



O PROBLEMA DA MOROSIDADE E DO CONGESTIONAMENTO JUDICIAL NO ÂMBITO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM DE LAW AND ECONOMICS

Courts slowness and congestion problem in Brazilian civil procedure: from law and
economics standpoint

Revista de Processo | vol. 290/2019 | p. 441 - 469 | Abr / 2019
DTR\2019\27390

Luciano Benetti Timm

Pós-Doutor pela Universidade da Califórnia, Berkeley. Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Mestre em Direito dos Negócios (LLM) pela Universidade de Warwick, Reino Unido. Foi Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE) e do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS). Advogado. ltimm@cmtlaw.com.br

Manoel Gustavo Neubarth Trindade

Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS. Especialista em Processo Civil pela UFRGS. Presidente do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul – IDERS. Diretor da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Vice-Presidente da Comissão Especial de Energia, Mercado de Capitais e Infraestrutura da OAB/RS. Professor da Unisinos. Advogado. Economista. mgustavotrindade@gmail.com

Rafael Bicca Machado

Doutor e Mestre em Ciências Sociais pela PUCRS. Foi Presidente do Instituto de Direito e Economia do Rio Grande do Sul (IDERS) e Diretor da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE). Advogado. rmachado@cmtlaw.com.br

Área do Direito: Civil; Processual

Resumo: No presente estudo, buscou-se investigar as causas da morosidade e do congestionamento judicial no âmbito do processo civil brasileiro, por meio de uma abordagem de Análise Econômica do Direito, objetivando trazer contribuições para a dogmática jurídica. Assim, analisou-se o processo civil enquanto conformador de mecanismo de incentivos, responsável por balizar o comportamento das partes e dos demais agentes que dele participam. Dando continuidade a essa tarefa, abordou-se o sistema judicial enquanto recurso comum e o risco do seu esgotamento, bem como se realizou ponderações acerca da aplicação da Teoria da Informação assimétrica e da Teoria dos Jogos para a investigação e estudo do Processo Civil.

Palavras-chave: Morosidade – Processo civil – Análise econômica do direito

Abstract: In the present study, we investigated the causes of delays and congestion in civil jurisdiction in Brazil, through an approach of Economic Analysis of Law, aiming to bring contributions to legal dogmatics. Thus, we analyzed the civil procedure as a conformer of an incentive mechanism, responsible for mark out the conduct of the parties and other agents that participate in it. Continuing this task, we examined the judicial system as a common resource and the risk of your depletion, as well the implementation of Asymmetric Information Theory and Game Theory to the investigate and study of the Civil Procedure.

Keywords: Economic analysis of law – Civil procedure – Judicial slowness

Sumário:

I.Introdução - II.Contribuições à dogmática jurídica processual - III.O sistema judicial civil enquanto recurso comum e a sua tragédia - IV.A teoria da informação assimétrica aplicada ao processo judicial - V.A teoria dos jogos e o estudo do processo civil - VI.Considerações finais - VII.Referências bibliográficas



I. Introdução

A abordagem adotada no presente artigo provém de um referencial teórico que, embora muito presente nos Estados Unidos da América do Norte e em vários países da Europa, ainda resta modestamente conhecido no Brasil, que é o do Law and Economics.¹ Tal circunstância tornou necessário o desenvolvimento de parte considerável da pesquisa em literatura estrangeira, assim como a tentativa de sua adaptação ao caso brasileiro.²

Assim, busca-se utilizar os pressupostos da Análise Econômica do Direito para o exame da realidade da justiça civil brasileira, porquanto essa abordagem se vale de uma teoria do comportamento humano, importada das Ciências Econômicas, que é aplicável a todas as situações em que o processo de escolha esteja presente e a tomada de decisão seja relevante, revelando-se, portanto, aplicável às mais diversas conjunturas, a despeito das diferenças encontradas nas normas processuais dos mais variados países. Aliás, a vantagem dessa abordagem é justamente fornecer um marco teórico que permite o diálogo entre juristas de diferentes nacionalidades, como efetivamente vem se observando ocorrer.

Dessa forma, a literatura de Law and Economics enseja um olhar diferente do problema da morosidade e do congestionamento da justiça civil, centrando foco na compreensão da racionalidade das partes e dos operadores do sistema judicial. Apreendida essa racionalidade, a qual se supõe instrumental e pragmática, que considera, sobretudo, os preços atribuídos às possíveis alternativas de ação das partes e, não só, também dos operadores (o termo preço aqui é o do jargão econômico, que abrange quaisquer custos ou ônus, não necessariamente financeiros, imputados aos agentes que escolhem realizar determinada ação), é possível contribuir para o desenho de normas processuais que possam criar incentivos mais eficientes para o comportamento de todos os agentes envolvidos, diminuindo-se a sobreutilização do Poder Judiciário.

Altera-se, portanto, a ênfase que é dada à produção e à multiplicação legislativa para o aperfeiçoamento das normas já existentes, bem como para a aplicação racional do acervo normativo já existente. Nesse sentido, oportuno mencionar que os legisladores e os juristas incumbidos da concepção e da elaboração legislativa partem, não raras vezes, de teorias dogmáticas que se revelam descoladas da realidade efetivamente vivenciada, de modo que os resultados alcançados, em muitos casos, não coincidem com os objetivos almejados.³

Nesse ponto, a Análise Econômica do Direito pode especialmente contribuir na medida em que busca se valer, precipuamente, de uma teoria comportamental econômica (que se não perfeita, é bastante útil) e da realidade empírica, para então conceber e desenhar normas jurídicas que efetivamente venham a atingir os fins almejados, através da identificação e calibragem (ajuste) dos incentivos que são irradiados pelo sistema processual. Portanto, parte-se de uma análise positiva (descritiva), para assim buscar formatar regras processuais capazes de atingir os fins almejados.

Dessa forma, o presente artigo objetiva trazer algumas teorias econômicas que podem contribuir para a compreensão do problema e, dessa forma, ensejar o desenho de mecanismos de incentivos, através das normas processuais e das suas interpretações e aplicações, que possam efetivamente resolver ou mitigar o problema da morosidade e do congestionamento judicial, como se faz por meio da Teoria dos Bens Públicos, da Agência e dos Jogos, sendo que cada uma delas contribui, a seu modo, para o exame do objeto de estudo.

Assim, através da primeira seção do presente artigo, objetiva-se demonstrar que muitas das mudanças legislativas já implementadas no Brasil, assim como muitas daquelas que se pretendem realizar, inclusive por meio do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) vigente mais recentemente, não se encontram devidamente adequadas às realidades efetivamente observadas nos comportamentos dos shareholder e stakeholders do processo judicial, sendo que, para tal tarefa, é realizado levantamento bibliográfico



acerca dos estudos realizados nos últimos anos sobre o desenvolvimento das estruturas processuais, notadamente quanto aos aspectos que dizem respeito ao tempo de tramitação necessário para a obtenção da tutela jurisdicional.

Na segunda seção, a estrutura do sistema judicial civil brasileiro é confrontada a partir das lentes da Análise Econômica do Direito com o conceito da Tragédia dos Comuns, oferecida por Hardin⁴ e, mais tarde, complementada por Araújo.⁵

Na terceira seção, o trabalho aprofunda um segundo insight da Análise Econômica do Direito aplicada ao processo civil, que diz respeito à importância dos efeitos decorrentes dos desequilíbrios informacionais verificados nas relações que se estabelecem entre os agentes econômicos de modo geral; o que não é diferente do que ocorre entre as partes e mesmo entre os demais agentes que, respectivamente, utilizam e operam o sistema processual civil, buscando-se, dessa forma, traçar um paralelo entre essas circunstâncias e o cenário atual enfrentado pelo Poder Judiciário.

Por fim, a última seção é dedicada à exploração dos elementos da Teoria dos Jogos e, através dela, busca-se demonstrar a relação entre as normas legais, a jurisprudência e as decisões estratégicas das partes e dos operadores do sistema, analisando-se o litígio judicial como um jogo estratégico que envolve todos os indivíduos que, direta ou indiretamente, fazem parte do mesmo. Trazem-se aqui mais elementos comportamentais à teoria jurídica processual.

II. Contribuições à dogmática jurídica processual

Os resultados apresentados pelo relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2008, acerca da situação do Poder Judiciário brasileiro, demonstram que é crescente o número de processos nas justiças estaduais (27,5% entre 2004/2008). Fora do panorama do relatório do Conselho Nacional de Justiça, mas paralelamente a essa realidade, está o massivo aumento do número de advogados existentes no mercado, a estrutura acadêmica incentivadora do litígio presente na maioria das escolas de Direito do País, a mentalidade das partes, os movimentos cíclicos da evolução da sociedade, as numerosas falhas do sistema processual civil brasileiro e, em meio a todo esse cenário, sobremodo a racionalidade e o comportamento dos indivíduos frente a todas essas circunstâncias.

Ao enfrentar tal realidade, percebe-se que os esforços no Brasil têm sido centrados em estudos sobre as implicações da situação de congestionamento e da consequente morosidade do sistema judicial civil ou, então, sobre as mudanças legislativas que vêm sendo repetidamente realizadas para tentar evitar o surgimento dessas indesejáveis consequências.

Tendo sido identificado como um dos principais problemas de nosso Poder Judiciário a demora no andamento e julgamento dos processos judiciais, vive-se, no Brasil, uma constante reforma do Judiciário, tendo sido modificadas, nos últimos anos, muitas das leis mais importantes do País, como o Código Civil (LGL\2002\400), o Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) e o Código Penal (LGL\1940\2), sem falar nas diversas emendas constitucionais, que, na quase totalidade, possuem a declarada finalidade de dotar a organização judiciária de ferramentas com maior capacidade de atender as necessidades sociais, além é, claro, do novel Código de Processo Civil (LGL\2015\1656). Para identificar tal situação, pertinente entender algumas das reformas pelas quais a estrutura processual civil brasileira passou e vem passando.

Não é tarefa fácil precisar o momento em que se iniciaram, tampouco a fase que atualmente se encontram as reformas do processo civil brasileiro. Algumas correntes sustentam que o marco inicial foi o ano de 1985, com a introdução de diversos instrumentos destinados a tutelar direitos de natureza coletiva;⁶ outros afirmam que as alterações somente tiveram início no ano de 1992, a partir da promulgação da Lei 8.455, que alterou dispositivos referentes à prova pericial.⁷



Independentemente de ser a primeira ou a segunda fase das reformas, no final do ano de 1994, por meio das Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953 e, novamente, no ano de 1995, através das Leis 9.099, 9.139 e 9.245, apresentaram-se no País as primeiras modificações com o objetivo de aperfeiçoar e ampliar os mecanismos até então existentes no sistema processual vigente,⁸ buscando direta ou indiretamente imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional.⁹

Mesmo na década de 1990, permeada por transformações dos instrumentos processuais, os questionamentos sobre a estrutura do Poder Judiciário continuavam constantes.¹⁰ O desagrado com a estrutura processual brasileira deu seguimento a alterações legislativas posteriores. Destacam-se aqui as Leis 10.352, 10.358,¹¹ 10.444,¹² 11.232, 11.276, 11.277 e 11.280, que constituíram o chamado "Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais rápido e republicano".¹³ Alguns autores, ainda, sustentam que a Lei 10.444 de 2002 (LGL\2002\431) encerra a segunda etapa de reformas do sistema processual civil brasileiro. O que se sabe é que tanto as leis 10.352, 10.358, de 2001, como a 10.444, de 2002, integram a "reforma da reforma", sendo esta última a responsável pela alteração de artigos que integravam o processo de execução.¹⁴

Não bastassem as normas já mencionadas, outras surgiram com o mesmo propósito.¹⁵ Tratando-se da busca pela celeridade processual, inarredável mencionar a Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004 (LGL\2004\2637), que tratou de estabelecer as diretrizes da denominada Reforma do Poder Judiciário. Entre as inovações trazidas, estão as alterações de competência; as férias dos magistrados; a restrição das hipóteses de cabimento dos Recursos Extraordinário e Especial, entre elas a instituição da Repercussão Geral e dos Recursos Repetitivos; a introdução das Súmulas Vinculantes; entre outras tantas que objetivam alterar a realidade atual desse sistema.¹⁶

Conforme se constata do curto histórico anteriormente descrito, não foram poucas as reformas que incidiram sobre o processo civil brasileiro nos últimos anos. Todavia, em que pesem todas essas mudanças, assim como as que estão a se implementar, como o novel Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), as soluções adotadas parecem não enfrentar propriamente a essência do problema, mas se revelam, em grande parte vezes, apenas medidas paliativas, destinadas tão somente a mitigar os sintomas mais visíveis de um sistema que, entretanto, convalesce gravemente em seu âmago.

Obviamente, não se está aqui a negar alguns dos importantes avanços obtidos. Cita-se, por exemplo, a substancial redução do número de recursos junto aos Tribunais Superiores que se verificou a partir da adoção das novas técnicas de enfrentamento dos casos repetitivos.¹⁷ Todavia, o que se pretende destacar é que grande parte das tentativas realizadas, embora muito bem-intencionadas, de modo geral não foram capazes de resolver o quadro vigente, sobremaneira por parecer faltar à dogmática processual instrumentos de observação e interpretação da realidade humana e de seu comportamento estratégico, em termos pragmáticos e efetivos.

Dessa forma, parece evidente que as causas da atual realidade do sistema processual civil brasileiro se encontram em raízes mais profundas. Torna-se pertinente, por exemplo, entender de que forma a configuração do processo civil influencia as estratégias adotadas pelas partes e por seus advogados, aliás, tanto antes quanto durante e no final da tramitação das ações judiciais. Outrossim, cabe perquirir, por exemplo, até que ponto o número de advogados existentes no mercado influencia o número de demandas judiciais.¹⁸

Por conseguinte, propõe-se o estudo do sistema judicial civil, bem como a análise do comportamento das partes e dos operadores do sistema judicial, a partir de uma perspectiva de Direito e Economia. Nesse sentido, compreende-se o sistema processual civil como conformador de um mecanismo de incentivos, responsável por criar estímulos positivos e negativos para o comportamento das partes e mesmo dos demais agentes, o que pode tanto induzir ao desempenho eficiente quanto ineficiente da atividade jurisdicional e, mesmo antes disso, das relações interpessoais e sociais passíveis de se



tornarem litigiosas.

III.O sistema judicial civil enquanto recurso comum e a sua tragédia

A Economia pode muito bem servir para melhor compreender a limitação orçamentária e de recursos a qual o Poder Judiciário está adstrito, evidenciando, por exemplo, as estratégias dos agentes que, por vezes, utilizam de forma abusiva o sistema judicial, em nítido detrimento do bem comum. Assim, se a verificação da existência de uma violação a um direito material depende de um processo judicial, o qual é subsidiado pela sociedade, o Poder Judiciário, como parte do Estado brasileiro, deve possuir a exata compreensão dos riscos de surgimento de comportamentos oportunistas por parte de indivíduos que buscam a Justiça (Poder Judiciário) para outros fins que não a realização da própria Justiça.¹⁹ Aliás, quanto mais lenta e ineficiente a tramitação processual, maiores incentivos para esse tipo de comportamento estratégico. Eis o risco trágico da Justiça, como bem público que é.

A partir dos estudos de Garret Hardin²⁰ e, posteriormente, do trabalho desenvolvido por Araújo,²¹ torna-se possível traçar um paralelo entre a realidade atual do sistema judicial brasileiro e o ambiente de Tragédia idealizado pelos indigitados Autores. Oportuno iniciar com a constatação de Hardin sobre a racionalidade do ser humano dentro de contextos onde não existam restrições de acesso e, ao mesmo tempo, inexistam limites às possíveis ações dos indivíduos. Nesse sentido, o indigitado Autor demonstra que, sendo os indivíduos maximizadores dos seus benefícios individuais, em cenários de escassez, eles utilizam todos os recursos disponíveis até a sua exaustão, a fim de atingirem o seu ponto de maximização.

Hardin esclarece que a combinação de acesso livre e utilização livre de determinado recurso comum torna possível a internalização, pelo indivíduo, dos benefícios auferidos com a sua utilização e, ao mesmo tempo, a externalização para toda a coletividade dos efeitos negativos advindos dessa exploração (a externalização implica na internalização de fração mínima dos aspectos negativos por parte do indivíduo que se utiliza dos recursos comuns). Ao tratar do tema, o Autor faz uso do exemplo de criadores de gado que se utilizam de uma determinada pastagem disponível a todos os criadores. No estudo, refere que a decisão do criador de colocar mais um animal no campo passa pela ponderação (relação custo x benefício) entre internalizar os aspectos positivos e externalizar os aspectos negativos, pelo que, a conclusão é, portanto, que todos os criadores de gado, individualmente considerados, possuem incentivos racionais para utilizarem ao máximo os recursos disponíveis e, assim, estar-se-á diante de um cenário com forte tendência à exaustão dos recursos.

É Araújo quem aprofunda a definição dos recursos comuns oferecida por Hardin, vinculando-os a duas características essenciais, a saber: i) acesso livre (não excluibilidade) e ii) rivalidade no uso dos recursos disponíveis (rivalidade). Esta última característica se torna mais nítida com a análise de seus efeitos, quais sejam: i) possibilidade de exaustão e ii) congestionamento dos recursos existentes. Em outras palavras, a utilização individual reduz a utilidade total apresentada pelo recurso comum.

Apesar de ser demasiadamente impactante o termo (tragédia) utilizado pelos Autores, o sistema judicial civil brasileiro pode ser interpretado como uma espécie de recurso comum, nos termos propostos por Hardin e Araújo e, conseqüentemente, apresentar um cenário de Tragédia.

Portanto, com base nesses postulados, o sistema processual civil e, por conseguinte, a atividade jurisdicional, podem ser analisados como sendo recursos comuns (ou, utilizando-se expressão equivalente da Economia, Bens Públicos) e, assim, permite-se identificar e desenhar estratégias mais eficientes para a adequação desse sistema perante a sua demanda atual. Tal concepção implica em se traçar estruturas de coordenação dos indivíduos envolvidos com o objetivo de evitar o congestionamento e a exaustão dos serviços disponíveis.



Não obstante, a Constituição Federal (LGL\1988\3) Brasileira exalta o princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição, bem como assegura aos litigantes o direito ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa. Dessa feita, conforme sustentado por Araújo, o sistema judicial brasileiro pode ser caracterizado como um sistema de difícil ou impossível exclusão de acesso. De fato, o que se percebe é o aumento constante do número de processos e, conseqüentemente, do número de recursos que lhes são inerentes.

Assim, imperioso estruturarem-se os incentivos direcionados às partes e aos demais agentes do sistema judicial civil de forma a evitar que o mesmo seja exaurido ou, em outras palavras, destruído pela sua própria sobreutilização. Nos dias atuais, ao valerem-se do Poder Judiciário para buscar a legitimação dos seus direitos, os indivíduos tendem a esgotar todas as formas de acesso e de recursos concedidas, considerando exclusivamente os seus interesses individuais, sem considerar a inegável existência de trade-off's²², ainda que a atingir a coletividade.

Dessa forma, é necessário ter em mente que o atual sistema processual oferece uma enorme gama de possibilidades de ingresso e de revisão das decisões que são proferidas no seu âmbito. Nesse contexto, inafastável ponderar acerca das questões relativas aos custos sociais de utilização desse sistema. Hoje, por exemplo, o benefício da gratuidade judiciária não possui padrão uniformizado para a sua concessão, assim como a estrutura da sucumbência tem sido aplicada, muitas vezes, sem a devida consideração do alcance (potencial ou de fato) dos seus efeitos, sobremaneira no que tange à conformação dos incentivos que daí são irradiados ao comportamento das partes litigantes e mesmo potenciais litigantes.

Assim, considerando-se o conjunto dessas variáveis e ainda diversas outras que fazem parte do sistema processual civil brasileiro, é possível constatar que tais circunstâncias servem de estímulo tanto para o excessivo ajuizamento de demandas judiciais, muitas delas inegavelmente temerárias ou frívolas (por exemplo, com baixíssima expectativa ou probabilidade de êxito, em decorrência da inadequação ou insuficiência de fundamentos fáticos e jurídicos), quanto para a interposição de expedientes recursais, tendo em conta os baixos ônus e riscos de utilização desse sistema.²³

Importante também considerar variáveis que são externas ao sistema processual civil, mas que possuem papel determinante para a situação em que o Poder Judiciário Brasileiro atualmente se encontra. Entre elas está o fato de existir um número muito elevado de advogados. Desse modo, é possível e até mesmo provável que haja intensificação na disputa de espaços pelos profissionais e, conseqüentemente, seja observada a adoção de verdadeiras práticas concorrenciais, com o conseqüente surgimento de um mercado jurídico.

Ora, em um mercado em que haja um alto nível de concorrência, é inevitável que os agentes que dele fazem parte passem a fazer uso de diferentes instrumentos com o objetivo de conquistarem maiores parcelas desse mercado, o que não é diferente na advocacia. Assim, é natural que alguns advogados apresentem uma postura mais ofensiva em relação à captação de clientes, o que implica a intensificação de estratégias comerciais e de marketing, de forma proativa e deliberada, e não mais inerte ou passiva, sendo possível mesmo haver um aumento proporcional no número de demandas judiciais observadas.²⁴

Por conseguinte, percebe-se que o abarrotamento e a conseqüente morosidade do Poder Judiciário são conseqüências de elementos tanto internos quanto externos ao sistema judicial. E é o conjunto desses elementos, insolúveis até o momento, que oferece riscos para que a tragédia da exaustão da prestação judicial se torne real. Ou seja, se o quadro anteriormente diagnosticado continuar evoluindo da mesma forma, o nível da prestação judicial tenderá a decair até o ponto em que a satisfação dos direitos passará a não ser mais atendida, o que, aliás, de certo modo já parece estar ocorrendo.



Conforme demonstrado por Araújo, em sua já mencionada obra, cada novo ingresso de indivíduo explorador de recursos (através do ajuizamento de novas ações judiciais e recursos) em um determinado espaço (Poder Judiciário) provoca uma redução no rendimento marginal (qualidade da prestação jurisdicional), o que tende a se aproximar do nível de preços (limite onde a satisfação dos direitos ainda é atendida). Todavia, quando esse rendimento marginal coincide com o nível de preços ou passa a estar abaixo dele, observar-se-á a dissipação completa do rendimento marginal (fim da satisfação dos direitos) de todos os exploradores desses recursos e, portanto, estaremos diante de um cenário trágico.

O cenário da tragédia aplicada ao sistema judicial torna interessante o entendimento do conceito de sobreuso apresentado por Araújo, que se caracteriza pela utilização demasiada e não criteriosa dos recursos comuns. Nesse sentido, incentivados pela possibilidade de internalizarem apenas parte do custo total do ingresso de uma nova ação, externalizando, assim, todo o restante do custo total, os indivíduos passam a acessar o Poder Judiciário sempre que vislumbram a possibilidade de obter algum benefício, ainda que com baixa probabilidade e mesmo que tal via não seja a mais adequada para solucionar a espécie de conflito em questão.

Essa situação está, insofismavelmente, presente na realidade do sistema judicial brasileiro. O sobreuso se faz presente porquanto não existem medidas que tornem as partes litigantes responsáveis pelo custo integral (total) de suas ações tomadas em âmbito judicial, sequer lhe são impostos ônus proporcionais aos riscos que efetivamente optam por exercitar. Assim, o que se percebe, em muitos casos, é a utilização não criteriosa do sistema. Em muitos casos é possível constatar que mesmo havendo outros meios de solução dos conflitos, ainda que socialmente menos onerosos, a via judicial é a eleita, uma vez que o indivíduo a percebe tão ou menos custosa quanto as outras formas, uma vez que o custo judicial é por ele externalizado à coletividade, a qual é obrigada a internalizá-lo, sendo certo, todavia, que mesmo aqueles processos que tramitam sob o pálio da assistência judiciária gratuita são, inquestionavelmente, tão custosos quanto os demais, apenas diferindo quem, parcial ou integralmente, os custeiam.

Para Araújo (2008), a limitação do acervo de direitos dos indivíduos já inseridos no ambiente de acesso livre tende a minimizar e até mesmo eliminar as ineficiências causadas pela sobreutilização dos recursos comuns. Assim, a implantação de instrumentos capazes de inverterem a realidade atual do sistema judicial passa pela adoção de estruturas de coordenação. Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito é clara em sustentar que os ganhos obtidos com a cooperação tendem a serem maiores do que apresentados em cenários em que não haja cooperação²⁵.

Ao trabalhar as possibilidades de coordenação possíveis de serem implantadas, Araújo apresenta como mais vantajosa a estrutura de coordenação vertical, porém ressalta que em determinados domínios a coordenação horizontal apresenta-se como sendo a mais eficaz. Como ilustração, citando o tráfego rodoviário, o Autor sustenta que o aumento do número de vias e de faixa de rodagens (coordenação horizontal) não faz mais do que atrasar o advento da tragédia e esclarece que, atualmente, as alterações têm tendido à progressiva internalização dos custos do uso dos recursos comuns (coordenação vertical), claramente com o objetivo de se reduzir a intensidade de participação individual.

Nesse contexto, a adoção de instrumentos de coordenação horizontal com o objetivo de tratar as dificuldades apresentadas pelo sistema judicial brasileiro deve ser cuidadosa. Traçando-se um paralelo com o anteriormente exposto, o simples aumento do número de juízes pode não se revelar a resposta completa para a solução do problema do número de processos. Conforme também observa o Autor, tal medida só tende a postergar a instituição da tragédia, porquanto o que se percebe é o crescente aumento do número de demandas, não havendo qualquer sinal que indique a queda ou mesmo a estagnação desse fenômeno nos próximos anos.



Por outro lado, é necessário estruturarem-se formas de integração vertical que realmente sejam eficazes no tratamento das dificuldades apresentadas pelo sistema. Nesse ponto, há que se refletir acerca do incidente de resolução de demandas repetitivas, presente no texto do Novo Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), assim como no fomento das ações coletivas como forma de se reduzir o volume das ações no Judiciário brasileiro²⁶.

Portanto, é imprescindível compreender o sistema judicial enquanto recurso comum, como verdadeiramente o é, estando, dessa forma, submetido aos interesses de todos aqueles que o utilizam e mesmo que potencialmente possam utilizá-lo, ainda que efetivamente assim não o façam. Esses interesses se refletem no comportamento dos indivíduos e, em conjunto com outras variáveis, refletem-se na utilização dos instrumentos processuais e, como visto, tal utilização pode implicar a instituição de uma realidade trágica para o sistema, sendo que, para que isso não ocorra, faz-se necessário a implantação de estruturas de incentivos e coordenação adequadas, considerando conjuntamente todas essas variáveis.

A seguir, passaremos à apresentação dos problemas relacionados à assimetria de informações no âmbito do Processo Civil. Mais adiante, com base na Teoria dos Jogos, pretende-se mostrar a estrutura envolvida na construção de modelos de incentivos e coordenação.

IV.A teoria da informação assimétrica aplicada ao processo judicial

Revela-se deveras oportuna a análise da realidade do sistema judicial brasileiro sob o enfoque da Assimetria Informacional. Isso porque tal problema parece estar estreitamente relacionado às condutas apresentadas pelas partes e pelos demais operadores diante dos incentivos concedidos pelas estruturas informacionais existentes, isto é, tanto no que tange às informações disponíveis quanto ocultas nas relações de interação que se estabelecem no âmbito do processo civil.

Ocorre que as informações não são disponibilizadas de forma igualitária entre todos aqueles que provocam e operam o sistema judicial, o que cria impedimentos para que pontos de equilíbrio eficiente possam ser atingidos. Em outras palavras, o difícil acesso à informação sobre as condições em que os agentes atuam implica no surgimento de custos de transação.²⁷

Nesse sentido, tendo em conta a existência das variáveis exploradas no ponto anterior do trabalho e das relações existentes entre elas, resta imperioso compreender a importância das informações nesse contexto, ainda mais quando evidente a circunstância de que os diferentes níveis informacionais (ou seja, o desequilíbrio informacional) pode exercer enorme influência nos processos de tomada de decisão. Por exemplo, tendo o procurador maior conhecimento e mesmo controle sobre as informações dos processos que os seus constituintes, mais facilmente poderá aquele conduzir os procedimentos no sentido da obtenção de maiores benefícios para si, ainda que em detrimento dos interesses dos seus constituintes (problema de agência).

Assim, considerando que o acesso às informações ocorre de forma diferenciada pelos indivíduos, afigura-se inevitável o surgimento de assimetrias informacionais, o que gera reflexos nas relações de mercado e, da mesma forma, nas relações que se estabelecem entre os litigantes e demais agentes que atuam no âmbito do processo civil. No cenário que envolve o litígio processual, a insegurança abarca, entre outras variáveis, a falta de previsibilidade quanto à posição jurisprudencial sobre determinados temas, o que influencia o processo de tomada de decisão de todos os agentes que se inserem no âmbito do processo civil. Desse modo, criam-se incentivos ineficientes, como para o ajuizamento de ações temerárias ou mesmo para a interposição de recursos que não possuam chances concretas de êxito; ou mesmo deixam de estimular a realização de acordos quando, de fato, estes se revelam a melhor alternativa.



Quanto às relações do tipo Agente-Principal, podemos simplificarmente explicar que se estabelecem quando há a contratação de um indivíduo (agente) com o objetivo de que este atue em prol dos interesses de seu contratante (principal). Essa situação proporciona ao contratado o acesso a informações privilegiadas e de interesse do contratante, possibilitando, dessa forma, que o agente as utilize em benefício próprio, prejudicando os interesses do principal que não detêm os conhecimentos necessários, mais das vezes técnicos, para monitorar o comportamento do seu contratado.

Dessa forma, é possível identificar a ocorrência de relações do tipo Agente-Principal nas relações que se estabelecem entre advogados e seus clientes (e mesmo entre juízes e a sociedade civil). Aparentemente, em que pese a estrutura de honorários contratada e a possível boa-fé do contratado, remanesce o risco de que o advogado venha a apresentar condutas prejudiciais aos seus clientes e, mesmo que momentaneamente, favoráveis aos seus próprios interesses, perante o surgimento de possíveis conflitos de interesses. Nessa esteira, por exemplo, podem ocorrer casos em que a realização de acordos, por mais favoráveis que se revelem aos litigantes, não sejam efetivamente concretizados, uma vez que podem não interessar aos procuradores, sendo que, todavia, resta difícil ou mesmo impossível para os clientes monitorar ou avaliar tais situações.

Justamente nesse contexto, vislumbramos ocorrer dois tipos de problema. Primeiramente, considera-se o uso de informações privilegiadas com o intuito de obtenção de benefícios antes e no momento da contratação como um problema de Seleção Adversa, já que os indivíduos, justamente por reconhecerem a existência desses equilíbrios informacionais, podem indevidamente buscar se beneficiar, prejudicando a contraparte, o que acaba por selecionar negativamente os indivíduos que possuam tais objetivos perniciosos.

Já o problema do Risco Moral está vinculado às dificuldades advindas do desequilíbrio informacional que são posteriores à assinatura do contrato ou ao estabelecimento da relação, porquanto, frequentemente, é impossível ou mesmo muito custoso monitorar o comportamento dos agentes depois de contratados, podendo haver o aproveitamento dessas deficiências, a fim de se obter benefícios, mas não sem prejudicar o principal.

Assim, exemplo da aplicação da Teoria da Informação Assimétrica no âmbito do processo civil pode ser constatado através da instituição das Súmulas Vinculantes. Inegável reconhecer, mais uma vez, que se os precedentes judiciais forem erráticos, o sistema processual poderá criar incentivos à propositura de ações descabidas, assim como ensejar um número massivo de recursos, o que, aliás, efetivamente vem se observando ocorrer. É fato que tanto as partes como seus procuradores, diante de muitas questões jurídicas, inclusive quanto a algumas que são do interesse de um grande contingente populacional, possuem baixa segurança jurídica para, antecipadamente, identificar quais os prováveis desfechos de suas demandas; em outros termos, é muito difícil realizar prognósticos quanto às ações judiciais na justiça brasileira.

Assim, o sistema processual põe em xeque o próprio direito material, sobremaneira tendo em conta o desvirtuamento das funções atribuídas aos recursos, sendo diversos os fatores que contribuem para essa situação. A interposição de recursos se tornou regra, porquanto a parte sucumbente, na maioria das vezes, sente-se incentivada, no mínimo, a procrastinar ao máximo o cumprimento das decisões judiciais que lhe são desfavoráveis.²⁸

Contudo, é imperioso salientar que as partes e os advogados agem dessa forma, isto é, exaurindo os expedientes recursais existentes e, assim, congestionando e exaurindo os recursos do Poder Judiciário, porquanto tal comportamento lhes é racional, ou seja, revela-se vantajoso e, muitas vezes, mesmo condizente à estrutura de incentivos atualmente existente no sistema processual civil brasileiro.

Das circunstâncias apontadas, infere-se que o sistema recursal, em muitos casos, não se revela ao mundo real dos litigantes (autointeressados e não necessariamente em busca



do elevado conceito de Justiça), deixando de criar um adequado sistema de incentivos ao correto comportamento das partes e à preservação da integridade do direito material. Aliás, um sistema processual célere e efetivo (ou seja, eficiente) pode atuar até mesmo antes do ajuizamento das ações (incentivando acordos, como nos Estados Unidos da América)²⁹ e anteriormente à interposição dos expedientes recursais,³⁰ servindo como estímulo para o comportamento processual otimizado, orientando o comportamento dos litigantes e dos próprios julgadores.

Na próxima seção, apresentaremos, de forma sucinta, alguns meios de coordenação possíveis de serem aplicados à realidade do Judiciário brasileiro, relacionando-os, também, à divulgação de informações.

V.A teoria dos jogos e o estudo do processo civil

Embora seja difícil negar a realidade de que a atuação dos litigantes em juízo consubstancia-se um comportamento estratégico (e que, portanto, ninguém adotará um comportamento que lhe pareça prejudicial sem que uma norma jurídica assim lhe imponha), pouco se estuda essa temática na dogmática processual brasileira. Nesse particular, a Teoria dos Jogos é um instrumento que auxilia a compreensão dos movimentos estratégicos que compõem as relações de interação entre dois ou mais indivíduos, sendo que a partir da dinâmica de um jogo, a referida Teoria apresenta as estratégias presentes no processo de tomada de decisão dos jogadores, que leva em conta os possíveis resultados (payoffs), ponderando-se o comportamento dos demais players.³¹

Esse instrumento pode ser muito útil na análise dos procedimentos processuais, na medida em que é capaz de esclarecer as estratégias atualmente adotadas pelos usuários do sistema e, de outro lado, auxiliar na estruturação de mecanismos processuais mais eficientes. A seguir, o estudo mapeia a Teoria dos Jogos e aproxima as suas constatações da realidade do sistema judicial brasileiro.

Vale dizer, há o risco de que os juristas venham ignorando o principal, que é o comportamento humano, ao estabelecer as políticas públicas judiciárias. Para melhor entender a forma pela qual as estratégias e as decisões são elaboradas e o papel assumido pelo Direito dentro dessa realidade, torna-se interessante o estudo dos conceitos básicos oferecidos pela "forma normal" de jogo. Conforme indicam Baird et al.,³² a "forma normal" é composta de três elementos, entre eles: os jogadores, as estratégias disponíveis e a retribuição final experimentada pelos jogadores, tendo em conta cada possível tomada de decisão.

Da mesma forma que ocorre com a maioria dos modelos econômicos, a Teoria dos Jogos também busca simplificar a realidade dos fatos com o objetivo de analisar as questões cruciais que devem ser consideradas. Nesse sentido, incluem-se somente os elementos que realmente tornam a relação estudada problemática.

O primeiro dos elementos não apresenta maior dificuldade, uma vez que consiste na identificação dos indivíduos que compõem a relação estudada. O segundo elemento, de acordo com o que sustenta o supracitado Autor, é uma das partes mais importantes da construção do modelo. Nessa etapa, levam-se em conta todas as ações disponíveis (possíveis) para os participantes antes e durante a interação.

O último dos três elementos representa o que acontece com cada indivíduo quando é tomada cada uma das possíveis alternativas (decisões). Nesse caso, conforme se depreende da Teoria proposta, a retribuição (payoffs) pela realização das jogadas pode se dar das mais variadas formas, dependendo, tão somente, das consequências estipuladas para cada uma das escolhas dos players.

Pinheiro e Saddi³³ sustentam que é o Direito, através da imposição das normas jurídicas, que pode dispor sobre as vantagens e desvantagens de se adotar uma ou outra



determinada decisão, isto é, um ou outro comportamento (ação). Em outras palavras, o ambiente legal é responsável por colocar à disposição dos jogadores as alternativas mais eficientes, inclusive induzindo (criando incentivos) à adoção delas. A Teoria dos Jogos analisa o Direito não somente em razão de suas normas, mas precipuamente em razão das possíveis escolhas estratégicas adotadas pelos indivíduos, que as elegem justamente considerando as consequências impostas pelas normas.

É nesse contexto que se acredita que a estrutura do sistema processual civil pode ser visualizada. As partes litigantes constroem suas estratégias de acordo com os incentivos e desincentivos criados pela estrutura processual e jurisprudencial existente. Assim, diante da realidade da morosidade e do congestionamento de processos que o Poder Judiciário brasileiro vivencia, é imperioso que as normas processuais, assim como a jurisprudência, definam os incentivos corretos para que as estratégias adotadas pelos litigantes não impliquem no esgotamento dos recursos do sistema.

Jogos cooperativos e não cooperativos

Um exemplo de jogo que faz parte dessa Teoria é o Jogo de Soma Zero. Nesse tipo de jogo, para que um dos players ganhe, o outro, necessariamente, tem que perder ou, ainda, dependendo das estratégias adotadas, é possível que nenhum deles tenha ganho algum. Percebe-se que, diante desse quadro, a ocorrência de conflitos entre as escolhas feitas pelos players é algo certo. Diz-se que nesse tipo de jogo a possibilidade de cooperação entre os indivíduos é nula.

Conforme afirmam Pinheiro e Saddi, nesses jogos os interesses dos players são totalmente opostos. Abaixo segue uma tabela representando o jogo Matching pennies,³⁴ típico jogo de soma zero, com as possibilidades de dois indivíduos diante de um jogo de cara ou coroa:

Matching pennies:

Jogador A	Jogador B	
	Cara	Coroa
Cara	1; -1	-1; 1
Coroa	-1; 1	1; -1

De acordo com o disposto na tabela anterior, percebe-se que não há qualquer razão para que os players cooperem, porquanto o ganho de um é justamente a perda do outro, não havendo, portanto, qualquer incentivo à cooperação.

Ademais, quaisquer que sejam as combinações realizadas entre os players, sempre será melhor para qualquer um deles alterar sua estratégia para outra que, por consequência, proporcionará, individualmente, o melhor resultado.

Da mesma forma, se um dos players conseguir antecipar a estratégia adotada pelo outro, certamente aquele que tiver acesso às informações privilegiadas terá maior chance de terminar o jogo em melhores condições. Ora, se ambos os jogadores escolherem a mesma jogada, o player A sempre ganhará. Agora, no caso contrário, quando as escolhas dos jogadores forem diferentes, o player B é quem ficará com a vitória. Percebe-se que o quadro apresentado inibe qualquer tentativa de cooperação entre os jogadores.

Ao tratar dos jogos do tipo Soma Zero, Pinheiro e Saddi sustentam que os players racionais que objetivam vencer um ao outro e maximizar suas vantagens tornam esse jogo uma verdadeira guerra. Nesse sentido, para melhor entender as escolhas dos players, deve-se esclarecer que os indivíduos são racionais e preferem uma maior a uma menor retribuição pelas suas jogadas.

Os jogos não cooperativos fazem parte do ambiente processual de qualquer sistema



judicial. Nesse contexto, os conflitos existentes estão vinculados a direitos opostos, não havendo por parte das regras processuais e da jurisprudência qualquer estímulo à adoção de meios de cooperação entre as partes. Assim, os indivíduos que se encontram em conflitos dessa espécie terão incentivos para seguir até o esgotamento das vias processuais existentes, inclusive com o exaurimento das instâncias recursais. Nessas hipóteses, não adianta, por exemplo, estabelecer-se uma fase obrigatória de conciliação, vez que se perderá ainda mais tempo e recursos.

Por outro lado, verifica-se que em determinados tipos de jogos a cooperação é viável e se revela a melhor estratégia a ser adotada. É o caso do denominado jogo de Caça ao Cervo (Stag Hunt), em que, por exemplo, as normas jurídicas podem estipular consequências que estimulem a cooperação dos players. Nesse jogo, como se pode inferir da tabela abaixo,³⁵ os players são caçadores que se defrontam com duas alternativas. Ou se escolhe a caça ao cervo, ou se opta pela caça à lebre. Deve-se ter em mente que a opção maximizadora é a caça ao cervo, porém não há condições de um caçador isolado conseguir caçá-lo sozinho.

Os comportamentos dos jogadores no jogo de Caça ao Cervo (Stag Hunt) são os seguintes:

Caçador A	Caçador B	
	Caça ao cervo	Caça à lebre
Caça ao cervo	3; 3	0; 2
Caça à lebre	2; 0	1; 1

Como salientado, a opção maximizadora para ambos os players é a caça ao cervo, mas existe o risco de um dos caçadores mudar a estratégia e optar pela caça à lebre. Caso isso venha a ocorrer, aquele que decidiu por caçar o cervo acabaria prejudicado, enquanto que o outro caçador sairia com algum benefício.

Nessa situação, de acordo com os mencionados Autores, existem riscos à expectativa de cooperação entre os agentes. Porém, caso fossem implementadas sanções aos participantes do jogo que optassem por caçar lebres ao invés de cervos, isto é, frustrassem a cooperação, de modo a estimular a colaboração dos agentes, tais riscos poderiam ser reduzidos e os resultados dos jogos seriam mais eficientes, como se observa na tabela a seguir, também sugerida pelos mesmos Autores.

Comportamento dos jogadores no jogo de Caça ao Cervo (Stag Hunt) com inclusão de sanções:

Caçador A	Caçador B	
	Caça ao cervo	Caça à lebre
Caça ao cervo	3; 3	0; -2
Caça à lebre	-2; 0	-1; -1

Desse modo, a partir da inclusão de sanções ao comportamento dos players, surgem estímulos à cooperação dos agentes e a solução torna-se uma só para ambos os agentes. Os caçadores possuem incentivos suficientes para caçarem cervos juntos e não pensarem na possibilidade de optar pela caça à lebre.

É interessante a constatação de que determinados jogos não cooperativos podem ser transformados em jogos de cooperação. Isso pode se dar, conforme sustentado, por meio da implantação de regras que incentivem a adoção das melhores práticas. Assim, ao buscar a alteração dos padrões de litigiosidade brasileira, há de se pensar na alteração dos estímulos irradiados pelas normas legais e pela jurisprudência perante os interesses dos litigantes e potenciais litigantes, o que, aliás, veremos mais adiante, quando analisamos uma das mudanças implementadas pelo novo Código de Processo



Civil (LGL\2015\1656).³⁶

Como se viu, conclui-se que o tipo de interação entre os indivíduos pode ou não dar espaço para a implantação de formas de cooperação, induzindo as escolhas maximizadoras dos indivíduos envolvidos. Da mesma forma, é possível entender que as normas que disciplinam as consequências das escolhas presentes nos modelos de interação exercem grande influência nas estratégias adotadas pelos agentes. Assim, a Teoria dos Jogos pode servir como meio de análise das normas que envolvem o processo civil brasileiro, tornando explícitos os incentivos criados, assim como as suas consequências.

Nesse ponto, como exemplo, oportuno analisar, ainda que de forma breve, a redação do artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) vigente, que trata da majoração dos honorários sucumbenciais em grau recursal, in verbis:

Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...] § 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento. [...].

Como se pode observar através da leitura do dispositivo supra transcrito, percebe-se claramente que essa providência, isto é, a possibilidade de se majorar os honorários quando do julgamento de recursos, certamente implicará em aumento dos custos esperados para a interposição de recursos, alterando, portanto, o preço (ou preço esperado para a expectativa) para tal comportamento, não só com a imposição de honorários, como também por meio do seu avultamento.

Assim, o cálculo probabilístico realizado pelos litigantes (payoffs), que leva em conta o valor esperado diante dos custos esperados para a realização de determinado ato (determinada jogada), no caso a interposição de recursos, evidentemente é alterado, de modo a tornar mais cara a adoção de determinados comportamentos (ações), isto é, altera substancialmente os incentivos concedidos às partes, o que, se efetivamente aplicado, muito provavelmente resultará na diminuição do número de recursos interpostos, vez que, como já salientado, as partes percebem a modificação dos retornos esperados (payoffs) que terão com o comportamento de recorrer, o que, inolvidável mencionar, também poderá estimular a realização de acordos, porquanto poderá servir para reduzir ou limitar as perdas da parte sucumbente.³⁷

Portanto, infere-se que além de tal alteração incidir sobre a grandeza dos payoffs para a realização do ato de recorrer, ao se valer das próprias expectativas da parte, restará por desestimular sobremaneira aqueles que não possuam prognósticos concretos de reversão dos julgados.

Entretanto, aqueles que efetivamente possuam expectativas sérias de reforma dos julgados não serão da mesma forma influenciados, porquanto o agravamento dos ônus recursais (grandeza dos custos) não ocorrerá da mesma forma (na mesma proporção), mas em menor grau, já que as suas probabilidades (expectativas) de inadmissão ou desprovimento são menores, de modo a implicar, também, em menor elevação dos seus custos esperados (média de todos os resultados de perdas possíveis, ponderada pela probabilidade de ocorrência – peso – de cada um desses resultados).

Dessa forma, a finalidade recursal de se proporcionar a correção de julgamentos não restará severamente comprometida, havendo, possivelmente, mais adequado equilíbrio, criando-se incentivos negativos para a interposição recursal meramente protelatória e carente de efetiva expectativa de reversão dos julgados.

Com base nos argumentos anteriormente transcritos, percebe-se que ainda é preciso



melhor avaliar se o acréscimo nos custos esperados para a interposição de recursos e, portanto, o desincentivo daí decorrente, não é demasiadamente alto, de forma a comprometer severamente a decisão de recorrer, inclusive contribuindo para a cristalização dos entendimentos jurisprudenciais inadequados ou anacrônicos, bem como quando e em que medida devem ser majorados, o que caberá à jurisprudência, considerando, todavia, as ponderações aqui realizadas.

Caso constatado que os custos tenham se tornado efetivamente muito altos, acarretando distorções no sistema recursal, ou seja, não apenas desestimulando os indivíduos que não possuem prognósticos concretos de reversão dos julgados e que buscam apenas protelar os litígios, mas também aqueles que efetivamente buscam corrigir o que consideram erros judiciais ou interpretações jurisprudenciais inadequadas e anacrônicas, parece ser sim oportuno se considerar a aplicação no sentido ponderado por Marinoni e Mitidiero,³⁸ quando dizem “apropriado aludir a recurso ‘manifestamente inadmissível’, recurso ‘contrário à jurisprudência pacífica’ e que não veicule qualquer fundamentação séria o bastante – diversa da já enfrentada para formação do precedente – para levar à alteração da jurisprudência”³⁹ para a imposição desses ônus.

De qualquer forma, considerando que o próprio tribunal, dentro dos limites legais, poderá estipular o percentual a ser aplicado (desconsiderando-se a incerteza gerada pela subjetividade e discricionariedade aí existente), parece-nos que assim poderão ser devidamente calibrados esses aumentos de custos, de forma a bem ponderar os incentivos negativos e positivos à interposição recursal, buscando-se, com isso, estímulos eficientes, no sentido de se alcançar o ponto ótimo de litigância.

Assim, considerando a alteração dos resultados esperados (payoffs) percebidos pelas partes (jogadores), o desenho dessa regra processual parece-nos caminhar no sentido de induzir o alcance de eficiência, ou seja, configura um mecanismo de incentivo (negativo) apto a estimular o comportamento eficiente dos litigantes, ainda que possa se revelar necessário lapidá-la um pouco mais, a fim de que se obtenha ainda maior eficiência, como que através da adoção das ponderações enunciadas pelos Autores acima mencionados.⁴⁰

VI. Considerações finais

No presente estudo, buscou-se evidenciar o sistema processual enquanto conformador de um grande mecanismo de incentivos, o qual pode ser disposto de modo a estimular o comportamento eficiente das partes litigantes e mesmo dos demais agentes que o operam, buscando, dessa forma, o alcance de maior eficiência, tanto do ponto de vista privado quanto social. Ou seja, pretende-se compreender o sistema processual como sendo responsável por criar estímulos (positivos e negativos) para o comportamento das partes e mesmo dos julgadores e demais operadores do sistema, o que tanto pode induzir o desempenho eficiente quanto ineficiente da jurisdição e, mesmo antes disso, das relações interpessoais e sociais passíveis de se tornarem litigiosas.

Nesse sentido, foram trazidos instrumentos oriundos da Análise Econômica do Direito para o estudo do Processo Civil, a fim de se compreender especificamente os problemas do excesso de litigância, do congestionamento e da conseqüente morosidade da Justiça Civil no Brasil, buscando-se identificar as suas causas, que parecem estar estreitamente relacionadas aos incentivos que são criados pelo sistema processual e à resposta estratégica dos seus agentes, que são racionais e agem estrategicamente, nos moldes sustentados.

Dessa forma, apresentaram-se algumas abordagens econômicas que podem contribuir para uma melhor compreensão desses problemas, assim como para o desenho de estruturas, sejam legais ou especialmente jurisprudenciais, especialmente tendo em conta a vigência do novel Código de Processo Civil (LGL\2015\1656), que possam efetivamente resolver o excesso de litigância, o congestionamento e a morosidade judicial, destacando-se teorias como a dos Recursos Comuns (Bens Públicos), da



Informação Assimétrica e dos Jogos, as quais podem muito contribuir para uma melhor análise do Processo Civil, ensejando aferições mais objetivas, quantitativas e testáveis, de modo a municiar tanto o legislador quanto o operador do Direito com o ferramental necessário para identificar as efetivas implicações das escolhas alternativas decorrentes dos desenhos das normas processuais.

Assim, pretende-se alterar a ênfase que é dada à produção e à multiplicação legislativa, para o aperfeiçoamento das normas já existentes, bem como para a aplicação racional do acervo normativo já existente, sobremaneira levando em conta que parece faltar à dogmática jurídica uma teoria do comportamento humano frente aos incentivos que são irradiados pela legislação e pela própria jurisdição, olvidando-se, contudo, que os agentes (partes e operadores do sistema processual) são seres humanos racionais e que agem estrategicamente, visando a maximizar os seus benefícios individuais, através de cada ato decisório individual, de acordo com as informações disponíveis no instante de cada decisão que é tomada.

VII.Referências bibliográficas

ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2. ed. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Lisboa: Almedina, 2008.

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

BENETI, Sidnei. A modernização da legislação processual civil no Brasil. Revista de Processo, São Paulo, n. 101, ano 26, p. 161-168, jan.-mar. 2001.

BOLLMANN, Vilian. Mais do Mesmo: Reflexões sobre as reformas processuais. Revista de Processo, São Paulo, n. 137, ano 31, p. 153-170, jul. 2006.

BORGES, M. A. Alterações no Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) oriundas das Leis 10.352, de 26.12.2001, e 10.358, de 27.12.2001. Revista de Processo, São Paulo, n. 106, ano 27, p. 179-188, abr.-jun. 2002.

COOTER, D. Robert; RUBENFIELD, Daniel L. Economic analysis of legal disputes and their resolution. Journal of Economic Literature, v. 27, n. 3, p. 1067-1097, sep. 1989.

Friedman, Milton. There's no such thing as a free lunch. Open Court Publishing Company, 1975.

GAJARDONI, F. F. Breve análise estatística de alguns pontos da 1ª fase das Reformas Processuais Cíveis no âmbito da justiça estadual paulista. Revista de Processo, São Paulo, n. 114, ano 29, p. 173-186, mar.-abr. 2004.

HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. Science, v. 162, dez. 1968.

JUNIOR, L. M. G. A Reforma do CPC (LGL\2015\1656) – Lei 10.444/2002 (LGL\2002\431). Revista de Processo, São Paulo, n. 107, ano 27, p. 117-129, jul.-set. 2002.

LOPES, M. A. R. A reforma do Poder Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, n. 89, ano 23, p. 63-90, out.-dez. 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC (LGL\2015\1656): críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARTINEZ, M. B. O sistema de execução e as reformas do Código de Processo Civil



(LGL\2015\1656). Revista de Processo, São Paulo, n. 128, ano 30, p. 129-148, out. 2005.

MILLER, Geoffrey P. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. NYU Law and Economics Research Paper, New York, n. 11-16, 7 abr. 2011. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1804920]. Acesso em: 20.01.2018.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. In: MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 14.

MOREIRA, J. C. B. A Emenda Constitucional 45/2004 (LGL\2004\2637) e o processo. Revista de Processo, São Paulo, n. 130, ano 30, p. 235-248, dez. 2005.

NASCIMENTO, B. D. Na Contramão das reformas processuais: crítica ao novo parágrafo único do art. 527 do CPC (LGL\2015\1656), com redação dada pela Lei 11.187/2005 (LGL\2005\2730). Revista de Processo, São Paulo, n. 130, ano 30, p. 94-108, dez. 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. Direito, economia e mercados. São Paulo: Elsevier, 2006.

TIMM, Luciano Benetti; NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 178, p. 153-179, dez. 2009.

YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Elsevier, 2007.

WAMBIER, L. R. A reforma do Código de Processo Civil (LGL\2015\1656) – 2. fase. Revista de Processo, São Paulo, n. 87, ano 22, p. 100-102, jul.-set. 1997.

ZAVASCKI, Teori. A reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, n. 88, ano 22, p. 173/178, out.-dez. 1997.

1 Mais conhecida no Brasil como Análise Econômica do Direito, muito embora seja preferível o termo Direito e Economia. Nesse sentido, Geoffrey P. Miller, em seu ensaio intitulado Law and Economics versus Economic Analysis of Law. NYU Law and Economics Research Paper, New York, n. 11-16, 7 abr. 2011. Disponível em: [http://ssrn.com/abstract=1804920]. Acesso em: 20.01.2018.

2 Importa salientar que o presente artigo se origina dos resultados obtidos com os esforços investigativos realizados junto ao projeto de pesquisa denominado "Demandas judiciais e Morosidade da Justiça Civil", fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especificamente no tocante ao referencial teórico utilizado.

3 Falta à dogmática jurídica uma teoria do comportamento humano perante os incentivos que são irradiados pela legislação e pela própria jurisdição, porquanto se encontra, muitas vezes, demasiadamente voltada ao plano normativo, centrando foco nas normas e princípios. Olvida-se, porém, que os agentes (partes e operadores do sistema processual) são seres humanos racionais que agem estrategicamente, isto é, visam a maximizar os seus benefícios individuais através de cada ato decisório individual, de acordo com as informações disponíveis no instante em que cada decisão tomada.

4 HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. Science, v. 162, dez. 1968.



5 ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível óptimo de apropriação. Lisboa: Almedina, 2008.

6 ZAVASCKI, Teori. A. reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, n. 88, ano 22, out-dez. 1997. p. 173-178.

7 WAMBIER, L. R. A reforma do Código de Processo Civil. 2ª Fase. Revista de Processo, São Paulo, n. 87, ano 22, jul.-set. 1997. p. 100-102.

8 ZAVASCKI, Teori. A. Reforma do sistema processual civil brasileiro e reclassificação da tutela jurisdicional. Revista de Processo, São Paulo, n. 88, ano 22, out.-dez. 1997. p. 173-178.

9 Nesse sentido, ver BENETI, Sidnei. A modernização da legislação processual civil no Brasil. Revista de Processo, São Paulo, n. 101, ano 26, jan.-mar. 2001. p. 161-168.

10 LOPES, M. A. R. A Reforma do poder Judiciário. Revista de Processo, São Paulo, n. 89, ano 23, out.-dez. 1998. p. 63-90. De outra banda, exemplo da insatisfação dos operadores do sistema processual pátrio e de muitos daqueles que acreditavam nas reformas realizadas no ano de 1994 é a situação da ação monitória. De acordo com estudos apresentados por Gajardoni (GAJARDONI, F. F. Breve análise estatística de alguns pontos da 1ª fase das Reformas Processuais Civis no âmbito da justiça estadual paulista. Revista de Processo, São Paulo, n. 114, ano 29, mar.-abr. 2004. p. 173-186), apesar das isenções de custas e de honorários advocatícios nas hipóteses de cumprimento espontâneo do mandado monitório, foi constatado que em mais de 80% (oitenta por cento) dos casos (pesquisa feita no Estado de São Paulo com magistrados paulista, sendo válido mencionar que o referido trabalho aponta a introdução do regime de citação inicial por carta como uma medida de sucesso na luta pela aceleração dos instrumentos processuais), houve a interposição de embargos, o que, em realidade, restou por comprometer a celeridade a qual se pretendia com o instituto, tornando-o consideravelmente mais lento, face à necessidade da adoção do rito ordinário.

11 Segundo depreende-se de Marcos Afonso Borges (BORGES, M. A. Alterações no Código de Processo Civil oriundas das Leis 10.352, de 26.12.2001, e 10.358, de 27.12.2001. Revista de Processo, São Paulo, n. 106, ano 27, abr.-jun. 2002. p. 179-188), as Leis 10.352 e 10.358 acabaram por alterar e ou acrescentar os artigos a seguir indicados: 14 (deveres), 253, 407, 431-A, 431-B, 433, 475, 498, 515, 520, 523 (agravo), 526 (agravo), 527 (agravo), 530 (embargos infringentes), 531, 533, 534, 542, 544, 547, 555 (uniformização de jurisprudência), 575, 584.

12 Segundo Gomes Junior (GOMES JUNIOR, L. M. A Reforma do CPC – Lei 10.444/2002. Revista de Processo, São Paulo, n. 107, ano 27, jul.-set. 2002. p. 117-129), entre os objetos das alterações provocadas pela Lei 10.444, de 2002, estão: a antecipação de tutela, as ações sumárias, a intervenção de terceiros, a aplicação de multa, a tentativa de conciliação, a execução provisória, o cálculo do valor da execução, a entrega de coisa certa, o registro de penhora, o arresto cautelar, entre outras.

13 BOLLMANN, Vilian. Mais do mesmo: reflexões sobre as reformas processuais. Revista de Processo, São Paulo, n. 137, ano 31, jul. 2006. p. 153-170.

14 MARTINEZ, M. B. O sistema de execução e as reformas do Código de Processo Civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 128, ano 30, out. 2005. p. 129-148.

15 Chamada de minirreforma do Código de Processo Civil, a Lei 11.187, de 2005, ofereceu novas diretrizes ao cabimento do Agravo Retido e de Instrumento. Conforme explica Dantas Nascimento (NASCIMENTO, B. D. Na contramão das reformas processuais: crítica ao novo parágrafo único do art. 527 do CPC, com redação dada pela



Lei 11.187/2005. Revista de Processo, São Paulo, n. 130, ano 30, dez. 2005. p. 94-108): "Embora bem-intencionada, essa 'reforma da reforma da reforma', no afã de conferir celeridade aos processos judiciais e reduzir o número de recursos disponíveis em nosso sistema processual civil, cria mais problemas que soluções".

16 Segundo classificação feita por Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, J. C. A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo. Revista de Processo, São Paulo, n. 130, ano 30, dez. 2005. p. 235-248), as mudanças trazidas pela indigitada Emenda Constitucional podem ser divididas em quatro categorias, dentre elas estão: 1) modificações estruturais do Poder Judiciário e do Ministério Público; 2) alterações de competência; 3) disposições sobre a disciplina jurídica da magistratura (ingresso na carreira, promoção, remoção, férias, número de juízes em cada unidade jurisdicional etc. (incisos do Art. 93); 4) normas de caráter pura ou predominantemente processual, incluídas aí as referentes a aspectos do funcionamento dos órgãos judiciais.

17 Para aprofundamento do tema, ver TIMM, Luciano Benetti; NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo. As recentes alterações legislativas sobre os recursos aos tribunais superiores. Revista de Processo, São Paulo, ano 34, n. 178, dez. 2009. p. 153/179.

18 Ademais, inarredável investigar quanto do problema da morosidade pode ser resolvido por meio de mudanças que sequer dependem de alterações legislativas, mas sim do modo como as decisões judiciais são formatadas, como no tocante à aplicação dos ônus sucumbenciais e à concessão do benefício da Assistência Judiciária Gratuita; ou, ainda, pela estrutura da admissão dos recursos e, inclusive, pelo aumento do número de magistrados. Para todos esses casos, a Análise Econômica do Direito pode se revelar um poderoso instrumento de análise, com grande poderio explicativo e propositivo.

19 Por exemplo, postergar o cumprimento de uma obrigação ou mesmo a mera tentativa de obtenção de vantagens patrimoniais através de um processo judicial.

20 HARDIN, Garret. The tragedy of the commons. Science, v. 162, dez. 1968.

21 ARAÚJO, Fernando. A tragédia dos baldios e dos anti-baldios: o problema económico do nível ótimo de apropriação. Lisboa: Almedina, 2008.

22 Expressão da língua inglesa que define as situações nas quais a tomada de determinada escolha ou alternativa implica na renúncia ou no sacrifício de outra, como em um processo de troca.

23 Nesse diapasão, como já salientado, é imprescindível atentar para as hipóteses de concessão de gratuidade judiciária, que apresenta como objetivo principal assegurar o acesso à Justiça aos cidadãos sem condições de suportar os custos inerentes à tramitação dos processos, pelo que lhes é concedido o benefício de litigar sem o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Oportuno ressaltar que, muito embora não seja exigido o pagamento por parte dos beneficiários, isso não significa que esses custos deixem de existir e tampouco que ninguém irá suportá-los, de acordo com a célebre frase popularizada por Milton Friedman (There's no such thing as a free lunch. Open Court Publishing Company, 1975): "Não existe almoço grátis". Muito pelo contrário, certamente alguém terá que fazê-lo (precisamente, o contribuinte que subsidia o Poder Judiciário). Todavia, conforme já ressaltado, constata-se na realidade forense que não existem padrões uniformes e pré-estabelecidos para a sua concessão. Em verdade, observam-se diferentes práticas e diversos entendimentos jurisprudenciais a respeito do critério de pobreza para o gozo desse benefício, o que, aliado à sua concessão superlativa, assim como aos baixos riscos de pleiteá-la, mesmo que indevidamente, servem de estímulo para que muitos indivíduos, ainda que possuidores de condições financeiras para arcar com tais gastos, acabem por requerer a sua concessão, apropriando-se de recursos pertencentes ao Poder Judiciário, bem como



congestionando o seu funcionamento.

24 Ademais, as fases pelas quais o País passou nestas últimas décadas, acompanhando uma tendência global de democratização e cidadania, também facilitaram e incentivaram o acesso ao Poder Judiciário. Não que as mudanças nos últimos anos tenham sido negativas, pelo contrário, disponibilizaram e asseguraram um maior espectro de direitos à população, entre eles um mais amplo acesso à Tutela Jurisdicional.

Porém, quiçá por esse maior reconhecimento implicar uma maior probabilidade de ocorrência de judicialização das eventuais ou supostas transgressões, exigindo um redimensionamento estrutural que parece ainda não ter ocorrido devidamente, bem como – frise-se, o que acreditamos serem as variáveis explicativas mais importantes – não tendo havido a adequação dos incentivos dirigidos às partes e aos operadores do sistema judicial dentro desse novo cenário, bem como não tendo sido criados instrumentos capazes de enfrentar a nova realidade dos direitos individuais homogêneos e coletivos, o que se observa é um enorme crescimento do número de demandas judiciais e a incapacidade do Poder Judiciário de enfrentá-las em tempo razoável.

25 Nesse sentido, ver MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos. In: MARINONI, Luiz Guilherme; BEDAQUE, José Roberto dos Santos (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 14.

26 Para aprofundamento sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

27 Analogamente, YAZBEK, Otavio. Regulação do mercado financeiro e de capitais. São Paulo: Elsevier, 2007.

28 Ademais, muitos dos recursos, sobremaneira destinados aos tribunais superiores, em vez de objetivarem as funções para as quais foram concebidos, buscam, além da pura procrastinação, remotas chances de reforma, baseadas em crenças probabilísticas ínfimas, estimuladas por motivações aleatórias, isto é, pretensões recursais carentes de prognóstico de reversão efetiva dos julgados.

29 Para mais detalhes, consultar Cooter and Rubinfeld, economic analysis of legal disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*, v. 27, n. 3, set. 1989. p. 1067-1097.

30 O que se espera reduzir não só o número de recursos, como também o próprio número de ajuizamento de novas ações.

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

32 Idem.

33 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2006.

34 BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Boston: Harvard University Press, 1998. p. 42.

35 PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. São Paulo: Elsevier, 2006.

36 No tocante, o estudo da Justiça inglesa se revela deveras pertinente. Como nos informa Neil Andrews (ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil: formas judiciais e*



alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. 2. ed. Orientação e revisão da tradução de Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 348), uma porcentagem muito alta das ações civis inglesas não chega até o julgamento, da mesma forma que nos EUA, porquanto são realizados acordos entre as partes, dando conta, aliás, da existência de “protocolos pré-litígio que disciplinam o processo de negociação”. Nesse sentido, oportuno exemplo é a utilização das custas como forma de incentivar o comportamento eficiente das partes no que se refere à realização de acordos. Grosso modo, aquele que não aceitar a proposta de um acordo assumirá então o “risco de custas”. Dessa forma, se a decisão judicial que vier a tomar lugar do acordo não realizado se revelar menos ou mesmo apenas tão vantajosa quanto o acordo proposto, deverá a parte recalcitrante arcar com as custas e demais ônus referentes à parte adversa (incluindo honorários, a contar do oferecimento da proposta de acordo). Segue, ainda, o referido Autor (p. 359): “Por causa do alto nível do custo dos processos que correm perante o Judiciário inglês, esses ‘riscos de custas’ significam um incentivo poderoso para se aceitarem os termos do acordo proposto. Um modelo de código processual civil ‘transnacional’, o projeto American Law Institute/Unidroit, endossa este tipo de influência na realização dos acordos (Canadá e Inglaterra)”.

37 Outrossim, há que se registrar que a mencionada previsão parece acertar ao não prever a condenação em honorários para todas as hipóteses de desprovimento dos recursos (o que, muito embora pudesse diminuir ainda mais o número de recursos interpostos, colidiria justamente com um dos principais motivos da existência dos recursos, que é possibilitar a correção dos erros judiciais – que são decorrências naturais da falibilidade humana – através de uma segunda apreciação).

38 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

39 O projeto do CPC: críticas e propostas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 81-82.

40 Ademais, é importante reiterar que é possível inferir que a alteração dos retornos esperados frente a cada possível jogada, no caso o ato de recorrer, pode estimular a realização de acordos, porquanto a parte sucumbente possuirá maiores incentivos para transacionar, com vistas a reduzir as suas perdas (prejuízos). Assim, como visto anteriormente, tal imposição pode constituir em uma espécie de sanção capaz de tornar jogos não cooperativos em cooperativos, nos moldes sustentados por Pinheiro e Saddi.