

BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO JUDICIAL

BRIEF OBSERVATIONS CONCERNING THE ECONOMIC ANALYSIS OF LEGAL PROCESS

Grazielly Alessandra Baggenstoss¹

Resumo: A Análise Econômica do Direito, como uma construção teórica procedimental que comunga instrumentais advindos da ciência econômica ao auxílio interpretativo do Direito, permite o exame dos mais variados fenômenos jurídicos por meio desses ferramentais. Nesse trabalho, oferta-se um breve estudo, a partir de tais balizas, dos institutos possíveis à pacificação de uma lide, quais sejam o acordo e o processos judicial. Nesse sentido, o instrumental econômico pode oferecer, de modo estratégico, as soluções para o fim do conflito com o menor desgaste possível, visando à eficiência do trâmite de solução. Para tanto, oferece uma análise dos objetivos da postura dos litigantes, projeção de riscos, custos e benefícios eventuais, que moldam os respectivos comportamentos.

Abstract: The Economic Analysis of Law, as a procedural theory which has economics instruments to support interpretation of the law, enables the examination of various legal phenomena through this instruments. In this work, offer a brief study from such balise of potential pacification institutes, as the agreement and legal processes. So, economic techniques can offer, strategically, solutions to ending the conflict at the lowest possible wear, order to efficient processing of solution. For this, the Economic Analysis of Law offers an analysis of the goals of the posture of the litigants, projected risks, costs and potential benefits that shape their behavior.

Palavras-chave: Análise econômica do direito; Análise econômica do processo judicial; processo judicial.

Keywords: Economic Analysis of Law; Economic Theory of legal process; legal process.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Uma das funções basilares do ordenamento jurídico é o estabelecimento de padrões com vistas à pacificação social, com a previsão das expectativas individuais e sociais. Em tal senda, configura-se por prescrições – *dever ser* – a partir de determinações de conduta ideal.

¹ Professora Universitária do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Doutoranda em Direito, Política e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Especialista em Direito Processual pela Universidade da Região de Joinville (Univille); Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão do Desenvolvimento (UFSC); Pesquisadora pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com a Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ); Advogada (OAB/SC 34.428).

O *dever ser* coloca-se em posição diametralmente oposta do *ser*, observado empiricamente. Ao contrário do idealismo defendido pelo *dever ser*, o *ser* pauta-se em descrições, no que efetivamente se verifica em um determinado contexto.

Na comparação entre *ser* e *dever ser*, observa-se a destoante contraposição de um frente ao outro: os indivíduos, por alguma razão, não agem conforme o estabelecido pela lei. Enquanto tal razão, caracterizada como uma escolha preferencial do ser humano e observada empiricamente, não implicar comportamento ditado legalmente, não será verificada a integração entre *ser* e *dever ser*.

É por tal motivo que o Direito e o grau de desvio respectivo fático pode ser estudado a partir das escolhas dos indivíduos: considerando o ordenamento jurídico como regrador do comportamento humano e este, incentivado por preferências, é possível analisar o dinamismo social com base nos interesses de seus membros, que ponderam custos e benefícios na tomada de decisões em um ambiente de escassez de recursos.

A abordagem empírica do Direito fundamentada nos arranjos comportamentais de preferência e dos contextos envolvidos é a base da teoria Análise Econômica do Direito (AED), ou *Law and Economics*². Para mensurar tal configuração, seus teóricos aplicam métodos e teorias da Ciência Econômica e, assim, examinam “a formação, estrutura, processos e impacto econômico do direito e das instituições jurídicas” (MERCURO; MEDEMA, 1997, p. 3).

As preferências dos sujeitos são objeto, especificamente, do estudo da teoria da escolha racional – uma das premissas básicas da AED – a qual sustenta que a racionalidade econômica dos indivíduos impulsiona-os a agirem sempre visando à maximização do seu bem-estar, ou seja, no sopesamento entre vantagens e desvantagens de uma postura racional, o indivíduo preferirá a escolha mais proveitosa (ou útil) em detrimento da menos lucrativa.

Outros ferramentais da ciência econômica, como a teoria dos jogos, a teoria dos preços, métodos como a estatística e a econometria, além da própria matemática e a microeconomia, são fortes instrumentais que possibilitam a medição empírica dos fatos sociais e servem, portanto, para a observação do impacto do direito no grupo social.

A AED, portanto, em sua versão mais atual e difundida, busca oferecer um padrão sistemático e analítico de reflexão sobre o regramento jurídico, as expectativas racionais de adoção daquilo que as normas legais impõem e a busca por soluções jurídicas realmente eficientes (DIAS, 2009, p. 20).

² Ainda *Economic Analysis of Law*.

Na construção do paradigma de reflexão sobre o Direito mediante o uso de instrumentos econômicos, a AED sustenta que é possível, hipoteticamente, examinar qualquer comportamento humano a partir de duas premissas principais:

a) o comportamento maximizador dos indivíduos, considerando que as pessoas tendem a escolher a opção mais vantajosa e;

b) a existência de mercados, com recursos escassos, que coordenem as ações dos diferentes participantes.

A partir disso, então, têm-se, basicamente, os seguintes pressupostos para a referida análise:

a) Pressupostos hipotéticos estáticos: ambiente escasso de recursos (recursos limitados); indivíduo racional (que aplica a ponderação de custos e benefícios)³; e a existência de ônus e bônus;

b) Pressupostos hipotéticos dinâmicos: hipóteses de preferência do indivíduo, a serem definidas no caso em concreto.

É dessa construção de premissas teóricas da AED que se parte ao exame do processo judicial com vistas à racionalização de seu uso.

2. A ANÁLISE DA RACIONALIDADE DA LIDE

2.1 Pontuações gerais: escolhas das probabilidades possíveis aos envolvidos

Nas linhas gerais da doutrina tradicional, o processo judicial contempla uma série de atos complexos, coordenados e ordenados, voltados à produção de uma decisão, qual seja a judicial. A ideia advinda de tal definição é que o processo flui linearmente durante o transcurso do tempo.

Na literatura da AED, contudo, a referência ao processo judicial, apesar de também considerar a questão temporal no seu fluxo, é tratada como uma árvore de escolhas, as quais delinearão as preferências dos envolvidos na disputa judicial. A cada configuração contextual e andamento do processo, abrem-se novas possibilidades de escolhas aos envolvidos, tornando o instrumento jurídico um arranjo único de preferências⁴.

³ Na verificação de custos e benefícios, é necessário que o indivíduo detenha a maior amplitude de consciência da situação em que estiver, das escolhas que possui e das possíveis consequências da tomada de decisão de cada opção provável.

⁴ Na tentativa de teorizar o procedimento fático, são diversas as formatações do processo judicial propostas pelos teóricos da AED. Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1069-1070), por exemplo, ao estabelecerem o fluxo do processo

Observando-se empiricamente o curso de um processo judicial, desde a cogitação de seu ajuizamento até a decisão imutável e, ainda, o cumprimento de tal determinação, pode-se notar a existência de diferentes fluxos processuais, mesmo naqueles cuja previsão legal seja idêntica. As peculiaridades de cada processo, portanto, relacionam-se, no caso em concreto, com elementos objetivos (decisões, prazos) e subjetivos do caso (indivíduos).

Os arranjos possíveis na dinâmica do andamento processual são reflexos de muitas variáveis, especialmente que afetam as preferências das partes litigantes: iniciar ou não uma disputa judicial; realizar ou não um acordo antes do julgamento; revelar ou não determinada informação; recorrer ou não da decisão proferida, etc.

No trilhar do posicionamento da AED, como explanado, a utilização do processo judicial deve primar pela satisfação de metas de ordem econômica: diminuir os custos envolvidos na deflagração de um processo e minimizar a quantidade de erros nas decisões judiciais.

Com tal conquista, o processo judicial refletirá o equilíbrio entre custos e benefícios e, nesse ponto, apresentar-se-á como eficiente⁵.

A eficiência, aqui, é outra categoria operacional utilizada pela AED e possui variadas acepções. No sentido mencionado, o termo refere-se à eficiência de Pareto, que se guia à maximização de benefícios e minimização de custos: ou seja, um processo será considerado eficiente se não for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos.

As preferências das partes litigantes consubstanciam, dessa forma, importante relevância na consideração do fluxo processual e estão intimamente imbricadas com os custos do processo judicial e sua eficiência, entendidos como os que envolvem tempo, esforço e despesas financeiras.

2.2 Custos sociais do processo judicial e valor esperado da demanda

Da visualização de tais preferências, POSNER (2007, p. 593) denomina os custos principais envolvidos no ajuizamento de uma ação como custos sociais do processo judicial, os quais são subdivididos em custos diretos e custos de erros.

judicial, indicam a existência de quatro estágios: 1) ocorrência de um evento danoso; 2) decisão de iniciar ou não a disputa; 3) o estabelecimento de um jogo de barganha (*bargaining game*) entre as partes; 4) o julgamento da disputa. Shavell (2004, p. 389), por sua vez, apresenta três fases: 1) ajuizamento; 2) acordo; e 3) julgamento. ARENHART (2009), por seu turno, expõe as seguintes fases: a) formação; b) resposta; c) conciliação; d) instrução; e) julgamento; f) recurso; g) julgamento final; h) liquidação de sentença; i) execução; j) arquivamento.

⁵ Processos mais longos podem reduzir a chance de erros, mas com isso aumenta-se o custo social dos processos.

Os custos diretos, também denominados custos administrativos ou imediatos, referem-se ao montante pecuniário a ser dispendido com o ajuizamento do processo judicial, o qual envolve, exemplificadamente, a quantia referente à contratação do advogado, às custas judiciárias e despesas para a produção de provas. Em suma, é dispêndio para a utilização do instrumental processual disponível.

Aos custos imediatos, devem-se definir as expectativas de ganho com a propositura da lide, isso porque “um agente racional dificilmente proporia uma ação cujos custos imediatos fossem superiores ao que espera receber com o julgamento final da ação” (TIMM, 2012, p. 391-392). Na hipótese de uma das partes considerar que os tais custos somam-se maiores que o possível valor do resultado final, “ele provavelmente não submeterá o conflito ao Judiciário” (COOTER; RULEN, 2008, p. 414).

Assim, por uma equação racional, “[...] quanto maiores forem os custos do processo, menor será a taxa de apresentação⁶ e demandas em um sistema judicial de atribuição⁷; em sentido inverso, quanto menores as despesas, maior será a taxa de apresentação” (TIM, 2012, p. 393)

Especificamente no que tange às custas processuais, relembre-se a Lei da Assistência Judiciária Gratuita, Lei nº 1.060/1950, a qual favorece a gratuidade das despesas processuais, bem como a isenção dos honorários sucumbenciais, àquele que alegar, por meio de declaração, que não possui meios para custear a demanda judicial sem que haja prejuízo para a subsistência própria e a de sua família⁸.

Pois bem. Sabe-se que, quanto maior o valor das custas iniciais, menor o estímulo para ajuizar uma causa – quando se objetiva reduzir o acesso ao Judiciário, os custos são elevados. Tal disposição legal em nosso ordenamento jurídico pode acarretar em “zero” o valor das custas, o que é um estímulo ao litígio.

Tal normatização responde ao comando constitucional de garantia da gratuidade ao acesso ao Poder Judiciário e pode caracterizar um incentivo à litigância – o que estimularia, também, o ajuizamento das chamadas demandas frívolas, quais sejam aquelas cuja causa de pedir não contornem relevância ao Poder Judiciários para fins de processamento e julgamento.

⁶ Índice quantitativo de interposição de processos.

⁷ Sistema judicial de atribuição: atribuição de custos ao perdedor, nos termos do art. 20, CPC.

⁸ Está sob a análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) projeto de autoria do senador Alvaro Dias (PSDB-PR) cuja proposição (PLS 364/2004) é atualizar a Lei 1.060/1950, que trata do assunto, estabelecendo novos requisitos a serem atendidos por aqueles que pleitearem o recebimento do benefício. A assistência abrange gastos como custas judiciais, emolumentos e honorários (Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/01/27/proposta-aumenta-exigencias-para-obtencao-de-assistencia-judiciaria-gratuita>. Acesso em 08 fev. 2014).

Em outras palavras, as demandas frívolas são aquelas cuja motivação está vinculada a fundamentos jurídicos de baixa probabilidade de aceitação como fator autorizador do resultado que se pretende alcançar com o processo judicial (DIAS, 2009, p. 65-66).

Para evitar que se apresentem demandas de baixa probabilidade de êxito, o pagamento dos custos do processo tende a ser um robusto óbice ao ajuizamento, assim como a interposição de recursos e outros instrumentos intermediários protelatórios. Ainda, como desestímulo a práticas protelatórias, têm-se as sanções processuais, como a multa por litigância de má-fé (art. 14, CPC).

Nesse trilhar,

[...] uma solução imediata para a contenção da apresentação dessas demandas pode ser dada mediante o simples aumento dos custos de interposição. Essa solução, porém, não pode ser admitida, pois importaria em um desestímulo geral à propositura de demandas sem penalizar efetivamente aquele que provoca desnecessariamente a atividade judiciária. O aumento excessivo dos custos de interposição, por sua vez, levaria à inabilitação do acesso à Justiça consagrado constitucionalmente o que inquinaria a norma que o fizesse de evidente inconstitucionalidade. Uma conclusão, porém, é irretocável a criação de ambientes processuais sem a fixação de custos de proposição estimulam a interposição de demandas frívolas, uma vez que as expectativas tornam-se sempre positivas (DIAS, 2009, p. 53-54).

Por conseguinte, o uso das regras processuais, que implica nos custos administrativos, também representa o manejo do direito substantivo para sua concretização, o que pode acarretar equívocos na aplicação do direito substantivo – e estes são os custos de erros.

Os custos de erros são complexos e difíceis de compreensão e aferição, pois a mensuração do erro exige um padrão de perfeição, o qual, a seu modo, não é tão simples de se verificar concretamente.

Em definição e de modo abstrato, tal padrão de perfeição pode ser delineado pela verificação pelos acertos judiciais de conformidade do caso em concreto com a legislação vigente. Assim, esses acertos correspondem a decisões perfeitas ou “sentença com informações perfeitas” (TIMM, 2012, p. 406), indicadas pelo signo “j*”.

Assim, diferenciam-se decisão perfeita e decisão real do seguinte modo: a decisão perfeita (j*) seria o padrão de correlação entre fato-norma, já a sentença real (indicada pela letra “j”) representa a escolha judicial em determinado caso. Assim, a diferença entre uma e outra pode ser matematicamente medida pelo índice de “tamanho do erro [indicado pela letra “e”] do tribunal em relação à indenização: $e = j^* - j$ ” (DeE, p. 406).

TIMM (2012, p. 406) ilustra tal equação referindo-se a um caso de uma decisão proferida em ação de indenização por danos materiais por acidente com automóvel:

[...] a sentença com informações perfeitas j^* concederia ao proprietário de um automóvel o custo exato de substituição do motor destruído pelo aditivo defeituoso, igual a, digamos, \$ 2.500. Se a sentença real j for igual a \$ 2.000, o tamanho do erro é igual a $j^* - j - \$ 500$.

Em tal senda, é possível calcular um valor econômico do conjunto das decisões judiciais e, para tanto, é imprescindível a ciência de seu teor para que as chances de êxito em uma demanda específica possam ser estimadas.

Um dos pontos importantes aos custos de erro é o exame das chances de êxito mediante a verificação do valor econômico do conjunto de precedentes judiciais. Nesse trilhar, é necessário o conhecimento da jurisprudência especializada para se estimar as possibilidades de sucesso, que será a referência para saber se vale a pena ou não litigar.

É, portanto, por conta da equalização que deve ser feita entre as vantagens e desvantagens de um processo judicial, aqui, especificamente, relativo aos custos sociais do processo e os benefícios esperados, que é definido que processo judicial é eficiente quando seus custos sociais são os menores possíveis (POSNER, 2007, p. 593).

As partes conflituosas, assim, devem analisar o seu contexto e, diante das variadas probabilidades de escolha de solução da celeuma, devem decidir pela que atingirá o objetivo de minimizar os custos diretos e o custo das decisões judiciais equivocadas. É o que se denomina de racionalidade individual, que indica que o indivíduo somente escolherá determinada alternativa se verificar que será beneficiado do modo esperado ou, ainda, a mais do que suas expectativas, se comparada à utilidade que perceberá se optar por outra escolha.

Aqui, então, surgem outros fatores vinculados aos custos sociais do processo e que são relevantes à Análise Econômica do Processo: a perspectiva de benefício (que é a probabilidade de se alcançar o valor envolvido em uma lide) e a chance de sucesso.

Tais fatores oferecem o que se denomina valor esperado da demanda (VED), calculado a partir do produto entre o valor envolvido (B) e a chance de êxito (V), reduzidos os custos sociais do processo (CS). Assim, tem-se $VED = (B \times V) - CS$.

Para a parte ativa do processo, na hipótese de o resultado de tal equação for positivo, há incentivo à litigância. Caso seja negativo, é improvável a escolha pelo litígio.

Pela mesma fórmula, é possível verificar a posição da parte passiva, com um diferencial: considerando a sua condição, o valor envolvido será o de dispêndio, o que o

impõe o sinal negativo (-). Assim, os custos sociais do processo somam-se à tal despesa, restando a fórmula $VED = (- B \times V) + CS$, como será exemplificado a seguir.

É nessa equação, portanto, que surgem as principais oportunidades de escolha daqueles que se encontra em conflito: empreender esforços para um acordo extrajudicial ou em juízo ou preparar-se para uma discussão processual.

2.3 As alternativas para a pacificação do conflito: acordo extrajudicial ou processo judicial

No auxílio do entendimento exposto, PATRÍCIO (2005, p. 9-11), examinando o que denomina de “teoria econômica da litigância”, aponta os aspectos que reputa relevantes a tal construção teórica, quais sejam (a) a avaliação dos motivos econômicos que podem fazer surgir casos de litigância, (b) a ponderação das vantagens e desvantagens econômicas no recurso à litigância judicial ou a certas formas alternativas de resolução de litígios; e (c) quais as possíveis vias para a tentativa de resolução da tensão no binômio justiça garantística/justiça célere.

Diante de um conflito, portanto, sugerem-se hipoteticamente duas possibilidades de escolhas destacadas: a decisão pelo acordo e a decisão pelo processo judicial.

Nesse ponto, a análise econômica do processo judicial, considerando o litigante um agente racional que calcula suas expectativas quanto à possibilidade de sucesso de seu empreendimento tendo em vista os custos envolvidos, aponta que o caminho a ser escolhido deverá ser o que se mostrar compensatório do ponto de vista dos fatores antes expostos (DIAS, 2009, p. 91-92).

2.3 A escolha pelo acordo

No raciocínio da Análise Econômica do Direito, a escolha pelo acordo, seja extrajudicial ou conciliação judicial, surge, especialmente, quando se equacionam os eventuais benefícios advindos com a continuidade do processo e os custos sociais processuais mencionados. Adiciona-se a essa equalização, também, de modo direto, a questão temporal como variável também determinante (especialmente como peso negativo à demanda judicial)⁹.

⁹ Ressalta-se que, no ordenamento jurídico pátrio, somente são passíveis de acordo os direitos disponíveis. Além disso, está em discussão como proposta ao novo Código de Processo Penal a negociação entre promotor e

Dados custos sociais favoráveis e o tempo razoável da duração do processo – tidos como favoráveis à litigância, perquire-se sobre a força relativa dos argumentos que cada parte alega possuir, o que aqui se denomina como conhecimento da causa.

De início, a argumentação das partes, por melhor estruturada e de convencimento que se apresente, deve estar devidamente fundamentada em provas. Caso as assertivas não sejam devidamente comprovadas, a força dos argumentos é fraca ou, senão, nula.

Desse modo, pelo lado da pretensa vítima, a mensuração da possibilidade de satisfação do direito alegado é pouco provável; pelo viés do autor do fato, a fraqueza probatória ou a ausência de prova limita argumentos de defesa¹⁰.

No último caso, na hipótese de danos causados a um consumidor por uma pessoa jurídica,

[...] aquela margem limitada de argumentação defensiva, contudo, não implica na aceitação de quaisquer termos impostos pelo consumidor. Os termos do acordo proposto tenderão a ser menores que a expectativa de condenação judicial da empresa, pois do contrário não há qualquer incentivo para que a transação seja buscada. O ponto de partida, assim, é definir como a empresa elaborou sua expectativa de condenação. Normalmente esse tipo de cálculo é feito mediante o recurso à jurisprudência, à literatura especializada, à legislação, entre outras fontes (TIMM, 2012, p. 394).

Apesar de ter sido evitada a litigância (ou ao se estar em vias dessa renúncia), a expectativa da condenação surge como parâmetro para a assunção do fato e proposição ou aceitação de acordo.

Assim, por mais que se verifique a fraqueza probatória, a escolha pelo acordo ainda encontra determinação pelas expectativas que seriam alcançadas por meio do processo judicial, cujas bases fundantes são ditadas pela dogmática jurídica (lei, jurisprudência, doutrina).

Na hipótese mencionada, caso as decisões judiciais apresentem a tendência de condenação do fornecedor e o valor médio de indenização em R\$ 10.000,00 (dez mil reais),

advogado, antes da deflagração da ação penal: “o novo CPP trará celeridade e desafogará o Judiciário. Uma medida importante é o fim da ação penal, criando a ação pública condicionada à representação. Com o fim da ação penal, as partes passariam por um processo conciliatório. Atualmente, quando acontece um crime de furto, o Ministério Público deve oferecer a denúncia contra o acusado, sem a representação da vítima. A novidade é que agora o MP só poderá acusar caso a vítima represente na ação. Assim, deixa as partes livres para um acordo”. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-09/consultor-legislativo-regras-cpp-desafogar-justica>>. Acesso em 13 jan 2014.

¹⁰ Sobre inversão do ônus da prova.

[...] a empresa a certamente [buscará] um acordo¹¹; porém, desde que a indenização negociada seja inferior àquele valor da perda estimada, de dez mil reais. A primeira afirmativa deriva do simples fato de que a decisão judicial tem uma imensa probabilidade de condená-la, e, de outro lado, a possibilidade de condenação em valor superior à média recomenda a busca por uma solução compositiva (TIMM, 2012, p. 395).

Nesse sentido, a afirmação de possibilidade de um acordo quanto ao objeto do conflito somente será provável caso a expectativa da consumidora for menor que a expectativa da fornecedora, em referência à média das indenizações pesquisada.

É diante de tal lógica que se pode afirmar que haverá acordo se ambas as partes apresentarem semelhantes margens de intersecção entre as expectativas de valor: quando se verifica uma aproximação entre as expectativas das partes quanto aos resultados, maior é a possibilidade de que um acordo seja alcançado.

Outra probabilidade de acordo é quando o ofendido/vítima tem a expectativa de obter benefício menor ou igual ao que o autor do fato espera ter de prejuízo com o processo judicial. Por exemplo: um ofendido processa uma empresa. Sua chance de êxito é de 80% (oitenta por cento), sua perspectiva de valor é R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e os custos sociais do processo totalizam R\$ 20.000,00. Em tal ilustração, o VED é $(100.000,00 \times 0,8 - 20.000) = R\$ 60.000,00$. Por isso, o ofendido deve aceitar qualquer acordo que seja maior ou igual a R\$ 60.000,00.

Caso a parte ré assuma 80% de chance de perda com o ônus de pagar os R\$ 100.000,00, o seu custo de litigância também será de R\$ 20.000,00 e seu VED será de menos R\$ 60.000,00. Assim, a empresa poderá aceitar a qualquer acordo em que ela pague menos de R\$ 60.000,00 – como os VED são os mesmos, há grande chance do acordo ser realizado.

Lembra-se, ainda, que a parte ofendida pode superestimar ou subestimar a sua expectativa. A vítima subestimar a sua expectativa quando:

a) de modo voluntário, há fatores extrínsecos ao processo, como a necessidade próxima de um valor menor;

b) de modo involuntário, a vítima aceita um valor de indenização inferior ao que seria eventualmente devido “por desconhecer as bases sobre as quais os parâmetros foram construídos” (TIMM, 2012, p. 398).

Diante disso, vê-se que a questão central entre as duas vertentes de possíveis respostas é a informação ou, como se definiu anteriormente, o conhecimento da causa:

¹¹ Desde que os custos derivados do processo sejam contabilizados pela empresa na construção de sua expectativa.

[...] quando mais informadas as partes a respeito dos dados constitutivos dos elementos que referenciam a construção das expectativas recíprocas, maior é a tendência que as conciliações alcancem um patamar que reflita efetivamente a compensação devida dos danos sofridos (TIMM, 2012, p. 398).

Ora, quando se observa que os indivíduos conflitantes possuem um suficiente conhecimento da causa, “a tendência é uma negociação muito próxima da compensação ideal, considerando a ponderação das expectativas de ambas as partes” (TIMM, 2012, p. 398). Por consequência, “quanto mais assimétrica a informação, maior é a tendência de que a parte que detém os melhores dados consiga alcançar seu interesse” (TIMM, 2012, p. 398).

Por tal razão que a difusão de conhecimento é um fator relevante não só para mensurar as probabilidades de acordo, mas também para se examinar o quanto a conciliação corresponde às expectativas cogitadas pelos envolvidos.

Na doutrina da AED, o conhecimento da causa é também tratado pela expressão assimetria de informações¹².

A assimetria da informação, outra categoria da ciência econômica, caracteriza quando uma parte tem mais e/ou melhor informação do que a outra. Com isso, a parte possui mais vantagem do que a outra, tanto na possibilidade de negociação, quanto na exposição de seu caso perante o órgão jurisdicional.

A informação, ou o conhecimento da causa, é imprescindível para a determinação de escolhas e isso afeta o modo com que os envolvidos se relacionarão.

¹² Muitos sistemas jurídicos têm construído diversas estratégias processuais e materiais para permitir uma maior simetria de informações, tal como o brasileiro, pelo Código de Defesa do Consumidor. Estabelece o art. 6º, VIII, do diploma citado, que é direito básico do consumidor a facilitação da defesa dos seus direitos em juízo, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência. O dispositivo legal confere ao consumidor prerrogativas legais para que se atinja a igualdade entre as partes. A hipossuficiência mencionada refere-se à vulnerabilidade do consumidor perante o fornecedor e pode ser classificada em três espécies: a técnica, a jurídica e a fática. A vulnerabilidade técnica do consumidor consiste na ausência de conhecimentos específicos sobre o produto ou serviço que ele adquire ou utiliza em determinada relação de consumo. A vulnerabilidade jurídica consiste na falta de conhecimentos jurídicos específicos, ou seja, na falta de conhecimento, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo. Para Cláudia Lima Marques, essa espécie de vulnerabilidade, denominada jurídica ou científica, também inclui a ausência de conhecimentos de economia ou de contabilidade. A vulnerabilidade fática ou econômica, por sua vez, consiste no reconhecimento da fragilidade do consumidor frente ao fornecedor que, por sua posição de monopólio, fático ou jurídico, por seu forte poderio econômico ou em razão da essencialidade do produto ou serviço que fornece, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam. Cf. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2003, p. 148. Há, ainda, discussões quanto à aplicabilidade da inversão do ônus da prova em ações civis públicas de matéria ambiental.

Nesse compasso, as informações podem ser públicas, ou seja, de conhecimento comum, de ambas as partes na barganha. Ainda, as informações podem ser privadas ou também denominadas assimétricas, conhecidas por uma parte e desconhecida por outra.

Sem aprofundar a importância das informações privadas, é importante destacar que os dados públicos devem estar ao alcance de ambas as partes e tal trabalho é, especialmente, função do profissional do Direito, que é quem conhecerá os custos e riscos envolvidos em uma determinada demanda.

2.4 O processo judicial e a teoria econômica da litigância

O processo judicial pode ser examinado como uma sequência não linear de atos, representada pela ação de seus atores, a qual, por sua vez, indicam as escolhas feitas e sob quais informações está se pautando.

Nesse sentido, a demanda judicial pode ser expressa teoricamente por uma árvore, em que os pontos de bifurcação indicam possibilidades de decisão e as possíveis escolhas. Por conseguinte, cada escolha direciona-se a um novo ponto, com a apresentação de novas possibilidades.

Em tal situação, autor e réu buscam a maximização de seus benefícios: o primeiro, com a expectativa do valor pretendido; o segundo, com a minimização do custo esperado de sua responsabilidade. Assim, especificadamente, no lado de responsabilidade do réu ou por ausência de provas, caso o custo esperado de uma decisão for inferior ao pedido do autor, o réu poderá agir racionalmente respondendo à ação, por meio da contestação. Em outra hipótese, caso o pedido do autor seja inferior ao custo esperado da decisão, a melhor escolha para a parte passiva é não contestar a ação e tentar uma conciliação, pagando o valor da indenização pedida. Ainda, se, por ventura, o valor da indenização postulada for igual ao custo esperado do processo, a postura racional do réu será de indiferença entre contestar entre contestar ou não a ação.

Como visto, igualmente como no caso da escolha pelo acordo, a litigância contempla, em seu modelo ideal, a informação, a todos os envolvidos, sobre os benefícios e custos envolvidos, assim como das probabilidades atreladas a cada evento.

Diante do explanado, um indivíduo em um conflito escolherá ajuizar seu caso quando o VED (valor esperado da demanda) for positivo – o que será previsto quando o benefício que ele espera obter (que representa o benefício esperado vezes a probabilidade de ele ocorrer) é maior do que os custos do processo.

Assim, independentemente do arranjo processual, sua composição deve-se guiar pela busca da eficiência, a qual, consoante Pareto, representa a situação de não ser possível melhorar a situação de qualquer indivíduo envolvido sem que tal modificação prejudique a de outro.

A premissa para se alcançar a eficiência é, como mencionado, a compreensão de que agem como maximizadoras de seus interesses pessoais, partindo da verificação de custo e benefícios para decidirem se acordos serão celebrados, se ações serão ajuizadas, ou se recursos serão interpostos (GALDINO, 2005, p. 178)

Para tanto, é imprescindível, aqui também, a racionalização econômica das expectativas dos envolvidos com conhecimento das circunstâncias dos litígios, a qual já se denominou de conhecimento da causa. Especificadamente, traz-se a importância do acesso dos litigantes à informação¹³, com a qual a parte poderá, por exemplo, “efetuar estudos probabilísticos quanto às suas possibilidades de êxito ou insucesso” (GALDINO, 2005, p. 179).

Importa destacar que, no processo civil, o intercâmbio de informações as partes, pode ser obrigatório ou facultativo. A primeira espécie, em que o intercâmbio não pode ser evitado pela parte, é ilustrada pelo art. 355 do Código de Processo Civil, que determina que as partes podem ser compelidas em juízo a exhibir documentos comuns através de vários expedientes diversos. A segunda espécie, em que a transferência de informações fica ao alvedrio do envolvido, é exemplificada pelo art. 347, I, do diploma processual mencionado, o qual determina que as partes estão dispensadas de depor acerca de fatos torpes que lhes sejam imputados.

Quanto ao momento do intercâmbio, é regra geral no direito brasileiro que a transferência dá-se judicialmente. Apenas excepcionalmente a lei determina o contato prévio entre as partes em conflito acerca de suas pretensões, como no caso de o credor constituir em mora o devedor (por todos, Decreto-Lei 911/69, art. 2º, §2º e art. 3º), o que acontece através da citação válida (CPC, art. 219) (GALDINO, 2005, p. 182)¹⁴.

¹³ “Na verdade, normalmente, os litígios somente existem porque os litigantes possuem informações incompletas. Se ambos (...) os litigantes dispusessem sempre de todas as informações necessárias às análises de riscos, custos e benefícios, teriam condições de prever com excelente grau de acerto as soluções dos litígios, evitando-os” (GALDINO, 2005, p. 179).

¹⁴ “Essa exigência aparentemente formalista possui significação econômica expressiva. Na verdade, a fim de constituir o devedor em mora, o credor se vê adstrito a enviar a carta ao devedor em que apresenta a sua pretensão pecuniária - antes de ingressar em juízo. Essa carta deverá indicar o valor que o credor acredita devido e a fórmula de cálculo empregada pelo mesmo. Isso facilita muito a vida do devedor, que agora possui informação precisa acerca da pretensão do credor que, por sua vez, continua às cegas em relação à posição do devedor. Para propor a ação judicial, o credor abre mão gratuitamente de informações em favor do devedor. (GALDINO, 2005, p. 182-183).

Por isso, é de importante relevo, novamente, apontar que a ausência do conhecimento da causa, dos custos sociais do processo e dos riscos são os “principais causadores de uma mitigação da hipótese da racionalidade maximizadora” (ARENHART, 2009, p. 37). Isso porque, conforme já mencionado anteriormente, a assimetria informacional impede que o ator processual detenha uma informação necessária ou sua completude a fim de que possa decidir de modo absoluto.

2.4.1 O processo judicial e a escolha pela interposição de recurso

A teoria econômica da litigância visualiza o sistema recursal com dois objetivos principais:

a) pela possibilidade de correção, por parte dos tribunais, de eventuais equívocos proferidos nas decisões das instâncias inferiores, a fim de desestimular demandas fundadas em decisões imprecisas, e com isso minimizar os custos da sociedade com o processamento e julgamento de pretensões que não possam ser entendidas como compatíveis como sistema jurídico; e

b) pelo que representa uma decisão de um tribunal, qual seja, a orientação à comunidade jurídica que é proporcionada em decorrência dos recursos julgados - assim, quanto mais precisa a decisão, mais evidente será a conduta admitida e a vedada, e isso possibilita um incremento nas relações jurídicas entre os indivíduos (TIMM, 2012, p. 400).

Pode-se fazer referência, ainda, a uma consequência direta que é a redução dos riscos nas relações sociais, “pois quanto mais precisas as decisões, menores são as variáveis não cogitadas capazes de influenciar as operações entre agentes jurídicos” (TIMM, 2012, p. 400).

É a partir do duplo grau de jurisdição que se formam as decisões de instâncias superiores, cujo conjunto se denomina jurisprudência e que, ao lado da doutrina jurídica e da legislação, dá corpo a dogmática jurídica. E esta tem a função de orientar as partes envolvidas em um conflito as quais, especificamente, podem prever a solução jurídica que será determinada pelo órgão jurisdicional.

Pelo explicitado, quanto mais perfeito o modelo judicial, mais precisas e similares são as decisões judiciais entre si e em referência à literatura jurídica e à legislação.

Contudo, há ainda de se destacar que, no sistema jurisdicional brasileiro, não se verifica um segurança jurídica adequada para ofertar parâmetros para o cálculo do resultado de suas ações e/ou de seus recursos, pois é comum o julgamento diverso, pelo mesmo tribunal, de mesma questão fática e jurídica. Assim, observa-se um elevado grau de

divergência jurisprudencial e consequente falta de calculabilidade, que é essencial para a aplicação eficiente da AED no processo judicial.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Teoricamente, a existência do Estado e, por consequência, do Poder Judiciário, com base na igualdade entre os indivíduos, funda-se na imprescindibilidade de um ente, exterior à sociedade, manter o funcionamento desta de modo pacífico e proveitoso à evolução do grupo social. Ao lado de tal solução judicial de conflitos, pode-se verificar a existência de meios extrajudiciais de pacificação, tais como o acordo, a mediação e a arbitragem.

Dentre tais possibilidades de escolhas de pacificação de uma lide, a alternativa melhor dependerá do exercício da racionalidade a ser desenvolvido pelos conflitantes, a qual dependerá, também, do objetivo das partes.

Com esse estudo, propõe-se que, em uma situação de relevante divergência, em que há a possibilidade de se ajuizar um processo, os envolvidos primem por razões de eficiência, a fim de que não sofram desgastes exorbitantes, além dos supostamente previstos ao exercício do direito de ação. Diante de tal panorama e tendo em vista a morosidade do sistema judiciário brasileiro, é possível questionar se as partes ali conflitantes tiveram a consciência de agir racionalmente.

Como incentivo à ação racional, a AED, aplicada tanto ao processo judicial como aos conflitos extrajudiciais, traduz quais os principais custos e vantagens a serem verificados em cada cena decisória. E é neste sentido que se observa a sua importância: com o escopo de solucionar o conflito com o mínimo de desgaste, o contexto particular de cada lide é examinado, juntamente com os dados teóricos jurídicos relevantes, a fim de que sejam fornecidas aos envolvidos as probabilidades de escolhas possíveis para a solução de um caso.

Tal análise deve ser realizada mediante a consideração (a) do objetivo do cliente; (b) de seu menor desgaste – financeiro, temporal, físico ou emocional; (c) da ética profissional.

Seu resultado, dada a conjuntura do sistema judiciário pátrio, é uma perspectiva mais ampla e acertada dos instrumentos legais e processuais postos à disposição do profissional e, por conseguinte, traduz-se na preparação e na satisfação das partes envolvidas.

É, no entanto, um entrave à aplicação quantitativa de tais instrumentos, a pouca calculabilidade dos erros judiciais, considerando os julgados divergentes em matérias semelhantes (sem detalhes relevantes que justifiquem a diferença) e, por consequência, a pouca previsibilidade das decisões judiciais. No entanto, a construção de arranjos de

alternativas de pacificação, com base qualitativa, é um forte argumento para a utilização desse ferramental na prática processual.

Havendo um conflito, partes concorrerão para a obtenção do resultado que lhe seja mais favorável. Na busca desse objetivo, adotam racionalmente as condutas eficientes para alcançá-lo, seja com a propositura de um processo judicial ou a tentativa de um acordo.

Pela AED aplicada à solução de conflitos, analisa-se economicamente o problema e o contexto para que se formule uma ação estratégica que vinculará a relação entre a possibilidade de ganho, o valor do ganho pretendido e os custos envolvidos.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENHART, Fernando Santos. **A análise econômica da litigância: teorias e evidências**. 2009. 118 p. Monografia (Curso de Ciências Econômicas). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**. 5. Ed. Addison-Wesley, 2008

DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009. p. 91-92.

GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I). **Revista Quaestio Juris – UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 171- 203, 2005.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor**. 4. Ed. São Paulo: RT, 2003.

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

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise econômica da litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. 7. ed. Austin: Wolters Kluwer, 2007.

TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.