

A ANÁLISE ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA: O MODELO DA DECISÃO DE LITIGAR NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS E AS INFLUÊNCIAS DA GRATUIDADE DE ACESSO

José Borges Teixeira Júnior

Doutorando em Direito de Empresa pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES) e em International Business Law pela Universidade Steinbeis – Berlim. Juiz de Direito. Professor universitário.

RESUMO: o objetivo deste artigo é o de elaborar a modelagem formal da decisão de litigância sob o arcabouço normativo atualmente vigente dos juzados especiais cíveis. Seu propósito, com isso, é verificar os principais fatores pelos quais um determinado indivíduo decide propor (e manter) uma lide nesse sistema ao revés de realizar a composição consensual extrajudicialmente. Para tanto, valeu-se da literatura – nacional e estrangeira – de análise econômica do direito, devidamente decantada para a realidade de seu objeto de estudo. Com seus resultados, é possível inferir características que resultam da formatação do sistema dos juzados especiais, em particular as consequências da gratuidade plena de acesso.

PALAVRAS-CHAVE: gratuidade de justiça; juzados especiais, análise econômica do direito.

ABSTRACT: the purpose of this paper is to build a model of the decision to file a suit under the current law in the small claims Court. Its objective is to analyze the main factors by which one decides to file – and maintain – a suit under this system instead of bargain outside of it. For this purpose, this paper used the literature – national and otherwise – of the economic analysis of law, widely surveyed for its object of study. From its results, it is possible to understand the main characteristics that results from the small claims Court system and, in particular, the consequences of its free access.

KEYWORDS: free justice access; small claims Court; economic analysis of law.

1. INTRODUÇÃO.

SHAKESPEARE advogava a morte de todos os advogados afirmando, certa vez, que a primeira coisa a fazer seria que se matassem todos eles. Talvez, se vivo estivesse, não teria limitado a frase de seu açougueiro na peça *Henrique VI* apenas a esses, mas sim a todos os profissionais do Direito.

A verdade é que, vivos ou mortos, segundo os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) provenientes do 14º Relatório Justiça em Números, de 2018, a demanda da população brasileira por esses mesmos operadores do Direito nunca foi tão evidente, e sua participação na vida cotidiana do cidadão, tão manifesta (CNJ, 2018).

No ano de referência do relatório (2017), o Poder Judiciário brasileiro julgou 80,1 milhões de processos, de todas as naturezas e origens, sendo que, desse número, 29,1 milhões se referem a novas ações propostas. No mesmo período foram baixados (*i.e.*, efetivamente remetidos ao arquivo) uma montanha de 31 milhões de processos.

No âmbito dos juzados especiais, foram 4.916.093 novos processos, sendo que, desses, 3.708.805 foram casos não criminais. Se somados aos ingressos não criminais ajuizados diretamente nas Turmas Recursais, o número passa a aumentar em 19.279 novos casos. O volume de processos baixados foi de 5.702.340 processos.

Ainda assim, no período acumulado entre 2009 e 2017, houve um acréscimo de 31,9% no número absoluto de processos, ou seja, um aumento de 19,4 milhões de processos.

Evidentemente, os processos não se concluem sozinhos e, para isso, há um custo envolvido.

O gasto do Poder Judiciário no ano de 2017 foi a cifra de R\$90.846.325.160,00¹, segundo o relatório acima indicado.

Um valor de R\$434,67, aproximadamente, para cada homem ou mulher residente no Brasil no mesmo ano de 2017, o que representa ainda um custo de R\$1.134,16 por cada processo em tramitação.

Alto ou baixo que seja o custo por processo ou por habitante, a realidade exibida através do relatório é a de que, por exemplo, na Justiça Estadual – foco deste artigo – o tempo médio que transcorre do início ao final da fase executória de um processo judicial é de 7 anos e 5 meses, na justiça comum e, no caso dos juizados especiais, cravados 4 anos.

A questão que se põe é a seguinte: o que leva uma pessoa a buscar o Poder Judiciário com o objetivo de levar uma pretensão a ser resolvida por esse sistema? Como se dá a tomada dessa decisão?

Como visto, agora tratando exclusivamente dos juizados especiais cíveis, o ingresso de um processo de conhecimento qualquer implica um comprometimento de tempo, esforço e quiçá recursos, por um tempo aproximado de 4 anos.

Uma vez que para a solução de conflitos existem outras vias possíveis de serem seguidas pela população, como a autocomposição (o acordo extrajudicial), o recurso a agências reguladoras de serviços fiscalizados pelo Poder Público, a arbitragem ou canais de intermediação entre consumidores e fornecedores (v.g., a plataforma consumidor.org, da Secretaria Nacional do Consumidor) e outros, o que leva a uma demanda tão acentuada pelos serviços do Poder Judiciário?

Por que o litígio se parece mais atrativo diante das alternativas postas pelo Direito Positivo à escolha do cidadão e mais, por que uma vez ajuizada a ação, há uma persistência entre os envolvidos em não solucionar a lide de modo consensual?

Há muito a doutrina jurídica vem buscando encontrar uma (ou várias) respostas para o problema, sendo certo que, em especial no campo das ciências humanas e sociais aplicadas, o desvendar de uma causalidade (e não mera correlação) pode se mostrar, dada a complexidade do objeto de estudo, especialmente difícil.

Este artigo busca exatamente realizar uma contribuição para esse tema, em uma análise bastante específica: a influência da gratuidade de acesso e exercício do direito de ação nos juizados especiais cíveis sobre a decisão de litígio dos cidadãos.

Para tanto, o roteiro adotado será o de trazer uma revisão bibliográfica dos principais modelos de litigância formulados pela análise econômica do processo nas últimas décadas para, enfim, se extrair deles o quanto for útil para a experiência brasileira no âmbito estudado.

De posse desse modelo, espera-se poder deitar luzes sobre o fenômeno da litigância brasileira e a consequências da gratuidade sobre ela.

2. O MODELO BÁSICO.

Conforme notícia BONE, o primeiro modelo (e o mais clássico) formado acerca da litigância é o chamado modelo “Landes-Posner-Gould”, criado na década de 70 pelos três autores, entre os anos de 1971 a 1973, no início do movimento que hoje representa o campo de experiência jurídica da análise econômica do direito (BONE, 2017. p. 148).

A primeira construção positiva de modelos econômicos da litigância surgiu com o artigo publicado em 1971 por William Landes, cujo problema a ser analisado era o de quais fatores determinam a escolha entre um acordo (*pretrial settlement*) e um julgamento (*trial*).

Em suma, seu objeto de análise era o que motivaria um grande número de acordos em proporção ao de julgamentos (LANDES, 1971).

¹ O que representou, para fins de referência, 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) do País o mesmo período.

Seu modelo fora construído inicialmente para as situações de acordo entre réus no processo criminal e o órgão acusatório, o chamado *plea bargaining* existente nos Estados Unidos da América.

Ele parte do pressuposto de que o promotor de justiça, em sua decisão entre processar o réu ou propor um acordo (o *plea bargaining*), maximiza o número esperado de condenações sopesado pelo tamanho das sanções a serem obtidas (preferindo sentenças mais longas do que as mais curtas) e tendo por restrição o orçamento estabelecido para sua promotoria.

Por isso, o promotor alocaria recursos maiores para os casos que, *ceteris paribus*, a sentença for maior e a sua estimativa de condenação for maior e mais suscetível a se tornar ainda mais provável nos casos em que investimentos maiores fizessem a diferença nesta probabilidade.

Dito de outro modo, como afirma Landes, acusações não seriam propostas quando o promotor visse pouca chance de condenação independentemente dos recursos investidos ou se a condenação, ainda que esperada, for de uma sanção considerada “baixa”.

Ainda mais, os recursos escassos providenciariam um incentivo para que o promotor evitasse o julgamento e negociasse um acordo com o réu.

Ou seja:

[...] se os custos de transação² de um acordo se igualam ao seu gasto ótimo em um julgamento, ele estaria sujeito a oferecer ao suspeito uma redução de sentença aquém de S_i (termo formal utilizado pelo autor para o volume de pena de uma sentença condenatória) em troca de um reconhecimento de culpa (o que torna $P_i = P_i = 1$)³. Entretanto, como os custos de julgamento provavelmente superam esses custos de transação, ele (o promotor) estaria disposto a oferecer uma maior redução de sentença enquanto os ganhos em recursos pudessem ser usados para aumentar as probabilidades de condenação em outros casos (*Op. cit.*, p. 5. Tradução livre).

Como se verifica, a excelente contribuição de Landes em seu artigo foi o de chamar a atenção para como os autores (em especial os promotores de justiça, dado o escopo de sua aplicação) e os requeridos (réus de processos criminais, pela mesma razão) maximizavam sua utilidade⁴ em um conjunto de restrições.

² A noção de custos de transação na ciência econômica não é nova. Para a análise econômica do direito, contudo, e para a economia como um todo, sua importância fora extremamente bem apontada por RONALD COASE, em seu trabalho que lhe rendeu o Prêmio Nobel de 1991, *The Problem of Social Cost*, no qual ele chamou a atenção para o fato de que, à míngua de custos de transação, independentemente da alocação inicial dos direitos, eles sempre terminariam no patrimônio daqueles que os usem de maneira mais eficiente; por outro ângulo, como disse o autor posteriormente, a teoria econômica, especialmente à luz da análise econômica do direito, depende da incorporação dos custos de transação na análise, uma vez que muito do que acontece na realidade é desenhado seja para reduzir esses custos ou para tornar possível o que sua existência previne. Não os incluir empobreceria, assim, a teoria (COASE, 2007. p. 219). Porém, e talvez com maior amplitude para o direito em si, especialmente quando considerada a experiência jurídica enquanto instituição de um determinado país, os custos de transação e sua relevância foram ainda melhor explorados por DOUGLAS C. NORTH, também agraciado pelo Prêmio Nobel, em 1993, o qual os define como “[...] os custos de especificar e aplicar os contratos que jazem sobre as trocas e portanto englobam todos os custos da organização política e econômica que permite às economias capturarem os ganhos do comércio” (NORTH, 1984). O Direito Positivo, enquanto objeto cultural, é certamente uma instituição do Brasil, o qual não se confunde com o desenho organizacional, que não se molda ao longo de gerações, mas exclusivamente através de uma “canetada” do juiz ou do legislador. As instituições são grandes – apesar de parcamente medidos – definidores dos custos de transação em uma nação (NORTH, 2017. p. 4-5).

³ LANDES chama em seu artigo de P_i a probabilidade estimada pelo promotor de uma condenação e de P_i a probabilidade estimada pelo réu de uma condenação.

⁴ É preciso deixar claro o que este trabalho diz quando o léxico “utilidade” é usado. O sentido pretendido é o de algo a ser buscado e maximizado pelos agentes. A expressão, em primeiro lugar, em nenhum sentido significa exclusivamente qualquer preferência monetária ou financeira. A ciência econômica, ao analisar o comportamento dos indivíduos, trata na verdade de como as pessoas conseguem atingir as suas preferências, as quais, como já visto acima, são sentimentos eminentemente subjetivos e, como também dito, não passíveis de comparação. Por isso, a fim de dotar uma métrica e objetivar o discurso científico, a economia supõe, como afirmam PAUL KRUGMAN e ROBIN WELLS, que cada indivíduo tentaria maximizar uma medida *peçoal* de satisfação. É a

Posteriormente ao trabalho de LANDES, POSNER lança o artigo sobre as bases já construídas anteriormente, tratando, porém – além de outros tópicos, como a questão dos custos de erros de julgamento – de tema que interessa diretamente a este artigo: a realização de acordos no âmbito cível.

Neste particular, a questão lançada por POSNER começa de uma asserção bastante simples: a de que os casos, para terminarem em acordo, necessitam que a oferta mínima do autor seja inferior ao máximo que o réu esteja disposto a aceitar. Essa é a condição básica que, acaso não suprida, fará com que um determinado litígio vá à Corte e não esteja sujeito à auto composição (POSNER, 1973).

E como esses valores são encontrados?

Segundo o artigo em referência, a oferta mínima do autor é o valor esperado do litígio mais os custos para a realização do próprio acordo, sendo que, por valor esperado do litígio se quer dizer o valor *presente* do julgamento se ele efetivamente ganhasse a ação, multiplicada pela probabilidade (estimada pelo autor) de sua vitória, isso descontado dos custos *presentes* que ele teria com o litígio⁵.

Em linguagem formalizada:

$$O^A_{min} = V_e + C_a \text{ onde } V_e = (J \cdot P_a) - C_l \quad (1)^6$$

Por outro lado, a oferta máxima que o réu pode admitir é o custo esperado do litígio para ele, o qual consiste nos seus gastos com o litígio, mais o custo de um julgamento de procedência do pedido multiplicado pela probabilidade que esse julgamento venha a ocorrer, diminuído dos seus custos de negociação.

Novamente em linguagem formalizada:

$$O^R_{max} = [C_l + (J \cdot P_r)] - C_a \quad (2)^7$$

Como se verifica, pela análise de POSNER, sempre será possível a existência de um acordo quando O^R_{max} for maior ou igual a O^A_{min} ; ou seja, é uma das condições básicas para que um acordo ocorra $O^R_{max} \geq O^A_{min}$.

Dessa assertiva é possível a derivação de outras afirmativas importantes para os lindes deste artigo.

essa medida que este artigo chama de utilidade, ou seja, um conceito que se usa para entender o comportamento, mas que não se deseja medir com exatidão na prática (KRUGMAN e WELLS, 2006. p. 201).

⁵ Destacou-se a expressão “presente” porque, como se verá a seguir, o tempo é fator essencial para qualquer modulação das decisões de litígio, uma vez que a adjudicação (o efetivo recebimento do bem da vida pretendido) não se dá imediatamente com a propositura da ação ou mesmo necessariamente *pari passu* com o julgamento de mérito, acaso venha a ocorrer, mas usualmente em momento ainda mais protraído no tempo, deve-se incidir um fator de desconto temporal do qual se falará mais a seguir.

⁶ O^A_{min} representa a oferta mínima para o autor. V_e significa o valor esperado do litígio, ao passo que por C_a se quer dizer o custo para a realização do acordo em si (advogados, reuniões, tempo, apresentação de memoriais e etc.). Na composição de V_e se tem J como representando o ganho com o próprio pedido autoral e P_a como a probabilidade, estimada subjetivamente pelo autor, de seu êxito, descontados os custos com o litígio em si (C_l), que vão desde a produção probatória até o simples tempo e o desgaste pessoal dispendido durante a tramitação do processo. Como se vê, portanto, por *custos* não se consideram apenas os custos financeiros e, igualmente, por ganhos, consideram-se todas as preferências pessoais do autor, que vão, evidentemente, desde a preferência financeira (o pedido pecuniário) quanto a quaisquer outras que possam existir, das mais socialmente tidas como nobres, como a realização de “justiça” às mais comumente associadas a valores negativos, como a de “incomodar” o requerido com a demanda e a sensação de se sagrar vitorioso sobre ele. Este artigo não fará qualquer distinção de valor entre elas.

⁷ O^R_{max} representa a oferta máxima que o requerido está disposto a aceitar pagar ao autor. Os demais termos da fórmula se repetem na fórmula (1) e já foram explicitados. P_r é a estimativa subjetiva de vitória da tese autoral, ou seja, quão provável o réu estima sua própria derrota em juízo.

Por exemplo, qualquer coisa que reduza a oferta mínima do autor ou que majore a oferta máxima do réu, como um acréscimo das despesas de litigância em relação aos custos de acordo, reduzirão as chances de litigância (POSNER, 1973. p. 418).

Por outro lado, tudo que aumente a oferta mínima do autor ou reduza a oferta máxima do réu causará um acréscimo no volume de litigância. Por exemplo, uma majoração na percepção do autor de que ele possui chances de sair vitorioso na ação (acrécimo de P_a) ou no ganho a ser obtido (aumento de J) causariam tal efeito; igualmente um acréscimo nas percepções do réu ou um acréscimo nas perdas causadas ao requerido.

Como se verifica ainda, o modelo básico de POSNER leva em consideração, inicialmente, que as percepções entre autor e réu quanto ao resultado da lide são idênticas. Considera ainda que ambas as partes são neutras ao risco⁸. Pressupõe a adoção da dita regra americana de sucumbência, pela qual cada parte arca com os seus custos (de acordo e de litígio), bem como não leva em consideração qualquer divergência entre as partes e seus advogados (ignora problemas de agência). Enfim, desconsidera o fator tempo do litígio.

Tais pressupostos serão relaxados em modelos explanados mais adiante. Por hora, é o que basta.

Uma das principais questões de relevo para este trabalho no artigo do Professor da Universidade de Chicago diz respeito à própria decisão de litigar em si.

Seguindo a teoria da escolha racional – acerca da qual já se teceram os comentários necessários no capítulo anterior – o autor, antes de decidir pelo ajuizamento ou não de uma ação judicial, estima o ganho a ser obtido e a probabilidade de obtê-lo, atribuindo uma utilidade específica a cada potencial resultado que pode advir dessa decisão sob incerteza⁹.

Ontologicamente, sua decisão é idêntica, para todos os fins, àquela do indivíduo que busca um jogo de lançar uma moeda. As probabilidades e os ganhos potenciais (os *payoffs*) é que são passíveis de variação.

A questão é: ele jogará (*i.e.*, ele entrará com a ação)?

⁸ A incerteza faz parte da vida e, por isso, merece ser objeto de análise de qualquer decisão tomada sob sua ótica. A ciência econômica – e também a fórmula de POSNER, neste particular – se vale do conceito da utilidade esperada, proveniente das premissas fixadas por JOHN VON NEUMANN e OSKAR MORGENSTERN, para os quais as pessoas escolhem a alternativa que possui a maior *utilidade esperada* e sua teoria da maximização da utilidade, como afirma ROBERT FRANK, supõe a existência de uma função utilidade U que atribui um valor numérico à satisfação associada a diferentes resultados, tornando assim a utilidade esperada em uma decisão de incerteza como aquela de todos os possíveis resultados (FRANK, 2013. p. 180). Uma pessoa é considerada como neutra ao risco quando for indiferente a qual postura adotar em uma decisão sob incerteza na qual o valor esperado seja igual a zero (o chamado “jogo justo”). Em outras palavras, submetida a decidir se prefere ganhar R\$50,00 imediatamente ou jogar uma moeda e, em um resultado cara, ganhar R\$100,00 ou, em um resultado coroa, ganharia nada, uma pessoa considerada neutra ao risco seria absolutamente indiferente a qualquer uma das duas opções (ganhar o R\$50,00 com certeza ou ganhar com 50% de chance R\$100,00, o que matematicamente falando é igual a R\$50,00). Por outro lado, no magistério de HAL VARIAN, uma pessoa que seja *avessa ao risco* (o que é idêntico a se dizer que ela possui a esse respeito uma utilidade marginal decrescente para essa específica preferência) tem uma utilidade esperada maior no resultado certo do que na aposta, ao passo que a pessoa *propensa ao risco* atribui uma utilidade esperada maior no resultado apostado, na álea (VARIAN, 2016. p. 222-223).

⁹ Um dos pontos mais interessantes da visão da análise econômica do direito é que não se leva em consideração o Direito Positivo ou, melhor dizendo, a norma jurídica aplicável ao caso concreto como um dado, mas apenas, quase que de modo Bayesiano, como uma probabilidade. De fato, muito embora a força das instituições (inclusive, e talvez especialmente, das normativas), possua uma importância enorme para a decisão de litigar ou não – e mais adiante inclusive ver-se-á o papel do precedente – a norma jurídica possui mera influência probabilística na decisão da parte autora; a vontade de alterar o mundo dos fatos é que efetivamente move o seu comportamento para esse modelo, sendo o Direito Positivo apenas um dos fatores, ainda que o mais importante (ou não). Tal visão, apesar de se adequar muito bem à análise econômica do direito, não é exclusiva sua, e tampouco é puramente alienígena. É da pena do alagoano PONTES DE MIRANDA a lição de que no momento em que alguém se sente ferido em algum direito, o fato é puramente psicológico; a busca da tutela jurídica se dá não porque o peticionante tenha – e tampouco assim seria assumido – algum direito subjetivo qualquer perante outro ator social, mas apenas porque o cidadão declara essa pretensão perante o Estado-juíz (PONTES DE MIRANDA, 1970. p. 233-234).

E a resposta é: dependerá dos custos e ganhos decorrentes do ingresso de tal demanda¹⁰.

Por exemplo, suponha que Gollum deseje processar Bilbo em razão de ter sido fraudado em um jogo de adivinhas e perdido um precioso anel¹¹.

Após consulta a seu advogado, Grima, Gollum é informado de que suas probabilidades de êxito são de 60%, ao passo que, se ganhar, é plausível que ele espere um resultado de \$1000. Grima ainda lhe conta que os custos do processo serão de \$200. Suponha-se (ainda que irrealisticamente) que Gollum seja neutro ao risco nos assuntos relativos ao seu anel.

Gollum entraria com esta ação?

Provavelmente sim. Se Gollum entrar com a ação, existem dois possíveis resultados, uma vitória ou uma derrota. Com a probabilidade de 0.6, ele ganhará \$1000, ou seja, ele possui um ganho esperado de \$600¹². Com a probabilidade de 0.4, ele ganhará \$0¹³. Diminuindo-se o valor certo dos custos de litigância, vê-se que o resultado esperado do litígio será de \$400 (positivo)¹⁴.

Por outro lado, seu ganho certo se ele não litigar será de \$0.

Portanto, Gollum entrará com a ação se ele for neutro ao risco.

O artigo de POSNER permite a formalização desta análise, criando uma verdadeira fórmula de condição para a propositura da ação (*filing condition*), independentemente da própria existência e possibilidade de acordos:

$$(J \cdot P_a) - C_l > 0 \quad (3)^{15}$$

Essa inequação explicita que a ação somente será proposta se o valor esperado de seu ganho menos os seus custos for um valor positivo (*i.e.*, superior a zero)¹⁶.

Dito de outra maneira, é possível também dizer que a ação somente será proposta se e somente se os ganhos esperados forem superiores à perda certa (custos da ação), como se vê por esta solução da inequação:

$$JP_a > C_l \quad (4)$$

A outra questão do modelo primeiro de POSNER é a de que, como bem apontado por BRUCE HAY e KATHRYN SPIER, o acordo possui a vantagem de preservar as partes dos custos de litigar em juízo, os quais podem ser ou não substanciosos (HAY e SPIER, 1997).

O processo judicial pode envolver preços volumosos com advogados e taxas inúmeras, além é claro de ser altamente demorado. Qualquer acordo que resolva o caso gerará um excedente para as partes – na forma da economia de custos de litígio – que elas poderão dividir entre elas, na forma que o poder de barganha de cada qual permitir.

Conforme afirmado por STEVEN SHAVELL, “é claro que se o autor e o réu tiverem as

¹⁰ O modelo de decisão de litigância pode sim variar conforme o estado da ação. Por exemplo, os custos podem variar conforme a fase do procedimento (propositura, audiência de conciliação, audiência de instrução, sentença, recurso inominado e etc.). Inicialmente o modelo considerará que os acordos são realizados previamente à propositura da lide e os custos serão afundados (*sunk costs*) inteiramente no momento do ingresso e não por etapas (*lumpy costs*). Conforme se mostrar necessário, essas presunções poderão ser afastadas.

¹¹ Veja-se que, uma vez mais, a norma jurídica aplicável à espécie (*i.e.*, o fato de a pergunta “o que tenho em meus bolsos” ser ou não uma adivinha válida é irrelevante *a priori*).

¹² $0.6 \times 1000 = 600$.

¹³ $0.4 \times 0 = 0$.

¹⁴ $600 + (-200) = 400$.

¹⁵ O ganho a ser auferido pela ação (J) multiplicado pela probabilidade de tal ganho ocorrer (P_a), menos o custo do litígio (C_l) é maior que zero.

¹⁶ POSNER assume que em sendo iguais a zero a parte não ingressará com a ação, ou seja, na indiferença, haveria uma preferência marginal por não ajuizar a ação, pressuposto que se reputa, ao menos intuitivamente, adequado e, por isso, será adotado neste artigo.

mesmas crenças sobre o resultado do julgamento, então deveria existir sempre acordos mutuamente benéficos, porque eles conseguiriam escapar aos custos do julgamento pela transação” (SHAVELL, 2004. p. 402).

E mais, afirma o professor da Harvard Law School, que o acordo mútuo sempre será possível ressalvado que a estimativa das partes não divirja tanto que exceda a soma de seus custos no julgamento (SHAVELL, 2004. p. 403).

Relembrando o que se disse acima, um acordo ocorrerá se $O^R_{max} \geq O^A_{min}$, ou seja, se o máximo que o requerido estiver disposto a pagar for maior ou igual que o mínimo plausível de ser aceito pelo autor.

Assim:

$$[C_l + (J \cdot P_r)] - C_a > [(J \cdot P_a) - C_l] + C_a \quad (5)$$

Descrita esta inequação de outro modo¹⁷:

$$(P_a - P_r)J > 2(C_l - C_a) \quad (6)$$

Isso significa que, para que haja o litígio, a diferença de probabilidades de ocorrência do julgamento estimadas por autor e réu, multiplicada pelo valor do julgamento em si, deve ser superior a duas vezes a diferença de custos de litígio e de acordo. Do contrário, não satisfeita esta inequação, um acordo seria possível.

Em outras palavras, se as partes estimam em medidas semelhantes a probabilidade de êxito do pedido autoral, o valor do primeiro termo tende a zero (por exemplo, se o autor entende que possui 0.7 de chances de se sair vitorioso e o demandado uma probabilidade de 0.7 de se vir obrigado a pagar o valor do pedido, a operação de diminuição será de zero)¹⁸.

Em sendo assim, a ação judicial somente ocorrerá, por esse modelo inicial¹⁹, se e somente se as partes forem excessivamente otimistas a respeito do resultado do processo.

Dáí EDUARDO STORDEUR dizer que:

Isto mostra a importância de contar com doutrina estável que permita que as partes não sejam demasiadamente otimistas a respeito do resultado do pleito. Jurisprudência e doutrina estáveis permitem eliminar conflitos a menores custos, facilitando o acordo e poupando da sociedade e das partes os custos de litigar (STORDEUR, 2011. p. 379).

Portanto, vê-se que, em uma simetria de expectativas com relação ao resultado do julgamento de uma determinada ação, a auto composição seria sempre possível, pois permitiria a economia dos custos com o litígio na forma de um excedente a ser repartido entre as partes²⁰.

Em representação gráfica²¹:

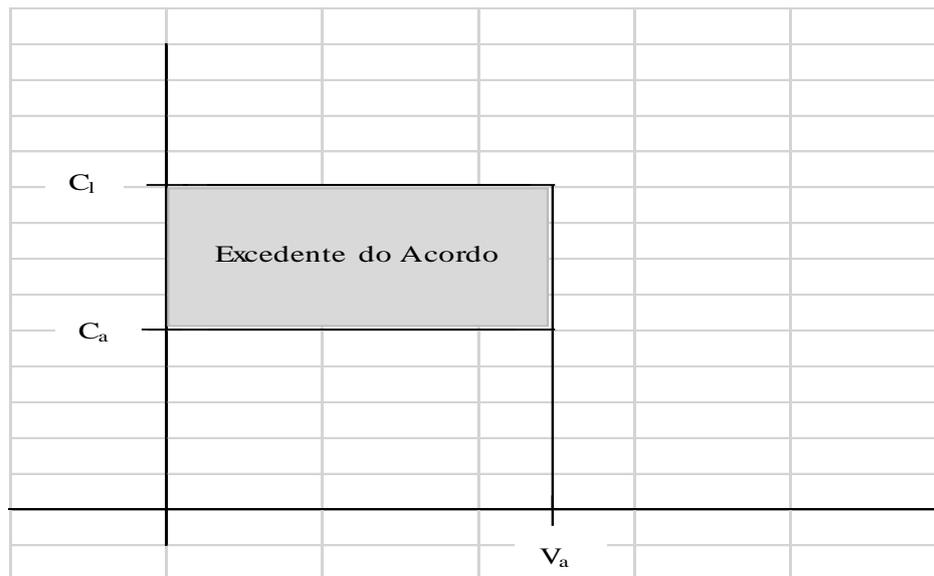
¹⁷ Igualmente é o modelo do próprio POSNER (POSNER, 2014. p. 522).

¹⁸ Os números constantes deste artigo e das situações que figuram como exemplo, salvo quando o contrário for expressamente dito no texto, são puramente ficcionais e arbitrários, visando compreender a ideia central do artigo e não refletir qualquer semelhança com dados concretos.

¹⁹ Como se disse acima, outros fatores podem influenciar diretamente nessa decisão, desde que alguns pressupostos do modelo inicial sejam relaxados.

²⁰ No limite, como afirmado por BONE, quando a divergência de expectativa fosse sensível e/ou as custas do litígio forem baixas, o excedente será igual a zero e as partes seriam indiferentes quanto a litigar ou transacionar a questão, porque cada opção lhes outorga o mesmo valor esperado (BONE, 2003. p. 75).

²¹ C_l representa o custo do litígio, C_a o custo do acordo e V_a o valor da ação como um todo.



Assim, se valendo do exemplo anterior, viu-se que o custo do litígio para a ação que Gollum entraria contra Bilbo era de \$200. Supondo que os custos de Bilbo em sua defesa sejam idênticos (também \$200). Recorde-se que o valor da demanda era de \$1000.

O valor esperado da litigância era de \$400 para Gollum. Ele não aceitaria qualquer proposta menor do que esse valor. Esse é o seu preço de reserva (*reservation price*)

O valor esperado da demanda para Bilbo, por outro lado, era de -\$800, exatamente em razão da simetria de opiniões²².

Ora, Gollum aceitará qualquer valor acima de \$400, pois já é acima do que é por ele esperado. Bilbo, por outro lado, aceitará pagar qualquer valor abaixo de \$800, pela mesma razão.

A diferença que possibilitará o acordo é *exatamente o valor combinado dos custos de litígio* no qual eles incorrerão acaso desejem ir a julgamento (\$400). Essa é a margem que eles possuem para, de acordo com o poder de barganha de cada qual, chegarem a um consenso, também chamada de ponto de divergência (*disagreement point*)²³.

Ainda que se considerasse neste exemplo a existência de um custo de acordo, o que é bastante crível, ele apenas reduziria a margem passível de composição mas, como também é crível admitir que os custos de acordo sejam *menores* que os custos da litigância, ainda que com uma margem menor, o acordo poderá acontecer, a depender da barganha a ser realizada²⁴.

²² Veja-se que o valor dos custos do processo (\$200) diminuem do valor a ser recebido por Gollum mas aumentaram o valor a ser pago por Bilbo na mesma medida.

²³ Destaca-se, todavia, que se as partes não buscarem recompensas exclusivamente pecuniárias, ou tiverem uma significativa preferência pelo seu “dia na corte” (o que pode ocorrer, *v.g.*, pela publicidade ou por uma questão subjetiva de justiça ou equidade), elas poderão não transacionar nas bases desse modelo positivo. Porém, acaso se considere dentro dos custos (C) e recompensas (J) todas essas questões, em que pese a possibilidade de acordo poder restar mais reduzida e a análise econômica positiva ter mais dificuldade de prever sua factibilidade ou não, ainda assim o modelo em questão se presta a tal observação (a respeito de acordos para questões não monetárias, *cf.* SHAVELL, 1993). Nesse trabalho, SHAVELL chega à conclusão de que apenas em situações, ainda que não monetárias, nas quais o objeto pretendido do litígio seja indivisível, como, por exemplo, a guarda unilateral de um filho, é que a auto composição nas bases desse modelo poderia ser realmente impossível.

²⁴ Frisa-se essa questão, para que não haja equívocos na transmissão da mensagem: esta modelagem apenas diz que *poderá* existir o acordo e jamais que o acordo efetivamente *ocorrerá*. O desenrolar da barganha pode alterar profundamente a possibilidade ou não de acordo pois, em um processo judicial, vê-se que a negociação de acordo ocorre em um esquema conceitual idêntico ao do *monopólio bilateral* e, por isso, sujeitando-se a toda a análise científica existente sobre essa situação. O monopólio bilateral, como afirmam VASCONCELLOS *et al*, é a forma de mercado em que um monopsonista (único comprador existente no mercado para certo bem), na compra de um insumo, se defronta com um monopolista (único vendedor existente no mercado para certo bem) na venda desse

Por isso, mantidas as demais variáveis constantes, a diferença entre os custos do litígio é exatamente o que permite a realização de acordos em detrimento do julgamento por autoridades judiciais, ou, nas palavras do próprio POSNER (POSNER, 2014. p. 781), a explicação intuitiva, especialmente quando se está diante de os ganhos de menor monta, tende a ser dominante a visão dos custos elevados da litigância na decisão de fazer o acordo²⁵.

Por outro lado, como afirmam COOTER e RUBINFELD, a frequência de acordos tende a aumentar conforme se aumenta a magnitude de tal excedente, existindo assim maiores plausibilidades de acordo quando a diferença entre os custos da auto composição e do litígio forem significativos, conforme os custos da negociação forem ainda menores ou se ambas as partes forem pessimistas²⁶.

Em adição a isso, uma vez que o julgamento em juízo é, inerentemente, incerto, por melhor que sejam as instituições jurídicas, o acordo se torna ainda mais atrativo se uma ou alguma das partes são avessas ao risco (HAY e SPIER, 1998. p. 442).

O terceiro artigo publicado que compõe o modelo básico da litigância é o chamado modelo de JOHN GOULD, datado de 1973 e endereça exatamente a esse problema do risco e a sua influência na seleção de casos que desaguam em litígio em relação aos que terminam em acordo (GOULD, 1973).

A principal proposição de Gould é a de que quando dois indivíduos avessos ao risco se envolvem em um conflito que possui um resultado incerto para ambos (v.g., um litígio), podem ambos ganhar simplesmente por eliminar a incerteza e firmarem um acordo em uma transferência de alocações de direitos sem riscos, aumentando as margens para a auto composição.

Conforme explanação de MILTON FRIEDMAN e L. J. SAVAGE, supondo-se um determinado indivíduo que possua uma renda R , da qual deriva uma utilidade representada pela função $U(R)$; sendo $U(R)$ a quantidade de utilidade extraída de sua renda e pressupondo-se que essa função seja ainda crescente (FRIEDMAN e SAVAGE, 1948).

Se esse indivíduo se depara com uma escolha entre duas rendas diferentes, uma sem incerteza, a qual se nomeia A , e a outra, com incerteza, a qual se nomeia B .

Na renda com incerteza (B), existe uma chance θ ($0 < \theta < 1$) de uma renda R_1 , ao passo que uma chance $(1 - \theta)$ de uma renda R_2 , sendo que, por simplicidade, R_2 será sempre maior que R_1 .

A renda certa (proveniente de A) será chamada de R_0 .

Ceteris paribus, a utilidade esperada de B será tal que

$$U(B) = \theta U(R_1) + (1 - \theta)U(R_2) \quad (7)$$

mesmo insumo (VASCONCELOS, *et al*, 2017. p. 711). Isso ocorre porque, em um certo processo judicial, somente um específico autor pode transacionar com um específico réu. Não há “no mercado” outros indivíduos capazes de celebrar o negócio jurídico capaz de pôr termo àquela ação judicial, podendo inclusive gerar um problema de desistência da barganha (*holdout problem*). ALAN DEVLIN informa que esse problema introduz uma série de custos de transação próprios à barganha necessária à formulação do acordo. Em que pese se reconheça que ambas as partes estariam melhor se negociassem previamente ao processo judicial – obtendo assim o excedente do acordo, como visto – não é irrisória a dificuldade de ambas de chegarem ao montante a ser apropriado por cada uma delas. No exemplo, muito embora Gollum e Bilbo possam saber, em um cenário de informação perfeita, que o excedente é igual a \$400, possivelmente Gollum e Bilbo desejarão se apropriar da inteireza desse excedente ou, ao menos, da maior parte possível, o que, em uma situação de monopólio bilateral, poderá até mesmo impedir o acordo (DEVLIN, 2014. p. 213).

²⁵ Inclusive, há quem afirme, como SPIER, que em determinadas situações, se os custos do litígio forem baixos o suficiente, algumas espécies de demanda *jamais* serão objeto de acordo e sempre irão a litígio (SPIER, 2007. p. 277). Mais sobre isso adiante.

²⁶ Os autores inclusive chegam a ser propositivos ao sugerirem políticas públicas que aumentem os custos da litigância, baixem os custos da negociação ou façam as partes pessimistas sobre o resultado da lide como forma de causar um aumento no índice de acordos (COOTER e RUBINFELD, 1989).

Portanto, esse determinado indivíduo preferiria a renda B se $U(B) > U(A)$ ou preferiria a renda A se $U(A) > U(B)$ e seria indiferente entre as rendas A e B se $U(B) = U(A)$.

Essa é a situação do indivíduo que seja neutro com relação ao risco. Desde que o valor atuarial seja idêntico (*i.e.*, que $R_0 = \theta R_1 + (1 - \theta)R_2$), tal indivíduo não possui qualquer postura diante do risco em si, ou seja, ao risco ele não atribui qualquer predicado, seja negativo ou positivo. Ele é *indiferente* ao risco.

Porém, supondo-se que esse indivíduo seja avesso ao risco, entenderá ele que, sob o mesmo pressuposto (idêntico valor atuarial), que $U(A) > U(B)$ e, verdadeiramente, ele estaria disposto a pagar um equivalente em renda a $U(A) - U(B)$, apenas para extirpar a incerteza, sendo essa a medida de desutilidade que ele atribuiria a um determinado risco.

Tais noções foram aplicadas aos modelos de LANDES e POSNER por GOULD e, pelo formato mais simples, criou-se um “fator de risco”, diga-se, r (sendo que, no caso da parte autora de uma ação judicial, $0 < r < 1$ se avessa ao risco ou $r > 1$ em caso de propensão ao risco. O inverso se aplica à parte ré²⁷), incidente sobre o ganho ou a perda em decorrência da ação, obtido através da diminuição de utilidades entre a maior e a menor decorrente das opções disponíveis ao indivíduo.

Por exemplo, descrevendo-se a equação (3), que trata das condições para o ajuizamento da ação, com a aplicação do fator de risco, ter-se-ia:

$$(J \cdot r \cdot P_a) - C_l > 0 \quad (8)$$

Veja-se que o efeito do risco é exatamente o de, em termos práticos, aumentar o ganho *efetivo* com o processo judicial, para aquelas partes que possuem de fato uma propensão ao risco e diminuir o ganho *efetivo* da mesma lide para as partes que possuem uma aversão ao risco.

O mesmo se aplica ao lado do requerido, mas como perda *efetiva*, reduzindo sua desutilidade (ou seja, minorando sua possível derrota) em caso de preferência ao risco e aumentando-a (ou seja, majorando sua possível derrota) em caso de aversão ao risco.

Um exemplo se faz necessário.

Visando não cansar o leitor, trocar-se-á a situação; simplesmente se assuma que o anel de Gollum tenha sido destruído por um incauto sobrinho de Bilbo, gerando a perda do objeto da querela.

Harry é um piloto de vassouras mágicas bastante confiante em sua habilidade. Porém, em um dado momento, agindo de maneira imprudente, abalroou pela traseira a vassoura voadora pilotada pelo lento e cauteloso Ron, causando \$1000 de danos.

Ron procura Hermione, sua advogada, a qual, estudiosa e conhecedora das normas jurídicas que vigem a respeito da matéria em Hogwarts, indica com certeza que a probabilidade de êxito de uma demanda de Ron contra Harry seria de 70% (0.7); nesse caso, dizendo ainda que os custos do litígio seriam de \$100.

Supondo-se cenário de informação perfeita, no caso concreto, seria racional Ron ingressar com essa ação contra Harry?

²⁷ Isso se dá exclusivamente em razão da formatação matemática do modelo de litigância aqui adotado. Ora, tanto no caso de autor como no caso de réu, optou-se por consolidar “ r ” como um multiplicador da recompensa do julgamento (J). Nesse diapasão, uma vez que se considerou que uma aversão ao risco, para o autor, diminui o valor do julgamento em caso de litígio e, em um caso de propensão ao risco, o aumenta, “ r ” deverá ser menor que 1 para refletir o primeiro cenário e maior que 1 para refletir o segundo, a fim de reduzir J , no caso inicial e ampliar J no segundo caso. Para o requerido, ao revés, que não enxerga J como sua “recompensa”, mas sim como um prejuízo a ser resultante do litígio, a preferência ao risco deve possuir o condão de diminuir a desutilidade resultante do litígio, ao passo que a aversão ao risco deverá aumentar a desutilidade resultante do litígio, de maneira que “ r ” assim deverá ser menor do que 1 no primeiro caso e, conseqüentemente, maior do que 1 no segundo.

Saturando as variáveis da inequação (3), vê-se que sim.

J seria \$1000, ao passo que P_a seria igual a 0.7. O valor esperado do pedido seria de \$700. Os custos do litígio são certos de \$100, de maneira que o valor esperado do litígio será de \$600, maior que zero, portanto.

Ocorre que Ron é extremamente avesso ao risco e Harry sabe disso. Conhecendo Ron há vários anos, Harry estima, com acerto (*i.e.*, informação perfeita), que a utilidade que Ron outorgaria à renda incerta de \$600, diga-se, seria 10% menor (estima, portanto, um fator de risco de 0.1).

Diante disso, em uma situação na qual Ron seja neutro ao risco, considerando-se a simetria expectativas em decorrência do litígio, a igualdade de custos entre ambas as partes e a irrelevância de custos para o acordo, vê-se que a margem de acordo seria de \$200²⁸.

Veja-se que, aplicando-se o fato de risco r aos ganhos a serem obtidos por Ron, sendo que r , por ser ele avesso ao risco, é um número maior que zero e menor que 1, gera um hiato ainda maior entre O^R_{max} e O^A_{min} , pois a *utilidade* em decorrência do litígio, pela presença de incerteza, é menor para uma das partes (a avessa ao risco) do que para a outra (neutra ao risco).

Na situação do exemplo, o que ocorre é que Ron, dada sua aversão ao risco, aceitaria em um acordo – por extrair o risco da situação – um valor menor do que o esperado para a demanda, pagando um verdadeiro *prêmio* pela certeza.

Saturando a fórmula (8) em cotejo com a fórmula (5), novamente retirando-se os custos referentes ao acordo em si, vê-se que Harry, neutro ao risco, continuaria disposto a pagar até \$800 para compor a lide e Ron, por outro lado, avesso ao risco, aceitaria receber, em caráter de acordo, \$540 (em razão do fator de desconto de risco de 0.1).

Ou seja, a margem de acordo que era de \$200 (duas vezes os custos do litígio) subiu para \$260, exatamente o percentual que aversão ao risco da parte que ostenta esse comportamento, aumentando as possibilidades de pactuação entre autor e réu.

Portanto, verifica-se que a aversão ao risco – e esse foi um dos principais achados de Gould – possui o efeito de facilitar a realização de composições consensuais, de maneira que em uma situação de litígio em que uma ou ambas as partes possuam esse viés, é possível prever uma margem de pactuação maior do que se ignorada essa possibilidade.

3. QUADROS ALTERNATIVOS.

Como se verifica acima, o modelo inicial de “Landes-Posner-Gould” possibilitou a extração de três elementos que interessam diretamente a este artigo, a saber, a condição inicial pela qual uma ação pode ser proposta, a condição pela qual um acordo pode ser realizado e a influência do comportamento diante do risco de por parte de autor e réu.

Todavia, o profícuo trabalho da análise econômica do direito, em especial em solo americano e europeu, trouxera à luz uma série de outras questões, seja agregando-se ao modelo inicial ou então ao menos relaxando presunções iniciais do paradigma dos modelos da década de 70 do século passado.

A ciência do direito, neste particular, tratou amplamente do tema e não é a pretensão deste trabalho ser exauriente a respeito de todas as modelagens realizadas pelos cientistas.

Seu escopo será apenas o de trazer um número específico de quadros alternativos que se mostrem essenciais para a modelagem que se pretende realizar e para a compreensão da problemática exatamente no padrão brasileiro de litigância e, em especial, para um ambiente

²⁸ Lembrando a inequação n.º (5), retirando-se os custos de acordo, vê-se que: $[C_l + (J \cdot P_r)] > [(J \cdot P_a) - C_l]$. Saturando as variáveis, ter-se-ia, do lado do réu, Harry, \$800 como a perda esperada em caso de litígio e, no caso do autor, Ron, um ganho esperado de \$600. Uma vez que \$800 é maior que \$600, decorrente da simetria de expectativas e custos, o acordo é possível e sua margem é exatamente igual aos custos somados que ambas as partes incorreriam na eventualidade do litígio.

muito específico de demandas, que é o escopo dos juizados especiais cíveis.

E mais, não se ingressará demasiadamente no mérito das ações que são levadas aos juizados pois, como se viu desde a introdução, o objetivo do artigo não é analisar qualitativamente os casos que são trazidos a esse ramo do Poder Judiciário, mas sim o de ver como a gratuidade de acesso pode influenciar na litigância.

Por essa razão, apenas algumas das muitas contribuições analíticas serão postas em consideração. Pede-se desde já, por isso, escusas ao leitor.

3.1. PROBLEMAS DE BARGANHA (*HARD BARGAINING*).

O modelo básico de litigância assume um comportamento não estratégico dos litigantes. Ou seja, a pressuposição é a de que, existindo um excedente decorrente da simetria de informações e dos custos do litígio serem superiores aos custos do acordo, as partes podem transacionar a lide.

Entretanto, existe, como já apontado, um problema não resolvido por esse modelo inicial: o da distribuição do excedente.

Uma vez que a situação em testilha se parece com um monopólio bilateral, em que apenas o autor pode vender sua alocação de direitos (monopólio) e apenas o réu pode comprá-lo (monopsônio), ainda que ambas as partes sejam plenamente racionais, é possível que, apesar da existência de um excedente a ser capturado, ambas demandem uma das outras concessões cada vez maiores, na esperança de que a outra aceite.

Evidentemente, isso poderá gerar que a outra parte simplesmente adote uma estratégia de endurecer ainda mais a barganha em resposta, o que pode tornar extremamente difícil que a composição ocorra, mesmo diante do excedente, e um julgamento seja necessário, ainda que ineficiente para todos.

Uma das formas de analisar positivamente essa questão é através do *Problema do Dilema do Prisioneiro*.

O dilema do prisioneiro é um jogo de duas pessoas de soma não-zero, originalmente apresentado por A. W. TUCKER, conforme noticia MORTON DAVIS, o qual possibilita a ilustração do problema de uma barganha endurecida pelo comportamento estratégico (DAVIS, 1973. p. 106).

Seu elemento essencial é que dois sujeitos são colocados em uma situação na qual eles possuem duas escolhas, “cooperar” ou “não cooperar”. Quando ambos cooperam, cada um deles consegue um melhor resultado do que quando nenhum deles coopera. Ocorre que, para qualquer estratégia que seja empregada por um dos jogadores, o outro sempre conseguirá um melhor resultado para si se não cooperar do que cooperando.

Um último detalhe, que é de suma importância, esses jogadores somente participarão de uma única rodada desse jogo.

Um exemplo norteará a explanação, já aplicada à barganha do processo judicial.

Catelyn busca ingressar com uma demanda contra Walder, proprietário de um imóvel rural, em razão de uma alegada servidão de passagem²⁹. Catelyn possui 60% (0.6) de chance de ser bem-sucedida em seu pedido, com uma expectativa de ganho de \$10.000. O custo da litigância, para cada, será de \$1.000. Assume-se que os custos da negociação em si são iguais a zero e que os custos de propositura da ação igualmente são zero.

Iniciadas as negociações na sala de conciliações, diga-se, do juizado especial cível de Travessia, ambas as partes possuem como opções adotar uma estratégia leve ou dura no que tange às negociações.

Se ambas as partes adotam uma estratégia leve, o acordo acontece e elas igualmente

²⁹ Crédito desse exemplo aos professores Cristiano de Carvalho e Hermes Zanetti.

dividem o custo da litigância. Catelyn ganharia \$6.000 e Walder pagaria \$6.000.

Por outro lado, se Catelyn endurecer a estratégia e Walder mantiver uma estratégia leve de negociação, Catelyn conseguirá, ao invés de metade, três quartos (75%) do excedente do acordo. Assim, Catelyn receberia de Walder a quantia de \$7.000. O contrário também seria verdadeiro e Walder pagaria a Catelyn apenas o valor de \$5.000.

Na eventualidade de ambos endurecerem suas estratégias, diga-se que o acordo só teria 60% de chance de acontecer e, quando ocorresse, as partes dividiriam igualmente o excedente, de modo que o resultado esperado da demanda (esperado pois o acordo agora é uma mera expectativa) seria de Catelyn recebendo uma quantia estimada de \$5.200 e Walder dispendendo um total de \$6.800.

Esses resultados podem ser sintetizados em uma *matriz de pagamentos* da seguinte forma:

		Walder	
		Estratégia dura	Estratégia leve
Catelyn	Estratégia dura	\$5.200 -\$6.800	\$7.000 -\$7.000
	Estratégia leve	\$5.000 -\$5.000	\$6.000 -\$6.000

Uma vez que posta dessa forma, é bastante claro verificar que, para qualquer estratégia adotada por Walder, Catelyn estará em melhor situação se adotar uma estratégia dura. O reverso também é verdadeiro.

Se adotar uma estratégia dura, Catelyn ganhará \$7.000 se Walder adotar uma estratégia leve, ao passo que receberá \$5.200 ainda que Walder também endureça sua estratégia. Porém, se Catelyn mantiver uma estratégia leve, ela poderá sim ganhar \$6.000, mas também correrá o risco de ganhar menos do que ganharia de outro modo (\$5.000), caso Walder endureça sua estratégia enquanto ela estiver se valendo de uma estratégia leve de negociação.

O grande problema aqui é que não há modos, pelo desenho da barganha, de as partes se outorgarem confiança mútua de que ambas agirão com vistas à cooperação (talvez um “auspicioso” casamento entre as famílias resolveria o problema, mas isso foge ao escopo do exemplo...).

A assimetria de informações é grande demais para isso, de maneira que em um ambiente de ampla possibilidade de acordo, exclusivamente por essa divergência de expectativas, poderia ver obstada a realização de um acordo ainda que se tenha como pressuposto da análise uma postura completamente racional.

A literatura, apesar de ainda não estar em seu grau desejado de desenvolvimento acerca da matéria, como afirma JOEL WALDFOGEL, possui um relativo consenso sobre o fato de que os casos que efetivamente vão a julgamento não são uma amostra randômica dos casos efetivamente submetidos a julgamento; o dissenso reside exatamente em qual o método (ou até mesmo os métodos) pelo qual é escolhido quais casos vão a julgamento e quais são objeto de acordos (WALDFOGEL, 1998. p. 424).

O modelo mais conhecido é o chamado modelo de PRIEST-KLEIN, produzido em meados de 1984 pelos autores que emprestaram a ele seu nome (PRIEST e KLEIN, 1984).

Esse modelo possui por característica principal o posicionar das partes em ambiente de informação imperfeita, o que causa uma estimativa equivocada do valor da litigância. Os casos que efetivamente não são objeto de acordo são aqueles que o autor sobrestima e/ou o réu subestima o valor esperado da litigância em caso de julgamento.

Todavia, como noticiam LOEWENSTEIN *et al*, mais recentemente, uma significativa quantidade de experimentos vem demonstrando que a maioria das pessoas possui fortes preferências com respeito ao que entendem por “justiça”, muito embora o grau de preferência varie conforme as importâncias pecuniárias que se encontram em disputa e, acima de tudo, a visão de “justiça” tende a ser enviesada de uma forma auto interessada (LOEWENSTEIN *et al*, 1993. p. 137-139).

Em um como em outro caso, o efeito seria semelhante: a amostra de casos que vão a julgamento não é meramente randômica e o dissenso entre as partes não seria acidental ou aleatório.

Sem embargo, como apontado por BAIRD, GERTNER e PICKER, outro ponto a ser colocado em observação é o fato de que em algumas situações os indivíduos são chamados a realizar repetidas “jogadas” uns com os outros, de maneira que eles precisam levar em consideração o fato de que as decisões que eles tomam em uma rodada poderá afetar o que acontece nas rodadas sucessivas (BAIRD; GERTNER e PICKER, 1995. p. 159).

É aí que a reputação entra em campo.

Por exemplo, imagine-se no exemplo anterior, entre Catelyn e Walder. Acaso houvesse a possibilidade de um número n de ações que eles enfrentariam em decorrência do condomínio e que o número de ações exata fosse deles desconhecido. Ou seja, nenhum deles saberia qual seria a última vez que se veriam frente a frente no processo judicial.

Nesta circunstância, seria bem plausível entender que ambas as partes criariam mecanismos para assegurar a confiabilidade um do outro no sentido de um cometimento mútuo a estratégias leves de negociação, a fim de que possam, ao longo de n querelas, encontrarem-se ao final em situação melhor (os ganhos são maiores) do que se tivessem mantido a estratégia amplamente dominante que prevaleceria em uma só ação.

Por outro lado, quando só uma das partes enfrentará uma mesma ação por um número sucessivo de vezes – por exemplo, como ocorre frequentemente com as chamadas ações de massa, em que uma das partes, normalmente a parte ré, é processada diversas vezes por autores diferentes – é bastante plausível que ela busque criar uma reputação de uma negociadora dura, a fim de que ela possa evitar demandas frívolas (vide abaixo) ou ainda forçar para baixo acordos contra partes autoras com alta aversão ao risco (vide acima).

De uma forma ou de outra, a possibilidade de que uma das partes tenha ônus reputacionais sobre uma determinada ação causa influência sobre o objeto do julgamento (a variável J da fórmula n.º 3).

Analisando empiricamente a questão, GROSS e SYVERUD chegaram à conclusão, por exemplo, de que em processos de responsabilidade civil médica, usualmente o requerido (o médico processado por ter, em tese, agido culposamente em sua profissão) se nega completamente a oferecer qualquer proposta em acordo, insistindo no julgamento da demanda para que o profissional possa receber um “atestado de competência” do Poder Judiciário, não pairando riscos sobre sua reputação (GROSS e SYVERUD, 1991. p. 378).

Como afirma POSNER, se uma das partes cogita futuros benefícios de ganhar a ação em escopo, J para essa parte será, de fato, apenas o início de uma linha de benefícios. O acordo pode ser impossível, assim, se uma das partes, com o olhar para futuras disputas com outras partes, necessita levar o caso a julgamento – para formação do precedente, que não existe na hipótese de acordo – ou então criar uma reputação de negociadora dura (POSNER, 2014. p. 782).

3.2. EXPECTATIVAS DIVERGENTES, OTIMISMO MÚTUO E O VALOR DO PRECEDENTE ENQUANTO CAPITAL JURÍDICO.

Outro fator apontado como determinante para a ausência de composição e fomentação

à litigância são as expectativas divergentes entre as partes do litígio.

Como se verifica a inequação (8), acima, a fim de que haja a possibilidade de composição consensual da lide, ou mesmo o seu não ajuizamento, é necessário que o valor máximo de oferta do requerido seja maior ou, no limite, igual ao valor mínimo de aceite do requerente (no equilíbrio, como visto, presume-se que seja melhor autocompor a demanda a litigá-la).

Para ambas as partes, os fatores relevantes no achado desses limites – valor máximo de oferta e valor mínimo de aceite – são basicamente os mesmos: custos do litígio, custos do acordo, objeto do pedido (ganho ou perda, a depender de se tratar de autor ou réu), o fator de preferência, aversão ou neutralidade ao risco e, enfim, a estimativa de que o ganho ou a perda se concretize.

Até agora, ressalvada a questão do risco, em que se admitiu a presença de assimetria entre as partes envolvidas no conflito, o modelo básico não trouxe qualquer indicativo de diferença entre elas.

Em especial, assumiu até então – ainda que irrealisticamente, mas certamente com efeitos claros sobre a elegância do modelo – que ambas possuem *informação perfeita* acerca da chance de se sagrarem vencedoras ou perdedoras do conflito que se desenrola. Tanto é assim, por exemplo, que tanto no exemplo de Bilbo e Gollum quanto no de Harry e Ron, a parte autora estimava a chance de ganhar com *idêntica* probabilidade que a parte ré estimava sua chance de perder.

O efeito prático da divergência de estimativas pode ser ilustrado com outro exemplo e o uso da inequação (5), pois consideraremos, por simplicidade, que as partes são neutras ao risco.

Suponha-se que Shylock, um empreendedor autônomo das finanças, e Antônio, um comerciante, realizam um contrato, no qual o primeiro se obriga a entregar uma quantia ao segundo mediante pagamento futuro. Na data apazada, Antônio afirma que nada deve ao primeiro, alegando uma série de argumentos fáticos e jurídicos.

Shylock consulta seus advogados que dizem a ele ser esta uma “ação ganha” pois o “direito está do seu lado” e o contrato, perfeitamente escrito. Antônio, por sua vez, que já havia se consultado com especialistas em contratos de crédito, também está otimista quanto ao resultado. Shylock e Antônio estimam, para si próprios, uma chance de vitória de 95% ou, em outras palavras, só um milagre os faria perder o caso.

Ambos possuem informação perfeita acerca do valor do conflito, suponha-se, \$100. Os custos do processo são de \$10 para ambas as partes. Os custos do acordo, assumam-se, são irrelevantes.

Relembrando-se, somente poderá haver acordo se a oferta máxima do réu (maior valor que o demandado está disposto a oferecer) for maior que a oferta mínima do autor (o menor valor que o requerente está disposto a aceitar).

A inequação (5) prevê que: $[C_l + (J \cdot P_r)] - C_a > [(J \cdot P_a) - C_l] + C_a$.

Saturando-se as variáveis para o exemplo hipotético, vê-se que a oferta máxima do réu (primeiro membro da inequação) é igual a \$15³⁰, ao passo que a oferta mínima do autor (o segundo membro) é igual a \$85³¹. Ou seja, em sendo falso que 15 seja maior que 85, a inequação não está satisfeita e, por isso, esse é um cenário de impossibilidade de acordo.

Como se verifica do exemplo, quão maior a divergência de expectativas, menor é a possibilidade de que haja um cenário plausível de autocomposição, sendo certo que, se tal divergência for por demais significativa, como na situação hipotética acima indicada, o acordo pode se tornar absolutamente impossível.

Relevante destacar, *v.g.*, que a divergência de estimativas pode recair ainda sobre o

³⁰ $10 + (100 \times 0,05) - 0 = 15$.

³¹ $(100 \times 0,95) - 10 - 0 = 85$.

próprio valor do litígio.

No conflito de interesses, pode ser que o autor estime que exista uma dada probabilidade de êxito de um certo valor e uma probabilidade remanescente do êxito de um outro valor, ou ainda de uma somatória de probabilidades para uma série de valores, como ocorre nas situações de dano moral, em que, a partir de um valor máximo (atualmente representado pelo pedido autoral, na forma do art. 292, inciso V do CPC), as partes assinalariam probabilidades estimadas para cada valor subsequente.

Acaso assim se considerasse, haveria um complicador para a inequação, que passaria a contar com a soma de valores esperados³² ou ainda o somatório de uma sequência de probabilidades assinaladas para cada valor possível do litígio³³.

Uma vez que o objetivo deste artigo é, com a menor quantidade de entidades e complexidades possíveis, apresentar o modo como se dá a decisão de litigar nos juizados especiais cíveis, essas duas situações não serão adotadas doravante e o valor do litígio terá sempre uma probabilidade igual a 1.

A temática das expectativas divergentes se presta, portanto, exatamente para relaxar a suposição de igualdade de estimativas, acrescentando uma complexidade ao modelo básico que se parece extremamente relevante para captar a realidade dos conflitos solucionados à sombra do Direito.

A grande questão a ser respondida é o porquê de as partes possuírem essas divergentes estimativas, mormente em razão de que, quando confrontadas com a parte adversária, a teoria da escolha racional sugeriria que ambos os lados do conflito readequariam suas estimativas ao contato com a outra, conforme afirma ROBERT J. AUMANN (AUMANN, 1976. p. 1238).

A primeira – e mais clássica – hipótese foi levantada por LUCIAN ARYE BEBCHUK, e é a de que partes possuem informações diferentes acerca do resultado do caso em disputa. Dito de outro modo, autor e réu possuem informações privadas acerca da gravidade dos danos sofridos (ou causados) ou então acerca do seu grau (ou ausência de) culpa pela prática do ato.

O raciocínio é simples, mas bastante firme, e o ponto central da tese de BEBCHUK é a de que, na presença de informação assimétrica entre as partes, existe uma probabilidade positiva de que o caso poderá fracassar a ser solucionado em um acordo.

O modelo formulado pelo autor (BEBCHUK, 1984. p. 406) partiu do pressuposto de que o requerente possuía uma informação privilegiada acerca da sua chance de se sagrar vencedor no conflito e que, por exemplo, os autores de ações poderiam se dividir em dois grupos, aqueles com uma demanda “forte” ou “fraca”, igualmente distribuídos no universo de autores.

O réu não sabe se o autor do processo em questão possui uma demanda “forte” ou “fraca”, mas sabe a distribuição de tipos de demanda.

Nessa situação, as demandas “fortes” jamais serão objeto de acordo, segundo o modelo de BEBCHUK, uma vez que, não sabendo o requerido se o autor em sua frente possui uma demanda “forte” ou “fraca”, se ele oferecesse o valor mínimo de aceitação de uma demanda “forte” a todo o tempo, ele se veria não só arcando com custos desnecessários provenientes das demandas “fracas” como também estimularia – acaso pudesse haver a repetição de casos similares – uma multiplicação de litígios contra si³⁴.

³² $\{C_i + [(J \cdot \theta P_r) + (J \cdot 1 - \theta P_r)]\} - C_a > \{C_i + [(J \cdot \partial P_a) + (J \cdot 1 - \partial P_a)]\} + C_a$, onde θ seria a probabilidade que uma das partes assinala e ∂ a assinalada pela outra.

³³ $[C_i + (\sum_{k=0}^n \theta k)] - C_a > [(\sum_{z=0}^n \partial z) - C_i] + C_a$, onde, por simplicidade, θ e ∂ seriam multiplicadores fixos de probabilidades que uma das partes assinala a cada valor imaginado para, por exemplo, eventuais danos morais, onde k e z seriam os menores valores (o zero representando a vitória total ou a derrota completa na ação) e n a importância financeira do pedido quantificada no valor da causa.

³⁴ Colocando em termos numéricos, supondo-se que uma demanda forte possua um valor esperado de \$150 e, por outro lado, uma demanda fraca possua um valor esperado de \$75. Os custos do litígio são de \$15. Assuma-se que os custos de acordo são iguais a zero. Um autor com demanda fraca aceitará de bom grado uma oferta de ao menos

Portanto, a existência de informação privada, assimétrica, é uma das causas reconhecidas pela literatura para a divergência de estimativas entre as partes e também da falha de algumas demandas de se submeterem à autocomposição.

Outra questão relativa à divergência de expectativas se dá quando uma das partes é *excessivamente otimista* para com o resultado da lide, ou seja, acredita – irrealisticamente de acordo com as decisões proferidas pelos tribunais em casos semelhantes ao seu – que se sagrará vitoriosa em uma chance superior à realidade.

Quando isso ocorre, pode não existir qualquer ponto de acordo que satisfaça às expectativas inflacionadas das partes, ou seja, não há acordo possível que ambas as partes concordem, como afirma MUHAMET YILDIZ (YILDIZ, 2011).

Interessante verificar que existe significativa evidência empírica de que exista, de fato, um excesso de otimismo em todas as pessoas, incluindo-se negociadores bastante experimentados.

Conforme conhecida passagem de NEIL D. WEINSTEIN, de acordo com uma crença popular, as pessoas tendem a pensar serem invulneráveis. Elas esperam que outras pessoas sejam vítimas de infortúnios, não a si próprias. Essas ideias implicam não só uma visão esperançosa da vida, mas um erro de julgamento que pode ser denominado de *otimismo não realista* (WEINSTEIN, 1980. p. 806).

Por exemplo, nos estudos levados a termo no artigo acima citado, WEINSTEIN verificou que estudantes tendiam a acreditar que eles são mais propensos que seus pares a experimentar eventos positivos e menos propensos a negativos eventos, sendo que, mesmo confrontados com informações acerca dos atributos e ações de outros, esse otimismo era reduzido mas não eliminado em definitivo.

As razões de tal otimismo são apontadas como as mais variadas.

Por exemplo, no trabalho de LOEWENSTEIN *et al*, já citado, fora apontada a existência de um viés sistemático e, mais ainda, com vistas à autossatisfação (*self-serving*) no sentido de um excesso de otimismo pelas pessoas em um conflito de interesses no momento de estimarem as probabilidades de seu êxito.

O próprio LOEWENSTEIN, em outro trabalho, verificou em uma análise experimental que tais vieses não são eliminados por incentivos decorrentes de uma estimativa mais acurada ou pelo fornecimento de informações mais abalizadas acerca do caso (LOEWENSTEIN, 1989. p. 1246-1247).

As chamadas estimativas egocêntricas podem vir da motivação de se sentir bem consigo mesmo ou em decorrência de um resquício decorrente da formação histórica do processo cognitivo humano. Não há qualquer consenso sobre a questão e a matéria ainda se encontra em debate pela ciência.

Não obstante, ROBERT H. MNOOKIN, em outro trabalho de referência sobre o tema (MNOOKIN, 1993. p. 243), menciona que tal divergência de expectativas poderia se dar em razão da forma pela qual a mente humana processa informação, lida com os riscos e incertezas e faz inferências e julgamentos, mencionando em especial os vieses relativos a aversão à perda (*loss aversion*) e aos efeitos de modulação (*framing effects*).

No primeiro caso, a fim de se evitar uma *perda certa*, muitas pessoas irão apostar, mesmo que a *perda esperada* (o valor atuarial, ou seja, a perda em questão multiplicada pela probabilidade de sua ocorrência) seja maior, raciocínio esse que não se repete nas situações em que haveria uma situação de ganho (*i.e.*, as pessoas prefeririam um ganho certo).

\$75, ao passo que um autor de demanda forte recusará qualquer oferta inferior a \$150. Não sabendo o réu qual é o tipo de autor, a única oferta “garantida” de acordo será de \$150. Contudo, o réu estará melhor se ele sempre oferecer \$75. Isso porque o custo esperado de fazer uma oferta alta será de \$150 (o autor da ação com toda certeza – *i.e.*, probabilidade igual a 1 – aceitará a proposta); por outro lado, o custo esperado de fazer uma oferta menor será igual a $(0.5 \times \$165 + 0.5 \times 75)$ \$120, uma vez que o autor aceitará apenas se possuir uma demanda fraca.

No caso dos conflitos de interesse, como ocorre em um litígio, segundo MNOOKIN, é possível que uma ou ambas as partes, impingidas por essa *aversão à perda*, preferiram permanecer em disputa na esperança de que elas possam evitar quaisquer perdas, mesmo que a continuação da disputa envolva uma aposta na qual a perda venha a ser significativamente superior.

Por outro lado, umbilicalmente ligada a esta questão, existem os chamados efeitos de modulação, isto é, quando uma situação é modulada (*framed*) pela mente humana como uma perda ou um ganho, e de que natureza, dependendo dos pontos de referência (pontos esses que, inclusive, podem ser manipuláveis).

Quando ligada à questão da aversão à perda, é possível visualizar que uma situação de acordo em que a parte module como uma “perda” poderá ser negada ainda que as inequações acima indicassem uma possibilidade evidente de uma composição consensual do conflito, ao passo que uma modulação de “ganho” poderá militar em sentido contrário.

Dessa forma, o otimismo, sob a ótica da modulação da decisão pela mente humana, poderá interferir diretamente sobre as possibilidades ou não de composição consensual do litígio.

Todavia, apesar dos aportes importantes da economia comportamental – de tamanha importância que sua pontuação se mostrou essencial neste tópico – este artigo se limitará, por exclusiva opção metodológica, à adoção da escolha racional nos moldes tradicionais³⁵.

Por fim, uma terceira questão referente à dissonância de expectativas em um conflito de interesses à luz do Direito é exatamente a *instabilidade jurídica*.

Como é cediço e já há muito é falado pela doutrina, a segurança jurídica é um valor do Direito.

De fato, no mundo fenomênico, especialmente na antiguidade, em que o homem se encontrava em total situação de submissão às forças da natureza, a existência de um âmbito de segurança diante do mundo natural, em que as relações de causa e efeito eram muito menos compreendidas do que hoje, a presença do Direito deve ter sido um apanágio para aquelas civilizações iniciais, pois, se da natureza estavam ao alvedrio de deuses e demônios, ao menos as relações animadas pelo Direito lhes poderia dotar de alguma previsibilidade.

Um dos atributos de maior importância para um sistema de direito positivo, como já verificado em diversos momentos pela literatura especializada, em especial no princípio da década de 90 do século passado, é exatamente a previsibilidade das “regras do jogo”, retratada para a linguagem do cientista do direito como o *princípio da segurança jurídica*, que nada mais é, para os limites desse trabalho, do que a presença de um arcabouço informacional prévio capaz de nivelar as expectativas dos atores sociais.

Como afirmam SHERWOOD, SHEPHERD e SOUZA, um modelo que possibilite um efetivo sistema de decisão judicial é requisito para que se crie e se sustente um mercado aberto – com a geração de bem-estar daí advinda – sendo que, para isso, dentre outros fatores, é necessário que o resultado das disputas sejam razoavelmente previsível.

Como asseveram os autores, “[...] decisões irracionais ou decisões influenciadas por considerações não judiciais devem ser evitadas. Se decisões totalmente decorrentes de caprichos são proferidas, isso até provê uma previsibilidade de algum modo, mas o

³⁵ Por exemplo, na situação em referência, a teoria da escolha racional traz para a modulação da decisão de litigar essa diferença de visões sob a ótica de “ganhos” ou “perdas” exclusivamente como uma questão de preferências, que se aloca perfeitamente à teoria. Explica-se. O termo *J* das inequações, representando os ganhos do litígio para o autor e as perdas para o réu não são estritamente financeiros, como já reiteradamente dito alhures. São também de cunho reputacional, emocional e de uma infinidade de outras preferências passíveis de eleição pelos indivíduos. Verificada que determinada decisão é modulada pela mente dos indivíduos de maneira sistemática como uma “perda”, por exemplo, para a teoria tradicional, basta admitir esse aporte empírico da economia comportamental para se agregar que há no caso concreto para determinada parte um revés maior do que a sorte da outra e assim, de igual modo, se valer das modulações já elaboradas. É assim que este trabalho fará.

planejamento e a análise de risco sofrerão” (SHERWOOD, SHEPHERD e SOUZA, 1994. p. 103-104).

Calcado em razões similares e especialmente no pensamento do agraciado pelo prêmio Nobel de 1986, JAMES M. BUCHANAN JR.³⁶, LANDES e POSNER elaboraram uma análise acerca do papel do precedente enquanto estabilizador do ordenamento jurídico.

A percepção dos autores foi a de que o corpo de precedentes legais criado pelo total de decisões judiciais em um dado período seria um *capital jurídico* capaz de gerar um fluxo de serviços de informação que deprecia com o tempo enquanto novas condições aparecem que não eram passíveis de serem previstas pelos desenhistas dos precedentes. Assim, um novo capital “substituto” é assim criado através do investimento na produção de novos precedentes (LANDES e POSNER, 1976. p. 250-251).

Quem melhor trouxe esses fundamentos para a realidade sistema de direito positivo brasileiro foi GICO JR. (GICO JR., 2013), que em linhas gerais afirmou que, basicamente, o capital jurídico brasileiro é formado pelas regras positivadas pelo legislador (acrescentar-se-ia, hoje, os precedentes vinculantes, uma vez que à época de sua escrita o CPC/2015 ainda não havia sido promulgado).

Diante de um conflito, quando as partes são incapazes de chegar a um consenso, as cortes judiciais são buscadas e, diante do conjunto de regras positivadas, para aquele caso concreto, o Poder Judiciário cria uma nova regra para o sistema, que estabelece o Direito nos contornos daquele específico caso.

Mesmo em um sistema prioritariamente legalista (*civil law*), como já afirmavam VINCY FON e FRANCESCO PARISI (FON e PARISI, 2000. p. 113), o conjunto de julgados proferidos pelos tribunais possui sim uma evidente capacidade de influenciar – e às vezes até determinar, ainda que sob uma ótica probabilística – a tomada de decisões judiciais futuras, compondo assim o capital jurídico não só os precedentes vinculantes para os fins do art. 927 do CPC/2015, mas a totalidade de decisões proferidas pelo Poder Judiciário, seja no escopo de reforçar o precedente anterior (*i.e.*, majorar o capital jurídico) ou de alterá-lo (*i.e.*, substituir o capital jurídico).

De toda sorte, o capital jurídico de uma sociedade, como afirma GICO JR., é definido como o conjunto de regras jurídicas que o Judiciário aplica em um dado momento; essa aplicação reconhecida gera a previsibilidade (*segurança jurídica*) que possibilita a tomada de decisões com a ciência, *ex ante*, de seus resultados por parte dos indivíduos.

Esse capital é “consumido” ao longo do tempo, pois, com os avanços sociais e as alterações de pautas axiológicas e das próprias relações interpessoais, a experiência acumulada já não responde às novas questões formuladas pelos indivíduos, de maneira que o capital jurídico também precisa ser renovado ao longo do tempo.

Assim, tem-se o seguinte cenário.

Inicialmente ($t=0$), tem-se um dado capital jurídico para aquela sociedade (C_0), suficiente para a solução dos problemas cotidianos e razoavelmente previsível para os cidadãos.

Posteriormente ($t=1$), uma nova situação surge, em decorrência das transformações sociais, gerando imprevisibilidade legal e, via de consequência, a redução do capital jurídico ($C_1 < C_0$).

Com tal imprevisibilidade, multiplicam-se os conflitos e também as ações judiciais

³⁶ Buchanan considerou que o Direito, inclusive (e talvez especialmente, dada sua origem em país da *common law*) aquele proveniente de decisões judiciais, era um bem coletivo que se utilizava ao longo do tempo, de maneira que as pessoas pudessem assumir posições e comportamentos sociais cientes dos seus resultados e, em especial, de que teriam a proteção (*enforcement*) do Estado em caso de violações por terceiros. Nesse cenário, ainda que violações ocorram, essas ofensas são reconhecidas como tal, até mesmo por seus perpetradores, que são alvos de punição. As incertezas existentes, em especial com relação às decisões coletivas ou governamentais sobre bens de natureza pública são consistentes com o cenário pois as regras para a tomada de decisões pela comunidade são em si mesmas claras e dentro do espectro que elas são autorizadas a operar (BUCHANAN, 2000. p. 113).

destinadas à sua solução ($t=2$), gerando uma proliferação de decisões que inicialmente reduzem ainda mais o capital jurídico ($C_{t+1} < C_t < C_0$).

Contudo, tal situação não perdura e com a uniformização da jurisprudência, após a incerteza inicial, o sistema novamente se estabiliza e encontra um equilíbrio ($t=3$), com a previsibilidade das consequências para essa nova situação, retornando o capital jurídico a patamar igual ou superior ao momento anterior ($C_{t+2} \geq C_0$).

Futuramente ($t=n$), um novo choque acontecerá, com nova mudança ocorrida no tecido social e novamente o capital será reduzido, e todas as etapas se repetição, no que Gico Jr. chama de “ciclo da litigância” (GICO JR., 2018. p. 8-9).

Pois bem, a *instabilidade jurídica* é um fenômeno assim visto pela literatura especializada como natural e usual, necessário inclusive para o desenvolvimento social e para que a formação e investimento permanente no capital jurídico ocorra, sendo que, durante estes momentos, a dissociação de expectativas entre as partes em conflitos é esperada e os acordos obstados como já se viu acima.

É evidente que o problema ocorre quando, pelas mais diferentes razões, a redução do capital jurídico ocorre não porque um evento social fez surgir uma situação não prevista no capital jurídico inicial, mas porque o Poder Judiciário simplesmente *deixa de investir na manutenção do capital jurídico*.

Isso ocorre quando, mesmo à míngua de alterações substanciais na sociedade, não há a reprodução de normas jurídicas presentes no capital jurídico pelos juízes *a posteriori*. No caso em questão, o ciclo de litigância não se estabiliza, pois a qualquer dado momento a situação se parece com aquela ocorrida em t_2 , ou seja, insegurança e imprevisibilidade do direito aplicável gerando novas demandas judiciais que, por sua vez, pela ausência de investimento no capital jurídico, apenas retroalimentam o celeuma.

Essa situação, dramática, por certo, amplia sensivelmente o ciclo de litigância, pois, à míngua de capital jurídico, os custos para a formação de um acordo (extrajudicial ou até judicial) são majorados, tendo as partes dificuldades de estimar o valor esperado de um conflito (na forma das equações “5” e “8”), gerando a assimetria de expectativas que, apesar de natural em um ciclo de litigância, acaba gerando um “círculo vicioso” de litígios e incertezas³⁷.

As palavras de NICOLA GENNAIOLI e ANDREI SHLEIFER são duras, porém bastante precisas ao comentarem sobre esta questão:

Quando os juízes superam (*overrules*) os precedentes, não apenas o Direito falha em ser eficiente, como ele pode não convergir em absoluto, ao passo que os precedentes legais flutuam entre extremos. Esse resultado é especialmente esperado quando as preferências judiciais são polarizadas; nesse caso, os juízes são mais propensos a não concordar com o precedente corrente, e por isso mais propensos a mudar o Direito. A superação (*overruling*) apenas gera a eficiência quando juízes orientados à eficiência são mais ativistas que os juízes enviesados (*biased*), e desde que as preferências não sejam muito polarizadas. A volatilidade legal tem implicações relevantes para as áreas do direito com significativa discordância judicial como já medido, por exemplo, por sua sensibilidade política. E é precisamente nestas áreas do Direito, em oposição às

³⁷ É bem verdade, porém, que tampouco a litigância pode ser encarada como um mal em si e a autocomposição como um verdadeiro “almoço grátis”; inexistente, na verdade, como já afirmava MILTON FRIEDMAN. Realmente a utilização de meios alternativos de solução dos conflitos legais possui a vantagem de poupar preciosos custos sociais. Contudo, como noticiado por GIUSEPPE DARI-MATTIACCI e BRUNO DEFFAINS, o aumento do número de autocomposições não pode ser considerada como inequivocamente desejável, pois tal majoração reduz, por outro lado, a produção de dados informações quanto ao Direito vigente, efeito direto da litigância. Essa informação, como já dizia POSNER (PONSER, 1973. p. 442), é uma *externalidade positiva* do litígio, de maneira que permite a terceiros não envolvidos no litígio a preverem seu comportamento futuro acaso se vejam diante do mesmo problema (MATTIACCI e DEFFAINS, 2007). Contudo, muito embora este artigo não tenha base empíricas para tal assertiva, é de se imaginar, ainda que por hipótese a ser demonstrada em trabalhos futuros, que o Brasil ainda pode majorar sensivelmente seu índice de acordos – judiciais ou não – sem que o custo de oportunidade pela troca (*tradeoff*) seja grande demais, a ponto de tornar-se ineficiente tal medida.

mais apolíticas, que a superação aumenta a volatilidade das regras do Direito levando à perdas de eficiência (GENNAIOLI e SHLEIFER, 2007. p. 311).

As razões que levam à matriz do problema – a falta de investimento em um capital jurídico pelo Poder Judiciário – são objeto de inúmeros estudos e escapam ao propósito deste trabalho.

Contudo, é preciso reconhecer, em especial diante da última pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), que apresentara o espantoso resultado de que, em média, 52% dos integrantes do Poder Judiciário do Brasil concordam com a afirmativa de que “O(a) magistrado(a) deveria poder decidir sem se pautar necessariamente pelo sistema de súmulas e precedentes vinculantes” (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL, 2019), a necessidade de se estudar o papel do Poder Judiciário na proliferação de litígios e demandas³⁸.

3.3. A ALOCAÇÃO DOS CUSTOS DE LITÍGIO E AS DIFERENÇAS ENTRE AS REGRAS AMERICANA E BRITÂNICA.

Outro tópico de significativa importância e que também já mereceu olhares atentos da literatura especializada é a questão da alocação dos custos do litígio, isto é, quem arcará com as despesas de cada uma das partes do litígio.

Conforme notícia MICELI, sob a égide da regra americana, as duas partes pagam suas próprias despesas com o litígio e, sob a influência da regra inglesa, o perdedor paga não só o seu próprio custo com o litígio, mas também arca com as despesas da parte vencedora (MICELI, 1997. p. 166).

Até o momento, todas as equações foram formuladas considerando-se, “dolosamente” por assim dizer, a regra americana, em que pese, como é facilmente perceptível à luz do art. 82, §2º do CPC³⁹, a regra do direito brasileiro (evidentemente, com exceções, inclusive sistêmicas, como se verá mais adiante) é, em linhas gerais, a inglesa.

A decisão de litigar sobre a regra americana já foi devidamente explicitada acima e tudo o que foi dito anteriormente se adequa especificamente para ela.

Sob a vigência da regra inglesa, o risco da litigância é majorado, gerando implicações relevantes na decisão das partes.

Consoante afirma SPIER, há notáveis alterações nas decisões de litigar, no grau de despesas que serão realizadas no decorrer do litígio e mais ainda, na decisão de ingressar com a ação ou fazer um acordo quando o otimismo ou a assimetria de informações entra em jogo.

Este artigo fará comentários acerca da primeira e da terceira questão uma vez que, dada a natureza de seu objeto final de análise (as ações em trâmite nos juizados especiais cíveis), não se vê – ao menos *a priori* – como relevantes os gastos no decorrer dos processos, seja em razão

³⁸ Impende destacar, por outro lado, o fato bem menos noticiado de que a esmagadora maioria dos magistrados – em todos os tribunais questionados, com a ressalva dos inativos – ao responder à consulta afirmaram, todavia, que “concordam muito” com a proposição de que “O sistema de súmulas e precedentes vinculantes garante maior velocidade e segurança jurídica à atividade jurisdicional e, portanto, maior racionalização do Judiciário”, gerando uma dubiedade de resultados que motiva estudos futuros acerca do tema. Uma vez mais, a proposta deste artigo não é a de averiguar o incentivo dos precedentes ou medir a estabilidade judiciária como fator da decisão de litígio das partes (em que pese, evidentemente, a importância e o interesse do tópico para a sociedade). O tema fora suscitado exclusivamente porque a divergência de expectativas compõe necessariamente o modelo deste estudo acerca da litigância nos juizados especiais e, por isso, não havia possibilidade deste esforço fazer “vistas grossas” a essa questão.

³⁹ Art. 82. *Omissis*.

[...]

§2º. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

da matéria e da sua limitação probatória no campo deste estudo⁴⁰.

A primeira análise desse gênero fora realizada por SHAVELL, ao demonstrar que a regra inglesa aumenta o custo esperado no ingresso de ações de baixa probabilidade de êxito em relação à regra americana, pois, quando a probabilidade de vitória é baixa, existe uma correlata alta probabilidade de que o autor da demanda tenha que pagar suas próprias despesas e ainda o custo do seu *ex adverso* (SHAVELL, 1982).

Analisando a decisão de litigar, nas palavras do autor, sob a regra americana, apenas existirá litígio se o valor esperado do litígio para o autor exceder o valor estimado pelo requerido ao menos pela *soma dos custos do litígio* de ambos (vide inequação “6”, acima).

Por outro lado, sob a regra inglesa, existirá litígio se o valor esperado do litígio para o autor supere o valor estimado pelo réu ao menos pela *soma dos custos esperados do litígio* de ambos.

Ou seja, a diferença essencial entre ambas as regras, para a decisão de ingressar ou não com o litígio é a de que “[...] aqui a condição determinante se existirá o litígio envolve a soma dos custos *esperados* do litígio de autor e réu. A razão para essa diferença é claramente que o que motivará o acordo será o que as partes *esperam* que será poupado em custos legais” (SHAVELL, 1982. p. 64-65).

Transformando-se a inequação (4)⁴¹ para refletir essa alteração, ter-se-ia uma nova inequação, refletindo a decisão, sob a regra inglesa, de alocação dos custos do litígio:

$$JP_a > (1 - P_a) \cdot 2C_l \quad (9)$$

Isso significa que, sob a regra inglesa, a ação somente será movida se seu *valor esperado* for superior ao valor esperado dos custos de ambas as partes que, no caso da inequação acima – o que este trabalho vem assumindo desde o início, mas apenas por simplicidade – são rigorosamente iguais (C_l).

Por essa razão, já é possível ver, ao menos por uma análise teórica inicial, que a regra inglesa é capaz de diminuir o número de ações propostas quando a parte já assume uma baixa probabilidade de seu êxito mas, por outro lado, aumentará o número de ações em que a parte assume uma alta probabilidade seu êxito (pois teriam diminuídos os custos do litígio).

Com relação à possibilidade de acordo entre as partes, modifica-se a inequação (5) para incluir a questão do valor esperado das custas de ambas as partes, de maneira que obtemos a seguinte análise em linguagem formalizada:

$$[(P_r \cdot 2C_l) + (J \cdot P_r)] - C_a > \{[J \cdot P_a] - [(1 - P_a) \cdot 2C_l]\} + C_a \quad (10)$$

Um exemplo esclarecerá sobremaneira o raciocínio.

Suponha-se que duas partes, Cebolinha e Mônica, estejam em conflito acerca dos direitos de propriedade decorrentes de um prêmio angariado em uma promoção realizada pela sociedade Balas Bilula Ltda.

Cebolinha e Mônica, simetricamente, sabem que, provido o pedido de Cebolinha, esse receberá a quantia de \$100 e aquela, pagará igual quantia. Por outro lado, Cebolinha tem a opinião de que ganhará com 80% de chance, ao passo que Mônica acredita que somente perderá com 20% de probabilidade (ambos estão otimistas). Os custos do litígio serão de \$10 para cada

⁴⁰ É sabido, em especial diante do art. 3º da Lei dos Juizados Especiais, que as causas de maior complexidade, assim compreendidas pela literatura especializada, dentre outras, aquelas que exijam vias probatórias rebuscadas, como a prova pericial, estão fora do âmbito dos juizados especiais cíveis, o que pode refletir de modo sensível na modelagem aqui prevista, razão pela qual se decidiu excluir tal análise da modelagem.

⁴¹ Lembrando-se que a inequação (4) é exatamente aquela que prevê a possibilidade de ingresso com a ação pelo autor.

parte e os custos do acordo são negligenciáveis⁴². Ambos são neutros ao risco.

Primeira questão: Cebolinha entrará com a ação?

A resposta é sim; em ambas regras (americana e inglesa).

Sob a regra americana a condição de propositura ($JP_a > C_l$), aplicada ao caso concreto, encontra um resultado de $80 > 10$. Por outro lado, sob a regra inglesa, a condição de propositura ($JP_a > (1 - P_a) \cdot 2C_l$) encontra um resultado de $80 > 4$ ⁴³.

Ou seja, a ação seria proposta nestas bases tanto na regra americana quanto, e ainda com maior razão (dado o *quantum* de disparidade entre os dois valores), sob a regra inglesa.

Por outro lado, se tal exemplo estabelecesse que Cebolinha estivesse um pouco mais pessimista quanto a seu resultado (v.g., se estimasse uma chance de ganho de apenas 11% por exemplo), ainda assim seria racional para que ele ingressasse com a ação sob a regra americana (pois $JP_a = 11$ ao passo que $C_l = 10$, satisfazendo a condição de propositura de que $JP_a > C_l$), mas nunca que tal ação seria proposta sob a regra inglesa (pois apesar de JP_a permanecer igual a 11, $(1 - P_a) \cdot 2C_l$ seria igual a 17,8, não satisfazendo a condição)⁴⁴.

Ou seja, a regra inglesa *reforça* o pessimismo e o otimismo das partes, garantindo que mais ações sejam propostas quando a parte autora acredita em seu resultado positivo e, por outro lado, assegurando que menos ações de baixa probabilidade de êxito já estabelecidas *a priori* sejam protocoladas.

A segunda questão: Cebolinha e Mônica poderão fazer um acordo?

A resposta é não; em ambas regras (americana e inglesa).

Sob a regra americana de composição consensual (vide inequação “5”), tem-se que o acordo já seria impossível, pois o valor máximo de oferta de Mônica (\$30) é menor, e não maior – como determina a condição de acordo – do que o valor mínimo de oferta de Cebolinha (\$70)⁴⁵.

Sob a regra inglesa de composição consensual (vide inequação “10”), vê-se que um acordo é ainda menos esperado no caso, pois o valor máximo de oferta de Mônica (\$24) é ainda menor, e não maior, do que o valor mínimo de oferta de Cebolinha (\$76)⁴⁶.

Há aqui claramente que o grau de otimismo das partes influencia significativamente em razão do fato de que elas internalizam essa percepção nos custos do litígio.

O que ocorre é que a noção já inicial, por autor e réu otimistas, de que muito embora eles tenham que antecipar os custos do litígio, tais despesas ao final não serão por ele suportadas (já que ambos acreditam, verdadeiramente, que prevalecerão ao final da ação), apenas majora o problema do otimismo mútuo na análise da solução consensual dos conflitos, aumentando o pedido mínimo do autor e diminuindo a oferta máxima do réu, tornando menor o excedente de

⁴² Uma vez mais, assim como os exemplos anteriores, evidentemente tais números, percentuais e estimativas são puramente hipotéticos e visam apenas esclarecer o raciocínio do leitor e não refletir, de qualquer modo, situações reais.

⁴³ Na primeira situação, 100 vezes 0,8, que é igual a 80 é maior que 10, o valor das custas de Cebolinha. Na segunda situação, tem-se que igualmente 80 é maior que 4, representado pela operação de $0,2 (1 - 0,8)$, que é a probabilidade de Cebolinha ganhar a ação, segundo sua visão e, portanto, não pagar custo algum do litígio) vezes 20 (duas vezes o custo do litígio, pois aqui ele pagaria também os custos de Mônica).

⁴⁴ Na verdade, a estimativa de vitória Cebolinha, nesse exemplo, para que, sob a regra inglesa, a regra da condição de propositura seja satisfeita, deve ser maior que 16%, cinco pontos percentuais a mais sob a regra americana; isso se, na situação de indiferença entre propor ou não a demanda (*i.e.*, em que $JP_a = (1 - P_a) \cdot 2C_l$) sua opção seja a de não propor a ação.

⁴⁵ Apenas para nivelar a matemática, lembrando-se da inequação em questão, pela qual a condição do acordo é $[C_l + (J \cdot P_r)] - C_a > [(J \cdot P_a) - C_l] + C_a$, Mônica encontraria $10 + (100 \times 0,2) - 0$, ou seja, 30. Cebolinha, ao revés, encontraria $(100 \times 0,8) - 10 - 0$, ou seja, 70. Uma vez que 30 não é maior que 70, não há um excedente esperado no caso vertente.

⁴⁶ Lembrando-se da inequação em questão, pela qual a condição do acordo é $[(P_r \cdot 2C_l) + (J \cdot P_r)] - C_a > \{[J \cdot P_a] - [(1 - P_a) \cdot 2C_l]\} + C_a$, Mônica encontraria $(0,2 \times 20) + (100 \times 0,2) + 0$, ou seja, 24. Cebolinha, ao revés, encontraria $(0,8 \times 100) - [(1 - 0,8) \times 20] + 0$, ou seja, 76. Uma vez que 24 não é maior que 76, ao contrário, a diferença numérica é ainda mais sensível, não há um excedente esperado no caso vertente.

acordo ou, quiçá, transformando-o em negativo, como ocorreu no fatídico exemplo da premiação das balas bilula, acima.

Por outro lado, se uma (ou ambas) as partes forem pessimistas – situação em que, para cada centavo gasto no litígio representaria, ao final, aquele centavo mais uma diferença entre a estimativa das partes acerca da probabilidade de que o autor sairá vencedor da ação – haverá um excedente de acordo ainda maior, de maneira que é possível dizer que a regra inglesa reforça a tendência de partes pessimistas de autocompor a lide e não litigar.

Resumindo, como afirmam SNYDER e HUGHES, uma demanda com apenas um excedente marginal de acordo pode se tornar em um litígio certo ou ainda, que a regra inglesa reduz o excedente de acordo para litigantes otimistas, majorando a probabilidade de litígio, o que eles convencionaram chamar de “efeito otimismo” da regra inglesa (SNYDER e HUGHES, 1990. p. 354).

3.4. O FATOR TEMPO COMO INFLUENCIADOR DA DECISÃO DE LITIGAR OU NEGOCIAR.

Uma última consideração se faz necessária para que, à guisa de se possa consolidar os principais tópicos em uma modulação singular, a qual, de acordo com a visão deste artigo, é uma suficiente fundação teórica para a decisão de litigar à luz do sistema dos juizados especiais.

E essa consideração se refere ao fator tempo.

Os casos judiciais não se resolvem em caráter instantâneo, imediatamente após ou mesmo logo depois da propositura da ação.

Como visto anteriormente, no âmbito dos juizados especiais apenas, entre a data da propositura da ação (o início do conflito no Poder Judiciário, representado pelo seu protocolo) e a efetivação do direito, *i.e.*, a entrega do bem da vida à parte vencedora, com o final da execução, e não a mera adjudicação do litígio, com a constituição da norma jurídica no plano do dever-ser, um processo demora algo em torno de 4 anos.

Realmente, como bem aponta RUSSELL KOROBKIN, litigantes modulados à luz da teoria da escolha racional presumidamente levam em consideração o valor econômico do tempo em seus cálculos.

Isso significa que, não havendo juros agregados ao valor do julgamento ou ainda, se estes juros forem inferiores ao acréscimo patrimonial que aquele capital, de outra forma, ao longo do tempo poderia gerar às partes (requerente ou requerido), ambas as partes apontarão, para hoje, um valor mínimo e máximo de acordo ainda inferiores ao *esperado* mesmo quando descontado qualquer preferência em relação ao risco menos os custos de transação (KOROBKIN, 2002. p. 8-9).

Ou seja, ao contrário do que ocorre com a aversão ao risco ou os custos de transação, que tornam o preço mínimo do autor menor e o preço máximo maior, *o valor do tempo altera os preços de reserva de ambas as partes para baixo.*

Por certo, precisamente quanto esse valor será reduzido, como assinalado por GERALD R. WILLIAMS, dependerá de uma série de fatores particulares de cada litigante (WILLIAMS, 1983. p. 127-128).

Por outro lado, não é possível se olvidar ao *princípio da preferência temporal*, que incide, independentemente de fatores exógenos (apontados por WILLIAMS como decorrentes do mercado), de maneira peculiar em cada pessoa, como já afirmava MISES, ao dizer que a preferência temporal é um requisito categorial da ação humana, preferindo-se sempre a satisfação mais próxima de uma preferência do que – iguais as demais circunstâncias – uma mais remota (MISES, 2015. p. 439).

Evidentemente, tal preferência pode variar conforme a natureza do bem a ser satisfeito (os mais básicos, como a vida, a segurança e a alimentação possivelmente possuem, na maioria

dos casos, uma premência maior do que o reconhecimento pessoal, a estética e etc.) e a capacidade de cada pessoa de adiar a satisfação.

Ou seja, o tempo sobre o processo, sob a ótica da dicotomia acordo *versus* litígio, é de influência monótona sobre os preços de reserva, sempre posicionando-os para baixo.

A sensível importância, assim, do tempo sobre o valor do julgamento reside no fato de que ele incide de maneira *significativamente diferente* para cada litigante e mais, é possível de se cogitar que para grupos diferentes de litigantes.

Por exemplo, é provável que, para a maioria dos brasileiros, seja melhor receber no presente momento, R\$1.000,00, do que aguardar, por exemplo, 30 anos para receber a substancial soma de R\$167.835,42⁴⁷.

Assim se diz porque a poupança do brasileiro em 2017 é considerada como algo de apenas 14,8% de seu produto interno bruto, ficando abaixo da maioria dos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE), como afirma CLÁUDIO CONSIDERA (CONSIDERA, 2018), levando a crer em uma preferência temporal sensível se considerada a renda disponível para a população brasileira⁴⁸.

Ocorre que o mesmo talvez não se possa dizer de uma instituição financeira ou de um grande conglomerado empresarial, para quem a preferência temporal relativamente ao valor de mil reais possa ser praticamente igual a zero, sendo quase irrelevante para ela o gozo presente ou futuro da utilidade.

Por isso, muito embora a influência do tempo seja idêntica a autor e réu, ela pode alterar sensivelmente o equilíbrio da inequação de propensão ao acordo quando houver uma assimetria de efeitos entre as partes (*v.g.*, quando a parte autora por uma pessoa natural, dotada de uma renda média e a parte requerida for uma sociedade empresária de porte econômico sensível).

Sob o aspecto teórico, o fator tempo fora primeiramente levado em consideração por POSNER (POSNER, 1973. p. 448) e por PRIEST (PRIEST, 1989. p. 527).

Basicamente, o efeito do tempo entre a propositura da ação e a efetivação de seu julgamento é o de reduzir o valor presente do julgamento esperado, sendo que a extensão da redução em si, como visto, dependerá do tempo de demora e da efetiva taxa de desconto (*discount rate*) temporal de cada parte.

Assim, considerando-se a inequação (5)⁴⁹ – ou seja, considerando-se o comportamento neutro com relação ao risco – incide uma taxa de desconto de juros r , que de uma forma ou de outra é inversamente proporcional ao valor do julgamento e que incide a cada período t de tempo, representando o número de períodos (dias, meses, anos e etc.) entre o ajuizamento da demanda (ou o dano pretensamente sofrido, conforme o caso) e a efetivação do julgamento.

Com isso, levando-se em consideração o fator tempo, encontrar-se-ia o seguinte:

$$[C_l + (\frac{J}{(1+r)^t} \cdot P_r)] - C_a > [(\frac{J}{(1+r)^t} \cdot P_a) - C_l] + C_a \quad (11)$$

Dessa equação a doutrina tradicional se verifica, como já fez POSNER nos idos de 1973, que o resultado do tempo no processo, *se* o valor do julgamento para o autor quando operado a taxa de desconto ou de juro for o mesmo que o valor do julgamento para o réu após a mesma

⁴⁷ Aplicação do equivalente a mil cruzados novos em 1989 e o recebimento de igual valor em 2020 reajustado apenas pela taxa do Certificado de Depósito Interbancário (CDI) do período.

⁴⁸ Explicável por diferentes causas, como afirma o economista e pesquisador do Instituto Brasileiro de Economia (FGV), SAMUEL PESSOA, ao sustentar que haveria uma pluralidade de razões relativas a incentivos microeconômicos para a baixa poupança brasileira, como o regime previdenciário e a inserção do Estado brasileiro em diferentes cenários de risco pessoal (doença, desemprego, morte e etc.), tornando, à luz da renda média do brasileiro e de suas necessidades, dispensável a poupança privada e majorando, com isso, a preferência temporal (PESSOA, 2009).

⁴⁹ Representada por $[C_l + (J \cdot P_r)] - C_a > [(J \cdot P_a) - C_l] + C_a$.

incidência e se a taxa de desconto de ambos for idêntico, o atraso no efetivação da adjudicação aumenta a possibilidade de acordo ao diminuir a importância do julgamento para as partes⁵⁰.

Nas palavras de PRIEST, essa inequação mostra que:

[...] a mora na solução do litígio, ao reduzir o valor esperado do julgamento, também reduz a própria litigância. Novamente, é já estabelecido que a litigância aumenta quando os valores dos julgamentos aumentam, uma vez que a diferença entre as estimativas das partes quanto ao sucesso do litígio se torna mais fácil de se sobrepor à diferença entre aos custos de litígio e de acordo. Daí se conclui, portanto, da mora na solução do conflito, que ao reduzir o valor presente do julgamento em potencial na disputa, reduz a chance de existir um litígio. A inequação mostra que, se os custos do litígio, do acordo e as estimativas das partes quanto ao sucesso permanecerem constantes (*ceteris paribus*), existe uma relação inversa entre o acordo e a probabilidade de litigância. Ao passo que a morosidade do judiciário aumenta, o valor esperado diminui. A demora, portanto, aumentaria a probabilidade do acordo. Por outro lado, novamente mantendo-se outros fatores constantes, enquanto os julgamentos são mais céleres, o valor esperado do julgamento aumenta e a chance de litigância segue (PRIEST, 1989. p. 534).

À mesma conclusão chega POSNER, acrescentando que, como um número significativo de casos envolveriam autores com uma taxa de desconto maior que a de réus (os primeiros pessoas naturais, de baixo poder aquisitivo e os segundos, pessoas jurídicas bem estruturadas e aparelhadas), o efeito de tal diferença seria que o valor esperado do litígio para os autores diminui sensivelmente mais rápido que para os requeridos, possibilitando que o valor mínimo a ser aceito pelos primeiros diminua mais celeremente que o valor máximo a ser oferecido pelos demais, aumentando, assim, o número de acordos (POSNER, 1973. p. 420).

Todavia, uma pontuação específica deve e precisa ser feita, especialmente à luz do objeto de estudo deste artigo, é que tal conclusão *somente se sustenta à luz de um grupo de pressupostos bastante específico*.

Conforme explicação acima, o fator r , que incide inversamente proporcional ao valor do julgamento em termos absolutos (ou seja, J , anteriormente à incidência do percentual da estimativa, P_a ou P_r , conforme se trate do autor ou do réu, respectivamente), se reveste na forma de uma taxa de *desconto* em decorrência de um dado espaço de tempo. Ou ainda, evidentemente, pode se comportar de forma neutra (o tempo seria irrelevante para essa parte).

Isso se dá porque há uma série de fatores que podem alterar os incentivos que pairam sobre uma parte em uma decisão à luz do risco em que o tempo é uma variável determinante.

Ora, uma pessoa acometida de uma doença terminal certamente terá uma taxa preferência temporal altíssima, refletida em uma taxa de desconto igualmente elevada. Ou seja, cada incremento de tempo é capaz de descontar sensivelmente o valor do bem da vida pretendido.

Por outro lado, um empresário que esteja às vésperas de fazer um vultuoso investimento, necessitando de poupança e aquisição de bens de capital para um fabuloso ganho futuro possui uma taxa de preferência temporal baixíssima, refletida em uma taxa de juros que pode ser até bastante alta. Ou seja, cada incremento de tempo é capaz de aumentar o valor esperado daquele

⁵⁰ Lembrando-se que, uma vez que a modulação inicial considera dos custos de litígio e de acordo como fixos, independentemente da importância do julgamento, quão menores são os valores do julgamento em si (ainda antes de incidir estimativa de êxito de cada parte), mais importantes se tornam os custos para se valer do sistema judicial e, com isso, mais importante se torna o acordo diante do volume de recursos que será despendido exclusivamente com a solução do conflito. Valendo-se de um exemplo trazido por SHAVELL, se existir, por exemplo, uma diferença de estimativas de 20% quanto êxito da ação e o julgamento for de \$10.000, a diferença entre os julgamentos esperados será de apenas \$2.000, talvez não excedendo a soma de custos legais do litígio e, por isso, não o suficiente para levar ao litígio. Por outro lado, se o julgamento for de \$1.000.000, a diferença de 20% se torna uma dissonância significativa de \$200.000 no julgamento esperado, e por isso bem mais possível de superar a soma dos custos de litígio, levando assim ao litígio (*Op. cit.*, 2004. p. 405). Em análise formalizada, lembrando-se da inequação (5), que traz a condição do litígio, em que $(P_a - P_r) \cdot J > 2 \cdot (C_l - C_a)$, fica claro que, aumentando-se J , mais fácil a condição será implementada e, assim, um litígio ocorrerá.

mesmo bem da vida.

Por isso, o que se quer dizer aqui é que as conclusões da doutrina da análise econômica, de que o fator tempo apenas facilita a realização de acordos, ao diminuir o valor esperado do litígio, nem sempre se sustenta.

Ela se sustentará se e somente se ambas as partes possuam taxas de desconto temporal. Ao contrário, se uma das partes possuir uma taxa de desconto x e a outra exibir uma taxa de desconto y , onde $x \neq y$, a diferença de preferências temporais poderá levar à impossibilidade total de acordo se essa diferença for muito significativa.

Isso implica dizer que, no caso de ações em que a parte autora seja, v.g., uma pessoa física, com alta taxa de desconto temporal, e a parte requerida, uma pessoa jurídica, com taxa de desconto muito reduzida, a diferença de valores esperado seja tamanha que não haja acordo possível, uma vez que a parte demandada, valendo-se de sua posição de monopólio bilateral neste cenário de litígio, furte-se à composição consensual da lide para, “lucrando com o tempo”, somente no futuro arcar com o valor do julgamento, que para ele será menor – em razão dos juros decorrentes do tempo – do que o imediato pagamento de uma quantia que o requerente esteja agora disposto a aceitar.

Sob a ótica teórica e na linguagem formalizada já adotada, a fim de, em homenagem ao consenso científico, trabalhar-se com o modelo endossado pela doutrina, isso implica dizer que, além de um fator de desconto temporal r que incide de maneira inversamente proporcional a J , poderia existir, em determinados casos, uma taxa de juros que seria renunciada por uma ou por ambas as partes *exclusivamente* na eventualidade de uma composição consensual do litígio (por representar a antecipação temporal do julgamento).

Essa taxa, diretamente proporcional ao volume de capital a ser pago pelo réu e recebido pelo autor, faz parte portanto – e talvez, quiçá, seja o maior deles – de um dos custos negligenciados até então pela doutrina especializada na análise econômica do litígio, e que, portanto, reduzirá o montante que o requerido deseja pagar (sua oferta máxima) e aumentará o valor que o autor aceitará receber (seu aceite mínimo), reduzindo as possibilidades de composição consensual da lide.

Como já vem sendo feito neste trabalho, serão dados dois exemplos para ilustrar o argumento. Um com o modelo clássico da doutrina e o outro com o proposto neste artigo.

Tanis adquire um produto que reputa ser defeituoso de Krynn Produtos Ltda. Segundo ele, tal defeito lhe causara um dano de \$1.000. Ao consultar seu advogado, Tanis estima sua vitória na ação em 70%. Krynn, através de seu jurídico, ao ser notificada pelo advogado de Tanis de que aquele ingressaria com a demanda, estimou que a possibilidade de que Tanis se sagra vencedor da ação é de 60%. Os custos do litígio são idênticos para ambas as partes, sendo iguais a \$100. Os custos do acordo são negligenciáveis.

Assuma-se que a taxa de desconto temporal seja igual para ambas, de 0,1 e que ainda t representa um incremento em anos entre a propositura da demanda e a solução. Imagine-se, trabalhando com os dados obtidos pelo CNJ para o âmbito dos juizados especiais cíveis, que $t = 4$, ou seja, é de 4 anos o hiato entre a propositura e a solução do litígio.

Sem se levar em consideração o fator tempo, isto é, acaso se fosse considerada como neutra a preferência temporal das partes ($r=0$), aplicando-se a inequação (5), vê-se que a oferta máxima do réu Krynn (\$700), ainda que haja divergência de estimativas quanto ao resultado da lide, é maior que a oferta mínima passível de ser aceita pelo autor Tanis (\$600), de modo que haveria um excedente de acordo de \$100 a ser partilhado entre as partes.

Quando se incide o fator tempo ($r = 0,1$), vê-se que ainda assim há uma possibilidade de acordo, pois o valor esperado do litígio para o réu Krynn em 4 anos equivaleria ao pagamento no momento de \$509,80⁵¹ ao passo que o valor esperado para o litígio, no mesmo tempo, para

⁵¹ $[100 + (\frac{1000}{(1+0,1)^4} \cdot 0,6)] - 0$

o autor Tanis, equivaleria ao recebimento, agora, de \$378,10⁵².

Ou seja, não só os valores *esperados* para o litígio, em valores absolutos, fora reduzido como também o excedente de acordo aumentou de \$100 para \$131,70, o que reforça o tanto quanto dito pela doutrina tradicional, diminuindo o valor do julgamento e, por isso, tornando a divergência de expectativas mais relevante de acordo com os custos do litígio.

Todavia, como visto, a literatura especializada cotidianamente se omite ao considerar que os custos do acordo são basicamente negligenciáveis, uma vez que os valores de custos esperados da litigância majoritariamente a eles se sobrepõem de modo vultuoso, consoante afirma Bone, em revisão da literatura do tema⁵³.

De fato, talvez se considerados os custos apenas de negociação (esforço pessoal, advogados e tempo, por exemplo), esses se revelem mesmo negligenciáveis ao modelo diante de sua disparidade com os custos do litígio.

Quiçá, em um ambiente norte-americano ou inglês, em que os custos de oportunidade não sejam tão elevados, realmente o ato de negligenciar os custos de oportunidade que envolvem a decisão de acordar ou litigar não gere distorções significativas no sistema.

Ocorre que, para a realidade brasileira, talvez não seja essa a melhor decisão.

Pode ser que não sejam vistos os efeitos em “redução de litígios” ou em “multiplicação de acordos” em decorrência da morosidade judiciária por uma variável omitida na análise e é possível que o custo de oportunidade da autocomposição para uma ou ambas as partes em um litígio judicial seja significativa, devendo a modelagem da decisão, por isso, acrescentar tal variável, posto não se tratar de uma multiplicação excessiva das entidades – em detrimento à *navalha de ockham* – mas apenas uma tentativa de um pouco melhor representar a realidade⁵⁴.

No cenário trazido por este artigo, ter-se-ia a seguinte proposição, em linguagem formalizada:

$$\left\{ \left[C_l + \left(\frac{J}{(1+r)^t} \cdot P_r \right) \right] - C_a - JP_r + [JP_r \cdot (1 + C_{or})^t] \right\} > \left\{ \left[\left(\frac{J}{(1+r)^t} \cdot P_a \right) - C_l \right] + C_a - JP_a + [JP_a \cdot (1 + C_{oa})^t] \right\} \quad 12)$$

Na inequação acima, mantêm-se inalteradas as variáveis r e t , a primeira representando um fator de desconto temporal, que pode ser qualquer número inteiro (*i.e.*, $r \geq 0$) e a segunda um dado espaço arbitrário de tempo (t igualmente maior ou igual a zero), que seja comum para

$$\left[100 + \left(\frac{1000}{1,4641} \cdot 0,6 \right) \right]$$

$$\left[100 + (683,01 \cdot 0,6) \right]$$

$$\left[100 + (409,80) \right]$$

$$509,80$$

$$^{52} \left[\left(\frac{1000}{(1+0,1)^4} \cdot 0,7 \right) - 100 \right] + 0$$

$$\left[\left(\frac{1000}{1,4641} \cdot 0,7 \right) - 100 \right]$$

$$\left[(683,01 \cdot 0,7) - 100 \right]$$

$$\left[478,10 - 100 \right]$$

$$378,10$$

⁵³ *Op. cit.*, 2017. p. 148-149.

⁵⁴ Relembrando-se, obviamente, como fez RENÉ MAGRITTE em 1929 com a obra “A Traição das Imagens”, que as representações não são as coisas representadas.

ambas as partes.

Por outro lado, os custos de acordo (C_a), aqui tratados como idênticos para ambas as partes (exclusivamente por simplicidade) representa, conforme classicamente indicado na doutrina, os valores normalmente dispendidos com reuniões, honorários advocatícios, tempo e esforço dispendido com a negociação.

Outro lado – e a real novidade do modelo, neste particular, reside aqui – somam-se aos custos tradicionais do acordo uma taxa, exponencialmente multiplicada pelo mesmo tempo necessário para o dispêndio em litígio, que incidirá sobre uma base C_{oa} e C_{or} representando os custos de oportunidade respectivamente de autor e réu como um fator multiplicador sobre o julgamento *esperado* do litígio em si, representando, subsequentemente, a diferença de custo de oportunidade entre o acordo (recebimento ou dispêndio de recursos aqui e agora) e o litígio (recebimento ou dispêndio de recursos aqui *pro futuro*).

Uma vez que é o autor quem busca a alteração de sua situação jurídica, com o recebimento de um bem da vida, usualmente será possível que ele ostente um custo de oportunidade negligenciável nesse talante, uma vez que a variável C_a já cobriria os prejuízos e dispêndios que ele faria para ingressar nas negociações⁵⁵.

A fim de ilustrar a exibição de resultados, relembra-se o exemplo de Tanis e de Krynn Produtos Ltda. O caso é idêntico e os números, *idem*. Igual ainda é a taxa de desconto temporal de ambas as partes (0,1), referindo-se agora à idêntica *preferência temporal* entre elas existente (0,1). Diferente, todavia, é o custo de oportunidade do capital no caso do acordo. Para a parte ré ele seria, hipoteticamente claro, como todo o mais é o exemplo, de 20% ($C_{or}=0,2$) e para a parte autora é negligenciável ($C_{oa}=0$).

Se vê às operações indicadas nas notas de rodapé n.ºs 97 e 98 que somente um ponto da matemática se altera, que é a substituição do último termo da soma de “0”, na conta do rodapé de n.º 97, para 644,16⁵⁶.

Realizadas as operações, se vê que, muito embora a oferta mínima que o autor está disposto a aceitar no caso vertente, dado seu fato de desconto temporal, se equivalha igualmente a \$378,10, antecipar o pagamento de \$600,00 para o presente momento, para a sociedade empresária implica um custo de oportunidade para o acordo – seja em razão de juros no mercado ou por negócios que ela deixou de realizar com o aquele capital – proibitivo para a formação da avença.

Em síntese numérica, a condição de autocomposição não se satisfaz, pois -134,36 não é maior que \$378,10.

Ou seja, a sociedade empresária, mesmo diante do desconto temporal e mesmo com a existência de um excedente de acordo possível sob a ótica do modelo primeiro de Posner-Landes-Gould, ainda assim permanecerá no litígio, uma vez que a uma taxa de interesse de 0,2 ao ano não lhe é vantajoso antecipar essa renda na autocomposição do litígio.

Portanto, é importante destacar que, muito embora a morosidade do Poder Judiciário,

⁵⁵ Evidentemente, em casos de tutela inibitória ou em outras situações em que a parte autora evita que seja alterada uma situação jurídica que, extrajudicialmente, o requerido vem modificando (*ex*: ações possessórias), seria possível trazer uma situação em que a modulação fosse diferente e até inversa. Igualmente, em qualquer caso, esse ponto da inequação revela ainda os juros sobre capital futuro que ele deixará de receber ao final da ação. Porém, se reconhece tratar-se de hipóteses bastante excepcionais ou de valores provavelmente irrisórios no desenho total da modelagem.

⁵⁶ $[100 + (409,80)] - [600 \cdot (1 + 0,2)^4 - 600]$

$509,80 - [600 \cdot (2,0736) - 600]$

$509,80 - 644,16$

$- 134,36$

em um cenário sem levar em consideração os custos de oportunidade, possa de fato ensejar um aumento no número de acordos em decorrência da perda do valor esperado, *no presente*, da solução do conflito que demorará muito a ser equacionada e adjudicada com efetividade, as predições da teoria tradicional podem não corresponder à realidade estudada.

De fato, uma vez que o índice de acordos no Brasil, apesar da persistência da morosidade do Poder Judiciário, ainda é bastante baixo (como visto no relatório do CNJ citado na introdução, gira em torno de 18% dos processos nos juizados especiais cíveis), é possível que alguma variável relevante esteja sendo omitida do modelo ou, como ocorreu aqui, apenas não destacada a contento.

O que se verifica é que, acrescentando-se à modelagem a variável de um custo de oportunidade, com efeitos especialmente para a parte requerida – que efetivamente despenderá recursos – na qualidade de custos de autocomposição (custos de acordo), o que as partes e, em particular, o requerido, poderão deixar de ganhar, a depender do cenário⁵⁷, tem o condão de alterar sensivelmente o panorama da decisão de litigar ou autocompor a lide.

E inclusive, quando se fala em taxas de juro consideráveis (20% a.a. não é algo inimaginável, por exemplo, na realidade histórica, produtiva ou especulativa, brasileira), é possível até mesmo se impedir completamente a realização de um acordo que, *a priori*, teria um excedente a ser repartido entre as partes.

No cenário brasileiro, acredita-se que o potencial analítico desse destaque no modelo básico seja de suma importância e de significativa capacidade explicativa.

Por exemplo, quando somados aos demais fatores já explicitados – *v.g.*, o otimismo e a instabilidade legal, somado aos baixos custos de ingresso e de litigância – podem compor o adequado cenário de “tempestade perfeita” que assola o sistema judiciário, uma vez que, diante da morosidade de efetivação das decisões judiciais, as sociedades empresárias, por exemplo, podem utilizar o capital de violações a direitos subjetivos para se alavancarem financeiramente, cientes de que o custo de oportunidade milita a seu favor.

Noutro talante, essa mesma variável é capaz de explicar, por outras vias, a incapacidade dos entes e entidades públicas de entabularem acordos viáveis diante da pluralidade de ações (administrativas, tributárias e etc.) que respondem.

Simplesmente o custo de oportunidade ao governante de efetuar o pagamento agora ou de utilizar esse dinheiro para majorar seu capital político hoje e deixar a quitação de tais obrigações para o amanhã, quando ele eventualmente não estará no governo, é grande demais.

Também sob essa ótica se vê que, ao menos para a realidade brasileira da litigância, friso, não se visualiza cenário em que o acréscimo do custo de oportunidade na modelagem da decisão de litigar ou de autocompor a lide não se faça necessária⁵⁸.

4. O MODELO DE LITIGÂNCIA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS.

⁵⁷ Altos custos de oportunidade para a celebração do acordo e taxas de desconto muito assimétricas entre autor e réu, sendo que as do primeiro bastante superiores ao do segundo, por exemplo.

⁵⁸ Evidentemente, as situações colocadas aqui não visam esgotar todas as complexidades que podem influenciar sobre o fenômeno de litigância ou não no âmbito dos juizados especiais cíveis. Por exemplo, em um chamado “problema de agência” (que ocorre quando os representantes tomam decisões com o intuito de maximizar sua utilidade pessoal e não a de seus representados, motivo pelo qual teriam sido eles contratados), é possível que o tempo do litígio influencie para evitar acordos no momento em que um diretor de uma grande companhia, apesar dos prejuízos que o tempo possam causar à sociedade empresarial em si, adie o pagamento de ações com alta probabilidade de êxito do autor com o único propósito não de tomar a decisão mais eficiente para a firma em si, mas sim com o escopo de angariar bônus de lucratividade que têm ele próprio como o grande interessado, ainda que em detrimento da sociedade como um todo (e, obviamente, de seus acionistas, *shareholders* e *stakeholders*). Para uma revisão de literatura sobre o tema dos problemas de agência, vide o artigo em duas partes de Ray Rees, constante da bibliografia.

É o momento de aglutinar o que mais de essencial fora produzido até então e aplicar à realidade dos juizados especiais cíveis e às suas peculiaridades, modulando a decisão de litigar que se mostre, sob medida para esse sistema próprio de acesso à justiça no Direito brasileiro.

Tal modelagem, como se verá a seguir, utilizará a menor quantidade de complexidades que forem estritamente necessárias a seu desiderato preditivo e explicativo.

Para tanto, irá se pincelar o que é essencial do presente artigo, explicitando em que se aplica ou não ao modelo dos juizados especiais e, enfim, apresentar-se-á modulação que servirá de condição necessária – mas não suficiente, frisa-se, pois este trabalho, como se viu, não ingressa no cipoal da análise da barganha – para se verificar como se dá a decisão de litigar no âmbito dos juizados e as consequências da gratuidade nesse contexto.

Em primeiro lugar, uma vez que os juizados especiais cíveis, na forma do art. 8º da Lei de regência, basicamente só poderão ser utilizados por pessoas naturais e por algumas pessoas jurídicas marcadas notadamente pela singeleza de sua organização empresarial ou civil (v.g., microempresas, empresas de pequeno porte ou sociedades civis de interesse público), não se vê uma estrutura organizacional tal que permita considerar, de antemão, que qualquer das partes autoras seja neutra ao risco.

A neutralidade ao risco, em existindo, mesmo diante do limite financeiro da discussão no campo desse sistema – não superior a 40 vezes o salário mínimo, na forma do art. 3º, inciso I da Lei – pode não abranger uma significativa parte dos requeridos e, provavelmente, a maioria dos autores (pessoas naturais, para que dentro desse limite possivelmente a utilidade marginal do dinheiro ainda permite em se falar em aversão ao risco).

Por isso, não se partirá das inequações anteriores à de número 8⁵⁹, que acrescenta um fator de risco como desconto (aversão ao risco) ou como multiplicador (preferência ao risco) ou em valor igual a 1 (neutralidade).

Uma vez que se estará lidando basicamente com pessoas naturais de um lado e com pessoas jurídicas de outro (esse é o cerne dos juizados), e dessas a maioria delas poderá ser considerada como litigantes habituais (é o que mostra o estudo do CNJ já citado), no sentido de que, pela natureza do seu negócio, é de se imaginar uma multiplicação de litígios com similares características, dois fatores devem entrar em jogo.

Primeiramente, o ganho a ser recebido pela parte autora não poderá ser considerado – e isso já é feito desde o início – como meramente financeiro, uma vez que as partes podem (e cotidianamente têm) interesses diversos para comparecer em juízo além do aspecto puramente pecuniário.

Nesse diapasão, além do valor da condenação em si, é possível que a vontade de comparecer à Corte e de simplesmente chamar a parte adversa em Juízo seja uma recompensa buscada, dados esses bastante particulares entre si.

Por outro lado, as partes requeridas podem estar interessadas em ganhos reputacionais ou – em menor grau, no caso dos juizados especiais, pelas limitações inerentes à sua esfera recursal – na formação de precedentes vinculantes em seu favor ou, se não tanto, e se a difusão informacional for boa o suficiente (caso de cidades menores), em um acréscimo ao capital jurídico do Direito que particularmente lhe favoreça.

A isso se somam as expectativas relacionadas ao *quantum* condenatório divergente entre elas, o que é assaz usual em especial em ações vinculando pedido de danos morais, se vê claramente que o valor absoluto do litígio (representado pela letra maiúscula *J*) não pode ser igual para ambas as partes.

Por isso, será utilizada a variável J_a para o valor do litígio imaginado pelo autor e J_r para a variável respectiva ao réu. A fim de se evitar a multiplicação sucessiva de probabilidades, tome-se esse já como o montante do litígio *esperado* em caso de efetivo pagamento⁶⁰.

⁵⁹ $[r \cdot (J \cdot P_r) + C_i] - C_a > [r \cdot (J \cdot P_a) - C_i] + C_a$.

⁶⁰ Igual diferenciação será feita para os custos básicos de acordo e para os custos do litígio e pelas mesmas razões.

Prosseguindo, o caso dos juizados especiais cíveis, no que tange à alocação de custos do litígio, é um caso bastante particular no Brasil, posto que adota, via de regra, o sistema americano de distribuição de custos do litígio, consoante seu art. 55 que prevê, para o primeiro grau, que a sentença não condenará o vencido em custas e honorários de advogado, ressalvados os casos de litigância de má-fé.

Ainda, o art. 54 da Lei específica, prevendo que o acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento de custas, taxas ou despesas.

Ou seja, para o acesso em primeiro grau de jurisdição, o sistema dos juizados especiais cíveis adota claramente o regime americano de distribuição de custos do litígio, ou seja, independentemente do resultado da lide, cada parte arcará inteiramente com as despesas que incorrer antes, no ingresso e durante o conflito judicializado.

É bem verdade – e aqui mora uma observação à literatura especializada – que ainda que se analisasse a regra inglesa (que é a padrão no Direito brasileiro), é absolutamente impossível que uma das partes, ainda que vencida, consiga arcar *totalmente* com os custos que a outra realizou no litígio.

Isso porque, ainda que se considerasse a possibilidade – fictícia – de que os custos pecuniários fossem inteiramente satisfeitos, como se contabilizar os custos emocionais, pessoais, de tempo e de energia gastos com o litígio?

Muitas ações tramitam no Poder Judiciário envolvendo interesses aos quais as pessoas emprestam importância capital em suas vidas, como a guarda de filhos ou ofensas severas contra si ou seus familiares, sem contar os casos de acidentes com invalidez e demandas das quais dependem a sua própria dignidade.

Por isso, talvez um modelo que vise um maior potencial explicativo à decisão de litigar, em outros cenários (*i.e.*, fora do âmbito dos juizados especiais cíveis) estivesse melhor construído acrescentando-se esses custos assumidos por cada parte.

De toda sorte, nenhuma alteração na inequação (8) se faz necessária para os fins do trabalho no que tange à locação de custas. Aquela modelagem já previa o sistema americano e como o propósito maior é a decisão de litigar ou autocompor, reputa-se que a decisão de recorrer deva ser objeto de outra análise.

Por fim, tem-se a circunstância do fator tempo na decisão objeto de análise. Essa, como é de se imaginar, este trabalho reputa essencial para suas finalidades, e será sim considerada na inequação final.

Portanto, aglutinando-se à inequação (11) o fator de risco da inequação (8) com as diferenças de valor do julgamento para cada uma das partes, encontra-se a última inequação deste artigo, que, enfim, representa a modelagem da condição necessária de acordo no âmbito dos juizados especiais cíveis:

$$\left\{ \left[C_{lr} + \left(r_r \cdot \frac{J_r}{(1+i)^t} \cdot P_r \right) \right] - C_{sr} - [r_r J_r P_r - r_r J_r P_r \cdot (1 + C_{or})^t] \right\} > \left\{ \left[\left(r_a \cdot \frac{J_a}{(1+i)^t} \cdot P_a \right) - C_{la} \right] + C_{sa} + [r_a J_a P_a - [r_a J_a P_a \cdot (1 + C_{oa})^t]] \right\} \quad (12)$$

Facilitando-se a compreensão da proposição acima, eis novamente a explicação de cada uma das variáveis:

J_r → valor do julgamento segundo a estimativa do réu. É o valor que, acaso toda a pretensão autoral seja acolhida, o réu será condenado (em caso de pedido dicotômico, tudo ou nada) ou já sua estimativa pelo cálculo atuarial de probabilidades, em caso de pedido com um valor mais fluido (*v.g.*, danos morais). Inclui-se aqui tanto o acréscimo puramente pecuniário, financeiro, quanto quaisquer ganhos de cunho extrapatrimonial, como a honra recuperada ou o sentimento de justiça.

J_a → valor do julgamento segundo a estimativa do autor, nos mesmos moldes acima.

P_r → probabilidade estimada pelo réu de que o autor se sagra vitorioso no litígio.

P_a → probabilidade estimada pelo autor de que o ele se sagra vitorioso no litígio.

C_{lr} → custas que serão pagas pelo réu na eventualidade do litígio, assim consideradas como aquelas dispendidas após a audiência inicial de conciliação, realizada cotidianamente de maneira autônoma em relação à audiência de instrução e julgamento, oportunidade inclusive em que reconhece o enunciado n.º 10 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais (FONAJE) que poderá ser exercida manifestação mais lúdima do contraditório, com a contestação.

C_{la} → custas que serão pagas pelo autor na eventualidade do litígio, como acima.

C_{sr} → custas “tradicionalis” do acordo que serão pagas pelo réu, compreendendo, por exemplo, mas não necessária ou totalmente, a análise prévia do caso, a contratação de prepostos para a audiência de conciliação, os custos emocionais da negociação, o custo de tempo da negociação e etc.

C_{sa} → custas “tradicionalis” do acordo que serão pagas pelo autor, nos termos acima.

C_{or} → os custos de oportunidade que o requerido incorre ao realizar uma autocomposição da lide e antecipar a entrega do valor estimado do julgamento para a parte autora. É representado por um fator que incide sobre a exatidão do que espera o requerido entregar ao final do tempo do litígio, diminuído posteriormente desse valor sem alteração. Representa o que ele deixou de ganhar, em termos numéricos (não necessariamente estritamente financeiros, frisa-se) por antecipar uma perda futura para o presente.

C_{oa} → os custos de oportunidade que eventualmente o autor incorre ao realizar uma autocomposição da lide.

r_r → fator de comportamento em relação ao risco do réu, podendo ser um número maior que um, representando uma preferência ao risco, menor que 1, representando uma aversão ao risco ou então igual a 1, sendo ele neutro em relação ao risco.

r_a → fator de comportamento em relação ao risco do autor. Mesmas observações.

\hat{t} → fator de desconto temporal do réu, representando aqui o grau de preferência temporal da satisfação de sua necessidade, podendo ser um número maior que zero (em sendo positivo o desconto, denotando a influência do tempo, maior ou menor) ou exatamente igual a zero, no caso de indiferença. A fim de se preservar a inequação tradicional, dialogando com a literatura especializada, qualquer preferência temporal das partes recebera tratamento matemático como custo de oportunidade, a fim de manter as proporcionalidades da equação.

\check{t} → fator de desconto temporal do autor. Idênticos comentários.

\hat{t} → unidade de tempo do litígio, segundo a estimativa do réu.

\check{t} → unidade de tempo do litígio, segundo a estimativa do autor.

5. CONCLUSÕES.

Como se viu, o objetivo deste artigo foi o de revisar a literatura especializada acerca da análise econômica do litígio, desde os primórdios com o modelo de Posner-Landes-Gould, que se mostrou também a base de toda a análise deste trabalho, como logo em seguida trazendo uma série de cenários alternativos à modelagem inicial, agregando as complexidades relativas ao otimismo das partes, ao comportamento estratégico em barganhas, à postura diante do risco, às regras de alocação dos custos do litígio e etc.

Todo o propósito foi o de utilizar o modelo básico, agregados das complexidades necessárias para se modelar a decisão de litigância no seio dos juizados especiais cíveis, em um só modelo capaz de possuir potencial preditivo testável e refutável.

De posse desse modelo, vê-se que a decisão de litigância nos juizados especiais possuía bastante pronunciados os fatores relacionados ao tempo, aos custos de oportunidade e, evidentemente, à ausência de custos pecuniários do litígio, circunstâncias essas capazes de lastrear ao leitor atento uma boa capacidade preditiva dos efeitos de tais incentivos sobre o sistema judicial e, em última instância, sobre a sociedade e os mercados.

O índice de acordos no âmbito dos juizados especiais cíveis – 18%, consoante a pesquisa já citada do CNJ – merece explicação que a modulação aqui feita pode deitar luzes sobre, ao menos em um aspecto positivo da análise.

É evidente, pelo raciocínio realizado, que a ausência de custas ou despesas de ingresso – gratuidade dos juizados – amplia o número de litígios de qualquer grau de probabilidade de êxito. E esse é um fator relevante que a modelagem leva em consideração.

Por outro lado, a pronúncia da insegurança jurídica no Brasil permite ainda que a divergência de expectativas e o viés de otimismo seja bastante relevante para o número de litígios em detrimento ao de acordos (judiciais ou extrajudiciais). A modelagem mostra o volume dessa importância.

O fator tempo talvez seja o cerne da questão. O asoberbamento do Poder Judiciário e a própria configuração do sistema dos juizados especiais cíveis (litigantes infrequentes *versus* sociedades empresárias e litigantes habituais) pode tornar bastante útil para o requerido a postura de impedir a realização da barganha ante o tempo necessário para a efetiva adjudicação do bem da vida pretendido pela parte autora.

Esse dado – olvidado, ao que se conhece, dos outros modelos de litigância, brasileiros ou estrangeiros – pode ser essencial para a explicação da explosão de litigância e do desinteresse das partes na confecção de acordos e composições consensuais (judiciais ou não).

De toda forma, o objetivo deste artigo, que sempre foi o de identificar os fatores da litigância no âmbito dos juizados especiais cíveis, é um início de trabalho, que poderá ser assaz complementado e, especialmente, testado, em uma pesquisa empírica que revele os fatores de maior relevo ou mesmo se essa modelagem não se confirma no mundo fenomênico e merece reparos.

O importante, para o foco e limites deste trabalho, é a identificação formal, para o futuro, da decisão de litigar e seus fatores essenciais, possibilitando à ciência do direito a verificação empírica futura de seus achados.

REFERÊNCIAS

- ARMOR, David A. e TAYLOR, Shelley E. Situated Optimism: specific outcome expectancies and self-regulation. *Advances in experimental social psychology*. Vol. 30, 1998.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. *Quem somos. A Magistratura que queremos*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>>. Acesso em 28 de fevereiro de 2019.
- AUMANN, Robert J. Agreeing to Disagree. *The Annals of Statistics*. Vol. 4, No. 6, Nov., 1976.
- BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H. e PICKER, Randal C. *Game Theory and the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995.
- BEBCHUK, Lucian A. Litigation and Settlement Under Imperfect Information. *The RAND Journal of Economics*. Vol. 15, n.º 3, 1984.
- BONE, Robert G. Economics of civil procedure. In: PARISI, Francesco (Org.). *The Oxford Handbook of Law and Economics*. Vol. III. Oxford: The Oxford University Press, 2017.
- BUCHANAN JR., James M. *The Collected Works of James M. Buchanan: The Limits of Liberty*. Vol. 7. Indianapolis: Liberty Fund, 2000.
- CAMERER, Colin, LOEWENSTEIN, George e WEBER, Martin. The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis. *Journal of Political Economy*. vol. 97, no. 5, 1989.
- COASE, Ronald. Transaction costs in the economic analysis of law. In: PARISI, Francesco e ROWLEY, Charles K. *The Origins of Law and Economics: essays by the founding fathers*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2007.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2018: ano-base 2017*. Brasília:

- CNJ, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6-f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 26 de fevereiro de 2019.
- CONSIDERA, Cláudio. *A poupança brasileira e de uma amostra de países*. Disponível em: <<https://blogdoi-bre.fgv.br/posts/poupanca-brasileira-e-de-uma-amostra-de-paises>>. Acesso em 5 de março de 2019.
- COOTER, Robert e RUBINFELD, Daniel L. Economic Analysis of Legal Disputes and their resolution. *Journal of Economic Literature*. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/4722380_Economic_Analysis_of_Legal_Disputes_and_Their_Resolution>. Acesso em 4 de agosto de 2019.
- DARI-MATTIACCI, Giuseppe e DEFFAINS, Bruno. *Uncertainty of Law and the Legal Process*. Disponível em: <https://www.law.gmu.edu/assets/files/publications/working_papers/05-39.pdf>. Acesso em 3 de março de 2019.
- DAVIS, Morton D. *Teoria dos Jogos: uma introdução não-técnica*. São Paulo: Cultrix, 1973.
- DEVLIN, Alan. *Fundamental Principles of Law and Economics*. London: Routledge, 2014.
- FON, Vincy e PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*. Vol. 26, 2006.
- FRANK, Robert. *Microeconomia e Comportamento*. 8ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2013.
- FRIEDMAN, Milton e SAVAGE, L. J. The utility analysis of choices involving risk. *The Journal of Political Economy*. Chicago: Chicago University Press. Vol. LVI. N.º 4. Aug. 1948. pp. 279-304.
- GENNAIOLI, Nicola e SHLEIFER, Andrei. Overruling and the instability of law. *Journal of Comparative Economics*. Vol. 35, 2007.
- GICO JR., Ivo T. O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. *Revista Direito GV*. São Paulo. Vol. 9(2), 2013.
- _____. *The Tragedy of the Judiciary*. Trabalho apresentado no Summer Institute in Law and Economics da University of Chicago Law School, Chicago, 2018.
- GOULD, John P. The Economics of Legal Conflicts. *The Journal of Legal Studies*. Chicago: Chicago University Press. Vol. 2, n.º 2 (Jun., 1973). pp. 279-300.
- GROSS, Samuel R. e SYVERUD, Kent D. Getting to No: a study of settlement negotiations and the selection of cases for trial. *Michigan Law Review*, 90 (1991).
- HAY, Bruce e SPIER, Kathryn E. *Litigation and Settlement*. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/b7fe/7c460503e395f43afea9-5cc-924cac53dc9c0.pdf>>. Acesso em 04 de agosto de 2019.
- _____. Settlement of Litigation. In: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 3. London: Macmillan Reference Limited, 1998.
- KOROBKIN, Russell. Aspirations and Settlement. *Cornell Law Review*. Vol. 88, n.º 1, 2002.
- KRUGMAN, Paul e WELLS, Robin. *Introdução à economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. *The Journal of Law and Economics*. Vol. 14, n.º 1, 1971.
- _____. e POSNER, Richard A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *The Journal of Law & Economics*. Vol. 19, No. 2, 1976.
- LOEWENSTEIN, George; et al. Self-serving assessments of fairness and pretrial bargaining. *Journal of Legal Studies*. Chicago: Chicago University Press. Vol. XXII, 1993.
- MICELI, Thomas J. *Economics of the Law*. Oxford: Oxford University Press, 1997.
- MISES, Ludwig von. *Ação Humana: um tratado de economia*. Campinas: Vide Editorial, 2015.
- MNOOKIN, Robert J. Why negotiations fail: an exploration of barriers to the resolution of conflict. *The Ohio State Journal on Dispute Resolution*. Vol. 8, n.º 2, 1993.
- NORTH, Douglass C. *Transaction Costs, Institutions, and Economic History*. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*. Vol. 140, n.º 1, 1984.

- _____. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York: Cambridge University Press, 2017.
- PESSOA, Samuel. *Características estruturais da economia brasileira*. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/16832/Caracter%C3%ADsticas-as-%20Estruturais%20da%20Economia%20Brasileira%20-%20Samuel%20Pessoa.pdf>>. Acessado em 5 de março de 2019.
- PINHO, Diva Benevides; VASCONCELLOS, Marco Antônio S. de; TONETO JR., Rudinei. *Manual de Economia*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- POSNER, Richard A. An Economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of Legal Studies*. Chicago: The University of Chicago Press. Vol. 2, No. 2 (Jun., 1973), pp. 417-418.
- _____. *Economic Analysis of Law*. 9th ed. New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.
- PRIEST, George L. e KLEIN, Benjamin. Selection of disputes for litigation. *Journal of Legal Studies*. Chicago: Chicago University Press. Vol. 1. N.º 13, 1984. pp. 1-55.
- PRIEST, George L. Private litigants and the Court Congestion Problem. *Boston University Law Review*. Vol. 68, 1989.
- REES, Ray. The Theory of Principal and Agent – Part I. *Bulletin of Economic Research*. Vol. 37, n.º 1, 1985.
- SHAVELL, Steven. *Foundations of Economic Analysis of Law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.
- _____. Suit versus Settlement When Parties Seek Nonmonetary Judgments. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 22, n.º 1, 1993.
- _____. Suit, settlement and trial: a theoretical analysis under alternative methods for the allocation of legal costs. *Journal of Legal Studies*. Vol. 11, n.º 1, 1982.
- SHERWOOD, Robert M., SHEPHERD, Geoffrey e SOUZA, Celso Marcos de. Judicial systems and economic performance. *The Quarterly Review of Economics and Finance*. Vol. 34, Special Issue, 1994.
- SNYDER, Edward A. e HUGHES, James W. The English rule for allocating legal costs: evidence confronts theory. *Journal of Law, Economics and Organization*. Vol. 6, 1990.
- SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell A. e SHAVELL, Steven. *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1. Amsterdam: North-Holland, 2007.
- VARIAN, Hal. *Microeconomia: uma abordagem moderna*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2016.
- WALDFOGEL, Joel. Selection of cases for trial. In: *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*. Vol. 3. London: Macmillan Reference Limited, 1998.
- WEINSTEIN, Neil D. Unrealistic Optimism About Future Life Events. *Journal of Personality and Social Psychology*. Vol. 39, n.º 5, 1980.
- WILLIAMS, Gerald R. *Legal negotiation and settlement*. Eagan: West Group, 1983.
- YILDIZ, MUHAMET. Bargaining with Optimism. *Annual Review of Economics*. Disponível em: <<https://w-ww.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-economics-061109-080334>>. Acesso em 27 de fevereiro de 2019.
- em: <<https://sidra.ibge.gov.br/ta>>