo não somente sentenças, mas todas as decisões recorríveis, incluindo-se as interlocutórias passíveis de agravo de instrumento. Op. cit. p. 100-101.

¹⁷⁸¹ $0,20 \geq \frac{x+4.000}{x+59.000}$; $0,20 \cdot (x + 59.000) \geq x + 4.000$; $0,20x + 11.800 \geq x + 4.000$; $0,20x - x \geq 4.000 - 11.800$; $-0,8x \geq -7.800$; $\frac{7.800}{0,8} \geq x$; $9.750 \geq x$

- ii. quanto maior for o valor de Ua , menor será a chance de provimento necessária para justificar a interposição do recurso;¹⁷⁸²
- iii. a fixação de *teto de custas recursais* diminui a chance de procedência necessária para justificar a interposição do recurso para casos de alto valor. Quanto maior for o valor da causa, maior será a *gratuidade* do recurso;¹⁷⁸³
- iv. as possibilidades de autocomposição de conflito na fase recursal são menores do que as existentes em primeiro grau. Lembremos, mais uma vez, da *condição de litigância*: $Pa \cdot Ua \geq Ca + Cl \cdot (1 - Pa)$. Em sede de apelação, o *valor a ser economizado* é muito menor (os custos administrativos tendem a ser inferiores nessa fase, bem como os custos de litigância, quer porque o valor do preparo é inferior ao das custas iniciais, quer porque a perspectiva de condenação em honorários sucumbenciais dificilmente passará de 5%, contra o mínimo de 10% da sentença de primeiro grau). Isso diminui o lado direito da inequação, o que *favorece a litigância*. Por outro lado, se o grau de precisão do tribunal na correção de erros for alto, e se sua jurisprudência for estável, é possível que haja redução na assimetria de expectativas, o que *favoreceria a realização de acordos*. No entanto, é sabido que o *índice de acordos* em segunda instância é próximo de zero.¹⁷⁸⁴ Uma das possíveis explicações adicionais é a ausência de oportunidades como as da audiência do art. 334 do CPC/2015, além da postura pouco ativa dos membros dos tribunais na estimulação da autocomposição. Essas duas últimas características aumentam os custos de transação dos acordos e eles acabam não se realizando.¹⁷⁸⁵

Além dessas quatro afirmações, uma outra extensão do modelo deve ser aqui considerada.

É que as conclusões decalcadas neste capítulo para o recurso de apelação funcionam e podem ser aplicadas para os demais recursos do sistema. Sempre que esses recursos tiverem custos inferiores às proporções aqui estudadas, os problemas percebidos serão agravados.¹⁷⁸⁶ É

¹⁷⁸² Até porque Ua é denominador na fórmula de determinação da *probabilidade mínima* de sucesso para justificar a interposição do recurso: $Pa \geq \frac{Ca+Cl}{Ua+Cl}$. Assim, obviamente, quanto maior o denominador Ua , menor será o resultado de Pa . É bem verdade que parte do valor das custas de litigância é impactada pelo valor de Ua , mas sempre em proporção inferior.

¹⁷⁸³ Isso ocorre porque, com o teto para valores altos, aumentam-se o denominador Ua e, após certo ponto, mantém-se fixos parte dos valores de Cl . Em consequência, o denominador da equação aumenta com muito mais intensidade.

¹⁷⁸⁴ É o que se vê do relatório do CNJ. Em 2015, esse índice ficou em 0,3% dos processos julgados. Relatório CNJ/2016, op. cit. p. 45

¹⁷⁸⁵ Novamente, a imposição da mediação online, mesmo em segundo grau, poderia favorecer a autocomposição.

¹⁷⁸⁶ SHAVELL, Steven, op. cit. p. 461-462.

o que se dá, por exemplo, quando se decide pela não cobrança de honorários advocatícios nos embargos de declaração ou no agravo interno,¹⁷⁸⁷ ou ainda quando se interpõe recurso especial ou extraordinário e não se podem fixar honorários recursais porque, por conta de recursos anteriormente interpostos, atingiu-se o limite de 20% imposto pelo art. 85, § 11, do CPC/2015.

É importante notar que, com múltiplos graus de jurisdição ou com vários recursos possíveis no mesmo grau, o processo torna-se cada vez mais caro e lento. Neste ponto, é relevante questionar se o benefício social da maior precisão no julgamento promovida por tantos recursos justifica os custos envolvidos. O tema foi estudado no trato do princípio do *devido processo legal*, na seção 5.5. deste trabalho. Naquele momento, vimos que incrementos de participação das partes contribuem para a boa realização do direito material (a obtenção da tutela *justa e efetiva*, do art. 6º do CPC/2015) apenas até certo ponto, tornando-se improdutivos daí em diante.

Parece-nos que isso ocorre no Brasil, principalmente quando as cortes superiores convertem-se em instâncias revisoras de terceiro e quarto grau, ou quando a possibilidade de interposição de múltiplos recursos horizontais *fraciona* um determinado *grau de jurisdição*, dilatando por demais seu ciclo de consumação, como ocorre quando se admitem diversos embargos de declaração ou agravos internos no mesmo processo.

Em todos esses casos, a relação de custo-benefício desses incrementos processuais parece tornar-se cada vez menos vantajosa.

10.1.4 Atualizações da economia comportamental

Os vieses comportamentais estudados para a decisão de propositura da ação aplicam-se também no momento recursal.

Neste ponto, destaca-se o viés de otimismo do sucumbente/apelante. Ele implicará que a chance real de procedência do recurso tenda a ser superestimada, aumentando ainda mais o cenário de tragédia nos tribunais. Por exemplo, se houver 50% de nível de otimismo, uma apelação com chances reais de 5% de provimento será *avaliada* pelo apelante com

¹⁷⁸⁷ Como recentemente reafirmou a segunda seção do STJ, no ERESP EREsp n. 1539725 / DF, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, acórdão ainda não publicado até a data deste trabalho, mas noticiado em 20/10/2017 em http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunicação/noticias/Not%C3%ADcias/Segunda-Seção:-decisão-que-nega-provimento-a-agravo-pode-fixar-honorários-recursais

possibilidades de 7,5% de sucesso, o que passaria a *justificar* a interposição do recurso no exemplo utilizado neste capítulo.¹⁷⁸⁸

A teoria da perspectiva (*prospect theory*) também influencia o comportamento do apelante. É preciso lembrar que, por essa teoria, analisam-se ganhos e perdas a partir de um ponto de referência. Assim, no momento de o réu sucumbente decidir se apela ou não, ele, em verdade, opta por uma perda certa no valor exato da condenação já existente ou uma perda ainda maior com x% de chances.

Um exemplo de Kahneman ilustra bem esse ponto.¹⁷⁸⁹ Pergunte-se o leitor: *O que você prefere: perder R\$900 com certeza, ou 90% de chances de perder R\$1.000?* Se o leitor representar a média da população, preferirá a segunda opção, *mesmo que os valores esperados das duas opções sejam idênticos.*¹⁷⁹⁰

Vamos aplicar essa teoria aos valores do exemplo até aqui utilizado. Condenado a pagar R\$50mil, além dos ônus sucumbenciais, o réu deve decidir entre aceitar a decisão ou apelar com alguma chance de reversão.

Partindo de um ponto de referência *zero*, e com todos os dados até aqui utilizados, a escolha será entre: perder R\$56.500 com certeza (aceitando o trânsito em julgado da sentença e depositando valor principal e sucumbência no prazo do art. 523 do CPC/2015) ou perder R\$59.300 com uma determinada chance (x%)?¹⁷⁹¹

Pela teoria clássica, se as chances de improcedência forem de até 95,27%,¹⁷⁹² a apelação não será interposta. De outro lado, pela teoria da perspectiva, o réu sucumbente aceitará correr um risco de uma aposta com o valor de *perda esperada* superior ao de uma perda certa. Talvez aceite até mesmo uma aposta com valor de perda esperada superior ao da perda certa. Isso porque, como já explicamos, as pessoas têm *aversão à perda*, e, por isso, aceitam correr riscos de perdas maiores para evitá-la.

¹⁷⁸⁸ Com efeito, como vimos, no cenário *racional*, nosso exemplo exigia apenas 7,25% de chances de provimento para justificar a interposição do recurso. Assim, com apenas 5% de perspectivas a apelação não seria interposta. Todavia, em um cenário de otimismo no qual as chances de vitória são elevadas em 50%, aqueles 5% passam a ser percebidos como 7,5%, alterando o comportamento do sucumbente que agora interporá o recurso.

¹⁷⁸⁹ Op. cit. Location 4659.

¹⁷⁹⁰ Isso porque 90% de chances de perder \$1.000 tem valor esperado negativo de \$900.

¹⁷⁹¹ Para simplificar o exemplo, estamos desconsiderando os custos administrativos da apelação, que jamais serão recuperados. Assim, R\$59.300 refere o denominador da equação, refletindo a soma do valor *perdido com certeza* (*Ua*) com os custos de litigância da apelação (*Cl*, reversíveis, em caso de vitória). $Pa \geq \frac{Ca+Cl}{Ua+Cl}$; $Pa \geq \frac{1.500+2.800}{56.500+2.800}$

¹⁷⁹² $59.300 \cdot (x) = 56.500$; $x = \frac{56.500}{59.300} = x = 0,9527$.

10.1.4.1 *Endowment effect, status quo bias* e autocomposição em segunda instância

Por fim, resta analisar a hipótese de alguns vieses comportamentais ainda não estudados protagonizarem papel decisivo no baixíssimo número de acordos que se verifica em segunda instância.

Um ponto fundamental é que, diferentemente do que ocorre em primeiro grau de jurisdição, já houve prévia *alocação do direito material* quando o processo encontra-se no tribunal (supondo-se, claro, o anterior proferimento de sentença de mérito).

Esse fato faz toda a diferença em termos comportamentais, provocando o surgimento de um importante viés, denominado *efeito dotação (endowment effect)*.

Segundo Richard Thaler, *endowment effect* é o padrão de comportamento segundo o qual as pessoas, para abrir mão de um bem, frequentemente exigem mais do que elas mesmas estariam dispostas a pagar para obter o mesmo bem caso não o possuíssem. Isso ocorre porque o sentimento de *perda* decorrente da retirada de um determinado bem do patrimônio é superior ao sentimento de *ganho* proporcionado pela aquisição do mesmo bem.¹⁷⁹³ Samuelson e Zeckhauser afirmam, alternativamente, existir um *viés de “status quo”*, no sentido de as pessoas serem avessas a mudanças de *status* de forma geral (*status quo bias*).¹⁷⁹⁴

Isso ocorre provavelmente por questões evolutivas. Com efeito, Knutson, Lowenstein e colegas comprovaram, utilizando ressonância magnética, como esse efeito atinge determinadas áreas do cérebro de forma diferente no ato de comprar ou de vender, ou de comprar a preços sabidamente baixos.¹⁷⁹⁵

Esse efeito pode ser percebido em vários fatos cotidianos, envolvendo, por exemplo, compra e venda de ingressos para shows ou eventos esportivos concorridos. Nesses casos, as pessoas que já compraram ingresso normalmente estão dispostas a vendê-lo apenas por valores que jamais aceitariam pagar, caso não o possuíssem.¹⁷⁹⁶

¹⁷⁹³ Thaler, Richard, **Toward a Positive Theory of Consumer Choice**, Journal of Economic Behavior and Organization, 1980, 1, 39-60. p. 44.

¹⁷⁹⁴ Samuelson, William, and Richard Zeckhauser, **Status Quo Bias in Decision Making**, Journal of Risk and Uncertainty, 1988, 1, 7-59.

¹⁷⁹⁵ “Subjects showed greater nucleus accumbens (NAcc) activation for preferred products across buy and sell conditions combined, but greater mesial prefrontal cortex (MPFC) activation in response to low prices when buying versus selling. During selling, right insular activation for preferred products predicted individual differences in susceptibility to the endowment effect. These findings are consistent with a reference-dependent account in which ownership increases value by enhancing the salience of the possible loss of preferred products.”

Brian Knutson, G. Elliott Wimmer, Scott Rick, Nick G. Hollon Drazen Prelec and George Loewenstein, **Neural Antecedents of the Endowment Effect**, disponível em: https://www.academia.edu/2839853/Neural_antecedents_of_the_endowment_effect

¹⁷⁹⁶ KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack L, THALER, Richard H. **Anomalies: The Endowment Effect, Loss**

Esse viés comportamental tem sido comprovado em inúmeros experimentos ao longo dos anos. No mais famoso, parte dos alunos em uma sala de aula recebe uma caneca com insígnia da faculdade. Após, são instados a negociar as canecas com os colegas que não as receberam. O valor médio oferecido costuma ser a metade do valor médio exigido. O mesmo vale para quando o experimento é repetido com outros bens.¹⁷⁹⁷

É possível que o proferimento da sentença, ao alocar direitos a uma das partes, ainda que provisoriamente, promova uma espécie de *endowment effect* que torne a parte vencedora mais exigente em eventual acordo, quando haja apelação por parte do vencido.¹⁷⁹⁸

Uma das consequências imediatas do *endowment effect* é a diminuição da quantidade de transações de mercado que seria previsível de acordo com parâmetros clássicos. No exemplo das canecas, poucas vendas acabam ocorrendo exatamente porque os alunos proprietários da caneca exigem valores que a maioria dos compradores não está disposta a pagar.¹⁷⁹⁹ Assim,

Aversion, and Status Quo Bias , in *The Journal of Economic Perspectives*, 5(1), pp. 193-206, Winter 1991 p. 194

¹⁷⁹⁷ Ibidem, p. 196.

¹⁷⁹⁸ Nesse sentido, Sunstein, Cass et. al. op. cit. p. 1498. O tema foi por nós tratado no estudo do princípio do devido processo legal, seção 5.5 deste trabalho.

¹⁷⁹⁹ Em interessante experimento, um determinado bem é apresentado para um grupo de 12 pessoas, pedindo-se para cada indivíduo que se lhe atribua um valor. Após, 6 unidades idênticas do bem são randomicamente distribuídas entre membros do grupo. A teoria econômica clássica prediz que aqueles que inicialmente atribuíram maior valor ao bem, mas não o receberam, o adquirirão daqueles que atribuíram menor valor, mas acabaram recebendo o bem, de modo que sempre ocorreriam transações que, ao final, alocariam as 6 unidades para os 6 indivíduos que atribuíram maior valor ao bem. Todavia, na prática, a transação só ocorre quando há grandes diferenças de valoração do bem entre os negociantes, ou seja, entre compradores que lhe atribuem grande valor e vendedores que inicialmente atavam pouco valor ao bem. Isso, obviamente só ocorre *por acaso* e em poucos casos, de modo que a quantidade de transações acaba sendo bem inferior à prevista. O experimento comprova que o *endowment effect* diminui a quantidade de negociações que seriam possíveis se as pessoas fossem totalmente racionais. Ibidem, p. 196. A figura abaixo mostra o que deveria ocorrer se as pessoas se comportassem de forma racional. Repare-se principalmente na terceira linha, quando os bens seriam realocados para as pessoas que lhes dão maior valor. Em outra obra, THALER apresenta uma representação gráfica do estudo: Richard, *Misbehaving*, op. cit. p. 151:

por um preço baixo. O preço desses vinhos teve grande apreciação no tempo, de modo que uma garrafa que fora adquirida a \$10 passou a valer \$200 em leilões. O tal economista, porém, não se vê disposto nem a comprar novas garrafas nem a vender as já adquiridas, bebendo-as apenas ocasionalmente.¹⁸⁰⁵ Nesse caso, existe uma *preferência pelo estado atual das coisas*, que *condiciona* o economista enólogo contra qualquer movimento de compra ou de venda das garrafas de Bordeaux. É a essa *passividade* que damos o nome de *status quo bias*.

Voltemos ao processo como situação jurídica de Goldschmidt. A *instabilidade* gerada pelo início do processo refletiria bem a posição do economista disposto a comprar garrafas de vinho. Já o proferimento da sentença, ao *outorgar a tutela*, gera situação de *estabilidade*, à qual o outorgado se *vincula* como efeito do *status quo bias*. Assim, da mesma forma que, após adquirir as garrafas, o enólogo não mais vende nem compra vinhos daquela espécie, a parte vencedora na sentença não se disporá à negociação de um acordo.

Há, obviamente, uma *licença poética* na justaposição da teoria de Goldschmidt à ideia de *status quo bias*. É que, em verdade, a sentença recorrida não *aloca o direito* de modo definitivo, o que só se dará com a coisa julgada. Não obstante, a evidente atribuição de direitos decorrente da tutela de mérito geraria um efeito dotação e uma indisposição à negociação.

Em conclusão, aventa-se que, ao menos por hipótese, esses vieses comportamentais, dificultam movimentos autocompositivos bem-sucedidos nos tribunais recursais, principalmente em razão da recalitrância do recorrido. Essa hipótese, porém, ainda carece de comprovação empírica.¹⁸⁰⁶

10.1.5 Conclusão parcial

Do exposto, ficou demonstrado que a atual estrutura de incentivos é incapaz de prevenir que partes sucumbentes recorram mesmo sabendo que o direito não lhes acolhe as pretensões,

¹⁸⁰⁵ KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack L., THALER, Richard H. *Anomalies...*, op. cit. p. 194.

¹⁸⁰⁶ É importante notar que a posse de bens cuja finalidade principal é a troca por outro bem não gera o efeito dotação. É o caso de dinheiro, por exemplo, ou da mercadoria do comerciante. É incerto que a sentença que condena em obrigação de pagar quantia certa tenha natureza equivalente à de dinheiro para o vencedor do processo. Parece-nos mais provável que tal documento comporte-se como um *título representativo de um bem*, provocando, assim, o efeito dotação. Obviamente, esse efeito não seria suficiente para o autor rejeitar o pagamento integral dos valores nele referidos, mas talvez baste para que o autor exija, em acordo, valor superior ao que seria esperado após a interposição da apelação pelo réu (ou seja, superior ao valor da sentença multiplicado pelas chances de desprovimento do recurso, subtraído dos custos administrativos não reembolsáveis em caso de apelação). Nesse sentido, KAHNEMAN, Daniel e NOVEMSKY, Natham, **The boundaries of loss aversion**, in *Journal of Marketing Research*, Vol. XLII (May 2005), 119–128. Especificamente: “*Intentions define a good as an object of exchange or as an object of consumption, and therefore they determine whether giving up that good is evaluated as a loss or a fore-gone gain. Budgeting intentions distinguish between within-budget expenditures, which are not treated as losses, and extrabudget expenditures, which evoke loss aversion.*” P. 127

apostando exclusivamente na demora ou na imprecisão das instâncias revisoras. Essa postura não cooperativa agrava a situação de *tragédia da Justiça*, dilatando o tempo do processo e aumentando a probabilidade de os tribunais cometerem novos erros de julgamento, com evidentes prejuízos ao bem-estar social.

10.2 A efetividade das decisões judiciais como fundamental ao ambiente cooperativo do processo: cooperação na execução

O objetivo desta seção é estudar o comportamento cooperativo no segmento executivo do processo, sua fase final, ainda que não necessária.

As ideias aqui desenvolvidas, posto que voltadas ao cumprimento de sentença que condena em obrigação de pagar quantia certa, aplicam-se também a outras modalidades de cumprimento de sentença e mesmo à execução fundada em título extrajudicial.

A premissa básica é a de que o cumprimento de sentença é, por si só, uma *anomia do processo*, decorrente de uma patologia nascida no útero do tratamento de uma patologia anterior. Se a crise de uma relação jurídica de direito material é o pressuposto de processo de conhecimento que ofereça a tutela jurisdicional como remédio para essa crise,¹⁸⁰⁷ o cumprimento de sentença deve propiciar a tutela executiva como *uma nova terapia para uma nova crise*: a que decorre do descumprimento da própria decisão judicial.¹⁸⁰⁸

Como toda anomalia, o que se deseja, acima de tudo, é que ela não exista. É a ideia de que *é melhor prevenir do que remediar*. Conectando o ditado popular ao tema principal deste trabalho, pode-se afirmar que a necessidade de se iniciar o cumprimento de sentença decorre da postura *não cooperativa* do réu que descumpriu a decisão judicial. Parece estranho, mas o que realmente se deseja da *execução* é que ela não aconteça, ou seja, que seu regime jurídico seja rigoroso o suficiente (*credible threat*) para que o réu cumpra “voluntariamente” o que lhe fora determinado no título executivo judicial.

Dizendo de outra forma, pensamos que o objetivo primeiro da execução é fazer com que o réu cumpra voluntariamente a decisão judicial. É esse o *comportamento cooperativo* por excelência, apto a realizar em grau máximo os objetivos do art. 6º do CPC (o oferecimento de

¹⁸⁰⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições...** Vol I, op. cit. p. 243 e sgts.

¹⁸⁰⁸ Para Dinamarco, no caso de crise de inadimplemento, o que se tem é a tutela *condenatório-executiva*, que se desenvolve em dois momentos processuais diferentes (fase de conhecimento e fase de execução). Já a *tutela puramente executiva* refere-se a crises de inadimplemento quando já existe, à disposição do credor, título executivo extrajudicial. Op. cit. p 245.

uma tutela de mérito justa, efetiva e em tempo razoável).¹⁸⁰⁹ Obviamente, caso isso não aconteça, o cumprimento deve desenvolver-se da forma mais efetiva possível, respeitado o devido processo legal.¹⁸¹⁰

Na hipótese (anômala e patológica) de a fase de cumprimento de sentença ser necessária, sua efetividade conecta-se umbilicalmente ao princípio da cooperação, na medida em que, na inaptidão de realização do direito material, ferem-se de morte, e de uma só vez, todos os três objetivos cooperativos do art. 6º. Isso porque o descumprimento da tutela é, por si, *injusto*, tornando-a *inefetiva*. Dada a inefetividade, nem há que se falar em *tempo razoável*. Por outro lado, caso o manejo das técnicas executivas seja efetivo, o princípio da cooperação atua para que juízes e partes colaborem para que tudo ocorra em *tempo razoável*.¹⁸¹¹ Por fim, a necessidade de respeito ao devido processo legal¹⁸¹² garante que não se concretize uma tutela *injusta*, apenas *efetivada em tempo razoável*.

A *execução* é, sem dúvida, o maior problema do direito processual civil brasileiro.¹⁸¹³ Mais do que o largo reconhecimento doutrinário a respeito, a força dessa afirmação vem dos sucessivos relatórios do CNJ, que dedicam, como já vimos, capítulo exclusivo para o chamado *gargalo da execução*.¹⁸¹⁴ Não há exageros. O tema foi por nós tratado em seção 1.1.4, de modo que não vamos repetir a análise. Não obstante, é ilustrativo ressaltar o fato de que tempo médio de uma *execução bem-sucedida* (no sentido de ser extinta por sentença, não de ser necessariamente efetiva) é superior ao tempo médio da fase de conhecimento do processo (terminada por sentença). O gráfico abaixo já foi por nós utilizado, mas optamos por repeti-lo dado seu caráter fortemente ilustrativo.¹⁸¹⁵

¹⁸⁰⁹ Corretamente, a nosso ver, Marcelo Abelha denomina o descumprimento da obrigação que consta do título executivo de *crise de cooperação*. Op. Cit. p.5.

¹⁸¹⁰ Ibidem, p. 1-11.

¹⁸¹¹ Como afirma TROCKER, um processo longo é uma arma na mão do mais forte, que pode esperar, ditando ao adversário mais fraco as condições de sua rendição. TROCKER, Nicolo, **Processo civile e costituzione**, Milano: Giuffrè, 1974 p. 276.

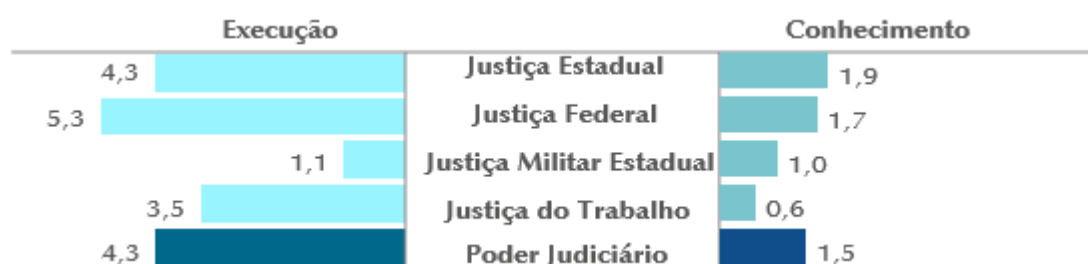
¹⁸¹² Considerado o desenho por nós proposto na seção 5.1.

¹⁸¹³ Por todos, WAMBIER, Luiz Rodrigues **A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação - propostas para minimizá-la**. Revista de Processo | vol. 109/2003 | p. 134 - 147 | Jan - Mar / 2003 | DTR\2003\775

¹⁸¹⁴ Relatório Justiça em número, op. cit. p. 61 e sgts.

¹⁸¹⁵ Relatório Justiça em número, op. cit. p. 70

Gráfico 49 - Tempo médio da sentença no 1º grau (exceto juizados especiais): execução x conhecimento¹⁸¹⁶



Ainda mais grave, o tempo médio do acervo pendente de execuções (aqueles processos que ainda não terminaram) é de mais de 8 anos,¹⁸¹⁷ com taxas de congestionamento que vão de 66% (cumprimentos de sentença) a 92% (execuções fiscais).¹⁸¹⁸ É também necessário lembrar que as execuções representam mais de 50% de todo o acervo da Justiça brasileira,¹⁸¹⁹ sendo que as execuções fiscais respondem por 75% de todas as execuções pendentes no Brasil¹⁸²⁰ (daí a necessidade de que as soluções aqui apresentadas apliquem-se às execuções fundadas em títulos extrajudiciais, aí incluídas as execuções fiscais).¹⁸²¹ O impacto da execução na *tragédia da Justiça* é, por assim dizer, imenso.

Por todo o exposto, buscaremos demonstrar que, dentro dos limites semânticos do CPC/2105 e da Constituição Federal, as normas processuais executivas devem ser interpretadas de modo a se lhes conferir a maior efetividade possível, fomentando o comportamento cooperativo e diminuindo significativamente o cenário de *tragédia*.

10.2.1 Brevíssimo panorama doutrinário e nossa posição sobre a abrangência do art. 139, IV, do CPC/2015

A grande novidade do CPC/2015 no que se refere à execução é, sem dúvida, a norma do art. 139, IV, segundo a qual incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

¹⁸¹⁶ CNJ, p. 71.

¹⁸¹⁷ Ibidem.

¹⁸¹⁸ Ibidem, p. 62.

¹⁸¹⁹ Ibidem, p. 61.

¹⁸²⁰ Ibidem, p. 63. Mas não se pode esquecer que, em 2015, entraram no sistema mais *novos* cumprimentos de sentença (quase 3 milhões) do que *novas* execuções fiscais (por volta de 2,5 milhões). Ibidem, p. 62.

¹⁸²¹ Para análise mais apurada desses números, remetemos o leitor para o capítulo 1.

Com efeito, com exceção de poucos autores,¹⁸²² a doutrina formada até antes do advento do CPC/2015 acordava no ponto de que a execução de tutelas que tinham por objeto prestação pecuniária era *típica*, no sentido de observar estritamente as medidas executivas e respectivos procedimentos previstos na lei processual, em sua maioria voltados à expropriação dos bens do devedor para pagamento ao credor.

O CPC/2015 possibilitou expressamente a utilização das chamadas tutelas mandamentais e executivas *latu sensu*, típicas e atípicas, para o cumprimento de ordem judicial que tenha por objeto prestação pecuniária. Assim, se a maior parte da doutrina negava a possibilidade de utilização dessas medidas para efetivar esse tipo de obrigação, ela agora curva-se a essa possibilidade.¹⁸²³

Se o epicentro da tragédia da Justiça era a execução, fazia-se necessária uma revolução na matéria. Essa revolução ainda pode brotar do art. 139, IV, do CPC/2015. Tudo vai depender do alcance e da interpretação que se lhe derem.

Na análise doutrinária desse novo panorama, não obstante as divergências, percebe-se um fio condutor trançado na plena consciência de que algo tem de ser feito pela efetividade das execuções.

Todavia, a grande maioria dos autores confere à chamada *clausula geral executiva* (art. 139, IV) um *caráter subsidiário* no que se refere à utilização dos meios executivos *latu sensu* e *mandamentais*, típicos e atípicos, de cumprimento de ordem judicial que tenha por objeto prestação pecuniária.¹⁸²⁴

¹⁸²² Marcelo Lima Guerra, “é tarefa impossível para o legislador, a de prever todas as particularidades dos direitos merecedores de tutela executiva (o que significa dizer, aqueles direitos consagrados em títulos executivos) e preordenar meios executivos diferenciados, levando-se em consideração essas particularidades”. GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003. p. 66; MARINONI, ARENHART, MITIDIERO. VOL 2 p. 768, NOTA 51.

¹⁸²³ Nesse sentido, por exemplo: DIDIER Jr, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit.; MEDINA, José Miguel Garcia. Direito processual civil moderno. 2. ed. São Paulo: RT, 2016. p. 994-998; ZANETI Jr., Hermes. Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2017. v. XIV. p. 131; MARNONI, op. cit 769 e sgts; ABELHA, Marcelo, op. cit. p. 277-279; ZARONI, Bruno Marzullo e VITORELLI, Edilsom, **Reforma e efetividade da execução no novo CPC** p. 67, In: PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Execução. 2. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016 Enunciado 12 do Fórum Permanente de Processualistas Cívis: “A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II”. Em sentido contrário: ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais**. São Paulo: RT, 2015. v. 2. p. 936-937

¹⁸²⁴ Por todos, DIDIER Jr, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit. p. 231 e CAMARA, Alexandre de Freitas, **O novo processo civil brasileiro**, 2a. ed. São Paulo, Atlas, 2016. p. 108; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa – art. 139, IV, do Novo CPC**. Revista de Processo, vol. 265/2017. Págs. 107-150, p. 120-121. ARAÚJO, Luciano Vianna. **A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa**. Revista de Processo, vol. 270/2017. Págs. 123/138, p. 132.

Nesse ponto, um esclarecimento faz-se necessário: a novidade prevista no art. 139, IV, do CPC/2015, é a utilização da *técnica mandamental (indutiva) e/ou da técnica executiva latu sensu (subrogatória)*, típica ou atípica, para efetivar as obrigações de pagar quantia certa. Esse ferramental, antes de 2015, estava disponível somente para execução das obrigações de dar, fazer ou não fazer, tratando assimetricamente, e sem justificativa, credores e devedores em razão da *espécie de obrigação executada*.¹⁸²⁵

O esclarecimento é importante porque a novidade não se restringe à utilização de meios executivos atípicos. As *astreintes*, por exemplo, caracterizam-se como técnica mandamental (ou indutiva) típica,¹⁸²⁶ mas não eram, ao menos expressamente, permitidas pelo sistema antigo para a execução de obrigação de pagar quantia certa.

Posto que se reconheça a *dualidade de procedimentos executivos* — fundada em medidas típicas ou atípicas, extraída da conjugação dos arts. 139, IV (atipicidade da execução), 513 (tipicidade da execução de título judicial) e 771 (tipicidade da execução de título extrajudicial)¹⁸²⁷ —, afirma-se na doutrina majoritária a prevalência e a preferência da execução típica sobre a execução atípica, algo que se *revelaria com alguma clareza quando se constata que o CPC cuidou de, em mais de cem artigos, pormenorizar o procedimento da execução por quantia certa, numa clara opção pela tipicidade “prima facie”*.¹⁸²⁸

Não há, todavia, unanimidade, havendo aqueles que, como nós, enxergam *prevalência* nas regras do art. 139, IV.

Hermes Zaneti Júnior é dono de um posicionamento moderado sobre o tema. Pelo refinamento e pela *relativa proximidade* com as premissas desta seção, passamos a descrever, muito resumidamente, suas considerações sobre o assunto.

¹⁸²⁵ GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**, cit., p.152

¹⁸²⁶ DIDIER Jr, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da, op. cit. p. 241. Para NEVES, Daniel, todavia, as *astreintes*, conquanto típicas para as obrigações de dar, fazer ou não fazer, permanecem atípicas para as obrigações de pagar. Op. cit. p. 128.

¹⁸²⁷ ZANETI Jr, Hermes, op. cit. p. 104. O autor ainda inclui o art. 297, parágrafo único do CPC/2015 (poder geral de tutela provisória).

¹⁸²⁸ DIDIER Jr, Fredie e CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit. p. 231. A conclusão seria confirmada pelo “disposto nos arts. 921, III, e 924, V, ambos do CPC (LGL\2015\1656). A ausência de bens penhoráveis acarreta a suspensão da execução durante um ano, findo o qual começa a correr o prazo de prescrição intercorrente, que constitui causa de extinção do processo executivo. Ora, se a atipicidade fosse a regra, a ausência de bens penhoráveis não deveria suspender a execução, bastando ao juiz determinar outras medidas necessárias e suficientes à satisfação do crédito [...]” (Ibidem). Esse último argumento, todavia, opera em sentido contrário à conclusão dos autores. Explica-se: se, no modelo típico, a ausência de bens penhoráveis suspende a execução, ou seja, impede que ela continue, como imaginar sua continuação com a aplicação de meios atípicos? Em outras palavras, o fundamento dos autores impediria a utilização subsidiária dos meios atípicos porque, no momento de utilizá-la em razão da aparente ausência de bens do executado, a execução teria de ser suspensa. Na verdade, o executado e o juiz devem valer-se de todos os meios executivos disponíveis, típicos e atípicos, e, na ausência de bens do executado, suspender o procedimento, dando ensejo à fluência da prescrição intercorrente na forma da lei.

O autor parte de uma diferença fundamental entre *direito de propriedade* e *direito à propriedade*. Para ele, não existe um *direito fundamental de propriedade*, que seria disponível e privado, mas sim um *direito fundamental à propriedade*, indisponível e universal.¹⁸²⁹

O direito à propriedade seria um direito à *aquisição da propriedade*, a ser protegido pela *tutela do crédito*. Sendo certo que também existe um *direito fundamental à tutela processual adequada, efetiva e tempestiva*, e que a tutela do crédito se faz pela atividade executiva no processo, existiria um *direito processual fundamental* à execução adequada, efetiva e tempestiva do crédito.¹⁸³⁰

Nessa ordem de ideias, o autor alerta que, em execução, a proteção ao *direito de propriedade* do devedor não pode dar-se *a qualquer custo*, devendo haver um balanço entre a tutela do crédito (*direito à propriedade*) e de outros direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana do devedor e o direito ao processo justo.¹⁸³¹

Depois de contrapor os modelos de execução típica (germânico, burocratizado e menos eficiente), atípica (fluida, menos burocratizada, da tradição do *common law*) e de generalização das *astreintes* (modelo francês),¹⁸³² o autor sustenta que, *conquanto a regra para a efetivação da tutela do crédito seja a da tipicidade da execução*, não se podem mais abstrair do crédito cobrado as relações de direito material que lhe deram causa (*causalidade do crédito*), havendo casos em que se justificaria um tratamento diferenciado na execução pela utilização de meios executivos atípicos,¹⁸³³ inclusive diretamente, sem subsidiariedade. Parece-nos então que, para os créditos em geral, o autor pugna pela execução típica como regra, reservando as medidas atípicas apenas para os casos de inadequação dos meios tradicionais.¹⁸³⁴

Em resumo, Zaneti Junior entende que a *tutela adequada* para a execução do crédito vai depender do *tipo de crédito executado*, podendo-se justificar a utilização de meios atípicos em certos casos, como, por exemplo, na cobrança de créditos públicos ou decorrentes de importantes termos de ajustamento de conduta firmados no âmbito da tutela de direitos coletivos.¹⁸³⁵

Esse abandono da forma tradicional, todavia, teria de ser devidamente justificado na sua insuficiência e inadequação ao caso concreto.

¹⁸²⁹ Op. cit., p. 37.

¹⁸³⁰ Ibidem, p. 37-38.

¹⁸³¹ Ibidem, p. 38.

¹⁸³² Ibidem, p. 113.

¹⁸³³ Ibidem, p. 94.

¹⁸³⁴ Ibidem, p. 104, 105 e 113.

¹⁸³⁵ Ibidem, p. 94.

Ainda segundo Zaneti, uma das formas de justificação dessa inadequação dá-se pelo manejo técnico do princípio da proporcionalidade, subdividido em suas três máximas: (i) adequação (entre meios e fins); (ii) necessidade (do meio escolhido pela insuficiência dos meios atípicos); (iii) proporcionalidade em sentido estrito (proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais do devedor).¹⁸³⁶

Além disso, o autor sustenta a necessidade de utilização da moderna teoria da decisão, espelhada no art. 489 do CPC/2015, no sentido de permitir-se o seu devido *controle*, iniciando-se pela observância do contraditório (ainda que diferido) e continuando *pelo controle intersubjetivo das premissas e do resultado da decisão*, o que só se faz possível se a decisão agregar uma *justificação interna* (descrevendo a premissa que fundamentou a medida adotada para demonstrar a validade da inferência) e uma *justificação externa* (fundamentando as próprias premissas adotadas).¹⁸³⁷ Por fim, o controle da escolha e da solidez das premissas deve ser objeto de um *teste de resultado, consistente da estabilidade, coerência e integralidade da decisão*, em respeito ao art. 926 do CPC/2015 (daí decorre a importância que os precedentes terão na estabilização dos critérios a serem utilizados, não só para o abandono das medidas típicas, mas também na escolha do tipo de medida executiva atípica a ser utilizada).¹⁸³⁸

Assim, quer-nos parecer que a opinião de Zaneti não é exatamente pela utilização do procedimento executivo típico tradicional como regra e pela utilização das técnicas do art. 139, IV, apenas em caráter subsidiário. O que o autor sustenta é a utilização da *técnica adequada*. Essa adequação deve ser verificada já no início do processo de execução/cumprimento de sentença. A ideia de *regra geral* não implica a *subsidiariedade*, mas sim a necessidade de justificação da utilização do outro regime com base na melhor adequação da tutela.

O posicionamento do autor, portanto, parece-nos um meio termo entre o defendido por Didier Jr. e Carneiro da Cunha de um lado, e Marinoni, Arenhart e Mitidiero de outro. *Para os primeiros, a aplicação das medidas do art. 139, IV, na execução das obrigações de pagar quantia certa, é sempre subsidiária* (ainda que não se explique exatamente em que consiste essa subsidiariedade¹⁸³⁹), *enquanto que, para os últimos, as técnicas típicas tradicionais e as técnicas do art. 139, IV, estão desde sempre disponíveis para o exequente e para o juiz*.¹⁸⁴⁰

¹⁸³⁶ Ibidem p. 116. AVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 205.

¹⁸³⁷ Ibidem, p. 120-122.

¹⁸³⁸ Ibidem, p. 120,122 e sgts.

¹⁸³⁹ “Além disso, os autores negam a possibilidade de utilização de ‘astreintes’, medida típica regulada apenas para as obrigações de dar, fazer ou não fazer.” op. cit. p. 280.

¹⁸⁴⁰ Op. cit. p. 777.

Desde já nos alinhamos ao posicionamento de Marinoni, Mitidiero e Arenhart, no sentido de que as medidas do art. 139, IV, típicas ou atípicas, podem aplicar-se sem qualquer subsidiariedade à execução, judicial ou extrajudicial, de obrigações de pagar quantia certa, sem qualquer *discriminação* em relação aos meios executivos para cumprimento das demais espécies obrigacionais.

Isso ocorre por um motivo muito simples, bem identificado na doutrina: a ação apta à tutela de direito material depende da técnica processual idônea à situação de direito material litigiosa.¹⁸⁴¹ Se todas as técnicas, típicas e atípicas, estão à disposição, *sem restrição expressa para a efetivação das obrigações de pagar quantia*, o juiz tem o *dever cooperativo* de escolher fundamentadamente a mais adequada, *sem qualquer ordem de preferência, regra geral ou subsidiariedade*, de forma a cumprir com os objetivos do art. 6º do CPC/2015, evitando que o réu descumpra a decisão judicial.

Note-se que, dado o gargalo da execução no Brasil (ápice do cenário de tragédia), e demonstrada (pelos relatórios do CNJ) como regra a inefetividade dos meios executivos típicos para execução das obrigações de pagar quantia,¹⁸⁴² fica *comprovada a priori* a inadequação dos meios executivos típicos regulados pelo CPC/2015, principalmente após a fluência do prazo do art. 523 sem o devido adimplemento da obrigação.

Assim, ainda que concordemos que, no cumprimento de sentença, o autor deva requerer a intimação do executado para pagar o débito na forma do art. 523, após o inadimplemento do executado (postura não cooperativa), pode o juiz utilizar-se da técnica executiva mais adequada, de acordo com o art. 139, IV, fundamentando a técnica escolhida de acordo com as necessidades do caso concreto.¹⁸⁴³ Nesse ponto, confluímos com Zaneti Jr.

É dizer: a única providência típica obrigatória é a intimação do devedor, a requerimento do credor, para pagar o débito em quinze dias sob pena de incidência de multa de dez por cento

¹⁸⁴¹ Op. cit. 776. Pouco importa aqui se as *técnicas mandamentais e executiva latu-sensu* podem ser denominadas como espécie de tutelas, e não de técnicas (nesse sentido, SCARPINELLA BUENO, Cássio, **Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias**, in Revista de Processo | vol. 113/2004 | p. 22 - 76 | Jan - Fev / 2004, p. 69.) O importante é verificar que a espécie de tutela jurisdicional oferecida, deve ser apta a tutelar o direito representado no título executivo. Nesse sentido: Marinoni... op. cit. p. 776 e sgts; YARSHELL, Flávio Luiz, **Tutela jurisdicional**, 2a. ed. São Paulo, DPJ editora, 2006; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de, **Teoria e prática da tutela jurisdicional**, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008. Para Alvaro de Oliveira, op. cit, e José Roberto do Santos Bedaque (*Efetividade do processo e técnica processual*, 2a. ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2007, p. 561) trata-se de tipos de tutela. Para Yarshell, trata-se de tipos de técnica (op. cit. p. 177)

¹⁸⁴² Incluída aí a *penhora online* da forma como regulada no código

¹⁸⁴³ Concordamos com Zaneti Junior quanto a forma de fundamentação da técnica escolhida, mas discordamos que o abandono das técnicas tradicionais tenha, hoje, de ser fundamentado em algo para além do inadimplemento da obrigação no prazo do art. 523.

e de honorários do advogado.¹⁸⁴⁴ Essa é, realmente, uma *chance* e um *estímulo* colaborativo que o CPC/2015 confere ao réu, e que deve observado.¹⁸⁴⁵ Após isso, todos os instrumentos do art. 139, IV, estão disponíveis ao juiz e a eventual escolha de técnicas atípicas fica justificada *a priori* pela notória insuficiência das técnicas típicas tradicionais.

O que fizemos até aqui foi apenas apresentar um breve panorama doutrinário a respeito da abrangência do art. 139, IV, do CPC/2015, principalmente em relação à execução judicial e extrajudicial das obrigações de pagar quantia certa, aderindo expressamente ao posicionamento que lhe confere maior abrangência e efetividade possíveis.

Na próxima seção, introduziremos o argumento econômico (eis a nossa contribuição), demonstrando que a interpretação ampla e efetiva da *cláusula geral executiva* (art. 139, IV) é fundamental para (i) promover o comportamento cooperativo das partes já no momento da propositura da ação, evitando ou abreviando o processo logo no início; (ii) *evitar a anomalia da execução*, promovendo o comportamento cooperativo do réu no máximo no prazo do art. 523 do CPC/2015; ou, ao menos, (iii) garantir, em alguma medida, o comportamento cooperativo em momento posterior, de modo que a tutela jurisdicional seja realmente prestada em prazo razoável, porque, sem sua efetivação, o art. 5º, XXXV, da CF é letra semimorta; (iv) diminuir substancialmente o cenário de *tragédia da Justiça*, pois, com o evitamento ou abreviamento da execução, ataca-se diretamente e, de uma só vez, parcela majoritária do problema do esgotamento do sistema de justiça brasileiro.¹⁸⁴⁶

Se nos livrarmos da *tradição* da execução típica¹⁸⁴⁷ e adotarmos a *eficiência* da execução *flexível*,¹⁸⁴⁸ dia virá em que será difícil acreditar que outrora fomos tão teimosos e ineficientes.

10.2.2 Análise econômica da execução: modelo

No modelo construído nesta sessão, a *função de bem-estar social (SWF)* agrega utilidades de modo a maximizar o bem-estar social com a diminuição dos custos de transação necessários para alocar direitos e recursos da forma prevista no título executivo. A relação entre

¹⁸⁴⁴ O mesmo vale para a execução de obrigação de pagar quantia certa findada em título executivo extrajudicial, na forma do art. 829 (citação para pagamento no prazo de três dias).

¹⁸⁴⁵ Isso não significa, todavia, que, forte no poder geral de cautela, o juiz não possa, justificadamente, determinar outras providências executivas de ofício, típicas ou atípicas, de forma a garantir que a tutela será efetivada.

¹⁸⁴⁶ É que, como vimos, a execução responde por quase 50% de todos os processos que tramitam no Brasil.

¹⁸⁴⁷ A tradição é um dos argumentos que sustentam a opinião de Didier Jr. e Carneiro da Cunha. Mas essa tradição é de ineficiência. Op. Cit. P. 272.

¹⁸⁴⁸ Aproximando-nos do *common law* no tema da execução, da mesma forma pela qual hoje nos aproximamos no tema dos precedentes.

alocação de direitos e custos de transação nos leva diretamente ao já estudado *Teorema de Coase*, conceito importante para entender, do ponto de vista da análise econômica, o que está em jogo na *execução*.

10.2.2.1 Cumprimento de sentença e o *Teorema de Coase*

Como vimos, segundo Coase, a alocação inicial de recursos sempre pode ser modificada pelas transações de mercado. Na ausência de *custos de transação*, pouco importa que a alocação inicial não seja eficiente, porque as partes racionais vão sempre transacionar de modo a buscar realocação capaz de conferir o maior valor possível àqueles recursos.¹⁸⁴⁹

Existem, todavia, dois problemas do mundo real que importam para a nossa análise e que foram antecipados por Coase. O primeiro é que, quando os custos de transação são altos, nem sempre as alocações eficientes ocorrem.¹⁸⁵⁰ O segundo decorre do fato de que os juízes, quando decidem processos, baseiam suas decisões em princípios de justiça, nem sempre tão eficientes quanto o critério econômico de *aumento* do valor do bem.¹⁸⁵¹

Veja-se que, ao estudarmos o segmento executivo do processo, temos como *dado* a alocação de direitos desenhada pela tutela de mérito, na sentença.¹⁸⁵² É ela que *determina* a alocação de, por exemplo, R\$50mil para o autor da ação, vítima do acidente automobilístico. Isso significa que, do exclusivo ponto de vista da execução, não se pode questionar a *eficiência* da “alocação” determinada pela sentença. Pouco importa, nesse momento, se o juiz decidiu com base em critérios econômicos ou em princípios de justiça.¹⁸⁵³ A imutabilidade da coisa julgada transforma eventuais equívocos em custos a fundo perdido (*sunk costs*).

Todavia, o problema dos custos de transação continua importando. É que a sentença, na verdade, *não aloca direitos*, mas sim *determina como eles devem ser alocados*. A missão da fase de *cumprimento de sentença* é efetivar essa alocação com os menores custos de transação possíveis. Como veremos, isso só ocorrerá se as técnicas executivas do art. 139, IV, do CPC/2015 puderem ser utilizadas *prioritariamente* a partir do inadimplemento da ordem de pagamento no prazo do art. 523 do CPC/2015.

¹⁸⁴⁹ COASE, Ronald. **The problem of social costs**. P. 15 In Journal of law and Economics, Vol III, October, 1960

¹⁸⁵⁰ Ibidem, p. 15.

¹⁸⁵¹ Sobre o tema, tratamos quando do estudo no capítulo 2. Ibidem, Coase, p. 10,11 e 14.

¹⁸⁵² E em se tratando de execução de título extrajudicial, a alocação encontra-se no título executivo extrajudicial. Aliás, por ter sido resultado de negócio entre as partes, é bem provável que a alocação de bens prevista em um título extrajudicial seja mais eficiente na média do que aquela determinada na sentença (critérios de aumento de valor de bens e direitos *versus* critérios baseados em princípios de justiça)

¹⁸⁵³ Se essa alocação for efetiva, mas ineficiente, as partes transacionarão daí em diante para buscar a alocação ideal.

Se os meios executivos forem ineficientes, três consequências nefastas podem sobrevir, todas elas a um custo social enorme¹⁸⁵⁴: (i) é possível que não haja alocação alguma; (ii) é possível que a alocação se realize a um custo de transação altíssimo; (iii) é possível que, para evitar as agruras e incertezas da execução, o credor renuncie a parte substancial do seu direito.¹⁸⁵⁵

Em uma frase: a eficiência da execução impacta diretamente os custos de transação envolvidos para a efetivação da alocação de direitos definida pela sentença. *Quanto menos eficiente a execução, maiores serão os custos de transação na efetivação da alocação determinada pela sentença e menor será o bem-estar social decorrente desse processo.*

10.2.2.2 Cumprimento de sentença, tutela efetiva e bem-estar social

Vimos, ainda no início deste trabalho, que o bem-estar social gerado pelo processo é resultado dos ganhos sociais decorrentes da mudança de comportamento por ele influenciada (*deterrence*), subtraídos os custos públicos e privados do próprio processo.¹⁸⁵⁶

Imagine-se, por exemplo, acidentes de trânsito causados por falha mecânica específica (por exemplo, freios deixam de funcionar) aliada a comportamento negligente do motorista (por exemplo, excesso de velocidade), geradora de danos exclusivamente materiais de R\$50mil, em média.¹⁸⁵⁷ Suponha-se que, na ausência de efetiva responsabilização dos motoristas por esse tipo de acidente (por exemplo, regra de direito material que isente totalmente a responsabilidade do motorista em caso de falha mecânica), sua chance de ocorrência seja de 20% (nos casos de efetiva ocorrência de falha mecânica).

Havendo norma de direito material que responsabilize o motorista nesses casos, assumamos que o custo total médio das ações judiciais para reparar esse tipo de dano seja de R\$5mil (custos públicos e privados). Consideremos, ainda, que as tutelas condenatórias de R\$50mil sejam devidamente adimplidas pelo réu no prazo do art. 523 do CPC/2015. Em decorrência da efetividade dessa tutela, assumamos que os motoristas passem a ter mais cuidado, a um custo de R\$1mil, derrubando-se a probabilidade desse tipo de acidente para 1%.

¹⁸⁵⁴ É sempre preciso lembrar que o processo custa caro, e quanto mais longo e demorado mais caro ele fica, sendo que a maior parte desse custo é subsidiada pela sociedade.

¹⁸⁵⁵ Essa última consequência não tem se verificado, possivelmente por razões ligadas a vieses comportamentais, como o *endowment effect*, como veremos ao final desta seção.

¹⁸⁵⁶ SHAVELL, Steven. **The social versus the private incentive to bring suit in a costly legal system.** In *Journal of legal studies*, vol XI, junho, 1982.

¹⁸⁵⁷ Exemplo e raciocínio semelhantes podem ser encontrados em SHAVELL, Steven, *Foundations...*, op. cit. p. 415-418.

Imaginemos agora a hipótese em que a sentença *aloque* essa responsabilidade para o réu, mas, em razão da ineficiência burocrática da execução, essa tutela só se *efetive* em 50% dos casos, e a um custo (público e privado) adicional de R\$3mil¹⁸⁵⁸ em razão da dilatação dos procedimentos de cumprimento de sentença.

Por fim, consideremos que essa *diminuição do valor esperado da indenização a ser paga pelo réu*¹⁸⁵⁹ impacte negativamente nos incentivos aos motoristas para que dirijam dentro dos limites de velocidade, que passam a tomar níveis inferiores de cuidado, a um custo de R\$500 (metade do nível de cuidado, à metade do custo), elevando a chance de ocorrência daquele tipo de acidente para 8%.

Comparemos agora o bem-estar social das três situações descritas acima, quais sejam: (i) ausência de responsabilização do motorista descuidado (S_1); (ii) responsabilização do motorista, com imediato adimplemento do comando da sentença (S_2); (iii) responsabilização do motorista, com adimplemento em 50% dos casos devido à baixa eficiência dos meios executivos (S_3).

No primeiro caso (S_1), vimos que acidentes daquele tipo ocorrerão a taxas de 20%. Se o dano médio causado por essa espécie de acidente é de R\$50mil, então o custo social da situação será: $S_1 = 0,20(50.000) = 10.000$.

No segundo caso (S_2), a um custo de R\$6mil (R\$5mil relacionados ao uso do sistema de justiça e R\$1mil gastos pelo motorista com o aumento do nível de cuidado), o nível de acidentes cairá para apenas 1%, de modo que o custo social dessa situação será: $(S_2) = 0,01(50.000) + 5.000 + 1.000 = 6.500$.

Por fim, no terceiro caso (S_3), a um custo de R\$8,5mil (R\$5mil relacionados ao processo de conhecimento, \$3mil decorrentes das atividades executivas e R\$500 em razão do aumento não substancial dos níveis de cuidado), as chances reais de esse tipo de acidente ocorrer serão de 8%, de forma que o custo social dessa situação será: $(S_3) = 0,08(50.000) + 5.000 + 3.000 + 500 = 12.500$.

Analisando os três panoramas, podemos afirmar que:

¹⁸⁵⁸ Note-se que, no primeiro caso, não há execução, e sim cumprimento voluntário, de modo que não existe custo adicional de execução.

¹⁸⁵⁹ Como a condenação de R\$50mil só será efetivada 50% das vezes, seu valor esperado para o réu cai para \$25mil, diminuindo os incentivos para que motoristas dirijam de forma mais cuidadosa, uma vez que eles sabem que a condenação esperada, na média, será apenas a metade daquela fixada na sentença.

- i. (S_2) é mais eficiente que (S_1). A existência de processo cuja tutela é adimplida voluntariamente gerou bem-estar social equivalente a R\$3,5mil (pois o custo social reduziu-se de R\$10mil para R\$6,5mil).
- ii. (S_3) é menos eficiente que (S_1) e (S_2). A existência de processo cuja tutela só se efetiva a partir de técnicas executivas pouco eficientes elevou os custos sociais para R\$12,5mil. Note-se que, em nosso exemplo, o resultado é pior do que no caso em que não há qualquer norma material de responsabilização de motoristas em casos de falha mecânica agregada a sua conduta culposa.¹⁸⁶⁰ Repare-se que o bem-estar social gerado por (S_3) é negativo em R\$2,5mil em relação à situação-base (S_1).¹⁸⁶¹ Quando comparada a (S_2), a ineficiência dos meios executivos gerou um prejuízo de R\$6mil ao bem-estar social.¹⁸⁶²

Adicionalmente, podemos prever que, quanto mais burocrática e ineficiente for a execução, maiores os seus custos e menores os incentivos para que os motoristas dirijam de forma mais cuidadosa, com prejuízos cada vez maiores ao bem-estar social.

No limite, é possível que, dada a ineficiência dos meios executivos, a alocação de recursos determinada na sentença sequer se efetive. Essa inefetividade pode vir a reduzir os incentivos ao comportamento cuidadoso para próximo de zero. Nesses casos, a probabilidade de acidente não se reduziria, agregando-se somente os custos do processo, derrubando ainda mais o nível de bem-estar social.

Situação semelhante ocorrerá se o autor, premido pela inefetividade da execução, aceitar um acordo ultrajante. Nesses casos, os incentivos ao comportamento cuidadoso serão muito baixos, já que o motorista negligente arcará apenas com uma fração da sua responsabilidade original, ao mesmo tempo em que absorve todos os benefícios de seu comportamento negligente,¹⁸⁶³ com evidentes ganhos marginais que impedirão o cumprimento do dever de cuidado ao dirigir. A consequência, novamente, será a elevação do número de acidentes e do custo social daí decorrente, acrescido do custo do processo.

Nesse último caso, alguém poderia argumentar que, se o autor aceitou negociar, é porque o resultado dessa negociação era *mais eficiente* do que a alocação determinada na sentença e, logo, geradora de maior bem-estar social.

¹⁸⁶⁰ Já vimos que, na Nova Zelândia, por exemplo, é proibido ajuizar esse tipo de ação, resolvendo-se a reparação por seguro obrigatório.

¹⁸⁶¹ $10.000 - 12.500 = -2.500$.

¹⁸⁶² $6.500 - 12.500 = -6.000$.

¹⁸⁶³ Ao dirigir mais rápido, por exemplo.

Essa afirmação, todavia, foca nos benefícios privados e não no aumento do bem-estar social, objetivo da *função de bem-estar social* descrito no início dessa seção.

Além disso, mesmo do ponto de vista do interesse privado, a afirmação é problemática. Isso porque não se pode perder de vista que o autor só aceitou negociar por antever os enormes custos de transação em que incorreria caso precisasse executar a sentença. Assim, sua ponderação deu-se entre o valor da alocação determinada na sentença, subtraída dos enormes custos de transação da execução, e o valor oferecido para pagamento a vista pelo devedor, com vantagem para esse último.

Bem definidos os benefícios ao bem-estar social proporcionados pela rápida efetivação da tutela trazida pela sentença, resta demonstrarmos em que medida a utilização ampla dos meios executivos previstos ou permitidos pelo art. 139, IV, do CPC/2015 realmente tem o poder de gerar esse efeito (comportamento cooperativo do devedor, no sentido de adimplir rapidamente a obrigação tutelada na sentença).

É esse o objeto da seção seguinte.

10.2.3 Execução *flexível*, *credible threat* e comportamento cooperativo do devedor

Retomemos o exemplo básico que permeia todo este trabalho: demanda com pedido de condenação em obrigação de pagar a quantia de R\$50mil em razão de danos causados por acidente automobilístico, tramitando no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Assumamos que, transitada em julgado a sentença condenatória,¹⁸⁶⁴ e não tendo havido pagamento, o autor requeira a intimação do réu nos termos do art. 523 do CPC/2015.

Imagine-se o leitor na posição de réu, agora devedor/executado, neste processo. Por um instante, avalie seus sentimentos na leitura da seguinte decisão:

- Modelo decisório n. 1: *Intime-se o devedor, na forma do art. 523 do CPC/2015, para que, no prazo de 15 dias, pague o valor de R\$56.500,00,¹⁸⁶⁵ sob pena de incidência de multa de 10% e de honorários de advogado de 10% sobre o valor cobrado.*

Agora, reavalie seus sentimentos ao ler essa outra decisão:

¹⁸⁶⁴ Para manter a simplicidade do exemplo e a clareza do raciocínio, não trataremos da hipótese de cumprimento provisório de sentença.

¹⁸⁶⁵ O valor equivale à soma do valor da condenação no pedido principal com todas as verbas de sucumbência (honorários e custas, respectivamente R\$5.000 e R\$1.500,00).

- Modelo decisório n. 2: *Intime-se o devedor, na forma do art. 523 do CPC/2015, para que, no prazo de 15 dias, pague o valor de R\$56.500,00,¹⁸⁶⁶ sob pena de incidência de multa de 10% e de honorários de advogado de 10% sobre o valor cobrado, além de, cumulativamente, multa de R\$500,00 por dia de atraso no pagamento, inclusão do nome civil no cadastro de inadimplentes e retenção imediata da Carteira de Nacional de Habilitação.*

Feito o exercício mental, pedimos ao leitor que pontue, entre 0 e 10, a sua disposição, enquanto devedor, em adimplir a obrigação na forma determinada pelo juiz em cada uma das decisões.

Muito possivelmente o leitor arbitrou um número maior para o segundo caso do que para o primeiro.¹⁸⁶⁷ Isso ocorreu porque se sentiu *ameaçado pelo juízo da causa*. Essa ameaça decorre do que a teoria dos jogos chama de *credible threat*, ou *ameaça crível*.

Uma *ameaça* é considerada crível em duas hipóteses: (i) quando a *estrutura de recompensas* de um determinado jogo indica que a *ameaça* será *efetivada* porque, com a sua implementação, o jogador que ameaçou receberá uma recompensa maior; (ii) quando houve uma *sinalização* de que, mesmo sem essa recompensa, a ameaça será efetivada.¹⁸⁶⁸

Exemplos ajudarão a compreender essa ideia.

Inspirados no icônico filme de James Dean, “Juventude transviada” (“*Rebel without a cause*”), imaginemos que dois motoristas participem do seguinte *jogo*: seus carros são colocados frente a frente a uma distância de 5 km. Dada a largada, ambos disparam um ao encontro do outro, exatamente na mesma faixa da pista. Ao final, *perde* aquele que primeiro desvia para evitar a colisão. Vence o corajoso, ou seja, aquele que mantém o carro na mesma faixa por mais tempo.¹⁸⁶⁹

Essa competição pode ser muito arriscada, mas não chega a ser suicida. Possivelmente, alguém vai desviar primeiro, talvez por ter mais amor à vida do que o outro. No limite, pode

¹⁸⁶⁶ O valor equivale à soma do valor da condenação no pedido principal com todas as verbas de sucumbência (honorários e custas, respectivamente R\$5.000 e R\$1.500,00).

¹⁸⁶⁷ Quando o autor desta tese faz esse exercício, imagina uma pontuação 5 para o primeiro caso (50%) e uma pontuação 8 para o segundo caso (80%). Como veremos, os poucos dados estatísticos disponíveis indicam que a efetividade do modelo executivo atual é bem inferior a 50%.

¹⁸⁶⁸ G.BAIRD, Douglas et al. **Game theory and the law**, op. it. p. 59-60

¹⁸⁶⁹ No filme, dois jovens disparam com seus carros em direção a um penhasco. Vence aquele que pular do carro por último. A famosa cena pode ser vista neste link: <https://www.youtube.com/watch?v=1AIMY9fDHu0>.

ser que ambos desviem no mesmo momento. Em quem o leitor apostaria? No motorista 1 ou no motorista 2? É uma escolha difícil de ser feita.

Imagine agora que o motorista 2 resolveu dar um *sinal* de que *jamais* desviará da rota original. Suponha que, para tanto, ele tenha travado a barra de direção, de modo que o veículo só se mova em linha reta. Isso significa que, mesmo que ele se arrependa, a rota será mantida. Caso o motorista 1 saiba disso, em quem o leitor apostaria? Obviamente no *quase suicida* motorista 2. Isso porque, ao travar a barra de direção, ele *sinalizou* uma ameaça e, mais do que isso, comprometeu-se com ela. Ao comprometer-se, ele tornou a ameaça *crível*.¹⁸⁷⁰

Essa *credible threat* faz com que o motorista 1 saiba, de antemão, qual será o resultado desse jogo se, ao final, ele bancar o corajoso: ambos morrerão. Logo, muito provavelmente, em algum momento, ele desviará o curso para evitar a colisão.

Em verdade, apesar do caráter cinematográfico do nosso exemplo, *jogos* desse tipo são bem estudados pela *teoria dos jogos* e são chamados de *Chicken Game* ou de *Hawk-Dove*.¹⁸⁷¹ O tema do *comprometimento* (*commitment*) com a ameaça foi pioneiramente estudado por Schelling,¹⁸⁷² e foi muito utilizado no contexto da Guerra Fria.¹⁸⁷³

Note-se, todavia, que há uma peculiaridade neste segundo exemplo. O motorista 2 não receberá o *payoff* mais alto caso seu concorrente opte por seguir reto até a colisão. Em verdade, os dois morrerão. Mas, como ele está comprometido com esse resultado, restará ao rival buscar um *payoff* melhor do que a morte, desviando o carro e *perdendo o jogo*. No fim, essa será a melhor resposta para seu rival.

Um exemplo mais cotidiano ajudará a explicar o conceito.

Quem gosta de futebol e costuma acompanhar competições sul-americanas sabe que o comportamento dos jogadores tende a ser bem pouco colaborativo ao longo da partida. Um bom exemplo dá-se quando um time está prestes a *cobrar um escanteio* para alçar a bola na área adversária. O que normalmente ocorre nesses momentos é uma intensa *luta corporal* entre os jogadores dos dois times dentro da área. Como a bola não está em jogo, o árbitro não pode marcar nem falta de ataque nem pênalti da defesa. Por outro lado, após o levantamento da bola

¹⁸⁷⁰ DUTTA, Prajit K. op. cit. p. 167.

¹⁸⁷¹ Ibidem, p. 37.

¹⁸⁷² SCHELLING, Thomas, **The strategy of conflict**, op. cit. p. 14, 15 e 36.

¹⁸⁷³ O tema do comprometimento com as ameaças foi saborosamente explorado por Stanley Kubrick no clássico e genial *Doctor Strangelove*, de 1963. Nesse filme, os russos criam a chamada *bomba do fim do mundo*, uma engenhoca explosiva que seria ativada em caso de ataque americano. O ponto principal, e que os americanos sabiam, era que, em caso de ativação da bomba, ninguém poderia desativá-la e ela explodiria mesmo contra a vontade dos russos. Aliás, o personagem principal do filme foi inspirado no grande matemático John von Neumann, que, à época, advogava a tese do ataque surpresa, uma espécie de *guerra preventiva* (*preventive war*) que deveria ser levada a efeito pelos EUA contra a União Soviética para evitar uma guerra nuclear que acabaria com o mundo. POUNDSTONE, William, *Prisoner's dilemma*, op. cit. p. 4 e 5.

na área, e antes que ela chegue à cabeça de algum jogador, o árbitro tem muita dificuldade de determinar se as agressões que continuaram ocorrendo configuram pênalti ou falta de ataque, porque a movimentação é muito grande e recíproca, e o árbitro ainda tem de olhar a bola para ver onde ela vai cair.

Esse comportamento mutuamente não cooperativo é prejudicial ao jogo. Além da possibilidade de alguém sair machucado, perde-se muito tempo advertindo os jogadores e *separando-os* antes que o escanteio seja batido. Adicionalmente, os ânimos ficam acirrados e a chance de que haja alguma agressão em lances posteriores aumenta bastante.

Ocorre que, recentemente, a *Conmebol* (Confederação Sul-americana de Futebol) providenciou um *árbitro de vídeo*, que pode observar calmamente, em uma sala equipada, quem iniciou a agressão após a bola ser colocada em jogo.¹⁸⁷⁴ Isso tornou a detecção de eventual *pênalti* muito mais fácil e provável. Quem acompanhou os últimos jogos da Copa Libertadores da América em 2017 certamente notou uma súbita mudança de comportamento dos jogadores nas cobranças de escanteio.¹⁸⁷⁵ Eles passaram a adotar comportamento cooperativo e não mais lutam dentro da área com agressões físicas. São os mesmos jogadores, e a regra é a mesma: a falta do defensor, dentro da área, configura pênalti. Todavia, com o árbitro de vídeo podendo observar as reprises e avisar por rádio o árbitro de campo, essa *ameaça* tornou-se *crível*. Dada a *credible threat*, a mudança para o comportamento colaborativo foi imediata.

Todos esses conceitos podem ser muito bem aplicados no contexto das mudanças das regras de execução de obrigação de pagar quantia certa no Brasil.

Com efeito, dada a inefetividade comprovada do sistema de atos executivos típicos, devedores simplesmente descumprem as sentenças, porque eles sabem que as chances de efetiva apreensão de seu patrimônio são mínimas.

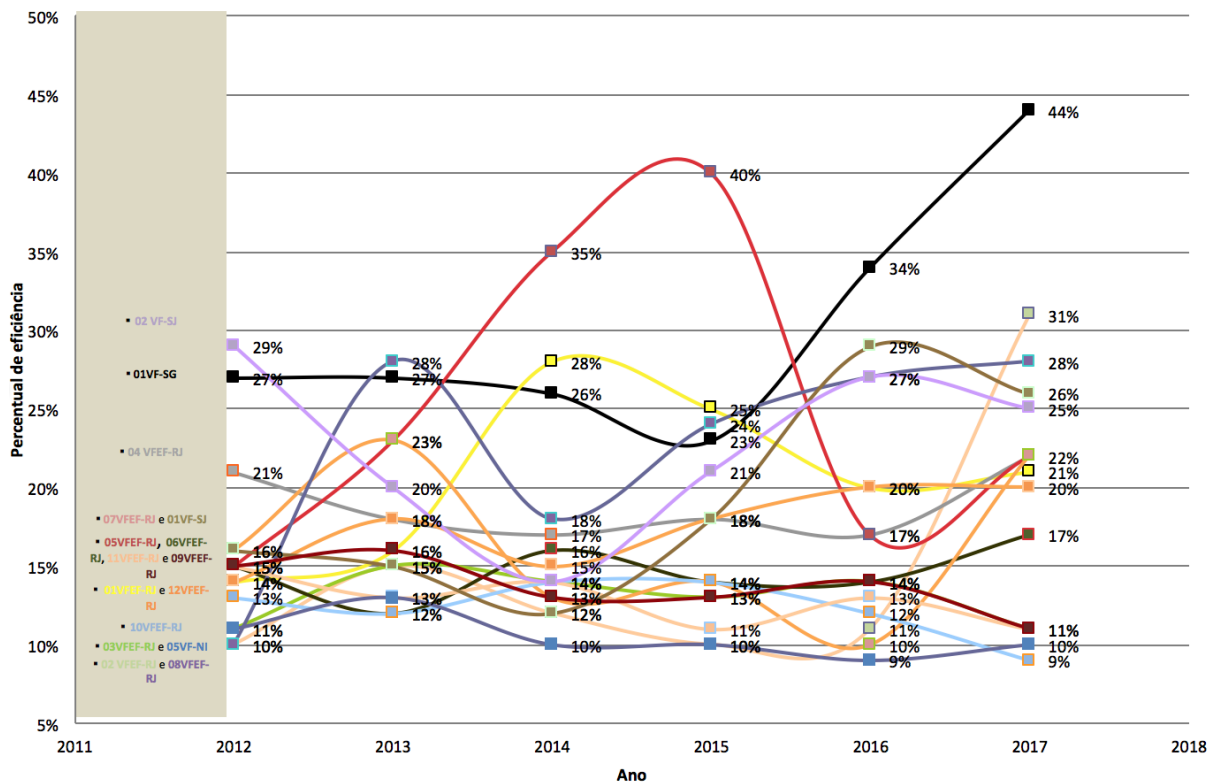
Recente trabalho estatístico realizado perante as varas federais especializadas de execução fiscal da seção judiciária do Rio de Janeiro apresenta diagnóstico assustador. As diligências de penhora são extremamente inefetivas. Nas dezesseis varas avaliadas entre os anos de 2012 e 2017, jamais o percentual de diligências positivas superou o de negativas. Em 2017, por exemplo, esses percentuais ficaram entre 9% e 44%, ou seja, a unidade jurisdicional mais efetiva logrou 44% de sucesso em encontrar algum bem a ser penhorado nessas diligências.¹⁸⁷⁶ O gráfico abaixo demonstra esses resultados:

¹⁸⁷⁴ <https://esporte.uol.com.br/futebol/ultimas-noticias/2017/10/11/conmebol-explica-regras-do-arbitro-de-video-e-nao-garante-tecnologia-em-18.htm>

¹⁸⁷⁵ <https://esportes.r7.com/futebol/com-ajuda-de-arbitro-de-video-lanus-vai-a-final-da-libertadores-01112017>

¹⁸⁷⁶ VINHOSA PINTO, Érico Teixeira. **Reconstruindo a execução fiscal**: coerência e otimização como

Gráfico 50 - Eficiência das diligências de penhora: varas federais de execução fiscal/RJ¹⁸⁷⁷



Desdobrando as estatísticas da unidade jurisdicional mais efetiva (a 1ª Vara Federal de São Gonçalo), podemos observar no quadro abaixo a comparação entre o número de mandados de penhora expedidos e o percentual de efetividade ano a ano, desde 2012.

Tabela 22 - Mandados e diligências (2012–2017)¹⁸⁷⁸

ANO	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Mandados de penhora	965	1299	1558	1307	544	314
Diligências negativas	705	946	1147	1010	359	176
Diligências positivas	260	353	411	297	185	138
Percentual de efetividade	27%	27%	26%	23%	34%	44%

pressupostos dos princípios da eficiência e da efetividade. 2018. 323 f. Dissertação (Mestrado em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. P. 111

¹⁸⁷⁷ Ibidem, p. 111. Informações obtidas junto ao TRF2 (de 2012 até 18 de outubro de 2017).

¹⁸⁷⁸ Ibidem, p. 112.

Desse quadro, observamos que, nos últimos quatro anos, foram 3.723 diligências de penhora, sendo 1.031 positivas. Todavia, para medir a real *efetividade* da execução, é necessário saber os valores levantados nos leilões dos bens arrecadados.

O mesmo estudo mediu a quantidade de leilões e arrematações realizados pela unidade jurisdicional nos mesmos quatro anos (nos quais houve 3.723 diligências de penhora, sendo 1.031 positivas).¹⁸⁷⁹ Os resultados podem ser resumidos na tabela abaixo:

Tabela 23 - Processos com leilão e processos com arrematação (2014-2017)¹⁸⁸⁰

Ano	2014	2015	2016	2017
Processos com leilão	66	98	68	29
Arrematações	6	12	05	02

Por fim, é necessário saber o valor dessas pouquíssimas arrematações. Segundo o mesmo estudo, em 2017, foram arrematados apenas 2 veículos automotores. Nos anos anteriores, a maior parte das arrematações são de bens como: impressoras a laser, cadeiras e mesas de escritório, furadeiras, alguns *packs* com latas de cerveja, dentre outras quinquilharias,¹⁸⁸¹ comprovando a assustadora inefetividade do procedimento executivo na mais efetiva das dezesseis unidades jurisdicionais pesquisadas.

Mesmo a possibilidade de penhora *on-line*, introduzida no CPC/1973 no ano de 2006, foi incapaz de resolver o problema, principalmente porque o STJ firmou jurisprudência no sentido da necessidade de primeiro intimar-se o devedor para pagamento para só depois, no caso de inadimplemento, proceder-se à penhora *on-line*.¹⁸⁸² Obviamente, o que ocorre na maioria esmagadora dos casos, é a inefetividade quase absoluta dessa penhora. Isso porque, quando ela ocorre, já houve tempo suficiente para o devedor levantar ou transferir todos os seus recursos.¹⁸⁸³ Aliás, para o devedor, essa é realmente a melhor estratégia, principalmente em um sistema de atos executivos típicos, incapaz de gerar qualquer tipo de ameaça ou constrangimento não patrimonial.

¹⁸⁷⁹ Ibidem, p. 113 e 114.

¹⁸⁸⁰ Ibidem.

¹⁸⁸¹ Ibidem, p. 115.

¹⁸⁸² Os princípios do contraditório e da ampla defesa, aplicados com enorme amplitude, foram os principais pilares desse entendimento. STJ, AgRg no ARResp 507.114/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, segunda turma, DJe de 18/08/2014.

¹⁸⁸³ Nesse sentido, ABELHA, Marcelo, op. cit. p. 346. O CPC/2015, todavia, dispõe no *caput* do art. 854 que *não se deve dar ciência prévia ao executado*, o que, em nosso sentir, autoriza a penhora *online* como primeiro ato executivo típico, antes mesmo da intimação para adimplemento dos arts. 523, § 1º, e 827, § 1º. No mesmo sentido, ABELHA, Marcelo, op. cit. p. 346.

Vejamos, por exemplo, a efetividade do sistema *Bacen Jud* na unidade jurisdicional especializada mais efetiva da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, acima referida.

De janeiro a novembro de 2017, o bloqueio online do valor integral cobrado ocorreu em apenas 5,22% dos casos em que determinada a constrição. Pior ainda, os casos sem qualquer bloqueio (47,16%), somados aos que bloquearam valores inferiores a R\$100 (19,73%), aos que bloquearam valores compreendidos entre R\$100,01 e R\$1mil (13,78%) e aos que bloquearam entre R\$1.000,01 e R\$10mil, totalizaram 90,97% das ordens de bloqueio.

Como conclui Erico Teixeira em seu estudo — sendo certo que o limite mínimo atualmente considerado pela Fazenda Nacional para o ajuizamento de execuções fiscais é de R\$20mil — que, em mais de 90% dos casos, sequer esse valor é atingido.¹⁸⁸⁴

Em estudo mais amplo, porém com dados de 2011, mostrou-se que, na média, em 67% das execuções fiscais há alguma tentativa de penhora.¹⁸⁸⁵ Dentro do grupo das penhoras tentadas, apenas 29,8% logram algum tipo de constrição.¹⁸⁸⁶ E em apenas 2,6% dos casos ocorre o leilão de algum bem penhorado.¹⁸⁸⁷

O comportamento, todavia, muda quando se adota a *flexibilidade* da execução, com a utilização de medidas típicas e atípicas com fundamento no art. 139, IV, do CPC/2015. Veja-se novamente o caso das execuções fiscais, nas quais o pagamento integral da dívida responde por 33,9% dos casos de extinção do processo. Pesquisa de campo demonstrou que a quase totalidade dos pagamentos ocorre porque o *exequente precisava cancelar a dívida ativa lançada em seu nome*,¹⁸⁸⁸ o que possivelmente, gerava severos prejuízos ao devedor, como, por exemplo, a impossibilidade de participar de procedimentos licitatórios.¹⁸⁸⁹ É esse o tipo de incentivo que se retira de uma execução flexível, inspirada no art. 139, IV, do CPC/2015.¹⁸⁹⁰

¹⁸⁸⁴ Op. cit. p. 117.

¹⁸⁸⁵ CUNHA, Alexandre dos Santos, **Execução fiscal na Justiça Federal**, in *Pesquisa empírica em direito, Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, Ribeirão Preto, 29 e 30 de setembro de 2011*, IPEA, Rio de Janeiro, 2013, DA SILVA, Paulo Eduardo Alves e CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). p.115

¹⁸⁸⁶ *Nota técnica. Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*, Alexandre dos Santos Cunha, Isabela do Valle, Klin Olívia Alves Gomes Pessoa. IPEA, Brasília, 2011, p.11

¹⁸⁸⁷ BONAT, Debora. **A expropriação de bens no processo de execução fiscal: o leilão judicial**, in *Gestão e Jurisdição caso da execução fiscal da União*, IPEA, Brasília, 2013, DA SILVA, Paulo Eduardo Alves e CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). p. 66.

¹⁸⁸⁸ p. 67.

¹⁸⁸⁹ Esse é um verdadeiro paradoxo para as execuções fiscais. Conquanto sejam o procedimento mais ineficiente do nosso sistema de justiça, são antecedidas por formas coercitivas altamente eficientes, que promovem o adimplemento e evitam um número ainda maior de execuções.

¹⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 114-115. Em muitos casos, porém, esse pagamento deu-se via quitação de parcelamento legal, que não deixa de ser uma espécie de *autocomposição* da dívida, movida, todavia, por aqueles mesmos incentivos.

O mesmo ocorrerá em execuções judiciais ou extrajudiciais contra pessoas físicas, quando forem ameaçadas, por exemplo, com a retenção do passaporte ou da carteira de habilitação para dirigir.

Nesses casos, correspondentes ao segundo *modelo de decisão* acima apresentado, existe *ameaça crível*. A ameaça está no conteúdo da decisão. Sua credibilidade, a princípio, deita raízes no art. 139, IV, do CPC/2015, mas dependerá de uma improvável mudança de mentalidade do STJ, principalmente no que se refere à amplitude do contraditório, dentro do conceito de *devido processo legal* na execução.

10.2.4 Modelando o comportamento do executado (*backwards induction*)

A busca dos objetivos cooperativos do art. 6º do CPC/2015 é o foco deste trabalho. Para tanto, como vimos, é ideal que as *partes* alcancem a autocomposição antes do ajuizamento da ação ou, na pior das hipóteses, logo após a fase postulatória do procedimento. Tratos autocompositivos, como já observado nos capítulos 6 e 7, têm baixa taxa de descumprimento, o que, de certa forma, *evita* o problema da execução.

Quando a autocomposição não se realiza, os ideais cooperativos dependem de uma postura de litigância proba e de boa-fé, sem abuso de direitos processuais ou comportamentos desleais. A *litigância cooperativa* impede que a fase cognitiva do processo dilate-se em demasia, auxiliando na obtenção da tutela judicial em *prazo razoável*.¹⁸⁹¹

Finalizada a fase cognitiva, o ápice do comportamento cooperativo dá-se com o adimplemento da decisão judicial pela parte sucumbente, ressalvadas, claro, as tutelas cujo *resultado* não depende de execução.¹⁸⁹²

Nesse momento, como em todos os demais, a parte compara a *utilidade* (os *payoffs*) das posturas possíveis, quais sejam, *cooperar e adimplir* a obrigação no prazo legal *ou não cooperar e aguardar* o início do cumprimento de sentença. Há aqui uma peculiaridade, principalmente em relação a tudo o que estudamos sobre comportamento cooperativo e litigância de má-fé.

Caso as medidas executivas sejam inefetivas, findam-se todas as possibilidades punitivas, inclusive em relação à litigância de má-fé. É que, nesse momento, não há mais como ameaçar a parte com perdas de direitos processuais que alterem os destinos do processo, pois o mérito já foi decidido. Pior ainda, incrementos pecuniários à tutela já deferida serão também

¹⁸⁹¹ Como pudemos demonstrar nos capítulos 8 e 9.

¹⁸⁹² É o caso das tutelas declaratórias e constitutivas. YARSHEL, Flávio Luiz. op. cit. p. 151.

inefetivos, na medida em que a inefetividade para a cobrança do principal repetir-se-á para a cobrança do acessório (a multa de 10%, por exemplo).

A inefetividade da execução é algo gravíssimo e inconstitucional, já que viola diretamente o princípio da inafastabilidade da jurisdição, tal como disposto no art. 5º, LXX, da Constituição Federal. É que, se o devedor solvente não oferece patrimônio apto ao pagamento da dívida objeto da tutela, ou ao pagamento de multas impostas por litigância ímproba em demandas declaratórias ou constitutivas, todas essas verbas comporão um montante que se desintegrará no prazo prescricional do direito material, cronometrado regressivamente na forma do art. 921, § 4º.¹⁸⁹³

Assim, ao fim e ao cabo, as estratégias do devedor resumem-se a¹⁸⁹⁴: (i) adimplir a obrigação tutelada na sentença; (ii) não adimplir e buscar a prescrição intercorrente de todas as verbas.¹⁸⁹⁵

Caso os meios executivos sejam ineficientes, os *payoffs* da segunda estratégia serão superiores aos da primeira. Assim, não haverá pagamento, como sói acontecer nos dias atuais. Essa é a situação possivelmente proporcionada pelo *modelo decisório n. 1*, acima apresentado.

Já se os meios executivos forem eficientes e rigorosos, haverá adimplemento, pelo simples motivo de que *as restrições de direitos que o executado terá de suportar durante todo o prazo de prescrição intercorrente tiram-lhe tanta utilidade que ele preferirá adimplir a obrigação.*

Ocorre que, como vimos, o comportamento cooperativo é exigido também nas fases anteriores do processo. Pretendemos demonstrar, por raciocínio regressivo (*backwards induction*), que a ineficácia dos meios executivos pode prejudicar o comportamento cooperativo das partes nas fases anteriores do processo, e até mesmo nas possibilidades autocompositivas que seriam capazes de evitar o ajuizamento da ação.

¹⁸⁹³ Essa observação vale também para a execução de títulos extrajudiciais, como, por exemplo, a execução fiscal, cujo prazo prescricional é de 5 anos. Nesse ponto, entendemos que, suspensa a execução, a fluência do prazo prescricional interrompe-se somente se o credor efetivamente encontrar bens penhoráveis do devedor ou se esse pagar a dívida. Isso porque os processos não podem durar para sempre. Se por um lado esse entendimento pode estimular a postura evasiva do devedor, por outro incentiva o credor a investigar suas possibilidades patrimoniais mais efetivamente. Com a possibilidade de imposição de medidas executivas atípicas, possivelmente haverá pedidos nesse sentido por parte do credor e pagamento por parte do devedor solvente.

¹⁸⁹⁴ A também, paralelamente, a possibilidade de decretação de insolvência civil, falência e recuperação judicial, temas não tratados neste trabalho.

¹⁸⁹⁵ A prescrição é, de fato, responde por 27,7% dos casos de extinção da execução fiscal no Brasil. BONAT, Debora. **A apropriação de bens no processo de execução fiscal: o leilão judicial**, in Gestão e Jurisdição caso da execução fiscal da União, IPEA, Brasília, 2013, DA SILVA, Paulo Eduardo Alves e CUNHA, Alexandre dos Santos (coord.). p. 67.

Para que tudo fique mais claro, passemos a modelar um exemplo prático, com quatro cenários diferentes (F_1 ; F_2 ; F_3 e F_4).

Por simplicidade, partiremos do exemplo-base utilizado nos capítulos 8 e 9, nos quais trabalhamos as penas esperadas por litigância de má-fé.

Naquele exemplo, contávamos com os seguintes dados:

- i. objeto: tutela de obrigação de pagar no valor de R\$100mil;
- ii. chance real de procedência do pedido, sem otimismo, de 50%;
- iii. litigância de má-fé unilateral que eleva as chances de vitória da parte ímproba para 70%;
- iv. litigância de má-fé bilateral que faz com que as chances de procedência do pedido voltem a 50%;
- v. multa média por litigância de má-fé de 5% sobre o valor da causa de R\$100mil, nos cenários de litigância não cooperativa (corresponderá agora aos cenários F_1 e F_2);
- vi. multa por litigância de má-fé de 70% sobre o valor da causa de R\$100mil, nos cenários de litigância cooperativa (corresponderá agora aos cenários F_3 e F_4);
- vii. a chance de efetiva aplicação da multa acompanha a chance de derrota do litigante de má-fé (30%, em caso de litigância ímproba unilateral, 50% se a litigância ímproba for bilateral);

10.2.4.1 Jogo dinâmico e sequencial: colocando tudo junto

Vamos agora tornar o jogo mais complexo, agregando um momento anterior ao desenvolvimento da fase cognitiva do processo: a decisão do autor entre propor um *acordo* ou *demandar*). Vamos agregar também um momento posterior ao trânsito em julgado da sentença, em que o réu escolhe entre *adimplir* a tutela ou aguardar as medidas de *execução*.

Os momentos *cognitivo* e *executivo* serão combinados de quatro formas diferentes: F_1 : litigância não cooperativa e execução ineficiente; F_2 : litigância não cooperativa e execução eficiente; F_3 : litigância cooperativa e execução eficiente; F_4 : litigância cooperativa e execução ineficiente.

Dessa forma, precisamos somar novos dados ao nosso problema. Sempre procurando manter a simplicidade e a coerência do exemplo, vamos assumir que:

- i. Os custos administrativos decorrentes do processo serão de R\$5mil para cada parte;¹⁸⁹⁶
- ii. Esses custos serão evitados se houver proposta de acordo do autor, aceita pelo réu;
- iii. Em caso de acordo, o poder de barganha das partes será idêntico. Assim, como a chance real de procedência do pedido, no nosso exemplo, é de 50%, o acordo será fechado em R\$50mil;¹⁸⁹⁷
- iv. Caso a proposta de acordo seja rejeitada, haverá processo, devendo-se subtrair das partes um custo de transação da negociação malsucedida de R\$500.¹⁸⁹⁸
- v. Nos casos de execução eficiente, quando a decisão do art. 523 é semelhante à do *modelo decisório n. 2* (cenário F_3 e F_4), a chance de sucesso no caso de descumprimento da sentença será de 80%. Nesses casos, calcula-se que as restrições de direito impostas ao devedor pelas medidas do art. 139, IV, do CPC/2015 impactam sua *função de utilidade* no equivalente a –R\$15mil;¹⁸⁹⁹
- vi. Nos casos de execução pouco efetiva, quando a decisão do art. 523 do CPC/2015 é semelhante à do *modelo decisório n. 1* (cenário F_1 e F_2), a chance de sucesso no caso de descumprimento da sentença será de 50%. Nesses casos, não se usam as medidas do art. 139, IV, do CPC/2015 *a priori*, de modo que nada se subtrai do *payoffs* do devedor em caso de inadimplemento da obrigação no prazo legal;
- vii. Quanto aos itens (v) e (vi) acima, é importante notar que, em ambos os casos, havendo inadimplemento, incidirão as verbas do art. 523, § 1º, ou seja, o débito final será acrescido de 10% a título de multa e 10% a título de honorários. Isso significa que, ao final, o valor esperado para o réu será acrescido de 20%, enquanto que ao valor esperado pelo autor somam-se apenas 10%, já que os outros 10% pertencem ao seu advogado.

¹⁸⁹⁶ Por simplicidade nos cálculos, não utilizaremos a fórmula que considera os custos reais de sucumbência (reembolsáveis) e os custos administrativos estimados (não reembolsáveis). Neste exemplo, o valor de referência de cada parte será apenas o valor da causa ponderado pela chance de sucesso, subtraído dos custos administrativos do processo de \$5mil e de eventual multa esperada por litigância de má-fé. Assim, por exemplo, se as chances de procedência forem de 50% e o autor litigar de boa-fé, seu valor esperado será $= 0,5(100.000) - 5.000 = 45.000$. Caso ele litigue de má-fé unilateralmente, suas chances de vitória sobem para 70%, mas ele passa a ter 30% de chances de ser punido com multa de 5%, assim, seu novo valor esperado será $= 0,7(100.000) - 0,3(0,05*100.000) - 5.000 = 70.000 - 1.500 - 5.000 = 63.500$.

¹⁸⁹⁷ Porque existe 50% de chances de procedência de pedido de \$100mil, sem custos de transação.

¹⁸⁹⁸ Esse pequeno valor refere-se ao aborrecimento de uma negociação malsucedida. Todavia, é preciso ressaltar que nossa análise em nada mudaria na ausência desse custo.

¹⁸⁹⁹ Por exemplo, se o devedor tiver sua CNH retida, ele experimentará aborrecimentos que *equivalem*, em impacto na utilidade, à subtração de R\$15mil de seu patrimônio, com a vantagem que o impacto aqui é imediato e não depende de execução patrimonial.

10.2.4.2 Estudo dos cenários

Antes de passar ao estudo de cada um dos quatro cenários, é preciso dizer que todos eles assumirão o modelo de jogo *dinâmico e sequencial*, de *informação completa*, a ser representado de *forma extensiva* e resolvido por *backwards induction*.

Jogo dinâmico e sequencial é aquele composto de várias fases, no qual um jogador faz o movimento logo depois do outro. É dizer, não se trata de jogo *simultâneo*.¹⁹⁰⁰

Jogo de *informação completa* é o jogo no qual o jogador que se move conhece o movimento anterior do seu adversário, ou seja, sabe qual foi a estratégia utilizada nos movimentos anteriores.¹⁹⁰¹

Forma extensiva, ou de árvore, corresponde à representação gráfica que pode ser utilizada para jogos que se desenvolvem em várias rodadas, sejam sequenciais, sejam de jogadas simultâneas.¹⁹⁰² O *diagrama de árvore* foi usado pela primeira vez por Von Neumann, em 1928.¹⁹⁰³

Backwards induction, ou *resolução do final para o início* é, como vimos, a forma correta para solução de jogos sequenciais representados de forma extensiva.¹⁹⁰⁴

Toda solução de um jogo de informação completa encontrada por *backwards induction* é uma solução em *equilíbrio de Nash*, ou seja, ela decorre das melhores respostas possíveis de cada um dos jogadores, em resposta ao movimento anterior do seu adversário, em cada uma das fases/rodadas do jogo.¹⁹⁰⁵

10.2.4.2.1 Cenário **F**₁: litigância de má-fé e execução ineficiente

Nesse cenário, trabalharemos nosso exemplo com a fase cognitiva desenvolvida em um ambiente cujos incentivos não propiciam a predominância do comportamento cooperativo. Aqui, portanto, prevalece a litigância de má-fé. Além disso, transitada em julgado a sentença, a execução será do tipo **ineficiente**.

¹⁹⁰⁰ HEAP; VAROUFAKIS, **Game Theory**, op. cit., p. 80.

¹⁹⁰¹ DUTTA, op. cit., p. 163.

¹⁹⁰² HEAP; VAROUFAKIS, **Game Theory**, op. cit., p. 80.

¹⁹⁰³ DUTTA, op. cit., p. 163.

¹⁹⁰⁴ Ibidem, p. 157.

¹⁹⁰⁵ BAIRD, Douglas G. et al. op. cit., p. 63

Nesse cenário, podemos definir os *payoffs* dos jogadores de acordo com o *valor esperado do processo* para cada uma das partes, iniciando pela fase cognitiva (semelhante ao que fizemos no capítulo 8), como segue:

- i. quando autor e réu cooperam (*boa-fé/boa-fé*), as chances de vitória são idênticas, e não há qualquer punição à litigância de má-fé. Assim sendo, o *payoff* do autor será de R\$45mil, e o do réu de -R\$55mil;¹⁹⁰⁶
- ii. quando o autor não coopera e o réu coopera (*má-fé/boa-fé*), as chances de vitória do autor sobem para 70%, com chances de 30% de punição de 5% sobre o valor da causa. Nesse caso seu *payoff* será de R\$63.500.¹⁹⁰⁷ Já o *payoff* do réu cooperativo cairá para -R\$75mil;¹⁹⁰⁸
- iii. quando o autor coopera e o réu não coopera (*boa-fé/má-fé*), as chances de procedência caem para 30%, e o réu sofre a possibilidade de ser multado em 5% do valor da causa com 30% de chances. Aqui, o *payoff* do autor será de R\$25mil¹⁹⁰⁹ e o do réu será de -R\$36.500;¹⁹¹⁰
- iv. quando ambas as partes adotam postura não cooperativa (*má-fé/má-fé*), as chances de procedência voltam a 50%, mas cada uma delas enfrenta a possibilidade de multa de 5% do valor da causa com a mesma probabilidade. Portanto os *payoff* alteram-se para R\$42.500 para o autor¹⁹¹¹ e -R\$57.500 para o réu.¹⁹¹²

Colocando essas estratégias e seus respectivos *payoffs* em uma matriz simples, teríamos a seguinte configuração:

Tabela 24 - *Payoffs* em caso de pagamento voluntário no cenário F_1

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	45.000 ; -55.000	25.000 ; -36.500
Autor não coopera	63.500 ; -75.000	42.500 ; -57.500

¹⁹⁰⁶ $Va = 0,5(100.000) - 5.000 = 45.000$; $Vr = 0,5(-100.000) - 5.000 = -55.000$.

¹⁹⁰⁷ $Va = 0,7(100.000) - 0,3(0,05 \times 100.000) - 5.000 = 70.000 - 0,3(5.000) - 5.000 = 70.000 - 1.500 - 5.000 = 63.500$.

¹⁹⁰⁸ $Vr = 0,7(-100.000) - 5.000 = -75.000$.

¹⁹⁰⁹ $Va = 0,3(100.000) - 5.000 = 25.000$.

¹⁹¹⁰ $Vr = 0,3(-100.000) - 0,3(0,05 \times 100.000) - 5.000 = -30.000 - 0,3(5.000) - 5.000 = -30.000 - 1.500 - 5.000 = -36.500$.

¹⁹¹¹ $Va = 0,5(100.000) - 0,5(0,05 \times 100.000) - 5.000 = 50.000 - 2.500 - 5.000 = 42.500$.

¹⁹¹² $Vr = 0,5(-100.000) - 0,5(0,05 \times 100.000) - 5.000 = -50.000 - 2.500 - 5.000 = -57.500$.

Se, após o trânsito em julgado da sentença, o réu optar por adimplir, pagando a integralidade da prestação da obrigação tutelada, os *payoffs* serão os descritos na matriz acima.

Todavia, se não houver pagamento no prazo do art. 523 do CPC/2015, o credor terá de valer-se da execução do tipo *pouco efetiva*, cujo percentual de sucesso é da ordem de 50%. Por outro lado, incidirão as verbas do art. 523, § 1º, do CPC/2015, ou seja, 10% a título de multa sobre o valor cobrado e 10% de honorários do advogado sobre o mesmo valor. Isso implica que a dívida do réu sobe 20% e que o crédito do autor sobe 10% (isso porque quem titulariza os outros 10% é o seu advogado). Ocorre que, como a execução implementará a tutela integral em 50% dos casos, os *payoffs* finais do autor e do réu serão os *payoffs* da matriz acima, acrescidos de 10% para o autor, 20% para o réu e, ao final, divididos pela metade (50%). Os valores estão dispostos na matriz abaixo¹⁹¹³:

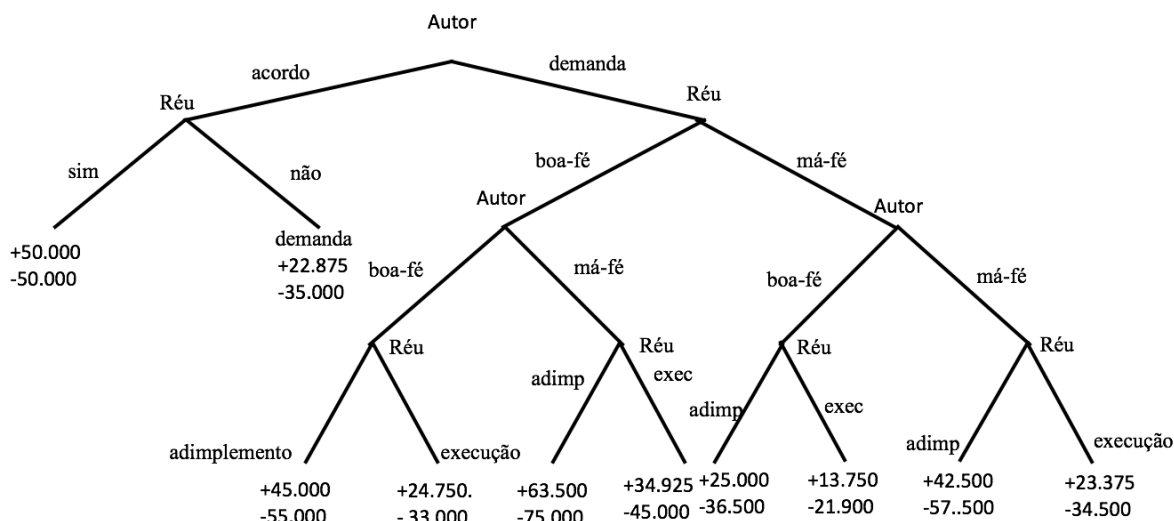
Tabela 25 - Payoffs em caso de execução ineficiente no cenário F_1

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	24.750 ; -33.000	13.750 ; -21.900
Autor não coopera	34.925 ; -45.000	23.375 ; -34.500

É possível, ainda, ao menos em tese, que o autor proponha acordo ao invés de demandar, podendo o réu aceitá-lo ou não. Como vimos, as partes têm idêntico poder de barganha e só haverá custos de transação no caso de rejeição (R\$500 para cada parte), quando então devem ser subtraídos dos *payoffs* finais. Note-se que, rejeitado o acordo, haverá demanda, e os *payoffs* serão exatamente aqueles que encontraremos ao solucionar o jogo na hipótese de haver processo, subtraídos daqueles R\$500.

O jogo em questão pode ser modelado da seguinte forma:

¹⁹¹³ Assim, $Va' = \frac{Va \cdot 1.10}{2} = \frac{45.000 \cdot 1.10}{2} = 24.750$; $\frac{63.500 \cdot 1.10}{2} = 34.925$; $\frac{25.000 \cdot 1.10}{2} = 13.750$; $\frac{42.500 \cdot 1.10}{2} = 23.375$. Da mesma forma, $Vr' = \frac{Vr \cdot 1.20}{2} = \frac{-55.000 \cdot 1.20}{2} = -33.000$; $\frac{-75.000 \cdot 1.20}{2} = -45.000$; $\frac{-36.500 \cdot 1.20}{2} = -21.900$; $\frac{-57.500 \cdot 1.20}{2} = -34.500$.

Figura 43 - Cenário F_1 

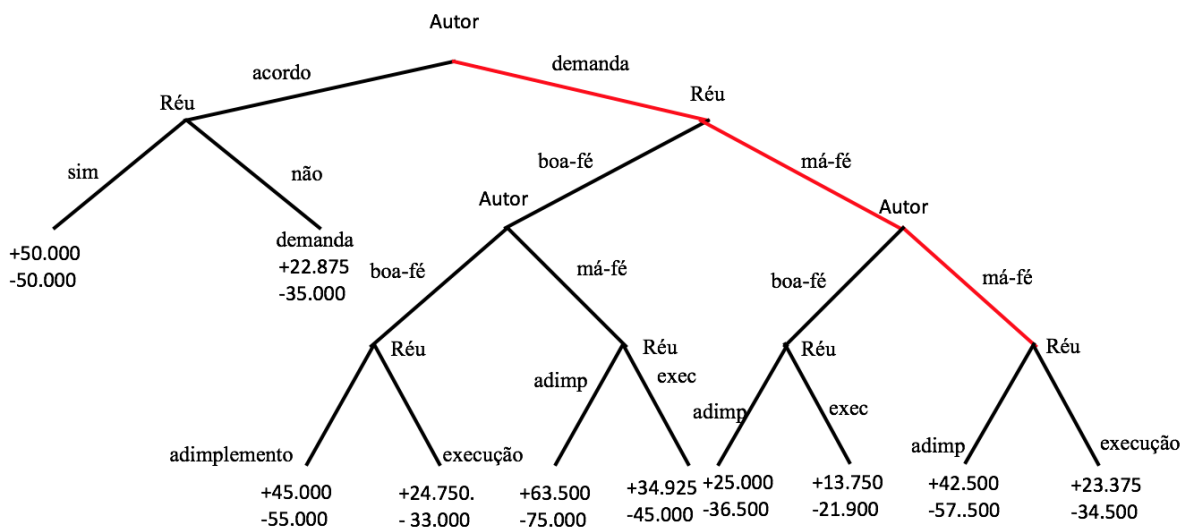
Esse é um jogo complexo, que se desenvolve por etapas. Na primeira *etapa*, o autor decide entre propor um acordo ou demandar (*acordo/demanda*). Em caso de proposta de acordo, o réu decide entre aceitar ou recusar (*sim/não*). Em caso de demanda (porque o autor não propôs acordo, ou propôs e o réu não aceitou), desenvolve-se a fase cognitiva do processo, e primeiro o réu decide entre litigar de boa-fé ou litigar de má-fé (*boa-fé/má-fé*). Após a resposta do réu, o autor também terá de decidir entre litigar de boa-fé e litigar de má-fé (*boa-fé/má-fé*), terminando a *fase cognitiva do processo* apenas com a sentença (art. 203, § 1º, do CPC/2015).¹⁹¹⁴ Após, em uma *etapa final*, o réu decide entre adimplir ou não no prazo do art. 523 do CPC/2015 (*adimplemento/execução*). Não adimplindo, haverá execução do tipo *ineficiente* (com taxa de efetividade de 50%).

Como resolver esse jogo?

Como vimos, a melhor técnica para solução de jogos que se desenvolvem em mais de uma etapa é começar pelo final (*backwards induction*). Assim, soluciona-se a última etapa para após resolverem-se as anteriores, sempre a partir dos *payoffs* totais que contemplam cada conjunto de estratégias.

A solução é facilmente identificável, bastando-se seguir a linha vermelha da árvore abaixo:

¹⁹¹⁴ Obviamente, o autor poderia optar por litigar de boa-fé ou de má-fé já no momento postulatório e o réu decidir dessa forma apenas em resposta. Na nossa modelagem, todavia, ocorre o inverso. Na prática, os resultados são os mesmos. O tema já foi estudado em capítulo anterior e os resultados da interação foram demonstrados em matrizes 2x2.

Figura 44 - Cenário F_1 : solução do jogo

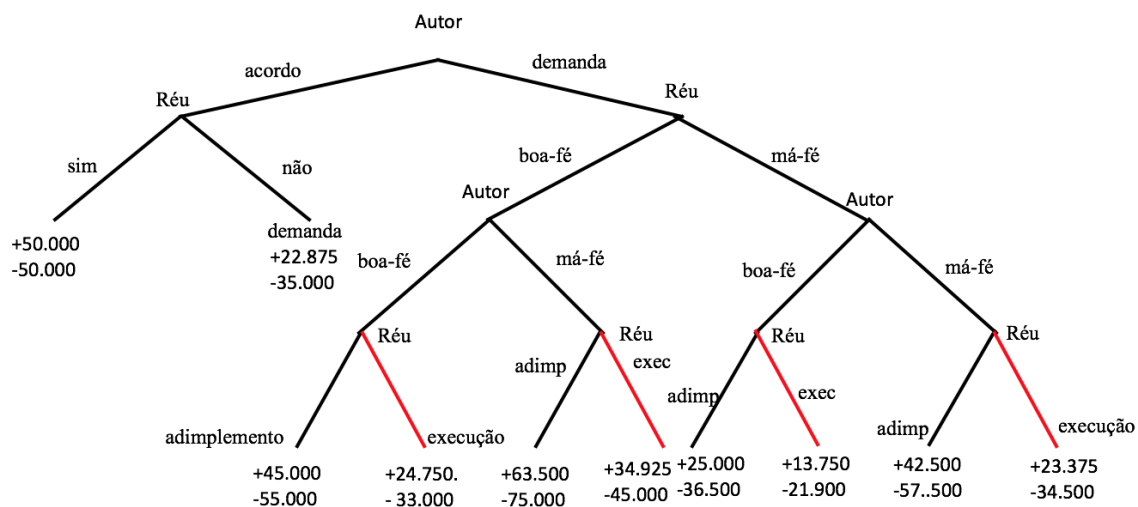
Mas quais são as forças que nos fazem acreditar que a *trilha vermelha* é o único caminho *crível* que as partes percorrerão ao longo desse processo? Essas forças são os incentivos proporcionados pelos *payoffs* de cada interação estratégica possível em cada uma das *etapas* do jogo.

Coloque-se o leitor no lugar do réu no momento de seu último movimento: a decisão entre adimplemento ou submissão à execução. Repare os *payoffs* em cada uma das quatro terminações da árvore. Em todos eles, a melhor resposta do réu é não adimplir e optar por *execução* (caminho da direita).¹⁹¹⁵ Isso significa que, independentemente da estratégia adotada na etapa anterior pelo autor, a melhor resposta do réu nesse momento final será sempre inadimplir e aguardar o início do cumprimento de sentença (postura não cooperativa).

A figura abaixo realça, em vermelho, a estratégia não cooperativa do réu como *estritamente dominante* nesse momento do jogo:

¹⁹¹⁵ Note-se que a opção por *execução* (à direita de cada um dos últimos quatro nós decisórios) *custa mais barato para o réu*. Por exemplo, no quarto nó, *execução* custa -R\$34.500, enquanto *adimplemento* custa -R\$57.500. Já no primeiro nó, *adimplemento* custa -R\$55mil enquanto *execução* custa -R\$33.000.

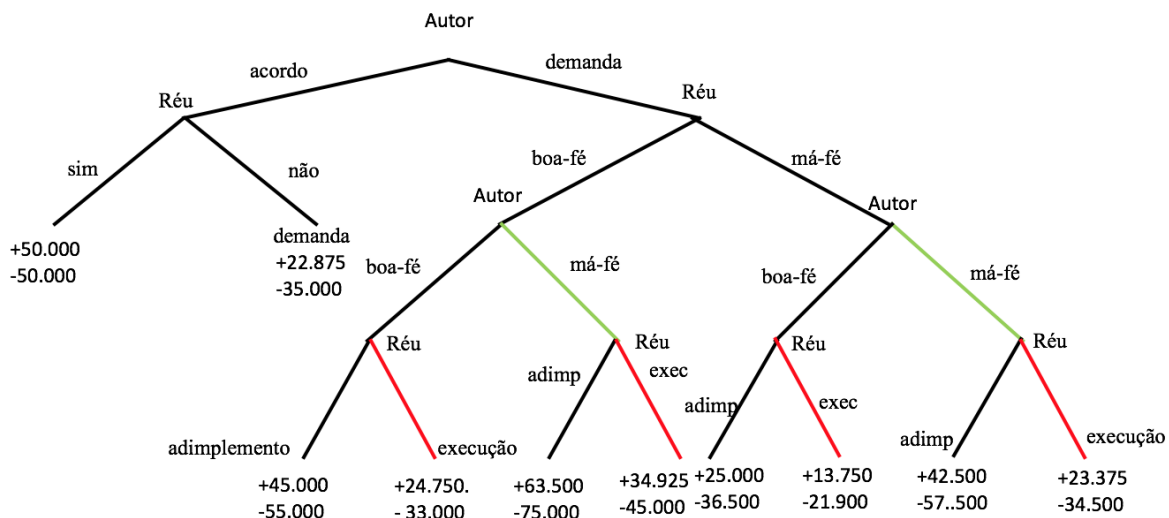
Figura 45 - Cenário F_1 : movimento final



Assim, podemos concluir que, no seu último movimento, a estratégia não cooperativa (execução) é estritamente dominante, de modo que o réu não terá incentivo para desviar-se desse comportamento qualquer que seja a escolha do autor no momento anterior.

Cabe-nos agora subir para o nó anterior e imaginar qual seria a melhor estratégia para o autor: litigar de *boa-fé* ou litigar de *má-fé*. Já sabemos que, independentemente dessa estratégia, o réu inadimplirá. Assim, para definir a conduta do autor, precisamos sempre olhar para os *payoffs* das terminações correspondentes à inevitável postura não cooperativa do réu que virá na sequência (o primeiro número logo abaixo das terminações em vermelho da figura acima).

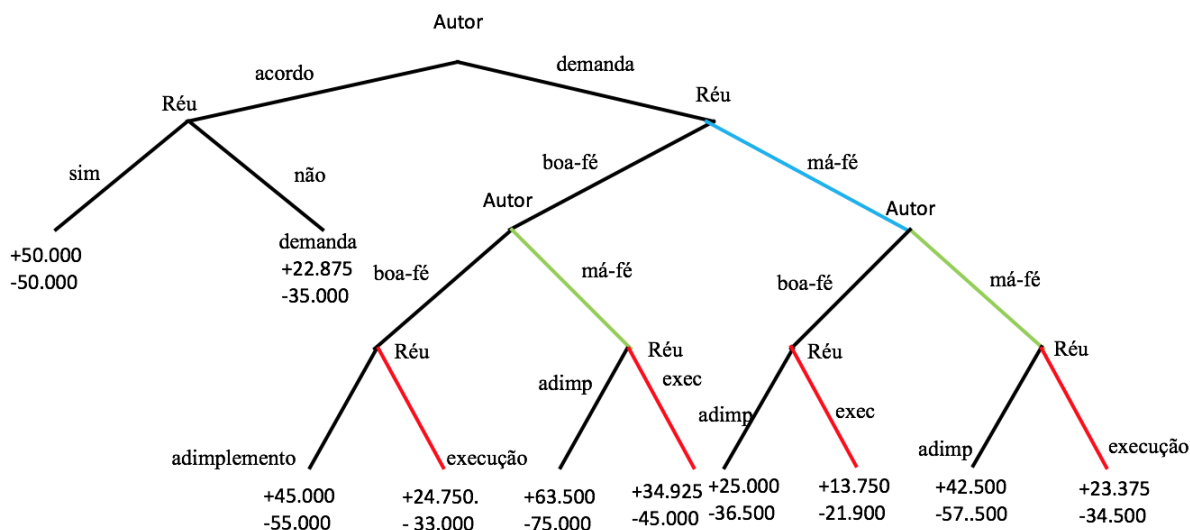
Dessa forma, se o autor optar por *boa-fé*, seus *payoffs* podem ser R\$24.750 ou R\$13.750. Se ele optar por *má-fé* esses valores podem ser R\$34.925 ou R\$23.375. Tudo dependerá da estratégia anterior do réu, que ainda não estudamos. Todavia, como o autor preferirá R\$34.925 a R\$24.750, e R\$23.375 a R\$13.750, podemos concluir que, qualquer que seja o movimento anterior do réu, a melhor resposta para o autor será sempre litigar de *má-fé*, pois os *payoffs* serão necessariamente maiores. Essa será, portanto, sua estratégia estritamente dominante, grifada em verde na figura abaixo:

Figura 46 - Cenário F_1 : movimento intermediário: parte 2

Nesse ponto, devemos *subir um nó* na árvore e estudar qual a melhor estratégia para o réu se a demanda for proposta. Deve ele litigar de *boa-fé* ou de *má-fé*?

Dadas as *estratégias* posteriores que já definimos, sabemos que, optando por litigar de *boa-fé*, o *payoff* do réu será de -R\$45mil e que, optando por litigar de *má-fé*, esse valor será de -R\$34.500 (números apresentados no fim das terminações vermelhas seguidas das terminações verdes da figura acima). Assim, obviamente, caso a demanda seja proposta, a melhor resposta do réu será litigar de *má-fé*. Essa será a sua estratégia *estritamente dominante*, grifada em azul na figura abaixo:

Figura 47 - Cenário F_1 : movimento intermediário: parte 1



Mas ainda resta uma pergunta final: qual será a decisão inicial do autor, propor acordo ou ajuizar a demanda? É isso o que descobriremos subindo mais um nó na árvore (nó inicial).

Caso ele opte pela postura cooperativa e proponha o acordo, o réu *paga* R\$50mil em caso de aceite e R\$35.000 em caso de rejeição.¹⁹¹⁶ Posto isso, é certo que o réu rejeitará o acordo (seguimento grifado em azul na figura abaixo, logo após a propositura do acordo).

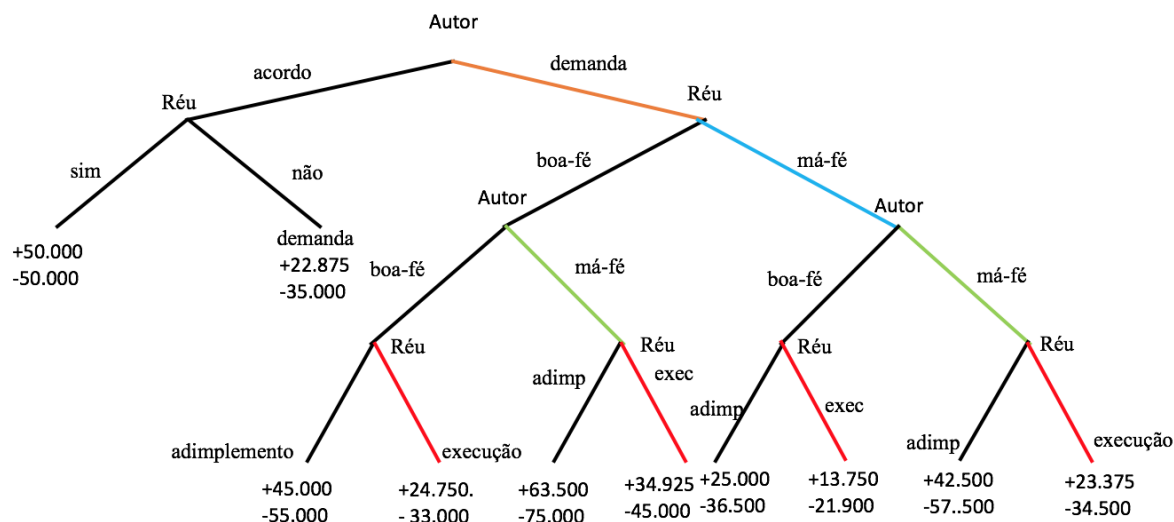
Essa rejeição implicaria ao autor um *payoff* de R\$22.875 em caso de proposição de acordo. Por outro lado, se o autor optar pela a postura não cooperativa, ajuizando a ação (*demanda*) ao invés de buscar a autocomposição, nós já sabemos, seguindo o único caminho colorido contínuo da figura acima, que seu *payoff* será de R\$23.375 (terminação vermelha, à extrema direita da árvore). Assim, como ele preferirá R\$23.375 a R\$22.875, podemos prever que o acordo não será sequer proposto, optando o autor pelo ajuizamento direto da ação. Se ele propusesse o acordo, haveria rejeição do réu e demanda da mesma forma. A única diferença é que o autor incorreria em R\$500 de custos de transação pela rejeição do acordo.¹⁹¹⁷

A estratégia *demanda* é, portanto, estritamente dominante para o autor nesse momento inicial. Esse movimento pode ser observado em laranja, na primeira aresta direita, no ápice da árvore, na figura abaixo:

¹⁹¹⁶ O valor de -35.000 equivale ao *payoff* que o réu receberá em caso de litigância, acrescido de \$500 reais de custas de transação do acordo malsucedido.

¹⁹¹⁷ Por isso que os *payoffs* finais seriam de 22.875, e não de 23.375. Essa é a razão pela qual o autor sequer propõe o acordo, preferindo litigar com primeira opção (uma postura não cooperativa, como sempre justificada pelos incentivos presentes).

Figura 48 - Cenário F_1 : movimento inicial



Posto isso, demonstramos através de *backwards induction* que todas as estratégias não cooperativas dos dois jogadores são estritamente dominantes das estratégias cooperativas, em todas as interações ao longo de todo o jogo (basta observar que a única linha continuamente colorida da árvore acima é a que reflete as escolhas não cooperativas, sempre à direita, formando um arco colorido).

Em um jogo que se desenvolve em etapas sequenciadas, no qual o jogador conhece a estratégia do seu adversário no momento imediatamente anterior, a solução encontrada por *backwards induction* será sempre um equilíbrio de Nash. Dessa forma, a solução encontrada (não cooperativa), na qual o autor ajuíza ação, as partes litigam de má-fé e o réu não cumpre espontaneamente a sentença, é um equilíbrio de Nash.

10.2.4.2.2 Cenário F_2 : litigância de má-fé e execução eficiente

Neste segundo cenário, assumiremos uma execução eficiente, que usa com rigor os mecanismos do art. 139, IV, do CPC/2015 (*execução flexível*), com taxa de sucesso (*pagamento integral da dívida*) de 80%. Esse rigor implica a utilização de mecanismos típicos e atípicos indiretos, como, por exemplo, apreensões de passaporte e de carteira nacional de habilitação.

Como dito, arbitramos o *desvalor* (impacto) dessas restrições na utilidade do réu como equivalentes a -R\$15mil. Assim, em caso de não pagamento voluntário, os *payoffs* do autor serão 80% dos seus *payoffs* definidos na matriz da tabela n. 24, somados da multa de 10% devida pelo réu,¹⁹¹⁸ enquanto que os *payoffs* do réu serão calculados da seguinte forma: 80% dos seus *payoffs* da matriz da tabela n. 24, acrescidos de 20%. Sobre o valor final, acrescentam-se os R\$15mil equivalentes à imposição de medidas executivas indiretas (note-se que esses R\$15mil não são ponderados pela chance de sucesso da execução, porque eles não serão efetivamente executados, já que apenas expressam em valores o impacto das medidas executivas indiretas na utilidade do réu.¹⁹¹⁹ Os resultados estão dispostos na matriz abaixo:

Tabela 26 - Payoffs em caso de execução mais eficiente no cenário F₂

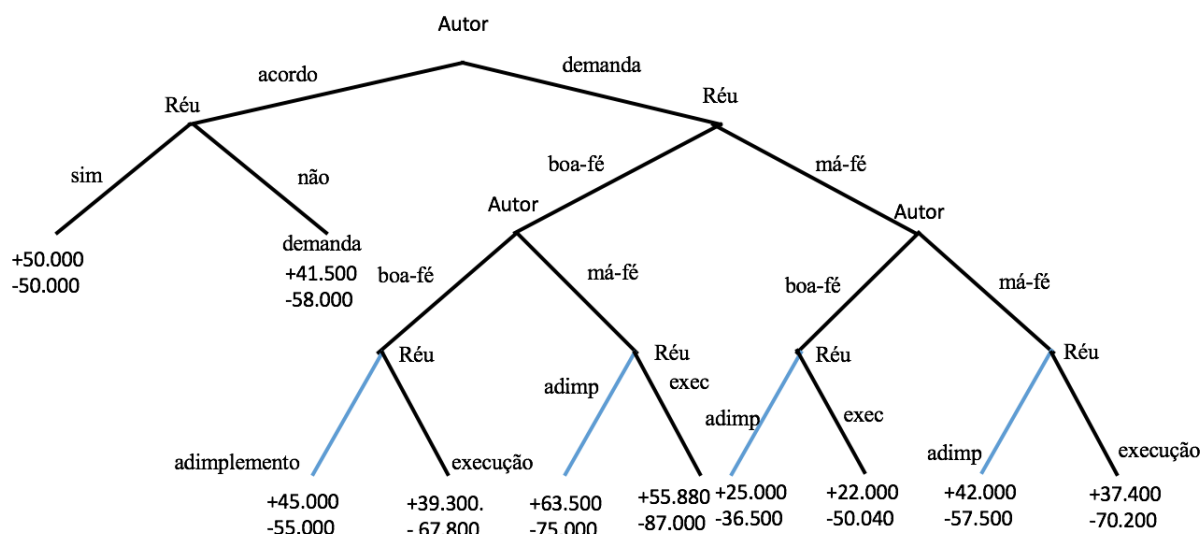
	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	39.300 ; -67.800	22.000 ; -50.040
Autor não coopera	55.880 ; -87.000	37.400 ; -70.200

Passemos à remodelagem do jogo. Utilizando novamente *backwards induction*, podemos prever, de plano, uma alteração na postura do devedor no último movimento, em relação ao cenário anterior. É que, como se pode observar na figura abaixo, em azul, nas quatro terminações finais, *adimplir* a obrigação tutelada será mais vantajoso do que esperar sua *execução*. Isso significa que, *independentemente da anterior escolha do autor*, a postura cooperativa do réu será sua *melhor resposta*, o que significa que *adimplemento* será a sua *estratégia estritamente dominante*.

¹⁹¹⁸ $Va'' = 0,8(Va * 1,10) = 0,8(45.000 * 1,10) = 39.300$; $0,8(63.500 * 1,10) = 55.880$; $0,8(25.000 * 1,10) = 22.000$; $0,8(42.500 * 1,10) = 37.400$.

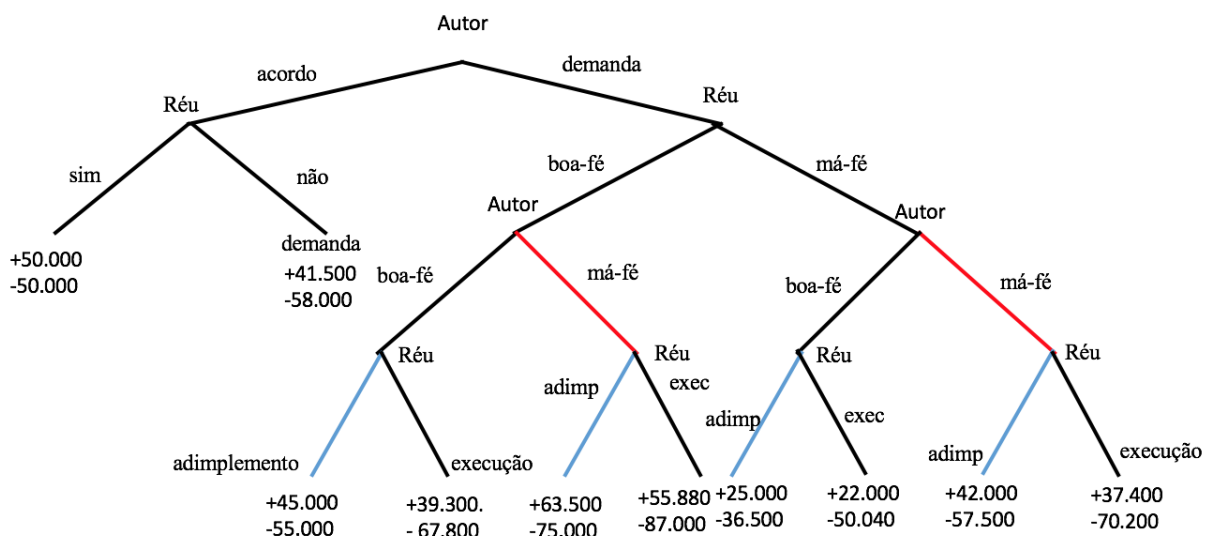
¹⁹¹⁹ $Vr'' = 0,8(Vr * 1,20) - 15.000 = 0,8(-55.000 * 1,20) - 15.000 = -67.800$; $0,8(-75.000 * 1,20) - 15.000 = -87.000$; $0,8(-36.500 * 1,20) - 15.000 = 50.040$; $0,8(-57.500 * 1,20) - 15.000 = -70.200$.

Figura 49 - Cenário F_2 : movimento final



O autor, por sua vez, terá de optar por ligar de *boa-fé* ou *má-fé*. Dadas as escolhas finais do réu, sabemos que, optando por *boa-fé*, o autor receberá R\$45mil ou R\$25mil, enquanto que, optando por *má-fé*, ele receberá R\$63.500 ou R\$42mil. Assim, qualquer que seja a escolha anterior do réu, o autor estará melhor optando por litigar de *má-fé*, visto que, nas duas hipóteses possíveis, seus *payoffs* serão maiores. Essa será sua estratégia *estritamente dominante* nesse momento, e está grifada em vermelho na figura abaixo:

Figura 50 - Cenário F_2 : movimento intermediário: parte 2

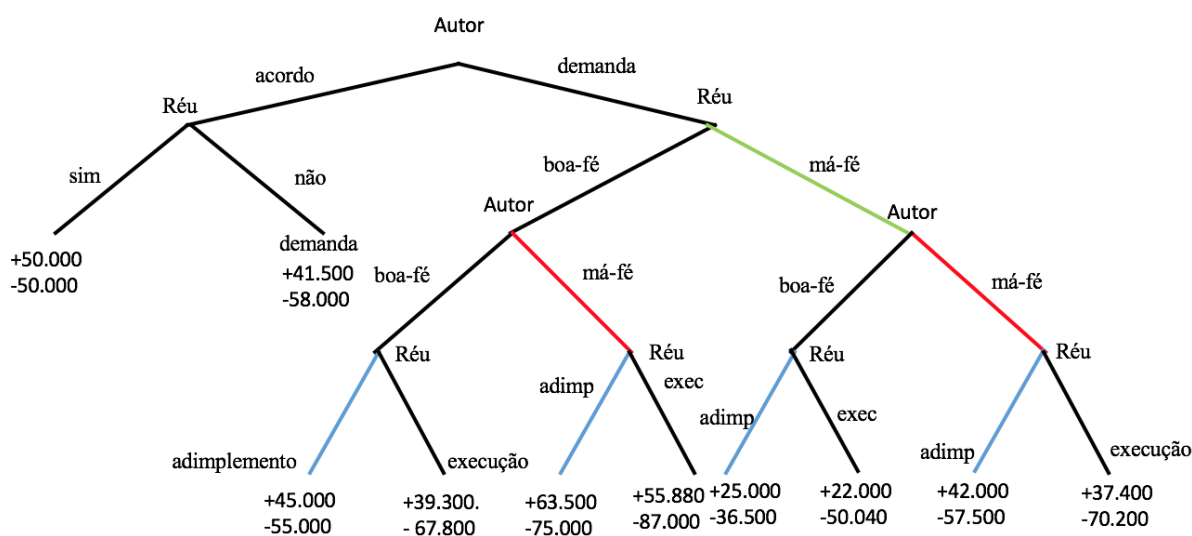


Passemos agora à solução do movimento imediatamente anterior, qual seja, a escolha do réu entre litigar de *boa-fé* ou de *má-fé*.

Dados os movimentos posteriores que já descobrimos (e que estão coloridos na figura acima), sabemos que, optando por litigar de boa-fé, o *payoff* do réu será de –R\$75mil e que, optando por litigar de má-fé, esse valor será de –R\$57.500 (números negativos apresentados no fim das terminações azuis apontadas pelas terminações vermelhas da figura acima).

Assim, obviamente, a melhor resposta do réu aqui será litigar de má-fé, caso a demanda seja proposta. Essa será sua estratégia *estritamente dominante*, grifada em verde na figura abaixo:

Figura 51 - Cenário F_2 : movimento intermediário: parte 1



Mas ainda resta uma pergunta final: qual será a decisão inicial do autor, propor acordo ou ajuizar a demanda? É isso o que descobriremos subindo mais um nó na árvore (nó inicial)

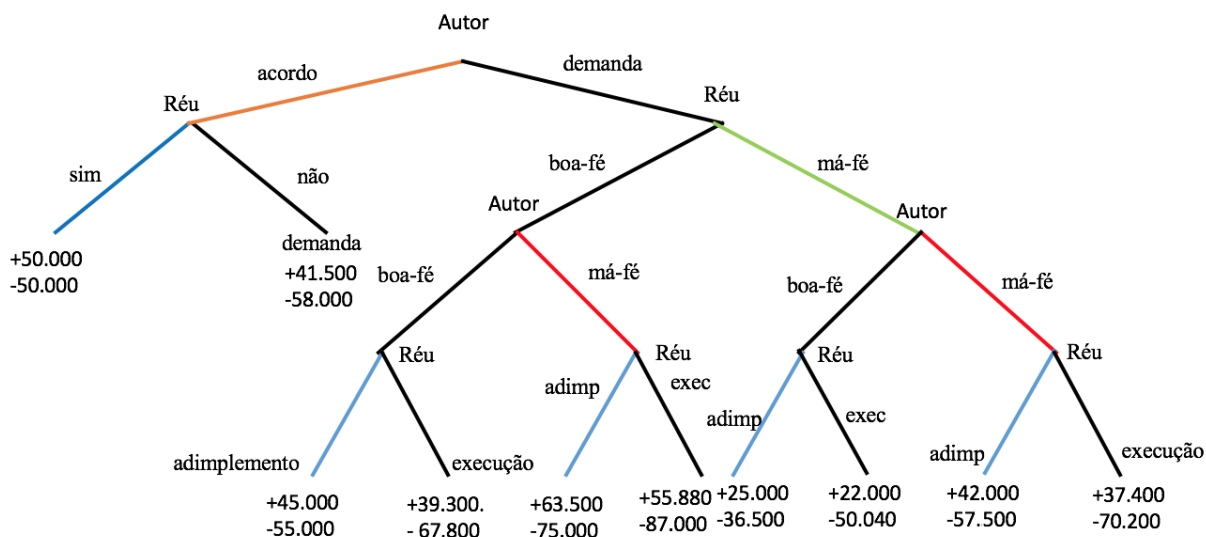
Caso ele opte pela postura cooperativa e proponha o acordo, o réu *paga* R\$50mil em caso de aceite e R\$58mil em caso de rejeição. Posto isso, é certo que o réu aceitará o acordo (seguimento grifado em azul escuro na figura abaixo, logo após a propositura do acordo).

Sabendo que, se o acordo for proposto, o réu o aceitará, o autor já sabe que, nesse caso, seu *payoff* será de R\$50mil.

Todavia, caso o autor opte por ajuizar a demanda, já sabemos que a melhor resposta do réu será não cooperativa (*má-fé*), seguida da mesma postura pelo autor (*má-fé*), terminando-se o jogo com o *adimplemento* voluntário do réu. Essa sequência confere ao autor um *payoff* de R\$42mil (terminação azul, à extrema direita, na figura acima), inferior, portanto, ao *payoff* de R\$50mil obtido com a proposta de acordo.

Assim, como o autor preferirá R\$50mil a R\$42mil, podemos prever que seu movimento inicial será pela busca da autocomposição. A estratégia *acordo* é, portanto, estritamente dominante para o autor nesse momento inicial. Esse movimento pode ser observado em laranja, no primeiro galho esquerdo, no ápice da árvore, na figura abaixo:

Figura 52 - Cenário F_2 : movimento inicial



Posto isso, pudemos demonstrar, através de *backwards induction*, que o jogo se iniciará com acordo proposto pelo credor e aceito pelo devedor, encerrando-se o processo de forma cooperativa. O resultado é representado pela sequência laranja e azul escuro, à esquerda do ápice da árvore acima.

Em um jogo que se desenvolve em etapas sequenciadas, no qual o jogador conhece a estratégia do seu adversário no momento imediatamente anterior, a solução encontrada por backwards induction será sempre um equilíbrio de Nash. Dessa forma, a solução cooperativa desse jogo, na qual o autor propõe o acordo e o réu aceita, está em equilíbrio de Nash.

O ponto mais importante apresentado, e provado, pelo modelo acima é o fato de que o resultado de uma execução extremamente efetiva (*credible threat*) impacta muito além da própria execução, pois, mais do que aumentar as taxas de adimplemento, evitando a fase de cumprimento de sentença, ela pode influenciar diretamente as possibilidades autocompositivas antes ou no início do processo, diminuindo-se a litigiosidade como um todo e emergindo, soberano, o comportamento cooperativo como regra, com fortes impactos no cenário de tragédia da Justiça brasileira.

Note-se: *o modelo decisório n. 1*, mesmo que adotado apenas preliminarmente, ou seja, sustentado pela subsidiariedade da utilização dos mecanismos do art. 139, IV, do CPC/2015, não evitará a instauração das fases de cumprimento de sentença, exatamente em razão da subsidiariedade dos mecanismos mais efetivos.

Em outras palavras, *defender a subsidiariedade da aplicação do art. 139, IV, do CPC2015 é optar conscientemente pela instauração de milhares (milhões, na verdade) de fases de cumprimento de sentença sabidamente inefetivas (com taxas de sucesso certamente bem inferiores aos 50% aqui assumidos), para somente depois utilizar mecanismos adequados à concretização da tutela já deferida. Mais do que isso, é abrir mão do reforço dos incentivos à autocomposição, capazes mesmo de evitar a instauração do processo ou o prolongamento de sua fase cognitiva*. Essa opção é altamente prejudicial ao bem-estar social, motivo pelo qual acreditamos deva ser rejeitada.

Passemos agora ao estudo dos dois cenários restantes, que têm em comum a prevalência do ambiente cooperativo durante a fase cognitiva do processo.

10.2.4.2.3 Cenário F_3 : litigância de boa-fé e execução eficiente

Este cenário apresenta uma hipótese ideal, na qual estão simultaneamente presentes os incentivos para uma litigância proba na fase de conhecimento e uma execução eficiente, cujo percentual de efetividade é da ordem de 80%.

Neste novo cenário, para definir os *payoffs* no caso de pagamento voluntário, basicamente utilizaremos os valores definidos na *matriz da tabela n. 24*, alterando apenas o valor da *multa esperada* por litigância de má-fé de 5% para 70% do valor dado à causa. Os resultados estão dispostos na matriz abaixo¹⁹²⁰:

Tabela 27 - Payoffs em caso de pagamento voluntário no cenário F_3

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	45.000 ; -55.000	25.000 ; -56.000
Autor não coopera	44.000 ; -75.000	10.000 ; -90.000

¹⁹²⁰ $V_a''' = 0,5(100.000) - 5.000 = 45.000$; $0,7(100.000) - 0,3(0,70 \times 100.000) - 5.000 = 70.000 - 0,3(70.000) - 5.000 = 70.000 - 21.000 - 5.000 = 45.000$; $0,3(100.000) - 5.000 = 25.000$; $0,5(100.000) - 0,5(0,70 \times 100.000) - 5.000 = 10.000$; $V_r''' = 0,5(-100.000) - 5.000 = -55.000$; $0,7(-100.000) - 5.000 = -75.000$; $0,3(-100.000) - 0,3(0,70 \times 100.000) - 5.000 = -56.000$; $0,5(-100.000) - 0,5(0,70 \times 100.000) - 5.000 = -90.000$.

Em caso de não pagamento no prazo do art. 523 do CPC/2015, assumimos que os *payoffs* finais do autor¹⁹²¹ serão equivalentes a 80% dos valores da matriz acima acrescidos de 10%, enquanto que os do réu¹⁹²² serão o resultado de 80% dos mesmos valores acrescidos de 20%, somados ao final os R\$15mil correspondentes aos impactos negativos das medidas indiretas na sua função de utilidade. Assim, teríamos:

Tabela 28 - Payoffs em caso de execução mais efetiva no cenário F_3

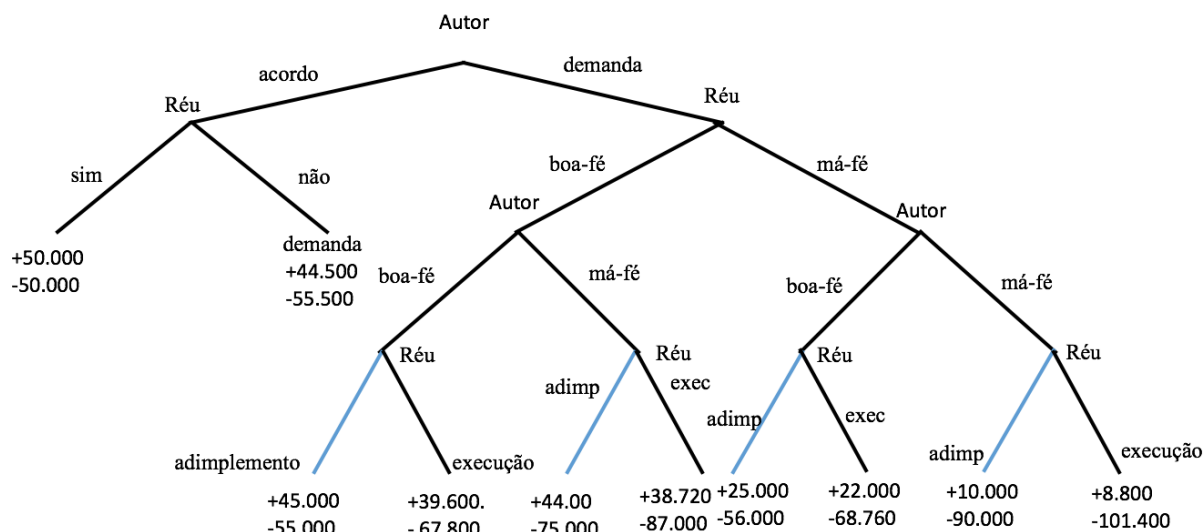
	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	39.600 ; -67.800	22.000 ; -68.760
Autor não coopera	38.720 ; -87.000	8.800 ; -101.400

Passemos à remodelagem do jogo. Utilizando novamente *backwards induction*, podemos prever, como era de se esperar, que o último movimento do réu será de pagamento. Como já vimos, é isso que se espera em razão do *credible threat* gerado pela eficiência da execução. Como se pode observar na figura abaixo, em azul, nas quatro terminações finais, *adimplir* a obrigação tutelada será mais vantajoso do que esperar sua *execução*. Isso significa que, *independentemente da anterior escolha do autor*, a postura cooperativa do réu será sua *melhor resposta*, o que significa que *adimplemento* será a *sua estratégia estritamente dominante*.

¹⁹²¹ $Va''' = 0,8(45.000 * 1,10) = 39.600; 0,8(44.000 * 1,10) = 38.720; 0,8(25.000 * 1,10) = 22.000; 0,8(10.000 * 1,10) = 8.800.$

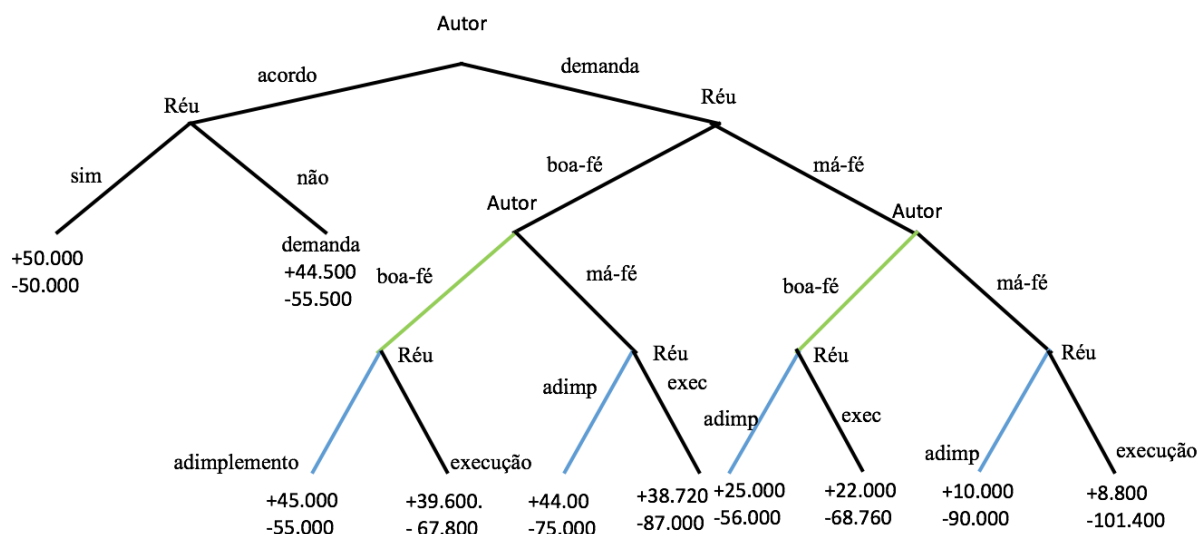
¹⁹²² $Vr''' = 0,8(-55.000 * 1,20) - 15.000 = -67.800; 0,8(-75.000 * 1,20) - 15.000 = -87.000; 0,8(-56.000 * 1,20) - 15.000 = -68.760; 0,8(-90.000 * 1,20) - 15.000 = -101.400.$

Figura 53 - Cenário F_3 : movimento final



O autor, por sua vez, terá de optar por litigar de *boa-fé* ou de *má-fé*. Dadas as escolhas finais do réu, sabemos que, optando por *boa-fé*, o autor receberá R\$45mil ou R\$25mil enquanto que, optando por *má-fé*, ele receberá R\$44mil ou R\$10mil. Assim, qualquer que seja a escolha anterior do réu, o autor estará melhor optando por litigar de *boa-fé*, visto que, nas duas hipóteses possíveis, seus *payoffs* serão maiores. Essa será sua estratégia *estritamente dominante* nesse momento, e está grifada em verde na figura abaixo:

Figura 54 - Cenário F_3 : movimento intermediário: parte 2

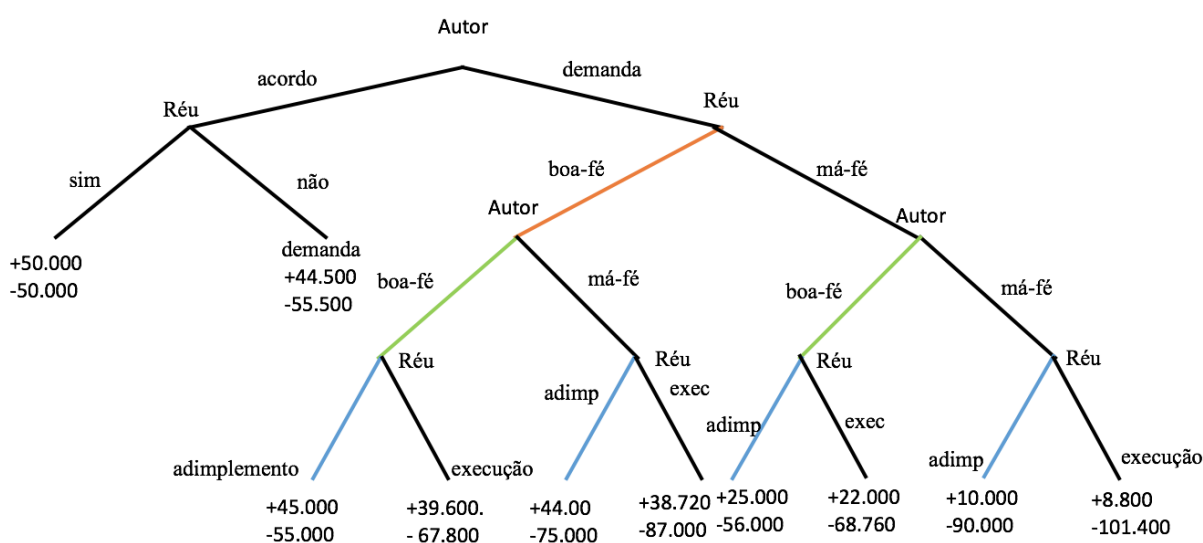


Passemos agora à solução do movimento imediatamente anterior, no qual o réu escolhe entre litigar de *boa-fé* ou de *má-fé*.

Dados os movimentos posteriores que já descobrimos (e que estão coloridos na figura acima), sabemos que, optando por litigar de boa-fé, o *payoff* do réu será de –R\$55mil e que, optando por litigar de má-fé, esse valor será de –R\$56mil (números negativos apresentados no fim das terminações azuis antecedidas das terminações verdes da figura acima).

Assim, obviamente, a melhor resposta do réu aqui será litigar de boa-fé, caso a demanda seja proposta. Essa será sua estratégia *estritamente dominante*, grifada em laranja na figura abaixo:

Figura 55 - Cenário F_3 : movimento intermediário: parte 1



Mas ainda resta uma pergunta final: qual será a decisão inicial do autor, propor acordo ou ajuizar a demanda? É isso o que descobriremos subindo mais um nó na árvore (nó inicial)

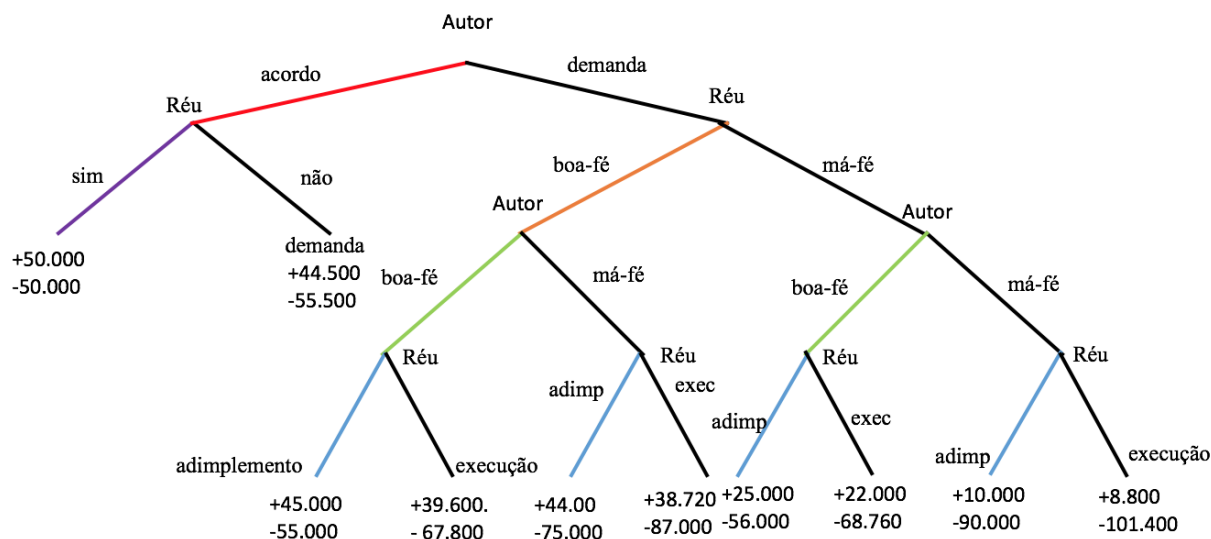
Caso ele opte pela postura cooperativa e proponha o acordo, o réu *paga* R\$50mil em caso de aceite e R\$55.500 em caso de rejeição. Posto isso, é certo que o réu aceitará o acordo (seguimento grifado em roxo na figura abaixo, logo após a propositura do acordo). Essa é a sua estratégia *estritamente dominante* caso o autor opte pela solução consensual.

Todavia, caso o autor ajuíze a demanda, já sabemos que a melhor resposta do réu será cooperativa (*boa-fé*), seguida da mesma postura pelo autor (*boa-fé*), terminando o jogo com o *adimplemento* voluntário do réu. Essa sequência (a única colorida na figura acima) confere ao autor um *payoff* de R\$45mil (terminação azul, à esquerda, na figura acima).

Como em caso de propositura de acordo o réu aceitará a oferta, o *payoff* do autor será R\$50mil (extremidade esquerda superior da árvore).

Assim, como o autor preferirá R\$50mil a R\$45mil, podemos prever que seu movimento inicial será pela busca da autocomposição. A estratégia *acordo* é, portanto, *estritamente dominante* para o autor nesse momento inicial. Esse movimento pode ser observado em vermelho e em roxo, na primeira aresta à esquerda partindo do ápice da árvore, na figura abaixo:

Figura 56 - Cenário F_3 : movimento inicial



Posto isso, pudemos demonstrar, através de *backwards induction*, que o jogo se iniciará com acordo proposto pelo credor, aceito pelo devedor, encerrando-se o processo de forma cooperativa. O resultado é representado pela sequência vermelha e roxa, à esquerda do ápice da árvore acima.

Em um jogo que se desenvolve em etapas sequenciadas, no qual o jogador conhece a estratégia do seu adversário no momento imediatamente anterior, a solução encontrada por backwards induction será sempre um equilíbrio de Nash. Dessa forma, a solução cooperativa desse jogo, na qual o autor propõe o acordo e o réu aceita, está em equilíbrio de Nash.

É interessante notar, todavia, um resultado contraintuitivo, quando comparamos os cenários F_2 e F_3 . Em F_2 , quando o autor opta entre propor um acordo ou demandar, ele deve escolher entre *payoffs* de R\$50mil e R\$42mil, respectivamente. Evidentemente, a diferença positiva de R\$8mil constitui incentivo suficiente para que ele opte pela postura cooperativa.

Já em F_3 , essa opção contrapõe *payoffs* de, respectivamente, R\$50mil e R\$45mil. Por certo, a diferença positiva de R\$5mil também constitui incentivo suficiente para a adoção da postura cooperativa. Essa diferença, todavia, é menor que a primeira.

Isso significa que, em um cenário de possível litigância de má-fé e execução efetiva (F_2), os incentivos para a propositura de acordo são superiores aos gerados pelo cenário aparentemente ideal de litigância proba e execução eficiente (F_3). Isso implica que a *janela de acordo* de F_3 será inferior à de F_2 , admitindo-se menos assimetrias de expectativas quanto ao resultado do processo para que a autocomposição seja possível.

Esse é, em verdade, um efeito colateral da postura cooperativa das partes. É que, ao evitar a litigância de má-fé, o processo *fica mais barato para elas* (e também para toda a sociedade), melhorando o resultado esperado em relação ao processo em que efetivamente se litiga de má-fé. Como vimos em capítulos iniciais, custos baixos diminuem a possibilidade de acordo.

Assim, para evitar-se que esse efeito colateral realmente gere um prejuízo superior aos seus benefícios, o aumento das penalidades por litigância de má-fé deve vir acompanhado de um aumento nas custas processuais e de maior rigor na concessão da gratuidade de justiça, medidas essas que já defendemos no início deste trabalho.

Resta agora analisarmos o cenário em que, apesar de a norma prover os incentivos corretos à litigância proba, os meios executivos são pouco eficientes.

10.2.4.2.4 Cenário F_4 : litigância de boa-fé e execução ineficiente

Este cenário apresenta hipótese em que os incentivos para uma litigância proba na fase cognitiva do processo estão presentes, mas, ao final, o processo padece das ineficiências da execução, cujo percentual de efetividade é de 50%.

Para definir os *payoffs* no caso de pagamento, reproduzimos os números da *matriz da tabela n. 27*, que, por simplicidade, copiamos abaixo em uma nova matriz:

Tabela 29 - Payoffs em caso de pagamento voluntário no cenário F_4

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	45.000 ; -55.000	25.000 ; -56.000
Autor não coopera	44.000 ; -75.000	10.000 ; -90.000

Tomando por base os valores acima, em caso de não pagamento no prazo do art. 523 do CPC/2015, a execução *pouco efetiva* implicará que os *payoffs* do autor sejam acrescidos de 10%

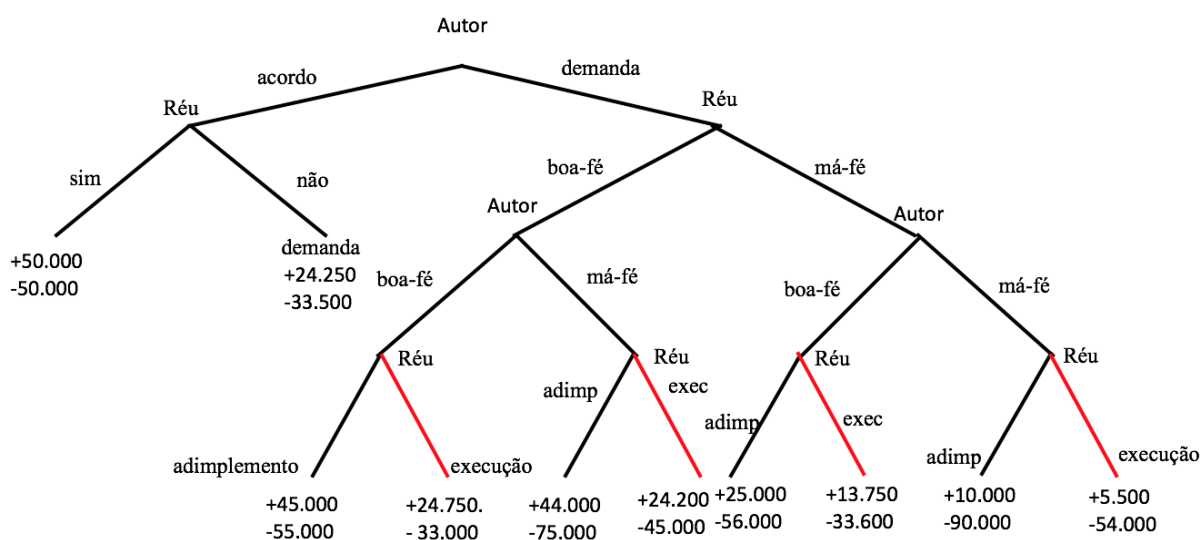
e depois divididos pela metade.¹⁹²³ Quanto aos *payoffs* do réu,¹⁹²⁴ acrescem-se 20%, dividindo-se o valor final pela metade. Os resultados estão dispostos abaixo:

Tabela 30 - Payoffs em caso de execução menos eficiente no cenário F₄

	Réu coopera	Réu não coopera
Autor coopera	24.750 ; -33.000	13.750 ; -33.600
Autor não coopera	24.200 ; -45.000	5.500 ; -54.000

Passemos à remodelagem desse cenário final. Utilizando *backwards induction*, podemos prever, como era de se esperar, que o último movimento do réu será não cooperativo, preferindo inadimplir no prazo do art. 523 e esperar a execução. Como se observa na figura abaixo, nas quatro terminações finais em vermelho, a estratégia *execução* será mais vantajosa do que *pagamento*. Isso significa que, *independentemente da anterior escolha do autor*, a postura não cooperativa do réu será sua *melhor resposta*, ou seja, *execução* será a sua *estratégia estritamente dominante*.

Figura 57 - Cenário F₄: movimento final



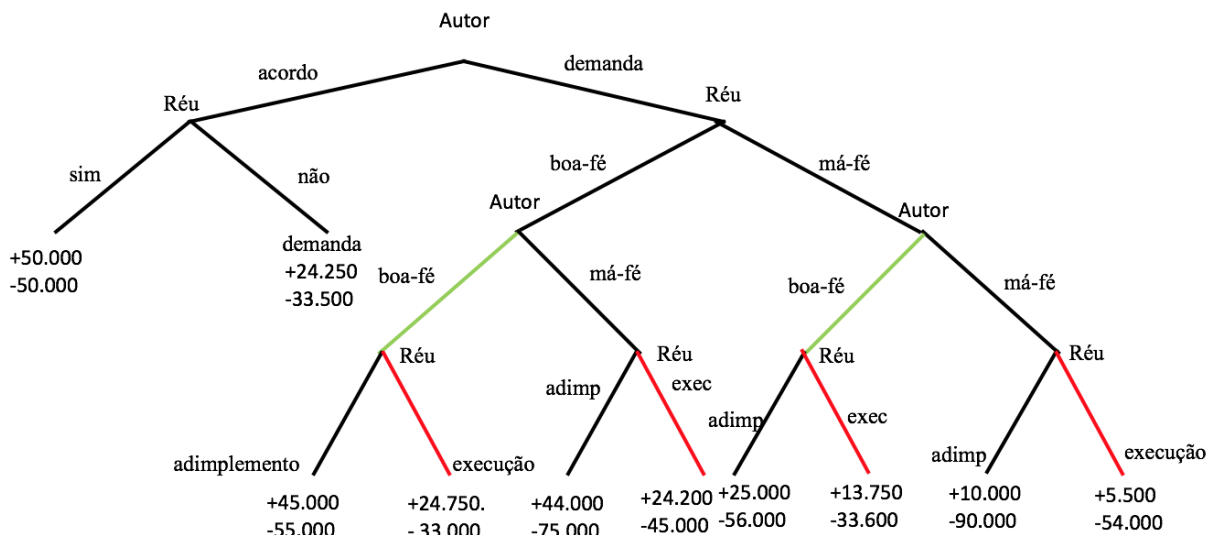
O autor, por sua vez, terá de optar por ligar de *boa-fé* ou de *má-fé*. Dadas as escolhas finais do réu, sabemos que, optando por *boa-fé*, o autor receberá R\$24.750 ou R\$13.750 enquanto que, optando por *má-fé*, ele receberá R\$24.200 ou R\$5.500. Assim, qualquer que seja

¹⁹²³ $V_{\alpha}'''' = \frac{45.000 \cdot 1,10}{2} = 24.750; \frac{44.000 \cdot 1,10}{2} = 24.200; \frac{25.000 \cdot 1,10}{2} = 13.750; \frac{10.000 \cdot 1,10}{2} = 5.500.$

¹⁹²⁴ $V_{r}'''' = \frac{-55.000 \cdot 1,20}{2} = -33.000; \frac{-75.000 \cdot 1,20}{2} = -45.000; \frac{-56.000 \cdot 1,20}{2} = -33.600; \frac{-90.000 \cdot 1,20}{2} = -54.000.$

a escolha anterior do réu, o autor estará melhor optando por litigar de boa-fé, visto que, nas duas hipóteses possíveis, seus *payoffs* serão maiores. Essa será sua estratégia *estritamente dominante* nesse momento, e está grifada em verde na figura abaixo:

Figura 58 - Cenário F_4 : movimento intermediário: parte 2

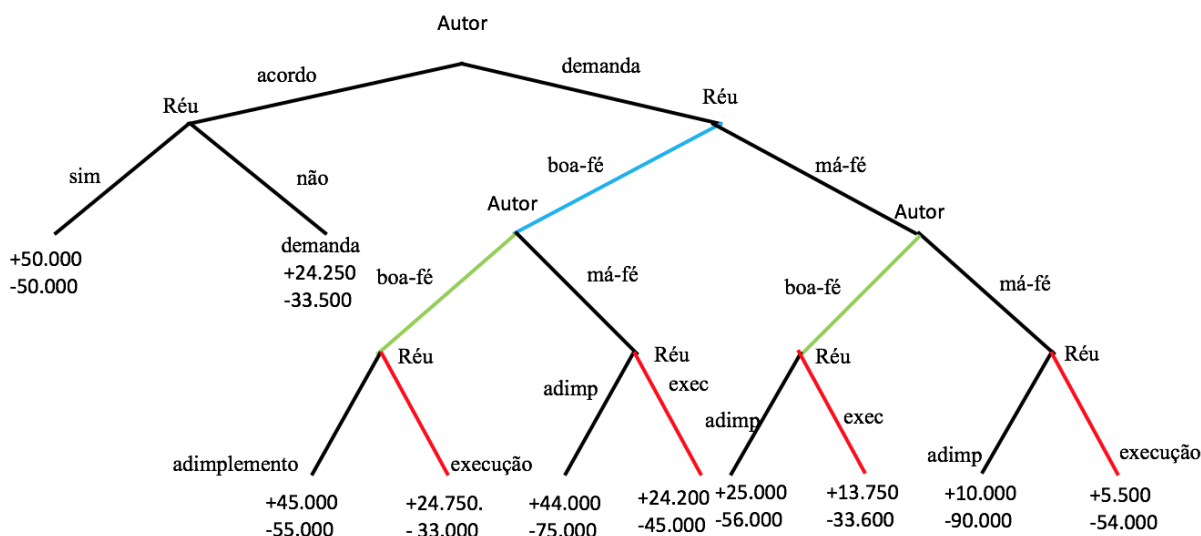


Passemos agora à solução do movimento imediatamente anterior, no qual o réu escolhe entre litigar de boa-fé ou de má-fé.

Dados os movimentos posteriores que já descobrimos (e que estão coloridos na figura acima), sabemos que, optando por litigar de boa-fé, o *payoff* do réu será de -R\$33.000 e que, optando por litigar de má-fé, esse valor será de -R\$33.600 (números negativos apresentados no fim das terminações vermelhas como prolongamentos das terminações verdes da figura acima).

Assim, obviamente, a melhor resposta do réu aqui será litigar de boa-fé, caso a demanda seja proposta. Essa será sua estratégia *estritamente dominante*, grifada em azul na figura abaixo:

Figura 59 - Cenário F_4 : movimento intermediário: parte 1



Mas ainda resta uma pergunta final: qual será a decisão inicial do autor, propor acordo ou ajuizar a demanda? É isso o que descobriremos subindo mais um nó na árvore (nó inicial)

Caso o autor demande, já sabemos que a melhor resposta do réu será cooperativa (*boa-fé*), seguida da mesma postura pelo autor (*boa-fé*), terminando o jogo com o *inadimplemento* do réu e execução. Essa sequência (a única colorida na figura acima) confere ao autor um *payoff* de R\$24.750 (terminação vermelha, à direita da terminação verde, seguida da azul, na figura acima) e, ao réu, um *payoff* de -R\$33mil.

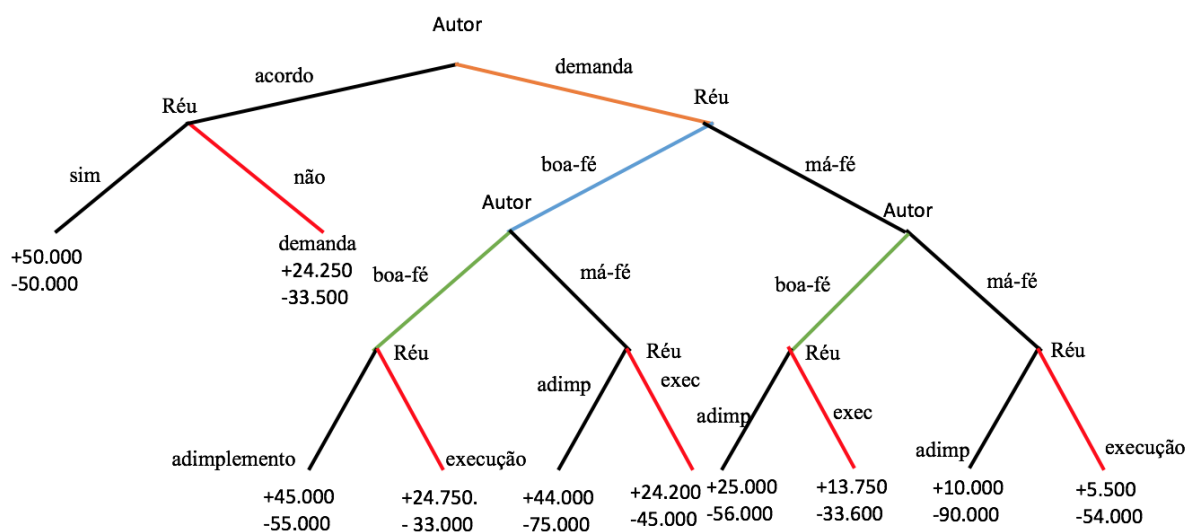
Já em caso de propositura de acordo, o réu que aceita *paga* R\$50mil e, o que rejeita, *paga* R\$33.500.

Assim, como o réu preferirá pagar R\$33.500 a R\$50mil, podemos prever que ele rejeitará o acordo proposto, pois essa será sua *estratégia dominante*. O movimento está grifado em vermelho, no canto esquerdo superior da figura abaixo.

Sabendo disso, o autor antecipará que o acordo eventualmente proposto será rejeitado, fazendo-o incorrer em custos de transação e demandar na sequência, de modo que seu *payoff* final seria de R\$24.250. Já se optar pela propositura direta da demanda, o autor *economiza* custos de transação. Veja-se que o caminho colorido da figura acima indica-nos que ele receberá um *payoff* de R\$24.750. Como o autor preferirá R\$24.750 a R\$24.250, a demanda será sempre proposta. Assim, *demanda* será sua *estratégia dominante*.

Esse movimento pode ser observado em laranja, no primeiro galho direito, no ápice da árvore, na figura abaixo:

Figura 60 - Cenário F_4 : movimento inicial



Posto isso, pudemos demonstrar, através de *backwards induction*, que o jogo se iniciará com ajuizamento da ação pelo autor, seguindo de fase cognitiva desenvolvida com boa-fé tanto pelo réu quanto pelo autor, encerrando-se, todavia, com inadimplemento do réu e necessidade de execução. O resultado é representado pela única sequência colorida não interrompida na árvore acima.

Em um jogo que se desenvolve em etapas sequenciadas, no qual o jogador conhece a estratégia do seu adversário no momento imediatamente anterior, a solução encontrada por backwards induction será sempre um equilíbrio de Nash. Dessa forma, a solução predominantemente não cooperativa desse jogo — na qual o autor ajuíza a ação, a fase cognitiva desenvolve-se em ambiente cooperativo e, ao final, ocorre o inadimplemento, obrigando-se o autor a iniciar a fase de cumprimento de sentença — está em equilíbrio de Nash.

É importante compararmos esse resultado àquele apresentado em F_2 , quando demonstramos o poder de uma execução eficiente, capaz de criar um ambiente cooperativo mesmo quando presentes os incentivos normativos para a litigância de má-fé na fase de conhecimento do processo.

Naquele cenário, percebemos que a *credible threat* da execução *mais eficiente* alterou o comportamento inicial das partes, permitindo a autocomposição e evitando não só a execução, mas também o processo de conhecimento, colaborando decisivamente para a diminuição da *tragédia da Justiça*, com ganhos exponenciais ao bem-estar social.

O que verificamos agora em F_4 foi o exato oposto. A opção por um modelo executivo pouco eficiente alterou o comportamento cooperativo das partes, não evitou a propositura da

ação nem a necessidade de cumprimento de sentença. Em outras palavras, *o simples fato de o réu antecipar a inefetividade da execução altera seu comportamento logo no início do jogo*, fazendo-o rejeitar qualquer possibilidade de autocomposição e dando azo ao ajuizamento da ação. Ainda que a fase cognitiva do processo transcorra em ambiente cooperativo, os incentivos finais estimulam o réu ao inadimplemento, gerando necessidade de dilatação do processo com a fase de cumprimento de sentença.

Trocando em miúdos, a inefetividade da execução colaborou decisivamente para o agravamento do cenário de tragédia da Justiça.

10.2.4.3 Extensões do modelo a outros temas ligados à execução

Há muito mais a ser dito ou analisado a respeito da efetividade dos meios executivos e da correta interpretação e aplicação do disposto no art. 139, IV, do CPC/2015.

Este estudo restringiu-se a argumentos econômicos, defendendo a interpretação da norma que melhor se adequa ao princípio da cooperação e ao estímulo do comportamento colaborativo das partes ao longo de todo o processo.

Apesar de o foco dos nossos modelos ser o cumprimento de sentença que provê tutela de obrigação de pagar quantia certa, as conclusões aqui apresentadas aplicam-se, como antecipamos no início dessa seção, à execução por quantia fundada em título extrajudicial, aí incluídas as execuções fiscais. Já para a execução das demais modalidades obrigacionais, os modelos apresentados não se adequam plenamente, e teriam de sofrer ajustes que os limites deste texto não comportam. O *insight* econômico, todavia, prevalece: **quanto maior a efetividade dos meios executivos, maiores os incentivos ao comportamento cooperativo (*credible threat*). Sem isso, caímos no clássico modelo do *dilema do prisioneiro*, que, como diria Axelrod, não permite a cooperação pela ausência de *credible threat*.**¹⁹²⁵

O devido processo legal, e a *justiça* da tutela, do ponto de vista do réu, não foram até aqui explorados. O devido processo que temos em mente, todavia, é aquele descrito no capítulo 5 Quanto à *justiça* da tutela, é importante lembrar que a execução é uma *anomalia*, uma *crise*, causada pelo inadimplemento do réu.

Todavia, é obvio que limites constitucionais — como a impossibilidade de prisão por dívida, a proporcionalidade das sanções e o direito de defesa contra eventuais abusos — são essenciais.

¹⁹²⁵ op. cit. p. 11

Quanto ao princípio da igualdade e a eventuais dificuldades econômicas que o réu vivencie, não vemos maiores dificuldades. Com efeito, comprovada a boa-fé pela simples ausência de recursos, os procedimentos de execução universal tomam o lugar dos meios executivos tradicionais, com seu regramento próprio e complexo que não será aqui explorado. Já em caso de mero inadimplemento, sem declaração de insolvência, as restrições decorrentes de meios executivos indutivos atípicos durarão o mesmo prazo da prescrição intercorrente, ou seja, não serão eternas, a bem da segurança jurídica.

Outro ponto interessante, para o qual nossa análise pode ser estendida, diz respeito à defesa do executado em juízo, por meio de embargos à execução. Obviamente, não se deseja a busca da efetividade e do prazo razoável à custa da *justiça* da tutela. O que se quer é que todos os ideais do art. 6º do CPC/2015 se façam presentes em nível ótimo, dados os recursos disponíveis.

Assim, é preciso lembrar que o executado pode agravar de instrumento de qualquer decisão executiva (art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015) facultando-se-lhe ainda embargar a execução no prazo legal (art. 914 do CPC/2015). Eventuais impropriedades ou injustiças dos meios executivos escolhidos pelo magistrado podem ser discutidas por essas duas vias distintas. Há, portanto, ampla possibilidade de defesa.

Especificamente quanto aos embargos, é preciso lembrar que a concessão do efeito suspensivo não será automática, dependendo da presença de requisitos que conferem a esse efeito natureza de verdadeira tutela de urgência¹⁹²⁶ (art. 919 do CPC/2015). Esse regime jurídico do efeito suspensivo é fundamental para que os embargos não sejam usados como forma de mera obstaculização da execução, num clássico caso de abuso de direito.

Muito pelo contrário, quando se interpreta corretamente a norma do art. 139, IV, do CPC/2015, utilizando-a de forma rigorosa, o executado sempre ponderará se *vale a pena embargar*, já que, sem a concessão de efeito suspensivo, as medidas típicas ou atípicas impostas com base naquele dispositivo continuarão em vigor, gerando-lhe enorme desvalor, incentivando-o a garantir a execução ou adimpli-la definitivamente.

Trocando em miúdos, pode-se dizer que a efetividade executiva, aliada ao regime jurídico do efeito suspensivo dos embargos do executado, diminui a *chance* de que essa modalidade defensiva seja utilizada de forma protelatória.

¹⁹²⁶ ABELHA, Marcelo, op. cit. p. 503

10.2.5 Atualizações da economia comportamental

Quanto às atualizações da *behavior law and economics*, parece-nos que grande parte dos vieses até aqui estudados aplica-se à fase executiva do processo. Sua análise na execução, todavia, parece-nos mais próxima àquela que empreendemos no estudo da litigância de má-fé (capítulo 9) e da apelação (neste mesmo capítulo).

Nesta linha, merecem destaque três vieses comportamentais: *força de vontade limitada* (*bounded willpower*), estudada a propósito do impacto das punições por litigância de má-fé; *desprezo às pequenas probabilidades* (uma característica do viés de otimismo); e o *efeito dotação* (*endowment effect*), apresentado quando da análise das possibilidades de autocomposição na fase recursal do processo.

Naquelas quadras, observamos que punições imediatas, ainda que mais leves, são mais *sentidas* do que punições futuras, para as quais as partes acabam aplicando uma *taxa de desconto* fortemente decrescente (*hyperbolic discount*).¹⁹²⁷ Essa é uma decorrência da *força de vontade limitada* (*bounded willpower*).¹⁹²⁸

Assim sendo, comparemos novamente os dois modelos decisórios que utilizamos para, a partir da intimação para pagamento (523 do CPC/2015), diferenciar os dois regimes executivos aqui estudados (*execução efetiva/execução inefetiva*):

- Modelo decisório n. 1: *Intime-se o devedor, na forma do art. 523 do CPC/2015, para que, no prazo de 15 dias, pague o valor de R\$56.500,00,¹⁹²⁹ sob pena de incidência de multa de 10% e de honorários de advogado de 10% sobre o valor cobrado.*
- Modelo decisório n. 2: *Intime-se o devedor, na forma do art. 523 do CPC/2015, para que, no prazo de 15 dias, pague o valor de R\$56.500,00,¹⁹³⁰ sob pena de incidência de multa de 10% e de honorários de advogado de 10% sobre o valor cobrado, além de, cumulativamente, multa de R\$500,00 por dia de atraso no pagamento, inclusão do nome civil no cadastro de inadimplentes e retenção imediata da Carteira de Nacional de Habilitação.*

¹⁹²⁷ LAIBSON, David. *Golden eggs and hyperbolic discount*. in David Laibson. 1997. Golden eggs and hyperbolic discounting. Quarterly Journal of Economics 112(2): 443-477.

¹⁹²⁸ Susteain et al. op. cit. p. 1538.

¹⁹²⁹ O valor equivale à soma do valor da condenação no pedido principal com todas as verbas de sucumbência (honorários e custas, respectivamente R\$5.000 e R\$1.500,00)

¹⁹³⁰ O valor equivale à soma do valor da condenação no pedido principal com todas as verbas de sucumbência (honorários e custas, respectivamente R\$5.000 e R\$1.500,00)

Acreditamos que uma das forças que entumecem os incentivos gerados pelo *modelo n. 2* decorre exatamente da *bounded willpower*.

Note-se que o *modelo n. 1* também traz embutidas algumas ameaças: em primeiro lugar, o devedor inadimplente poderá ter bens penhorados, se eles forem encontrados. Após, não encontrados esses bens, a maior parte da doutrina advoga a utilização das técnicas do art. 139, IV, do CPC/2015. Nessa linha, alguém poderia alegar que, mesmo com o *modelo n. 1*, a execução torna-se flexível e efetiva em algum momento, o que não *justificaria* a diferença de pesos de efetividade que demos para os dois modelos (50% para o *modelo n. 1*, 80% para o *modelo n. 2*).

Uma das muitas explicações para essa diferença no percentual de efetividade (que, diga-se de passagem, entendemos bastante conservadora), é exatamente a *rapidez* com que as ameaças podem ser efetivadas. No *modelo n. 1*, há um longo caminho pela frente (como visto, as execuções em estoque duram em média 8,5 anos,¹⁹³¹ e as *baixadas*, mas não necessariamente *efetivadas*, consomem em média 4,3 anos¹⁹³²) e nesse caminho sempre se pode tropeçar na prescrição intercorrente. Já no *modelo n. 2* a ameaça bate à porta do executado quase que instantaneamente. Por exemplo, 15 dias após a intimação para pagamento, em caso de inadimplemento, o devedor já não poderá retirar o seu carro da garagem em caso de retenção da CNH. É esse *timing*, essa rapidez, que faz da ameaça (*threat*), algo ainda mais crível (*credible*).

De outro lado, a morosidade e a ineficiência do modelo tradicional tornam a efetivação da execução (mesmo com aplicação subsidiária dos meios executivos do art. 139, IV, do CPC/2015) algo muito improvável. Essa baixa probabilidade pode ser diminuída ainda mais pelo chamado *viés de otimismo*,¹⁹³³ como também já estudamos.

Pior ainda, como ensinou Kunreuther, se essa probabilidade cair abaixo de um determinado patamar (*critical threshold*), a tendência do devedor pode ser simplesmente ignorá-la, desconsiderando qualquer possibilidade de apreensão patrimonial ou de imposição de medida judicial tão rigorosa que o motive a pagar a dívida.¹⁹³⁴

¹⁹³¹ Relatório Justiça em Números 2016, p. 71

¹⁹³² Ibidem.

¹⁹³³ Neil D. Weinstein, Unrealistic Optimism About Future Life Events, 39 J. PERSONALITY & SOC. PSYCHOL. 806 (1980)

¹⁹³⁴ KUNREUTHER, H.C. (1981) **The Economics of Protection against Low Probability Events**, IASA Working Paper. IIASA, Laxenburg, Austria, WP-81-003, disponível em: <http://pure.iiasa.ac.at/1758/1/WP-81-003.pdf>

Quanto ao *efeito dotação*, vimos que sua presença diminui a disposição do vencedor para algum tipo de negociação (autocomposição).

Segundo Richard Thaler, *endowment effect* é o padrão de comportamento segundo o qual as pessoas, para abrir mão de um bem, frequentemente exigem mais do que elas mesmas estariam dispostas a pagar para obter o mesmo bem caso não o possuam.¹⁹³⁵

Vimos que essa pode ser uma possível explicação (não a principal) para a baixa taxa de acordos que os relatórios do CNJ apontam na fase recursal. Pensamos que o mesmo ocorra aqui, com maior intensidade.

Com efeito, quando a sentença é recorrível, a alocação de bens ou direitos por ela comandada é ainda parcial. Todavia, após seu trânsito em julgado, momento em que se torna possível a execução definitiva, o comando de *alocação torna-se definitivo*, faltando apenas a sua efetivação. É nesse momento, portanto, que a *dotação se encerra*. Para usar o exemplo clássico de Thaler tantas vezes referido, é nessa hora que o aluno *sabe que a caneca já é sua*.¹⁹³⁶ Por que razão, então, ele desejará negociá-la por um valor inferior àquele pelo qual ela foi *dotada*?

Essa, talvez, seja uma das explicações para as baixas taxas de autocomposição na execução,¹⁹³⁷ mesmo sendo públicas sua morosidade e inefetividade, características que, em tese, deveriam gerar incentivos autocompositivos para o autor. Se não os geram, é possível que seja por conta do *endowment effect*.

Já para o réu, é possível que a inefetividade e a morosidade sejam tantas que o *desconto do futuro*, aliado ao *desprezo pelas baixas probabilidades*, faça-o crer que a execução forçada *nunca acontecerá*. Assim, se o *valor esperado* da execução para o réu for *zero*, não há razão alguma para a autocomposição.

Nesse ambiente, o réu, racional ou irracional, rejeitará qualquer acordo e o cenário de tragédia justificar-se-á novamente.

¹⁹³⁵ Thaler, Richard, **Toward a Positive Theory of Consumer Choice**. Journal of Economic Behavior and Organization, 1980, 1, 39-60. p. 44.

¹⁹³⁶ KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack L, THALER, Richard H. **Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias**, in The Journal of Economic Perspectives, 5(1), pp. 193-206, Winter 1991 p. 194

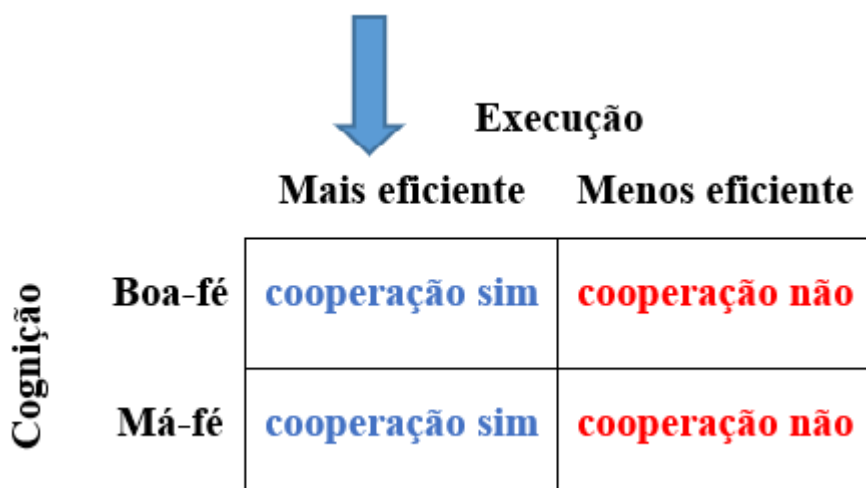
¹⁹³⁷ Especificamente, 4,1% no geral. Na Justiça estadual, cenário mais propício, esse índice é de 7,3%. Relatório Justiça em número, op. cit. p.99 e p. 45. O relatório não apresenta os números da Justiça Federal, mas o alto percentual de *pagamento pelo cumprimento de parcelamento* identificado pelo IPEA, pode, sim, ser identificado como uma modalidade de *autocomposição*... IPEA, *Nota técnica*, op. cit. p. 8-9. Note-se que, por ser tutelado por pessoa jurídica de direito público, o efeito dotação nas execuções fiscais é, em tese, bem menor.

10.2.6 Conclusão parcial

Ao cabo dessas longas demonstrações, ficou clara a importância da *máxima efetividade possível dos meios executivos*. Para além de aumentar as probabilidades de alcance de uma tutela de mérito efetiva, justa e em prazo razoável (art. 6º do CPC/2015), ela eleva consideravelmente as possibilidades autocompositivas capazes de abreviar ou mesmo de evitar o processo, em clara demonstração de como incentivos corretos podem gerar comportamento cooperativo, reduzindo o dramático cenário atual de tragédia da Justiça brasileira.

O impacto de cada um dos quatro cenários na promoção da cooperação pode ser descrito na derradeira matriz, como segue:

Figura 61 - Promoção do comportamento cooperativo



		Execução	
		Mais eficiente	Menos eficiente
Cognição	Boa-fé	cooperação sim	cooperação não
	Má-fé	cooperação sim	cooperação não

Em todos os cenários, a importância de uma execução eficiente mostra-se proeminente. Sem ela, os incentivos à litigância cooperativa na fase de conhecimento não se sustentam após a sentença, causando o inadimplemento da obrigação tutelada. Com ela, dados os seus estímulos cooperativos, mesmo um cenário de litigância de má-fé prevalente na fase de conhecimento pode ser evitado, induzindo-se as partes a buscar acordos compositivos antes ou no início do processo.

11 TECNOLOGIA E DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DIMINUINDO OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E PROMOVENDO COOPERAÇÃO DE FORMA *DISRUPTIVA*

Nos capítulos anteriores deste trabalho, anunciamos que o exponencial desenvolvimento tecnológico do nosso tempo poderia contribuir de forma inestimável para a criação de um ambiente cooperativo capaz de realizar os objetivos do art. 6º do CPC/2015, superando o atual cenário de *tragédia da Justiça*.

Desde a autocomposição, no início ou mesmo antes do processo, até o cumprimento de sentença, intuimos as potencialidades tecnológicas como revolucionárias na busca de movimentos cooperativos.

Neste capítulo, primeiro justificaremos esse *potencial tecnológico revolucionário*. Para tanto, apresentaremos o estado da arte da tecnologia aplicada à litigância a partir de uma perspectiva histórica, demonstrando o porquê de nos encontrarmos em um momento de inflexão, com possibilidades *disruptivas* para todo o sistema de Justiça.

Após, explicaremos como esse impacto pode ocorrer, ou seja, a forma pela qual a tecnologia pode reduzir drasticamente os *custos de transação* de muitas das posturas cooperativas das partes e do juiz sugeridas neste trabalho e que hoje são pouco viáveis.

Por fim, traremos exemplos atuais e projeções de como a tecnologia pode impactar o processo civil, concluindo por sua alta capacidade de influência na promoção da cooperação, desde que alinhada aos incentivos corretos.

11.1 Por que vivemos um momento revolucionário?

Eu proponho que se considere a seguinte questão: “as máquinas podem pensar?” Seria possível que, em um jogo de imitação, fosse impossível distinguir um humano de uma máquina?

Ao invés de imitar o cérebro de um humano, devemos simular o de uma criança, com capacidade randômica de aprendizado. Podemos utilizar várias estratégias, tais como ensiná-la atividades abstratas como, por exemplo, jogar xadrez para competir com humanos, ou doutriná-las ao desempenho de tarefas complexas, como aprender a ler e falar em inglês. Acreditamos que, ao fim e ao cabo, as máquinas competirão com os humanos em todos os campos puramente intelectuais.

As frases acima, que parecem retiradas de uma discussão contemporânea sobre *inteligência artificial*, são, na verdade, *retalhos* do seminal artigo de A. M. Turing, “*Computing Machinery and Intelligence*”, escrito em 1950.¹⁹³⁸

Com efeito, a *inteligência artificial*, assunto da moda que gera medo e esperança em pessoas em todo o mundo, é algo cuja discussão e desenvolvimento iniciou-se há quase 70 anos! Por qual razão, então, o tema tomou o centro do debate nos dias de hoje e por que ele pode, inclusive, revolucionar o nosso sistema de Justiça?

Em verdade, os estudos sobre inteligência artificial remontam às reflexões de George Boole, que em 1854 tratou do tema no seu “*An Investigation of the Laws of Thought, on Which are Founded the Mathematical Theories of Logic and Probabilities*”.¹⁹³⁹

O próprio Turing desenvolvera um rudimento de algoritmo, ainda em 1936, conhecido como *Turing Machine*, uma espécie de *fita* capaz de fazer cálculos a partir de uma *tábua de regras*. Não se tratava de uma máquina, mas de um *modelo* que simulava um algoritmo útil para explicar o que anos depois aconteceria dentro da CPU de um computador.¹⁹⁴⁰

Um dos passos mais importantes dessa longa jornada na busca de *ensinar máquinas a pensar como humanos* coube a Von Neumann, matemático diversas vezes citado neste trabalho em razão de suas contribuições à *teoria dos jogos*. Foi de Neumann a ideia de *separar* as unidades de memória (dados) e processamento (instruções) dos computadores, um modelo que dura até os dias atuais.¹⁹⁴¹

¹⁹³⁸ TURING, A. M. **Computing machinery and intelligence**. In *Mind*, n. 49, p. 433-460.

¹⁹³⁹ Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/15114/15114-pdf.pdf>.

Mesmo Turing iniciou o desenvolvimento do tema em 1936, no seu *On computable numbers with an application to the entscheidungsproblem* (ver nota seguinte). São também importantes as contribuições de McCullough and Pitts (MCCULLOCH, Warren S.; PITTS, Walter, *A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity*, in *The bulletin of mathematical biophysics*, December 1943, Volume 5, Issue 4, pp 115–133), e de Marvin Minsk que, em 1951 construiu o SNARC (Stochastic Neural Analog Reinforcement Computer), uma *rede neural com 40 unidades*, capaz de aprender e simular o comportamento de um rato e um labirinto <https://web.media.mit.edu/~minsky/minskybiog.html>

¹⁹⁴⁰ Nas palavras do próprio Turing, que a chamava de *Logical computing machine*, tratava-se de: “[...] *unlimited memory capacity obtained in the form of an infinite tape marked out into squares, on each of which a symbol could be printed. At any moment there is one symbol in the machine; it is called the scanned symbol. The machine can alter the scanned symbol and its behavior is in part determined by that symbol, but the symbols on the tape elsewhere do not affect the behaviour of the machine. However, the tape can be moved back and forth through the machine, this being one of the elementary operations of the machine. Any symbol on the tape may therefore eventually have an innings.*” In, TURING, Alan, *Intelligent machinery, a heretical theory* 1948, p.3)

¹⁹⁴¹ Trata-se do modelo abaixo, conhecido como *arquitetura de Von Neumann*. Disponível em: <https://www.computerscience.gcse.guru/theory/von-neumann-architecture>

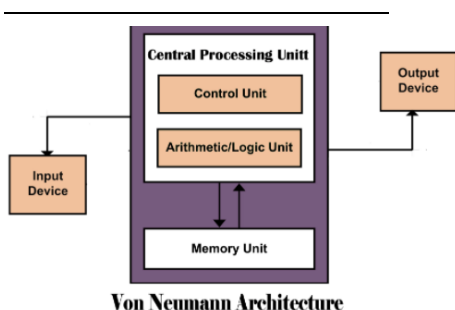
Se os passos iniciais da inteligência artificial foram pensados antes mesmo que os primeiros computadores fossem inventados, por que apenas recentemente o tema voltou ao centro das atenções, marcado com possibilidades absolutamente revolucionárias? A exata compreensão do ritmo de desenvolvimento da tecnologia computacional ao longo de todas essas décadas ajudará a compreender por que vivemos um momento de inflexão para as reais possibilidades da inteligência artificial.

Esse ritmo *cadencia-se* em um *compasso* que ficou conhecido como *lei de Moore* (*Moore's law*). Com efeito, em artigo de 1965,¹⁹⁴² Gordon Moore notou que, naqueles primeiros anos da computação, a capacidade de processamento de *circuitos integrados* dobrava a cada ano.¹⁹⁴³ Ele então previu que essa taxa de desenvolvimento continuaria por pelo menos mais dez anos. Em 1975 Moore reviu sua estimativa para uma dobra a cada dois anos dali em diante.

A história da ciência da computação mostra que o único erro de Moore foi ser por demais conservador. Com efeito, o poder de processamento de computadores em geral continua dobrando até hoje a cada 18 meses, em média.¹⁹⁴⁴

A taxa de crescimento da *lei de Moore* é do tipo exponencial. Aumentos exponenciais guardam uma importante característica: quando partem de unidades muito baixas, eles são pouco perceptíveis, mas após certo tempo atingem abruptamente proporções gigantescas, cujas dimensões o cérebro humano tem dificuldade para assimilar.

Uma das metáforas mais conhecidas sobre *crescimento exponencial* remonta à lenda da criação do *jogo de xadrez*, no império Gupta (onde hoje é a Índia), no século VI a.C. Conta a história que o inventor do jogo foi à capital Pataliputra para presentear o imperador com sua criação. Feliz, o imperador pediu ao inventor que escolhesse uma recompensa pela invenção. O inventor disse então que *tudo o que desejava era um pouco de arroz para alimentar sua*



¹⁹⁴² MOORE, Gordon E, *Cramming more components onto integrated circuits*, in *Electronics Magazine* N8, April 1965.

¹⁹⁴³ Em verdade, Moore previu que o número de transistores em um *circuito integrado* dobrava a cada ano. Com mais transistores, os elétrons viajam distâncias menores, aumentando a velocidade dos circuitos e, consequentemente, a capacidade de processamento dos computadores. KURWEIL, Ray, *The singularity is near: when humans transcend biology*/ Penguin Books, New York, 2005, Kindle Edition, p. 56.

¹⁹⁴⁴ BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. *The second machine age: work, progress and prosperity in a time of brilliant technologies*. New York: W.W. Norton & Company, 2014. P. 41.

família, sugerindo que a quantidade fosse determinada pelo próprio tabuleiro do jogo da seguinte forma: na primeira casa, o imperador colocaria um grão de arroz, dobrando essa quantidade para cada uma das casas, até passar pelos 64 quadrados do tabuleiro. Impressionado com a modéstia do inventor, o imperador autorizou que assim se procedesse.

Ocorre que, com 63 dobras a partir da segunda casa, a quantidade somada ao final seria de 2^{64-1} , mais de *dezoito quintilhões* de grãos de arroz, algo superior a um *Monte Everest*, se empilhado. Na verdade, esse montante supera, em muito, todo o arroz até hoje produzido pela humanidade.

A história continua para mostrar o momento em que o crescimento exponencial chega subitamente a números estrondosos. Iniciando com 1 grão na primeira casa, 2 na segunda, 4 na terceira e 8 na quarta, o imperador chegou a 4 bilhões de grãos na 32ª casa, ou seja, na metade do tabuleiro. Nesse momento, o imperador decidiu que, ou o inventor renunciava ao seu desejo, ou ele perderia a sua cabeça.¹⁹⁴⁵

O ponto é que, conquanto grande, o número que encerra a primeira metade do tabuleiro é dimensionável na nossa mente. Os números da segunda metade, todavia, remontam a trilhões, quatrilhões e quintilhões, dimensões inassimiláveis ao cérebro humano. É exatamente na passagem da primeira para a segunda metade do tabuleiro que a tecnologia computacional encontra-se hoje,¹⁹⁴⁶ e é essa a razão pela qual a inteligência artificial e outras tecnologias passaram a ter um *súbito* impacto em nossa vida.

O primeiro computador do mundo (ENIAC, desenvolvido durante a Segunda Guerra Mundial) funcionava com 18.000 tubos, pesava 30 toneladas, custava milhões de dólares e era capaz de realizar simples operações matemáticas. Anos depois, em 1996, o *ASCI Red* foi desenvolvido pelo governo norte-americano para simular testes nucleares. Àquele tempo, era o computador mais rápido do planeta. A um custo de U\$55 milhões, o *ASCI* era do tamanho de uma quadra de tênis, consumia energia equivalente à de 800 casas e operava a uma velocidade acima de *um teraflop* (um trilhão de *pontos flutuantes* — que são operações matemáticas com números reais — por segundo). Em 1997 essa velocidade chegou a 1,8 *teraflops*.¹⁹⁴⁷

Nove anos depois, um outro computador atingiu a mesma velocidade de 1.8 *teraflops*. Tratava-se do *Sony PlayStation 3*, um videogame do tamanho de uma caixa de sapatos que

¹⁹⁴⁵ KURWEIL, Ray, *The age of spiritual machines: when computers exceed human intelligence*, London: Penguin books, 2000, p. 36.

¹⁹⁴⁶ BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew, op. cit. p. 48.

¹⁹⁴⁷ Ibidem, p. 50.

custava na época 500 dólares americanos. O novo *iMac Pro*, computador de mesa lançado em 2017 pela Apple, processa a uma velocidade de 22 *teraflops*.¹⁹⁴⁸

Essa evolução exponencial é a razão pela qual computadores dotados de sistemas avançados de inteligência artificial, como o Watson da IBM e o AlphaGo da Google, foram capazes de vencer seres-humanos inteligentíssimos em competições de perguntas e respostas (como o *Jeopardy*) e em jogos complexos de tabuleiro (como o go).¹⁹⁴⁹

Mas, afinal de contas, como funciona a inteligência artificial?

11.1.1 Inteligência artificial: o que é e como funciona

Há muitas definições possíveis para *inteligência artificial* (IA). Algumas enfatizam similitudes com a *forma de pensar* humana (*reasoning*), enquanto outras focam semelhanças comportamentais (*behavior*). Para alguns, a IA deve ser *medida* por sua *fidelidade* ao comportamento humano, enquanto, para outros, a qualidade está na precisão das decisões tomadas pelo sistema (*rationality*).¹⁹⁵⁰

Segundo Bellman, IA é a automatização de atividades que associamos à cognição humana, como, por exemplo, a tomada de decisões, a solução de problemas e o aprendizado.¹⁹⁵¹ Na mesma linha, Kurzweil define IA como a *arte de criar máquinas que performam funções que requerem inteligência quando desempenhadas por seres humanos*.¹⁹⁵² São definições centradas nas capacidades cognitivas de sistemas, valorando-os de acordo com sua semelhança com a forma de pensar humana.

Na esteira da segunda abordagem (*rationality*), Winston define IA como o estudo de computações que tornem possível buscar a razão e a ação correspondente.¹⁹⁵³ Na mesma linha, Poole define IA como o desenho de *agentes inteligentes*.¹⁹⁵⁴ O foco aqui é a precisão e a qualidade das decisões tomadas pelos sistemas computacionais, pouco importando se a abordagem utilizada é ou não similar à humana.

¹⁹⁴⁸ <https://www.apple.com/br/newsroom/2017/06/imac-pro-most-powerful-mac-arrives-december/>

¹⁹⁴⁹ Trata-se de feitos recentes, que tiveram grande repercussão mundial. O IBM Watson bateu os melhores jogadores de *Jeopardy* em 2011. Já o AlphaGo Deep Mind venceu o campeão mundial de go em 2016. Como veremos, o go é um jogo oriental, de tabuleiro, muitas vezes mais complexo que o xadrez.

¹⁹⁵⁰ RUSSELL, Stuart J. e NORVIG, Peter. *Artificial intelligence: a modern approach*, 3a. ed. 2010. indian edition, 2105. Pearson, 2015. p. 1.

¹⁹⁵¹ BELLMAN, *An introduction to artificial intelligence: can computers think?* 1978, Boyd & Frase Publishing Company, apud Russell e Norvig, op. cit. p. 2.

¹⁹⁵² KURZWEIL, R. *The age of intelligent machines*, MIT Press, Cambridge, 1990.

¹⁹⁵³ Apud RUSSELL e NORVIG, op. cit. p. 2.

¹⁹⁵⁴ Ibidem.

Já o conceito de *machine learning* identifica um *subgrupo da IA*, referindo sistemas *capazes de adaptarem-se a novas circunstâncias e de extrapolar padrões originais*. Assim, os algoritmos de *machine learning* são capazes de prever ou generalizar padrões apreendidos a partir de um conjunto de dados utilizados para *treinar* o sistema.

Já o *deep learning* nada mais é do que uma técnica avançada de *machine learning*, cujos algoritmos não dependem de dados previamente escolhidos e lapidados por seres humanos (*dados supervisionados*) para criar ou reconhecer padrões. Isso significa que esses algoritmos aprendem com uma imensa quantidade de dados *crus*, disponíveis de imediato na Internet ou em outra fonte (*big data*). A aprendizagem dá-se de forma não linear, em várias camadas, tal como imagina-se que ocorra no cérebro humano com suas redes neurais. A maioria dos *softwares* de reconhecimento de voz, de tradução, de identificação de faces e objetos trabalham com *deep learning* e dependem da imensa quantidade de dados disponíveis na Internet para que possam funcionar.¹⁹⁵⁵

Os modelos de redes neurais existem há tempos, mas só se tornaram realmente úteis quando a Internet passou a disponibilizar uma quantidade fantástica de dados para *treinar* esses algoritmos.¹⁹⁵⁶

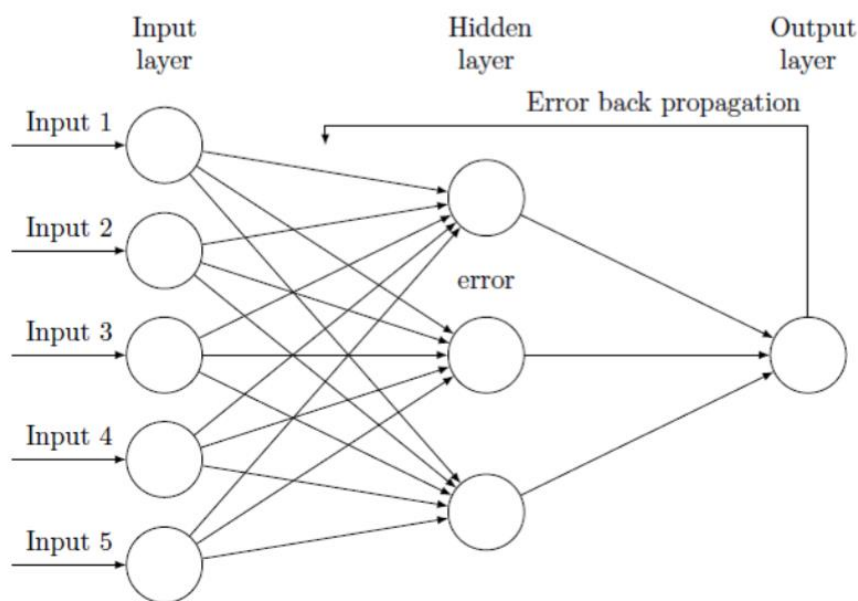
A figura abaixo, por exemplo, retrata um modelo de rede neural criado em 1969, com o conceito ainda hoje utilizado de *back propagation*,¹⁹⁵⁷ uma forma de aprendizado baseada em erros e acertos, com identificação paulatina dos caminhos e decisões mais corretas para atingir determinados objetivos.

¹⁹⁵⁵ COPELAND, Michael, 2016. *What's the Difference Between Artificial Intelligence, Machine Learning, and Deep Learning?* <https://blogs.nvidia.com/blog/2016/07/29/whats-difference-artificial-intelligence-machine-learning-deep-learning-ai/>

¹⁹⁵⁶ Para uma ideia da quantidade de dados hoje produzida, segundo Eric Schmidt, CEO do Google, atualmente, em apenas dois dias, a humanidade cria mais dados do que a soma de todos os dados produzidos desde o início da espécie humana até o ano de 2003. São mais de 5 quintilhões de bytes a cada dois dias. Essa declaração foi dada dia 4 de agosto de 2010. Logo, o número, apesar de assustador, já deve estar bastante desatualizado. SCHIMIDT, Eric. *Every 2 Days We Create As Much Information As We Did Up To 2003*, Agosto de 2010, disponível em: <https://techcrunch.com/2010/08/04/schmidt-data/>

¹⁹⁵⁷ Bryson A E, Jr. & Ho Y C. *Applied optimal control: optimization, estimation, and control* Waltham, MA: Blaisdell, 1969. 481 p. [Stanford Univ., Stanford, CA and Harvard Univ., Cambridge, MA]

Figura 62 - Rede neural com *back propagation*¹⁹⁵⁸



O conceito, inspirado na neurociência, *ajusta os pesos das conexões das redes neurais de modo a minimizar as diferenças entre o resultado final desejado e o resultado obtido. Como resultado desse “ajuste”, as camadas neurais internas (hidden layers) passam a dominar a tarefa e a entregar resultados mais precisos na medida em que o algoritmo confere um peso maior às conexões que apresentam resultados mais próximos dos desejados.*¹⁹⁵⁹

Para entender melhor como funciona essa arquitetura, lembre-se o leitor do bem-estar experimentado quando se obtém sucesso no domínio de determinada atividade após um certo tempo e esforço a ela dedicados. Referimo-nos a pequenos empreendimentos como, por exemplo, o término de uma leitura difícil, o entendimento de um raciocínio complexo, a resolução de uma equação ou a tradução de um trecho de texto em língua estrangeira. Ao *perceber que acertou*, o cérebro é *premiado* com dopamina, o que realça os caminhos neurais trilhados para que o aprendizado fosse bem-sucedido. Os *pesos algorítmicos* para os caminhos neurais do sistema computacional que obtiveram os resultados mais próximos do desejado equivalem à dopamina do nosso cérebro.¹⁹⁶⁰

¹⁹⁵⁸ Ibidem.

¹⁹⁵⁹ RUMERLHART, David E; HILTON, Geoffrey E e WILLINANS, Ronald J. *Learning Representations by back-propagating errors*. In Nature, vol 323, issue 9, outubro de 1986, p. 533

¹⁹⁶⁰ ITO, Joi e HOWE, Jeff. *Whiplash: how to survive our faster future*. 2016, New York and Boston, Grand Central Publishing. P. 240-241

A abordagem foi pioneiramente utilizada em jogos simples de videogame para Atari, sem que os algoritmos incorporassem informações específicas do jogo.¹⁹⁶¹ Os resultados foram um sucesso absoluto e o sistema *aprendeu* a jogar de forma não supervisionada, movendo-se *motivado por um sistema simples de erros e recompensas* parecido com aqueles utilizados para treinar camundongos em um labirinto (*reinforcement learning*).¹⁹⁶²

Em 2015, experimentos na universidade de Toronto, no Canadá, levaram um único algoritmo, com a mesma rede neural e os mesmos hiperparâmetros, a performar em alto nível 49 jogos diferentes de Atari.¹⁹⁶³ Os algoritmos não foram especificamente desenvolvidos para nenhum desses jogos. Os únicos *inputs* recebidos pelo sistema foram os *pixels* dos jogos captados por sensores, além das recompensas determinadas pela pontuação de cada jogo.¹⁹⁶⁴

¹⁹⁶¹ MNIH, Volodymyr et. al. *Playing Atari with Deep Reinforcement Learning*, 2015, disponível em: <https://www.cs.toronto.edu/~vmnih/docs/dqn.pdf>

¹⁹⁶² Ibidem, p. 7. “Figure 3 shows a visualization of the learned value function on the game Seaquest. The figure shows that the predicted value jumps after an enemy appears on the left of the screen (point A). The agent then fires a torpedo at the enemy and the predicted value peaks as the torpedo is about to hit the enemy (point B). Finally, the value falls to roughly its original value after the enemy disappears (point C). Figure 3 demonstrates that our method is able to learn how the value function evolves for a reasonably complex sequence of events.”



Figure 3: The leftmost plot shows the predicted value function for a 30 frame segment of the game Seaquest. The three screenshots correspond to the frames labeled by A, B, and C respectively.

¹⁹⁶³ O grande objetivo da inteligência artificial é que um único algoritmo seja capaz de desenvolver uma larga gama de competências para tarefas diferentes. Foi isso que ocorreu nesse caso. Legg, S. & Hutter, M. Universal Intelligence: a definition of machine intelligence. *Minds Mach.* 17, 391–444 (2007).

¹⁹⁶⁴ MNIH, Volodymyr et. al. *Human-level control through deep reinforcement learning*, in *Nature*, vol. 518, feb/2015. P, 529. Vale reproduzir as conclusões dos autores, bem como sua definição de *reinforcement learning*: “The theory of reinforcement learning provides a normative account¹, deeply rooted in psychological² and neuroscientific³ perspectives on animal behavior, of how agents may optimize their control of an environment. To use reinforcement learning successfully in situations approaching real-world complexity, however, agents are confronted with a difficult task: they must derive efficient representations of the environment from high-dimensional sensory inputs, and use these to generalize past experience to new situations. Remarkably, humans and other animals seem to solve this problem through a harmonious combination of reinforcement learning and hierarchical sensory processing systems^{4,5}, the former evidenced by a wealth of neural data revealing notable parallels between the phasic signals emitted by dopaminergic neurons and temporal difference reinforcement learning algorithms³. While reinforcement learning agents have achieved some successes in a variety of domains^{6–8}, their applicability has previously been limited to domains in which useful features can be handcrafted, or to domains with fully observed, low-dimensional state spaces. Here we use recent advances in training deep neural networks^{9–11} to develop a novel artificial agent, termed a deep Q-network, that can learn successful policies directly from high-dimensional sensory inputs using end-to-end reinforcement learning. We tested this agent on the challenging domain of classic Atari 2600 games¹². We demonstrate that the deep Q-network agent, receiving only the pixels and the game score as inputs, was able to surpass the performance of all previous algorithms and achieve a level comparable to that of a professional human games tester across a set of 49 games, using the same algorithm, network architecture and hyperparameters. This work bridges the divide between high-dimensional sensory inputs and actions, resulting in the first artificial agent that is capable of learning to excel at a diverse array of challenging tasks.”

A rede neural usada nesse experimento, considerada *estado da arte da inteligência artificial*, é chamada de *convolutional neural network* (CNN, ou *rede neural convolucional*). Inspiradas nos processos biológicos do cérebro, essas redes organizam-se como no *córtex visual* dos animais, onde neurônios corticais respondem a estímulos em uma região estrita chamada *campo receptivo*. Esses campos se sobrepõem e cobrem todo o campo de visão necessário. A vantagem de redes como essa é que elas demandam menos processamento, *aprendendo* sem necessidade de alterações no algoritmo original.¹⁹⁶⁵ A figura abaixo representa a *rede neural convolucional* utilizada no experimento¹⁹⁶⁶:

Figura 63 - Rede neural convolucional utilizada para jogar Atari¹⁹⁶⁷

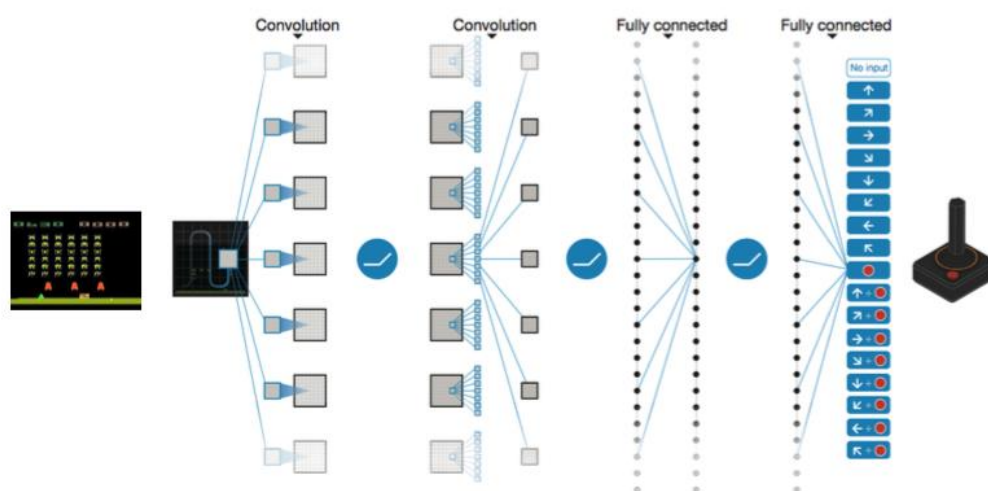


Figure 1 | Schematic illustration of the convolutional neural network. The details of the architecture are explained in the Methods. The input to the neural network consists of an $84 \times 84 \times 4$ image produced by the preprocessing map ϕ , followed by three convolutional layers (note: snaking blue line

symbolizes sliding of each filter across input image) and two fully connected layers with a single output for each valid action. Each hidden layer is followed by a rectifier nonlinearity (that is, $\max(0,x)$).

É esse tipo de tecnologia que permite reconhecimento e identificação de faces e de vozes, além da criação de sistemas de tomada de decisão em curto espaço de tempo, viabilizando, por exemplo, a construção de carros e *drones* autômatos.

Para deixar claro o crescimento exponencial da tecnologia na prática, comparemos três momentos históricos importantes: 1965, 1997 e março de 2016.

Em 1965, Arthur Samuel previu que em até 10 anos um computador seria capaz de vencer um ser humano no jogo de xadrez. O feito levou mais tempo, e, em 1997, o IBM Deep Blue derrotou o campeão mundial de xadrez, o russo Gary Kasparov. Em março de 2016, o

¹⁹⁶⁵ Neste link é possível ver uma rede desse tipo em funcionamento: <http://yann.lecun.com/exdb/lenet/>

¹⁹⁶⁶ MNIH, Volodymyr et. al, op. cit. p. 530.

¹⁹⁶⁷ Ibidem.

Google Deep Mind Alpha Go venceu o campeão mundial de go (um jogo de tabuleiro oriental milenar, que tem trezentas vezes mais possibilidades de jogadas do que o xadrez), o coreano Lee Sedol.

A técnica utilizada para programar o Deep Blue foi a de basicamente *carregar* o computador manualmente com milhares de jogadas e combinações possíveis, utilizando sua enorme capacidade de processamento à época para que, a cada rodada, o sistema escolhesse a melhor jogada. Programado para jogar xadrez, o Deep Blue não estava habilitado para qualquer outra tarefa.

Essa técnica não seria efetiva para o jogo go. Isso porque, enquanto um tabuleiro de xadrez tem 64 casas (8x8), um tabuleiro de go tem 361 (19x19), com um número de posições possíveis trezentas vezes maior que no xadrez.¹⁹⁶⁸ Essa quantidade tornaria virtualmente impossível a análise ou escolha da melhor jogada a partir de uma prévia programação de todas as $2.1 \cdot 10^{170}$ posições possíveis do jogo.

Usando redes neurais convolucionais e a chamada *Monte Carlo Tree Search* (MCTS), o AlphaGo utilizou uma combinação de *reinforced learning* e de *supervised learning*. Comparado com o Deep Blue *versus* Kasparov, o AlphaGO avalia muito *menos* posições a cada jogada, mas, por outro lado, o faz de forma precisa e inteligente, selecionando e valorando suas escolhas de forma muito mais eficiente, graças a sua *policy network* (responsável pelos critérios de seleção) e sua *value network* (responsável pelos critérios de valoração das posições escolhidas).

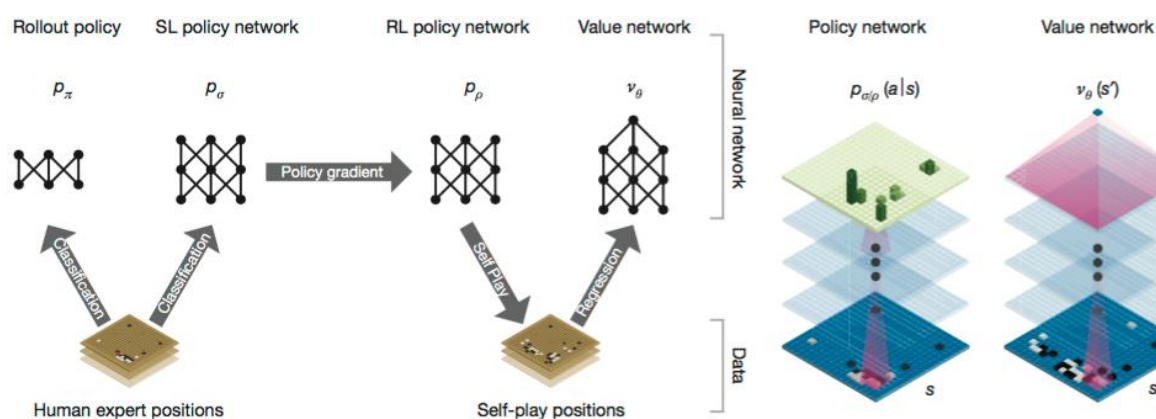
Enquanto as funções de valor do Deep Blue foram programadas à mão, as do AlphaGo foram aprendidas diretamente *assistindo* a jogos reais e simulações, combinando *supervised* e *reinforced learning*.¹⁹⁶⁹

Tudo parece muito complexo, mas pode ser explicado a partir do diagrama abaixo:

¹⁹⁶⁸ São $2.1 \cdot 10^{170}$ posições possíveis no go, contra 10^{50} no xadrez.

¹⁹⁶⁹ SILVER, David et al. *Mastering the game of Go with deep neural networks and tree search*. In, Nature, vol. 529, January, 2016, p. 484-489.

Figura 64 - Rede neural de treinamento do AlphaGo: processo e arquitetura¹⁹⁷⁰



Do lado esquerdo do diagrama, observamos o início do processo de aprendizado do algoritmo. Trata-se de um *estudo supervisionado* (SL policy network) de implementação rápida (rollout policy) de jogadas e posições protagonizadas por grandes jogadores de go (human expert positions). Chama-se *estudo supervisionado* porque humanos escolhem a informação que será observada pela máquina para que ela aprenda, controlando esse processo.

Depois que o sistema *aprende* a classificar e valorar essas posições, ele passa (policy gradient) para uma fase mais *avançada* de aprendizado, não supervisionada (reinforced learning – RL), na qual o algoritmo *participa* sozinho de múltiplos jogos simulados aleatórios e vai *aprendendo* a fazer as melhores escolhas (Reinforced Learning policy network) e a valorá-las de modo preciso (value network).¹⁹⁷¹

À direita do diagrama, observa-se uma representação do funcionamento das duas redes neurais responsáveis pelas escolhas inteligentes de movimento (policy network) e por sua precisa valoração (value network).¹⁹⁷²

Abaixo está representado o funcionamento de uma *árvore de Monte Carlo*.¹⁹⁷³ Ela é a arquitetura responsável pelo aprendizado das simulações (dentro das redes neurais). Cada simulação (de uma jogada/posição) *atravessa a árvore*, permitindo que se selecione a escolha final que tenha o maior valor (Q) somado a um bônus (u) multiplicando esse resultado pela probabilidade de aquela posição acontecer em um jogo real.

As escolhas finais (binárias, do tipo esquerda/direita) são sempre feitas para prestigiar o maior valor encontrado (setas escuras). Ao final, repare-se que a árvore pode *expandir-se* (b),

¹⁹⁷⁰ Ibidem, p. 485

¹⁹⁷¹ Ibidem.

¹⁹⁷² Ibidem.

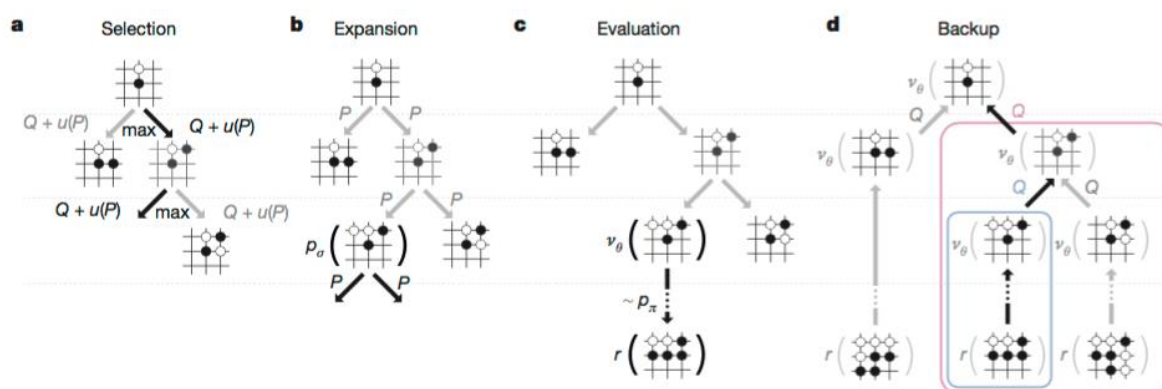
¹⁹⁷³ Ibidem, p. 486.

simulando uma jogada subsequente e implementando-a rapidamente como se o jogo fosse até o final a partir dela (c).

Por fim, o valor final dessa ação (Q) é incorporado para definir o valor médio dessa jogada, de acordo com o valor dado pela jogada em si, medido pela rede neural de valoração (v) e pelo resultado que ela proporcionaria no final do jogo (r) se implementada (*rollout policy*).¹⁹⁷⁴

Trocando em miúdos, o sistema escolhe uma jogada, atribui-lhe um valor, simula a sua influência em um jogo completo, verifica o resultado e atualiza esse valor.

Figura 65 - Árvore de Monte Carlo¹⁹⁷⁵



Um ponto fundamental para a IA é que ela, como nós, aprende a partir da experiência, o que implica a necessidade de armazenamento de muitos dados na memória. Como vimos, Von Neumann proporcionou grandes avanços na ciência computacional com sua *arquitetura* que separava memória e processamento em módulos autônomos.

Por diversas razões técnicas, esse era um problema para a IA, vez que, nas redes neurais, diferentemente do que ocorre na computação tradicional, memória e processamento misturam-se nas atividades neurais. Com a necessidade de uma quantidade maciça de informação para que a rede *aprenda* tarefas complexas, limites de processamento passaram a ser um problema.

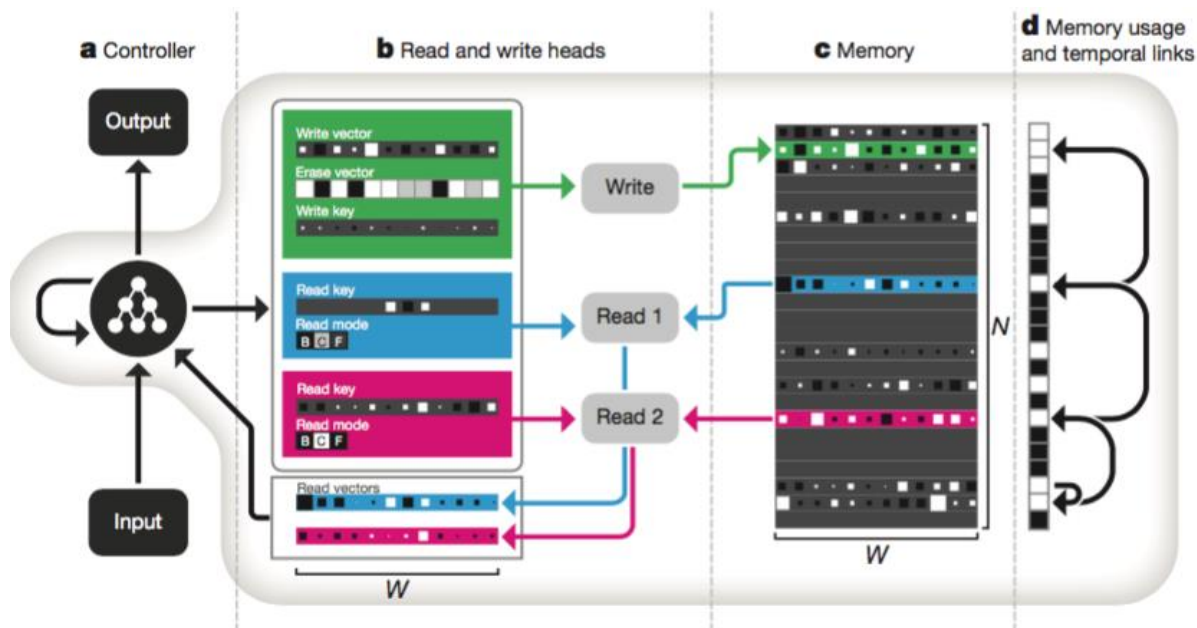
Esse problema foi resolvido com um novo modelo de *machine learning*, o DNC (*differentiable neural computer*), um sistema neural capaz de processar informações que, em parte, ficam armazenadas em uma memória externa,¹⁹⁷⁶ conforme o diagrama abaixo:

¹⁹⁷⁴ Ibidem.

¹⁹⁷⁵ Ibidem, p. 486

¹⁹⁷⁶ GRAVES, Alex et. al. **Hybrid computing using a neural network with dynamic external memory** in Nature, vol 538, October, 2016, p. 471 e sgts.

Figura 66 - Sistema neural DNC - *Differentiable neural computer*¹⁹⁷⁷

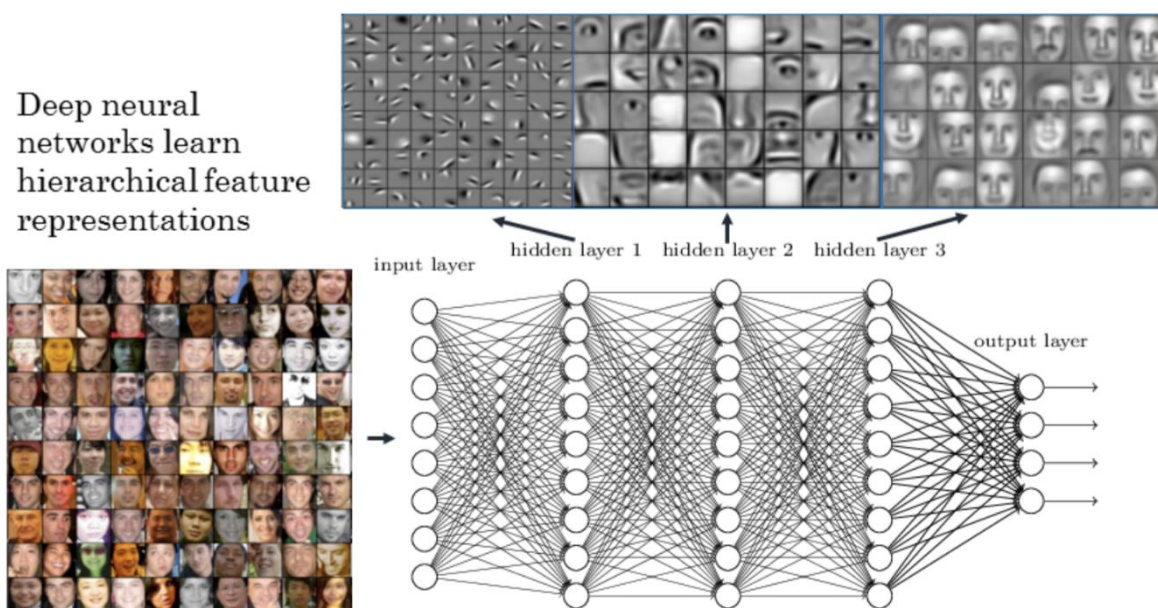


De forma geral, a *forma de aprendizado* das redes neurais é hierarquizada e em camadas, de forma que as camadas mais superficiais reconhecem os elementos mais básicos e as posteriores os elementos mais complexos, sempre com *back propagation* de eventuais equívocos e seleção das conexões mais assertivas, conforme já visto (*reinforced learning*).

O reconhecimento de faces e objetos, por exemplo, é feito através da decomposição da figura em milhares de partes. O sistema *aprende por reinforced learning* pelas toneladas de informação disponíveis hoje na Internet e, conseqüentemente, vai ficando cada vez mais preciso, porque as redes neurais estão sempre acessando e aprendendo com um número cada vez maior de informação. O diagrama abaixo representa uma rede neural de reconhecimento de faces, mostrando como as imagens são decompostas e reconhecidas em camadas, de forma hierarquizada (primeiros os elementos mais simples, que vão sendo agregados em conjuntos mais complexos nas camadas neurais posteriores):

¹⁹⁷⁷ Ibidem, p. 472.

Figura 67 - Rede neural convolucional hierarquizada (HCNN) utilizada no reconhecimento de faces¹⁹⁷⁸



11.1.2 Inteligência artificial versus inteligência natural: semelhanças e limites da IA

Como já dissemos, algoritmos de *deep learning* foram construídos com inspiração na biologia e psicologia do cérebro humano e há fortes razões para acreditar que sua arquitetura realmente assemelha-se à biologia do cérebro.

Estudos recentíssimos vêm utilizando modelos de *redes neurais convolucionais hierárquicas* (HCNN – *hierarchical convolutional neural networks*) para entender melhor nosso sistema sensorial, principalmente o *córtex visual* e a forma como ele codifica e decodifica as informações.

Estudos neurocientíficos já demonstraram que o cérebro gera cognição de objetos a partir de uma organização hierarquizada de diversas áreas do córtex,¹⁹⁷⁹ conhecidas como *ventral visual stream*.¹⁹⁸⁰

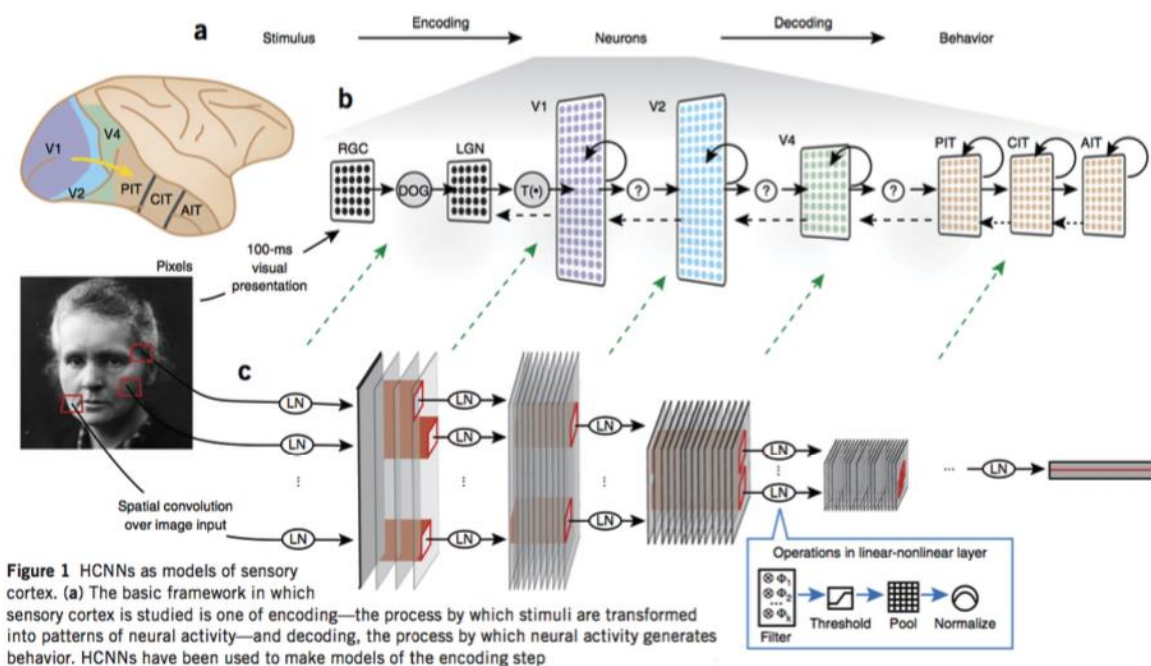
¹⁹⁷⁸ LEE, Honglak; GROSSE, Roger; RANGANATH, Rajesh e NG, Andrew, Y. *Convolutional Deep Belief Networks for Scalable Unsupervised Learning of Hierarchical Representations*, in, ICML '09 Proceedings of the 26th Annual International Conference on Machine Learning, 2009, p. 609-616.

¹⁹⁷⁹ Hubel, D.H. & Wiesel, T.N. *Receptive fields of single neurones in the cat's striate cortex*. J. Physiol. (Lond.) 148, 574–591 (1959);

¹⁹⁸⁰ DiCarlo, J.J., Zoccolan, D. & Rust, N.C. *How does the brain solve visual object recognition?* Neuron 73, 415–434 (2012).

O diagrama abaixo compara o funcionamento do sistema visual do cérebro de *primatas evoluídos* com o funcionamento das *redes neurais convolucionais hierárquicas* (HCNN). As semelhanças impressionam:

Figura 68 - Semelhanças entre a HCNN e o sistema ventral visual do cérebro de um macaco (*ventral visual stream*)¹⁹⁸¹



Vale descrever os pontos principais do diagrama e o resultado da pesquisa.

O cérebro acima é de um macaco, cujo sistema sensorial é similar ao humano, funcionando a partir de um *estímulo externo*, que passa a ser *codificado* (*encoding*), ingressando na rede neural e, ao final, decodificando-se (*decoding*) em determinado *comportamento* (letra “a” do diagrama).¹⁹⁸²

A letra “b” da figura indica os caminhos percorridos pelos dados codificados de uma imagem de um objeto externo (rosto de uma mulher) através do *sistema ventral visual*, que é uma *casca sensorial* formada por várias áreas do córtex, todas elas conectadas (vejam-se as áreas destacadas no cérebro do macaco).¹⁹⁸³

A letra “c” reproduz o caminho da mesma imagem por uma rede neural artificial (convolucional hierárquica). Note-se que ela também é formada por várias camadas conectadas.

¹⁹⁸¹ YAMIS, Daniel L. K; DICARLO, James J. *Using goal-driven deep learning models to understand sensory cortex*, in Nature Neuroscience, vol 19, n.3, March, 2016.

¹⁹⁸² ibidem, p. 357.

¹⁹⁸³ Ibidem

Essas *camadas*, por sua vez, consistem em operações lineares e não lineares (como filtragem, definição de bordas, junção de pedaços de imagem, dentre outras). Os filtros entre uma camada e outra são análogos às sinapses entre os neurônios. A cada camada, a *resolução* diminui e o campo de recepção aumenta.¹⁹⁸⁴

Ao final, o estudo compara o aprendizado humano com o aprendizado artificial, concluindo que as HCNN ainda precisam de aprendizado supervisionado, com assimilação de dados pré-organizados, enquanto o cérebro humano trabalha preponderantemente com dados não supervisionados (*reinforced learning*), sendo improvável que precise de tantos dados supervisionados quanto as HCNN.¹⁹⁸⁵ Novos modelos de HCNN podem superar essa limitação e trabalhar em alta performance apenas com aprendizado não supervisionado ou semissupervisionado.¹⁹⁸⁶

Mas, enfim, onde está hoje a inteligência artificial quando comparada ao cérebro humano e aonde ela pode chegar?

Para responder a essa pergunta, três dados são essenciais: (i) estimar a capacidade cognitiva do nosso cérebro; (ii) estimar a capacidade cognitiva atual da inteligência artificial em comparação com a do nosso cérebro; (iii) lembrar da lei de Moore.

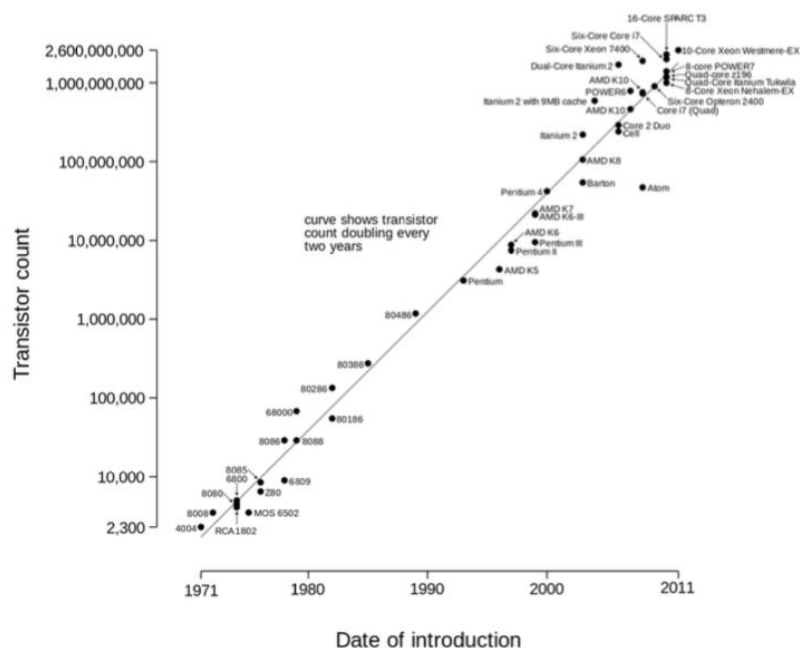
O gráfico abaixo é uma representação mais exata da lei de Moore. Ao invés de trabalhar com metáforas, ele indica exatamente o número de transístores em circuitos integrados ano a ano, indicando, por consequência, a evolução do poder de processamento dos computadores no período, até 2011:

¹⁹⁸⁴ Ibidem.

¹⁹⁸⁵ Ibidem, p. 364

¹⁹⁸⁶ Ibidem.

Gráfico 51 - Quantidade de transistores por circuitos integrados ano a ano¹⁹⁸⁷



Já a capacidade computacional do cérebro vem sendo objeto de várias estimativas. O método de cálculo (*functional simulation*) dá-se a partir do desvendamento do funcionamento de regiões específicas, ativadas para determinadas atividades, estimando-se a capacidade dessa região de acordo com os limites da performance humana a ela correspondente. O resultado final é um cálculo proporcional à participação daquela específica região na totalidade do cérebro.¹⁹⁸⁸ O método, repetido a partir de várias regiões do cérebro, costuma gerar estimativas bastante próximas umas das outras, o que, se não permite certeza, ao menos gera alguma confiança de que os números podem estar corretos.

Uma dessas estimativas, por exemplo, considera a capacidade de processamento da *retina humana*, órgão com dois centímetros de largura e meio de espessura. Quatro quintos dessa espessura são devotados à captura de imagens externas, enquanto um quinto responde pelo processamento dessas imagens (distinção entre claro/escuro e detecção de movimento em aproximadamente um milhão de pequenas regiões da imagem).

A retina perfoma dez milhões de processamentos como esses a cada segundo. Para reproduzir tamanha capacidade de processamento visual em robôs, estima-se sejam necessários

¹⁹⁸⁷

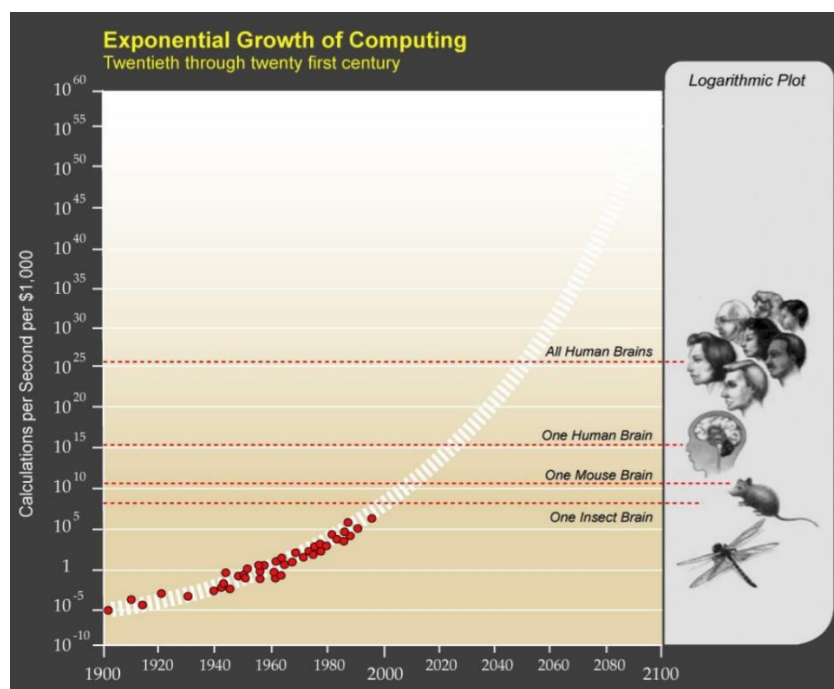
https://www.google.com.br/search?q=moore's+law+transistors+counting&client=safari&rls=en&dcr=0&tbn=isch&source=iu&ictx=1&fir=BBDDy94ySB1Q9M%253A%252CF36anCJnwR1vmM%252C_&usg=__CSwMv64Ghs-H9LDCUqxRHm_XxDY%3D&sa=X&ved=0ahUKEwi-vuqyn6DZAhWBjpAKHYp9BhYQ9QEINTAE#imgrc=_

¹⁹⁸⁸ KURZWEIL, Ray. *The singularity is near: when humans transcend biology*, Penguin Books, 2005, New York, Kindle Ed. p. 122

cem comandos computacionais para recriar cada um desses processamentos, significando que, para equiparar a performance humana, seriam necessários 1.000 MIPS (instruções por segundo). Considerando que o cérebro humano é por volta de 75.000 vezes mais pesado que os 0,02 gramas de neurônios que compõem essa parte da retina, estima-se que o cérebro inteiro seja capaz de emitir 100 trilhões (10^{14}) de instruções por segundo.¹⁹⁸⁹

Considerando esses valores, bem como o crescimento exponencial da inteligência artificial, Kurzweil desenha o seguinte gráfico comparativo, ainda no ano 2000:

Figura 69 - Velocidade de processamento dos computadores comparada a diversas estruturas cerebrais¹⁹⁹⁰



De acordo com esse gráfico, que considera a capacidade de processamento que um computador tinha naquela época, as potencialidades da inteligência humana seriam atingidas pouco depois de 2020. Considerando que, em 2000, o poder computacional era inferior à capacidade de um inseto, a previsão parecia otimista demais, principalmente quando previa que,

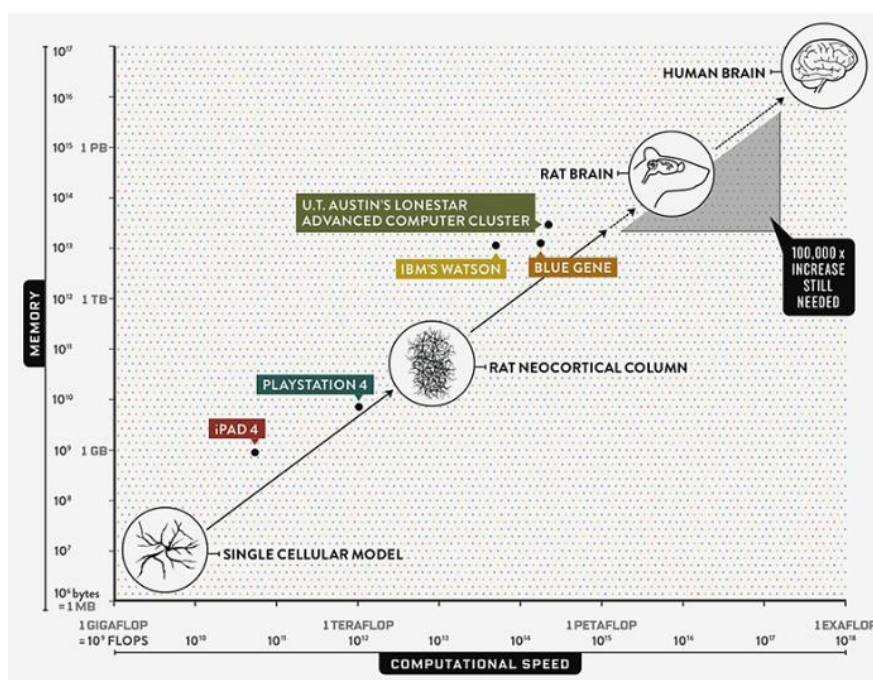
¹⁹⁸⁹ Ibidem, p. 123. Há outras estimativas, a maioria variando entre 10^{14} e 10^{15} . Os cálculos de Kurzweil partem de uma estimativa conservadora de 10^{16} . Ibidem, p. 124. É importante acrescentar que a *capacidade de armazenamento de informação* do nosso cérebro é estupenda. Ela equivale a 2.5 pentabytes de dados. A soma de toda a capacidade de armazenamento de cada hardware criando no mundo no ano de 1995 cabia em apenas 10 cérebros humanos. ITO, Joi e HOWE, Jeff. *Whiplash: how to survive our faster future*. 2016, New York and Boston, Grand Central Publishing. P. 219.

¹⁹⁹⁰ KURZWEIL, Ray, OP. CIT. P. 70

entre 2040 e 2060, um computador teria a capacidade de processamento de todos os cérebros humanos em conjunto.

É nesse ponto que precisamos relembrar a *Lei de Moore* e as disrupções do crescimento exponencial.¹⁹⁹¹ Se o gráfico foi feito em 2000, onde estaríamos agora? Até 2017 a lei vem se comportando conforme previsto, praticamente dobrando a capacidade computacional a cada ano e meio. O gráfico abaixo refaz a comparação de Kurzweil, atualizando-a para 2017 e mostrando que, conjugando capacidade de memória (eixo vertical) e capacidade de processamento (eixo horizontal), já superamos os insetos e estamos rapidamente nos aproximando do cérebro dos ratos, que, como pode-se perceber, não está assim tão distante dos humanos.¹⁹⁹²

Figura 70 - Capacidade de processamento de dados e de memória da inteligência artificial em comparação com diversas estruturas cerebrais naturais nos dias atuais¹⁹⁹³



¹⁹⁹¹ Alguém poderia então argumentar que a comparação acima foi feita há muitos anos, e pode ser otimista demais. Talvez a capacidade de processamento do cérebro seja maior do que a estimada, ou pode ser que a lei de Moore não continue vigorando por tanto tempo. Conquanto os limites deste trabalho não permitam o aprofundamento do tema, algumas considerações parecem importantes. Ao calcular suas estimativas, Kurzweil ponderou que, caso a capacidade computacional real do cérebro seja mil vezes superior à por ele prevista, a singularidade seria atingida oito anos depois do previsto. Se essa capacidade for 1 milhão de vezes superior, isso atrasaria a singularidade em aproximadamente quinze anos. Se o erro remontar a 1 bilhão, atrasaríamos esse momento em apenas vinte e dois anos. Tudo isso graças ao crescimento exponencial (Ibidem, p. 123).

¹⁹⁹² ROUTLEY, Nick. *Visualizing the Trillion-Fold Increase in Computing Power*, Novembro de 2017, in <http://www.visualcapitalist.com/visualizing-trillion-fold-increase-computing-power/>.

¹⁹⁹³ ROUTLEY, Nick. *Visualizing the Trillion-Fold Increase in Computing Power*, Novembro de 2017, in <http://www.visualcapitalist.com/visualizing-trillion-fold-increase-computing-power/>.

Na verdade, considerando apenas a capacidade de processamento, desde 2017 existem quatro supercomputadores que equivalem ao cérebro humano, antecipando em três anos a precisão de Kurzweil. A diferença, no entanto, é que cada uma dessas máquinas pesa algumas toneladas e tem o tamanho de um armazém, consumindo energia equivalente a dez mil residências. Já o cérebro consome a energia equivalente à utilizada por uma lâmpada para atingir a mesma performance.¹⁹⁹⁴

Mas será que não podemos contestar a lei de Moore? Ela operou bem até agora, mas quem garante que continuará operando daqui para frente?

De acordo com Kurzweil, a *lei de Moore* é um dos parâmetros do desenvolvimento tecnológico, mas não o único. Como todos os demais, ele vigora apenas por algum tempo. Nessa ordem de ideias, essa lei é o parâmetro de análise da evolução de sistemas baseados em *transistores* e *circuitos integrados*, mas sequer operava no passado, à época da computação fundada em válvulas e nem era capaz de medir a evolução das tecnologias eletromecânicas.¹⁹⁹⁵ Segundo o mesmo autor, é a *computação quântica* que vigorará pelos próximos anos, e, qualquer que seja seu parâmetro, tudo leva a crer ao menos na manutenção desse ritmo de crescimento.¹⁹⁹⁶

Ainda sobre a comparação da inteligência artificial com a humana, Muller e Boston conduziram pesquisa entre experts de tecnologia do mundo todo, buscando suas estimativas a respeito do ano em que a inteligência artificial atingiria a capacidade humana (*human level machine intelligence – HLMI*). A mediana das expectativas indicou que esse evento teria 50% de chances de ocorrer até 2040, 10% até 2020 e 90% até 2075.¹⁹⁹⁷

Quando perguntados a respeito da *superinteligência*,¹⁹⁹⁸ ou seja, momento em que as máquinas superam os humanos em praticamente todas as atividades, a maioria dos peritos previu que esse momento deve ocorrer em até 30 anos da data em que a HLMI for atingida.¹⁹⁹⁹

Por fim, quando perguntados a respeito dos impactos da superinteligência para a humanidade, tema extremamente polêmico e que não raramente toma as manchetes dos jornais

¹⁹⁹⁴ ITO, Joi e HOWE, Jeff. *Whiplash: how to survive our faster future*. 2016, New York and Boston, Grand Central Publishing. P. 219.

¹⁹⁹⁵ Kurzweil, op. cit. p. 66

¹⁹⁹⁶ Ibidem, p. 56 e sgts

¹⁹⁹⁷ MULLER, Vicent C. e BOSTROM, Nick. *Future Progress in Artificial Intelligence: A Survey of Expert Opinion, in Fundamental Issues of Artificial Intelligence* - Synthese Library; Berlin: Springer, 2014.) p. 10.

¹⁹⁹⁸ Ibidem, p. 12

¹⁹⁹⁹ Ibidem.

cotidianos, 31% dos experts previram resultados catastróficos ou ruins,²⁰⁰⁰ enquanto 52% anteciparam impactos bons ou ótimos.²⁰⁰¹ É preciso lembrar que a pesquisa foi realizada em 2014 e que, de lá para cá, os avanços foram maiores do que se esperava.

De toda forma, parece haver um consenso científico a respeito dos tectônicos impactos da tecnologia na existência humana e do momento revolucionário que estamos vivendo em razão de seu crescimento exponencial. Para a maior parte das nossas atividades, as consequências mais impressionantes parecem vir da *inteligência artificial*, que, na forma de redes neurais, já funciona de forma similar ao cérebro humano.

Esses efeitos podem ser estudados em múltiplas dimensões. Para nós, interessam exclusivamente suas consequências para o sistema de Justiça, especificamente no que concerne à promoção do comportamento cooperativo de partes, advogados e juízes e ao problema da *tragédia da Justiça*. É o que passaremos a estudar a partir de agora.

11.2 Impactos da tecnologia no sistema de Justiça: automação, reinvenção, custos de transação e cooperação

Dados o estado atual da tecnologia e suas exponenciais possibilidades futuras, calha perguntar quais seus impactos (atuais e previstos) para o sistema de Justiça como um todo. Seria a tecnologia capaz viabilizar a promoção da cooperação no processo civil? Mais do que isso, será que é pela tecnologia que superaremos a *tragédia da Justiça*?

A respostas a essas perguntas dependem da verificação dos impactos do efetivo uso da tecnologia na prevenção e resolução de disputas.

Segundo Richard Susskind, existem no momento treze tecnologias disruptivas disponíveis para aplicação no direito. São elas:

automação documental, conexão constante via Internet, mercados legais eletrônicos (medidores online de reputação, comparativos de preços e leilões de serviços), ensino online, consultoria legal online, plataformas jurídicas abertas, comunidades online colaborativas fechadas, automatização de trabalhos repetitivos e de projetos, embedded legal knowledge,²⁰⁰² resolução online de conflitos (Online Dispute Resolutions – ODR), análise automatizada

²⁰⁰⁰ Sobre os perigos da superinteligência, BOSTROM, Nick, *Superintelligence, paths, dangers, strategies*. Oxford University Press, 2014.

²⁰⁰¹ p.12

²⁰⁰² De difícil tradução, a expressão refere-se à incorporação do respeito à lei pelos produtos vendidos no mercado. O melhor exemplo é o de um veículo que detecta se o condutor ingeriu álcool, bloqueando a ignição. Op. cit. p. 50 e 51.

de documentos, previsão de resultados de processos e respostas automáticas a dúvidas legais em linguagem natural.²⁰⁰³

Nesta sessão limitaremos nossa análise ao uso de tecnologias capazes de produzir efeitos sistêmicos, elevando o nível cooperativo das partes e dos juízes e amenizando o cenário de *tragédia da Justiça*. Muitos dos exemplos que veremos aqui combinam várias das tecnologias acima listadas.

Os efeitos das inovações atuais e futuras só podem ser corretamente analisados e previstos a partir de uma abordagem que considere a tecnologia como capaz não só de melhorar procedimentos que já existem, mas também de alterar substancialmente a forma como funciona o sistema.²⁰⁰⁴

Isso significa que a maior parte das tarefas que orbitam em torno do processo devem ser fracionadas ao máximo, até que se identifiquem os aspectos específicos e rotineiros que possam ser automatizados, realocando os recursos humanos aí empregados para tarefas intelectualmente mais demandantes.²⁰⁰⁵ Denomina-se esse processo de *automação*. Via de regra, a *automação de tarefas rotineiras* não exige tecnologia sofisticada e é facilmente implementável.

Tarefas mais complexas, como a previsão do resultado de um processo, a pesquisa estruturada de jurisprudência, a busca de orientação jurídica através de linguagem coloquial e até mesmo a elaboração de peças e sentenças de forma automática, exigem tecnologia mais elaborada e menos disponível. Ainda assim, como já sabemos, a cada ano os custos tecnológicos diminuem e seus benefícios aumentam, de forma que o que parece financeiramente inviável em determinado ano pode tornar-se acessível em pouco tempo.²⁰⁰⁶

Antes de avaliar os impactos positivos da tecnologia no sistema de Justiça, é preciso atentar para alguns aspectos inicialmente negativos.

²⁰⁰³ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow Lawyers: an introduction to your future*. 2a. Ed. Kindle edition. Oxford University Press, London, 2017, p. 44 e sgts. David Wilkins deia claro o movimento de retorno das quatro maiores empresas de consultoria do mundo ao mercado jurídico. Além de aspectos regulatórios, ele indica a evolução tecnológica como uma das principais causas desse movimento. WILKINS, David e FERRER, Maria J. Esteban. **The Integration of Law into Global Business Solutions: The Rise, Transformation, and Potential Future of the Big Four Accountancy Networks in the Global Legal Services Market**. In, Law & Social Inquiry, 2017. Disponível em: <https://thepractice.law.harvard.edu/article/the-reemergence-of-the-big-four-in-law/>

²⁰⁰⁴ SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. *The future of professions: how technology will transform the work of human experts*. Oxford: Oxford University Press, 2015. P. 43-44.

²⁰⁰⁵ Ibidem, p. 32.

²⁰⁰⁶ Em 2010, por exemplo, audiências realizadas por videoconferência já eram possíveis e constam de relatório do Ministério da Justiça do Reino Unido como uma prática a ser implementada. Todavia, àquela época, entendeu-se que os custos superavam os benefícios, algo hoje inimaginável. TERRY, Matthew; JOHNSON, Steve e THOMPSON, Peter. *Virtual Court Pilot: outcome evaluation, in Ministry of Justice Research Series 21/10* December, 2010., p. 29. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/moj-research/virtual-courts.pdf>.

Ao diminuir os custos de transação das interações sociais de forma geral, a tecnologia aumenta a quantidade dessas interações, elevando inicialmente o número de conflitos. Trata-se de um efeito colateral da tecnologia.²⁰⁰⁷ Se alguém demorava 2 horas para comprar um livro na livraria mais próxima e hoje faz isso em 5 minutos por um custo muito menor, é bem provável que esse alguém compre mais livros. Mas também é mais provável que ocorra alguma falha no serviço prestado. A entrega da mercadoria pode atrasar, o produto pode ter algum defeito ou ainda o fornecedor pode ter despachado a mercadoria errada, dentre outros problemas.

Esse cenário inicial apresenta-se ameaçador. A tecnologia aparenta aumentar o problema para o sistema de Justiça, esgotando-o ainda mais em seu trágico cenário.

Mas a situação pode ser ainda pior. Advogados, que levavam horas para redigir uma petição, hoje podem fazê-lo de forma simples e rápida, com pesquisa online de doutrina e jurisprudência, tudo disponível quase instantaneamente. Para distribuir a petição inicial ou interpor um recurso não é mais preciso ir ao fórum e ao banco, bastando pagar as custas online e enviar a peça através dos diversos sistemas de *processo eletrônico* disponíveis nas cortes brasileiras.

O *custo de transação* dos atos processuais cai e, naturalmente, praticam-se mais atos do que antes. Trata-se de fenômeno semelhante ao ocorrido quando da instalação dos juizados especiais no Brasil, com grande liberação da demanda reprimida quando de sua disponibilização.

É bem verdade que o próprio sistema de Justiça também vem incorporando tecnologia ao longo dos anos. Sentenças são elaboradas mais facilmente, os processos foram, em sua maioria, virtualizados e boa parte dos atos de comunicação é praticada eletronicamente. Apesar disso, vimos que os relatórios do CNJ apontam para o aumento do número de processos em estoque e para a ineficiência crescente da execução, além da dilatação do tempo do processo. Em uma frase: *a tragédia agrava-se a cada ano*.

Se olharmos de perto, a maior parte da tecnologia até aqui incorporada pelos tribunais brasileiros permite apenas que se façam digitalmente as mesmas tarefas que eram feitas fisicamente. Há pouca automação, e quase nenhuma reinvenção.²⁰⁰⁸ O fenômeno não deve surpreender. Como estudamos em outras quadras, indivíduos tendem a manter práticas antigas,

²⁰⁰⁷ KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice**. Nova York: Oxford University Press, 2017, p 3.

²⁰⁰⁸ SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel, Op. cit. p. 44.

ainda que aprimoradas, mesmo que haja formas mais eficientes de realização da mesma atividade. É o que se denomina *path dependence*, ou *status quo bias*.²⁰⁰⁹

Por exemplo, se as intimações eram publicadas no diário oficial, a única diferença é que esse veículo hoje é digital, mas a rotina ainda demanda o preenchimento manual dos dados para que o ato realize-se. A busca de bens do devedor continua dependendo do envio de ofícios pelo juiz, que, todavia, não são mais físicos (no mais das vezes), mas dependem de mão de obra humana para serem confeccionados. A penhora continua sendo necessária, ainda que agora possa ser online. Em resumo, os atos processuais são rigorosamente os mesmos, ressalvado o fato de que, praticados eletronicamente e com menores custos de transação, aumentam em quantidade, mas nem sempre em eficiência.

São mais processos, com mais petições, mais sentenças, mais recursos e mais acórdãos. Nem por isso as execuções tornaram-se mais eficientes, as partes mais satisfeitas ou a Justiça menos onerosa para a sociedade. Muito pelo contrário. A razão dessa dificuldade é, como visto, um problema mais de abordagem e menos de tecnologia.²⁰¹⁰

Com sistemas avançados cada vez mais baratos e com um oceano de informações à disposição, é possível que tanto o Estado quanto os particulares repensem a forma de solução de conflitos através da tecnologia, mas sem apego a formas vetustas e desgastadas que não têm mais elasticidade para serem aprimoradas e fazer frente aos novos desafios impostos pela dinamização das relações pessoais e comerciais.

Quando atividades complexas são *divididas* em atividades menores (atomização de tarefas), percebe-se que muitas delas são apenas tarefas repetitivas e rotineiras que podem ser automatizadas com facilidade,²⁰¹¹ mantendo-se a interferência humana apenas para o que for imprescindível. Mas mesmo para essas últimas, a automação parcial ou total é possível, dependendo de tecnologia mais avançada, como veremos.

Colocada como premissa a automação e a reinvenção, passemos a considerar formas específicas de como a tecnologia pode auxiliar na promoção da cooperação e no enfrentamento da *tragédia da Justiça*.

²⁰⁰⁹ KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack L, THALER, *Richard H. Anomalies...*, op. cit. p. 194.

²⁰¹⁰ Sistemas de processo virtual utilizados pelas cortes brasileiras, como o Apollo (TRF2) e o PJe (processo judicial eletrônico, adotado pelo CNJ e pela maior parte dos tribunais do Brasil), são versões eletrônicas de arquiteturas pensadas para serem físicas. Sobre o PJe, vide: <http://www.cnj.jus.br/tecnologia-da-informacao/processo-judicial-eletronico-pje>

²⁰¹¹ SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel, Op. cit. p. 32.

11.2.1 Autocomposição digital de conflitos (*online alternative dispute resolution – OADR*)

Boa parte deste trabalho foi dedicada à autocomposição de conflitos. Como vimos no capítulo 6, a busca pela autocomposição é um dos comportamentos cooperativos por excelência. Esse é o tipo de cooperação com maior impacto no cenário de *tragédia*, porque evita ou diminui diretamente o uso do *bem comum* (a estrutura do Poder Judiciário), sem deixar de compor o conflito e alocar definitivamente os direitos em disputa.

Quando do estudo do tema, vimos que são várias as razões pelas quais as *taxas de acordo* são baixas no Brasil. Uma delas é a assimetria de informação, causada por incertezas quanto aos fatos (em parte por culpa do *desenho* atual dos ritos processuais) ou quanto ao direito (em parte em razão da ausência de precedentes estáveis e obrigatórios). Outra é o custo do processo e a forma como esse custo é distribuído ao longo do procedimento. Há também diversas razões de ordem comportamental, como a presença de otimismo (*optimism bias*), o efeito dotação (*endowment effect*) e a falácia dos custos a fundo perdido (*sunk costs fallacy*). Juntas, elas acabam *fechando a janela* de acordo, levando as partes a litigarem, muitas vezes até as últimas instâncias.

Os novos desenhos proporcionados pela tecnologia para a composição de conflitos foram arquitetados tendo em conta diversos desses *insights* provenientes da economia e da psicologia.

Por conta do *status quo bias* e do *path dependence*, a utilização disruptiva da tecnologia dificilmente partiria de movimento interno do Poder Judiciário ou da advocacia de qualquer lugar do mundo.

Com efeito, o caso paradigma, e que merece ser descrito, é o sistema de solução de disputas da empresa eBay, estruturado por Colin Rule, um graduado da Filadélfia com mestrado na escola de política de Harvard (Kennedy School).²⁰¹²

O eBay é uma plataforma online que intermedeia a compra e venda de produtos novos e usados. Atualmente uma das maiores lojas virtuais do mundo,²⁰¹³ a companhia causou uma revolução no comércio de produtos usados ou de produtos novos vendidos por não comerciantes. A plataforma permite que se anuncie gratuitamente qualquer coisa que alguém se disponha a vender. Com isso, derrubam-se a *quase* zero custos de transação que antes eram altíssimos, como, por exemplo, o de procurar um produto usado conversando com amigos ou

²⁰¹² RULE, Colin. *Online dispute resolution for business: B2B, E-commerce, Consumer, employment, insurance, and other commercial conflicts*, Jossey-Bass, 2002, Kindle edition.

²⁰¹³ <https://www.ebay.com>

em um jornal de bairro, muitas vezes sem sucesso. Ao superar o problema dos *custos de transação*, o eBay realiza os sonhos de Coase, praticamente materializando o teorema que leva seu nome e que prevê que, na ausência de custos de transação, os bens serão alocados de forma a maximizar seu valor.²⁰¹⁴

Ao derrubar os custos de transação, o eBay rapidamente gerou milhões de contratos de compra e venda que, em outras circunstâncias, jamais existiriam. Essa dinamização, como vimos, é produtora de conflitos que, sem ela, não existiriam. No ano em que Colin Rule desenhou seu sistema eletrônico de solução de conflitos, a empresa já gerava 40 milhões de disputas por ano (o equivalente a 1% do total de transações do site).²⁰¹⁵

Hoje, o sistema eletrônico de solução de disputas do eBay gerencia mais de 60 milhões de conflitos por ano, um número bem superior à soma de todos os casos anualmente ajuizados em cortes norte-americanas.²⁰¹⁶ A taxa de acordos nessas disputas é de 90%, quase sem intervenção humana por parte da companhia.²⁰¹⁷

Essa taxa de *acordos* foi obtida porque a tecnologia proporcionou um desenho de procedimento de solução de conflitos que incorpora importantes técnicas de negociação,²⁰¹⁸ desenvolvidas com as premissas econômico-comportamentais já discutidas neste trabalho. Além disso, o fato de gerenciar milhões de disputas por ano oferece ao eBay uma quantidade maciça de dados (*big data*) que alimenta e aperfeiçoa o sistema cada vez mais.

Vejamos como funciona essa plataforma que acabou servindo de inspiração para muitas outras iniciativas públicas e privadas de resolução online de disputas.

Parte-se do denominado *staircase approach*,²⁰¹⁹ em que a primeira preocupação é alcançar o consumidor insatisfeito antes mesmo de o conflito eclodir. Assim, existe um banco de respostas para uma série de reclamações comumente apresentadas pelos clientes. A ideia é rodear o requerente, solucionando todas as suas dúvidas sem mesmo incluir a outra parte.

Quando isso não é possível, o algoritmo do eBay inicia uma *mediação online*, incluindo as duas partes da transação e perguntando a elas em que consiste o conflito. Já nesse momento, os disputantes podem apresentar propostas para composição. De acordo com as informações trazidas pelas partes, o sistema identifica áreas de acordo e sugere possíveis soluções.

²⁰¹⁴ COASE, Ronald. **The problem of social costs**. P. 15 In Journal of law and Economics, Vol III, October, 1960

²⁰¹⁵ BARTON, Benjamin H.; BIBAS, Stephanos, op. cit. p. 111.

²⁰¹⁶ Ibidem.

²⁰¹⁷ Ibidem, p. 114.

²⁰¹⁸ RULE, Colin, op. cit. Location 199-200.

²⁰¹⁹ BARTON, Benjamin H.; BIBAS, Stephanos, op. cit. p. 113.

Se as partes não aceitarem qualquer proposta, o eBay decide a questão, transformando a mediação em arbitragem. Tudo o que as partes afirmaram durante as negociações é levado em conta pelo sistema no momento da decisão, de modo a incentivar uma postura educada e explicativa.

O objetivo é solucionar a disputa o mais rápido possível, com pouco ou nenhum envolvimento humano, o que ocorre, em média, em 90% dos casos.²⁰²⁰

Note-se que o sistema do eBay incorpora vários dos elementos por nós referidos como estimulantes da postura cooperativa das partes em busca da autocomposição: baixos custos de transação; combate à assimetria de informação; rapidez, e incentivo por reputação.²⁰²¹

É bem provável que a rapidez com que a questão é decidida, bem como a forma *impressoal, objetiva e previsível* de processar e solucionar o conflito acabem por alavancar as taxas de autocomposição. Some-se a isso o fato de que muitos dos clientes são usuários assíduos da plataforma, o que gera a necessidade de preservação de reputação para garantir boas transações futuras, transformando a resolução da disputa em apenas mais uma etapa de um jogo repetitivo com alto valor de futuro. Com efeito, estudamos na seção 5.3 que a reputação é uma força cooperativa poderosa, principalmente quando as condutas podem ser conhecidas e avaliadas pela comunidade. Já na seção 5.4, vimos que é possível promover cooperação em jogos repetitivos, incluídos os que têm estrutura de recompensas equivalentes ao *dilema do prisioneiro*, a depender da chance de o jogo repetir-se no futuro.

Dois pontos aqui parecem-nos fundamentais. Como o eBay soluciona milhões de conflitos por ano, seu algoritmo aprende constantemente com um oceano de dados. Essas milhões de disputas guardam diversas padronizações, que são percebidas e levadas em conta pelo sistema (*reinforced learning*) não só no que se refere à disputa em si, mas também às características das propostas aceitas e das reações dos consumidores às decisões e sugestões do sistema. Tudo isso alimenta o algoritmo, que passa a oferecer respostas cada vez precisas e adequadas, melhorando as tentativas de acordo e a arbitragem do conflito, quando necessária.

O outro ponto importante é a *efetividade* de qualquer decisão ou acordo realizado no sistema.

Como os dados financeiros dos litigantes são mantidos pela plataforma, os valores são descontados diretamente do seu cartão de crédito. Se o desconto não for possível, a reputação do usuário perante a comunidade que utiliza o eBay fica arranhada, dificultando novas negociações. No limite, o usuário pode ser excluído da plataforma.

²⁰²⁰ Ibidem.

²⁰²¹ Ibidem, p. 114.

Por fim, é preciso lembrar que esses conflitos envolvem valores baixos, em transações entre pessoas de vários lugares do mundo. Isso gera incentivo para que as demandas sejam solucionadas eletronicamente,²⁰²² pois dificilmente os custos de utilização do Poder Judiciário compensariam os benefícios. Sob essa ótica, o sistema amplia o acesso à justiça.²⁰²³

Com base no sistema idealizado para o eBay, Colin Rule lançou o Modria (*modular online dispute resolution implementation assistance*), um sistema de ODR que pode ser alugado por qualquer empresa ou mesmo por cortes judiciais ao redor do mundo.²⁰²⁴

O Modria inicia a abordagem do conflito com um *módulo de diagnóstico* semelhante ao do eBay, de forma a reduzir de plano as assimetrias de informação. Os requerentes podem anexar vídeos e fotos, além de alegações escritas. Não havendo acordo, os disputantes iniciam o *módulo de negociação*. O algoritmo do Modria funciona o tempo todo buscando pontos de acordo e sugerindo possíveis soluções. Não havendo composição, inicia-se o *módulo de mediação*, agora com intervenção humana, mas ainda assim online. Não havendo acordo, as partes terminam no *módulo de arbitragem*, quando então terceiro imparcial decidirá a questão.

Da mesma forma que no eBay, o Modria utiliza *big data* gerado pelas disputas anteriores para refinar cada vez mais os diagnósticos e aumentar as possibilidades de acordo. Note-se que, quando a tecnologia entra no cenário, o *alto volume de disputas* deixa de ser uma *tragédia* e passa a ser um *ativo* do sistema. É que o *subproduto* dessas disputas é a imensa quantidade de informação que treinará o algoritmo para buscar os melhores padrões de solução para o problema.²⁰²⁵

O Modria hoje é utilizado para mediar e arbitrar não só litígios de baixo valor, mas também questões complexas e economicamente expressivas, como, por exemplo, conflitos ligados a propriedade industrial e intelectual. Recentemente, a American Arbitration Association escolheu o Modria para desenhar um sistema de ODR para solucionar conflitos envolvendo seguros na cidade de Nova Iorque.²⁰²⁶

Com base no Modria, o Consumer Protection Bureau de British Columbia, no Canadá, desenvolveu um sistema de ODR em que consumidores insatisfeitos são instados a buscar mediação online antes de ir a juízo. Quando o consumidor concorda, o sistema *convida* a

²⁰²² RULE, Colin, op. cit. **Location** 1102 e sgts.

²⁰²³ Desenvolveremos esse tema na seção 11.2.

²⁰²⁴ Disponível em: <https://www.tylertech.com/solutions-products/modria>

²⁰²⁵ BARTON, Benjamin H.; BIBAS, Stephanos, *Rebooting Justice: more technology, fewer lawyers and the future of law*. Nova York: Encounter Books, 2017, p. 114.

²⁰²⁶ Ibidem, p. 115.

empresa a participar, poupando os juizados de pequenas causas de milhares de processos.²⁰²⁷ Sistemas semelhantes são utilizados para resolução de *property taxes disputes* em vários estados estadunidenses.²⁰²⁸ A Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) também coordena um projeto para criação de um modelo de ODR para arbitrar disputas entre empresas ao redor do mundo.²⁰²⁹

Recentemente, a União Europeia criou um sistema de ODR para consumidores e fornecedores online que vivem nos países associados ou na Noruega, Islândia ou Liechtenstein.²⁰³⁰ O sistema é fácil de usar e muito semelhante ao Modria, com a diferença que o consumidor tem de *demonstrar* que, antes de registrar a reclamação no site, contatou o fornecedor e tentou solucionar o problema.

Os sistemas de ODR podem ser utilizados também para solucionar conflitos mais delicados, enredados por emoções, como é o caso dos divórcios. Vale a pena relatar a experiência holandesa com o Rechtwijzer.²⁰³¹ Derivado do Modria, essa plataforma faz perguntas ao casal em *linguagem coloquial*, reestabelecendo a comunicação entre os cônjuges e esclarecendo-os sobre seus direitos, sempre buscando o acordo, uma abordagem criativamente denominada *separando juntos*.²⁰³² Alcançada composição, seus termos são encaminhados para análise por um advogado neutro (escolhido pelo sistema). Se a controvérsia permanecer, ela passa a ser solucionada por um terceiro imparcial (*arbitragem*).

É interessante notar que o custo do *separando juntos* varia entre 500 e 1.300 euros por procedimento. O valor provavelmente é inferior ao que o Estado gastaria provendo assistência jurídica gratuita para os cônjuges.²⁰³³ Essa é uma lição importante. Como dissemos no início, a utilização da tecnologia na resolução de conflitos não pode ser pensada somente em termos de *fazer de forma mais eficiente o que já vem sendo feito*. Ela deve ser abordada também de modo disruptivo, com soluções novas para problemas antigos.

Outro ponto notável desse sistema é que, ao esclarecer de plano os direitos de cada cônjuge, ele diminui a incerteza e, com isso, o *viés de otimismo*. Além disso, em um ambiente eletrônico e sem contato pessoal, reduz-se sensivelmente a *animosidade* normalmente escalada

²⁰²⁷ Sobre o programa em British Columbia, inclusive com tutorial explicando o funcionamento do sistema: <https://perma.cc/6997-RDAM>

²⁰²⁸ Ibidem.

²⁰²⁹ <http://www.uncitral.org/uncitral/en/index.html>

²⁰³⁰ Disponível em: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.show>

²⁰³¹ KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice**. Nova York: Oxford University Press, 2017, p. 162 e sgts.

²⁰³² Idem, p. 150.

²⁰³³ SMITH, Roger. *Can digital replace personal in the delivery of legal aid? A discussion paper for the conference of the International Legal Aid Group, June 2013*. Disponível em: http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/5_1_-_Roger_Smith.pdf.

pelo simples fato de o divórcio converter-se em processo judicial,²⁰³⁴ fugindo-se também da *falácia dos custos a fundo perdido*.²⁰³⁵

Lançado em 2014, o Rechtwijzer funcionou em paralelo ao sistema judicial holandês, mas teve apoio do Ministério da Justiça daquele país. O sucesso da plataforma levou à sua ampliação para o trato de outras questões jurídicas delicadas, como as que envolvem relações jurídicas locatícias e trabalhistas. O sistema foi aclamado no mundo todo,²⁰³⁶ mas enfrentou dificuldades de regulação e ataques da advocacia local.²⁰³⁷

No início de 2017 o Rechtwijzer foi encerrado por inviabilidade financeira,²⁰³⁸ problema que, como veremos, já atingiu inovações tecnológicas na Justiça britânica, mas que, graças à lei de Moore, costuma ser rapidamente superado. Nessa linha, recentemente foi lançada a plataforma Justice42,²⁰³⁹ com a mesma filosofia do Rechtwijzer, incorporando novas tecnologias de inteligência artificial.

Atualmente, já são mais de mil *startups* no mundo envolvendo o oferecimento de *serviços legais (legaltechs)*.²⁰⁴⁰ Os produtos vão desde elaboração de contratos, automação de documentos e pesquisa estruturada de jurisprudência até os aqui estudados sistemas de resolução de conflitos.

O movimento acontece também no Brasil, e já são várias as *startups* que prestam alguns desses serviços, inclusive os de ODR.²⁰⁴¹

Um caso brasileiro relevante envolveu a recuperação judicial de conhecida empresa de telefonia móvel, em cuja relação de credores constavam mais de 55 mil nomes. Desses, 53 mil tinham a receber valores de até R\$50mil.

²⁰³⁴ Nesse sentido, e também atestando a diminuição das graves assimetrias informacionais entre os cônjuges: BICKEL, Esmée; DIJK, Marian A. J. van; GIEBELS, Ellen. *Online legal advice and conflict support: a dutch experience*, 2015, Disponível em: http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/Online%20legal%20advice%20and%20conflict%20support_UTwente.pdf

²⁰³⁵ Como vimos, boa parte dos custos do processo concentram-se na fase inicial. O viés decorrente da *falácia dos custos a fundo perdido* aponta para o comportamento de insistir em algo nem sempre racional só porque muitos recursos já foram gastos naquele caminho.

²⁰³⁶ Interessante reportagem da *The Economist* relata as dificuldades e resistências de grupos tradicionais contra a introdução da tecnologia no sistema de justiça, citando, inclusive, o caso *Rechtwijzer: The justice system. Law in a time of austerity*, in *The Economist*, Feb. 2016. Disponível em: <https://www.economist.com/news/britain/21693582-justice-secretary-pleases-lawyers-overturning-his-predecessors-harshest-policies-but-they>

²⁰³⁷ <http://www.hiil.org/insight/rechtwijzer-why-online-support-dispute-resolution-is-hard-to-implement>

²⁰³⁸ <https://law-tech-a2j.org/advice/goodbye-rechtwijzer-hello-justice42/>

²⁰³⁹ <http://justice42.nl/en/home-3/>

²⁰⁴⁰ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow Lawyers: an introduction to your future*. 2a. Ed. Kindle edition. Oxford University Press, London, 2017, Intro.

²⁰⁴¹ A maioria dessas *startups* está associada na AB2L - Associação Brasileira de Lawtechs e Legaltechs. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br>. No final de 2017, já eram quase 80 empresas associadas.

Em uma iniciativa liderada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ),²⁰⁴² estruturou-se um sistema de negociação online, ao qual todos esses pequenos credores foram convidados a participar. Os números finais impressionam: até novembro de 2017, 36 mil credores inscreveram-se na plataforma e foram fechados 30 mil acordos, no valor total de R\$190 milhões.²⁰⁴³

*Trata-se da quitação de débitos privados mais abrangente da história da economia brasileira.*²⁰⁴⁴ Um típico caso disruptivo de cooperação, possível graças à diminuição dos custos de transação promovida pela tecnologia. Um verdadeiro triunfo cooperativo envolvendo milhares de pessoas, com monstruosa economia de recursos públicos que certamente subsidiariam incontáveis manifestações creditícias no processo de recuperação judicial da companhia.

11.2.2 Inovações tecnológicas nas cortes de Justiça

Nesta seção, focaremos tão somente em iniciativas disruptivas, ou seja, aquelas que alteram a forma de acesso à justiça ou de prestação da atividade jurisdicional. Em outras palavras, deixaremos de lado a automação para focar na inovação.²⁰⁴⁵

As experiências aqui descritas têm basicamente duas premissas: (i) as *cortes de Justiça* deixam de ter relevância como *local* ou *espaço*, importando muito mais o *serviço* (atividade jurisdicional) por elas prestado;²⁰⁴⁶ (ii) a jurisdição prestada pelo Estado passa a ser vista como residual, utilizando-se a tecnologia para *triar conflitos*, buscando-se solução *negociada* ou *mediada*, antes de ativar-se o Poder Judiciário.

Um breve esclarecimento sobre as duas premissas parece-nos necessário.

Quando do estudo do *devido processo legal* (seção 5.5), questionamos a dimensão atualmente conferida à participação das partes. No mesmo espírito, a *tecnologia* reinventa o direito ao *dia na corte* (*the right to have your day in court*). A ideia de *participação* continua importante, mas agora volta-se exclusivamente à diminuição das *assimetrias de informação* para facilitar uma solução negociada da controvérsia. A corte como um *local físico* se *liquefaz* no *serviço de solução de controvérsias*, embalado em plataformas virtuais pouco custosas,

²⁰⁴² <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-06/processo-de-recuperacao-da-oi-tem-mediacao-extrajudicial-para-20-mil>

²⁰⁴³ TELES, Eurico. *Recuperação judicial: na Oi, o maior teste*. In Migalhas, 19 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270990,11049-Recuperacao+Judicial+na+Oi+o+maior+teste>

²⁰⁴⁴ Ibidem.

²⁰⁴⁵ BARTON, Benjamin H.; BIBAS, Stephanos, p. 116.

²⁰⁴⁶ SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel, op. cit. p. 70.

efetivas e de fácil acesso. Com menos custos de transação, a participação, quando necessária, torna-se mais efetiva do que no modelo tradicional.

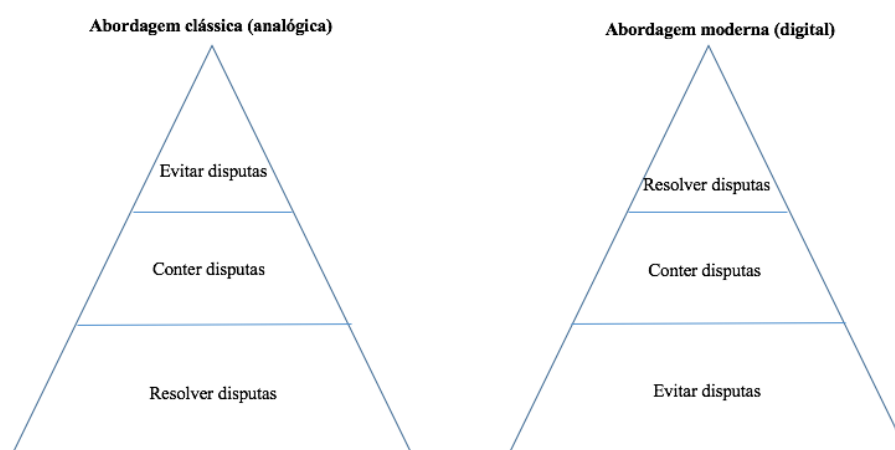
Dentro do esquema já estudado de *justiça multiportas*, priorizam-se aquelas que não demandam a utilização do *sistema público de Justiça*. Isso é fundamental para diminuição do cenário de tragédia. Assim, ao invés de as portas serem enfileiradas linearmente, elas são dispostas em forma de *pirâmide*, colocando-se o Poder Judiciário no topo.

Na mesma linha, altera-se também a forma de *abordagem dos conflitos*. A tecnologia passa a ser usada prioritariamente para *evitar* e para *conter* disputas, não para *resolver* disputas.²⁰⁴⁷

Retomando o exemplo do eBay, imaginemos um cliente que tenha reclamado do *atraso* na entrega de um produto. O sistema de ODR, antes de abrir qualquer disputa com o vendedor, apresentará todas as informações relativas ao prazo de entrega, inclusive onde o produto encontra-se naquele momento. Essas informações muitas vezes bastam para *evitar* a disputa. Não sendo suficiente, a plataforma insere o vendedor no procedimento, captando informações para reduzir as assimetrias informacionais com vistas à solução consensual do problema (*contenção de disputa*). Não sendo possível, o eBay arbitra a controvérsia, apresentando uma decisão final (*resolução da disputa*).

A figura abaixo compara as duas abordagens possíveis:

Figura 71 - Duas formas de abordagem de conflitos²⁰⁴⁸



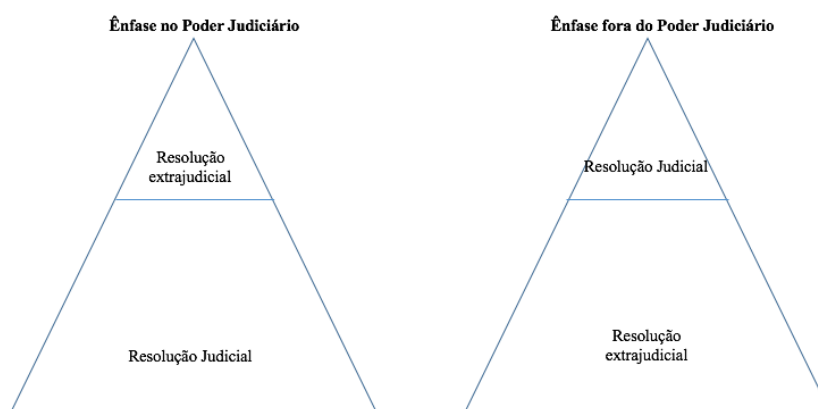
²⁰⁴⁷ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow's lawyers*, op. cit. p. 93 e sgts.

²⁰⁴⁸ Os dois diagramas aqui apresentados foram inspirados, não copiados, em slides apresentados pelo Prof. Richard Susskind em palestra presencial na Harvard Law School, proferida dia 23 de fevereiro de 2017, denominada *Upgrading Justice*, disponível, sem os slides, no YouTube, no seguinte endereço: <https://www.youtube.com/watch?v=Vd0PhomzT7g>.

Por fim, mesmo que o conflito demande *resolução*, a tecnologia deve gerar incentivos para que ela ocorra fora do Poder Judiciário (arbitragem). Hoje a arbitragem no Brasil é cara e o acesso ao Poder Judiciário é barato ou mesmo gratuito. Isso leva à priorização da utilização do Poder Judiciário para a solução de disputas, principalmente as simples e repetitivas.

Quando sistemas de ODR como o do eBay (Modria), capazes de *arbitrar conflitos* com pouca intervenção humana, tornam-se disponíveis para a maior parte das relações jurídicas em conflito, essa lógica altera-se e a resolução extrajudicial torna-se prioritariamente desejada.

Figura 72 - Resolução de controvérsias: judicialização *versus* arbitragem



As primeiras iniciativas de introdução de ODRs em cortes judiciais remontam a 2001, quando a Corte Federal da Austrália lançou o e-courtroom, uma espécie de comunicação escrita, semelhante aos e-mails de hoje, que servia para diminuir as assimetrias informacionais antes da audiência, tornando-a mais curta e efetiva.

No Reino Unido, há mais de uma década, está disponível um sistema chamado Money Claim Online. Trata-se de um modelo online de cobrança de pequenas dívidas que se inicia a partir do preenchimento de um formulário online pelo credor. O devedor recebe então uma intimação e, caso não apresente uma espécie de *contestação online*, cria-se um *título executivo*.²⁰⁴⁹ O sistema permite cobranças de até cem mil libras. Na média, o Reino Unido contabiliza 60 mil cobranças online por ano.²⁰⁵⁰

O Reino Unido, aliás, é o local onde as iniciativas parecem mais promissoras no médio prazo. Já no final de 2015, seu governo anunciou uma verba de 700 milhões de libras para

²⁰⁴⁹ Há uma certa semelhança com o rito das ações monitórias, previsto no art. 700 e sgts do CPC/2015.

²⁰⁵⁰ SUSSKIND, Richard. *Tomorrow lawyers*, op. cit. p. 117.

digitalização de todo o sistema de justiça.²⁰⁵¹ Em julho de 2016, Lord Briggs publicou importante relatório sobre o Poder Judiciário Britânico, reforçando a prioridade da criação de cortes online.²⁰⁵²

Atualmente, uma das propostas de Lord Briggs, a criação de uma corte totalmente online para julgamento de causas de até 25 mil libras, já tem orçamento destinado e encontra-se em implementação com previsão de funcionamento completo até abril de 2020.

Em termos gerais, o procedimento da Online Solutions Court britânica terá três estágios. No primeiro, haverá uma *triagem online automática*, que auxiliará *litigantes sem advogados* a preparar a causa da forma adequada. Nesse momento, toda a documentação das partes é arquivada na nuvem (*upload*). O segundo estágio é o de *facilitação online*, administrada por um funcionário da Justiça. O terceiro e último estágio é o de julgamento por um juiz, que só ocorrerá se não houver acordo. Havendo necessidade de audiência, ela será feita por meios eletrônicos.²⁰⁵³

As cortes online, não são, todavia, apenas um desejo no horizonte. No Canadá, encontra-se em funcionamento o Tribunal Cível de British Columbia (The British Columbia Civil Resolution Tribunal – CRT).²⁰⁵⁴ Criada a partir de uma lei de 2012, a corte administrativa julga casos de até 5 mil dólares canadenses, além de alguns tipos de disputas condominiais (sem limite de valor) e está em operação desde 2016. Assim como no caso inglês, o procedimento é composto de várias fases.²⁰⁵⁵

Na primeira fase do procedimento (*solution explorer*), um algoritmo analisa a reclamação, oferece informações e sugere soluções para o problema. Na segunda fase (*dispute resolution tool*), entra em ação uma ferramenta online de negociação. Nesse momento a assimetria de informação já é bem reduzida. O sistema busca estruturar o caso para as partes e não há intervenção humana na negociação entre elas. Não havendo sucesso, adentra-se uma fase de *facilitação*, em que há intervenção humana na busca de uma solução negociada. Não

²⁰⁵¹ Ibidem, p. 114.

²⁰⁵² BRIGGS, Lord Justice. *Civil courts structure review: final report*, July, 2016, p. 36 e sgts. Segundo suas conclusões: “*In overall terms, most of the feedback about the Online Court has been supportive of the essential concept of a new, more investigative, court designed for navigation without lawyers. Very few have rejected the concept out of hand. Some, perfectly understandably, lament the fact that a generous provision of Legal Aid, sufficient to enable all court users to be professionally represented, would be preferable, but there is nothing I can do or recommend about that.*” P. 36.

²⁰⁵³ Ibidem, p. 36.

²⁰⁵⁴ KATSH, Ethan e EINY, Orna Rabinovich, op. cit. p. 160 e sgts.

²⁰⁵⁵ No sítio oficial do tribunal, lê-se: “*The Civil Resolution Tribunal, or CRT, is Canada’s first online tribunal. The CRT resolves small claims disputes \$5,000 and under, and strata property (condominium) of any amount. The CRT helps people to resolve their disputes quickly and affordably, and encourages a collaborative approach to dispute resolution.*” Disponível em: <https://civilresolutionbc.ca>

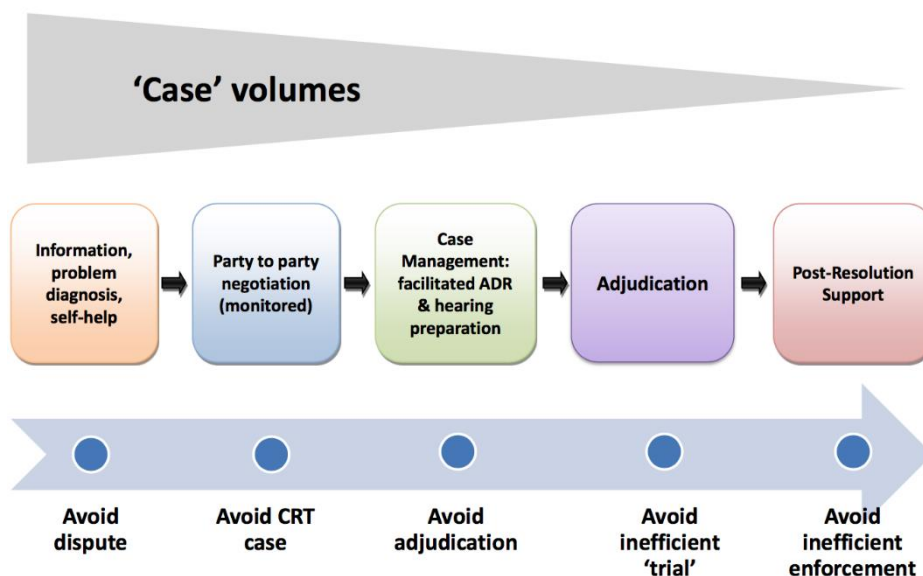
obtido o acordo, adentra-se a fase *adjudicatória*, em que o caso será decidido por terceiro imparcial. Todas as audiências são feitas online, e as decisões têm força de título executivo judicial.

O sistema recursal existe, mas seu uso não é estimulado. No geral, cabe apelação para um novo julgamento, mas em caso de improcedência haverá custos ao apelante. As disputas envolvendo questões condominiais só são apeláveis com base em fundamentações específicas. Em caso de condenação, existe um acompanhamento do *cumprimento do julgado* para garantir sua efetividade.

O tempo total do processo varia entre 60 e 90 dias e a representação por advogados é bastante limitada.

Todo o sistema do CRT foi desenhado para captar dados relativos às disputas e aprimorar seu funcionamento, tal como vimos no caso do eBay. O foco é sempre evitar o escalonamento do conflito. A lógica prioritária é evitar a disputa, solucionando-a apenas residualmente. O diagrama abaixo ilustra o procedimento com perfeição:

Figura 73 - A lógica da abordagem de conflitos utilizada pelo The British Columbia Civil Resolution Tribunal²⁰⁵⁶



Essa nova forma de abordagem do conflito, praticamente *impondo* tentativas prévias de *prevenção, contenção e negociação* da disputa como caminho necessário anterior à *resolução*,

²⁰⁵⁶ THOMPSON, Darin. *The civil resolution tribunal - slideshow.*, In. Timeliness in the Justice System: Ideas and Innovations. Australian Centre for Justice Innovation Civil Justice Research Online, 2014. Disponível em: <http://www.civiljustice.info/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=timeliness>

pode indicar até mesmo uma futura alteração na estrutura das condições da ação ou dos pressupostos processuais.

Explicamos. Dados os altos custos de transação, o afunilamento dos *requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito* pela exigência de tentativas prévias de negociação direta ou de mediação, possivelmente tornariam a tutela jurisdicional *desproporcionalmente seletiva*, o que acabaria por ferir a norma constitucional que garante o acesso à Jurisdição.²⁰⁵⁷

Todavia, quando se pensa em introdução de ODRs nas cortes, os baixos custos de transação proporcionados pelas novas tecnologias levam a um realinhamento escalonado das *portas da jurisdição* que não causa prejuízos desproporcionais ao cidadão.

Muito pelo contrário. Via de regra, bem entendida essa nova abordagem, aumentam-se as probabilidades de contenção e solução rápida do conflito, com evidentes benefícios individuais (*poupança de custos financeiros e emocionais para os envolvidos*) e coletivos (*bem-estar social, aumento em razão do baixo custo do sistema e da rápida solução da controvérsia*).

A discussão técnica sobre se essa nova exigência comporia uma nova condição da ação, um novo pressuposto processual ou se caberia em algum dos requisitos processuais já existentes é tema complexo e que não cabe neste trabalho. Tendemos, todavia, a imaginar que, se há conflito, estão presentes interesse e legitimidade, *a priori*, desde que haja a devida adequação subjetiva da lide.²⁰⁵⁸ O procedimento judicial, por sua vez, não poderia ser instaurado antes que o *acesso à justiça fosse testado* por outras portas *socialmente mais desejáveis*. O tema é complexo.

Recentemente, o STF decidiu que faltava condição da ação ao segurado que ajuizava a *ação previdenciária* antes de ter seu requerimento administrativo indeferido ou ignorado pelo INSS.²⁰⁵⁹ Neste caso, apesar de sabermos que o que realmente se buscava evitar eram demandas *desnecessárias*, propostas antes mesmo da violação potencial do direito do segurado, pensamos que a exigência encaixa-se no *avoidance* do sistema de ODRs.

²⁰⁵⁷ No sentido do estreitamento dos canais de acesso à jurisdição como causa da *desproporcionalidade seletiva*, violando o princípio da inafastabilidade da jurisdição: YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**, 1a. ed. São Paulo, Marcial Pons, 2014, p. 261 e 262.

²⁰⁵⁸ Pois as *condições da ação* captam-se na relação jurídica de direito material. YARSHELL, Flávio Luiz, op. cit. p. 260-261.

²⁰⁵⁹ STF, RE 631240/MG, Rel. Min. Luis Roberto Barroso, DJ-e 1-/11/2014, Plenário.

Em outras palavras, parece-nos que a Corte *captou* o baixo custo de transação do requerimento administrativo,²⁰⁶⁰ bem como seu óbvio potencial para *evitar* a eclosão do conflito.²⁰⁶¹

Voltando ao CRT, ao menos seis das *treze tecnologias disruptivas* elencadas no início desta seção estão presentes naquele sistema de ODR.

Primeiro, obviamente, o *sistema online de resolução de disputas*, a essência do CRT. Estão ainda presentes: a *conexão constante das partes com o tribunal via Internet*; a *consultoria legal online*; a *automação documental (criação de petições estruturadas a partir de formulários preenchidos pelas partes em linguagem coloquial)*; a *análise automatizada de documentos*; as *respostas automáticas a dúvidas legais em linguagem natural*.

Os aspectos psicológicos são enfatizados a todo o instante, e o sistema busca *capturar* o sentimento dos envolvidos em relação ao litígio em si. A tela abaixo ilustra um desses momentos:

Figura 74 - Medidor de estado emocional dos litigantes utilizado pelo CRT²⁰⁶²



É notável aqui o poder da tecnologia para agregar *insights* da psicologia. No início deste trabalho, quando definimos suas matrizes teóricas, ressalvamos que a *economia*

²⁰⁶⁰ Talvez fosse o caso de excepcionar a exigência para residentes de localidades remotas, distantes de postos do INSS e impossibilitados de proceder eletronicamente ao requerimento.

²⁰⁶¹ Algo parecido com o que fora decidido a respeito da necessidade de negação da informação como condição de impetração do habeas data, definida no art. 8o. da Lei n. 9.507/97. STF, HD n. 70, DJ 01/08/2005, Rel. Min. Carlos Velloso

²⁰⁶² THOMPSON, Darin. *The civil resolution tribunal - slideshow.*, In. Timeliness in the Justice System: Ideas and Innovations. Australian Centre for Justice Innovation Civil Justice Research Online, 2014.

comportamental seria adotada com moderação, tendo em vista sua complexidade e os custos daí decorrentes. Mais uma vez, ao despencar custos transacionais, a tecnologia viabiliza a utilização de modelos mais sofisticados para a solução de conflitos.

11.3 Tecnologia e acesso à justiça: uma nova abordagem

Nesta breve seção, não se pretende dissertar a respeito do fundamental direito do acesso à justiça. O objetivo aqui é apenas sugerir que a *forma* como imaginamos o acesso à justiça alterar-se-á em razão da introdução das novas tecnologias. No fim, concluiremos que a tecnologia aumenta substancialmente o acesso à justiça, mas não da forma como o concebemos hoje.²⁰⁶³

Como já ponderamos, tradicionalmente o acesso à justiça é pensado na forma de acesso ao Poder Judiciário. Modernamente, como também já visto, o conceito de *justiça multiportas* conteve um pouco essa visão, demonstrando que o *Poder Judiciário* não é a única *porta* de acesso à justiça, havendo outras, como a mediação, a arbitragem e a negociação direta.

Neste ponto, o papel da tecnologia desdobra-se em dois. De um lado, ela torna todas essas *portas* mais acessíveis, diminuindo os custos de transação de sua utilização, graças à digitalização e ao acesso online. De outro lado, ela *cria novas portas*, cujos caminhos podemos resumir na expressão *dispute avoidance*, ou *prevenção de conflitos*.

A questão da facilitação da utilização das *portas já abertas* pela diminuição dos custos de transação parece-nos clara neste ponto do trabalho, principalmente após descrevermos a forma de funcionamento das plataformas do eBay e do CRT canadense.

A questão da utilização da tecnologia para prevenção de disputas, todavia, merece explicação.

Apesar da ausência de pesquisas a respeito, é muito provável que, no Brasil de hoje, haja muito mais pessoas com acesso à Internet do que com acesso à justiça. A Internet está disponível a preços baixos, em casa ou em equipamentos móveis.

Já cortes de Justiça são locais físicos, muitas vezes distantes, cuja utilização depende do pagamento de custas, nos quais qualquer ato processual atrela-se (via de regra) à necessidade de representação por advogado (*capacidade postulatória*). Assim, ainda que boa parte do

²⁰⁶³ Já o uso de *meio eletrônico para a tramitação de processo* (Lei n. 11.419/2006) era visto com potencial de ampliar o acesso à justiça, ainda que a eventual inacessibilidade à tecnologia necessária para tanto fosse, paradoxalmente, vista como uma limitação a ser superada. Nesse sentido, YARSHELL, Flávio Luiz, op. cit. p. 90

Produto Interno Bruto brasileiro seja gasto com o Poder Judiciário e com a assistência judiciária, há barreiras quase intransponíveis para o acesso à justiça.²⁰⁶⁴

Para piorar, toda essa cara e insuficiente estrutura encontra-se em *cenário de tragédia*, praticamente impossibilitada de receber ainda mais demandas. Atualmente, em razão do tempo do processo e da inefetividade da execução, nega-se jurisdição até mesmo para quem, teoricamente, tem acesso fácil à Justiça.

É possível, todavia, ampliar o acesso à justiça simplesmente prevenindo conflitos através da tecnologia por, no mínimo, dois caminhos diferentes: (i) esclarecimento ao cidadão; (ii) garantia da aplicação da lei.

11.3.1 Esclarecimento ao cidadão

Tratemos do primeiro caminho. Acesso à justiça é um direito crucial no contexto do Estado democrático do século XXI. Mas não é uma questão mais crucial do que o acesso à saúde, por exemplo. Imaginar que só se possa cuidar dos próprios direitos através de advogados e juízes é o mesmo que acreditar que a única forma de cuidar da saúde seja através de médicos.

Um exemplo pode ajudar. O ano de 2018 iniciou-se no Brasil com o receio de uma epidemia de febre amarela. Todavia, é pouco provável que os milhões de brasileiros que compareceram aos postos de saúde para tomar a respectiva vacina tenham antes passado por consulta médica. O mesmo vale para os que não foram ao posto, por não serem *elegíveis* para a vacina. Em verdade, a maior parte dessas pessoas buscou informação na Internet, por sites de notícias ou blogs especializados.

A verdade é que problemas de saúde simples são resolvidos sem auxílio médico. As pessoas compram medicamentos em farmácias e tiram dúvidas básicas pela Internet. Sites e blogs especializados contêm informação estruturada, em linguagem coloquial, capaz de separar as questões simples das complexas, deixando claro quando a pessoa deve buscar um médico.

Até hoje isso não acontece com o direito. Susskind coloca bem o paradoxo de que *é necessário um advogado para nos dizer quando precisamos de um advogado*.²⁰⁶⁵ As informações jurídicas, tradicionalmente, nunca estiveram disponíveis em linguagem simples e com fácil acesso. No direito, tudo sempre foi um tanto *kafkiano*.

²⁰⁶⁴ A doutrina reconhece as barreiras geográficas e financeiras para o acesso à justiça. Por todos, GRECCO, Leonardo. *Instituições...* vol 1. op. cit. p. 15 e 16.

²⁰⁶⁵ Op. cit. p. 95.

Tecnologias básicas prometem alterar esse cenário, evitando disputas da mesma forma que impedimos que um *resfriado* se transforme em uma *pneumonia*. Evitar conflitos é, na verdade, a melhor forma de *acesso à justiça*, porque não demanda qualquer necessidade de restauração.

O primeiro obstáculo do acesso à justiça para o cidadão é a sua incapacidade de reconhecer *quando* ele está envolvido em um problema legal. O segundo está na busca da orientação adequada e, por fim, na forma de solução do problema.

A primeira tecnologia apta a solucionar essas dificuldades é a disponibilização de *consultoria legal online*. Com efeito, se hoje temos sites e blogs especializados em *dicas de saúde*, por que não os teremos, em breve, para *orientação legal*? Esses serviços podem ser públicos ou particulares. Veja-se o exemplo bem-sucedido do Poupatempo,²⁰⁶⁶ iniciativa do governo estadual paulista que provê orientação e solução para problemas burocráticos simples do cidadão, diminuindo a necessidade do caro e burocratizado suporte de um *despachante*.

Algoritmos sofisticados são capazes de solucionar problemas bastante complexos, para os quais, até então, o cidadão precisava de um contador ou de um advogado. Veja-se o caso do americano TurboTax,²⁰⁶⁷ um site que resolve de forma simples a maior parte dos problemas tributários americanos.²⁰⁶⁸ Com o slogan *tudo o que você precisa conhecer é você mesmo*, o serviço funciona através de *perguntas simples*, preenchidas pelo usuário em linguagem coloquial. Ao final, todos os complexos formulários fiscais são automaticamente preenchidos e a devida orientação sobre como resolver determinadas pendências ou irregularidades é oferecida de forma compreensível.

Já existem serviços eletrônicos que, com a mesma abordagem do TurboTax, elaboram, sem intervenção humana, diversos tipos de contratos, encaminhando até mesmo questões sucessórias simples.²⁰⁶⁹

Mesmo a consultoria especializada pode ser promovida por meio da Internet, em *chats* interativos automáticos, que funcionam com redes neurais de aprendizagem supervisionada e não supervisionada, como os *chatbots*. Atualmente, praticamente todas as empresas de tecnologia e comércio eletrônico trabalham com essa tecnologia.²⁰⁷⁰ Nada impede, por exemplo, que *defensorias públicas* utilizem essa ferramenta.

²⁰⁶⁶ <https://www.poupatempo.sp.gov.br>

²⁰⁶⁷ https://turbotax.intuit.com/personal-taxes/%23go_tt_cd

²⁰⁶⁸ KATSH, Ethan e EINY, Orna **Rabinovich**, op. cit. p. 154.

²⁰⁶⁹ É o caso, por exemplo, do FormSwift, <https://formswift.com>. No Brasil, dentre outros, há o JURIDOC: <https://www.juridoc.com.br/abrir-uma-empresa/abrir-uma-sociedade-ltda-limitada/>

²⁰⁷⁰ A prestigiosa revista de tecnologia Wired publicou interessante reportagem sobre o tema: BREWSTER, Signe.

Veja-se o caso dos assistentes virtuais, a ponta dessa tecnologia. Robôs como Siri (da Apple) e Alexia (da Amazon) são capazes de entender a linguagem natural falada, provendo informações complexas em linguagem natural.²⁰⁷¹ No compasso da *lei de Moore*, em breve esse tipo de tecnologia estará ainda mais aperfeiçoada e disponível, permitindo sua utilização por entidades públicas e privadas para prestar assistência legal.

A operação da tecnologia de *consultoria legal online* pode dar-se em ambiente legal fechado ou aberto. O comércio eletrônico, que cada vez mais substitui o físico, tem interesse em evitar e solucionar disputas dentro de sua própria plataforma.²⁰⁷² Apesar de citarmos o eBay a todo tempo, Amazon, Paypal, Visa, Alibaba e outras companhias possuem sistemas semelhantes.²⁰⁷³

Nada impede, todavia, que a mesma tecnologia seja aplicada pelo próprio Poder Judiciário, para evitar ou conter conflitos com plataformas semelhantes à do CRT. Assim, quando o indivíduo busca *a Corte*, sendo ela online, o aconselhamento, a contenção e a resolução de disputas estão integrados, escancarando o acesso à justiça para a maior parte da população.

Eis um ponto fundamental. Quando existirem mais cortes como o CRT, o problema de acesso à justiça diminuirá muito. Como prevenção, contenção e solução de disputas passam a ser providas pela Internet, com pouca participação humana, supera-se o problema do *esgotamento do bem comum*, evitando-se o cenário de tragédia.

Explicamos: a Internet não pode ser qualificada economicamente como *bem comum*. Como sabemos, bens comuns diminuem em quantidade de acordo com o uso. A Internet não. O tráfego, hoje, é praticamente livre e as vias não ficam *congestionadas* porque há muitos usuários. Muito pelo contrário. Como o subproduto da sua utilização são os dados (*big data*), e como esses dados alimentam algoritmos inteligentes que aprendem por *reinforced learning*, o uso constante do sistema, ao invés de esgotá-lo, aumenta sua eficiência.²⁰⁷⁴

Obviamente, levará algum tempo para que sistemas possam resolver causas mais complexas. No entanto, pensamos que as contribuições da tecnologia para a prevenção e

I spent a week living with chatbots—did all that self-help help? in Wire Magazine, January, 2018. Disponível em: <https://www.wired.com/story/my-week-with-chatbots/>

²⁰⁷¹ Recentemente, o cineasta Spike Jonze proporcionou uma reflexão lúdica e crítica a respeito do papel dos assistentes virtuais com o filme HER.

²⁰⁷² Rule, Colin, op. cit. **Location** 1102.

²⁰⁷³ BARTON, Benjamin H.; BIBAS, Stephanos, Op. cit. p. 153

²⁰⁷⁴ A internet, o blockchain e toda a informação aí contida é *non-rival*, ou seja, não diminui com o uso. Nesse sentido, BRYNJOLFSSON, Erik e McAFEE, Andrewm op. cit. 63.

resolução de conflitos já são capazes de proporcionar uma ampliação sem precedentes ao acesso à justiça no curto prazo, em nosso país.

11.3.2 Garantia da aplicação da lei

Tratemos agora do segundo caminho de prevenção de conflitos: o *embedded legal knowledge*, aliado à tecnologia dos *smart contracts*.

A ideia de *embedded legal knowledge* consiste em que os produtos sejam desenhados de forma a *evitar o descumprimento da lei*. O exemplo de Susskind é o do automóvel que detecta se o condutor ingeriu bebida alcoólica, travando a ignição e evitando não só a infração às normas de trânsito, mas principalmente a ocorrência de danos contra terceiro.²⁰⁷⁵ Evita-se o ilícito, o dano e o conflito, preservando-se o indivíduo, o sistema de Justiça e toda a sociedade.

Nesse ponto, há uma tecnologia cada vez mais presente que tem potencial para transformar o exemplo hipotético de Susskind em realidade. Trata-se da *Internet das coisas* (*Internet of things – IOT*), um conceito simples e revolucionário.

A premissa da IOT é que os equipamentos e ferramentas que usamos no dia a dia estejam permanentemente conectados à Internet.²⁰⁷⁶ A ideia não é nova, visto que contemporânea ao próprio surgimento da rede de computadores. Todavia, quando acoplada à possibilidade de armazenamento em nuvem de dados enviados por esses equipamentos, com utilização de inteligência artificial para identificação de padrões de comportamento e aprendizado, há uma explosão de possibilidades.²⁰⁷⁷

Para que se tenha uma ideia desse potencial, basta refletirmos no que se transformou o aparelho telefônico quando, conectado à Internet, transmudou-se em *smartphone*. A Internet das coisas promete converter todos os nossos utensílios em *smart things*, redefinindo desde a forma como nos relacionamos com os objetos até a maneira pela qual os serviços públicos são prestados ou pela qual nós cuidamos da nossa saúde.²⁰⁷⁸

Nosso veículo pode não sair da garagem se não pagarmos o IPVA e a porta de casa pode não se abrir se não pagarmos o aluguel. Como em toda revolução, haverá pontos positivos e negativos e as consequências parecem um tanto assustadoras. A previsão, no entanto, é que essa

²⁰⁷⁵ Ibidem, p. 51

²⁰⁷⁶ GREENGARD, Samuel. *The internet of things: the MIT Press essential knowledge series*. The MIT Press, Cambridge and London, 2015, Kindle Ed. Introduction.

²⁰⁷⁷ Ibidem, **Location** 1155.

²⁰⁷⁸ Ibidem.

revolução aconteça nos próximos dez anos.²⁰⁷⁹ Desde já, parece razoável que consideremos as possibilidades da utilização de *embedded legal knowledge* para evitar a eclosão de conflitos. O advento do *blockchain* e dos *smart contracts* potencializam essas possibilidades.

Smart contracts ou *contratos inteligentes* nada mais são do que um meio alternativo para formalizar relações jurídicas. Ao invés de redigir as regras de um acordo bilateral de vontades em um pedaço de papel assinado pelos contratantes, transforma-se esse acordo em *código computacional gravado na tecnologia do blockchain*.²⁰⁸⁰ As vantagens são muitas, mas, para o que aqui nos interessa, importam (i) a quase impossibilidade de fraudes, em razão da estrutura descentralizada do *blockchain*;²⁰⁸¹ (ii) a capacidade de autoexecução do algoritmo e, por consequência, do contrato.

Em tese, qualquer tipo de regra pode ser programada para ser autoexecutada no *blockchain*, dadas determinadas circunstâncias. Trata-se de algo parecido com o que ocorre com débitos automáticos em nossa conta bancária: uma vez programados eles são executados, desde que presentes duas condições automaticamente verificáveis: que haja fundos e que se implemente o termo (a data em que a obrigação é devida).²⁰⁸² Aliada à Internet das coisas, os *smart contracts* podem ampliar os efeitos de *embedded legal knowledge* em dimensões difíceis de imaginar.

O tema merece um estudo específico, inclusive no campo do direito civil e empresarial. Todavia, para o que nos interessa, imaginemos um sujeito que comprou um veículo, uma geladeira, um liquidificador e não pagou a parcela do financiamento na data devida. Programado no *blockchain* para verificar determinada condição (pagamento na data específica), o algoritmo executa automaticamente uma ordem para desabilitar o bem, impedindo seu funcionamento até que a condição seja implementada.²⁰⁸³

Em outras palavras, os *smart contracts* performam o papel de um *terceiro imparcial confiável* que verifica a ocorrência das condições de cumprimento do contrato, implementando-o juntamente com eventuais sanções previamente programadas, quando for o caso.²⁰⁸⁴ Com isso, evita-se o recurso ao Poder Judiciário para a obtenção da tutela executiva (ainda que,

²⁰⁷⁹ Ibidem, Location 93.

²⁰⁸⁰ Sobre o tema: FINCH, Victor. *Smart contracts: the essential quick & easy blueprint to understand smart contracts and be ahead of competition. Get your smart edge now!*. Auva Press, 2017, Kindle Ed.

²⁰⁸¹ O conceito de *blockchain* já foi estudado quando tratamos dos precedentes.

²⁰⁸² Ibidem, p. 2 e 3.

²⁰⁸³ Ibidem, p. 29 e sgts.

²⁰⁸⁴ Ibidem, p. 8.

obviamente, outros conflitos possam surgir,²⁰⁸⁵ inclusive os clássicos, como aqueles envolvendo os vícios de vontade ou a cláusula *rebus sic stantibus*).²⁰⁸⁶

As aplicações mais óbvias para os *smart contracts* parecem estar ligadas à área financeira, nas operações bancárias e também nas realizadas fora do sistema bancário, incluídas aí negociações de valores mobiliários²⁰⁸⁷ e de *criptomoedas*.

Outro cenário bastante provável é a sua aplicação para dinamizar *redes de suplementos e cadeias de produção*. Imagine-se um supermercado com prateleiras sensíveis que identificam a quantidade de unidades de um determinado produto.²⁰⁸⁸ A partir de um determinado momento, antes que o produto acabe e a partir de um padrão de consumo já aprendido pelo algoritmo, emite-se uma ordem de compra ao fornecedor, que imediatamente envia a mercadoria mediante pagamento em *criptomoedas*. Tudo registrado e operado automaticamente a partir de regras contratuais codificadas no *blockchain*.²⁰⁸⁹

Os *smart contracts* podem, em tese, ser utilizados também para formalizar relações jurídicas clássicas, como as de locação. Imagine-se um contrato de locação com pagamento em *criptomoedas* e uma fechadura eletrônica com tecnologia IOT. Em caso de inadimplemento do locatário, a fechadura simplesmente trava e só pode ser aberta pela parte de dentro ou pelo locador. Nesse caso, o algoritmo inscrito no *blockchain* operou algo parecido com a execução de um despejo.

Podemos afirmar que muitos brasileiros que vivem nas grandes cidades já assinaram ao menos um *smart contract*: o que instrumentaliza a utilização do serviço de transportes Uber.²⁰⁹⁰ O sistema Uber é um *smart contract* que se *firma* no momento em que o passageiro *aceita* o motorista sugerido para transportá-lo pelo percurso desejado. Quando todas as condições previamente programadas estão satisfeitas (desembarque do passageiro no destino correto), o pagamento ocorre automaticamente. Como o Uber *ainda* não utiliza *criptomoedas*, há sempre uma instituição financeira envolvida na transação financeira (empresa de cartão de crédito). No

²⁰⁸⁵ Recentemente, aliás, o TJ-SP decidiu um agravo de instrumento no qual buscava-se a possibilidade de penhora online de *criptomoedas*, uma tecnologia típica do *blockchain*. A questão de fundo, todavia, não foi diretamente acatada, apesar de a turma afirmar que, em tese, a penhora era possível. Agravo de Instrumento n. 2202157-35.2017.8.26.000, Rel. Des. Milton Carvalho. Data da decisão, 21 de novembro de 2017.

²⁰⁸⁶ Como afirma FINCH, *smart contracts* não são apenas um substituto dos contratos tradicionais. São uma mistura entre eles e a tecnologia do *blockchain*. *Ibidem*, p. 9.

²⁰⁸⁷ *Ibidem*, p. 20

²⁰⁸⁸ Algo que já existe. Veja-se, por exemplo, a *AmazonGo*, loja física da Amazon: <https://oglobo.globo.com/sociedade/tecnologia/amazon-cria-primeira-loja-fisica-nos-eua-sem-filas-para-pagar-20592510>.

²⁰⁸⁹ *Ibidem*, p. 21.

²⁰⁹⁰ *Ibidem*, p. 25

futuro, ocorrendo tudo dentro do *blockchain*, os custos financeiros devem reduzir-se significativamente.

Como dissemos antes: o tema é altamente complexo, seu desenvolvimento ainda está no início e as consequências teóricas e práticas para o direito serão muitas. Nosso objetivo aqui é simplesmente apresentar a tecnologia e mostrar suas potencialidades para promoção do comportamento cooperativo (aqui claramente ligado à ideia de *credible threat* para cumprimento da obrigação) e da diminuição do cenário de *tragédia da Justiça* (pela prevenção de conflitos).

11.4 A inteligência artificial e o futuro do processo civil: precedentes, litigância de boa-fé e decisão por algoritmos

Boa parte dos sistemas e aplicações aqui estudados incluem em alguma medida a inteligência artificial. Todavia, vimos no início deste capítulo que *inteligência artificial* é uma expressão antiga que abarca desde tecnologias simples até *sistemas neurais convolucionais* extremamente complexos de *deep learning*. Nesta seção, apresentaremos uma visão panorâmica das aplicações de inteligência artificial no processo civil em vários níveis de complexidade, principalmente para dar conta de problemas cooperativos relativos ao respeito aos precedentes, à litigância proba e às decisões judiciais.

Susskind divide o *impacto* da *inteligência artificial* no direito em *três ondas*, cujo conteúdo inclui um *gradiente de complexidade* que vai da chamada *weak AI* (inteligência artificial *fraca*) para a *strong AI* (inteligência artificial *forte*).²⁰⁹¹

São exemplos de aplicação de *weak AI*: análise documental, previsão de riscos e resultados de processos, consultoria legal e automação da elaboração de documentos.

O primeiro impacto significativo da IA no direito deu-se ainda em 1988 com o lançamento do Latent Damage System, um sistema de aconselhamento legal para campos normativos bem específicos. Ele funcionava através de um processo chamado *knowledge elicitation*, uma espécie de *transferência manual* de conhecimento legal de *experts* em determinada área para a máquina. Esse *conhecimento* era então *codificado* e *estruturado* em *árvores decisórias* capazes de performar pesquisas e oferecer respostas, reduzindo a minutos pesquisas que levariam horas.²⁰⁹²

²⁰⁹¹ Ibidem, p. 184-185.

²⁰⁹² Ibidem, p. 185

Esses primeiros sistemas eram caros, e acabaram sendo pouco divulgados. Todavia, tecnologia semelhante é usada hoje no já referido TurboTax, com enorme sucesso.

Ocorre que, no compasso da *lei de Moore*, vivemos agora uma *segunda onda* da IA no direito. Nesta nova fase, rejeita-se a ideia de que as máquinas devam *copiar o conhecimento dos melhores juristas* para abordagem de problemas legais. Funcionam aqui três tipos diferentes de sistemas.

O primeiro tipo de sistema dessa segunda onda é aquele que analisa conjuntos imensos de informações (*big data*) através de *machine learning*. Essa quantidade incomensurável de informação é uma realidade recente, decorrente da digitalização e da disponibilização de bases documentais abertas ou fechadas na Internet (por exemplo, acórdãos dos tribunais, graças ao processo eletrônico).

É nesse contexto que surgem *sistemas preditivos de resultado* como, por exemplo, o Lex Machina,²⁰⁹³ capaz de antecipar a possibilidade de sucesso de um processo de disputa de titularidade de patente nos EUA com precisão maior que a alcançada por advogados experts no tema.²⁰⁹⁴

Note-se a importância cooperativa de sistemas como o Lex Machina²⁰⁹⁵: se o advogado e o cliente sabem as reais possibilidades de vitória em uma futura demanda judicial, daí decorrem duas consequências importantes: (i) diminui-se muito o viés de otimismo na avaliação do resultado, evitando a propositura do que chamamos de *demandas frívolas*; (ii) aumentam-se as possibilidades de acordo, antes ou durante o processo, porque o *valor de reserva* torna-se passível de cálculo preciso. Caso os custos do processo não sejam ínfimos, ambos os efeitos podem ser potencializados. Trata-se, claramente, de duas posturas cooperativas que contribuem diretamente para evitar o cenário de *tragédia da Justiça*.

No Brasil, essa técnica de *análise estatística do comportamento de cortes e juízes* tem sido traduzida pelo termo *jurimetria*.²⁰⁹⁶ O sucesso da *jurimetria* depende da qualidade e da

²⁰⁹³ Ibidem.

²⁰⁹⁴ Já em Novembro de 2015, quando o sistema foi adquirido pela gigante de tecnologia LexisNexis, lê-se do *press release* a respeito que: “*Lex Machina, based in Silicon Valley, delivers a Software as a Service platform that helps lawyers predict the behaviors and outcomes of different legal strategies by mining, tagging, categorizing and enhancing millions of Federal court dockets and documents. The technology allows lawyers to make strategic, data-driven decisions and develop winning litigation strategies using competitive intelligence on opposing parties and counsel, track records and key decisions by presiding judges, as well as reveal trends by case outcomes.*” Disponível em: <https://lexmachina.com/media/press/lexisnexis-acquires-lex-machina/>

²⁰⁹⁵ <https://lexmachina.com>

²⁰⁹⁶ De acordo com Marcelo Guedes Nunes, *jurimetria é a disciplina do conhecimento que utiliza metodologia estatística para investigar o funcionamento de uma ordem jurídica*. NUNES, Marcelo Guedes, **Jurimetria. Como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 115

quantidade dos dados disponibilizados pelos tribunais nos seus *sites* oficiais.²⁰⁹⁷ Todavia, sistemas como o Jusbrasil *vêm* minerando e tratando esses dados de forma cada vez mais efetiva. Em breve, teremos por aqui sistemas tão eficientes quanto o Lex Machina.²⁰⁹⁸

Técnicas semelhantes podem ser utilizadas para identificação de padrões de comportamento de partes e juízes ao longo de processos semelhantes. Como adiantamos no capítulo 7, esses sistemas podem ser utilizados para identificar posturas não cooperativas de magistrados e litigância improba das partes, principalmente entre os chamados litigantes de massa, aí incluído o poder público.

Explicamos. O *mini big data jurídico* das cortes passa a ser analisado por sistemas de *machine learning*.²⁰⁹⁹ Com o tempo, o comportamento das partes é dividido em dois padrões: *litigância de boa-fé* e *litigância de má-fé*. As hipóteses de litigância ímproba passam a ser catalogadas e refinadas. Além disso, o comportamento do mesmo ente em processos semelhantes pode ser *cruzado*. Aparentes *desvios* dos padrões éticos de comportamento são *apontados* pelo sistema, cabendo ao juiz a avaliação final. Pensamos que essa técnica possa ser útil, por exemplo, para a identificação de *comportamento contraditório da parte entre processos distintos*, hipótese que defendemos como de *violação aos deveres de boa-fé* (postura não cooperativa).

Técnicas semelhantes podem ser utilizadas pelas partes para monitorar o comportamento dos magistrados (*accountability*). Quando tratamos do comportamento cooperativo de juízes, observamos a ausência de incentivos cooperativos, identificados pela inexistência de consequências negativas para posturas não cooperativas.

Ao saber da existência desses sistemas, que inclusive podem ser implantados pelos tribunais, o *credible threat* estará presente para o magistrado em ao menos duas frentes: na reputacional, uma vez que sua postura contraditória ou violadora da norma da corte ficará exposta para advogados, colegas, membros da corte superior e sociedade de forma geral,²¹⁰⁰ na de planejamento de carreira, pois será muito fácil para o tribunal identificar comportamento

²⁰⁹⁷ O sucesso do *Lex Machina* nos casos envolvendo patentes, por exemplo, é o resultado da análise automatizada de mais de 100mil casos anteriores. Susskind, op. cit. p. 186.

²⁰⁹⁸ Já existem, na verdade, alguns prestadores de serviços nessa área, como o *Intelivix* e o *Jurimetric*, disponíveis respectivamente em: <http://intelivix.com> e <http://www.jurimetric.com.br>

²⁰⁹⁹ A respeito das atuais dificuldades de tratamento dos dados em processo eletrônico das cortes brasileiras: VALENTINI, Rômulo Soares. *Julgamento por computadores? As novas possibilidades da juscibernética no século xxi e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial a obtenção do título de doutor em Direito do Trabalho, Belo Horizonte, Dezembro de 2017, p. 117 e 118.

²¹⁰⁰ Como vimos, a *reputação é uma das principais forças cooperativas sociais*.

inadequados que podem gerar penalidades administrativas ao juiz, na forma por nós sugerida na seção 7.4 deste trabalho.²¹⁰¹

Nessa linha de *mapeamento* da conduta de juízes ao longo de sua judicatura, bem como *de pesquisa* de precedentes e tendências das cortes, existem sistemas bastante modernos de *machine learning* capazes de operar verdadeira revolução. Um deles é o Ravel Law.²¹⁰²

Desenvolvido por ex-alunos de Stanford e com apoio da Harvard Law School Library, o sistema é capaz, por exemplo, de mapear o posicionamento de um específico juiz em relação a uma questão predominantemente de direito, adentrando detalhes como *quais as leis e os precedentes que o juiz mais cita sobre aquela questão*, e até mesmo que tipo de abordagem do tema costuma ter mais sucesso no histórico decisório daquele magistrado.²¹⁰³

Assim, por exemplo, se o magistrado *x* decide sistematicamente que o ISS deve ser excluído da base de cálculo do PIS/COFINS e em um específico caso ele determina a inclusão do tributo no cálculo, voltando à posição original nos casos posteriores, o sistema *Ravellaw* identificará: (i) que o juiz vem sistematicamente decidindo pela exclusão do tributo; (ii) que, na linha do tempo dessas decisões há um caso decidido de forma diferente; (iii) as razões e argumentação jurídica utilizadas nessa mudança de entendimento (iii) que, após esse caso, o juiz retomou o entendimento antigo.²¹⁰⁴

A forma *mapeada* como *Ravellaw* pesquisa precedentes aponta para a *segunda* abordagem da segunda fase da utilização de IA no direito: uma nova forma de estruturação de argumentação jurídica em petições e sentenças.

Por exemplo, suponhamos que um advogado planeje (em uma ação na primeira instância, utilizando *distinguishing*) *desafiar* o precedente *Citizens United*, de 2010, no qual a Suprema Corte permitiu que empresas financiassem campanhas políticas de forma independente. Para tanto, o causídico vale-se do *Ravellaw*, pesquisando o termo *campaign finance*. Introduzido o filtro, o profissional visualiza um *mapa* de casos iniciados em nível distrital, passando por casos decididos nas cortes de apelação, até chegar às decisões da Suprema Corte que foram levadas em conta na decisão de *Citizens United*, em 2010.²¹⁰⁵ Cada

²¹⁰¹ Resgatamos aqui a importância de medição das taxas de reversão e anulação de sentenças de juízes que desrespeitam precedentes obrigatórios como critérios para concessão de benefícios e promoções, tudo dentro da chamada *função de utilidade do juiz*, criada por Posner. Obviamente, *desrespeito* ao precedente diferencia-se de *afastamento motivado* realizado pela técnica do *distinguishing*, desde que elaborada de forma sincera e correta.

²¹⁰² *Ravel law quick start guide*, in www.ravellaw.com.br

²¹⁰³ www.ravellaw.com.br. aba *Ravel Judge Analytics*.

²¹⁰⁴ ASHLEY, Kevin D. *Artificial intelligence and legal analytics: new tools for law practice in the digital era*. Cambridge University Press, 2017, New York, Kindle edition. P. 353-354.

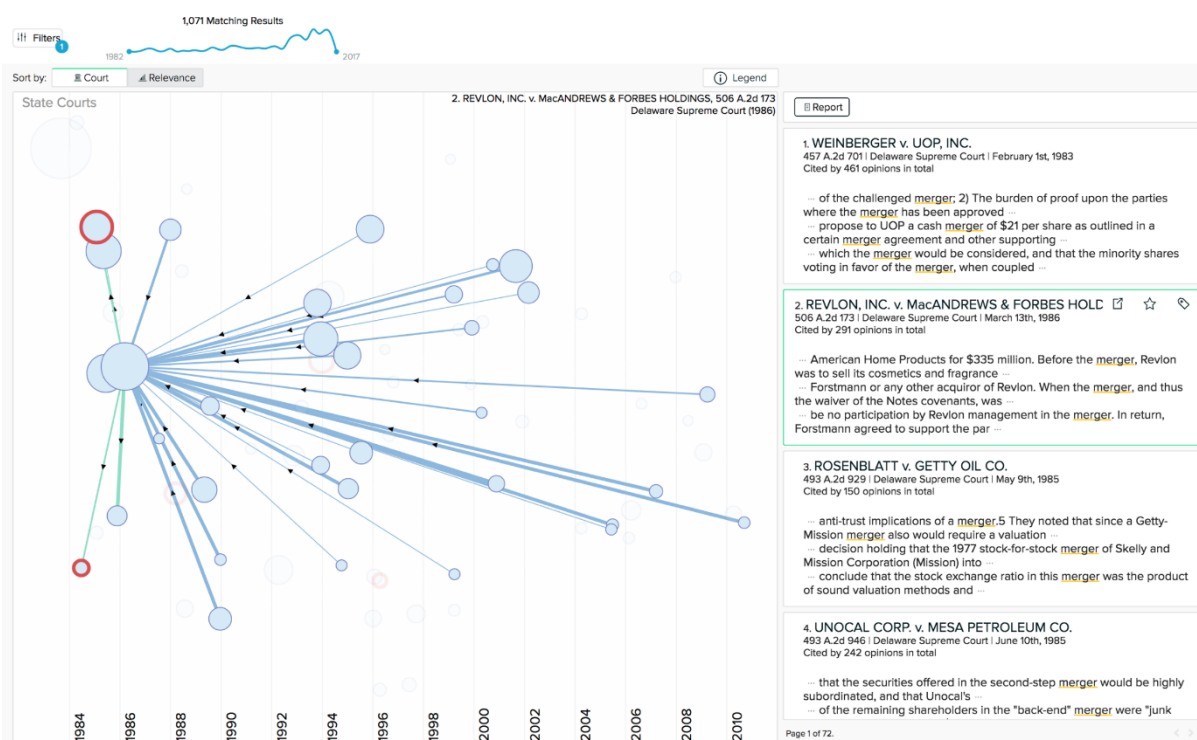
²¹⁰⁵ ECKHOLM, Erik. *Harvard Law Library readies trove of decisions for the digital age*. In, New York Times, 28 de outubro de 2015. <https://www.nytimes.com/2015/10/29/us/harvard-law-library-sacrifices-a-trove-for-the-sake-of-a-free-database.html>

um desses casos é apresentado em uma lista com *transcrições* de parte da fundamentação utilizada.

O mapa desse *caminho de formação do precedente* é apresentado em círculos de diversos tamanhos, dimensionados a partir do número de vezes que aquele caso foi citado em outros processos. As linhas que ligam um caso ao outro mostram *onde eles foram citados* e a *grossura da linha indica o nível de profundidade e importância* de cada citação naquele caso.

A figura abaixo, retirada do site oficial da companhia,²¹⁰⁶ representa o *mapa de precedentes* que gerou o caso *Revlon, Inc v. MacAndrews & Forbes Holdings*, na Suprema Corte de Delaware, em 1986, bem como onde esse precedente foi citado após sua constituição²¹⁰⁷:

Figura 75 - Mapa de precedentes a partir da pesquisa de um determinado tema²¹⁰⁸



Softwares como esse serão fundamentais para que tenhamos um sistema de precedentes mais estável e respeitado. Especificamente no que se refere aos *incentivos dos magistrados* para

²¹⁰⁶ <http://ravellaw.com/products/#eluid7fcb4be2>

²¹⁰⁷ O precedente envolve um caso de *oferta hostil* para aquisição da Revlon pela Fosterman. A ação fora ajuizada por Mac Andrews & Forbes, *holding* que havia feito a oferta inicial e que, agora, buscava anular a compra pela Fosterman, com o fundamento de que a transação não havia sido feita no interesse dos acionistas. <https://www.casebriefs.com/blog/law/corporations/corporations-keyed-to-klein/mergers-acquisitions-and-takeovers/revlon-inc-v-macandrews-forbes-holdings-inc/>

²¹⁰⁸ <http://ravellaw.com/products/#eluid7fcb4be2>

o respeito aos precedentes, analisamos na seção 7.4 a *função de utilidade de Posner* para concluir que o alto grau de desrespeito decorre da prevalência de incentivos nesse sentido.

Uma das dificuldades, como vimos, era o *custo de transação de buscar o precedente e identificar o legal reasoning*. Esse custo cai a praticamente zero com sistemas de *machine learning* como o Ravellaw.

Outra postura cooperativa esperada dos juízes é a correta motivação de suas decisões. Sem entrar no mérito de qual deve ser a extensão dada ao art. 489, § 1º, IV, do CPC/2015, parece-nos que os custos de transação da motivação judicial ficam reduzidos com sistemas como o Ravellaw, que, aliás, em breve incluirá nos mapas toda a legislação estatutária americana a respeito do tema pesquisado.²¹⁰⁹

Essa segunda abordagem da segunda fase da aplicação da inteligência artificial no direito inclui a solução automatizada de questões jurídicas (*legal question answering*) de forma *aparentemente inteligente*. Utilizaremos o caso do IMB Watson para explicar brevemente essa abordagem, identificar seu atual estágio e prever as possibilidades futuras.²¹¹⁰

As arquiteturas e potencialidades do IBM Watson assemelham-se àquelas do AlphaGo, por nós já estudadas. A história do sistema é também semelhante. Assim como o AlphaGo tornou-se mundialmente famoso por derrotar um campeão em um jogo de tabuleiro extremamente complexo (o *go*), o IBM Watson derrotou os melhores jogadores de Jeopardy, um jogo televisionado de perguntas e respostas bastante popular.

A reputação do Watson vem da sua capacidade de *entender e responder perguntas em língua natural*, (QA, ou *question answering*) bem como de buscar no *big data* as informações para as perguntas que lhe são endereçadas (IE, ou *information extraction*). Com enorme avanço na área de diagnósticos médicos, pergunta-se se o Watson e tecnologias semelhantes seriam capazes de construir sozinhas complexas argumentações jurídicas (*legal reasoning*).

Menos famoso, mas não menos importante, é o Debater, também da IBM. Lançado na primavera de 2014, o Debater é um descendente do Watson capaz de performar o que se chama de *argument mining* (AM), a partir de textos que lhe sejam oferecidos. Basicamente, sua tarefa é encontrar *afirmações relevantes* e prever quais os melhores argumentos pró e contra essas afirmações.

Ambas as tecnologias são o resultado de trabalhos de pesquisa e desenvolvimento que a IBM empreendeu a partir de plataformas abertas, de forma que há outras empresas estudando derivações dessas mesmas fontes.

²¹⁰⁹ ASHLEY, Kevin D, op. cit. p. 354

²¹¹⁰ SUSSKIND, op. cit. p. 186

Dadas as potencialidades desses dois sistemas, especula-se se eles não poderiam ser imediatamente fundidos para, sozinhos, redigirem petições iniciais, recursos, contestações, sentenças, votos e acórdãos. Para responder a essa pergunta, é necessário dividi-la em duas partes, da seguinte forma: (i) esses sistemas são capazes de responder a perguntas jurídicas? (ii) eles são capazes de construir argumentos jurídicos? Para a primeira parte da pergunta, a resposta é certamente positiva. Para a segunda parte ela é, até o momento, negativa.²¹¹¹

Da mesma forma com o venceu o Jeopardy ou como empreende determinados diagnósticos médicos com extrema precisão, o Watson certamente pode buscar respostas corretas para perguntas jurídicas. Aliás, sistemas bem menos complexos já fazem isso e, como vimos, são mesmo capazes de prever as chances de vitória em determinados tipos de processo. Assim, é provável que o Watson tire nota máxima na prova de múltipla escolha do *Bar exam*,²¹¹² (ou, quem sabe, mesmo no nosso *exame de ordem*).

Mas é pouco provável que o sistema desempenhe em alto nível na parte *dissertativa do exame*. Para entender o porquê, é preciso diferenciar as atividades de *question answering* (oferecer respostas a questões legais) e *legal reasoning* (construção de argumentos jurídicos).²¹¹³

Um exemplo real pode ajudar a entender a diferença entre essas atividades, bem como as dificuldades que ainda não podem ser vencidas pela tecnologia.

Certa feita, o Debater foi testado para responder à seguinte pergunta: *jogos eletrônicos violentos devem ter suas vendas proibidas para menores de dezoito anos?*

A partir desse questionamento, o sistema *explorou o big data* da seguinte forma: (i) escaneou 4 milhões de artigos da Wikipédia; (ii) selecionou os 10 artigos mais relevantes; (iii) escaneou 3 mil frases nesses 10 artigos; (iv) selecionou, desses grupo, quais frases conteriam *afirmações relevantes (candidate relevant claims)*; (v) identificou os limites dessas afirmações possivelmente relevantes; (vi) estimou polaridades pró e contra essas afirmações; (vii) construiu um *discurso teste* a partir de um ranqueamento dessas afirmações, utilizando apenas os argumentos com maior probabilidade de estarem corretos.

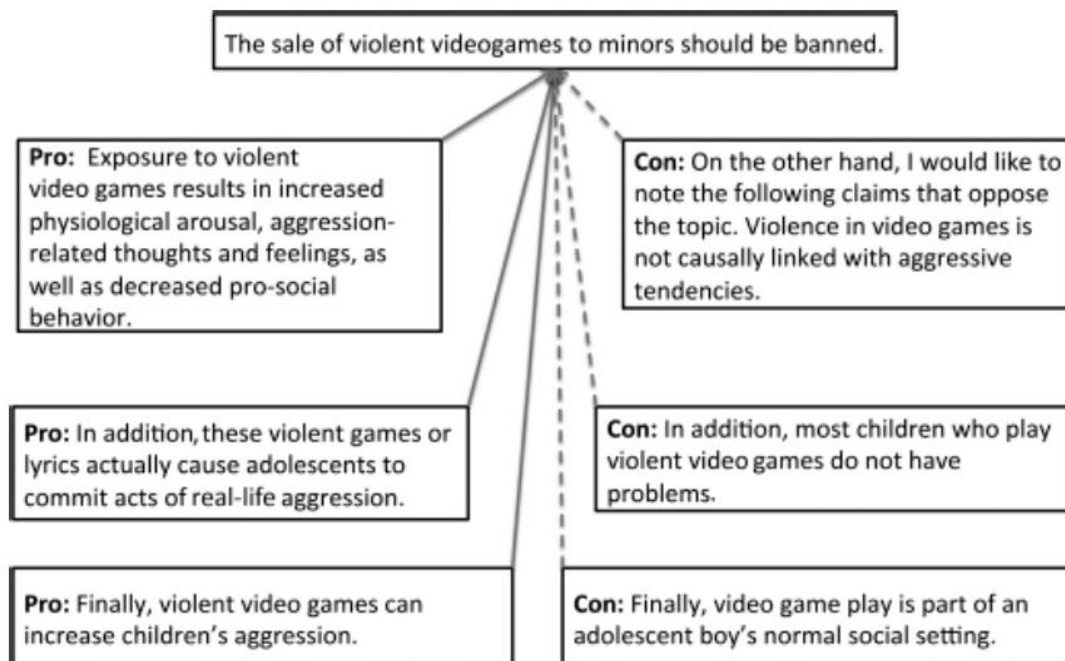
²¹¹¹ Em sentido contrário, inclusive contestando a necessidade de utilização de inteligência artificial forte para tanto, Afirma Rômulo Soares Valentini: “O atual estado da arte da evolução tecnológica já permite o desenvolvimento de um sistema computacional programado para elaborar, sem intervenção humana, uma minuta de sentença judicial válida e adequadamente fundamentada conforme os parâmetros estabelecidos no art. 489 do Código de Processo Civil Brasileiro a partir de um determinado caso concreto, não sendo necessário o desenvolvimento de uma Inteligência Artificial forte para a realização desta tarefa, bastando à utilização de técnicas informáticas e de gestão de conhecimento já existentes e acessíveis.” Op. cit. p. 137. Todavia, para nós não fica claro se o autor afirma com isso ser possível a realização de *argumentação jurídica* por esses sistemas.

²¹¹² ASHLEY, Kevin D, op. cit. p. 16.

²¹¹³ Ibidem, p. 17.

O discurso produzido pelo Debater²¹¹⁴ pode ser estruturado da seguinte forma:

Figura 76 - Estrutura da argumentação do Debater²¹¹⁵



Comparemos agora esse desempenho com um caso real muito semelhante. Trata-se de uma decisão sobre a constitucionalidade de uma norma do *Código Civil* da Califórnia (uma lei escrita), que, nas seções 1746-1746.5, proibia a venda de *vídeo games violentos* para menores de idade. A Corte, no caso *Dealers Assoc. v. Schwarzenegger*, 556, F. 3d 950 (9th. Circ. 2009), decidiu se a proibição violaria a primeira e a décima quarta emendas da Constituição Norte Americana (*restriction of free speech*). No fim, a Corte julgou a norma inconstitucional porque o estado da Califórnia não demonstrou com argumentos convincentes a necessidade da proibição.²¹¹⁶

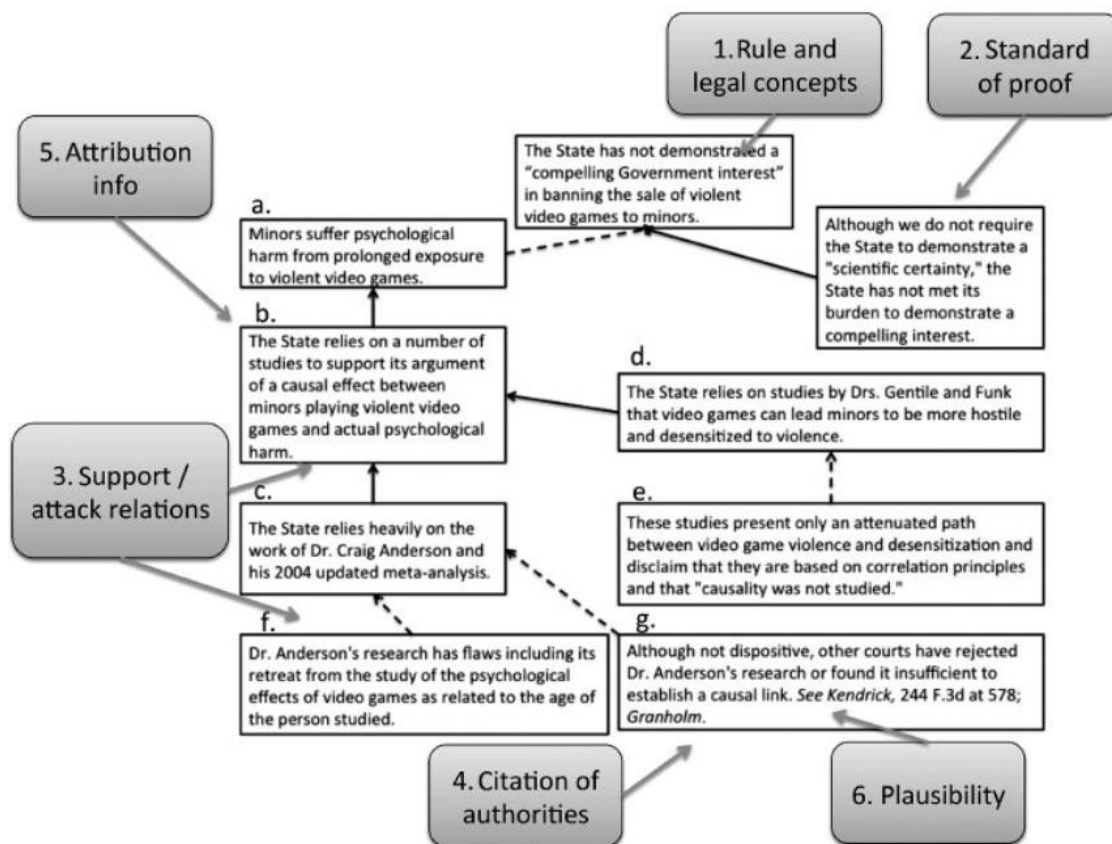
Os argumentos elencados no acórdão podem ser reestruturados da seguinte forma:

²¹¹⁴ O discurso pode ser assistido em DVORSKY, George, IBM's Watson **Can Now Debate Its Opponents**, 2014. Disponível em <https://io9.gizmodo.com/ibms-watson-can-now-debate-its-opponents-1571837847>.

²¹¹⁵ ASHLEY, Kevin D, op. cit. p 25.

²¹¹⁶ Ibidem, p. 26.

Figura 77 - Estrutura da argumentação da Suprema Corte da Califórnia²¹¹⁷



Comparando os dois diagramas, percebe-se que eles referem basicamente os mesmos argumentos, com proposições parecidas. Todavia, os *balões escuros* do último diagrama apontam alguns fundamentos da decisão da Corte, em particular: (1) normas e conceitos legais que fundamentam a decisão; (2) *standards* probatórios que não foram vencidos pelo estado da Califórnia (ônus da prova); (3) argumentação estruturada em fundamentos favoráveis e contrários à proibição legal; (4) citação expressa de jurisprudência a respeito do tema; (5) atribuição de crenças ou desejos às partes (exemplo: “*The State relies on a number of studies*”); (6) atribuição de *níveis de plausibilidade diferentes* entre os argumentos utilizados pelas partes.

Percebe-se assim a diferença de estrutura e complexidade dos dois textos.

Todavia, duas observações são fundamentais: (i) o teste do Debater não tinha por finalidade a produção de um acórdão judicial; (ii) o texto foi feito em 2014 e, de lá para cá, houve evolução nos modelos de *computational automatic legal reasoning* (CMLR).

²¹¹⁷ Ibidem, p. 25.

De toda forma, essas plataformas terão de resolver problemas específicos, como identificar conceitos, avaliar a *força* de determinada prova, subsumir fatos à lei e à jurisprudência e diferenciar a força dos diversos argumentos. Parte dessas tarefas já são cumpridas por determinadas plataformas (como a Ravellaw, por exemplo) e decisões e petições de casos simples e repetitivos já podem ser elaboradas com o uso da tecnologia atual.

Um exemplo é o Ross Intelligence, um sistema de *legal question answering* baseado no IBM Watson, criado em 2015.²¹¹⁸

O Ross é capaz de responder a perguntas jurídicas, utilizando jurisprudência, extratos de parte de julgados e legislação como fundamentação. Por exemplo, quando perguntado *se um empregado que não atingiu as metas de venda predeterminadas pode ser demitido sem prévia notificação*, o Ross respondeu citando o caso *Regina v. Arthurs*, de 1967, juntando partes relevantes da *opinion* da Corte. O próprio sistema conferiu à sua resposta 94% de *assertividade* e ainda trouxe um resumo da decisão do precedente.²¹¹⁹

A grande dificuldade do *Ross* é o fato de que uma mesma pergunta pode ser feita de várias formas diferentes. Seu desafio é relacionar a pergunta da forma como foi feita a alguma outra pergunta para a qual ele saiba a resposta.²¹²⁰ Como todo sistema de IA com *reinforced learning*, o *Ross* precisa ser utilizado para ser aperfeiçoado com *feedback* dos usuários.

Um exemplo brasileiro é útil para demonstrar o exato estágio da inteligência artificial na elaboração de peças processuais. Trata-se do Dra. Luzia, um sistema desenvolvido pela Legal Labs, inicialmente para auxiliar *procuradorias* nas tarefas processuais ligadas ao ajuizamento e processamento de execuções fiscais.²¹²¹ Utilizando praticamente as mesmas técnicas até aqui estudadas, o Dra. Luzia extrai dados públicos que apoiam o peticionamento individual ou em bloco, além de performar outras funções ligadas à gestão de processos.

Da parte do Poder Judiciário, já há experiências concretas de decisões judiciais proferidas com *apoio* em algoritmos.

Com efeito, recentemente, a Suprema Corte de Wisconsin decidiu pela possibilidade de que decisões judiciais de pedidos de *liberdade condicional* sejam tomadas a partir da análise de algoritmos que verificam a possibilidade de reincidência do preso.²¹²² O tema é polêmico e vem

²¹¹⁸ Ibidem, p. 351

²¹¹⁹ Ibidem, p. 352.

²¹²⁰ DANA, Remus e FRANK, Levi. *Can robots be lawyers? Computers, lawyers, and the practice of law*, 2015, p. 22. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092

²¹²¹ <http://draluzia.com>

²¹²² Harvard Law Review: **Wisconsin Supreme Court Requires Warning Before Use of Algorithmic Risk Assessments in Sentencing**, in Harvard Law Review, n. 130, v 5 - 3 de março de 2017. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2017/03/state-v-loomis/>. Acesso em 12 de Setembro de 2017

despertando críticas a respeito da *controlabilidade* desse tipo de decisão.²¹²³ O principal problema do caso concreto foi o fato de a empresa criadora do sistema não disponibilizar os códigos do algoritmo, alegando segredo industrial, o que impede o réu de conhecer os critérios utilizados para classificá-lo como *potencialmente reincidente*, dificultado sua defesa.

Mesmo que os códigos fossem conhecidos, estudos dos processos decisórios por algoritmos indicam a possibilidade de as redes neurais desenvolverem vieses e preconceitos²¹²⁴ captados dos dados dos quais se alimentam (*reinforced learning*).²¹²⁵

Quando estudamos os mecanismos de funcionamento das redes neurais, vimos que os *inputs* atravessam diversas de suas camadas. Observamos que, por processos como *back propagation*, os *inputs e decisões viajam pela rede* e vão criando os mecanismos mais assertivos de acordo com os resultados esperados (*deep reinforced learning*). Todavia, ninguém sabe exatamente quais são esses caminhos.

Mais do que isso, se o algoritmo *aprende* com padrões discerníveis no *big data* e se esse *big data* é um subproduto da atividade humana, então é provável que padrões preconceituosos aí presentes sejam reproduzidos e amplificados pelos algoritmos, levando, por exemplo, a que negros e pobres sejam ranqueados como prováveis reincidentes em razão de sua cor ou da classe social.²¹²⁶

Estudos mais aprofundados demonstram que os vieses podem surgir, e também ser evitados, em várias fases do desenvolvimento do sistema, desde a escolha das fontes de dados que serão *minerados* para alimentá-lo, passando pelos critérios de análise desses dados, pelo desenho do algoritmo, pela sua aplicação e mesmo pela forma de análise do resultado final, seja ela humana ou não.²¹²⁷

²¹²³ ISRANI, Ellora, **Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis**, in Jol digest, 31 de agosto de 2017, disponível em <http://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>, acesso em 12 de setembro de 2017

²¹²⁴ Para uma forte crítica ao sistema decisório por algoritmos: O'NEAL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York, Broadway Books, 2016.

²¹²⁵ FERRARI, Isabela e BECKER, Daniel. **Algoritmos e preconceito**, in JOTA, 12/12/2017. Disponível em: <https://www.jota.info/artigos/algoritmo-e-preconceito-12122017>

²¹²⁶ Recentemente, por exemplo, a Microsoft *desligou* sua inteligência artificial. O robô Tay tornou-se agressivo e preconceituoso em menos de 24h de sua entrada nas redes sociais, possivelmente incorporando esses padrões do *big data* da própria rede. **Exposto à internet, robô da Microsoft vira racista em 1 dia**, in Revista Veja, 24 de março de 2016, disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/exposto-a-internet- robo-da-microsoft-vira-racista-em-1-dia/>

²¹²⁷ Por exemplo, o *bias* contra negros em estágios anteriores, pode ser compensado com um *bias* na análise do resultado final. Assim, se no mundo ideal se estabelece que uma chance de reincidência acima de 70% sugere o indeferimento do pedido de liberdade provisória, se o requerente for negro, fixa-se esse patamar em 80%. Nesse sentido, DANKS, David e LONDON, Alex John. **Algorithmic Bias in Autonomous Systems**, In *Proceedings of the 26th International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI 2017)* forthcoming.

O fato é que, conquanto nenhum desses sistemas seja ainda capaz de efetivamente criar argumentações jurídicas, eles já podem ser utilizados para automatizar boa parte do trabalho de juízes e advogados.

Todavia, devido à rapidez inerente à evolução tecnológica, é bem provável que em breve esses sistemas estejam aptos articular boa parte das peças processuais e sentenças, incluindo aí o *legal reasoning*. Todavia, muitos estudos serão ainda necessários para verificar todas as potencialidades cooperativas e riscos das decisões por algoritmos.

Por fim, Susskind projeta uma terceira abordagem da segunda fase da aplicação da inteligência artificial no direito pelo desenvolvimento da *affective computing*, ou seja, a capacidade dos sistemas de identificar emoções a partir de pequenas e quase imperceptíveis alterações nas expressões faciais dos usuários.²¹²⁸ Atualmente, esse tipo de abordagem já é tecnicamente possível a partir da neurociência e teria relevantes implicações no campo da prova no processo civil e penal.²¹²⁹ Em termos cooperativos, não é difícil imaginar (a par das dificuldades constitucionais) que tais sistemas possam funcionar em depoimentos e interrogatórios de forma semelhante ao velho detector de mentiras, coibindo, em parte, a litigância de má-fé, principalmente no que se refere à violação do dever de verdade no processo civil.²¹³⁰

11.5 Conclusão parcial

De todo o exposto, pudemos demonstrar que o momento tecnológico revolucionário atualmente vivido apresenta reflexos disruptivos no processo e, especificamente, nas

²¹²⁸ Op. cit. p. 186.

²¹²⁹ Sobre o tema, com profundidade, RASSI, João Daniel **Neurociência e prova no processo penal: admissibilidade e valoração**. Tese de Doutorado defendida em 2017 na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especificamente sobre o tema, pg. 85 a 120.

²¹³⁰ Estudamos o tema no capítulo 8 deste trabalho. Sobre o tema, existem alguns precedentes americanos sobre a utilização de exames neurocientíficos para desafiar, por exemplo, a alegação de dolo do réu no cometimento de homicídio, em razão de tumor cerebral que inibiria sua capacidade de tomada de decisão. O tema, porém, foge do objeto do nosso estudo. JONES, Owen D; SCHALL, Jeffrey D. e SHEN, Francis X. *Law and neuroscience*, Aspen Casebook Series, Wolters Kluwer, Kindle Ed. New York, 2014, p. 18. Há outros casos, como, por exemplo, o do Italiano Dr. Mattiello. Acusado de pedofilia, o médico, que tinha um tumor no cérebro, cunhou a famosa frase: *meu cérebro me obrigou a fazer isso*. Sobre o tema, KELLAND, Kate, *Neuroscience in Court: my brain made me do it.*, Reuters, Aug, 29, 2012. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-neuroscience-crime/insight-neuroscience-in-court-my-brain-made-me-do-it-idUSBRE87S07020120829>. Estudos preveem ainda que inovações tecnológicas no campo neurocientífico promoverão a possibilidade de utilização de diversas novas tecnologias, como *memory recognition*, *biomarkers*, e outros, todos normalmente ligados à questão da prova no processo. Um outro tema de interesse diz respeito à diluição das fronteiras entre *dano moral* e *dano material*, principalmente em razão das descobertas de alterações na estrutura do cérebro a partir de traumas emocionais. Sobre esses e outros temas: SHEN, Francis X. *Neuroscientific evidence as instant replay*, in Journal of Law and the Biosciences, Volume 3, Issue 2, 1 August 2016, Pages 343–349, Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jlb/lsw029>

possibilidades cooperativas de partes, juízes e advogados. A principal causa da *disrupção* é a drástica redução dos custos de transação de diversas posturas cooperativas, fruto do intenso desenvolvimento da inteligência artificial em suas variadas formas.

Muito além da simples automação de atividades repetitivas, os melhores resultados do uso da tecnologia dependem de uma nova abordagem da *solução de disputas*, privilegiando a prevenção e a contenção de conflitos à sua resolução. Mesmo nos casos de resolução, é possível que se priorizem mecanismos não estatais, sem que isso implique restrições à garantia do acesso à justiça, muito pelo contrário.

Tanto para as formas alternativas quanto para as formas clássicas de resolução de disputas, o principal mecanismo parece ser a tecnologia de *online dispute resolution* (ODR).

No que respeita especificamente ao processo judicial de solução de conflitos, novas tecnologias podem estimular o comportamento cooperativos das partes e advogados, evitando a interposição de demandas frívolas, facilitando a autocomposição dentro do processo e promovendo a litigância de boa-fé. A detecção de padrões de comportamento, inclusive entre processos, a maior facilidade para cumprimento de decisões judiciais, a diminuição das assimetrias informacionais e do viés de otimismo são alguns dos mecanismos potencializados pela tecnologia na promoção de posturas cooperativas.

Quanto aos juízes, é provável que as novas tecnologias gerem incentivos cooperativos para o respeito aos precedentes obrigatórios e para melhor fundamentação das decisões judiciais.

Os sistemas atuais já estão aptos a apoiar juízes e advogados na confecção de suas sentenças e peças processuais, principalmente através de ferramentas estruturadas de pesquisa legal. Todavia, mesmo os sistemas mais modernos não são capazes de argumentar juridicamente (*legal reasoning*), ainda que isso pareça provável em futuro não muito distante.

Do exposto, é possível concluir que as possibilidades cooperativas promovidas pelo uso da tecnologia têm potencial para reduzir fortemente o cenário de tragédia da Justiça, seja evitando novos processos, seja conferindo celeridade e efetividade às demandas ajuizadas.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida neste trabalho confirmou a hipótese de que é possível criar incentivos cooperativos para partes, advogados e juízes visando auxiliar na superação do cenário de tragédia da Justiça civil brasileira, contribuindo para a criação de um sistema de Justiça apto a oferecer tutela de direitos justa, efetiva e em prazo razoável.

No capítulo 1, demonstramos a existência do cenário de esgotamento de recursos do Poder Judiciário através da referência a vários estudos empíricos sobre sua incapacidade de oferecer tutela jurisdicional justa, efetiva e em prazo razoável. A principal referência foi o relatório de 2016 do Conselho Nacional de Justiça. Dentre outras ineficiências, ficaram evidenciados o problema do tempo do processo, a recorribilidade exacerbada e a inefetividade crônica dos procedimentos de cumprimento de sentença e de execução de títulos extrajudiciais. Apesar das dificuldades quanto aos critérios comparativos, a magnitude da tragédia da Justiça brasileira aparece evidente quando contrastados os números brasileiros aos de países europeus populosos.

No capítulo 2, ao apresentarmos as notas históricas da análise econômica do direito (AED), visitamos suas bases filosóficas calcadas no utilitarismo, seu desenvolvimento pronunciado nos Estados Unidos, em razão da prevalência do realismo e do pragmatismo, bem como seu estado da arte, que incorpora aportes da psicologia e da neurociência. No Brasil, apesar da existência de trabalhos importantes, reafirmamos a necessidade de mais estudos, principalmente no direito processual civil, campo de robusto desenvolvimento dogmático, mas que ainda carece de aportes multidisciplinares que auxiliem a desatar o *nó górdio* da inefetividade e da intempestividade na tutela de direitos.

No capítulo 3, ao estudarmos as matrizes econômicas e filosóficas disponíveis na AED, escolhemos por critério normativo aquele sintetizado na *função de bem-estar social* (*social welfare function – SWF*), típico da economia de bem-estar (*welfare economics*) e caracterizado por uma agregação arbitrária de utilidades como forma de medir o bem-estar social de determinadas decisões técnicas ou políticas. Por esse parâmetro, a promoção do bem-estar (*welfare*) prevalece sobre critérios de julgamento baseados exclusivamente em princípios abstratos de justiça (*fairness*). Definimos ainda que, no estudo da cooperação para combater a tragédia da Justiça, a função de bem-estar social deve agregar utilidades de forma a contemplar os objetivos do art. 6º do CPC/2015. Isso significa que a norma processual receberá avaliação positiva na medida em que contribua positivamente para a obtenção de tutela de direitos justa, efetiva e em prazo razoável. Concluimos também pela importância da atualização dos métodos

econômicos clássicos com os aportes da economia comportamental.

Ainda no mesmo capítulo, adotamos por matriz filosófica o *pragmatismo profundo* (ou *neurociência da moralidade*). Nesse ponto, verificamos que a neurociência desvendou a forma de pensar do cérebro humano, decomposta em dois mecanismos: um instintivo, automático e pouco preciso (*sistema 1*), e outro reflexivo, lento e preciso (*sistema 2*). Compreendemos que os mecanismos biológicos privilegiam decisões tomadas com base no *sistema 1* para situações de urgência e de sobrevivência individual ou da tribo a que pertencemos, rejeitando as formas mais básicas de violência. Todavia, através do estudo de inúmeras variações do “dilema do bonde desgovernado”, com escaneamento simultâneo de diversas regiões cerebrais, aprendemos que decisões mais ou menos utilitaristas são tomadas quando a atividade do *sistema 2* prevalece sobre os impulsos do *sistema 1*. Com base em Joshua Greene, compreendemos que o *sistema 1* muitas vezes é ativado por indícios falsos, provocando erros de julgamento relevantes. Assim, conquanto importantíssimas, as intuições do sistema 1 não devem ser elevadas à condição de princípio categórico (*fairness*), principalmente na confecção de políticas públicas e na discussão de temas difíceis em geral, sob pena de inviabilizar o debate das consequências dessas decisões para o bem-estar geral (*welfare*). Preparando o terreno para a discussão do capítulo seguinte, concluímos que esse tipo de abordagem deve prevalecer inclusive no estudo do direito processual, em que argumentações sobre temas difíceis muitas vezes são ancoradas em princípios absolutos de justiça, impedindo uma ponderação racional sobre as consequências da escolha de determinados desenhos processuais para o bem-estar social, consideradas as circunstâncias do sistema de justiça brasileiro (cenário de tragédia).

Nos capítulos 4 e 5, verificamos que as investigações da doutrina brasileira a respeito da cooperação no processo civil apontam para a criação de um *modelo cooperativo de processo* baseado em princípios categóricos de justiça, que pouco contribuem para a consecução dos objetivos do art. 6º do CPC/2015. Além disso, observamos uma falta de preocupação quanto à definição dos incentivos necessários para que partes, advogados e juízes cumpram a pauta cooperativa extraída daquele modelo. Por fim, identificamos que essa configuração cooperativa é decalcada de uma específica versão do princípio do devido processo legal, caracterizada por uma idealização da participação das partes no processo como forma de conferir qualidade e legitimação para a tutela jurisdicional. Esse destaque à participação, por sua vez, decorre do que atualmente entende-se por Estado Democrático de Direito.

Especificamente no capítulo 5, criticamos essa visão a partir de um estudo multidisciplinar da cooperação. Ciências naturais e econômicas ensinam que *cooperação* é uma união de esforços em prol de um bem-comum e que depende de determinados incentivos para

ocorrer. A teoria evolutiva aloca a cooperação como um diferencial evolutivo de qualquer espécie viva, ao lado da mutação e da seleção natural, enquanto a psicologia e a neurociência a qualificam como o problema central da existência social. Biologicamente, as cinco regras cooperativas são: (i) seleção familiar; (ii) reciprocidade direta; (iii) reciprocidade indireta; (iv) reciprocidade de rede; (v) seleção de grupo. Todas essas regras operam de forma a promover a cooperação sempre que a razão de custo-benefício de sua operação supere algum valor crítico, que faça com que a cooperação valha a pena para os envolvidos. Verificamos que é exatamente essa a ideia sintetizada por Robert Axelrod ao unir economia e biologia para estudar a promoção da cooperação. Em resumo, esse autor afirma que, em jogos de rodada única, as estratégias cooperativas só se sustentam quando a recompensa ao comportamento cooperativo de um jogador supera a recompensa ao comportamento não cooperativo, independentemente da estratégia do outro jogador. Quando a estrutura de recompensas não sustenta a cooperação (*dilema do prisioneiro*), ela ainda pode ser atingida desde que se trate de um jogo com inúmeras rodadas, no qual a probabilidade de uma nova rodada (*valor do futuro*) seja alta o suficiente para justificar a cooperação na rodada anterior. Desse estudo, aliado a outros apresentados nesse mesmo capítulo, decalcamos a punição à postura não cooperativa como caminho necessário à promoção da cooperação. Ela deve ser utilizada para alterar os *payoffs* (recompensas) em jogos de rodada única ou com pouco valor de futuro, fugindo-se da estrutura de dilema do prisioneiro, ou ser implementada de modo a diminuir os benefícios da postura defectiva para o futuro em jogos com possibilidade alta de múltiplas rodadas.

Fixada a premissa punitiva, passamos a questionar as bases do conceito prevalente de *devido processo legal* na doutrina brasileira, reconhecendo a importância da participação para o bom funcionamento do processo, mas relativizando tanto o seu valor instrumental quanto a sua essencialidade. Quanto ao valor instrumental, sustentamos que o aumento da participação das partes gera custos crescentes mas contribui a taxas decrescentes para a precisão da decisão judicial, de modo que, a partir de um determinado ponto, os custos superam seus benefícios e a participação passa a prejudicar a realização do direito material. Demonstramos essa afirmação utilizando modelos matemáticos simples, fundados na premissa de diminuição de custo social do erro judicial como forma de aumento do bem-estar social. Após, concluímos que a participação pouco contribui para a legitimação da atividade jurisdicional. Fundamentamos esse ponto a partir de questionamentos consistentes e modernos à teoria da *procedural justice* e de aportes do estudo dos vieses cognitivos. Um desses vieses demonstra que as pessoas tendem a considerar justo apenas aquilo que as beneficia (*self-serving bias*). Outro indica que processos longos e mais participativos tendem a aumentar o efeito dotação (*endowment effect*) e a

desarmonia entre as partes, criando dificuldades para a autocomposição do conflito. Verificamos ainda que as partes tendem a mudar a opinião inicial (*ex ante*) quanto à justiça do procedimento a depender de o resultado final ser a elas favorável ou não (*ex post*). Por fim, criticamos a essencialidade do contraditório. Fundamentamos essa crítica na ausência de relação direta entre participação e dignidade humana e em uma visão pragmática da democracia, descolada da necessidade de participação direta. Por fim, concluímos que a participação é útil e muito importante, mas não representa um valor absoluto do processo, sendo que o *processo legal devido* é aquele capaz de diminuir os custos sociais do sistema de Justiça civil, aumentando o bem-estar através de um balanço ótimo entre os investimentos capazes de gerar um processo apto à realização do direito material e os benefícios sociais daí decorrentes, sempre considerada a realidade em que esse sistema está inserido.

A junção das observações biológicas e econômicas sobre a promoção da cooperação com essa nova visão do princípio do devido processo legal, em face da realidade do cenário de tragédia, permite-nos definir pragmaticamente a cooperação processual como sendo *uma união de esforços dos sujeitos do processo na busca de um sistema de justiça que, longe do cenário de tragédia, seja capaz de ofertar a tutela de direitos justa, efetiva e em prazo razoável (art. 6º do CPC/2015)*. Já os deveres cooperativos serão todos aqueles que possam colaborar para o atingimento desses objetivos, dentro do espectro definido pelas normas de processo.

No capítulo 6, estudamos o comportamento cooperativo desde antes do ajuizamento da ação até a audiência do art. 334 do CPC/2015, identificando-o com a busca incessante da autocomposição do conflito pelas partes e com o não ajuizamento de demandas com poucas possibilidades de sucesso (a que chamamos de *frívolas*). Concluímos que o sistema brasileiro não gera estímulos suficientes para o alcance de taxas ótimas de ajuizamento de demandas judiciais e de realização de autocomposição de conflitos, dentro ou fora do processo, o que acarreta dificuldades no enfrentamento do cenário de tragédia da Justiça e na concretização dos objetivos cooperativos do art. 6º do CPC/2015. As razões da insuficiência dos estímulos passam pelo baixo custo do processo, pela (falta de) distribuição desses custos, pela estrutura remuneratória de advogados públicos e privados, pelas assimetrias informacionais e pela insegurança jurídica gerada pelo sistema.

Partindo de um exemplo concreto que considerava a real estrutura de custas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, concluímos, utilizando modelos econômicos simples, que as chances de sucesso necessárias para incentivar um autor racional a demandar naquele tribunal giravam em torno de 18%, diminuindo em proporção inversa ao valor do pedido. Considerando que o viés de otimismo induz as partes a superestimar as chances de vitória, esse

percentual será ainda menor, o que nos levou a concluir que o sistema atual não é capaz de promover a cooperação no sentido de evitar o ajuizamento de demandas frívolas.

O cenário é agravado pela existência de um teto de custas em todas as cortes brasileiras, pelo pouco rigor do regime jurídico para concessão da gratuidade de justiça e pela possibilidade de desalinhamento de interesses entre advogado e cliente (*agency problem*). Neste último caso, identificamos hipóteses em que a dupla remuneração dos advogados (honorários contratuais e honorários judiciais) impulsiona o ajuizamento de demandas com baixíssimas ou nulas possibilidades de procedência, contrariando o interesse da própria parte representada e agravando o cenário de tragédia da Justiça. Esse problema é aprofundado quando o autor é o Poder Público, principalmente quando o advogado público, além da remuneração fixa, faz jus a uma verba variável que não tenha seu valor definido por um fluxo de caixa entre honorários recebidos e honorários pagos pela procuradoria.

No estudo das possibilidades autocompositivas, utilizamos inicialmente equações simples para determinar o *valor de reserva do processo* para as partes, criando a partir daí uma regra de *condição de litigância* que, quando preenchida, inviabiliza o acordo. Com esse método, sempre usando exemplos e valores com referência na realidade do foro, verificamos que os maiores entraves para a autocomposição decorrem da estrutura de custas do processo e da assimetria de informação das partes em relação às circunstâncias da lide. Quanto às custas, ficou claro que as chances de acordo reduzem-se na razão direta do seu valor, visto que *o principal incentivo para a autocomposição é a economia de recursos dela resultante*. Outro problema é o momento em que as custas são exigidas no Brasil. Como a maior parte é paga no início do processo, não há muito a economizar após a citação do réu. Já quanto à assimetria de informação, ficou claro que ela é causada por incertezas e refrações de expectativas quanto aos fatos e ao direito envolvidos no caso. Constatamos que a audiência do art. 334 do CPC/2015, ao promover o encontro das partes sem que o autor tenha acesso à contestação do réu, cria um *jogo de informação incompleta* que restringe as possibilidades autocompositivas em torno de 50%. Provamos esse ponto utilizando teoria dos jogos, árvores decisórias, *backwards induction* e *equilíbrio bayesiano de Nash*. O pouco rigor jurisprudencial quanto às formalidades das peças postulatórias também contribui para essa assimetria, bem com a ausência de regras processuais que imponham a indicação nessas peças do rol de testemunhas e dos quesitos da perícia pleiteada. Já a fonte principal das incertezas quanto ao direito é a inexistência de um sistema estável de precedentes que seja efetivamente respeitado por juízes de todos os graus de jurisdição, partes e advogados.

Concluimos também pela existência de diversos vieses cognitivos que atuam *fechando*

janelas de acordo. É o caso do viés de otimismo do autor e do réu, que, aliado à incerteza prevalente do sistema, gera refrações em sentidos opostos quanto à probabilidade de procedência do pedido do autor, criando expectativas otimistas para ambos e inviabilizando acordos. Nesse ponto específico, inclusive, concluímos que sistemas com alto grau de incerteza (como o nosso) aumentam o otimismo de partes e advogados. Para demonstrar esse ponto, utilizamos *teoria dos jogos evolutiva*.

Ainda quanto aos vieses cognitivos, observamos que a aplicação da *teoria da perspectiva* detecta claramente a necessidade de se criarem maiores incentivos autocompositivos para o réu, em virtude de sua predisposição ao risco no processo, em oposição à aversão ao risco prevalente no polo ativo da demanda. A falácia dos custos a fundo perdido também atua para dificultar acordos, já que a concentração das custas no início do processo acirra o ânimo beligerante das partes. Por fim, verificamos que as novas regras processuais que impedem a compensação de honorários nos casos de sucumbência recíproca, se por um lado diminuem a janela de acordo ao elevar-lhe os custos de transação, por outro reduzem os problemas de agência, alinhando os interesses dos advogados e dos clientes.

No capítulo 7, buscamos soluções cooperativas para os problemas identificados no capítulo 6. Para remediar a litigância frívola, propusemos inicialmente uma substancial elevação das custas processuais, a sua redistribuição ao longo do processo, o fim das isenções de custas ao Poder Público, um maior rigor na concessão do benefício da gratuidade da Justiça e a desvinculação parcial entre pagamento das custas e sucumbência como penalidade em caso de rejeição de acordos.

Utilizando os mesmos métodos do capítulo anterior, fixamos uma chance real de 30% de procedência como razoável para justificar a utilização do Poder Judiciário pelo autor. Para tanto, calculamos que o valor das custas do nosso exemplo original deveria ser elevado em pouco mais de sete vezes. Entendemos que esse percentual ainda é conservador, pois desconsidera as *refrações de expectativas* causadas pelo otimismo. A ideia principal é que, para ações com poucas possibilidades de procedência, os envolvidos busquem prioritariamente alguma forma de autocomposição. Como ao final as custas são pagas pelo sucumbente, a sua elevação gera incentivos autocompositivos para ambos os envolvidos na situação litigiosa. Consideramos que não há qualquer emperramento de acesso à justiça, quer por não ser o Poder Judiciário a única porta desse acesso, quer porque a possibilidade de concessão de gratuidade total ou parcial a quem realmente necessita garante o acesso ao Judiciário aos menos favorecidos.

Quanto à proposta de redistribuição das custas, demonstramos que ela aumenta os

intervalos de acordo posteriores ao ajuizamento da ação e diminui a animosidade entre as partes, ao menos nas fases iniciais do processo (em razão do viés cognitivo relacionado à falácia dos custos a fundo perdido). Já quanto à penalidade pela rejeição do acordo quando a tutela final defere à parte um valor inferior ao que pela outra fora ofertado, acreditamos que a imposição de custas proporcionais a essa diferença gera estímulos cooperativos não só para a aceitação do acordo ofertado, mas também para que a própria oferta seja apresentada. Isso porque, na vigência de uma regra como essa, uma proposta de acordo funcionaria como uma espécie de seguro contra o pagamento de despesas processuais extras (isso assume particular relevância quando as custas processuais passam a ter valor economicamente relevante). Além disso, cria-se incentivo específico para o réu, funcionando como contrapeso ao seu comportamento tendente à tomada de risco, já que a regra aumenta o custo esperado do processo para ele.

A proposta pelo fim da isenção de custas ao Poder Público funda-se nos incentivos de litigância por ela gerados e que certamente colaboram para a liderança do Poder Público no quesito, quer na Justiça Federal, que na estadual. Para tanto, partindo do mesmo exemplo utilizado ao longo do trabalho, verificamos que a probabilidade mínima que justifica o ajuizamento de uma ação pelo Poder Público orbita em torno de 9% (contra 18% do particular). Sustentamos ainda que a supressão das isenções deve atingir inclusive a litigância do Poder Público no âmbito da unidade federativa à qual pertence. Para justificar a proposta, levantamos diversas questões orçamentárias, bem como a hipótese de surgimento de um viés cognitivo que retira a fungibilidade dos recursos financeiros. Essa hipótese, todavia, não foi comprovada nem rejeitada.

Ainda no capítulo 7, propusemos incentivos cooperativos aos advogados e aos juízes, com o fito de fomentar a diminuição das demandas frívolas e a autocomposição. Para os advogados, sugerimos a alteração no regime da *dupla remuneração sem riscos* do advogado público. Para provar esse ponto, criamos uma *função de utilidade do advogado público* e verificamos que a existência de uma remuneração variável sem riscos (decorrente da titularização da verba honorária judicial recolhida das vitórias do Poder Público em júízo, sem desconto das verbas pagas nos casos de sucumbência) acarreta um incentivo ao aumento de litigância que pode prejudicar o próprio Poder representado e que certamente aumenta a tragédia da Justiça. Trabalhando com os conceitos de receita marginal e de custo marginal, comprovamos que esse regime implica que a quantidade ótima de demandas ajuizadas ou contestadas pelo advogado público será necessariamente superior à quantidade ótima de litigância para o Poder Público por ele representado. Já quanto aos advogados privados, demonstramos que a existência de honorários contratuais que cubram os custos administrativos

de litigância *zera* os seus riscos, conferindo-lhe valor esperado positivo mesmo em demandas frívolas, ainda que o valor esperado do processo para a parte por ele representada seja negativo.

Para estudar os incentivos cooperativos do juiz, adaptamos *para a realidade brasileira* a função criada por Richard Posner que mede as *utilidades experimentadas pelo magistrado*, ponderando os incentivos envolvidos com o respeito e com o desrespeito aos precedentes vinculantes. Verificando a necessidade de alteração desses incentivos, demonstramos, através da mesma função, que a geração de consequências negativas à reputação e às perspectivas de promoção do juiz podem ser úteis para tornar a postura cooperativa de respeitar os precedentes mais atrativa do ponto de vista do ganho final de utilidade.

Por fim, com fundamento em pesquisas sociológicas nacionais, apontamos a existência do *jeitinho brasileiro* como sendo uma peculiaridade cultural que impõe dificuldade extra à postura cooperativa de partes, advogados e juízes. O *jeito*, em certos casos, aumenta a utilidade de posturas não cooperativas ao ranquear os benefícios do trato pessoalizado, lhamo e cordial, acima da impessoalidade necessária à geração de incentivos cooperativos. Provamos esse impacto utilizando novamente a *função de utilidade do magistrado*. Para combater o *jeitinho brasileiro*, sustentamos ser preciso dar saliência às consequências sistêmicas nefastas das posturas não cooperativas fundadas na busca das vantagens decorrentes da lhamo e da suavidade nas relações pessoais. Um bom exemplo é a postura de recusa na aplicação do precedente vinculante por considerar-se que *cada caso é um caso, em todos os casos*. Outra consequência, tratada no capítulo seguinte, reflete-se no perfil jurisprudencial condescendente no trato da litigância de má-fé.

No capítulo 8, abordamos problemas e soluções envolvendo a litigância habitual. Buscamos ainda identificar se os incentivos atualmente presentes na legislação e na jurisprudência de direito processual são aptos a evitar a litigância de má-fé como comportamento prevalente na fase cognitiva do processo.

Quanto à litigância habitual, demonstramos que um sistema de custas elevadas por faixa de litigância, parcialmente desvinculado da sucumbência, é capaz de gerar incentivos cooperativos para que esse tipo de litigante invista fortemente no evitamento e na autocomposição de conflitos, reduzindo em parte a utilização excessiva dos recursos da Justiça que causa o cenário de tragédia. Para tanto, primeiro modelamos a litigância habitual como um dilema do prisioneiro jogado entre o litigante e o sistema de Justiça. Arbitrando *payoffs* que consideram a estrutura atual das custas processuais, observamos claramente que a dinâmica do jogo favorece a exploração não cooperativa pelo litigante da postura cooperativa do sistema de Justiça, que cobra custas baixas mesmo daqueles que utilizam seus recursos à exaustão. Após,

criamos uma possibilidade de punição consistente na elevação das custas processuais exclusivamente para o litigante habitual, sem possibilidade de reembolso em caso de vitória no processo. Essa elevação dá-se por faixas de litigância que, por simplicidade, não foram por nós definidas. Assim, utilizando os modelos de Robert Axelrod a respeito do surgimento da cooperação em dilemas do prisioneiro jogados inúmeras vezes, verificamos que, em razão da habitualidade, haverá um momento em que esse litigante investirá em formas alternativas de solução de conflito, poupando recursos do Poder Judiciário e auxiliando na superação do cenário de tragédia. A necessidade de criação de uma punição para gerar cooperação em jogos desse tipo é confirmada com estudos que comparam versões do *The public goods game* que se assemelham às duas estruturas de custas apresentadas, deixando clara a necessidade de punição para promoção e sustentação da cooperação entre os jogadores.

Quanto à identificação dos incentivos atuais no combate à litigância de má-fé, ficou demonstrada a sua insuficiência. Comprovamos que, dados os impactos das diversas formas de litigância ímproba no valor esperado do processo para partes e advogados, a magnitude das sanções, multiplicada pelas reais possibilidades de sua imposição e efetivação, é insuficiente para gerar ameaças críveis (*credible threat*) aptas a frear esse estilo de litigância. A prevalência desse comportamento é danosa para o processo e dificulta a obtenção de tutelas justas e efetivas em prazo razoável. A demonstração das baixas probabilidades de punição para as partes foi comprovada a partir de pesquisa na jurisprudência do STJ — que, da análise de 131 acórdãos encontrados entre janeiro e outubro de 2017, evidencia uma postura leniente a respeito do tema. Essa postura é consistente com a *função de utilidade do magistrado* e com o fenômeno do *jeitinho brasileiro*. As dificuldades impositivas ficam claras principalmente quando se considera a magnitude das sanções por ato atentatório à dignidade da Justiça, devidas ao Estado e que raramente justificarão o ajuizamento de execuções fiscais. Mesmo as sanções pecuniárias devidas ao particular sofrem as agruras típicas dos gargalos executivos identificados no capítulo 1 do trabalho. Quanto aos advogados, o valor esperado próximo de zero para a litigância ímproba é uma decorrência direta da impossibilidade de se lhe imporem as sanções legais diretamente, dentro do processo em que ocorreu o ilícito. Utilizando números reais e números arbitrados, demonstramos que o atual cenário configura um dilema do prisioneiro jogado por autor e réu em rodada única, hipótese que torna impossível a prevalência do comportamento cooperativo em equilíbrio de Nash (litigância de boa-fé).

No capítulo 9, utilizamos teoria dos jogos para identificar a magnitude das sanções necessárias à promoção da litigância de boa-fé. Como o processo individualmente considerado é um jogo entre autor e réu, a única forma de promoção da cooperação é uma mudança de

payoffs que evite a conformação do dilema do prisioneiro. Para criar tais *payoffs*, preocupamo-nos não só com o valor absoluto das sanções, mas também com o seu *valor esperado*, procurando elevá-lo não apenas pelo aumento das sanções em si, mas por meio de sugestões para identificação e punição mais rigorosas do comportamento não cooperativo. Dentre as medidas, sugerimos: (i) atipicidade e desnecessidade de elemento subjetivo para configuração da litigância de má-fé; (ii) valorização das sanções não pecuniárias; (iii) aumento do valor final das sanções.

Para a superação da tendência leniente dos juízes no combate à litigância de má-fé, a sugestão foi valorizar sanções de imposição automática, como, por exemplo, a elevação da verba honorária no caso de recursos julgados improcedentes. Por fim, demonstrou-se a necessidade de imposição de sanções diretas ao advogado, tendo em vista a ausência de justificativa plausível para o atual sistema de responsabilidade da parte por ato de terceiro, uma vez que, na maioria dos casos de abuso de direito processual, é improvável que a parte conheça os limites entre a litigância de boa e de má-fé ou que tenha tomado ciência das escolhas do seu advogado. Além disso, do ponto de vista da AED, a responsabilidade por atos de terceiro só se justifica quando as possibilidades de sucesso na cobrança dos danos contra o seu causador são muito baixas, preferindo-se cobrar do representado que tenha melhores condições financeiras, o que, na relação advogado-cliente, não parece ser o caso.

Dadas as atuais dificuldades para configurar e punir a litigância de má-fé, calculamos que o valor final das sanções que seria efetivo para promover a cooperação de forma sustentável orbitaria em torno de 70% do valor da causa, ao menos quando a adoção de posturas ímprobas — como, por exemplo, a violação do dever de falar a verdade — aumente as chances de vitória em torno de 20 pontos percentuais. Provamos o ponto com teoria dos jogos, trabalhando com os mesmos exemplos anteriores e mantendo variável apenas o percentual da punição.

Por fim, agregamos os vieses cognitivos que imaginamos tenham impacto na percepção da sanção e na tomada de risco na litigância de má-fé. Vimos que o viés de otimismo certamente incidirá, inclusive para o advogado. Provamos esse ponto recorrendo a pesquisas que mostram que mesmo peritos e especialistas sujeitam-se ao otimismo. A existência do otimismo recomenda uma elevação ainda maior na magnitude das sanções, de modo a compensar o desconto que ele causará na perspectiva de punição e, logo, no valor esperado da pena.

Verificamos ainda a possibilidade de *desprezo às pequenas probabilidades*, decorrente exatamente da postura leniente da jurisprudência na punição da litigância de má-fé. Esse viés recomenda que se invista prioritariamente no aumento das probabilidades de identificação e punição da conduta, sob pena de qualquer sanção, independentemente de sua magnitude, acabar

sendo multiplicada por zero, acarretando valor esperado igual a zero. Sugerimos ainda a utilização experimental de técnicas de *priming*, comprovadas por diversos experimentos comportamentais, para induzir a litigância cooperativa. Simples e de baixo custo, essas técnicas aumentam a saliência das possibilidades punitivas e podem induzir sutilmente partes e advogados a litigarem de boa-fé.

Utilizando a *teoria da perspectiva*, pela qual comprova-se que certezas são mais valorizadas do que probabilidades, recomendamos que as sanções sejam previstas em valores fixos, ou, caso o sejam por percentuais, que a jurisprudência tenha-os bem-definidos para a maioria dos casos. Por fim, estudamos a força de vontade limitada (*bounded willpower*), demonstrando que punições impostas e efetivadas rapidamente têm valor esperado muito maior do que punições equivalentes cuja implementação protraí-se no tempo. O fenômeno de valorização do presente em detrimento do futuro causa o chamado *desconto hiperbólico*, recomendando fortemente a opção por sanções de rápida efetivação — como, por exemplo, a perda imediata de direitos processuais, da qual a proibição de falar nos autos e a perda do direito de recorrer são exemplos já existentes. O desconto hiperbólico indica ainda que sanções pecuniárias terão muito pouca serventia se sua cobrança ficar emperrada nos gargalos da execução.

No capítulo 10, tratamos do comportamento cooperativo nos recursos e na execução. Quanto aos recursos, consideramos cooperativo o não ajuizamento de recursos protelatórios ou com baixas possibilidades de sucesso, de modo a aliviar o cenário de tragédia nos tribunais, permitindo que, com menor carga de trabalho, as cortes reduzam o percentual de erro no julgamento de instâncias inferiores, contribuindo decisivamente para a entrega da tutela de direito justa, efetiva e em prazo razoável.

Demonstramos que a estrutura de custas na maioria das cortes não é capaz de evitar a interposição de apelos por recorrentes que sabem não ter razão, gerando um acúmulo de processos nos tribunais que, por sua vez, diminui a capacidade dessas cortes de corrigir os erros cometidos nas instâncias inferiores, acarretando diminuição geral no bem-estar social, passando longe dos objetivos do art. 6º do CPC/2015. Para chegar a essa conclusão, primeiro estudamos o custo social do erro judicial, verificando como um sistema recursal eficiente pode diminuí-lo. Para investigar a eficiência do nosso sistema recursal, partimos da análise econômica do recurso de apelação, considerando um exemplo com a real estrutura de custas recursais no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Observamos que o percentual mínimo de chances de provimento que justificaria a interposição da apelação naquela corte gira em torno de 7%. No Tribunal estadual paulista, reconhecidamente o que possui as custas recursais mais caras do

Brasil, esse percentual fica próximo de 10% para o mesmo exemplo.

Ocorre que, do ponto de vista da economia do bem-estar, o objetivo dos recursos é diminuir o custo social do erro judicial. Todavia, as cortes também cometem erros. Se o percentual de erro de uma corte for superior às chances de procedência de determinado recurso, o apelo será interposto. Assim, por exemplo, se um determinado tribunal trabalha com uma margem de erro de 10% e se forem interpostas 100 apelações contra sentenças que deveriam ser mantidas, 10 serão indevidamente providas, desfazendo em parte o trabalho correto da primeira instância. Mas isso só ocorrerá se partes sucumbentes insistirem na interposição de apelação contra sentenças que sabem ou imaginam estarem corretas. Quando a estrutura de custas recursais é frágil o suficiente para racionalmente justificar a interposição de apelações com baixas chances de sucesso, é exatamente isso o que sucederá. No nosso exemplo, com 7% de possibilidades, a apelação será interposta. Se o percentual de erro da corte é de 10%, sabe-se de antemão que uma apelação que busca reformar uma sentença correta terá 10% de chances de provimento, ou seja, mais do que o exigido pela estrutura de custas para justificar o manejo do recurso. Em consequência, todos apelarão, lançando o tribunal em um oceano de processos que possivelmente diminuirá ainda mais sua precisão na correção de erros de julgamento, agravando a ineficiência do sistema e aumentando o custo social do erro judicial. Sugerimos que a solução para o problema passa pela elevação do custo da apelação, seja pelo aumento de custas, seja pela imposição dos honorários recursais no caso de improcedência. Quanto aos últimos, defendemos sua imposição em todos os casos de insucesso recursal, incluindo aqueles nos quais o recorrido não foi intimado ou não apresentou contrarrazões, abarcando todas as modalidades recursais, até mesmo os agravos internos e os embargos de declaração, estes últimos um dos grandes vilões do acúmulo de trabalho nos tribunais.

Por fim, apresentamos aportes da economia comportamental que podem justificar as baixas taxas de autocomposição em segunda instância. Dentre eles, destacamos o *endowment effect*, causado possivelmente pela alocação provisória de direitos pela sentença. A hipótese, todavia, depende de comprovação empírica. Acreditamos que as baixíssimas taxas de acordo em segundo grau têm por causa principal um motivo mais singelo: a ausência de audiências (físicas ou virtuais) que promovam oportunidades autocompositivas nos tribunais, à semelhança da audiência do art. 334 do CPC/2015, bem como a restrita janela de acordo pela quase ausência de custos administrativos e de litigância futuros que poderiam ser economizados com a interrupção da litigância nesse momento.

Quanto à execução, demonstramos que a baixa efetividade dos meios executivos típicos para obrigação de pagar quantia em dinheiro contribui decisivamente para o inadimplemento

do devedor, influenciando negativamente o comportamento cooperativo ao longo de todo o processo, afetando até mesmo as possibilidades autocompositivas iniciais. Para provar esse ponto, trabalhamos com dois tipos básicos de execução: o atual, que privilegia os meios executivos típicos, e um alternativo, que utiliza prioritariamente o rigor de meios executivos atípicos, tal como permitido (em nosso entender) pelo art. 139, IV, do CPC/2015. Trabalhamos então com árvores decisórias e *backwards induction* em quatro cenários diferentes, todos eles agregando: o momento exatamente anterior ao ajuizamento da ação, no qual o autor decide entre demandar ou buscar um acordo; o momento cognitivo do processo, em que réu e autor decidem se litigam de boa ou de má-fé; e o momento da efetivação do julgado, no qual o réu decide se adimple voluntariamente ou se enfrentará o cumprimento de sentença.

A principal conclusão foi que, quando o cumprimento de sentença é mais rigoroso (na forma do art. 139, IV), promove-se *credible threat* ao devedor, que preferirá adimplir a obrigação no prazo do art. 523 do CPC e evitar a instauração da fase de cumprimento de sentença. *A importância dessa inferência foi ressaltada em nosso trabalho por deixar claro que a mera previsão de uma execução rigorosa permite que não haja execução alguma, promovendo o comportamento cooperativo de adimplemento como estratégia dominante e contribuindo decisivamente para a efetividade da tutela de direitos.* Ao eliminar a fase mais congestionada e morosa de todo o processo civil, responsável por 50% do estoque dos nossos tribunais, contribui-se decisivamente para a consecução de todos os objetivos do art. 6º do CPC/2015.

Nossas árvores decisórias demonstraram ainda que o rigor da execução influencia decisivamente a postura inicial das partes na busca da autocomposição, elevando suas possibilidades. Ao final, agregamos aportes da economia comportamental que comprovam claramente a importância de que a execução tenha na brevidade sua principal característica. Isso por conta do desconto hiperbólico do futuro, que, em razão da força de vontade limitada (*bounded willpower*), rarefaz a *credible threat* que poderia levar ao adimplemento imediato e evitar a própria execução. Esta é, concluímos, uma das grandes vantagens da aplicação imediata, e não subsidiária, dos meios executivos do art. 139, IV, do CPC/2015. Pensar o contrário significa sinalizar ao devedor que seu inadimplemento levará à instauração de um procedimento comprovadamente ineficiente e lento, estimulando-o ao descumprimento do julgado.

No capítulo 11, por fim, estudamos o impacto que o uso da tecnologia pode produzir no comportamento cooperativo dos sujeitos processuais, concluindo que novas tecnologias têm potencial para gerar verdadeira *disrupção cooperativa*, alterando a forma de abordagem da

resolução de conflitos e colaborando decisivamente para a solução do problema da tragédia da Justiça.

Para tanto, primeiro procuramos entender a forma e o compasso que caracterizam o desenvolvimento tecnológico, verificando seu perfil exponencial. Após, investigamos o funcionamento da inteligência artificial, estudando a real capacidade das redes neurais convolucionais, bem como suas potencialidades futuras. As projeções que fizemos, seguindo os passos de estudiosos consagrados, têm por fundamento principal a *lei de Moore*, que confirma a exponencialidade da evolução tecnológica.

Passamos então a relacionar as treze tecnologias atualmente disponíveis para o trato do direito, apontando aquelas capazes de colaborar no enfrentamento do cenário de tragédia da Justiça e na promoção da cooperação no processo civil, concluindo que a tecnologia pode ampliar o acesso à justiça, principalmente por evitar a ocorrência de conflitos e por facilitar sua solução consensual a baixos custos.

A conexão cada vez maior da população à Internet, aliada à criação de consultorias legais *online* e a sistemas de respostas a dúvidas jurídicas em linguagem coloquial, colaborarão para evitar que boa parte dos conflitos hoje existentes ecloda, ampliando o acesso à justiça na medida em que se evita a própria patologia da relação jurídica. Além disso, o comércio eletrônico, em franca expansão, cada vez mais conecta compradores e devedores de forma a resolver pequenas desavenças rapidamente, sem interferência humana, evitando qualquer necessidade de composição do conflito. Trabalha-se, aqui, principalmente, com a rápida diminuição da assimetria informacional. Essas mesmas plataformas vêm sendo utilizadas para evitar ou compor conflitos não comerciais, como os de locação, relações trabalhistas e até mesmo os familiares. A Internet das coisas e os contratos inteligentes, ao permitirem execução automática, evitarão também que se busquem medidas judiciais executivas, ainda que outros conflitos possam surgir dessas novas dinâmicas.

As plataformas públicas e privadas de resolução *online* de disputas têm potencial para vencer em caráter definitivo a tragédia da Justiça em médio prazo. Como demonstramos, elas utilizam tecnologia para diminuir assimetrias informacionais, reduzir otimismo e incertezas, corrigir vieses comportamentais e promover a negociação direta, a mediação e a arbitragem como formas prioritárias de solução de conflitos. Isso é possível em razão da utilização de redes neurais que aprendem continuamente com a imensa quantidade de informação cada vez mais disponível na Internet (*big data*), detectando padrões circunstanciais e de comportamento que proporcionam a indicação de caminhos constantemente mais precisos e efetivos para a composição de conflitos. Nesse ponto, apontamos o grande diferencial entre o cenário atual e o

futuro: quando a justiça faz-se através do Poder Judiciário de forma analógica, seu uso excessivo é uma “praga” esgotadora de recursos que causa o cenário de tragédia. Todavia, quando a abordagem de conflitos dá-se *online*, dentro e fora do Poder Judiciário, a utilização maciça alimenta os sistemas inteligentes com dados, aperfeiçoando-os ao invés de esgotá-los. A Internet, ao contrário do Poder Judiciário, não tem seus recursos diminuídos com o uso, mas sim aperfeiçoados. Ela não pode ser economicamente qualificada como *bem comum*. Nessa ordem de ideias, a utilização “excessiva”, ao invés de um mal, passa a ser um ativo do próprio sistema, que aperfeiçoa o aprendizado das redes neurais de *machine learning*. Provamos esse ponto estudando o funcionamento da plataforma do eBay, um dos maiores sites de comércio eletrônico do mundo e que gerencia mais de 60 milhões de conflitos por ano, 90% deles sem qualquer intervenção humana.

Especificamente quanto ao Poder Judiciário, verificamos que a tendência é que as cortes deixem de ser um local e passem a ser vistas precipuamente como um serviço. Nessa linha, as *online courts* incorporam tecnologia para alterar a abordagem da resolução de conflitos, apresentando soluções efetivas que facilitam a autocomposição a baixos custos como caminho necessariamente anterior à busca de uma tutela jurisdicional clássica. Para demonstrar esse ponto, estudamos o caso do Tribunal Civil de British Columbia, no Canadá, uma corte administrativa *online* que resolve conflitos de até 5 mil dólares canadenses, além de alguns tipos de disputas condominiais sem limite de valor. Verificamos ainda iniciativas similares no Reino Unido, como a Money Claim Online, em funcionamento há dez anos, e a corte *online* para julgamento de causas de até 25 mil libras (Online Solutions Court), com estudos concluídos e previsão de funcionamento até 2020.

Adicionalmente, detectamos que tecnologias já disponíveis de automação documental podem facilitar muito o trabalho de advogados e do Poder Judiciário. Vimos ainda que a identificação automática de padrões de comportamento por sistemas inteligentes tem capacidade para apontar, de imediato, casos de litigância de má-fé ou de comportamento contraditório, bem como posturas contraditória de juízes em processos distintos e mesmo o desrespeito a precedentes vinculantes ou outras falhas argumentativas.

Por fim, investigamos a possibilidade de produção automática de peças processuais e de decisões judiciais exclusivamente por algoritmos. Estudando tecnologias recentes como Watson, Debater e Ross, verificamos que os sistemas atuais são capazes de produzir documentos com respostas jurídicas que auxiliam a elaboração de peças e decisões judiciais, principalmente em situações simples e repetitivas — como é o caso, por exemplo, das execuções fiscais. Todavia, ainda que muito úteis para apoiar juízes e advogados também no

labor de casos complexos, esses sistemas ainda não têm capacidade de argumentar juridicamente (*legal reasoning*). O ponto foi provado por um experimento recente que comparou o desempenho argumentativo do Debater com um acórdão da Suprema Corte da Califórnia a respeito da constitucionalidade de uma lei daquele estado. Todavia, com o crescimento exponencial da inteligência artificial, a argumentação jurídica automatizada deve tornar-se realidade em breve.

Diante de todo o exposto, acreditamos que o trabalho confirmou a hipótese inicial no sentido da necessidade e da possibilidade de criação de incentivos cooperativos para enfrentamento do cenário de tragédia da Justiça. Cremos ter demonstrado que, na presença de incentivos corretos, é possível prever que partes, advogados e juízes comportem-se de forma a contribuir decisivamente para a construção de um sistema de Justiça civil apto a tutelar direitos de forma justa e efetiva, em prazo razoável.

Na criação desses incentivos, temos por validada a necessidade de imposição de consequências negativas às posturas não cooperativas dos principais sujeitos processuais. Essas consequências advêm principalmente de alterações na estrutura das custas processuais, de maior rigor no combate à litigância de má-fé, de controle mais efetivo da atividade jurisdicional e da adoção prioritária de meios executivos atípicos e austeros.

Comprovamos também que a introdução da tecnologia na prevenção e na solução de conflitos pode causar uma *disrupção cooperativa*, contribuindo em caráter definitivo para a superação do cenário de tragédia, ao mesmo tempo em que amplia o acesso à justiça. Ao derrubar custos de transação e alterar a abordagem do problema, a tecnologia atuará principalmente evitando o conflito, passando a viabilizar a autocomposição em ritmo jamais visto, reservando à arbitragem e ao Poder Judiciário apenas os casos de difícil solução. Aplicada na solução judicial de conflitos, ela é aliada importante na criação dos incentivos cooperativos propostos neste trabalho.

Posto que cumpridos os objetivos propostos, verifica-se a necessidade de novas pesquisas teóricas e empíricas. Há largo espaço para aprofundamento dos temas aqui estudados e para a releitura de temas de direito processual civil à luz da economia, da psicologia e da nova realidade tecnológica. Condições da ação, teoria da prova e teoria da decisão judicial são alguns dos temas que merecem ser revisitados. Por outro lado, várias das propostas aqui apresentadas e teoricamente validadas podem ser objeto de verificação empírica. A quantidade *tectônica* de processos que tramita em nossos tribunais, uma vez vertida para o formato digital, gerará um *big data* riquíssimo que, com o auxílio da tecnologia, facilitará os estudos empíricos em processo civil. Em razão dessas circunstâncias, acreditamos que a pesquisa empírica, aliada à

sofisticação teórica que já existe no Brasil, pode produzir frutos preciosos para o avanço do direito processual civil em nosso país.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de direito processual civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016

AGAN, Amanda; STARR, Sonja. Ban the Box, Criminal Records, and Statistical Discrimination

ABNEY, Sherrie R. The Evolution of Civil Collaborative Law. **Texas Wesleyan Law Review**, v. 15, n. 3, p. 495-515, verão 2009.

AGAN, Amanda; STARR, Sonja. **Ban the Box, Criminal Records, and Statistical Discrimination: A Field Experiment**. 2016. Disponível em: <https://law.yale.edu/system/files/area/workshop/leo/leo16_starr.pdf>. Acesso em: 03 de fev. 2017.

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, p. 488-500, ago. 1970.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Efetividade e processo de conhecimento: do formalismo no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVIM, Teresa Arruda et. al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALVIM, Teresa Arruda. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 172, jun. 2009.

ALVIM, Teresa Arruda. **Nulidades do processo e da sentença**. 7. ed. São Paulo: RT, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda. Precedentes e evolução do direito. In: ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11-96.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro: de acordo com o CPC de 2015 e a Lei 13.256/16**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AMBROGI, Robert. **Is There a Future for Online Dispute Resolution for Lawyers?** Disponível em <<http://harvard.aci.info/view/14686f22ec819ff0146/154060c855a00150002>>. Acesso em: 17 mar. 2017.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil**: formas judiciais e alternativas de solução de conflitos na Inglaterra. Tradução Teresa Arruda Alvim. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAKE CAVALCANTE, Henrique Haruki. **A lógica do processo**: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro. Dissertação (Mestrado em Análise Econômica do Direito) – Universidade Católica de Brasília.

ARAÚJO, Luciano Vianna. A atipicidade dos meios executivos na obrigação de pagar quantia certa. **Revista de Processo**, v. 270, p. 123-138, 2017.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Análise econômica do direito no Brasil**: uma teoria à luz da teoria dos sistemas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ARENHART, Gabriela. Sucumbência parcial e recíproca no CPC/15 e a impossibilidade de compensação de verba honorária. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 497-505.

ARIELY, Dan. **Predicably Irrational**: The Hidden Forces that Shape our Decisions. New York: Haper, 2009.

ASHLEY, Kevin D. **Artificial Intelligence and Legal Analytics**: New Tools for Law Practice in the Digital Era. New York: Cambridge University, 2017. [Kindle].

ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 797 ao 823. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [Coleção “Comentários ao Código de Processo Civil”, v. 13. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero].

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: v. 1: parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: RT, 2015.

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro**: v. 2, t. 1: parte geral: institutos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE LAWTECHS E LEGALTECHS. Disponível em: <https://www.ab2l.org.br>.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. As tradições jurídicas de *civil law* e de *commow law*. In: FREIRE, Alexandre et. al. **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Salvador: JusPodivm, 2013.

ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. O princípio da inércia argumentativa diante de um sistema de precedentes em formação no direito brasileiro. **Revista de Processo**, v. 229, 2014.

AULIO, Rafael Stefaini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**, v. 163, p. 50-59, set. 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AXELROD, Robert. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Book, 1984.

AXELROD, Robert; HAMILTON William D. The Evolution of Cooperation. **Science**, new series, v. 211, n. 4.489, p. 1.390-1.396, 27 mar. 1981.

AZEVEDO CAMPOS, Carlos Alexandre de. **O estado de coisas inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

BABCOCK, Linda et al. Forming Beliefs About Adjudicated Outcomes: Perceptions of Risk and Reservation Values. **International Review of Law and Economics**, v. 15, n. 289, p. 289-303, 1995.

BABCOCK, Linda; LOEWENSTEIN, George. Explaining Bargaining Impasse: The Role of Self-Serving Biases. **Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 1, p. 109-126, inverno 1997.

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

BARBOSA MOREIRA, José Carlos, Efetividade do processo e técnica processual. In: **Temas de direito processual**. São Paulo, Saraiva, 1997, p. 17-30. [6. série].

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva. In: **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997. [6. série].

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Aspectos da “extinção do processo” conforme o art. 329 do CPC. **Revista de Processo**, v. 57, p. 198-205, jan./mar. 1990.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. In: **Temas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-13. [8. série].

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista de Processo**, v. 99, p. 153-164.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O neoprivalismo no processo civil. In: **Temas de direito processual civil**. São Paulo, Saraiva, 2007, p. 87-101. [9. série].

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**. São Paulo: Saraiva, 1989. [4. Série].

BARGH, John et al. Automaticity of Social Behavior: Direct Effects of Trait Construct and Stereotype Activation on Action. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 71, n. 2, p. 230-244, 1996.

BAR-GILL, Oren. **Law, Economics and Psychology**. Harvard Law School, 2017, Spring Term. [Material de aula].

BAR-GILL, Oren. **Seduction by contract: Law, Economics and Psychology in Consumer Markets**. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

BAR-GILL, Oren. The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation. **The Journal of Law, Economics & Organizations**, v. 22, n. 2, p. 490-507, 8 dez. 2005.

BAR-GILL, Oren. The Success and Survival of Cautious Optimism: Legal Rules and Endogenous Perceptions in Pre-Trial Settlement Negotiations. **Harvard Law and Economics Discussion Paper**. Cambridge, MA: Harvard Law School, n. 375, 8 ago. 2002.

BARON, J.; GREENE, J. D. Intuitions About Declining Marginal Utility. **Journal of Behavioral Decision Making**, n. 14, p. 243-255, 2001.

BARON, JONATHAN; GREENE, JOSHUA. Determinants of Insensitivity to Quantity in Valuation of Public Goods: Contribution, Warm Glow, Budget Constraints, Availability, and Prominence. **Journal of Experimental Psychology**, p. 107-125, 1996.

BARREIROS, Lorena Miranda dos Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

BARRETT, H. Clark et. al. Small-scale societies exhibit fundamental variation in the role of intentions in moral judgment. **PNAS**, v. 113, n. 17, abr. 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. Ética e jeitinho brasileiro: por que a gente é assim? **Consultor Jurídico**, 10 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-10/leia-integral-palestra-barroso-jeitinho-brasileiro>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

BARTON, Benjamin H.; BIBAS, Stephanos. **Rebooting Justice: More Technology, Fewer Lawyers and the Future of Law**. Nova York: Encounter Books, 2017.

BATESON, Melissa; NETTLE, Daniel; ROBERTS, Gilbert. Cues of Being Watched Enhance Cooperation in a Real-World Setting. **Biologic Letters**, v. 2, n. 3, p. 412-414, 22 set. 2006. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1686213>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BATTESINI, E.; BALBINETTO NETO, G.; TIMM, L. B. O movimento de direito e economia no Brasil. In: COOTER, R; ULEN, T. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre, Bookman, 2010.

BEBCHUK, Lucian A. 1988, Suing Solely to Extract a Settlement Offer. **Journal of Legal Studies**, n. 17, p. 437-450, 1988.

BEBCHUK, Lucian Arye. A New Theory Concerning the Credibility and Success of Threats to Sue. **The Journal of Legal Studies**, v. 25, n. 1, p. 1-25, jan. 1996.

BEBCHUK, Lucian Arye. Litigation and Settlement Under Imperfect Information. **The RAND Journal of Economics**, v. 15, n. 3, p. 404-415, outono 1984.

BEBCHUK, Lucian Arye; GUSMÁN, Andrew T. How Would You Like to Pay for That? The Strategic Effects of Contingent Fees and Retainer Arrangements on Settlement Terms. **Discussion Paper**. Cambridge, MA: Harvard Law School, Program in Law and Economics, n. 165, 1995.

BECHARA, Antonie; DAMASIO, Antônio R.; DAMASIO, Hanna; ANDERSON, Steven W. Insensitivity to Future Consequences Following Damage to Human Prefrontal Cortex. **Cognition**, n. 50, p. 7-15, 1994.

BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior**. Chicago; London: University of Chicago, 1976.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Efetividade do processo e técnica processual**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual? In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-40.

BEHAVIOURAL INSIGHTS TEAM. **Applying behavioural insights to reduce fraud, error and debt**. Disponível em: <http://38r8om2xjhhl25mw24492dir.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2015/07/BIT_FraudErrorDebt_accessible.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BELL, David E.; RAIFFA, Howard; TVERSKY, Amos. Descriptive, Normative, and Prescriptive Interactions in Decision Making. In: BELL, David E.; RAIFFA, Howard; TVERSKY, Amos (Eds.). **Decision Making**. Cambridge, UK: Cambridge University, 1988.

BENEDUZI, Renato. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 70 ao 187. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BENTHAM, **Introduction to the Principles of Morals and Legislation**. Oxford: Clarendon, 1907. [Reprodução da “A New Edition, corrected by the Author”, 1823]. Disponível em: <<http://econlib.org/library/Bentham/bnthPMLCover.html>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

BENTHAM, Jeremy. **A Fragment on Government**. London, 1776. Disponível em: <<http://www.efm.bris.ac.uk/het/bentham/government.htm>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no processo civil. **Revista de Processo**, v. 198, p. 455-462, 2011.

BICKEL, Esmée; VAN DIJK, Marian A. J.; GIEBELS, Ellen. **Online Legal Advice and Conflict Support: a Dutch Experience**. 2015. Disponível em: <http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/Online%20legal%20advice%20and%20conflict%20support_UTwente.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BIRKE, R.; FOX, C. R. Psychological Principles in Negotiating Civil Settlements. **Harvard Negotiation Law Review**, v. 4, n. 1, p. 1-57, primavera 1999.

BLACK, John; HASHIMZADE, Nigar; MYLES, Gareth. **A Dictionary of Economics**. 4 ed. Oxford: Oxford University, 2013. Disponível em: <<http://www.oxfordreference.com.ezpprod1.hul.harvard.edu/view/10.1093/acref/9780199696321.001.0001/acref-9780199696321-e-3417>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

BOAS, Franz. **Race, Language and Culture**. Chicago; London: University of Chicago, 1982. [1. ed., 1940].

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Uma análise econômica do direito do consumidor: como leis consumeristas prejudicam os mais pobres sem beneficiar os consumidores. **Economic Analysis of Law Review**, v. 8, n. 1, p. 114-142, jan-jun, 2017. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2870931>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BONAT, Debora. A expropriação de bens no processo de execução fiscal: o leilão judicial. In: SILVA, Paulo Eduardo Alves da; CUNHA, Alexandre dos Santos (Coords.). **Gestão e jurisdição caso da execução fiscal da União**. Brasília: IPEA, 2013, p. 61-78.

BONIZZZI, Marcelo José Magalhães. Primeiras impressões sobre a tutela do executado no novo código de processo civil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **O novo código de processo civil: questões controvertidas**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 283-294.

BORGES, Laryssa. A avalanche de processos que trava o tribunal mais importante do país. **Veja**, 7 out. 2013. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/politica/a-avalanche-de-processos-que-trava-o-tribunal-mais-importante-do-pais>> Acesso em: 06 maio 2017.

BORNE, Robert. **Civil Procedure: The Economics of Civil Procedure**. New York: Foundation, 2003.

BORNE, Robert. Rethinking the Day in Court Ideal and Nonparty Preclusion. **New York University Law Review**, v. 67, n. 2, p. 193-294, 1992.

BOSTROM, Nick. **Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

BOTOND Kostzegi; SZEIDL, Adam. A Model of Focusing in Economic Choice. **Quarterly Journal of Economics**, n. 128, p. 53-107, 2013.

BOTVINICK, Matthew M.; MARCH, Deana M.; BRAVE, Todd S.; CARTER, Cameron S.; COHEN, Jonathan D. Conflict Monitoring and Cognitive Control. **Psychological Review**, v. 108, n. 3, p. 624-652, 2001.

BOUCKAERT, Boudewijn; GEEST, Gerrit de (Eds.). **Encyclopedia of Law and Economics**. Cheltenham, UK; Northampton, Ma.: Edward Elgar, 2000. [5 volumes].

BOYD, Robert; RICHERSON, Peter J. Punishment Allows the Evolution of Cooperation (or Anything Else) in Sizable Groups. **Ethology and Sociobiology**, v. 13, p. 171-195, 1992.

BRAGA, Ricardo Peake. Publicidade na advocacia. **Migalhas**, 9 set. 2016. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245273,41046-A+publicidade+na+advocacia>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia grega**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1986, v. 1.

BRASIL. Banco Central. **Calculadora do cidadão**. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/CALCIDADAO/publico/corrigirPorIndice.do?method=corrigirPorIndice>>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/100-maiores-litigantes-justica-cnj.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes**. Brasília: CNJ, 2012. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 13 jun. 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em números 2016**: ano-base 2015. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: 24 abr. 2017.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Sinopse do censo demográfico de 2010**. Disponível em: <<https://censo2010.ibge.gov.br/sinopse/index.php?dados=12>>. acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Números da repercussão geral (situação atual detalhada). **Repercussão geral**: informações consolidadas. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=repercussaoInformacoesConsolidadas&pagina=repercussaoInformacoesConsolidadas>>. Acesso em 14 dez. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processos com repercussão geral reconhecida e mérito julgado, a cada ano, desde 2008. **Repercussão geral**: informações consolidadas. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaRepercussaoGeral&pagina=listas_rg>. Acesso em: 15 de junho de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Processos sobrestados em razão da repercussão geral**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=sobrestadosrg>>. Acesso em: 14 dez. 2017.

BREWSTER, Signe. I Spent a Week Living with Chatbots: Did All that Self-Help Help? **Wire Magazine**, 04 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.wired.com/story/my-week-with-chatbots>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRIGGS, Michael. **Civil Courts Structure Review**: Final Report, jul. 2016.

BRONSTEEN, John; BUCCAFUSCO, Christopher; MASUR, Jonathan S., **Hedonic adaptation and the settlement of civil lawsuits**. in Columbia Law Review, Oct, 2008, Vol.108(6), p.1516-1549.

BRONSTEEN, John; CHRISTOPHER Buccafusco; MASUR, Jonathan S. **Happiness and the Law**. Chicago: University of Chicago, 2015.

BRYNJOLFSSON, Erik; MCAFEE, Andrew. **The Second Machine Age**: Work, Progress, and Prosperity in a Time of Brilliant Technologies. New York: Norton, 2014.

BRYSON JUNIOR, A. E.; HO, Y. C. **Applied Optimal Control**: Optimization, Estimation, and Control. Waltham, MA: Blaisdell, 1969.

BULOW, Oskar Von, **La teoriade las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Tradução Miguel Angel Rosas. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1964.

BUNGE, Mário. **Teoria e realidade**. Tradução Gita K. Guisnburg. São Paulo: Perspectiva, 1974.

BURGER, Warren E. Isn't There a Better Way? **American Bar Association**, v. 68, p. 274-276, 1982.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**: entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis. Salvador: Juspodivm, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**: entre publicismo e privatismo. Tese (Livre-docência em direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antônio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo**, v. 126, p. 59-81, ago. 2005.

CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (collaborative law): “mediação sem mediador”. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.) **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Podivm, 2017, p. 709-726.

CALABRESI, Guido. About Law and Economics: A Let'er to Ronald Dworkin. **Hofstra Law Review**, v. 8, n. 3, p. 553-562, 1980.

CALABRESI, Guido. Fault, Accidentes and the Wonderful World of Blum and Kalven. **The Yale Law Journal**, v. 75, n. 2, p. 216-238, dez. 1965.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents**: A Legal and Economic Analisys. New Haven, CT: Yale University, 1970.

CALABRESI, Guido. **The Future of Law and Economics**. New Heaven, CT: Yale University, 2016.

CALABRESI, Guido. The Pointless of Pareto: Carrying Coase Further. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Eds.). **The Origins of Law and Economics**: Essays by the Founding Fathers. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2005, p. 168-198.

CALABRESI, Guido. Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules: A Comment. **Journal of Law and Economics**, n. 11, p. 67-74, 1968.

CALABRESI, Guido; SCHWARTZ, Kelvin. The Cost of Class Actions: Allocations and Collective Redress in the US Experience. **Euro Journal of Law and Economics**, n. 32, p. 169-183, 2011.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, advogados**. Tradução Ivo de Paula. São Paulo: Pilares, 2013. [E-book].

CALMON DE PASSOS, J. J. de. O recurso extraordinário e a emenda n. 3 do Regimento interno do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 1977.

CAMARA, Alexandre de Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Dimensão processual do princípio do devido processo constitucional. **Revista Iberoamericana da Derecho Procesal**, v. 1, p. 17-33, 2015.

CÂMARA, Alexandre. Honorários de sucumbência recursal. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 593-599.

CÂMARA, Alexandre. **Novo CPC reformado permite superação de decisões vinculantes**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/alexandre-camara-cpc-permite-superacao-decisoes-vinculantes>>. Acesso em: 17 maio 2017.

CÂMARA, Alexandre. Súmula da jurisprudência dominante, separação e modulação de efeitos no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 264, 2017.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 295-394.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Uniformização da jurisprudência e precedentes judiciais. **Revista dos Tribunais**, v. 978, p. 227-264, 2017.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Alina Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 64, p. 219-259, 2015.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Alina Regina das. Repercussão geral e PEC 209/2012. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 220, p. 183-206, 2013.

CAMERER, Colin F. **Behavioral Game Theory: Experiments in Strategic Interaction**. New York. Princeton University Press, 2003.

CAMERER, Colin F. Progress in Behavioral Game Theory. **The Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 4, p. 167-188, outono 1997.

CAMUS, Albert. **O mito de Sísifo**: ensaio sobre o absurdo. Rio de Janeiro: Guanabara, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso à justiça e a função do jurista em nossa época. **Revista de Processo**, v. 61, p. 144-160, jan./mar. 1991.

CARBON, Claus-Christian; HESSLINGER, Vera M. Cues-of-Being-Watched Paradigm Revisited. **Swiss Journal of Psychology**, v. 70, n. 4, p. 203-210, 2011, 2006.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CARNERLUTTI, Francesco, **Lezioni di diritto processuale civile**. Padova: Cedam, 1933, v. 2.

CASAGRANDE, Daniel Alberto. Apropriação indébita previdenciária: bem jurídico, causas de justificação, autoria e extinção da punibilidade à luz da *law and economics*. In: TANGERINO, Davi de Paiva Costa; GARCIA, Denise Nunes (Coords.). **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 279-305.

CASTRO, Alexandre Samy de. **A relação entre a celeridade processual e a qualidade das sentenças judiciais. Ensaios sobre o poder judiciário no Brasil**, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11239/TESE_SAMY_2013.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 mar. 2017.

CHUAIARI, Silvia Helena. Assistência jurídica e serviço social: reflexões interdisciplinares. **Serviço Social e Sociedade**. São Paulo: Cortez, v. 22, n. 67, p. 124-132, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 279-280.

CLERMONT, Kevin M.; CURRIVAN, John D. Improving on the Contingent Fee. **Cornell Law Review**, v. 63, n. 4, p. 529-639, 1978.

COASE, Ronald H. The Lighthouses in Economics. **Journal of Law & Economics**, v. 17, n. 2, p. 357-376, out. 1974.

COASE, Ronald H. The nature of the firm. **Economics**, new series, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

COASE, Ronald. The Problem of Social Costs. **Journal of Law and Economics**, v. 3, p. 1-44, out. 1960.

COELHO, Caio Godeguez Rodrigues. Negociação em processos judiciais: uma análise sob a teoria dos jogos. **Revista de Direito Empresarial**, v. 2, n. 3, p. 219-232, maio 2014.

COHEN, Jonathan D.; MILLER, Earl K. An Integrative Theory of Prefrontal Cortex Function. **Annual Review of Neuroscience**, v. 24, p. 167-202, 2001.

COOTER, Robert D. Lapses, Conflict, and Akrasia in Torts and Crimes: Towards an Economic Theory of the Will. **International Review of Law and Economics**, v. 11, n. 2, p. 149-164, 1991.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.

COPELAND, Michael, 2016. What's the Difference Between Artificial Intelligence, Machine Learning, and Deep Learning? **NVIDIA**, 29 jul. 2016. Disponível em: <<https://blogs.nvidia.com/blog/2016/07/29/whats-difference-artificial-intelligence-machine-learning-deep-learning-ai/>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CORDEIRO, António Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Litigância de má-fé: abuso do direito de ação e culpa in agendo**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2014. [Saraiva/Lev].

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. A Reclamação para os Tribunais Superiores no Novo CPC, com as alterações da Lei 13.256/2016. **Revista de Processo**, v. 257, p. 347-358, 2016.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Vinculação a precedente e livre conhecimento judicial. **Revista de Processo**, v. 266, p. 447-480, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. Tese (Doutorado em Direito Processual Civil) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

COSTA, João Ricardo dos Santos (Coord.); JUNKES, Sérgio Liz (Co-coord.); SADEK, Maria Teresa (Coord. científica). **O uso da justiça e o litígio no Brasil**. AMB, 2013 Disponível em: <<https://d2f17dr7ourrh3.cloudfront.net/wp-content/uploads/2015/08/O-uso-da-Justiça-e-o-lit%C3%ADgio-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

COX, Adam B; MILES, Thomas J. Legitimacy and Cooperation: Will Immigrants Cooperate with Local Police who Enforce Federal Immigration Law? **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, n. 734, 2015. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/769>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CRAMER, Ronaldo. **Precedentes judiciais, teoria e dinâmica**. São Paulo: Forense, 2016.

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

CUNHA Alexandre dos Santos; KLIN, Isabela do Valle; PESSOA, Olívia Alves Gomes. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional**. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5751/1/NT_n01_Custo-tempo-processo-execucao_Diest_2011-nov.pdf>. Acesso em: 06 maio 2017.

CUNHA, Alexandre dos Santos, Execução fiscal na Justiça Federal. In: ENCONTRO DE PESQUISA EMPÍRICA EM DIREITO, 1. Ribeirão Preto, 29-30 set. 2011. SILVA, Paulo Eduardo Alves da; CUNHA, Alexandre dos Santos (Coords.). **Pesquisa empírica em direito: anais**. Rio de Janeiro: IPEA, 2013.

CUNHA, Alexandre dos Santos; VALLE, Isabela do; PESSOA, Klin Olívia Alves Gomes. **Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Nota técnica**. IPEA: Brasília, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 3. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. O processo civil no estado constitucional e os fundamentos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 209, p. 349-374, jul. 2012.

CUNNINGHAM, William A. et al. Separable Neural Components in the Processing of Black and White Faces. **Psychological Science**, v. 15, n. 12, p. 806-813, 2004.

CUSHMAN, D.; YOUNG, L.; HAUSER, M. The Role of Conscious Reasoning and Intuition in Moral Judgment: Testing Three Principles of Harm. **Psychology Science**, v. 17, n. 12, p. 1.082-1.089, 2006.

CUSHMAN, F. A.; GREENE, J. D. The Philosopher in the Theater. In: MIKULINCER, M.; SHAVER, P. R. (Eds.). **Social Psychology of Morality: The Origins of Good and Evil**. APA, 2011. Disponível em: <http://cushmanlab.fas.harvard.edu/docs/cushman&greene_2011b.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

CUSHMAN, Fiery et al. Judgment Before Principle: Engagement of the Frontoparietal Control Network in Condemning Harms of Omission. **Social Cognitive and Affective Neuroscience**, v. 7, n. 8, p. 888-895, nov. 2012.

CUSHMAN, Fiery et al. Simulating Murder: The Aversion to Harmful Action. **Emotion**, v. 12, n. 1, p. 2-7, 2012. Disponível em: <https://cushmanlab.fas.harvard.edu/docs/cushman_gray_gaffey&mendes_2012.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2017.

DAGAN, Hanoch. The Realist Conception of Law. **University of Toronto Law Journal**, v. 57, n. 3, p. 607-660, verão 2007.

DAMASIO, Antônio. **Descartes' Error: Emotion, Rationality and the Human Brain.** New York: Penguin; Grosset, 1994. [Kindle].

DAMASKA, Mirjan. **The Faces of Justice and the State Authority: A Comparative Approach to the Legal Process.** London; New Haven: Yale University, 1986. [Kindle edition].

DAMATTA, Roberto, **A casa e a rua: espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAMATTA, Roberto, **Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro.** 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DAMATTA, Roberto. **O que faz do Brasil, Brasil?** Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DANA, Remus; FRANK, Levi. **Can Robots be Lawyers? Computers, Lawyers, and the Practice of Law,** 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2701092>. Acesso em: 16 fev. 2018.

DANKS, David; LONDON, Alex John. Algorithmic Bias in Autonomous Systems. In: INTERNATIONAL JOINT CONFERENCE ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE, 26. **Proceedings**, 2017.

DANTAS, Bruno. (In)consistência jurisprudencial e segurança jurídica: o “novo” dever dos tribunais no Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 41, n. 262, p. 323-344, dez. 2016.

DE FAZIO, César Cipriano, Honorários advocatícios e sucumbência recursal, In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios.** 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 621-633.

DE MEZA, David. Coase Theorem. In: NEWMAN, Peter (Ed.). **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law.** New York, Stockton Press, 1998. v. 1, p. X-Y.

DESVOUSGES, William H. et al. **Measuring Nonuse Damages Using Contingent Valuation: An Experimental Evaluation of Accuracy.** 2. ed. Research Triangle Park, NC: RTI, 2010. Disponível em: <https://www.rti.org/sites/default/files/resources/bk-0001-1009_web.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2018.

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

DICARLO, J. J.; ZOCCOLAN, D.; RUST, N. C. How Does the Brain Solve Visual Object Recognition? **Neuron**, n. 73, p. 415-434, 2012.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português.** Coimbra: Coimbra, 2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**, v. 127, p. 75-79, 2005

DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**, v. 198, p. 213-226, 2011.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**: v. 3: o processo nos tribunais, recursos e ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. Salvador, JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; PEIXOTO, Ravi. Editorial 191: o art. 489, §1º, do CPC e a sua incidência na postulação dos sujeitos processuais: um precedente do STJ. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/editorial/editorial-191>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

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

DIDIER JUNIOR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz histórica do Direito Brasileiro. **Revista de Processo Comparado**, v. 1, n. 2, p. 99-120, jul./dez. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo, Malheiros, 2000. 14. ed. São Paulo, MALHEIROS, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: v. 1. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: v. 2. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: v. 3. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Reflexões sobre direito e processo. **Revista dos Tribunais**. RT v. 432, n. 23, out. 1971. [Republicado em **Doutrinas Essenciais de Processo Civil**, v. 1., p. 543-566, out. 2011].

DINAMARCO, Cândido Rangel; CAMBI, Eduardo, HAAS, Adriane; SCHIMITZ, Nicole. Princípio da cooperação processual e o novo CPC. **Revista dos Tribunais**, v. 984, p. 345-384, out. 2017.

DIXIT, Avinash K.; NALEBUFF, Barry J. **Thinking Strategically: The Competitive Edge in Business, Politics, and Everyday Life**. New York: W.W. Norton, 1991.

DONNINI, Rogério José Ferraz. *Bona fides*: do direito material ao processual. **Revista de Processo**, v. 251, p. 113-126, 2016.

DREBER, Anna et. all. Winners Don't Punish. **Nature**, v. 452, 20 mar. 2008.

DUTTA, Prajit K. **Strategies and Games**: Theory and Practice. Cambridge, MA: MIT, 1999.

DUXBURY, Neil. **Patterns of American Jurisprudence**. Oxford: Clarendon, 1995.

DVORSKY, George. IBM's Watson Can Now Debate Its Opponents. **io9**, 5 maio 2014. Disponível em: <<https://io9.gizmodo.com/ibms-watson-can-now-debate-its-opponents-1571837847>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

DWORKIN, Ronald. Is Wealth a Value? **Journal of Legal Studies**, v. 9, n. 2, p. 191-226, 1980.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Cambridge: Harvard University, 1986.

DWORKIN, Ronald. Principle, Policy, Procedure. In: **A Matter of Principle**. Cambridge: Harvard University, 1985, p. 72-103.

É PRECISO estabelecer como meta uma razoável duração do processo. **Consultor Jurídico**, 5 set. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-05/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

EASTERBROOK, Frank. The Supreme Court, 1983 Term: The Court and the Economic System. **Harvard Law Review**, v. 98, p. 4-60, 1984.

ECKHOLM, Erik. Harvard Law Library Readies Trove of Decisions for the Digital Age. **New York Times**, 28 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2015/10/29/us/harvard-law-library-sacrifices-a-trove-for-the-sake-of-a-free-database.html>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

EGGERTSSON, Thráinn. Neoinstitucional Economics. In: NEWMAN, Peter (Ed.). **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**. New York: Stockton, 1998, v. 2, p. 665-666.

EHRlich, Isaac; POSNER, Richard A. **An Economic Analysis of Legal Rulemaking**, 3 J. Legal Stud. 257, 265 (1974)

ELLICKSON, Robert C. **Order Without Law**: How Neighbors Settle Disputes, Cambridge: Harvard University, 1991.

ELLINGSEN, T. et. al. **Civic Capital in Two Cultures: The Nature of Cooperation in Romania and USA.** 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2179575>. Acesso em 20 ago. 2017.

ELSTER, Jon. **Introduction in Deliberative Democracy.** Cambridge, UK: Cambridge University, 1988.

EMANUEL, Steven L. **Civil Procedure.** 25. ed. New York: Wolters Kluwer, 2015.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. **The University of Chicago Law Review**, v. 69, n. 1, 2002.

EPSTEIN, Lee; MARTIN Andrew D. An Introduction to Empirical Legal Research. Oxford, UK: Oxford University, 2014.

EPSTEIN, Richard A. **Simple Rules for a Complex World.** Cambridge: Harvard University, 1995.

EUROPA. Comissão Europeia. **Painel de avaliação da Justiça na UE de 2016:** perguntas e respostas. Disponível em: <http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-16-1285_pt.htm>. Acesso em: 30 jan. 2017.

EUROPEAN MASTER IN LAW & ECONOMICS. Disponível em: <<https://www.emle.org>>. Acesso em: 3 fev. 2018.

EXPOSTO à internet, robô da Microsoft vira racista em 1 dia. **Revista Veja**, 24 mar. 2016. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/tecnologia/exposto-a-internet-robo-da-microsoft-vira-racista-em-1-dia>> Acesso em: 16 fev. 2018.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil comentado.** Rio de Janeiro: Gen; Forense, 2010.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. I relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro, v. 262, p. 399-452, jan./abr. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/8913/7819>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. 5. ed. São Paulo, Globo, 2012.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica:** direito e conjuntura. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. [E-book]. 1. ed., 2008.

FARIA, Márcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional:** em busca de um modelo de juiz leal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FARNSWORTH, Ward. **Do Parties to Nuisance Lawsuits Bargain After Judgment? A Glimpse Inside the Cathedral**, in *The University of Chicago Law Review*, 66, pg 373 e sgts., 1998)

FARNSWORTH, Ward. **The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking About the Law**. London: University of Chicago, 2007.

FARNSWORTH, Ward; POSNER, Eric. Agency. In: FARNSWORTH, Ward. **The Legal Analyst: A Toolkit for Thinking About the Law**. London. The University of Chicago Press, 2007, p. 87-99.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Tradução Eliane Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERGUSON, Adam. **An Essay on the History of Civil Society**. 5. ed. London: T. Cadell, 1782. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/ferguson-an-essay-on-the-history-of-civil-society>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

FERNANDES, Jorge Luiz. Os deveres dos sujeitos processuais no processo cooperativo: as partes devem cooperar entre si? In: **O novo Código de Processo Civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 152-177.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. A prática jurídica em tempos exponenciais: a tecnologia chegou no direito para ficar. **Jota**, 4 out. 2015. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/a-pratica-juridica-em-tempos-exponenciais-04102017>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

FERRARI, Isabela; BECKER, Daniel. Algoritmos e preconceito. **Jota**, 12 dez. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/artigos/algoritmo-e-preconceito-12122017>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

FERRAZ, Roberto. A macrológica do direito econômico e o processo civil: a lógica diferenciada das Ações Cíveis Públicas. **Revista de Processo**, v. 156, p. 357-374, fev. 2008.

FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. Precedentes judiciais e separação de poderes. **Revista de Processo**, v. 40, n. 247, p. 423-448, set. 2015.

FINCH, Victor. **Smart Contracts: The Essential Quick & Easy Blueprint to Understand Smart Contracts and Be Ahead of Competition: Get Your Smart Edge Now!** Auva, 2017. [Kindle].

FISS, Owen M. Against Settlement. **Yale Law Journal**, v. 93, p. 1.073-1090, 1983-1984.

FISS, Owen M. The Allure of Individualism. **Iowa Law Review**, v. 78, p. 965-979, 1992-1993.

FISS, Owen M. The Supreme Court, 1978 Term-Foreword: The Forms of Justice. **Harvard Law Review**, v. 93, n. 1, 1979.

FLOOD, Collen M. New Zealand's No-Fault Accident Compensation Scheme: Paradise or Panacea? **Helath Law Review**, v. 8, n. 3, 2014.

FOOT, Philippa, The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect. **Oxford Review**, n. 5, p. 5-15, 1967.

FORMSWIFT. Disponível em: <<https://formswift.com>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

FRANKISH, Keith. Dual-Process and Dual-System Theories of Reasoning. **Philosophy Compass**, v. 5, n. 10, p. 914-926, 2010.

FREDERICK, Shane; LOEWENSTEIN, George. Hedonic Adaptation. In: KAHNEMAN, Daniel; DIENER Ed; SCHWARZ Norbert (Eds.). **Well-Being: The Foundations of Hedonic Psychology**. New York: The Russell Sage Foundation, 1999, p. 302-329.

FREDERIKSON, Barbara L. The Role of Positive Emotions in Positive Psychology: The Broaden-and-Build Theory of Positive Emotions. **American Psychologist**, v. 56, n. 3, p. 218-226, 2001.

FREIRE, Alonso. O pêndulo de Posner. **Revista Pensamento Jurídico da FADISP**, v. 8, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://www.fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/21>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

FREITAS, José Lebre. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2006.

FRIEDMAN, Lawrence M. **Impact: How Law Affects Behavior**. Cambridge, MA; London: Harvard University, 2016.

FRIENDLY, Henry. Some Kind of Hearing. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 123, n. 6, p. 1.267-1.317, jun. 1975.

FULLER, Lon L. **The forms and limits of adjudication, in** Harvard Law Review, vol 92, n. 2, p. 353-409, 1978.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Supremo em números**. Disponível em: <<http://www.fgv.br/supremoemnumeros>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

GACHTER Simon; FEHR, Ernest. Cooperation and Punishment in Puplic Goods Experiments. **The American Economic Review**, v. 90, n. 4, p. 980-994, set. 2000.

GACHTER, Simon; RENNER Elke; SEFTON, Martin, The Long-Rum Benefits of Punishment. **Science**, v. 322, n. 5907, pp. 151005 Dec 2008: Vol

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Considerações acerca da compreensão do modelo de vinculação às decisões judiciais: os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, v. 41, n. 257, p. 343-370, jul. 2016.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Art. 81. In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 270-283.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O modelo presidencial cooperativista e os poderes e deveres do juiz no novo CPC. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **O novo código de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 135-154.

GAROUPA, Nuno. A análise econômica do direito como instrumento de reforço da independência do Judiciário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 37, p. 81-87, jul./set. 2007.

GAROUPA, Nuno; OBIDZINSKI, Marie. The Scope of Punishment: An Economic Theory. **European Journal of Law and Economics**, no prelo; **University of Illinois Law and Economics Working Papers**, n. LE10-016; **Illinois Public Law Research Paper**, n. 10-28. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635964>. acesso em 27/07/2017.

GAZAL-AYAL, Oren, Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel. **Review of Law & Economics**, v. 3, n. 2, p. 485-486, 2017.

GAZZANIGA, Michael. One Brain or Two? The Split Brain in Man. **Scientific American**, v. 217, n. 2, p. 24-29, 1967.

GEORGE, Tracey E. An Empirical Study of Empirical Legal Scholarship. **Indiana Law Journal**, v. 81, n. 1, p. 141-161, 2006.

GERRIT, Antonides; GROOT, I. Manon de; FRED, W. van Raaij. Mental Budgeting and the Management of Household Finance. **Journal of Economic Psychology**, v. 32, n. 4, p. 546-555, 2011.

GIBBONS, Robert, **Game Theory for Applied Economists**. New Jersey, Princeton University, 1992.

GICO JUNIOR; Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo – RDA**. Rio de Janeiro, v. 267, p. 163-198, set./dez. 2014.

GINSBURG Tom; HOETKER Glenn, The Unreluctant Litigant: An Empirical Analysis of Japan's Turn to Litigation. **Journal of Legal Studies**, v. 35, n. 1, p. 31-59, 2006.

GOLDSCHMIT, James. **Direito processual civil**. Tradução, revisão e adaptação Ricardo Rodrigues Gama. Curitiba: Juruá, 2003.

GOMMA de Azevedo, André (Ed.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

GOMMA de Azevedo, André. Institutos da conciliação e da mediação nunca foram tão valorizados. **Consultor Jurídico**. Retrospectiva 2016, 30 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-dez-30/retrospectiva-2016-conciliacao-mediacao-nunca-foram-tao-valorizadas>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A dedução de pedido ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso como hipótese de litigância de má-fé e a concessão da tutela provisória de evidência. **Revista de Processo**, v. 264, p. 127-154, 2017.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, v. 172, p. 32-53, 2009.

GRANOVETTER, Mark S. The Strength of Weak Ties. **American Journal of Sociology**, v. 78, n. 6, p. 1.360-1.380, maio 1973.

GRAVES, Alex et. al. Hybrid Computing Using a Neural Network with Dynamic External Memory. **Nature**, v. 538, p. 471-476, out. 2016.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.

GRECO, Leonardo. **O processo de execução**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1.

GREENE, Joshua D. **Evolving Morality**: From Primordial Soup to Superintelligent Machines. [PSY 1002]. Harvard College, primavera 2017. [Material de aula].

GREENE, Joshua D. **Moral Tribes**: Emotion, Reason and the Gap Between Us and Them. New York: Penguin Books, 2013.

GREENE, Joshua D. The Rat-a-gorical Imperative: Moral Intuition and the Limits of Affective Learning. **Cognition**, no prelo [aceito 6 mar. 2017]. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/54763f79e4b0c4e55ffb000c/t/594d6a53a5790aaf1207eb76/1498245716080/greene-rat-a-gorical-cogn-17.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

GREENE, Joshua D.; INDIA, Morrison. Introduction. In: GREENE, Joshua; INDIA Morrison (Coords.). **Positive Neuroscience**. Oxford: Oxford University, 2016, p. 1-3.

GREENE, Joshua D.; MORELLI, Sylvia A.; LOWENBERG, Kelly; NYSTROM, Leigh E., COHEN, Jonathan D. Cognitive Load Selectively Interferes with Utilitarian Moral Judgment. **Journal of Cognitive Neuroscience**, v. 22, n. 8, p. 1.888-1.899.

GREENE, Joshua D.; NYSTROM, Leight E.; ENGELL, Andrew D.; DARLEY, John M.; COHEN, Johantan D. The Neural Bases of Cognitive Conflict and Control in Moral Judgment. **Neuron**, v. 44, p. 389-400, 14 out. 2004.

GREENE, Joshua D.; SOMMERVILLE, Brian; NYSTROM Leigh E.; DARLEY John M.; COHEN, Jonathan D. An fMRI Investigation of Emotional Engagement in Moral Judgment. **Science**, n. 293, p. 2.105-2.108, 14 set. 2001.

GREENGARD, Samuel. **The Internet of Things**. Cambridge; London: MIT, 2015. The MIT Press Essential Knowledge Series. [Kindle].

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução Ronaldo Kochem. **Revista de Processo**, v. 206, p. 123-134, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e “par condicio” na ótica do processo e estrutura cooperatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Novas tendências do direito processual**. São Paulo: Forense Universitária, 1986, p. 1-22.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA, Caetano (Coords.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 1-5.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. **Revista de Processo**, v. 226, p. 115-145, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: RT, 2003.

GUERREIRO, Júlia de Castro. Uma discussão democrática da autonomia jurídica: a análise econômica do direito no estado constitucional. **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, v. 2, n. 2, p. 122-151, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista2/discussaoJulia.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

GUPPY, Andrew. Subjective Probability of Accident and Apprehension in Relation to Self-Other Bias, Age, and Reported Behavior. **Accident Analysis & Prevention**, v. 25, p. 375-382, 1993.

GUTH, Werner. An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining. **Journal of Economic Behavior & Organization**, v. 3, n. 4, p. 367-388, dez. 1982.

HAL R. Arkes; BLUMER, Catherine. The Psychology of Sunk Costs. **Organizational Behavior and Human Decision Processes**. Ohio University, v. 35, p. 124-140, 1985.

HALEY, Kevin; FESSLER, Daniel. Nobody's Watching? Subtle Cues Affect Generosity in an Anonymous Economic Game. **Evolution and Human Behavior Journal**, v. 26, n. 3, p. 245-256, maio 2005.

HALPERN, P. J.; TURNBULL, S. M. Legal Fees and Alternate Cost Rules: An Economic Analysis. **International Review of Law and Economics**, v. 3, n. 1, p. 3-26, 1983.

HAMLIN, J. Kinley; WYNN, Karen et al. How Infants and Toddlers React to Antisocial Others. **Proceedings of the Nacional Academy of Sciences**, v. 108, n. 50, p. 19.931-19.936, 2011.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. **Science**, new series, v. 162, n. 3.859, p. 1.243-1.248, 13 dez. 1968.

HARGREAVES HEAP, Shaun P.; VAROUFAKIS, Yanins. **Game Theory: A Critical Introduction**. New York: Routledge, 1995.

HARZARD JUNIOR, Geoffrey; TARUFFO, Michele; STRUNER, Rolf; GIDI, Antonio. Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure. **Texas International Law Journal**, v. 33, n. 3, p. 499-541, verão 1998.

HASTINGS, Justine S.; SHAPIRO, Jesse M. Fungibility and Consumer Choice: Evidence from Commodity Price Shocks. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 128, n. 4, p. 1.449-1.498, 2103.

HAUSER, Marc; CUSHMAN, Fiery; YOUNG, Liane; JIN, Kang-Xing; MIKHAIL, John. A Dissociation Between Moral Judgments and Justifications. **Mind & Language**, v. 22, n. 1, fev. 2007.

HAY, Bruce L. Procedural Justice-Ex Ante v. Ex Post. **UCLA Law Review**, v. 44 p. 1.803-1850, 1997.

HAY, Bruce; ROSENBERG, David. The Individual Justice of Averaging. **Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series**, n. 285, 7 jun. 2000. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/285>. Acesso em: 16 fev. 2018.

HAY, Bruce; SPIER, Katheryn E. Settlement of Litigation. In: NEWMAN, Peter (Ed.). **The New Palgarve Dictionary of Economics and the Law**. New York: Stockton, 1988, v. 3.

HAYEK. F. A. **The Sensory Order**. Chicago: University of Chicago, 1952.

HEAP, Shaun Hargreaves; VAROUFAKIS, Yanis. **Game Theory: A Critical Introduction**. London: Routledge, 1995.

HELLAND, Eric; KLINK Jonathan, The Effect of Judicial Expedience on Attorney Fees in Class Actions. **Journal of Legal Studies**, v. 36, p. 171-187, 2007.

HENRICH, Joseph. **The Secret of Our Success: How Culture Are Driving Human Evolution, Domesticating our Species, and Making us Smarter**. Cidade: Princeton University, 2016.

HENRICH, Joseph; BOYD, Robert et al. In Search of Homo Economicus: Behavioral Experiments in 15 Small-Scale Societies. **The American Economic Review**, v. 91, n. 2, p. 73-78, maio 2001.

HENRICH, Joseph; MCELREATH, Richard; BARR, Abigail et al. Costly Punishment Across Human Societies. **Science**, v. 312, p. 1.767-1.770, 2006.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La Garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano em sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. **Revista del Centro de Estudios Constitucionales**. Universidad de Talca, v. 1, n. 1, 2003.

HERRMANN, Benedikt et al. Antisocial Punishment Across Societies. **Science**, v. 319, p. 1.362-1.367, 7 mar. 2008.

HERSHEY, John C.; BARON, Jonathan. Outcome Bias in Decision Evaluation. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 54, p. 569-579, 1988

HICKS, J. R. The Foundations of Welfare Economics. **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696-712, dez. 1939.

HOBBS, Thomas. **Leviathan: Or the Matter, Forme, & Power of a Common-Wealth Ecclesiastical and Civil**. London: Andrew Crooke, at the Green Dragon in St. Pauls Church-yard, 1651. [Prepared for the McMaster University Archive of the History of Economic Thought, by Rod Hay]. Disponível em: <<https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/hobbes/Leviathan.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. 27. ed., 2014.

HOLT, Charles A., and Susan K. Laury. 1997. Classroom Games: Voluntary Provision of a Public Good. **Journal of Economic Perspectives**, v. 11, n. 4, p. 209-215.

HOLZHAUER, Rudi W. & TEIJL, Rob. **Law and Economics in the Netherlands**, in **ENCYCLOPEDIA OF LAW AND ECONOMICS** 274, 275. (Boudewijn Bouckaert & Gerrit De Geest eds, 2000). Disponível em <http://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0355-law-and-economics-in-the-netherlands.pdf>. Acesso em 14/03/2017.

HOTELLING, Harold. The Economics of Exhaustible Resources. **Journal of Political Economy**, v. 39, n. 2, p. 137-175, abr. 1931.

HUANG, Bert I. Book Review: Law and Moral Dilemmas. **Harvard Law Review**, v. 130, p. 659-699, dez. 2016.

HUBBARD, William H. J. An Empirical Study of the Effect of Shady Grove v. Allstate. **Journal of Law Economics and Policy**, v. 10, p. 152-172, 2013.

HUBBARD, William. The Empirical Effects of Twombly and Iqbal. **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, n. 773, 2016. Disponível em: <http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2479&context=law_and_economics>. Acesso em: 2 de ago. 2016.

HUBEL, D. H.; WIESEL, T.N. Receptive Elds of Single Neurones in the Cat's Striate Cortex. **The Journal of Physiology**. London, v. 148, p. 574-591, 1959.

HUME, David. **A Treatise of Human Nature**, 1739. [Kindle]. Reprinted from the original edition in three volumes and edited, with an analytical index, by L.A. Selby-Bigge, M.A. Oxford: Clarendon, 1896. Disponível em: M<https://people.rit.edu/wlrgsh/HumeTreatise.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

ISRANI, Ellora. Algorithmic Due Process: Mistaken Accountability and Attribution in State v. Loomis. **JOLT Digest**, 31 ago. 2017. Disponível em: <<http://jolt.law.harvard.edu/digest/algorithmic-due-process-mistaken-accountability-and-attribution-in-state-v-loomis-1>>. Acesso em: 12 set. 2017.

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

JOLLS, Christine. Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules. Symposium: The Legal Implications of Psychology: Human Behavior, Behavioral Economics, and the Law. **Vanderbilt Law Review**, v. 51, n. 6, p. 1.653-1.677, nov. 1998. [Peer Reviewed Journal].

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

JOLLS, Christine. On Law Enforcement with Boundedly Rational Actors. **Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series**, n. 494, set. 2004.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R; THALES, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. **Stanford Law Review**, v. 50, n. 5, p. 1.471-1.550, 1998.

JONES, Owen D.; SCHALL, Jeffrey D.; SHEN, Francis X. **Law and Neuroscience**. New York: Wolters Kluwer, 2014. [Kindle]. Aspen Casebook Series.

JUNG, Kiju; SHAVITT, Sharon; VISWANATHAN, Madhu; HILBE, Joseph M. Female Hurricanes are Deadlier. **PNAS**, v. 111, n. 24, p. 8.782-8.787, jun. 2014.

JURIDOC. **Abrir uma sociedade limitada.** Disponível em: <<https://www.juridoc.com.br/abrir-uma-empresa/abrir-uma-sociedade-ltda-limitada>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

KAHNEMAN, Daniel. **Thinking: Fast and Slow.** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011. [Kindle].

KAHNEMAN, Daniel; KLEIN, Gary. Conditions for Intuitive Expertise: A Failure to Disagree. **American Psychologist**, v. 64, n. 6, p. 515-526, 2009. [Peer Reviewed Journal].

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Anomalies: The Endowment Effect, Loss Aversion, and Status Quo Bias. **The Journal of Economic Perspectives**, v.5, n. 1, p. 193-206, inverno 1991.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem. **Journal of Political Economy**, v. 98, p. 1325, 1990.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Fairness and the Assumptions of Economics. **The Journal of Business**, v. 59, n. 4, p. S285–S300, 1986.

KAHNEMAN, Daniel; LOVALLO, Dan. Delusions of success. How Optimism Undermines Executives' Decisions. **Harvard Business Review**, v. 81, n. 7, p. 56-63, jul. 2003.

KAHNEMAN, Daniel; NOVEMSKY, Natham, The Boundaries of Loss Aversion. **Journal of Marketing Research**, v. 42, p. 119–128, maio 2005.

KAHNEMAN, Daniel; SHANE Frederick. Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN Daniel (Eds.). **Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment.** Cambridge: Cambridge University, 2002, p. 49-81.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos, Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. In: KAHNEMAN, Daniel, SLOVIC, P.; TVERSKY Amos (Eds.), **Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases.** New York, Cambridge University, 1982

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. A Heuristic for Judging Frequency and Probability. **Cognitive Psychology**, v. 5, p. 207-232, 1973.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgement Under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science**, v. 185, n. 4.157, p. 1.124-1.131, 27 set. 1974.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, v. 47, n. 2, p. 263-291, mar. 1979.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549-552, set. 1939.

KANT, Immanuel. **Fundamental Principles of the Metaphysics of Morals**. Tradução Thomas Kingsmill Abbot. [Kindle]. The ultimate collected works of 14 book.

KAPLOW, Louis. Information and the Aim of Adjudication: Truth or Consequences? **Stanford Law Review**, v. 67, n. 6, p. 1.303-1.371, 2015.

KAPLOW, Louis. The Value of Accuracy in Adjudication: An Economic Analysis. **The Journal of Legal Studies**, v. 23, p. 307-401, 1994.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Any Non-Individualistic Social Welfare Function Violates the Pareto Principle**. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/253.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness Versus Welfare**. Cambridge, MA; London: Harvard University, 2002.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness Versus Welfare. **Harvard Law Review**, v. 114, n. 4, p. 961-1.390, fev. 2001.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income. **Journal of Legal Studies**, n. 33, p. 667-681, 1994.

KATSH, Ethan; RABINOVICH-EINY, Orna. **Digital Justice**. Nova York: Oxford University, 2017.

KATZ, A. **Foundations of the Economic Approach of Law**. New York; Oxford, UK: Oxford University Press, 1998.

KATZ, Avery, The Effect of Frivolous Lawsuits on the Settlement of Litigation. **International Review of Law and Economics**, v. 10, n. 1, p. 3-27, 1990.

KECK, Thomas M. Party Politics or Judicial Independence? The Regime Politics Literature Hits the Law Schools. **Law & Society**, n. 32, p. 511-528, 2007.

KELLAND, Kate, Neuroscience in Court: My Brain Made Me Do It. **Reuters**, 29 ago. 2012. Disponível em: <<https://www.reuters.com/article/us-neuroscience-crime/insight-neuroscience-in-court-my-brain-made-me-do-it-idUSBRE87S07020120829>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

KELLING, George L.; COLES, Catherine M. **Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities**. New York: Simon and Schuster, 1997.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. Broken Windows: The Police and Neighborhood Safety. **Atlantic Monthly**, n. 249, p. 29-38, 1982.

KERN, Christoph. Percepção, performance e política: recentes formas de abordagem da comparação qualitativa dos sistemas de justiça civil. **Revista de Processo**, v. 36, n. 198, p. 321-385, ago. 2011.

KESSLER Daniel P.; RUBINFELD, Daniel L. **Empirical Study of the Civil Justice System**. In: A. Mitchell Polinsky and Steven Shavell (Eds.). **Handbook of Law and Economics**. New York: Elsevier, 2007, v. 1, p. 343-402.

KIM, Iljoong; KIM, Jaehong. Frivolous Suits in the Infinitely-Repeated Litigation Game With Uncertainty. **Hitotsubashi Journal of Economics**, v. 56, n. 1, p. 21-33, jun. 2015.

KNUTSON, Brian et al. Neural Antecedents of the Endowment Effect. **Neuron**, n. 58, p. 814-822, 12 jun. 2008. Disponível em: <https://www.academia.edu/2839853/Neural_antecedents_of_the_endowment_effect>. Acesso em: 16 fev. 2018.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). **Revista de Processo**, v. 251, p. 75-111, 2016.

KOROBKIN, Russell; GUTHRIE, Chris. Psychological Barriers to Litigation Settlement: An Experimental Approach. **Michigan Law Review**, v. 93, n. 1, p. 107-192, put. 1994.

KOVACH, Kimberlee K, Mediation. In: BORDONE, Robert C.; MOFFIT, Michael L. (Eds.). **The Handbook of Dispute Resolution**. San Francisco: Jossey-Bass, 2005, p. 304-317. [Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School].

KUNREUTHER, H. C. The Economics of Protection against Low Probability Events. **IASA Working Paper**. IIASA, Laxenburg, Austria, n. WP-81-003, jan. 1981. Disponível em: <<http://pure.iiasa.ac.at/1758/1/WP-81-003.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

KURWEIL, Ray. **The Age of Spiritual Machines: When Computers Exceed Human Intelligence**. London: Penguin, 2000.

KURZWEIL, R. **The Age of Intelligent Machines**. Cambridge: MIT, 1990.

KURZWEIL, Ray. **The Singularity is Near: When Humans Transcend Biology**. New York: Penguin, 2005. [Kindle].

LAIBSON, David. Golden Eggs and Hyperbolic Discount. **Quarterly Journal of Economics**, v. 112, n. 2, p. 443-477, 1997.

LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. **Journal of Law and Economics**, v. 14, n. 1, p. 61-107, 1971.

LANDES, William M; POSNER, Richard A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. **Journal of Law and Economics**, v. 19, n. 2, p. 249-307, ago. 1976.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: RT, 1994.

LAWLESS, Robert M.; ROBBENNOLT, Jennifer K.; ULEN, Thomas S. **Empirical Methods in Law**. New York: Wolters Kluwer, 2010.

LEE, Honglak et al. Convolutional Deep Belief Networks for Scalable Unsupervised Learning of Hierarchical Representations. In: ANNUAL INTERNATIONAL CONFERENCE ON MACHINE LEARNING, 26. **Proceedings**, 2009, p. 609-616.

LEGG, S.; HUTTER, M. Universal Intelligence: a definition of machine intelligence. **Minds Mach.** n. 17, p. 391-444, p. 2007.

LEITER, Brian. **Naturalizing Jurisprudence: Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy**. Oxford; New York: Oxford University, 2007.

LEITER, Brian. Rethinking Legal Realism: Toward a Naturalized Jurisprudence. **Texas Law Review**, v. 76, n. 2, p. 267-315, 1997.

LEITZEL, Jim. **Concepts of Law and Economics: A Guide for the Curious**. New York. Oxford University, 2015.

LENZ, Gabriel S.; LAWSON, Chappell. Looking the Part: Television Leads Less Informed Citizens to Vote Based on Candidates' Appearance. **American Journal of Political Science**, v. 55, n. 3, p. 574-589, jul. 2011.

LEONEL, Ricardo de Barros, Garantismo e direito processual constitucional. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 117-142.

LEWINSOHN, Peter M.; MISCHEL, Walter; CHAPLIN, William; BARTON, Russell. Social Competence and Depression: The Role of Illusory Self-Perceptions. **Journal of Abnormal Psychology**, v. 89, n. 2, p. 203-212, 1980.

LIEBMAN, Enrico Tullio. L'opera scientifica di James Goldschmidt e la teoria del rapporto processuale. **Rivista di Diritto Processuale**, v. 5, n. 1.

LIND, E. A.; TYLER, T. R. **The Social Psychology of Procedural Justice**. New York: Plenum, 1988.

LINS E SILVA, Evandro. A questão do efeito vinculante. **Revista dos Tribunais**, v. 950, p. 387-400, 2014.

LOEWENSTEIN, G.; ISSACHAROFF, S.; CAMARER, C.; BABCOCK, L. Self-serving Assessments of Fairness and Pre-Trial Bargaining. **Journal of Legal Studies**, v. 22, p. 135-159, 1993.

LOEWENSTEIN, George; THALER, Richard H. Intertemporal choice. **Journal of Economic Perspectives**, v. 3, n. 4, p. 181-193, 1989.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Os honorários recursais e o novo código de processo civil. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 601-608.

LOPES, João Batista. **O juiz e a litigância de má-fé**. Revista dos Tribunais, vol. 740/1007. P. 129

LUCON, Paulo Henrique dos Santos, **Honorários advocatícios no novo código de processo civil e o Superior Tribunal de Justiça**, In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 235-249.

MACEDO, Lucas Buriel de. A análise dos recursos excepcionais pelos tribunais intermediários – o pernicioso art. 1.030 do cpc e sua inadequação técnica como fruto de uma compreensão equivocada do sistema de precedentes vinculantes. **Revista de Processo**, v. 262, p. 187-221, dez. 2016.

MACEDO, Lucas Buriel de. **Precedentes judiciais**. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. Princípio da cooperação e processo civil do arco-íris. **Jota**, 27 abr. 2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columas/novo-cpc/novo-cpc-principio-da-cooperacao-e-processo-civil-do-arco-%C2%ADiris-27042015>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

MACKAAY, Ejan. **Law and Economics for Civil Law Systems**. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2013.

MAJER, Diemut. **“Non-Germans” under the Third Reich: The Nazi Judicial and Administrative System in Germany and Occupied Eastern Europe, with Special Regard to Occupied Poland, 1939-1945**. **Cidade**: Texas Tech University, ano.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MANKIN, Gregory N. **Principles of Microeconomics**. 6. ed. Mason, OH: South Western Cengage Learning, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes: justificativa do novo CPC**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. Ações repetitivas e julgamento liminar. **Revista dos Tribunais**, v. 858, p. 11-19, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 172, p. 175-232, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: RT, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: v. 1: teoria do processo civil. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: v. 2: tutela dos direitos mediante procedimento comum. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio; MITIDIERO, Daniel. **Teoria geral do processo civil**, op. cit. p. 491.

MARINONI, Luiz Guilherme; BECKER, L. A. Influência das relações pessoais sobre a advocacia e o processo civil brasileiros. In: BECKER, L. A. (Org.). **Qual é o jogo do processo?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 1º ao 69. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero.

MARIZ DE OLIVEIRA JÚNIOR Waldemar; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. Proposta de criação de varas especializadas em “demandas individuais” de consumo e varas especializadas em “demandas coletivas” em geral. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 5, p. 310-313, jan./mar. 1993.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, n. 376, p. 109-129, 2004.

MATHER, Mara; CACIOPPO, John T; KANWINSHER, Nancy. How fMRI Can Inform Cognitive Theories. **Perspectives on Psychological Science**, v. 8, n. 1, p. 108-113, 2013.

MAYNARD, Smith J. **Evolution and the Theory of Games**. Cambridge, UK: Cambridge University, 1982.

MCCLURE, Laibson David; LOEWENSTEIN, George; COHEN, Jonathan. Separate Neural Systems Value Immediate and Delayed Monetary Rewards. **Science**, v. 306. p. 503-507, 15 out. 2004.

MCCLURE, Samuel M.; ERICSON, Keith M.; LAIBSON, David I., LOEWENSTEIN, George; COHEN, Jonathan D. Time Discounting for Primary Rewards. **Journal of Neuroscience**, v. 27, n. 21, p. 5.796-5.804, 2007.

MCCULLOCH, Warren S.; PITTS, Walter. A Logical Calculus of the Ideas Immanent in Nervous Activity. **The Bulletin of Mathematical Biophysics**, v. 5, n. 4, p. 115-133, dez. 1943.

MCINTYRE, Alison. Doctrine of Double Effect. In: ZALTA, Edward N. (Ed.). **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**, inverno 2014. Disponível em: <<https://plato.stanford.edu/archives/win2014/entries/double-effect>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

MEDINA José Gabriel Garcia; FREIRE, Alexandre; FREIRE Alonso Reis; MACEDO, Lucas Buriel de. Precedentes judiciais e o direito processual civil. FREIRE, Alexandre et al. (Coords.) **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o Projeto do novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 131-156.

MEDINA, João Miguel Garcia. Integridade, estabilidade e coerência da jurisprudência no Estado Constitucional e Democrático de Direito: o papel do precedente, da jurisprudência e da súmula, à luz do CPC/2015. **Revista dos Tribunais**, v. 974, p. 129-154, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. São Paulo: RT, 2016.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. O incidente de resolução de demandas repetitivas no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, v. 243, p. 283-331, 2015.

MENDEZ, Mário F.; ANDERSON, E.; SHAPIRA, J. S. An Investigation of Moral Judgement in Frontotemporal Dementia. **Cognitive Behavioral Neurology**, v. 18, n. 4, p. 193-197, dez. 2005.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **Direito constitucional e econômico: a intervenção do Estado na economia à luz da razão pública e do pragmatismo**. Belo Horizonte: Forum, 2014.

MICELI, Thomas J. Do Contingent Fees Promote Excessive Litigation? **Journal of Legal Studies**, v. 23, 1994. Disponível em: <<http://www.socio-legal.sjtu.edu.cn/Uploads/Papers/2011/LDL110622115046192.pdf>>

MIKHAIL, John, **Elements of Moral Cognition: Rawl's Linguistic Analogy and the Cognitive Science of Moral and Legal Judgment**. Cambridge, UK: Cambridge University, 2011. [Kindle].

MILL, John Stuart, **Utilitarianism and the 1896 Speech on Capital Punishment**. 2. ed. Indianápolis: George Sher, 2001. [Kindle].

MILL, John Stuart. The Subjugation of Women. In: **On Liberty and Other Essays**. Oxford: Oxford Univeristy, 1991, p. 471-583. [1. ed., 1869].

MILMAN, Fábio. **Improbidade processual: comportamento das partes e de seus procuradores no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. A parametrização do sistema de precedentes obrigatórios no cpc e a alteração legislativa promovida pela lei 13.256/2016: uma análise do art. 1.030, i "a". **Revista de Processo**, v. 258, p. 419-446, ago. 2016.

MITIDIERO, Daniel A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A do CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. **Revista de Processo**, v. 144, p. 105-112, 2007.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo**, v. 2, p. 83-97, 2015.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental do novo Processo Civil brasileiro. **Revista do Advogado**, v. 126, p. 47-52, maio 2015.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lênio Streck. **Revista de Processo**, v. 194, p. 55-68, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 3. ed. São Paulo: RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes superiores e cortes supremas: do controle à interpretação da jurisprudência ao precedente**. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MNIH, Volodymyr et. al. Human-Level Control Through Deep Reinforcement Learning. **Nature**, v. 518, p. 529-533, fev. 2015.

MNIH, Volodymyr et. al. **Playing Atari with Deep Reinforcement Learning**. 2015. Disponível em: <<https://www.cs.toronto.edu/~vmnih/docs/dqn.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

MNOOKIN, R. H. Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 8, p. 235-49, 1993.

MOORE, Gordon E. Cramming More Components Onto Integrated Circuits. **Electronics Magazine**, n. 8, p. 33-35, abr. 1965.

MORETTO, Giovanna; LÁDAVAS, Elisabetta, MATTIOLI, Flavia; DI PELLEGRINO, Giuseppe. A psychophysiological investigation of moral judgment after ventromedial prefrontal damage. **Journal of Cognitive Neuroscience**, v. 22, n. 8, p. 1.888-1.899, 2009.

MORRIS, Ian. **Why the West Rules: For Now: The Patterns of History and What They Reveal About the Future**. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2010. [Kindle].

MULLER, Júlio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

MULLER, Vincent C.; BOSTROM, Nick. Future Progress in Artificial Intelligence: A Survey of Expert Opinion, in Fundamental Issues of Artificial Intelligence. In: **Fundamental Issues of Artificial Intelligence**. Synthese Library; Berlin: Springer, 2016, p. 553-571.

MUSCARI, Marco Antonio Botto. Justiça no Brasil: barata para os litigantes de má-fé, mas não para os bons cidadãos. **Revista de Processo**, v. 181, p. 305-312, mar. 2010.

NADORFF, Norman. “O jeito na cultura jurídica brasileira”, by Keith S. Rosenn, Book Review. **University of Miami Inter-American Law Review**, 10 jan. 2001, p. 605-608.

NALINI, José Renato, **Magistratura e ética** (obra coletiva), Apresentação, e-book, Localização 82, São Paulo: Contexto, 2013.

NALINI, José Renato. É urgente construir alternativas à justiça. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.) **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Podivm, 2017, p. 27-34.

NEARY, Walter, Personal Decisions Exercise the Emotional Part of the Brain. **UWNEWS**, 26 nov. 2001. Disponível em: <<http://www.washington.edu/news/2001/11/26/personal-decisions-exercise-the-emotional-part-of-the-brain>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

NEERGAARD, L. Brain Scan Shows Emotion in Decisions. **Washington Post**. 14 set. 2001.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os tribunais superiores e a lei 13.256/2016. **Revista de Processo**, v. 257, p. 217-235, jul. 2016

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEUGEBOREN, Robert. **Game Theory**. [Economics 1050]. Harvard College, Faculty of Arts and Sciences primavera 2017. Disponível em: <<https://canvas.harvard.edu/courses/21475>>. Acesso em: 16 fev. 2018. [Material de aula].

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC. **Revista de Processo**, v. 265, p. 107-150, 2017.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hercules: princípios gerais e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

NEWMAN, John O. Rethinking Fairness: Perspectives on the Litigation Process. **The Yale Law Journal**, v. 94, n. 7, p. 1.643-1.659, 1985.

NEWMAN, Peter. **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**. New York: Stockton, 1998. [3 volumes].

NOBREGA, F. Custos e benefícios de um sistema jurídico baseado em *standards*: uma análise econômica da boa-fé objetiva. **Economic Analysis of Law Review**, v. 3, n. 2, p. 170-188, dez. 2012.

NOURSE, Victoria; SHAFFER, Gregory. Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? **Cornell Law Review**, v. 95, p. 61-138, 2009.

NOWAK, Martin A. Five Rules for the Evolution of Cooperation. **Science**.v. 314, n. 5805, p. 1.560-1.563, 8 dez. 2006. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3279745>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

NUNES, Dierle, DUTRA, Victor Barbosa e OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota. **Honorários no recurso de apelação e questões correlatas**, In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 635-661.

NUNES, Dierle. **Processo judicial democrático**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 201-260

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da; FREIRE, Alexandre (Coord). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 1.371-1.372.

NUNES, Marcelo Guedes, **Jurimetria: como a estatística pode reinventar o direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O'NEAL, Cathy. **Weapons of Math Destruction: How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy**. New York, Broadway Books, 2016.

OCHSNER, Kevin N.; BUNGE, Silvia A.; GROOSM James J.; GABRIELI, John D. E. Rethinking Feelings: An fMRI Study of the Cognitive Regulation of Emotion. **Journal of Cognitive Neuroscience**, v. 14, n. 8, p. 1.215-1.229, 2002.

OHTSUKI, H.; HAUERT, C.; LIEBERMAN, E.; NOWAK, M. A. A Simple Rule for the Evolution of Cooperation on Graphs and Social Networks. **Nature**, v. 441, n. 7.092, p. 502-505, 25 maio 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista da Ajuris**, n. 90, p. 55-84, 2003.

OLIVEIRA, José Pericles de; SILVA, Nelson Finotti. O benefício da justiça gratuita e os honorários advocatícios. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 539-557.

OLIVEIRA, Péricles José de; SILVA, Nelson Finotti. O benefício da justiça gratuita e os honorários advocatícios, In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 539-557.

OREN, Gazal-Ayal. Economic Analysis of Law in North America, Europe and Israel, **Review of Law & Economics**, v. 3, n. 2, 2007. Disponível em: <http://works.bepress.com/oren_gazal_ayal/5>. Acesso em: 16 fev. 2018.

ORTH, John. **Due Process of Law: A Brief History**. Kansas: UPK, 2003.

OSNA, Gustavo, **Processo civil e proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

PAHAIA, Neeru; KASSAM, Karim S.; GREENE, Joshua D.; BAZERMAN, Max H. Dirty Work, Clean Hands: The Moral Psychology of Indirect Agency. In: **Organizational Behavior and Human Decision Processes**, no prelo [aceito 18 mar. 2009]. Disponível em: <<https://static.squarespace.com/static/54763f79e4b0c4e55ffb000c/t/5477cf3fe4b03e690d1cdfd3/1417137983763/dirty-work-clean-hands.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

PANNESE, Alessia; HIRSCH, Joy. Self-specific priming effect. **Consciousness and Cognition**, v. 19, n. 4, p. 962-968, dez. 2010.

PANUTTO, Peter. A preferência constitucional pelo controle concentrado de constitucionalidade e os precedentes judiciais vinculantes. **Revista de Processo**, v. 242, 2015.

PARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno. Law and Economics in the Civil Law World: The Case of Brazilian Courts. **Research Paper Series: Legal Studies**. São Paulo: FGV DIREITO SP, n. 117, mar. 2015.

PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles. **The Origins of Law and Economics**: Essays by the Founding Fathers. Cheltenham, UK; Cambridge, MA: Edward Elgar, 2005.

PATROCÍNIO Daniel Moreira do e SOARES, Ana Paula de Souza. Dilema dos litigantes: os custos do processo civil brasileiro. In: CONFERÊNCIA ANUAL DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE DIREITO E ECONOMIA, 3. Faculdade de Direito Milton Campos, 2010. Disponível em: <http://www.mpatrocínio.com.br/fotos_site/artigo%20-%20dilema%20litigantes%20-%20daniel%20ana%20paula.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2017.

PAXTON, Joseph M; UNGAR, Leo; GREENE, Joshua D. Reflection and Reasoning in Moral Judgment. **Cognitive Science**, v. 36, n. 1, p. 163-177, jan./fev. 2012.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. **Revista de Processo**, v. 219, p. 89-114, 2013.

PIKETTY, Thomas. **O capital no sec. XXI**. Tradução Monica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINHEIRO, Douglas Antônio Rocha. O Novo Código de Processo Civil e a redução dos custos sociais da litigância. (The new Civil Procedure Code and the reduction of social cost of litigation). **Revista de Processo**, v. 253, p. 33-55, mar. 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**: teoria geral do processo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PINKER, Steven. **The Better Angels of Our Nature**: Why Violence Has Declined. London, Penguin Books, 2011.

PINKER, Steven. **The Stuff of Thought**: Language as a Window Into Human Nature. New York: Penguin, 2007. [Kindle].

POLINSKY, A. Mitchell. **An Introduction to Law and Economics**. 4. ed. New York: Wolter Kluwer Law & Business, 2011.

POLINSKY, A. Mitchell. Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law. **Harvard Law Review**, v. 87, p. 1655-1681, 1974.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. On the Disutility and Discounting of Imprisonment and the Theory of Deterrence 12-13. **Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series**, n. 213, 1997.

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

POSNER, Richard A. **A economia da justiça**. Tradução Evandro Ferreira e Silva; revisão Aníbal Mari. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

POSNER, Richard A. Curriculum Vitae. Disponível em: <<http://www.law.uchicago.edu/files/cv/rposner-jan-2015.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

POSNER, Richard A. **Divergent Paths: The Academy and Judiciary**. Cambridge, MA: Harvard University, 2016

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. 8. ed. New York: Aspen, 2011.

POSNER, Richard A. **How Judges Think**. Cambridge, MA; London: Harvard University, 2010.

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge, MA; London: Harvard University, 2003.

POSNER, Richard A. **The Problems of Jurisprudence**. Cambridge, MA: Harvard University, 1990.

POSNER, Richard A. Tribute to Ronald Dworkin. **NYU School of Law Annual Survey of American Law**, v. 63, p. 9-14, 2007.

POSNER, Richard A.; EPSTEIN, Lee; LANDES, William M. **The Behavior of Federal Judges**. Cambridge, MA; London: Harvard University, 2013.

POUNDSTONE, Willian. **Prisioner's Dilema**. New York: Anchor Book, 1992.

RACHLINSKI, Jeffrey J. Gains, Losses, and the Psychology of Litigation. **Southern California Law Review**, v. 70, n. 1, p. 113-185, nov. 1996.

RAND, David; GREENE, Joshua; NOWAK, Martin A., Spontaneous giving and calculated greed. **Nature**, v. 489, p. 427-430, 20 set. 2012. Disponível em: <<https://static1.squarespace.com/static/54763f79e4b0c4e55ffb000c/t/594d7c67d1758e0c4e9a5bec/1498250346126/spontaneous-giving-and-calculated-greed.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

RASSI, João Daniel **Neurociência e prova no processo penal: admissibilidade e valoração**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017.

RAVEL LAW. **Quick Start Guide**. Disponível em: <<http://ravellaw.com>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

RAZ, Joseph. Dworkin: A New Link in the Chain. **California Law Review**, v. 74, p. 1.103-1.119, 1986.

REALE, Miguel, **Verdade e conjectura**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.

REDONDO, Bruno Garcia. Artigo 90. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (Coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 155-156.

REINO UNIDO. **HM Revenue & Customs**. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/organisations/hm-revenue-customs>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

REINO UNIDO. **The Supreme Court: Annual Report and Accounts: 2016-2017**. Disponível em: <<https://www.supremecourt.uk/docs/annual-report-2016-17.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

RIBEIRO, Ivan César. Arbitragem, risco legal e o novo mercado da BOVESPA. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 17, p. 110-142, abr./jun. 2008.

RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. **Tutela provisória**: tutela de urgência e tutela da evidência. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RIBEIRO, Márcia Clara Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Sucumbência recursal no Novo CPC, uma análise econômica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 50, n. 199, p. 35-54, jul./set. 2013.

RIDLEY, Matt; LOW, Bobbi S. Can Selfish Save the Enviroment? **The Atlantic Daily**, set. 1993. Disponível em: <<https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1993/09/can-selfishness-save-the-environment/305865>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

RIGUETTI, Gabriel Felipe Roqueto. Processo e verdade: brevíssimas considerações sobre funções e conceitos. **Revista de Processo**, v. 250, p. 61-90, dez. 2015.

ROCHA, Henrique de Moraes Fleury da Rocha. Garantias fundamentais do processo brasileiro sob a ótica da informatização judicial. **Revista Ibero-Americana de Derecho Processual**, v. 5, p. 85-127, 2017.

ROEDER, Oliver. The Supreme Court's Caseload Is On Track To Be The Lightest In 70 Years. **FiveThirtyEight**, 17 maio 2016. Disponível em: <<https://fivethirtyeight.com/features/the-supreme-courts-caseload-is-on-track-to-be-the-lightest-in-70-years>>. Acesso em: maio 2016.

ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Renato Xavier da Silveira. Precedentes judiciais em perspectiva. Contribuição para a análise econômica dos precedentes na ciência processual civil. **Revista do Instituto de Advogados de São Paulo**, v. 33, p. 261-308, jan./jun. 2014.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ROUDINESCO, Elisabeth; PLON, Michel. Tradução Vera Ribeiro e Lucy Magalhães. **Dicionário de psicanálise**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

ROUTLEY, Nick. Visualizing the Trillion-Fold Increase in Computing Power. **Visual Capitalist**, 4 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.visualcapitalist.com/visualizing-trillion-fold-increase-computing-power>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

ROWLEY, Charles K. An Intellectual History of Law and Economics. In: PARISI, Francesco; ROWLEY, Charles K. (Eds.). **The Origins of Law and Economics: Essays by the Founding Fathers**. Cheltenham, UK; Northampton, MA: Edward Elgar, 2005.

ROZENBLIT, Leonid; KEIL, Frank. The misunderstood limits of folk science: an illusion of explanatory depth. **Cognitive Science**, v. 26, n. 5, p. 521-562, 1 set. 2002.

RULE, Colin. **Online Dispute Resolution for Business: B2B, E-commerce, Consumer, Employment, Insurance, and Other Commercial Conflicts**. San Francisco: Jossey-Bass, 2002. [Kindle].

RUMERLHART, David E.; HILTON, Geoffrey E.; WILLINANS, Ronald J. Learning Representations by back-propagating errors. **Nature**, v. 323, n. 9, p. 533-536, out. 1986

RUSSELL, Stuart J. e NORVIG, Peter. **Artificial Intelligence: a Mordern Approach**. 3. ed, India: Person India Education Services, 2010.

SAGER, Laurence, The Incurable Constitution. **New York University Law Review**, v. 65, p. 893-961, 1990.

SALAMA, Bruno Meyerhof. A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Pádua (Org.). **Trinta anos de Brasil: diálogos entre direito e economia**. São Paulo: Saraiva, 2012. Disponível em: <https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/35>. Acesso em: 10 ago. 2017.

SALAMA, Bruno Meyerhof; PARGENDLER, Mariana. **Paper**, n. 117, out. 2014. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13790/RPS%20117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

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

SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status Quo Bias in Decision Making. **Journal of Risk and Uncertainty**, v. 1, p. 7-59, 1988.

SANDEL, J. Michael. **Justice: What's the Right Thing to Do?** New York: Farrar, Straus and Giroux, 2008.

SANDEL, Michael. Ethics and “jeitinho brasileiro”. In: BRAZIL CONFERENCE, Harvard Business School, 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=SchU49H4VRg>>. Acesso em: 21 jul. 2017.

SANTOS FILHO, Hermílio (Coord.); TIMM, Luciano Benetti (Co-coord.). **Demandas judiciais e a morosidade da Justiça civil**: diagnóstico sobre as causas do progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas, bem como da morosidade da justiça civil: relatório final ajustado. Porto Alegre: PUCRS, 2011. Disponível em: <https://issuu.com/cnj_oficial/docs/rel_torio_sobre_as_demandas_judici>. Acesso em: 16 fev. 2018.

SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Maário Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Porto: Afortamento, 1996.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. **Revista de Processo**, v. 113, p. 22-76, jan./fev. 2004.

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

SCARPINELLA BUENO, Cassio. **Tutela antecipada**. São Paulo: Saraiva, 2004.

SCARTEZZINI, Jorge Tadeu Goffi Flaquer, **Honorários advocatícios na desistência da ação e na renúncia de direito**. In: COELHO, Marcus Vinicius Furtado; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe (Coords.). **Honorários advocatícios**. 2. ed. Salvador: Podivm, 2016, p. 155-163.

SCHAUER, Frederick, **The Force of Law**. Cambridge, MA; London: Harvard, 2015. [Kindle].

SCHELLING, Thomas C. The Intimate Contest of Self-Command. In: **Choice and consequence**: Perspectives of an Errant Economist. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 1984, p. 57-82.

SCHELLING, Thomas C. The Mind as a Consuming Organ. In: **Choice and consequence**: Perspectives of an Errant Economist. Cambridge, MA; London: Harvard University Press, 1984, p. 328-346.

SCHELLING, Thomas C. **The Strategy of Conflict**. Cambridge, MA: Harvard University, 1960.

SCHIMIDT, Eric. **Every 2 Days We Create As Much Information As We Did Up To 2003**, ago. 2010. Disponível em: <<https://techcrunch.com/2010/08/04/schmidt-data>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

SCHULHOFER, Stephen J.; TYLER, Tom R.; HUQ, Aziz Z. American Policing as a Crossroads: Unsustainable Policies and the Procedural Justice Alternative. **Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 101, p. 335-374, 2011.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism & Democracy**. London; New York: Routledge, 2003. [1. ed., 1943].

SCHWITZGEBEL, Eric; CUSHMAN, Fiery. Expertise in Moral Reasoning? Order Effects on Moral Judgment in Professional Philosophers and Non-Philosophers. **Mind & Language**, v. 27, p. 135-153, 2012.

SCOCUGLIA, Livia. Ministro Barroso propõe limitar reconhecimento de repercussão geral. **Consultor Jurídico**, 26 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-ago-26/roberto-barroso-propoe-limitar-repercussao-geral-supremo>>. Acesso em: 21 jan. 2016.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as Catalysts: Re-thinking the Judicial Role in New Governance. **Columbia Journal of European Law**, v. 13, n. 3, p. 568-75, 2007.

SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro. Execuções fiscais e interesse público em matéria tributária: uma análise de direito e economia. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 123, jul./ago. 2015.

SENN, Andressa Paula. O abuso de direito e a litigância de má-fé como impeditivos à marcha processual e ao resultado justo da prestação jurisdicional. **Revista de Direito Privado**, v. 40, p. 9-59, 2009.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio; DONOSO, Denis. Relevância da questão federal como filtro de admissibilidade do recurso especial: análise das propostas de emenda constitucional n. 209/2012 e n. 17/2013. **Revista de Processo**, v. 224, p. 241-251, 2013.

SEUL, Jeffrey R. Litigation as a Dispute Resolution Alternative. In: BORDONE, Robert C.; MOFFIT, Michael L. (Eds.). **The Handbook of Dispute Resolution**. Jossey-Bass, Publication of the Program on Negotiation at Harvard Law School, 2005, p. 336-357.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge, MA; London: Belknap, 2004.

SHAVELL, Steven. Strict Liability Versus Negligence. **Journal of Legal Studies**, v. 9, p. 1-25, 1980.

SHAVELL, Steven. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. **Journal of Legal Studies**, v. 11, n. 1, p. 55-81, jan. 1982.

SHAVELL, Steven. The Appeal Process as a Means of Error Correction. **Journal of Legal Studies**, n. 24, p. 397-426, 1995.

SHAVELL, Steven. The Appeals Process and Adjudicator Incentives. **Journal of Legal Studies**. Chicago University, v. 35, p. 1-29, jan. 2006.

SHAVELL, Steven. The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. **Journal of Legal Studies**, v. 26, p. 557-612, jun. 1997.

SHAVELL, Steven. The Social Versus the Private Incentive to Bring Suit in a Costely Legal System. **Journal of legal Studies**, v. 11, p. 333-339, jun. 1982.

SHELTON, Jennifer R.; MARTIN, Randi C. How Semantic Is Automatic Semantic Priming? in **Journal of Experimental Psychology- Learning, Memory, and Cognition** 1992. Vol. 18. No'. 6. 1191-1210.

SHEN, Francis X. **Law and Neuroscience**. New York: Wolters Kluwer, 2014. [Kindle]. Aspen Casebook Series.

SHEN, Francis X. Neuroscientific evidence as instant replay, in **Journal of Law and the Biosciences**, Volume 3, Issue 2, 1 August 2016, Pages 343–349. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/jlb/lsw029>.

SHENHAV, Amitai; RAND, David G. e GREEN, Joshua D. The relationship between intertemporal choice and following the path of least resistance across choices, preferences, and beliefs. **Judgment and Decision Making**, Vol. 12, No. 1, January 2017, pp. 1–18.

SHIV, Baba. FEDORIKIN, Alexander. The heart and mind in conflict: the interplay of affect and cognition in consumer decision making. **Journal of consumer research**, 26(3): p 278-292, 1999.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia do acesso individual ao poder judiciário. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre. **Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 143-158.

SICA, Heitor, Velhos e novos institutos de direito processual civil. In: ZUFFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio (Org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 430-466.

SILVA, Bruno Freire e MAZZOLA, Marcelo. Litigância de má-fé no Novo CPC. Penalidades e questões controvertidas. Responsabilidade do Advogado. **Revista de Processo**, v. 264, p. 51-81, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Narda Roberta da. A eficácia dos precedentes no novo CPC. Uma reflexão à luz da teoria de Michele Taruffo. **Revista de Processo**. Volume 228, 2014

SILVEIRA, Daniela Gonsalves da. Direito ao contraditório, dever de fundamentação e direito à publicidade no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. **Revista de Processo**, vol. 248/2015. Págs. 69-87, principalmente p. 76.

SILVER, David et al. Mastering the game of Go with deep neural networks and tree search. **Nature**, vol. 529, January, 2016, p. 484-489.

SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. **The Quarterly Journal of Economics**, Vol. 69, No. 1. (Feb., 1955), pp. 99-118.

SIMONITE, Tom. Intelligent Machines How to Upgrade Judges with Machine Learning, março, 2017. **MIT Technology Review**. Disponível em: <https://www.technologyreview.com/s/603763/how-to-upgrade-judges-with-machine-learning/>

SIMONS, Henry, **A positive program for *laissez faire***: some proposals for liberal economic policy. Chicago, Chicago University Press. 1948.

SMITH, Adam. **The wealth of nations**, Book V, Part II (of the expensive of justice). Disponível em <http://www.econlib.org/library/Smith/smWN20.html#B.V,%20Ch.1,%20Of%20the%20Expences%20of%20the%20Sovereign%20or%20Commonwealth>. Acesso em 03/03/2017

SMITH, Roger. **Can digital replace personal in the delivery of legal aid?** A discussion paper for the conference of the International Legal Aid Group, June 2013. Disponível em: http://www.hiil.org/data/sitemanagement/media/5_1_-_Roger_Smith.pdf.

SOLIMINE, Michael E., Judicial Stratification and the Reputations of the United States Courts of Appeals. **Florida State University Law Review**, v. 32, n. 4, p. 1.331-1.364, 2005.

SOUZA, Artur César de. Análise Econômica das decisões judiciais. STF: ADIN 4/DF e ADIN 2.591/DF. **Revista de Processo**. Volume 176/2009, outubro de 2009. P. 283-306

SOUZA, Artur César de. Análise Econômica e Social da penhora no âmbito da execução fiscal sob a perspectiva da parcialidade positiva do juiz. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Volume 90/2010. Janeiro-fevereiro de 2010. P. 11-37

SPAMANN, Holger; KLÖHN, Lars. Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought. **Journal of Legal Studies**, v. 45, n. 2, 2016.

SPIER, Kathryn E. **Litigation**. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven (Eds.). **Handbook of Law and Economics**. Elsevier, 2007, v. 1, p. 262-336.

SPIER, Kathryn E. **Settlement bargaining and the design of damage awards**. Cambridge, MA: Program in Law and Economics, Harvard Law School, [1993].

STANOVICH, Keith E. e WEST, Richard, F. Individual differences in reasoning: Implications for the rationality debate? **Behavioral and brain sciences** (2000) 23, 645–726.

STEARNS, Stephen C. **The evolution of life histories**, Oxford, Oxford University Press, 1992. [Kindle].

STEPHENSON, Matthew, Legal realism for economists. **Journal of Economic Perspectives**, v. 23, p. 191-211, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. Um debate com (e sobre) e formalismo valorativo de Daniel Mitidiero, ou “colaboração no processo civil” é um princípio? **Revista de processo**, v. 213, p. 13-34, 2012,

STRECK, Lênio, Livre apreciação da prova é melhor do que dar veneno ao pintinho?, **Consultor Jurídico**, 13 jul. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jul-13/senso-incomum-livre-apreciacao-prova-melhor-dar-veneno-pintinho>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

STRECK, Lênio: A concursocracia, a Teoria da Graxa e os testículos despedaçados. **Consultor Jurídico**, 6 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-abr-06/senso-incomum-concursocracia-teoria-graxa-testiculos-despedacados>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

STRECK, Lênio; RAATZ, Igor. A teoria dos precedentes à brasileira entre o solipsismo judicial e o positivismo jurisprudencialista ou “de como o mundo (não) é um brechó”. **Revista de Processo**, Volume, 262, 2015

STUSS, D. T.; ALEXANDER, M. P.; LIEBERMAN, A.; LEVINE, H. An Extraordinary Form of Confabulation. **Neurology**, v. 11, p. 1.166-1.172, 28 nov. 1978.

SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. Oxford: Oxford University Press, 2001. [Kindle].

SUNSTEIN, Cass R. On mandatory labeling, with special reference to genetically modified foods. **University of Pennsylvania Law Review**, no prelo [primeira versão 27 ago. 2016].

SUNSTEIN, Cass R. **The Ethics of Influence: Government in the Age of Behavioral Science**. New York: Cambridge University, 2016.

SUNSTEIN, Cass R. **The Second Bill of Rights: FDR’s Unfinished Revolution and Why We Need It More than Ever**. New York: Basic Books, 2004.

SUSSKIND, Richard. **Tomorrow Lawyers: An Introduction to Your Future**. 2. ed. London: Oxford University, 2017. [Kindle].

SUSSKIND, Richard. **Upgrading Justice**. Harvard Law School, 23 fev. 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=Vd0PhomzT7g>>. Acesso em: 16 fev. 2018. [Material de aula].

SUSSKIND, Richard; SUSSKIND, Daniel. **The Future of Professions: How Technology Will Transform the Work of Human Experts**. Oxford: Oxford University Press, 2015.

SUTER, Renata S; HERTWIG, Ralph. Time and moral judgment. **Cognition**, v. 119, p 454-458, 2011.

TAMANAH, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist Divide: The Role of Politics in Judging** Princeton: Princeton University Press, 2010.

TAPSCOTT, Don; TAPSCOTT, Alex. **Blockchain revolution: como a tecnologia por trás do Bitcoin está mudando o dinheiro, os negócios e o mundo**. São Paulo: SEANI-SP, 2016.

TARUFFO, Michele. Cultura e Processo. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 63, n. 1, p. 63-92, mar. 2009.

TAURION, Cezar. O que é um modelo preditivo? **CIO**, 15 dez. 2014. Disponível em: <<http://cio.com.br/tecnologia/2014/12/15/o-que-e-um-modelo-preditivo>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. **Estudos sobre o novo processo civil**. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.

TELES, Eurico. Recuperação judicial: na Oi, o maior teste. **Migalhas**, 19 jan. 2018. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI270990,11049-Recuperacao+Judicial+na+Oi+o+maior+teste>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

TENENBLAT, Fábio, Limitar o acesso ao Poder Judiciário para ampliar o acesso à justiça, **Revista CEJ**, Brasília, Ano XV, p. 23-35, jan./mar.2011 P. 24.

TERRY, Matthew; JOHNSON, Steve; THOMPSON, Peter. **Virtual Court Pilot: outcome evaluation**, in Ministry of Justice Research Series 21/10 December, 2010., p. 29. Disponível em <https://www.justice.gov.uk/downloads/publications/research-and-analysis/moj-research/virtual-courts.pdf>.

THALER, Richard H. **Misbehaving: The Making of Behavioral Economics**. New York and London, W.W. Norton Company, 2015.

THALER, Richard H. Toward a Positive Theory of Consumer Choice. **Journal of Economic Behavior and Organization**, v. 1, p. 39-60, 1980.

THALER, Richard H.; JOHNSON, Erik J. Gambling with the house money and trying to break even: the effects of prior outcomes on risky choice. **Management Science**, v. 36, n. 6, p. 643-660, 1990.

THE JUSTICE SYSTEM: Law in a Time of Austerity. **The Economist**, 27 fev. 2016. Disponível em: <<https://www.economist.com/news/britain/21693582-justice-secretary-pleases-lawyers-overturning-his-predecessors-harshest-policies-but-they>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 49. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Jurisprudência e precedentes vinculantes no novo Código de Processo Civil: demandas repetitivas. **Revista de Processo**, v. 255, p. 359-372, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **O processo civil brasileiro no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle, BAHIA; ALEXANDRE Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THOMAS, Bradley C.; ASP, Erik W.; KOENIGS, Michael; STTUERER, Matthew; ANDERSON, Steven W.; TRANEL, Daniel. Arrested Development: Early Prefrontal Lesions Impair the Maturation of Moral Judgement. **Brain: A Journal of Neurology**, v. 137, p. 1.254-1.261, 2014.

THOMAS, Bradley C.; CROFT, Katie E.; TRANEL, Daniel. Harming kin to save strangers: further evidence for abnormally utilitarian moral judgments after ventromedial prefrontal damage. **Journal of cognitive neuroscience**, 2011, sep. N. 23, p. 2186-2196.

THOMAS, R. P. **Microeconomic Applications: Understanding the American Economy**. Belmont, CA: Wadsworth, 1981.

THOMPSON, Darin. The civil resolution tribunal: slideshow. In. **Timeliness in the Justice System: Ideas and Innovations**. Australian Centre for Justice Innovation Civil Justice Research Online, 2014. Disponível em: <http://www.civiljustice.info/cgi/viewcontent.cgi?article=1003&context=timeliness>

THOMPSON, Judith, Killing, letting die, and the trolley problem. **Monist, Journal of General Philosophical Inquiry**, vol 59, 1976, p. 204-217.

THOMSON, Judith Jarvis. Kamm on the Trolley Problems. In: KAMM, F. M. **The Trolley Problem Mysteries**. Oxford: Oxford University, 2016, p. 113-133. [Kindle].

THOMSON, Judith Jarvis. The trolley problem. **The Yale Law Journal**, v. 94, n. 6, p. 1.395-1.415, maio, 1985.

TIMM, Luciano Benetti; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos Tribunais Superiores: a repercussão geral e os processos repetitivos sob a ótica da Law and Economics. **Revista de Processo**, v. 34, n. 178, p. 153-179, dez. 2009.

TODOROV, Alexander; BARON, Sean G., e OOSTERHOF Nikolaas N., Evaluating face trustworthiness: a model based approach. **Social Cognitive Affect Neuroscience**, v. 3, n. 2, p. 119-127, jun. 2008.

TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu, N.; GOREN, Amir; HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. **Science**, v. 308, p. 1.623-1.626, 10 jun. 2005.

TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish, e OOSTERHOF Nikolaas N. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. **Social Cognition**, v. 27, n. 6, p. 813833, 2009.

TRIVERS, R. The Evolution of Reciprocal Altruism. **Quarterly Review of Biology**, v. 46, p. 35-37, 1971.

TROCKER, Nicolo, **Processo civile e costituzione**. Milano: Giuffrè, 1974.

TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento processual contraditório**: a proibição do *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2015.

TURING, A. M. Computing Machinery and Intelligence. **Mind**, n. 49, p. 433-460, 1950.

TURING, A. M. Intelligent Machinery: A Heretical Theory. **Philosophia Mathematica**, v. 4, n. 3, p. 256-260, 1996.

TURING, A. M. On Computable Numbers with an Application to the *Entscheidungsproblem*. **Monatsheftc Math. Phys.**, v. 38, p. 173-198, 1931.

TYLER, Tom R. Understanding the force of law. **Tulsa Law Review**, Vol 51/2, article 23, 2016, 507-519

TYLER, Tom R. **Why people obey de law**, 2a. ed. Princeton: Princeton University Press, 2006.

ULEN, Thomas S. An introduction to the law and economics of class action litigation. **Euro Journal of Law and Economics**, 2011, 32. p. 185-203.

ULEN, Tomas S.; GAROUPA, Nuno. The Market for Legal Innovation: Law and Economics in Europe and in the United States. **Alabama Law Review**, v. 59, n. 5, p. 1.555-1.633, 2008.

VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por computadores?** As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

VASCONCELOS, Caio Castelliano. Qual o impacto do advogado sobre o resultado da decisão judicial? Evidências empíricas e o fator da experiência. (The impact of lawyers in the outcome of court awards: empirical evidence and the experience influence). **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Volume 67/2015, janeiro-março de 2015. P.199-214.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VASCONCELOS, Ronaldo. Artigo 81. In: TUCCI, José Rogério Cruz e et. al. **Código de Processo Civil anotado**, 2a. ed. Rio de Janeiro: G/Z, 2017, p. 125-127.

VAUGHN, Gustavo Fávero. A jurisprudência defensiva no STJ à luz dos princípios do acesso à justiça e da celeridade processual. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 254, p. 339-373, abr. 2016.

VERMEULE, Adrian. **Judging Under Uncertainty: An Institutional Theory of Legal Interpretation**. Cambridge, MA: Harvard University, 2006.

VINCENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.) **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. Salvador: Podivm, 2017, p. 529-540.

VINHOSA PINTO, Érico Teixeira. **Reconstruindo a execução fiscal: coerência e otimização como pressupostos dos princípios da eficiência e da efetividade**. 2018. 323 f. Dissertação (Mestrado em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento) – Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

VITORELLI, Edilson, **O devido processo legal coletivo: dos direitos aos litígios coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

VOLPE CAMARGO, Luiz Henrique In: ALVIM, Teresa Arruda; DIDIER JUNIOR, Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (coords.). **Breves comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 295-353.

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

WAMBIER, Luiz Rodrigues. A crise da execução e alguns fatores que contribuem para a sua intensificação: propostas para minimizá-la. **Revista de Processo**, v. 109/2003 p. 134 - 147 Jan - Mar / 2003 DTR\2003\775

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: v. 2: execução. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

WANG, Susheng, The optimality of contingent fees in the agency problem of litigation. **International Review of Law and Economics** 28 (2008) 23-31.

WATANABE, Kazuo, Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. **Revista de Processo** vol. 67/1992 p. 15 - 25 Jul - Set / 1992. P. 18.

WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do juizado especial de pequenas causas. In: WATANABE, Kazuo (Org.). **Juizado Especial de Pequenas Causas (Lei no 7.244, de 7 de novembro de 1984)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses - utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias., In: ZUFFELATO, Camilo e YARSHELL, Flávio (Org.). **40 anos da teoria geral do processo no Brasil**: passado, presente e futuro. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 556-561.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**, Vol 2, Brasília, UNB, 2004.

WEDEKIND C, MILINSKI M, Cooperation through image scoring in humans. **Science**. 2000 May 5; 288(5467):850-2.

WEDY, Ana Paula Tremarin. **Análise do custo-benefício como procedimento de avaliação dos impactos das decisões públicas**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2016.

WEINSTEIN, Neil D. Unrealistic Optimism About Future Life Events. **Journal of Personality and Social Psychology**, v. 39, n. 5, p. 806-820, 1980.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **Legitimação democrática do Poder Judiciário no novo CPC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WHITE, C. Edward. From Sociological Jurisprudence to Realism: Jurisprudence and Social Change in Early Twentieth-Century America. **Virginia Law Review**, 58, p. 999-1026 (1972).

WILKINS, David e FERRER, Maria J. Esteban. The Integration of Law into Global Business Solutions: The Rise, Transformation, and Potential Future of the Big Four Accountancy Networks in the Global Legal Services Market. **Law & Social Inquiry**, 2017. Disponível em: <https://thepractice.law.harvard.edu/article/the-reemergence-of-the-big-four-in-law/>

WILSON, Timothy D. et. al. Focalism: A Source of Durability Bias in Affective Ferecasting. **Journal of Personality & Social Psychology**, v. 78, p. 821-836, 2000.

WOLKART, Erik Navarro. A busca da verdade no processo (ou o “ouro de tolo”). **Revista de Processo**, v. 222, p. 315-323, ago. 2013.

WOLKART, Erik Navarro. Amendments to the New Civil Procedure Code by Bill 168/2015: What Would John Rawls and Richard Posner Think of It? **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 4, p. 255-273, 2016.

WOLKART, Erik Navarro. Modificações no novo Código de Processo Civil pela Lei 13.256/2015: o que John Rawls e Richard Posner pensariam a respeito? **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 254, p. 237-255, abr. 2016.

WOLKART, Erik Navarro. Novo código de processo civil x sistema processual civil de nulidades. xeque-mate? **Revista de Processo**, v. 250, p. 35-60, dez. 2015.

WOLKART, Erik Navarro. O fetiche dos microssistemas no novo Código de Processo Civil: integrações normativas entre procedimentos para formação de precedentes e para julgamentos de processos repetitivos. In: NUNES, Dierle; MENDES, Aluisio; JAYME, Fernando (Coords.). **A nova aplicação da jurisprudência e precedentes no CPC/2015**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 363-400.

WOLKART, Erik Navarro. **Precedente judicial no processo civil brasileiro**: mecanismos de objetivação do processo. Salvador: Jus Podivm, 2013.

WOLKART, Erik Navarro. Precedentes no brasil e cultura: um caminho tortuoso, mas, ainda assim, um caminho. **Revista de Processo**, v. 243, p. 409-433, maio 2015.

WRIGHT, Robert. **Nonzero**: the logic of human destiny. New York: First Vintage Books, 2000.

XING, Xiang, **Would the Buddha Push the Man Off the Footbridge?** Systematic Variations in the Moral Judgment and Punishment Tendencies of Han Chinese, Tibetans and Americans. Harvard University, 2014. Monografia de conclusão de curso de graduação.

YAMIS, Daniel L. K; DICARLO, James J. Using goal-driven deep learning models to understand sensory córtex. **Nature Neuroscience**, vol 19, n.3, March, 2016.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**. São Paulo: Marcial Pons, 2014, v. 1.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. 2. ed. São Paulo, DPJ, 2006.

YARSHELL, Flávio Luiz. Tutela jurisdicional meramente declaratória. **Revista de Processo**, v. 76, p. 42-54, out./dez. 1994.

YEUNG, Luciana L. Measuring efficiency of Brazilian courts: one decade after. **Inspere Working Paper**, n. 375, 2017. Disponível em: <<https://www.insper.edu.br/working-papers/working-papers-2017/measuring-efficiency-of-brazilian-courts-one-decade-after>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

YEUNG, Luciana; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Além dos “achismos” e das evidências anedóticas: medindo a eficiência dos tribunais brasileiros. **Economia Aplicada**. Ribeirão Preto, v. 16, n. 4, out./dez. 2012.

ZAMIR, E., RITOV, I Revisiting the debate over attorney’s contingent fees: a behavioral analysis. **Journal of Legal Studies** 39, 2019, pg. 245-288.

ZAMIR, Eyal. Law's Loss Aversion. In: SZENBERG, Michael; RAMRATTAN, Lall (Eds.). **The Oxford handbook of behavioral economics and the law**. New York: Oxford University Press, 2014, p. 268-299. [Kindle].

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 824 ao 925. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Coleção Comentários ao Código de Processo Civil, v. 14. Coordenação Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart; Daniel Mitidiero.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes 2015**, Podivm, Salvador, p. 140-141.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Apresentação. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coords.) **Justiça multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos. Salvador: Podivm, 2017, p. 5-10.

ZANETI JUNIOR, Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Por que o Poder Judiciário não legisla no modelo de precedentes do Código de Processo Civil de 2015? **Revista de Processo**, v. 257, 2016.

ZARONI, Bruno Marzullo; VITORELLI, Edilsom, **Reforma e efetividade da execução no novo CPC** p. 67, In: PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Execução**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **Introduction to comparative law**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Raquel. **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ANEXOS

Anexo 1 - Dados sobre tempo e estoque de processos em países europeus

Table 3.1.1.1: First instance courts, number of other than criminal law cases in 2014 - Pending cases on 1st Jan. (Q91)

States	Total number of other than criminal law cases	Civil (and commercial) litigious cases	Total non-litigious cases	General civil (and commercial) non-litigious cases *	Registry cases	Non-litigious (and registry) cases	Non-litigious business registry cases	Other registry cases	Other non-litigious cases	Administrative law cases	Other cases**
	1+2+3+4										
Austria	NA	37 885	NA	381 808	NA	70	3 223	NA	NA	NA	48 324
Belgium	NA	NA	NA	NA	NA	NAP	NA	NAP	NA	32 255	NAP
Bulgaria	76 155	NA	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NA	8 642	NA
Croatia	391 722	217 527	161 792	115 879	45 913	42 511	3 102	NAP	NAP	12 003	NAP
Cyprus	45 655	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	8 130	0
Czech Republic	375 783	248 246	42 997	32 194	7 923	NAP	7 223	NAP	2 880	8 543	75 997
Denmark	114 483	21 282	64 939	57 523	7 416	1 050	5 736	NAP	NAP	NAP	28 262
Estonia	24 107	6 803	16 282	11 323	4 959	3 543	1 116	NAP	NAP	1 022	5 474
Finland	137 261	9 321	102 233	102 233	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	20 233	5 247
France	1 692 658	1 473 057	65 629	69 629	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	149 932	NAP
Germany	NA	736 340	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	643 094	1 851 955
Greece	NA	278 513	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Hungary	162 126	82 107	28 503	27 373	962	NAP	NA	502	168	5 320	46 196
Ireland	NA	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA
Italy	4 880 875	3 063 546	1 518 708	1 518 708	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	302 693	NAP
Latvia	37 075	30 065	4 396	4 396	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	2 614	NAP
Lithuania	46 372	27 197	1 941	1 765	NA	NA	NA	NA	176	9 332	7 902
Luxembourg	NA	1 218	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	NA	NAP
Malta	10 845	10 092	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	753	NAP
Netherlands	305 520	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	49 800	NAP
Poland	1 720 327	667 584	910 148	667 530	242 618	203 002	38 956	NA	NA	26 538	115 556
Portugal	NA	NA	NA	NA	NA	NAP	NAP	NA	NA	NA	NA
Romania	918 286	759 683	14 940	6 418	8 522	5 007	2 921	NAP	NAP	109 683	NAP
Slovakia	407 596	186 707	74 501	66 370	8 131	NAP	8 131	NAP	NA	18 656	127 722
Slovenia	285 279	48 527	187 198	177 648	9 550	8 503	957	NAP	NAP	1 841	47 713
Spain	1 470 400	836 967	407 160	407 160	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	226 273	NAP
Sweden	80 962	31 035	9 128	9 128	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	37 003	3 396
Average	659 354	419 452	225 906	215 123	37 333	38 038	8 007	962	1 075	79 735	196 545
Median	223 703	82 107	67 284	66 370	8 131	5 601	3 223	962	176	18 656	46 955
Minimum	10 845	1 218	1 941	1 765	962	76	957	962	168	753	0
Maximum	4 880 875	3 063 546	1 518 708	1 518 708	242 618	203 662	38 956	962	2 880	643 094	1 851 955
Nb of values	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27
% of NA	26%	22%	37%	30%	26%	16%	22%	26%	37%	15%	15%
% of NAP	0%	0%	4%	7%	41%	59%	44%	70%	52%	7%	41%

* Starting from 2014, non-litigious enforcement cases have been included in general civil (and commercial) non-litigious cases. Hence the number of General civil (and commercial) non-litigious cases in 2014 is comparable with General civil (and commercial) non-litigious cases + Non-litigious enforcement cases in the 2010, 2012 and 2013 tables.

** Due to the creation in 2014 of a category "other" in non-litigious cases, "other cases" category is not fully comparable between 2012, 2013 and 2014.

Czech Republic, Slovakia: In all evaluation cycles, it was not possible to distinguish number of pending cases solely on 1st instance since each case is considered pending until the moment a final decision is enacted and no further proceeding is possible.

Greece: The data submitted in the year 2013 cannot be compared with that of the year 2014, due to the fact that the figure of 2013 depicted numbers of cases (incoming, resolved) from the Courts of First Instance, Courts of Appeal and District Courts in total, whereas in 2014 there was a separation of jurisdiction. This makes the clearance rate and the disposition time between different periods non-comparable.

Table 3.1.1.2: First instance courts, number of other than criminal law cases in 2014 - Incoming cases (Q91)

States	Total number of other than criminal law cases	Civil (and commercial) litigious cases	Total non-litigious cases	General civil (and commercial) non-litigious cases *	Registry cases	Non-litigious (and registry) cases	Non-litigious business registry cases	Other registry cases	Other non-litigious cases	Administrative law cases	Other cases**
	1+2+3+4										
Austria	NA	95 412	NA	1 741 644	NA	648 601	285 996	NA	NA	NA	513 877
Belgium	NA	752 769	NA	NA	NA	NAP	NA	NAP	NA	25 092	NAP
Bulgaria	319 414	NA	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NA	24 757	NA
Croatia	938 711	165 741	759 028	197 352	561 676	438 089	123 587	NAP	NAP	13 942	NAP
Cyprus	23 939	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	1 604	0
Czech Republic	958 450	480 999	433 561	150 192	238 876	NAP	238 876	NAP	44 493	9 055	34 835
Denmark	2 288 883	41 717	2 115 501	359 020	1 755 581	1 744 916	10 665	NAP	NAP	NAP	131 665
Estonia	237 929	16 775	217 368	46 864	170 504	97 704	72 800	NAP	NAP	3 786	NAP
Finland	440 553	10 677	391 260	391 260	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	28 254	10 362
France	2 285 876	1 747 989	342 262	342 262	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	195 625	NAP
Germany	NA	1 424 016	NA	2 385 351	NA	5 490 219	117 251	NA	NA	661 706	1 622 446
Greece	NA	241 418	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Hungary	848 998	180 382	613 158	180 456	430 096	NAP	427 114	2 982	2 803	18 008	37 450
Ireland	250 402	143 993	105 215	105 215	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	1 194
Italy	3 999 586	1 585 740	2 350 123	2 350 123	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	63 723	NAP
Latvia	69 807	36 402	30 992	30 992	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	2 413	NAP
Lithuania	316 905	115 932	91 549	82 707	NA	NA	NA	NA	8 942	14 276	95 148
Luxembourg	NA	5 074	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	1 372	NAP
Malta	6 762	6 643	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	119	NAP
Netherlands	1 260 111	168 127	982 142	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	109 842	NAP
Poland	9 985 048	1 226 470	8 395 454	4 403 257	3 987 197	3 245 962	741 235	NA	NA	77 393	285 731
Portugal	NA	NA	NA	NA	NA	NAP	NAP	NA	NA	NA	NA
Romania	1 632 597	1 526 483	27 733	19 973	7 760	6 921	939	NAP	NAP	78 381	NAP
Slovakia	614 273	151 315	225 116	119 086	106 028	NAP	106 028	NAP	NA	11 612	226 230
Slovenia	871 918	53 400	567 442	228 724	358 718	295 833	62 885	NAP	NAP	5 345	225 729
Spain	2 154 560	1 004 976	966 903	996 903	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	182 681	NAP
Sweden	197 953	63 902	22 382	22 382	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	106 085	5 584
Average	1 414 413	468 598	1 036 511	742 614	846 271	1 466 018	198 852	2 982	18 646	74 321	245 404
Median	848 998	158 528	412 411	197 352	358 718	643 345	117 251	2 982	8 942	21 383	95 148
Minimum	6 762	5 074	22 382	19 973	7 760	6 921	939	2 982	2 803	119	0
Maximum	9 985 048	1 747 989	8 395 454	4 403 257	3 987 197	5 490 219	741 235	2 982	44 493	661 706	1 622 446
Nb of values	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27
% of NA	22%	11%	30%	22%	26%	11%	20%	27%	37%	11%	11%
% of NAP	0%	0%	4%	7%	41%	59%	44%	70%	52%	7%	41%

* Starting from 2014, non-litigious enforcement cases have been included in general civil (and commercial) non-litigious cases. Hence the number of General civil (and commercial) non-litigious cases in 2014 is comparable with General civil (and commercial) non-litigious cases + Non-litigious enforcement cases in the 2010, 2012 and 2013 tables.

** Due to the creation in 2014 of a category "other" in non-litigious cases, "other cases" category is not fully comparable between 2012, 2013 and 2014.

Czech Republic, Slovakia: In all evaluation cycles, it was not possible to distinguish number of pending cases solely on 1st instance since each case is considered pending until the moment a final decision is enacted and no further proceeding is possible.

Greece: The data submitted in the year 2013 cannot be compared with that of the year 2014, due to the fact that the figure of 2013 depicted numbers of cases (incoming, resolved) from the Courts of First Instance, Courts of Appeal and District Courts in total, whereas in 2014 there was a separation of jurisdiction. This makes the clearance rate and the disposition time between different periods non-comparable.

Table 3.1.1.3: First instance courts, number of other than criminal law cases in 2014 - Resolved cases (Q91)

States	Total number of other than criminal law cases	Civil (and commercial) litigious cases	Total non-litigious cases	General civil (and commercial) non-litigious cases	Registry cases	Non-litigious (and registry) cases	Non-litigious business registry cases	Other registry cases	Other non-litigious cases	Administrative law cases	Other cases ^{9*}
	1+2+3+4										
Austria	NA	98 229	NA	1 751 110	NA	626 850	285 594	NA	NA	NA	512 284
Belgium	NA	736 693	NA	NA	NA	NAP	NA	NAP	NA	22 139	NAP
Bulgaria	325 754	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	24 955	NA
Croatia	968 422	187 950	768 503	210 569	557 934	434 210	123 724	NAP	NAP	11 969	NAP
Cyprus	21 182	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NAP	NA	1 660	0
Czech Republic	932 818	503 666	405 363	126 708	234 227	NAP	234 227	NAP	44 428	8 233	15 556
Denmark	2 288 504	42 638	2 114 440	367 102	1 757 338	1 745 062	12 275	NAP	NAP	NAP	131 426
Estonia	233 577	17 406	212 669	42 969	166 700	97 769	71 931	NAP	NAP	3 422	NAP
Finland	450 486	11 164	401 590	401 590	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	27 428	10 303
France	2 169 237	1 649 648	331 294	331 294	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	188 285	NAP
Germany	NA	1 415 623	NA	NA	NA	NA	88 326	NA	NA	659 613	1 418 949
Greece	NA	273 048	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Hungary	872 260	188 199	626 526	182 894	441 257	NAP	438 389	2 868	2 375	16 594	40 941
Ireland	182 409	80 027	101 188	101 188	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	1 194
Italy	4 373 441	1 891 595	2 382 677	2 382 677	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	39 169	NAP
Latvia	74 450	39 983	30 989	30 989	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	3 478	NAP
Lithuania	308 820	112 980	92 449	83 743	NA	NA	NA	NA	8 706	12 783	90 628
Luxembourg	NA	4 910	NA	1 044	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	1 283	NAP
Malta	6 909	6 732	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	177	NAP
Netherlands	1 248 701	166 639	973 447	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	108 615	NAP
Poland	10 171 196	1 217 579	8 598 250	4 620 175	3 987 075	3 248 943	729 732	NA	NA	74 728	280 639
Portugal	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Romania	1 814 070	1 658 547	29 317	22 016	7 301	6 972	429	NAP	NAP	126 206	NAP
Slovakia	626 110	138 919	227 921	120 362	107 529	NAP	107 529	NAP	NA	14 496	244 874
Slovenia	904 958	62 717	603 557	241 289	362 268	299 060	63 208	NAP	NAP	5 504	233 180
Spain	2 178 205	984 896	987 761	987 761	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	205 548	NAP
Sweden	204 109	66 421	22 726	22 726	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	109 102	5 860
Average	1 445 506	481 508	1 050 593	632 530	847 181	822 595	186 842	2 888	18 503	78 426	229 680
Median	872 260	152 729	403 477	182 894	362 268	434 210	107 529	2 888	8 706	19 367	90 628
Minimum	6 909	4 910	22 726	1 044	7 301	6 972	429	2 888	2 375	177	0
Maximum	10 171 196	1 891 595	8 598 250	4 620 175	3 987 075	3 248 943	729 732	2 888	44 428	659 613	1 418 949
Nb of values	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27
% of NA	22%	11%	30%	20%	20%	15%	15%	20%	37%	11%	11%
% of NAP	0%	0%	4%	4%	41%	59%	44%	70%	52%	7%	41%

* Starting from 2014, non-litigious enforcement cases have been included in general civil (and commercial) non-litigious cases. Hence the number of General civil (and commercial) non-litigious cases in 2014 is comparable with General civil (and commercial) non-litigious cases + Non-litigious enforcement cases in the 2010, 2012 and 2013 tables.

** Due to the creation in 2014 of a category "other" in non-litigious cases, "other cases" category is not fully comparable between 2012, 2013 and 2014.

Czech Republic, Slovakia: In all evaluation cycles, it was not possible to distinguish number of pending cases solely on 1st instance since each case is considered pending until the moment a final decision is enacted and no further proceeding is possible.

Greece: The data submitted in the year 2013 cannot be compared with that of the year 2014, due to the fact that the figure of 2013 depicted numbers of cases (incoming, resolved) from the Courts of First Instance, Courts of Appeal and District Courts in total, whereas in 2014 there was a separation of jurisdiction. This makes the clearance rate and the disposition time between different periods non-comparable.

Table 3.1.1.4: First instance courts, number of other than criminal law cases in 2014 - Pending cases on 31 Dec. (Q91)

States	Total number of other than criminal law cases	Civil (and commercial) litigious cases	Total non-litigious cases	General civil (and commercial) non-litigious cases	Registry cases	Non-litigious (and registry) cases	Non-litigious business registry cases	Other registry cases	Other non-litigious cases	Administrative law cases	Other cases ^{9*}
	1+2+3+4										
Austria	NA	35 068	NA	372 342	NA	21 827	3 025	NA	NA	NA	49 517
Belgium	NA	NA	NA	NA	NA	NAP	NA	NAP	NA	37 890	NAP
Bulgaria	69 815	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	8 444	NA
Croatia	354 707	195 718	145 013	102 786	42 227	30 262	2 065	NAP	NAP	13 576	NAP
Cyprus	52 412	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	8 074	0
Czech Republic	401 415	225 579	71 195	55 678	12 572	NAP	12 572	NAP	2 945	9 565	55 276
Denmark	118 484	20 705	69 113	62 626	6 487	1 533	4 954	NAP	NAP	NAP	28 666
Estonia	21 252	5 991	13 935	9 147	4 788	3 758	1 030	NAP	NAP	1 326	NAP
Finland	127 328	8 334	91 903	91 903	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	21 058	5 533
France	1 809 297	1 571 438	80 597	80 597	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	157 262	NAP
Germany	NA	744 510	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	645 014	1 838 550
Greece	NA	246 339	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Hungary	150 089	74 290	26 410	24 938	1 076	NAP	NA	1 076	396	6 734	42 655
Ireland	NA	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA
Italy	4 507 020	2 758 091	1 486 154	1 486 154	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	267 247	NAP
Latvia	32 519	26 571	4 399	4 399	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	1 549	NAP
Lithuania	54 457	30 149	1 041	729	NA	NA	NA	NA	312	10 845	12 422
Luxembourg	NA	1 382	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	NA	NAP
Malta	10 568	9 885	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	683	NAP
Netherlands	310 170	60 160	198 990	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	51 020	NAP
Poland	1 532 243	676 875	707 352	455 612	251 740	201 281	50 459	NA	NA	29 304	118 712
Portugal	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Romania	736 813	661 619	13 356	4 375	8 981	5 550	3 431	NAP	NAP	61 838	NAP
Slovakia	395 749	199 203	71 696	65 066	6 630	NAP	5 030	NAP	NA	15 772	109 078
Slovenia	251 814	39 220	170 653	164 581	6 072	5 438	634	NAP	NAP	1 682	40 258
Spain	1 446 755	657 047	384 727	384 727	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	203 406	NAP
Sweden	74 406	28 516	8 784	8 784	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	33 586	3 120
Average	622 866	385 350	208 548	198 497	37 841	39 807	9 569	1 076	1 218	75 546	155 349
Median	200 952	67 225	71 696	65 066	6 630	5 550	3 625	1 076	396	15 772	41 457
Minimum	10 568	1 382	1 041	729	1 076	1 533	634	1 076	312	683	0
Maximum	4 507 020	2 758 091	1 486 154	1 486 154	251 740	201 281	50 459	1 076	2 945	645 014	1 838 550
Nb of values	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27
% of NA	26%	19%	53%	30%	26%	15%	22%	26%	37%	15%	15%
% of NAP	0%	0%	4%	4%	7%	41%	59%	44%	70%	52%	7%

* Starting from 2014, non-litigious enforcement cases have been included in general civil (and commercial) non-litigious cases. Hence the number of General civil (and commercial) non-litigious cases in 2014 is comparable with General civil (and commercial) non-litigious cases + Non-litigious enforcement cases in the 2010, 2012 and 2013 tables.

** Due to the creation in 2014 of a category "other" in non-litigious cases, "other cases" category is not fully comparable between 2012, 2013 and 2014.

Czech Republic, Slovakia: In all evaluation cycles, it was not possible to distinguish number of pending cases solely on 1st instance since each case is considered pending until the moment a final decision is enacted and no further proceeding is possible.

Greece: The data submitted in the year 2013 cannot be compared with that of the year 2014, due to the fact that the figure of 2013 depicted numbers of cases (incoming, resolved) from the Courts of First Instance, Courts of Appeal and District Courts in total, whereas in 2014 there was a separation of jurisdiction. This makes the clearance rate and the disposition time between different periods non-comparable.

Table 3.2.1.1: First instance courts, clearance rate in different types of other than criminal law cases in 2014 (Q91)

States	Total number of other than criminal law cases	Civil (and commercial) litigious cases	Total non-litigious cases	General civil (and commercial) non-litigious cases*	Registry cases	Non-litigious (and registry) cases	Non-litigious business registry cases	Other registry cases	Other non-litigious cases	Administrative law cases	Other cases
Austria	NA	103,0%	NA	100,5%	NA	0,0%	0,0%	NA	NA	NA	99,7%
Belgium	NA	97,9%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	88,2%
Bulgaria	102,0%	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	NA	100,8%
Croatia	103,2%	113,4%	101,2%	106,7%	99,3%	0,0%	100,1%	NAP	NAP	NA	85,8%
Cyprus	89,5%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	103,5%
Czech Republic	97,3%	104,7%	83,5%	84,4%	98,1%	NAP	0,0%	NAP	99,9%	NA	44,7%
Denmark	100,0%	102,2%	89,8%	89,2%	100,1%	100,0%	115,1%	NAP	NAP	NA	99,8%
Estonia	88,2%	104,2%	97,8%	91,7%	99,5%	100,1%	0,0%	NAP	NAP	NA	90,4%
Finland	102,3%	104,6%	102,6%	102,6%	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	97,1%
France	84,3%	84,4%	86,8%	96,8%	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	96,3%
Germany	NA	89,4%	NA	NA	NA	NA	75,3%	NA	NA	NA	87,5%
Greece	NA	113,1%	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Hungary	102,7%	104,3%	102,2%	101,3%	102,6%	NAP	102,0%	0,0%	91,2%	NA	108,3%
Ireland	72,8%	55,6%	56,2%	96,2%	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	NA	100,0%
Italy	109,3%	119,3%	101,4%	101,4%	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	155,6%
Latvia	106,7%	105,8%	100,0%	100,0%	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	144,1%
Lithuania	97,4%	97,5%	101,0%	101,3%	NA	NA	NA	NA	98,5%	NA	83,4%
Luxembourg	NA	96,8%	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	NA	93,5%
Malta	102,2%	101,3%	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	148,7%
Netherlands	89,1%	89,1%	89,1%	89,1%	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	88,9%
Poland	101,3%	99,3%	102,4%	104,8%	100,0%	100,1%	0,0%	NA	NA	NA	96,6%
Portugal	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Romania	111,1%	108,7%	105,7%	110,2%	94,1%	100,7%	45,7%	NAP	NAP	NA	161,0%
Slovakia	101,3%	91,7%	101,2%	101,1%	101,4%	NAP	101,4%	NAP	NA	NA	108,2%
Slovenia	103,8%	117,4%	102,7%	105,5%	101,0%	101,1%	100,5%	NAP	NAP	NA	103,3%
Spain	101,1%	88,0%	102,2%	102,2%	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	112,5%
Sweden	103,1%	103,9%	101,5%	101,5%	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	104,9%
Average	100,0%	101,6%	100,4%	100,4%	99,6%	0,0%	04,2%	0,0%	96,5%	NA	108,0%
Median	101,3%	102,6%	101,2%	101,3%	100,0%	100,1%	0,0%	0,0%	98,5%	NA	99,8%
Standard deviation	7,3%	12,1%	2,9%	5,7%	2,4%	1,5%	18,5%	4,6%	23,2%	NA	17,1%
Minimum	72,8%	55,6%	83,5%	84,4%	94,1%	0,0%	45,7%	0,0%	91,2%	NA	44,7%
Maximum	111,1%	119,3%	105,7%	110,2%	102,6%	101,1%	115,1%	0,0%	99,9%	NA	108,3%
Nb of values	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27	28
% of NA	22%	11%	30%	26%	26%	15%	22%	20%	37%	11%	12%
% of NAP	0%	0%	4%	7%	41%	59%	44%	70%	52%	7%	42%

* Starting from 2014, non-litigious enforcement cases have been included in general civil (and commercial) non-litigious cases. Hence the number of General civil (and commercial) non-litigious cases in 2014 is comparable with General civil (and commercial) non-litigious cases + Non-litigious enforcement cases in the 2010, 2012 and 2013 tables.

** Due to the creation in 2014 of a category "other" in non-litigious cases, "other cases" category is not fully comparable between 2012, 2013 and 2014.

Ireland: The low CR is result of the specifics of the Irish system described in the comment on question 91

Greece: The data submitted in the year 2013 cannot be compared with that of the year 2014, due to the fact that the figure of 2013 depicted numbers of cases (incoming, resolved) from the Courts of First Instance, Courts of Appeal and District Courts in total, whereas in 2014 there was a separation of jurisdiction. This makes the clearance rate and the disposition time between different periods non-comparable.

Table 3.2.1.2: First instance courts, disposition time (in days) in different types of other than criminal law cases in 2014 (Q91)

States	Total number of other than criminal law cases	Civil (and commercial) litigious cases	Total non-litigious cases	General civil (and commercial) non-litigious cases*	Registry cases	Non-litigious (and registry) cases	Non-litigious business registry cases	Other registry cases	Other non-litigious cases	Administrative law cases	Other cases**
Austria	NA	130	NA	78	NA	73	5	NA	NA	NA	58
Belgium	NA	NA	NA	NA	NA	NAP	NA	NAP	NA	625	NAP
Bulgaria	78	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	124	NA
Croatia	154	380	89	178	28	33	9	NAP	NA	426	NAP
Cyprus	903	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	1 775	NA
Czech Republic	157	163	64	160	20	NAP	20	NAP	24	415	2 236
Denmark	19	177	12	64	1	0	147	NAP	NAP	NAP	80
Estonia	33	125	24	78	10	14	5	NAP	NAP	141	NAP
Finland	103	289	84	84	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	280	196
France	304	348	89	89	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	305	NAP
Germany	NA	192	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	357	473
Greece	NA	330	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA	NA
Hungary	63	144	15	60	1	NAP	NA	137	61	148	380
Ireland	NA	NA	NA	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA
Italy	376	532	228	228	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	984	NAP
Latvia	159	243	52	52	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	163	NAP
Lithuania	54	97	4	3	NA	NA	NA	NA	18	310	58
Luxembourg	NA	105	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NA	NA	NAP
Malta	558	536	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	1 408	NAP
Netherlands	91	132	75	NA	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	171	NAP
Poland	55	203	30	36	23	23	25	NA	NA	143	154
Portugal	NA	NA	NA	NA	NA	NAP	NAP	NA	NA	NA	NA
Romania	148	146	196	73	449	205	2 019	NAP	NAP	178	NAP
Slovakia	231	524	115	197	23	NAP	23	NAP	NA	357	163
Slovenia	102	228	103	249	8	7	4	NAP	NAP	112	63
Spain	242	318	142	142	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	361	NAP
Sweden	133	157	141	141	NAP	NAP	NAP	NAP	NAP	114	154
Average	198	250	83	112	62	55	351	137	33	426	366
Median	133	197	75	84	20	14	20	137	24	305	163
Standard deviation	211	140	61	71	145	100	0,04	25	443	635	635
Minimum	19	97	4	3	1	0	4	137	13	112	36
Maximum	903	536	228	249	449	205	2 019	137	61	1 775	2 236
Nb of values	27	27	27	27	27	27	27	27	27	27	28
% of NA	26%	19%	33%	30%	26%	15%	22%	20%	37%	15%	19%
% of NAP	0%	0%	4%	7%	41%	59%	44%	70%	52%	7%	42%

* Starting from 2014, non-litigious enforcement cases have been included in general civil (and commercial) non-litigious cases. Hence the number of General civil (and commercial) non-litigious cases in 2014 is comparable with General civil (and commercial) non-litigious cases + Non-litigious enforcement cases in the 2010, 2012 and 2013 tables.

** Due to the creation in 2014 of a category "other" in non-litigious cases, "other cases" category is not fully comparable between 2012, 2013 and 2014.

Czech Republic, Slovakia: In all evaluation cycles, it was not possible to distinguish number of pending cases solely on 1st Instance since each case is considered pending until the moment a final decision is enacted and no further proceeding is possible.

Greece: The data submitted in the year 2013 cannot be compared with that of the year 2014, due to the fact that the figure of 2013 depicted numbers of cases (incoming, resolved) from the Courts of First Instance, Courts of Appeal and District Courts in total, whereas in 2014 there was a separation of jurisdiction. This makes the clearance rate and the disposition time between different periods non-comparable.

The Netherlands provided a measured disposition time for these categories and is not outlabeled by the CEPEJ.

Anexo 2 - Número de processos julgados pela Quarta Turma especializada em direito tributário: Tribunal Regional Federal da Segunda Região: meses de julho e agosto de 2017

Produtividade da 4a. Turma especializada do TRF da 2a. Região - Processos Físicos

08/02/2018

Planilha

TRF2 - Produtividade - Crie seu relatório
Monte seu relatório cruzando as informações existentes na lista de campos

Dados referentes ao dia: 07/02/2018

Relatório atual

Ano : 2017 Tipo Processo : Judicial Julgador : 4a.TURMA ESPECIALIZADA

Indicadores

Medidas	Mês	Atividades										Total
		A	B	C	E	F	G	I	J	TJ	TJI	
	Julho	2	126	1	1	117	27	8	134	128	245	
	Qtd Agosto	6	181	2	3	110	17	13	321	187	297	
	Total	8	307	3	4	227	44	21	455	315	542	

Lista de campos
Arraste itens para lista de tabela din

- Medidas
- Qtd
- Ano
- Assunto
- Classe
- Especialização
- Gabinete

Disponível em: <http://portaldeestatisticas.trf2.gov.br/portal/planilha.aspx?p=232>

Produtividade da 4a. Turma especializada do TRF da 2a. Região - Processos Eletrônicos

08/02/2018

Planilha

TRF2 - Atividades Apoio TRF - Crie seu relatório
Monte seu relatório cruzando as informações existentes na lista de campos

Dados referentes ao dia: 07/02/2018

Relatório atual Legenda Exibir Lista de Campos Exportar

Ano : 2017 Julgador Responsável : 4a.TURMA ESPECIALIZADA

Indicadores

Medidas	Mês	Atividades									Total
		A	B	E	F	G	I	J	TJ	TJI	
	Julho	22	455	1	100	195	18	516	477	577	
	Processos Agosto	32	697	15	237	143	28	654	729	966	
	Total	54	1152	16	337	338	46	1170	1206	1543	

Disponível em: <http://portaldeestatisticas.trf2.gov.br/portaleletronico/planilha.aspx?p=339>

Produtividade da 4a. Turma especializada do TRF da 2a. Região - Relator Erik Navarro Wolkart. Processos Físicos

08/02/2018

Planilha

TRF2 - Produtividade - Crie seu relatório
Monte seu relatório cruzando as informações existentes na lista de campos

Dados referentes ao dia: 07/02/2018

Relatório atual

Ano : 2017 Tipo Processo : Judicial Relator Fase : ERIK NAVARRO WOLKART

Indicadores

Medidas	Mês	Atividades								Total	
		A	B	E	F	G	I	J	TJ		TJI
	Julho	1	69	1	82	5				70	152
	Agosto	4	155		85	9	3	246		159	244
	Setembro					1		66			
	Outubro					1		3			
	Dezembro							6			
	Total	5	224	1	167	16	3	321	229	396	

Lista de campos
Arraste itens para lista de tabela d'r

- Medidas
- Qtde
- Ano
- Assunto
- Classe
- Especialização
- Gabinete
- Indicadores
- Julgador
- Mês
- Órgao Fase

Disponível em: <http://portaldeestatisticas.trf2.gov.br/portal/planilha.aspx?p=232>

Produtividade da 4a. Turma especializada do TRF da 2a. Região - Relator Erik Navarro Wolkart. Processos Eletrônicos

08/02/2018

Planilha

TRF2 - Atividades Apolo TRF - Crie seu relatório
Monte seu relatório cruzando as informações existentes na lista de campos

Dados referentes ao dia: 07/02/2018

Relatório atual [Legenda](#) [Exibir Lista de Campos](#) [Exporta](#)

Ano : 2017 Julgador Responsável : All Gabinete Responsável : All Relator Fase : ERIK NAVARRO WOLKART

Indicadores

Medidas	Mês	Atividades								Total
		A	B	E	F	G	I	J	TJ	
	Julho	2	78	12	70	1			80	92
	Agosto	2	221	2	45	57	2	2	223	268
	Setembro	1				8	1	165	1	1
	Processos Outubro							107		
	Novembro							76		
	Dezembro							1		
	Total	5	299	2	57	135	4	351	304	361

Lista de campos
Arraste itens para lista de tabela d'r

- Medidas
- Processos
- Ano
- Assunto
- Autuado Em - AP
- Classe
- Gabinete Respoi
- Indicadores
- Julgador Respoi
- Mês

Disponível em: <http://portaldeestatisticas.trf2.gov.br/portaleletronico/planilha.aspx?p=339>

Legendas:

08/02/2018

Legenda de ATIVIDADES

>> LEGENDA

A = Decisões Monocráticas Terminativas
B = Julgamentos em Sessão
C = Votos-Vista
D = Votos-Revisores
E = Votos-Vencidos
F = Julgamentos de Incidentes
G = Decisões Interlocutórias

H = Decisões em Recursos aos Tribunais Superiores
I = Decisões Monocráticas Terminativas Publicadas
J = Acórdãos Publicados

TJ = Total de Julgamentos no Período

TJI = Total de Julgamentos com Incidentes

>> FÓRMULAS

TJ = A+B

TJI = A+B+F

Disponível em: <http://portaldeestatisticas.trf2.gov.br/portal/Legendas/legendaatividades.htm>

Anexo 3 - Pesquisa: acórdãos do STJ sobre litigância de má-fé (janeiro a 26 de outubro de 2017)

I) Total de acórdãos encontrados na busca: 131

I.1) Acórdãos encontrados na busca, mas que não tratam da questão: 5

I.1.1) Acórdãos que apenas aduzem que “uma nova interposição de recurso será considerada litigância de má-fé”: 2

AgInt nos EREsp 1376569 / RJ
EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1293337 / PR

I.1.2) Acórdão que aduz que “a matéria não deve ser enfrentada pois a recorrente não se insurgiu especificamente sobre a litigância de má-fé”: 1

AgInt no AREsp 869307 / SP

I.1.3) Acórdãos que em nada se relacionam com o tema da litigância de má-fé: 2

REsp 1562239 / MS
AgInt no REsp 1214034 / SC

II) Total de acórdãos analisados: 125

II.1) Acórdãos que não apreciaram o tema (matéria fática): 59

AgInt no AREsp 1078631 / GO
AgInt no AREsp 926678 / MT
AgInt no REsp 1674324 / RJ
REsp 1676483 / RS
AgInt no REsp 1518503 / PE
EDcl no AgInt no AREsp 1004740 / SP
AgInt no AREsp 767586 / SP
AgInt no AREsp 1108606 / SC
AgInt no AREsp 868527 / SP
AgInt no AREsp 202180 / DF
AgInt no AREsp 1084064 / SP
AgInt no AREsp 698725 / SC
AgInt no AREsp 1032269 / DF
AgInt nos EDcl no AREsp 1042353 / SP
AgInt nos EDcl no REsp 1473074 / SC
AgInt no AREsp 1063320 / SP

AgInt no REsp 1325777 / MA
AgInt no AREsp 993665 / SP
AgInt no AREsp 1004740 / SP
AgInt no AgInt no AREsp 892089 / SP
AgRg nos EDcl no AREsp 72076 / RS
AgInt no AREsp 992434 / RJ
AgRg no REsp 1510856 / RJ
AgInt no AREsp 169828 / SP
AgInt no AREsp 221574 / SP
AgInt no REsp 1589685 / SC
AgInt nos EDcl no AREsp 703139 / GO
AgInt no REsp 1590698 / RS
AgInt no AREsp 1026321 / SP
AgRg no AREsp 561361 / PB
REsp 1658301 / RS
AgInt no REsp 1321302 / PR
REsp 1655002 / SP
AgInt no AREsp 977913 / RS
AgInt no REsp 1625508 / SC
AgInt no AREsp 741577 / PR
AgRg no AREsp 847402 / MS
REsp 1655417 / SP
AgInt no AREsp 970773 / RS
AgRg no Ag 1376367 / SP
AgInt no AREsp 985239 / SP
AgInt no AREsp 1011870 / SP
AgRg no AREsp 457746 / MS
AgInt no AREsp 786216 / SP
REsp 1608237 / SC
AgInt no AREsp 1008220 / SP
AgInt no AgInt no AREsp 976909 / SP
AgRg nos EDcl no REsp 1208255 / SP
AgInt no REsp 1324118 / RS
AgInt no AREsp 885149 / RS
AgInt nos EDcl no AREsp 926523 / RS
AgInt no REsp 1437553 / SC
AgInt no REsp 1437553 / SC
AgInt no AREsp 955064 / RJ
AgInt no AREsp 693596 / RS
AgInt no REsp 1625513 / SC
AgInt no AREsp 447739 / SP
AgInt no AREsp 973525 / SP
AgInt no AREsp 238991 / RS

II.2) Acórdãos que apreciaram o tema: 66

REsp 1423942 / SP
AgInt no AgRg no REsp 1545154 / GO
HC 401965 / RJ

EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 615540 / PE
EDcl no AgInt no AREsp 1040823 / SP
REsp 1678498 / CE
AgInt no AgInt nos EREsp 1511251 / TO
AgRg no AREsp 618694 / RS
AgInt no AREsp 1100940 / RJ
AgInt nos EDcl na Rcl 33604 / SP
AgInt no RMS 46117 / RO
AgInt no AREsp 1114610 / PE AgInt no REsp 1664348 / TO
AgInt no AREsp 1096859 / SP
EDcl no AgRg no REsp 1401913 / SP
AgInt no AREsp 993261 / MS
AgInt no AREsp 970069 / SP
AgInt no REsp 1627629 / PR
EDcl no AgInt no AREsp 720390 / SP
AgInt no AREsp 1080823 / SP
AgInt no REsp 1378434 / SC - REsp 1666304 / SP
REsp 1658909 / SP
MS 23468 / DF
AgInt no AREsp 1007134 / SP
AgInt no AREsp 1005675 / SP
AgInt nos EDcl no AREsp 1056696 / SP
AgInt nos EDcl no AREsp 1056696 / SP AgInt no REsp 1598961 / SP
EDcl no AgInt no AREsp 965265 / AM -
AgInt no AREsp 1012019 / MS
AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AREsp 809327 / PR
REsp 1667213 / RS
AgInt no AREsp 877442 / RJ
AgInt no AREsp 1039341 / PR
AgRg no REsp 1374879 / RS
AgInt no REsp 1629619 / PB
REsp 1659653 / PR
EDcl no AgInt no AREsp 889783 / RJ
AgInt no AREsp 808571 / DF
AgInt no AREsp 1002977 / RS
EDcl no AgInt no REsp 1603300 / MG
AgInt nos EDcl no AREsp 975889 / SP
AgInt no AREsp 980932 / RS
EDcl no AgRg no REsp 1573890 / PE
RMS 53212 / RJ
REsp 1653052 / SP
AgRg no RMS 39859 / PE
EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 153740 / MS
AgInt no AREsp 821337 / SP
AgInt no AREsp 788359 / RS
AgInt no REsp 1626058 / MA
AgInt no REsp 1571610 / SP
AgInt no REsp 1628702 / GO
REsp 1628065 / MG
EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 294630 / SP

EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 563934 / SC
 AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 922481 / RJ
 SEC 12493 / EX
 REsp 1411740 / SC
 AgInt no REsp 1249051 / SC
 REsp 1428493 / SC – recurso cabível
 AgInt no REsp 1602245 / RJ
 AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 825696 / SP
 AgInt no AREsp 805562 / RS
 REsp 1466212 / SP

II.2.2) Total de acórdãos condenatórios: 16

EDcl no AgInt no AREsp 1040823 / SP
 REsp 1678498 / CE
 AgInt nos EDcl na Rcl 33604 / SP
 AgInt no REsp 1378434 / SC
 REsp 1667213 / RS
 AgInt no AREsp 1039341 / PR
 EDcl no AgInt no REsp 1603300 / MG
 AgInt nos EDcl no AREsp 975889 / SP
 AgInt no AREsp 980932 / RS
 RMS 53212 / RJ
 REsp 1653052 / SP
 AgInt no AREsp 821337 / SP
 AgInt no AREsp 788359 / RS
 AgInt no REsp 1626058 / MA
 AgInt no REsp 1602245 / RJ
 AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp 825696 / SP

II.2.2.1) acórdãos que condenam “por recurso protelatório”: 11

EDcl no AgInt no AREsp 1040823 / SP
 REsp 1678498 / CE
 AgInt nos EDcl na Rcl 33604 / SP
 AgInt no REsp 1378434 / SC
 REsp 1667213 / RS
 AgInt no AREsp 1039341 / PR
 EDcl no AgInt no REsp 1603300 / MG
 AgInt nos EDcl no AREsp 975889 / SP
 AgInt no AREsp 980932 / RS
 REsp 1653052 / SP
 AgInt no REsp 1602245 / RJ

II.2.2.2) acórdãos que condenam “por tentativa de alteração da verdade dos fatos”: 3

AgInt no AREsp 788359 / RS

AgInt no REsp 1626058 / MA
 AgInt nos EDcl nos EDcl no AREsp

II.2.2.3) Acórdãos que condenaram sob o fundamento de que a litigância de má-fé foi configurada em razão do ajuizamento em duplicidade de mandado de segurança: 1

RMS 53212 / RJ

II.2.2.4) Acórdão que condenou sob o fundamento de que “o benefício da assistência judiciária gratuita é compatível com a litigância de má-fé”: 1

AgInt no AREsp 821337 / SP

II.2.3) Total de acórdãos que afastam a condenação: 50

REsp 1423942 / SP
 AgInt no AgRg no REsp 1545154 / GO
 HC 401965 / RJ
 EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 615540 / PE
 AgInt no AgInt nos EREsp 1511251 / TO
 AgRg no AREsp 618694 / RS
 AgInt no AREsp 1100940 / RJ
 AgInt no RMS 46117 / RO
 AgInt no AREsp 1114610 / PE
 AgInt no REsp 1664348 / TO
 AgInt no AREsp 1096859 / SP
 EDcl no AgRg no REsp 1401913 / SP
 AgInt no AREsp 993261 / MS
 AgInt no AREsp 970069 / SP
 REsp 1627014 / SC
 AgInt no REsp 1627629 / PR
 EDcl no AgInt no AREsp 720390 / SP
 AgInt no AREsp 1080823 / SP
 REsp 1666304 / SP
 REsp 1658909 / SP
 MS 23468 / DF
 AgInt no AREsp 1007134 / SP
 AgInt no AREsp 1005675 / SP
 AgInt nos EDcl no AREsp 1056696 / SP
 AgInt no REsp 1598961 / SP
 EDcl no AgInt no AREsp 965265 / AM
 AgInt no AREsp 1012019 / MS
 AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AREsp 809327 / PR
 AgInt no AREsp 877442 / RJ
 AgRg no REsp 1374879 / RS
 AgInt no REsp 1629619 / PB
 REsp 1659653 / PR
 EDcl no AgInt no AREsp 889783 / RJ

AgInt no AREsp 808571 / DF
 AgInt no AREsp 1002977 / RS
 EDcl no AgRg no REsp 1573890 / PE
 AgRg no RMS 39859 / PE
 EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 153740 / MS
 AgInt no REsp 1571610 / SP
 AgInt no REsp 1628702 / GO
 REsp 1628065 / MG
 EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 294630 / SP
 EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 563934 / SC
 AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 922481 / RJ
 SEC 12493 / EX
 REsp 1411740 / SC
 AgInt no REsp 1249051 / SC
 REsp 1428493 / SC
 AgInt no AREsp 805562 / RS
 REsp 1466212 / SP

II.2.3.1) Acórdãos que afastaram a condenação por entender que o recurso não foi protelatório: 33

a) Acórdãos que afastaram a condenação sob o fundamento de que a parte interpôs o recurso específico/não houve abuso/dolo/culpa grave no exercício de recorrer: 32

AgInt no AgRg no REsp 1545154 / GO
 EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 615540 / PE
 AgInt no AgInt nos EREsp 1511251 / TO
 AgInt no RMS 46117 / RO
 AgInt no AREsp 1114610 / PE
 AgInt no AREsp 1096859 / SP
 EDcl no AgRg no REsp 1401913 / SP
 AgInt no AREsp 993261 / MS
 AgInt no AREsp 970069 / SP
 AgInt no REsp 1627629 / PR
 EDcl no AgInt no AREsp 720390 / SP
 AgInt no AREsp 1080823 / SP
 REsp 1658909 / SP
 AgInt nos EDcl no AREsp 1056696 / SP
 AgInt no REsp 1598961 / SP
 EDcl no AgInt no AREsp 965265 / AM
 AgInt no AREsp 877442 / RJ
 AgInt no REsp 1629619 / PB
 EDcl no AgInt no AREsp 889783 / RJ
 AgInt no AREsp 808571 / DF
 AgInt no AREsp 1002977 / RS
 EDcl no AgRg no REsp 1573890 / PE
 AgInt no REsp 1571610 / SP
 AgInt no REsp 1628702 / GO
 EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 294630 / SP

EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 563934 / SC
 AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 922481 / RJ
 REsp 1411740 / SC
 AgInt no REsp 1249051 / SC REsp 1428493 / SC
 AgInt no AREsp 805562 / RS
 REsp 1466212 / SP

b) Acórdão que afastou a condenação sob o fundamento de que a instauração de procedimento cautelar incidental, ainda que rejeitada a tese nele defendida, não autoriza o reconhecimento da litigância de má-fé: 1

REsp 1423942 / SP

II.2.3.2) Acórdão que afasta a condenação sob o fundamento de que “Litigante de má-fé é aquele que deduz pretensão ou defesa contra "texto expresso de lei" ou "fato incontroverso" e a orientação fixada em mera Súmula do STJ não se enquadra no conceito de lei ou fato incontroverso”: 1

REsp 1666304 / SP

II.2.3.3) Acórdãos que afastaram a condenação sob o fundamento de que “não cabe condenação por litigância de má-fé no processo penal”: 5

HC 401965 / RJ
 AgRg no AREsp 618694 / RS
 REsp 1627014 / SC
 AgRg nos EDcl nos EDcl nos EDcl no AREsp 809327 / PR
 AgRg no RMS 39859 / PE

II.2.3.4) Acórdãos que afastaram a condenação sob o fundamento de que não foram preenchidos os requisitos do art. 80 do CPC: 7

AgInt no AREsp 1100940 / RJ
 AgInt no REsp 1664348 / TO
 MS 23468 / DF
 AgInt no AREsp 1007134 / SP
 AgInt no AREsp 1005675 / SP
 AgInt no AREsp 1012019 / MS
 EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 153740 / MS

II.2.3.5) Acórdãos que afastaram a condenação sob o fundamento de que não foram preenchidos os critérios para a configuração de litigância de má-fé na interposição de recursos: (i) o dolo do recorrente em obstar o normal trâmite do processo; e (ii) a existência de prejuízo suportado pela parte recorrida: 1

REsp 1628065 / MG

II.2.3.6) Acórdão que afastou a condenação sob o fundamento de que o fato de ter havido necessidade de citação da requerida por edital, bem como o oferecimento de contestação, não podem ser considerados, por si sós, atos procrastinatórios do feito, daí porque não há falar em litigância de má-fé: 1

SEC 12493 / EX

II.2.3.7) Acórdão que afastou a condenação sob o fundamento de que não houve situação que pode ser caracterizada como litigância de má-fé, na forma do art. 17 CPC/73: 1

AgRg no REsp 1374879 / RS

II.2.3.8) Acórdão que afastou a condenação sob o fundamento de que “uma vez afastada a ocorrência de má-fé, descabida a manutenção da pena de litigância de má-fé.”: 1

REsp 1659653 / PR

II.3) Total de acórdãos que apreciaram o tema e discutiram sobre o recurso ser ou não protelatório: 44 (33 não condenatórios e 11 condenatórios).

REsp 1423942 / SP

AgInt no AgRg no REsp 1545154 / GO

EDcl nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 615540 / PE

AgInt no AgInt nos EREsp 1511251 / TO

AgInt nos EDcl na Rcl 33604 / SP

AgInt no RMS 46117 / RO

AgInt no AREsp 1114610 / PE

AgInt no AREsp 1096859 / SP

EDcl no AgRg no REsp 1401913 / SP

AgInt no AREsp 993261 / MS

AgInt no AREsp 970069 / SP

AgInt no REsp 1627629 / PR

EDcl no AgInt no AREsp 720390 / SP

AgInt no AREsp 1080823 / SP

REsp 1666304 / SP

REsp 1658909 / SP

AgInt nos EDcl no AREsp 1056696 / SP

AgInt no REsp 1598961 / SP

EDcl no AgInt no AREsp 965265 / AM

REsp 1667213 / RS

AgInt no AREsp 877442 / RJ

AgInt no AREsp 1039341 / PR

AgInt no REsp 1629619 / PB

EDcl no AgInt no AREsp 889783 / RJ

AgInt no AREsp 808571 / DF
EDcl no AgInt no REsp 1603300 / MG
AgInt nos EDcl no AREsp 975889 / SP
AgInt no AREsp 980932 / RS
EDcl no AgRg no REsp 1573890 / PE
REsp 1653052 / SP
AgInt no REsp 1571610 / SP
AgInt no REsp 1628702 / GO
EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 294630 / SP
EDcl nos EDcl no AgInt no AREsp 563934 / SC
AgInt nos EDcl no AgInt nos EDcl no AREsp 922481 / RJ
REsp 1411740 / SC
AgInt no REsp 1249051 / SC
REsp 1428493 / SC
AgInt no REsp 1602245 / RJ
AgInt no AREsp 805562 / RS
REsp 1466212 / SP
EDcl no AgInt no AREsp 1040823 / SP
REsp 1678498 / CE
AgInt no REsp 1378434 / SC