



University of Brasilia



Economics and Politics Research Group

A CNPq-Brazil Research Group

<http://www.EconPolRG.wordpress.com>

Research Center on Economics and Finance–CIEF

Research Center on Market Regulation–CERME

Research Laboratory on Political Behavior, Institutions
and Public Policy–LAPCIPP

Master's Program in Public Economics–MESP

Modelos Microeconômicos de Análise da Litigância

Fábio Avila de Castro

Master's Program in Public Economics–MESP/UnB

**Economics and Politics Working Paper 37/2014
August 20, 2014**

**Economics and Politics Research Group
Working Paper Series**

MODELOS MICROECONÔMICOS DE ANÁLISE DA LITIGÂNCIA

Fábio Avila de Castro¹

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise qualitativa de alguns institutos e normas do direito civil brasileiro, utilizando dois modelos microeconômicos de análise da litigância: o modelo do otimismo, ou das diferentes percepções, e o modelo de assimetria de informação.

Abstract: The goal of this work is to present a qualitative analysis of the Brazilian rules and institutes of civil and tax laws, using two microeconomic models of dispute resolution: the optimism model or differing perceptions model and the asymmetric information model.

Palavras-chave: litigância, modelo do otimismo, jogos de barganha, assimetria de informação.

Key words: litigation, optimism model, bargain games and asymmetric information

Classificação JEL: C78, K10, K41

JEL Classification: C78, K10, K41

¹ Mestrando em Economia do Setor Público da UnB (Universidade de Brasília)

1. Introdução

A Constituição Federal de 1988 prevê que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, inaugurando uma nova fase da prestação jurisdicional no país. Entretanto, a justiça não deve ser usada para solucionar todo e qualquer conflito intersubjetivo sob pena de se impor à sociedade um enorme custo. Portanto, as normas e institutos ao serem criados devem ter como paradigma modelos que possam direcionar os legisladores aos resultados a serem alcançados, sendo que alguns modelos econômicos de análise da lei podem ser de grande ajuda.

Este artigo tem como objetivo fazer uma análise qualitativa de alguns institutos e normas brasileiras atinentes ao direito civil e tributário com base em dois modelos microeconômicos de análise de litigância: o modelo das diferentes percepções ou do otimismo e o modelo de assimetria de informação.

Na seção 2 são apresentados alguns conceitos importantes que serão utilizados nos modelos estudados. Na seção 3 apresentam-se as fases do litígio e os modelos do otimismo e assimetria de informação. Nas seções de 4 a 8 abordam-se outros aspectos envolvidos no litígio e que podem ser tratados pelos modelos apresentados. Na seção 9 faz-se uma análise qualitativa de alguns institutos e normas brasileiros e na seção 10 algumas considerações finais são feitas.

2. Conceitos iniciais

Os conceitos a seguir serão utilizados nos modelos a serem apresentados na seção 3.

2.1 O conceito de litígio

Sob o ponto de vista jurídico, litígio é uma ação ou controvérsia judicial que tem início com a contestação da demanda (Houaiss p. 1771), isto é, o litígio passa a existir somente quando o Estado, representado pelo Poder Judiciário, é chamado a prestar jurisdição. No momento da contestação, há uma ação judicial ajuizada e três partes passam a integrar a lide: o autor que formalizou seu pedido, o juiz que se declarou competente para o julgamento e o réu que contestou a ação. Assim, há uma clássica definição de litígio como "o conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida (discutida) ou insatisfeita". (CARNELUTTI apud MARQUES, 2000, p.2).

Neste trabalho litígio passa a ter um conceito mais amplo, uma vez que se contemplam situações em que apesar de ter surgido uma controvérsia ainda não há litígio no sentido anteriormente exposto. Tal necessidade decorre da análise das razões que levam o autor a ajuizar uma ação judicial, assim como das razões que levam o réu a contestá-la, todas situações precedentes ao litígio propriamente definido. Assim, o termo litígio tem uma conotação ampla (*lato sensu*) que o relaciona ao caminho percorrido por uma disputa judicial desde a ocorrência do fato danoso até a solução definitiva do caso.

2.2 Normas jurídicas aplicáveis a um litígio

Instaurado o litígio perante o Poder Judiciário serão aplicadas então dois tipos de normas jurídicas para a solução do caso. As normas de direito material são aquelas que criam, regem e extinguem relações jurídicas, definindo aquilo que é lícito e pode ser feito e aquilo que é ilícito e não deve ser feito (WAMBIER, 2007, p.54). São portanto normas que se aplicam ao mundo fático, definindo como se realiza um negócio financeiro, como se rege a relação entre vizinhos, quais as possíveis cláusulas de um contrato, etc. Já as normas de direito processual são aquelas que regem o exercício conjugado da jurisdição pelo

Estado-juiz, da ação pelo demandante (autor) e da defesa pelo demandado (réu) (GRINOVER *et all.*, 2009, p.46), numa soma de atividades conhecida como processo judicial. Nota-se, assim, que o direito processual é, assim, um instrumento a serviço do direito material, já que seus institutos básicos têm como escopo a garantia da autoridade do ordenamento jurídico. (GRINOVER *et all.*, 2009, p.46)

Exemplificando: Suponha que um motorista “A”, com seu automóvel, não obedecendo ao sinal de trânsito “PARE” em um cruzamento, colide com o veículo da pessoa “B” que trafegava pela via transversal com prioridade de passagem. Desse fato nasce uma relação jurídica de direito material, entre os motoristas “A” e “B”, que consiste na obrigação de reparar o dano, nos termos do art. 159 do Código Civil².

Vê-se, pois, que o direito material fixa as regras do direito e das obrigações entre as pessoas, impondo àquele que causar prejuízo a outrem, a obrigação de reparar o dano. Se após o acidente, “A” cumprir a obrigação espontaneamente e a contento da vítima, a relação jurídica de direito material se resolve. Se, ao contrário, “A” resistir (pretensão resistida), configura-se o litígio, e se “B” propuser a competente ação de reparação de dano, nasce o processo, estabelecendo relações processuais entre as partes e o juiz.

2.3 Cronologia de um litígio

Neste artigo utilizar-se-á a mesma cronologia adotada por Miceli (2004, p. 248), por ser a mais adequada ao desenvolvimento do trabalho, e que divide o litígio em três fases: 1) decisão de iniciar ou não a disputa judicial; 2) o estabelecimento de um jogo de barganha entre as partes; e 3) o julgamento da disputa judicial.

Na primeira fase do litígio o indivíduo que entende ter tido algum direito seu violado decide se irá ou não ajuizar uma ação judicial. Um indivíduo racional irá tomar sua decisão com base numa análise de custo e benefício em que irá considerar os custos iniciais da ação (contratação de advogado, pagamento de custos administrativos, etc.) e os possíveis ganhos futuros que terá por intermédio de um acordo ou do julgamento favorável da ação judicial.

Na segunda fase ocorre o ajuizamento da ação, mas antes de seu julgamento. Durante esse período, o indivíduo prejudicado (daqui para diante denominado proponente da ação judicial ou *plaintiff* em inglês, sendo outras possíveis denominações: autor, demandante, requerente) apresenta seus argumentos perante a parte contrária (daqui para diante denominado demandado da ação judicial ou *defendant* em inglês, sendo outras possíveis denominações: réu ou requerido), a qual apresentará suas contra-razões e haverá, então, uma tentativa de acordo extrajudicial, que, poderá, inclusive ser estimulada pelo juiz da causa. É importante ressaltar que os acordos podem acontecer em qualquer fase processual, sendo apenas mais freqüentes antes do julgamento da ação judicial. A possibilidade de acordo ou julgamento será modelada economicamente por meio de jogos de barganha que analisam as possibilidades de um ou outro desfecho, sendo o foco principal deste artigo.

Na terceira fase há o julgamento do litígio pelo Poder Judiciário, o qual terá poder coercitivo para fazer valer sua decisão perante a parte perdedora.

² Cf. art. 159: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

2.4 O valor esperado como critério de decisão

Uma das premissas dos modelos a serem desenvolvidos é que os agentes são racionais e tomarão suas decisões com base no critério do valor esperado, segundo o qual o melhor ato é aquele cujo resultado econômico esperado é o maior em termos de média de longo prazo (KAZMIER, 2004, p. 340). Em termos de cálculo, considerando-se um ato como formado por diversos possíveis eventos, o valor esperado para cada ato será o somatório do valor econômico atribuído a cada evento, ponderado pela probabilidade de ocorrência do respectivo evento. Observa-se também que os agentes trabalham com probabilidades *a priori*, isto é, sem a coleta de qualquer informação amostral. Na grande maioria das vezes as probabilidades atribuídas são subjetivas e derivam de informações históricas obtidas nas decisões dos juízes e dos tribunais e em percepções pessoais sobre o caso em questão. Fica afastado assim, qualquer enfoque probabilístico bayesiano.

Por fim, cabe também ressaltar que os agentes econômicos são, por hipótese, neutros com relação ao risco, de forma que a utilidade esperada do valor monetário iguale a utilidade de seu valor esperado (VARIAN, 2003, p. 240). No exame dos modelos, algumas conclusões poderão se alterar caso haja aversão ou propensão ao risco.

2.5 Ações judiciais abrangidas e evidências empíricas

Uma questão relevante é que os modelos apresentados no presente trabalho se restringem a disputas judiciais que envolvam bens ou direitos disponíveis, isto é, que podem ser transacionados pelo seu titular. Desse modo, esses bens ou direitos podem se submeter ao escrutínio do mercado, de forma a se obter sua precificação. Portanto, os modelos apresentados são adequados às ações cíveis e não às ações penais, ainda que o litígio penal possa também ser alvo de modelagem econômica.

Isto posto, vale comentar que as evidências empíricas mostram que apenas uma pequena fração de ações cíveis começadas nos Estados Unidos acabam indo a julgamento: 4,9 % das disputas cíveis começadas em 1988 e 3% em 1997. (MICELI, 2004, p. 245)

3. Modelos microeconômicos de análise da litigância

Feitas essas importantes considerações iniciais analisam-se, então, as fases do litígio.

3.1 A decisão de litigar

Sejam as variáveis:

L_p = Valor esperado potencial do litígio para o proponente (autor) da ação judicial

C_{lp} = Custo para o proponente (autor) da ação judicial ajuizar a ação (por exemplo, custo de contratação de advogado mais os custos administrativos do ajuizamento)

Desse modo, um proponente racional escolherá iniciar uma disputa judicial com a parte potencialmente responsável pelos danos sofridos quando o valor esperado potencial do litígio superar os custos de ajuizamento. Portanto, o proponente (autor) utilizará a seguinte regra de decisão:

Se $L_p > C_{lp}$, então o proponente ajuíza a ação;

Se $L_p = C_{lp}$, tem-se um ponto de indiferença; e

Se $L_p < C_{lp}$, então o proponente não ajuíza a ação.

O mesmo raciocínio pode ser feito com algumas adaptações para o demandado (réu).

Sejam as variáveis:

L_d = Valor da indenização a ser paga pelo demandado ao autor da ação judicial

C_{ld} = Custo esperado potencial para o demandado (réu) contestar a ação judicial (valor da indenização mais o custo de contratação de advogado, por exemplo)

Dessa forma, um demandado que agir racionalmente só vai contestar a ação se o custo esperado potencial da contestação for inferior ao pedido de indenização do autor. Assim o demandado utilizará a seguinte regra de decisão:

Se $L_d > C_{ld}$, então o demandado contesta a ação;

Se $L_p = C_{ld}$, tem-se um ponto de indiferença; e

Se $L_p < C_{ld}$, então o demandado não contesta a ação.

Aqui vale observar que para o cálculo de L_p e C_{ld} serão utilizadas probabilidades subjetivas de ganho da ação para o proponente (autor) e de perda da ação para o demandado (réu), sendo que há uma complicação adicional com relação a como as regras processuais estabelecem a divisão das custas judiciais.

As regras de decisão acima se limitam a um ponto de decisão (ajuizar ou não a disputa) e dois possíveis desdobramentos (ganhar ou perder o processo), o que denota a simplificação do modelo. Ocorre que uma ação judicial tem vários pontos de decisão e outros desdobramentos possíveis, o que pode dificultar o cálculo do valor esperado potencial do litígio, sendo essa dificuldade apontada por Cooter e Rubinfeld (1989, p.1082).

Caso haja a decisão pelo ajuizamento da ação passa-se a fase seguinte, onde as partes irão barganhar em um momento pré-julgamento, principalmente.

3.2 A decisão entre acordo e julgamento

Conforme foi visto no item 2.5 apenas um pequeno número de litigantes resolve levar sua ação judicial a julgamento. Entretanto, nem sempre as partes entram em acordo e a chave para que isso aconteça são as diferentes crenças, pois as partes podem ter opiniões divergentes sobre o resultado do julgamento ou uma das partes pode deter uma informação relevante para o deslinde da causa. Os modelos a seguir examinam ambas as hipóteses para tentar explicar os litígios que vão a julgamento.

3.2.1 Modelo das diferentes percepções ou do otimismo

Suponha que um indivíduo (proponente) resolva ajuizar uma ação contra uma pessoa (demandado) no sentido de obter reparação por um dano sofrido. Antes do julgamento as partes tentam barganhar de forma a chegar a um acordo extrajudicial em que o demandado (réu) pagará a quantia S ao proponente (autor), sendo $S \geq 0$.

Suponha que as partes diferem quanto às percepções sobre o resultado do julgamento, sendo definidas as seguintes variáveis:

J_p = Valor monetário a ser recebido caso o proponente (autor) ganhe o julgamento.

J_d = Valor monetário a ser pago pelo demandado (réu) caso o proponente (autor) ganhe o julgamento.

P_p = Probabilidade subjetiva do proponente (autor) do resultado do julgamento lhe ser favorável.

P_d = Probabilidade subjetiva do demandado (réu) do resultado do julgamento ser favorável ao proponente. Ou Probabilidade subjetiva do demandado (réu) do resultado do julgamento lhe ser desfavorável.

C_{ap} = Custo para o proponente se o litígio resulta em acordo extrajudicial.

C_{ad} = Custo para o demandado se o litígio resulta em acordo extrajudicial.

C_{jp} = Custo para o proponente se o litígio resulta em julgamento.

C_{jd} = Custo para o demandado se o litígio resulta em julgamento.

S = Valor monetário a ser pago pelo demandado ao proponente em caso de acordo extrajudicial.

Por hipótese, tem-se que $C_{ji} > C_{ai}$ com $i = p, d$, isto é, os custos do julgamento sempre serão maiores que os custos do acordo, uma vez que os custos de acordo estão embutidos nos custos de julgamento pois a causa só foi a julgamento porque as negociações visando ao acordo falharam.

Conforme explicado no item 2.4, o valor esperado do julgamento para o proponente será: $P_p J_p - C_{jp}$ e o valor esperado do acordo será: $S - C_{ap}$. Assim, o proponente aceitará o acordo se: $S - C_{ap} \geq P_p J_p - C_{jp}$, ou:

$$S \geq P_p J_p - (C_{jp} - C_{ap}) \quad (1)$$

Da mesma forma, o demandado possui um custo esperado do julgamento igual a $P_d J_d + C_{jd}$ e o custo esperado do acordo será: $S + C_{ad}$. Assim, o demandado aceitará o acordo se: $S + C_{ad} \leq P_d J_d + C_{jd}$, ou:

$$S \leq P_d J_d + C_{jd} - C_{ad} \quad (2)$$

Combinando-se (1) e (2) tem-se que

$$P_p J_p - (C_{jp} - C_{ap}) \leq S \leq P_d J_d + C_{jd} - C_{ad} \Rightarrow$$

$$P_p J_p - P_d J_d \leq (C_{jp} - C_{ap}) + (C_{jd} - C_{ad}) \quad (3)$$

As equações (1) e (2) mostram que um acordo é possível quando o mínimo valor aceitável pelo proponente for menor que o máximo valor aceitável pelo demandado.

A equação (3) exprime uma condição necessária ao acordo, mas não suficiente, visto que as partes podem não concordar com a divisão do excedente.

A condição suficiente para a ocorrência do julgamento será:

$$P_p J_p - P_d J_d > (C_{jp} - C_{ap}) + (C_{jd} - C_{ad}) \quad (4)$$

Algumas simplificações podem ser feitas sem perda de generalidade. Supondo-se que os custos de acordo são nulos, isto é, $C_{ap} = C_{ad} = 0$ e que os valores monetários relativos ao julgamento são iguais, i.e., $J_p = J_d = J$, então a condição de acordo será:

$$(P_p - P_d)J \leq (C_{jp} + C_{jd}) \quad (5)$$

Observa-se que se $P_p = P_d$, então a condição $0 \leq C_{jp} + C_{jd}$ é sempre satisfeita, o que equivale a dizer que uma vez que as percepções sobre o resultado do julgamento são as mesmas o acordo é sempre possível. Finalmente, a condição suficiente para que a disputa seja levada a julgamento passa a ser:

$$(P_p - P_d)J > (C_{jp} + C_{jd}) \quad (6)$$

Observando-se a equação (6) várias conclusões importantes podem ser obtidas:

- i) a possibilidade de julgamento diminui à medida que os custos de julgamento aumentam, tudo mais constante;
- ii) o julgamento é mais provável quanto maior a diferença entre P_p e P_d (tudo mais constante), o que reflete a questão do encorajamento proporcionado pelo otimismo; e
- iii) Dado que $(P_p - P_d) > 0$, há uma maior possibilidade do litígio ir a julgamento quanto maior for o valor de J (tudo mais constante), isto é, causas envolvendo valores monetários maiores tendem a terminar em julgamento.

Algumas observações ainda decorrem das conclusões apresentadas.

Em se tratando do item (i), ressalta-se que as regras processuais podem interferir nos custos impostos às partes, o que será analisado em seções subseqüentes.

Com relação ao item (ii) concluiu-se que o otimismo de ambas as partes levaria, em tese, a disputa a julgamento, assim como o pessimismo de ambas as partes levaria, teoricamente, a disputa a acordo extrajudicial. Do mesmo modo, a introdução de aversão ao risco para uma ou ambas as partes faz com que o valor esperado do julgamento para o proponente (autor) seja menor e que o custo esperado do julgamento para o demandado (réu) seja maior, o que aumenta a possibilidade de acordo extrajudicial de forma equivalente ao pessimismo entre as partes.

Uma outra questão concernente a item (ii) é que Priest e Klein³ formularam uma hipótese denominada hipótese da litigância seletiva, de que as causas que vão a julgamento não são uma amostra aleatória de todas as causas reportadas aos tribunais. Tal hipótese foi confirmada em vários estudos empíricos conforme aponta Miceli (1997, p. 159).

Um outro aspecto relevante que testou empiricamente o modelo das diferentes percepções foi a mudança na legislação. Quando as normas legais referentes a determinado assunto se alteram, seria natural esperar que haja uma maior incerteza entre as partes acerca do resultado do julgamento, aumentando o valor de $(P_p - P_d)$ na equação (6). Desse modo, espera-se um maior percentual de casos levados a julgamento. De fato, estudos empíricos comprovam uma correlação positiva relevante entre a mudança na legislação e o número de casos levados a julgamento, embora uma relação causal não tenha sido estabelecida empiricamente, conforme assevera Miceli (1997, p. 160).

Finalmente, uma perspectiva extremamente relevante que pode ser deduzida do modelo das diferentes percepções seria o papel da jurisprudência⁴. Nesse caso, reiterados julgamentos com resultados semelhantes tenderiam a fazer com que as percepções do proponente (autor) e do demandado (réu) convergissem. Assim, os valores de P_p e P_d tenderiam a se aproximar, fazendo com que a chance de acordo extrajudicial aumente. A jurisprudência tenderia também a igualar as expectativas quantos aos valores monetários

³ 1984 apud MICELI, 1997, p. 159

⁴ Cf. Houaiss p. 1694: conjunto de decisões e interpretações das leis feitas pelos tribunais superiores, adaptando normas às situações de fato.

objeto de indenização, fazendo com que $J_p = J_d = J$, uma hipótese antes assumida apenas por motivo de simplificação matemática.

Um exemplo matemático será útil para consolidar-se o entendimento do modelo.

Considere que um proponente (autor da ação) possui uma probabilidade subjetiva de vitória em um julgamento de 70% ($P_p = 0,7$) ao passo que o valor monetário da indenização a ser recebida seria R\$ 100.000,00 (J_p). Os custos de litígio suportados em caso de julgamento seriam de R\$ 20.000,00 (C_{jp}). Já o demandado (réu) avalia que a probabilidade do proponente ganhar a ação é de 50% ($P_d = 0,5$) e o valor monetário da indenização a ser paga equivale aos mesmos R\$ 100.000,00 (J_d), sendo que os custos de litígio relativos ao julgamento seriam de R\$ 25.000,00 (C_{jd}).

Assim, o menor valor a ser aceito pelo proponente será dado pela equação (1) e será igual a:

$$(0,7 \times 100.000) - 20.000 = 50.000$$

Desse modo, o proponente aceitará o acordo extrajudicial caso lhe seja oferecido um valor maior ou igual a R\$ 50.000,00.

Da mesma forma, o máximo valor a ser pago pelo demandado será calculado por meio da equação (2) e será igual a:

$$(0,5 \times 100.000) + 25.000 = 75.000$$

Logo, o demandado aceitará o acordo extrajudicial caso lhe seja oferecida qualquer proposta de indenização inferior ou igual a R\$ 75.000,00.

Percebe-se então que há um intervalo de valores entre R\$ 50.000,00 e R\$ 75.000,00 em que as partes poderão barganhar na intenção de alcançar um acordo e encerrar o litígio.

Recorrendo-se à equação (5) é possível perceber que a diferença entre os valores estimados do julgamento é de R\$ 20.000,00 ($70.000 - 50.000$), valor este inferior à soma dos custos das partes que é de R\$ 45.000,00 ($20.000,00 + 25.000$), indicando que a condição necessária ao acordo está satisfeita.

Vamos supor agora que as crenças do proponente permanecem as mesmas, mas que o demandado passa a avaliar que a probabilidade do proponente ganhar a ação é de 20% ($P_d = 0,2$), ficando os demais valores iguais.

Assim, o máximo valor a ser pago pelo demandado passa a ser:

$$(0,2 \times 100.000) + 25.000 = 45.000$$

Observa-se que o valor máximo a ser pago pelo demandado (R\$ 45.000,00) é inferior ao valor mínimo a ser aceito pelo proponente (R\$ 50.000,00), o que inviabiliza a realização de um acordo extrajudicial.

Nota-se também que a diferença entre os valores estimados do julgamento é de R\$ 50.000,00 ($70.000 - 20.000$) é maior que a soma dos custos de julgamento suportados pelas partes que é de R\$ 45.000,00 ($20.000,00 + 25.000$) conforme demonstrado na equação (6), indicando que a condição suficiente ao julgamento está satisfeita.

Voltando-se agora à situação do exemplo inicial e fazendo-se com que a estimativa do valor do julgamento passe a ser R\$ 1.000.000, 00, observa-se agora que a diferença entre os valores estimados do julgamento é de R\$ 200.000, 00 (700.000 – 500.000) ao invés de 20.000,00, o que inviabiliza a possibilidade de acordo extrajudicial, conforme prevê a conclusão estabelecida no item (iii) anterior, decorrente da equação (6).

3.2.2 Modelo da assimetria da informação⁵

Em geral o modelo das diferentes percepções incomoda os economistas porque deixa sem explicação a origem das diferentes crenças acerca do julgamento. Desenvolveu-se, então, um outro modelo de decisão baseado na existência de assimetria informacional entre as partes. Por exemplo, suponha que no caso de um acidente de carro, o demandado (réu) detenha uma informação privada sobre sua real negligência no caso ou o proponente (autor) possa ter uma informação sobre sua co-responsabilidade no acidente. Desse modo, a assimetria de informação provê uma fonte alternativa para explicar as diferentes crenças sobre o resultado do julgamento.

A fim de ilustrar o modelo, suponha que o proponente (autor) tenha uma informação privada sobre sua probabilidade de sucesso no julgamento. Suponha que há dois tipos de proponentes na população de proponentes. Uns com elevada probabilidade de vitória no julgamento (não possuem co-responsabilidade no fato danoso), P_h , e outros com baixa probabilidade de vitória no julgamento (possuem co-responsabilidade no fato danoso), P_l , sendo que $P_h > P_l > 0$. O proponente conhece sua probabilidade de sucesso, de modo que ele consegue calcular seu valor esperado para o julgamento.

Para o proponente com alta chance de vitória tem-se o seguinte retorno esperado para o julgamento: $P_h J - C_{jp}$, assim como para o proponente com baixa chance de vitória tem-se o seguinte retorno esperado: $P_l J - C_{jp}$, onde: $P_h J - C_{jp} > P_l J - C_{jp}$.

Os demandados (réus), entretanto, não conseguem observar o tipo específico de proponente que compõe seu litígio, mas conhecem a proporção de cada tipo na população total. Seja a , a proporção dos proponentes com alta chance de sucesso em relação à população total. Desse modo, o demandado é capaz de calcular a probabilidade média de vitória do proponente como sendo:

$$\bar{P} = aP_h + (1 - a)P_l \quad (7)$$

Assim, o custo esperado para o demandado de levar a ação judicial a julgamento frente a um proponente aleatório é: $\bar{P}J + C_{jd}$ (\bar{P} toma o lugar de P_d no modelo do otimismo). Como no modelo anterior, um acordo judicial ocorrerá se o demandado oferece um valor S ao proponente que o faça aceitar o acordo extrajudicial.

Deve-se notar que se o demandado oferece uma quantia maior ou igual ao retorno esperado do proponente com alta chance de sucesso no julgamento, $P_h J - C_{jp}$, ambos os tipos de proponentes irão aceitar o acordo e nenhum caso irá a julgamento. Essa estratégia é denominada de estratégia de agrupamento, uma vez que o demandado trata ambos os tipos de proponentes como se fossem um único tipo. Assumindo-se que quando o demandado escolhe essa estratégia ele oferece exatamente a quantia $S_h = P_h J - C_{jp}$, a qual é o menor valor que o proponente de alta chance de vitória aceita, seu custo médio por causa é exatamente $P_h J - C_{jp}$ e não haverá julgamentos.

⁵ Essa seção baseia-se em MICELI (2004, p. 248-250)

Entretanto, o demandado pode tentar abaixar seu custo esperado adotando uma estratégia diferente. Suponha, então, que ele passa a oferecer um valor $S_l = P_l J - C_{jp}$. Proponentes com baixa chance de sucesso no julgamento irão aceitar essa oferta, mas não os proponentes com alta chance de sucesso, os quais optarão pelo julgamento. Tal estratégia é denominada estratégia de separação, uma vez que os dois tipos de proponentes têm tratamento diferente (proponentes com baixa chance fazem acordo e com alta chance preferem o julgamento). Como o demandado não conhece o tipo de proponente que compõe a sua lide, seu custo esperado ao adotar essa estratégia será:

$$a(P_h J + C_{jd}) + (1-a)(P_l J - C_{jp}) \quad (8)$$

Uma terceira estratégia possível para o demandado seria oferecer um valor inferior a S_l . Nesse caso, ambos os tipos de proponentes rejeitariam a oferta de acordo e optariam pelo julgamento. Os custos esperados do demandado nesse caso serão $\bar{P}J + C_{jd}$. Mostra-se, contudo, que essa não é a estratégia de menor custo para o demandado, considerando-se que a opção pelo acordo é sempre mais barata, ainda que seja somente com um tipo de proponente.

Nota-se que os julgamentos ocorrerão sob a hipótese de assimetria de informação, quando o demandado escolhe a estratégia de separação ao invés da estratégia de agrupamento. O demandado preferirá a estratégia de separação se seu custo esperado calculado pela equação (8) for menor ou igual ao custo esperado adotando a estratégia de agrupamento, $P_h J - C_{jp}$.

Assim: $a(P_h J + C_{jd}) + (1-a)(P_l J - C_{jp}) \leq P_h J - C_{jp}$, a qual pode ser rearranjada para se obter:

$$\frac{1-a}{a}(P_h - P_l)J > C_{jp} + C_{jd} \quad (9)$$

Observa-se a grande semelhança com a equação (6) que determina a condição de julgamento no modelo de do otimismo. Primeiro, será menos provável a ocorrência de um julgamento quanto maior forem seus custos e segundo, quanto maior o valor da causa, mais provável o julgamento acontecer. A diferença essencial dos modelos recai sobre as crenças que levam a disputa a julgamento: No caso do modelo do otimismo são as diferentes percepções sobre o resultado do julgamento e no modelo em análise seria a posse de uma informação relevante para a solução da disputa.

Passa-se a examinar agora a última fase do litígio, o julgamento.

3.3 Julgamento

3.3.1 Esforço das partes

Muitas vezes as partes tem a possibilidade de decidir, com a ajuda de seu advogado, quanto tempo e esforço serão investidos no litígio. Portanto, um modelo de litígio mais realístico permite que os custos do litígio sejam endógenos (isto é, passem a estar sob controle das partes ao invés de serem fixos). É razoável supor que quanto mais uma parte gasta no litígio, tudo o mais constante, maiores serão suas chances de sucesso no julgamento. Pode-se, então, escrever a probabilidade de vitória do proponente como sendo uma função dos custos das partes, assim: $P_p(C_p, C_d)$, onde $C_{p,d}$ podem ser interpretados como os custos totais do litígio. Como o esforço das partes é produtivo tem-se que $\frac{\partial P_p}{\partial C_p} > 0$ e $\frac{\partial P_p}{\partial C_d} < 0$.

(Observa-se que nessa hipótese, os custos da litigância são uma forma de captura de renda no sentido de que não alteram o montante envolvido no julgamento, mas apenas a sua distribuição esperada). Quando os custos de litigância são endógenos mostra-se que quanto maior o valor envolvido na disputa, J , maior serão os dispêndios de ambas as partes no julgamento. (MICELLI, 1997 p. 160).

Cooter e Rubinfeld (1989, p.1072) afirmam que o custo suportado pela parte no litígio serve como um importante fator de sinalização. Em muitos casos, o tribunal precisa decidir casos onde a responsabilidade do demandado (réu) é incerta, tendo em vista que a informação sobre a lei aplicável ou sobre os fatos ocorridos é incompleta. Assim, as partes envolvidas na disputa, que detém o conhecimento de fatos cruciais para a solução da causa, precisam transmitir esse conhecimento ao tribunal a um determinado custo. Dessa forma, o esforço que a parte emprega no litígio funciona como sinal para a corte. Um sinal mais forte aumenta a probabilidade do tribunal favorecer os fatos apresentados pela parte que os enviou, aumentando a chance de sucesso no julgamento.

3.3.2 Resultado do Julgamento

O resultado de um julgamento decorre de uma complexa interação entre os esforços de ambas as partes, dos fatos ocorridos e da lei aplicável à causa em questão. Se ambas as partes estão interessadas mais na indenização do que na lei, na sua reputação ou em futuras disputas, então os níveis de esforço escolhidos e os resultados obtidos dependerão da produtividade relativa de ambas as partes.

Em muitos casos, as partes estarão engajadas em litígios similares no futuro, de forma que um modelo de jogos repetidos pode ser mais apropriado que os modelos apresentados. Tipicamente, a probabilidade de sucesso no litígio aumenta para a parte com interesse futuro na vitória. (COOTER e RUBINFELD, 1989, p. 1074).

Outros fatores além da indenização podem também influenciar o resultado de um julgamento. Por exemplo, um demandado (réu) que esteja preocupado com sua reputação pode preferir um julgamento a um acordo mesmo sabendo ter uma probabilidade muito pequena de ganhar o litígio. Por outro lado, um demandado que deseja evitar a publicidade de um julgamento pode optar por um acordo extrajudicial mesmo sabendo ter uma elevada probabilidade de sucesso no julgamento. Portanto, os interesses particulares e as interações repetidas tornam a modelagem dos possíveis resultados uma tarefa bastante complexa.

Feitas essas considerações, passa-se agora a examinar algumas questões que decorrem dos modelos apresentados e que trazem resultados interessantes às análises posteriores.

4. Regras processuais

Um importante objetivo da análise econômica do litígio é encontrar maneiras de reduzir os custos de operação do sistema jurídico.

Analisar-se-á como diferentes regras processuais podem afetar a magnitude dos custos de litigância.

4.1 Troca de informação entre as partes

As regras de troca de informação permitem que as partes solicitem informações umas às outras antes do julgamento. A troca de informação pode envolver a troca de documentos, a resposta a questionários e a audição de testemunhas. Um importante objetivo

dessas regras é promover acordos extrajudiciais reduzindo as incertezas das partes acerca do resultado do julgamento.

No modelo do otimismo, a condição para julgamento é dada pela equação (6) que mostra que quanto maior a discordância entre o resultado maior é a chance de julgamento. Como o modelo não explica a razão dessa disparidade e uma das razões pode ser uma informação privada, então a troca de informações aumenta a chance de acordo extrajudicial. No caso do modelo de assimetria informacional, a troca de informações também aumenta a chance de acordo, haja vista que a razão para a ocorrência de julgamento se deve somente a informações privadas detidas pelas partes.

Além disso, a troca de informações pode afetar a repartição dos valores no acordo. Apesar de ser difícil precisar o exato resultado do acordo, uma hipótese plausível é supor que os ganhos serão divididos igualmente. No contexto do modelo do otimismo, essa hipótese implica que S ficaria na metade do intervalo estabelecido pelas equações (1) e (2), supondo nulos os custos de acordo. Assim:

$$S = \frac{(P_p + P_d)J + (C_{jd} - C_{jp})}{2} \quad (10)$$

Um dos problemas da troca de informações é que ela pode ser usada estrategicamente para impor custos à outra parte. Considere um proponente com um valor esperado do julgamento igual a R\$ 10.000,00, de forma que o acordo não poderá ser firmado em valor inferior. Suponha que o demandado faça uma requisição que custe R\$ 1.000,00 ao proponente. Desse modo, o proponente passará a aceitar um acordo a partir de R\$ 9.000,00. Nota-se que o demandado ganha uma vantagem estratégica independente da real necessidade da informação solicitada.

4.2 Regra americana e britânica

Todas as conclusões obtidas levaram em conta a regra americana de alocação dos custos judiciais que determina que cada parte suporta seus próprios custos, independente do resultado do julgamento. Por outro lado, a regra processual britânica impõe os custos judiciais de ambas as partes à parte perdedora.

No contexto do modelo do otimismo, o valor esperado do julgamento para o proponente (autor) no caso de aplicação da regra britânica é:

$$P_p J - (1 - P_p)(C_{jp} + C_{jd}) \quad (11)$$

Já o custo esperado do julgamento para o demandado (réu) no caso de aplicação da regra britânica é:

$$P_d (J + C_{jp} + C_{jd}) \quad (12)$$

O acordo extrajudicial será possível se o máximo valor pago pelo demandado for maior ou igual ao mínimo valor a ser aceito pelo proponente. Combinando-se as equações (11) e (12) obtém-se a condição necessária para o acordo:

$$(P_p - P_d)(J + C_{jp} + C_{jd}) \leq C_{jp} + C_{jd} \quad (13)$$

Comparando-se com a equação (5) que corresponde à condição de acordo para a regra americana, verifica-se que o lado direito é igual, mas o lado esquerda da equação (13) é maior. Isso implica que a faixa possível de acordo é menor, o que nos leva a concluir que as chances de acordo com a aplicação da regra britânica são menores tudo o mais constante.

O fato é que alguns fatores podem não permanecer constantes. Caso os litigantes possam escolher seus níveis de gasto no litígio, eles os aumentarão, uma vez que as participações monetárias são maiores na regra britânica. Assim, a parcela $(C_{jp} + C_{jd})$ aumenta tornando as chances de acordo maiores.

A aversão ao risco irá provocar mais acordos na regra britânica do que na regra americana, dado que aumenta a faixa de valores esperados e, conseqüentemente, o risco. Note que se o proponente vence, na regra americana ele recebe $J - C_{jp}$. Porém, se perde, ele paga C_{jp} . A faixa de valores será $J - C_{jp} - (-C_{jp}) = J$. No caso da regra britânica a faixa de valores aumenta para: $J - (-C_{jp} - C_{jd}) = J + C_{jp} + C_{jd}$. O mesmo se aplica ao demandado.

Um outro benefício atribuído à regra britânica é que ela desencorajaria proponentes que propusessem ações sem mérito (litigância frívola), sendo que Micelli (2004, p.255) demonstra essa proposição.

5. Honorários advocatícios

Até esse ponto foram analisadas regras que alocavam os custos judiciais entre os proponentes (autores) e os demandados (réus) das ações judiciais. Sabe-se que a alocação de custos entre o cliente e seu advogado também pode afetar o resultado do julgamento.

Os honorários advocatícios podem ser fixos, isto é, o proponente paga um valor fixo por hora trabalhada independente do resultado do julgamento ou os honorários podem representar um percentual do valor monetário recebido pela parte no caso de sucesso no julgamento (*contingent fee*). Os honorários por percentual de participação são cada vez mais comuns nos Estados Unidos, mas são proibidos em vários países. No Brasil eles são permitidos.

Para ilustra a questão, suponha que a probabilidade de sucesso, do proponente, no litígio seja uma função do esforço que seu advogado emprega em seu caso. Se o esforço do advogado for x , então o valor esperado do julgamento será $P_p(x)J - C_{pj}(x)$ onde tanto $P_p(x)$ e $C_{pj}(x)$ são funções crescentes em x . Para aumentar a dedicação do advogado, o proponente resolve repartir uma fração b ($b < 1$) do valor esperado do julgamento com o advogado, de forma que o advogado passa a maximizar: $P_p(x)bJ - C_{pj}(x)$

As vantagens trazidas por esse tipo de arranjo são além da maior motivação do advogado pela causa, a divisão do risco da ação entre cliente e advogado e a possibilidade de acesso ao Judiciário por pessoas de menor renda, utilizando o valor da causa como incentivo.

Analisar-se-á o impacto do honorário por percentual de participação na chance de acordo do litígio. A condição para o acordo por parte do proponente é: $S \geq P_p J - C_{jp}$. Em um contrato com honorário de participação proporcional o proponente e o advogado possuem incentivos contrários. O advogado irá preferir o acordo se: $bS \geq P_p bJ - C_{jp}$ ou se:

$$S \geq P_p J - \frac{C_{jp}}{b} \quad (14)$$

Assim, caso $P_p J = R\$ 50.000,00$; $C_{jp} = R\$ 10.000$ e $b = 1/3$ o proponente aceitará o acordo para qualquer valor acima de $(50.000 - 10.000) = R\$ 40.000,00$, ao passo que o advogado aceitará o acordo para qualquer valor acima de $50.000 - (10.000 \times 3) = R\$ 20.000,00$.

Legalmente o proponente controla o acordo, mas o conflito de interesses fica visível no exemplo em questão.

6. Litigância frívola

A litigância frívola são disputas em que não há mérito a ser discutido ou nas quais praticamente não há chance de êxito no julgamento por parte do proponente. Isto é, P_pJ é próximo de zero. Assumindo que os proponentes e seus advogados são pessoas racionais, qual seria o motivo para o ajuizamento de tais ações? Segundo o modelo do otimismo foi mostrado na seção 4.1 que se as partes dividem igualmente o excedente monetário do julgamento, o valor de equilíbrio proporcionado pelo acordo é dado pela equação (10). Supondo que a causa não possui mérito, tem-se então que $P_pJ = P_dJ = 0$ e o valor de acordo se reduz a:

$$S = \frac{C_{jd} - C_{jp}}{2} \quad (15)$$

Portanto, o caso termina em acordo se o demandado (réu) possui custos de julgamento superiores ao proponente. Tal resultado mostra que os demandados irão terminar a causa em acordo se tiverem mais a perder que os proponentes. Entretanto o modelo falha em explicar que a ameaça do proponente em levar o caso a julgamento não é crível, logo, a princípio, para um proponente racional, feita a oferta explicitada na equação (15) a litigância frívola não ocorreria. O modelo de assimetria informacional consegue justificar a existência da litigância frívola na medida em que o demandado não consegue distinguir se o caso tem probabilidade positiva ou nula para o proponente, mas tal análise foge ao escopo do presente trabalho.

Cooter e Ulen (2012, p. 429) fornecem um exemplo interessante sobre os construtores de Nova Iorque, onde os moradores da vizinhança podem embargar a construção de um prédio decidindo ingressar com uma ação judicial cujo único objetivo seria extrair um acordo por parte da construtora, a qual incorrerá em altos custos caso haja atrasos na obra.

De qualquer forma, a litigância frívola é vista como um expediente agressivo e desleal e que pode impor pesados custos de transação à sociedade. Desse modo, a legislação de muitos países contém dispositivos empenhados em evitá-la. (Regra 11 do Código de Processo Civil americano, segundo Miceli (2004, p. 263)).

7. Tempo de julgamento

As estatísticas americanas (MICELLI, 2004, p. 264) mostram que 61% das disputas cíveis são resolvidas em até 1 ano, 23% entre 1 e 2 anos, 10% entre 2 e 3 anos e 6% em mais de 3 anos, apesar do aumento significativo do número de casos na década de 80, o que mostra que a justiça americana soube responder ao desafio. Estudos empíricos mostram que os demandados (réus) utilizam o expediente de postergar os acordos de forma a selecionar os proponentes com maior taxa de desconto intertemporal e desse modo abaixar os custos de acordo.

8. Resolução alternativa (não judicial) de litígios

Os altos custos suportados pelas partes e a demora na obtenção de um julgamento no Poder Judiciário fizeram com que soluções alternativas se apresentassem para a resolução de disputas. Os dois métodos mais utilizados nos Estados Unidos são a arbitragem e a mediação. A arbitragem geralmente ocorre entre pessoas jurídicas e possui a vantagem de ser acordada previamente entre as partes por meio de um contrato. Geralmente o árbitro é escolhido entre as partes e possui alta competência técnica para julgar o assunto da disputa,

impondo o resultado perante as partes. A rapidez é outra vantagem dessa alternativa. Um outro instituto utilizado na resolução de disputas é a mediação. A principal diferença em relação à arbitragem é que o mediador não pode impor uma solução às partes.

9. Aplicações dos resultados aos processos civil e fiscal brasileiro

O objetivo dessa seção é fazer um exame qualitativo de alguns institutos e normas do processo civil e do processo tributário brasileiro e comparar seus efeitos com os resultados obtidos nos modelos desenvolvidos.

Com relação ao custo suportado pelas partes no Brasil, as causas de menor complexidade são de competência dos juizados especiais, cíveis e penais, disciplinados pela Lei nº 9.099/95. A implantação desses juizados teve como finalidade a garantia de um maior acesso à justiça para toda a população. Além de um procedimento simplificado, outra característica é a gratuidade do processo perante o primeiro grau de jurisdição, havendo prescindibilidade da assistência de advogado para causas cíveis até 20 salários mínimos. Os juizados especiais no âmbito estadual têm limite de 40 salários mínimos e os juizados especiais no âmbito federal (Lei nº 10.259/01) têm limite de 60 salários mínimos. Em grau de recurso há pagamento de custas judiciais (inclusive as de primeiro grau) e acrescidos de honorários advocatícios.

Uma outra questão com relação aos custos é o instituto da assistência jurídica gratuita implantado pela Lei 1.060/50 e que isenta os nacionais e residentes no país na condição de “necessitados” do pagamento de diversas custas processuais. A citada lei define como necessitado aqueles cuja situação econômica não lhe permite pagar os custos do processo e os honorários do advogado sem prejuízo do próprio sustento ou de sua família e estabelece que cabe a parte contrária o ônus da prova que o proponente não faz jus ao benefício.

Tanto para caso dos juizados especiais quanto da assistência jurídica gratuita, recordando-se o item 3.1, verifica-se que quanto menores os custos esperados maior a decisão de litigar e com relação ao modelo do otimismo, maior o número de processos levado a julgamento. Não sem motivo, Serbena *et all.* (2013, p.82) mostra que dos 11.550.034 processos entrantes na justiça de 1º grau em 2010, 5.303.779 são dos juizados especiais, aproximadamente 46%.

Com relação ao fato da jurisprudência alinhar as expectativas das partes, no modelo do otimismo, quanto ao resultado do julgamento, diminuindo, assim, o número de julgamentos, a legislação brasileira incorporou a seu arcabouço jurídico a figura da súmula vinculante, cuja previsão deu-se com a Emenda Constitucional nº 45/04. O objetivo do citado instituto é uniformizar a interpretação das normas aplicáveis a situações fáticas idênticas e diminuir o número de processos tramitando na justiça brasileira.

Ainda com relação aos custos suportados, o Brasil adota a regra na qual quem perde o litígio suporta o ônus da sucumbência, ou seja, a regra britânica (“o perdedor paga tudo”). Aqui, a decisão de litigar ou não vai depender tanto da avaliação que o proponente (autor) possui de sua probabilidade de vitória quanto o demandado (réu) da sua probabilidade de derrota. Se ambos forem otimistas, a probabilidade de se iniciar um litígio aumenta e se ambos forem pessimistas, diminui. Viu-se também no modelo do otimismo que a regra britânica, tudo o mais constante, aumenta a chance de julgamento do litígio. Porém, caso a escolha do nível de custos seja possível (hipótese plausível) e caso as partes sejam avessas ao risco, a chance de julgamento do litígio diminui. Portanto, o efeito da regra é incerto e os resultados dos estudos empíricos apresentados em Miceli (2004, p.256) também.

No que tange ao modelo de assimetria informacional deve-se lembrar que a decisão de litigar envolve uma estimativa inicial de custos processuais. Desse modo não se pode

esquecer que existem pelo menos dois tipos de litigantes. Um deles pode-se chamar de profissional, que são os que figuram de forma constante como parte em ações judiciais em razão da natureza de seu negócio e de sua capilaridade e outro que pode-se chamar de eventual, que seria, em geral, uma pessoa física ou uma microempresa que nunca figurou como parte em uma demanda judicial e que possui pouquíssima informação técnica acerca do direito material e processual aplicável ao caso. Fica evidente nesse caso que o litigante eventual não dispõe de informações como tempo médio de duração do processo caso não haja acordo, efetividade dos meios coercitivos judiciais, valor médio das condenações envolvendo indenizações inerentes à natureza da disputa e índice médio de sucesso naquele tipo de demanda. Desse modo, a própria decisão de litigar pode ser tomada pelo litigante eventual com pouco ou nenhum conhecimento sobre os verdadeiros custos que suportará e mesmo quais as melhores condições que poderia pleitear junto ao litigante profissional no caso de um acordo.

No tocante à troca de informação entre as partes, no Brasil ela acontece perante o juiz quando o proponente instrui o processo com a documentação e a descrição dos fatos que o fazem acreditar ser merecedor da causa e o demandado apresenta suas contra-razões. Nos Estados Unidos e em outros países essa troca pode ocorrer fora dos tribunais. Como foi visto, a troca ajuda a reduzir a assimetria informacional, corrigindo o excesso de otimismo de ambas as partes e, dessa forma, reduzindo o número de julgamentos.

No que concerne aos honorários advocatícios, viu-se que a participação percentual do advogado no valor atribuído à causa (*contingent fee*) que pessoas de baixa renda poderiam utilizar essa alternativa para ter acesso à prestação jurisdicional, aumentando, desse forma, o nível de litigância. No Brasil, essa modalidade de contrato é possível de ser feita. Kritzer (2002) mostrou que esse tipo de arranjo entre cliente e advogado não possui influência direta no nível de litígio. Países onde a participação percentual é proibida como Suécia, Alemanha e Áustria possuem um patamar de litigância superior aos Estados Unidos, onde tal formatação contratual é permitida.

Em se tratando de litigância frívola, no Brasil essa prática é denominada litigância de má-fé e sua utilização faz com que quem lança mão desse expediente indenize todos os prejuízos que a outra parte sofreu, mais todas as despesas que efetuou e honorários advocatícios, além de multa de até 1% do valor da causa a ser estipulada pelo juiz. O código de processo civil brasileiro considera litigante de má-fé quem: deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; alterar a verdade dos fatos; usar do processo para conseguir objetivo ilegal; opuser resistência injustificada ao andamento do processo; proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo; provocar incidentes manifestamente infundados; e interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. Pretende-se, desse modo, evitar essa prática agressiva que aumenta a litigiosidade com único fim de beneficiar a parte que dela se aproveita em detrimento do restante da sociedade.

Em relação ao tempo de transcurso dos processos, não há nos relatórios do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) uma estimativa expressa desse quesito. No entanto, segundo Scharlack (2010) é sentimento dos próprios juízes que a solução de processos é morosa. Não se pode esquecer que essa lentidão impõe pesados custos de transação à sociedade, uma vez que as partes podem perder parte significativa dos valores que desejam recuperar com a lide.

Por fim, o Brasil adotou, assim como os Estados Unidos e outros países, a arbitragem, a mediação e a conciliação como formas alternativas de solução de litígios. Na arbitragem (Lei nº 9307/96) o prazo máximo para a conclusão do processo é 180 dias e a escolha do árbitro é feita pelas partes. Os procedimentos processuais são mais simples, além do que a arbitragem pode ser secreta, preservando a reputação das partes envolvidas. Na mediação há a intervenção de um terceiro neutro que apresenta às partes uma proposta de

solução ou uma recomendação. Já na conciliação a terceira parte ajuda os litigantes a encontrar uma plataforma de acordo sem, no entanto, aventar qualquer proposta de consenso. Jorquiera e Alvarez (2005) apresentaram evidências empíricas de elevadas reduções de custo nas soluções não judiciais de litígio, em um estudo para nove países da América Latina (Brasil não consta). Todas essas alternativas tentam evitar os procedimentos mais complexos, mais demorados e de maior custo do litígio judicial, diminuindo, dessa forma, os custos de transação da sociedade.

Antes de adentrar à matéria tributária, cabe ressaltar que o tributo é um bem público, sendo sua indisponibilidade uma característica básica, o que, de certa forma, limita a aplicabilidade dos modelos apresentados no artigo. O modelo de jurisdição brasileiro se denomina modelo de jurisdição una, ou seja, mesmo que uma causa seja examinada pela instância administrativa, caso não seja favorável ao contribuinte, este poderá levar a lide ao reexame do Poder Judiciário. As análises elaboradas referem-se tão somente ao litígio administrativo-tributário, o qual acontece em duas instâncias: a de 1º grau nas delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil (RFB) e a de 2º grau no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), órgão colegiado do Ministério da Fazenda.

Um primeiro ponto a ser ressaltado é que as multas de ofício (75% e 150% no caso de fraude) podem ser reduzidas em 50% no caso do pagamento/compensação do tributo e 40% no caso de parcelamento, nos 30 dias da ciência do lançamento (prazo de impugnação). Da mesma forma, as multas de ofício podem ser reduzidas em 30% no caso de pagamento/compensação e 20% no caso de parcelamento nos 30 dias da ciência da decisão de 1ª instância (prazo de interposição de recurso voluntário ao CARF). Observando-se a equação (2) tem-se que: $S_{inicial} = \text{tributo} + \text{multa} + \text{juros} > S_{pós-regra} = \text{tributo} + (0,5 \text{ a } 0,8) \text{ multa} + \text{juros}$. Um $S_{pós-regra}$ menor aumenta a chance de acordo por parte do demandado, de forma que algumas causas acabam não prosseguindo na lide. Para o Estado (proponente) o custo do acordo é o percentual da multa de ofício que deixa de ser arrecadado. Essa regra, portanto, favorece a diminuição dos litígios.

Um outro ponto tratado pelo modelo do otimismo é a questão da jurisprudência. A legislação atual prevê que as decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do referido colegiado e que poderão ter efeito vinculante para a administração tributária se assim aprovar o Ministro da Fazenda. Portanto, o objetivo dessa medida é reduzir os litígios por meio da uniformização das expectativas conforme previsto no modelo.

Em 2001 foi instituída a figura do depósito recursal de 30% do valor da causa para prosseguimento na segunda instância administrativa (apresentação de recurso voluntário ao CARF). O intuito da medida era aumentar os custos da litigância para o demandado, tentando reduzir a litigiosidade, o que se verificou na vigência da medida. Entretanto, o referido depósito recursal foi considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, por ferir o princípio da ampla defesa.

Por fim, há no Brasil o instituto dos parcelamentos especiais, inaugurados com um programa denominado Refis, no ano de 2.000, e que desde então são reeditados com regras e condições peculiares num intervalo de 3 em 3 anos, aproximadamente. Esses programas de parcelamento especiais sempre propõem uma redução substancial dos acréscimos legais incidentes sobre os tributos em atraso ou sujeitos a procedimento de ofício. Assim, o Estado sempre faz uma proposta de forma a provocar acordos e encerrar os litígios tributários. O custo para o Estado são os valores de juros, multa e encargos da procuradoria que deixam de ser arrecadados, menos alguns valores não declarados que porventura sejam incluídos no parcelamento. Conforme visto anteriormente, o modelo do otimismo prevê essa situação como um de seus resultados.

10. Considerações finais

Algumas considerações qualitativas podem ser feitas de tudo que foi exposto nas seções anteriores.

Os modelos estudados mostram que os custos são uma variável crucial na tomada de decisão no início do litígio e no processo de decisão entre prosseguir na lide ou formalizar um acordo extrajudicial com as partes. Nesse aspecto, verificou-se que tantos os juizados especiais quanto a assistência jurídica gratuita são fontes propulsoras de litigiosidade, embora sejam instrumentos importantes de acesso da parcela de baixa renda da população ao Poder Judiciário. Longe de uma análise de eficiência ou equidade que estaria fora do escopo desse artigo, o que se mostra é que ao se fazer a análise custo-benefício em termos de patamar de litigiosidade desejado, qualquer regra que aumente os custos suportados pelas partes irá reduzir a opção litigiosa. Além disso, a criação de uma simples regra objetiva para a assistência jurídica gratuita já seria bem-vinda, ainda mais hoje que o governo federal possui um amplo espectro das famílias de baixa renda cadastradas em seus programas de distribuição de renda. Ainda nesse aspecto, a adoção pelo Brasil da regra britânica de alocação de custas judiciais na qual o perdedor paga tudo, induziria, pelo modelo do otimismo, maior litigância. Ocorre que os resultados empíricos divergem mostrando que a peculiaridade de cada jurisdição influi no resultado.

Verificou-se também que a jurisprudência possui o papel de alinhar as expectativas de sucesso das partes, diminuindo, assim, a litigância. Nesse aspecto, a existência de súmulas nos tribunais superiores, súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal e súmulas vinculantes do CARF ajudam a reduzir a litigiosidade, ainda que não se tenha conseguido evidência empírica acerca desse resultado. De qualquer forma as súmulas atuam no sentido desejado de minorar as disputas judiciais.

No tocante ao modelo de assimetria de informação, a existência de informação privada impede a correta avaliação tanto da chance de sucesso quanto dos custos envolvidos. Nesse quesito, se o Poder Judiciário divulgasse informações como tempo médio de duração do processo levado a julgamento, valor médio das condenações envolvendo indenizações inerentes à natureza da disputa e índice médio de sucesso naquele tipo de demanda haveria uma grande probabilidade de que o patamar de litigância viesse a diminuir, uma vez que o litigante eventual teria condições muito melhores de avaliar suas chances e seus custos. Um outro aspecto é que a legislação brasileira poderia incentivar mais a troca de informação entre as partes de modo a alinhar as expectativas quanto à disputa, diminuindo, dessa forma o nível de litigiosidade no país.

Quanto à questão dos honorários advocatícios negociados como uma participação percentual da causa, não há evidência empírica correlacionando essa prática ao nível de litígio. Importante destacar apenas o resultado demonstrando o conflito de interesses entre cliente e advogado nessa modalidade de contrato.

No tocante à litigância de má-fé, o código civil brasileiro se mostra abrangente e preparado para enfrentar essa prática desleal.

Quanto ao tempo de transcurso do processo no Brasil, a impressão é de morosidade, mas não há dados disponíveis que permitam avaliar melhor a situação. Entretanto, ficou mostrado nesse trabalho o impacto que pode haver na magnitude das reparações em caso de excessiva demora.

Em termos de soluções alternativas de disputas a legislação brasileira se mostra adequada, mas faltam estudos empíricos que demonstrem o impacto desses institutos no nível de litigância no Brasil de modo a se ter algum retrato de seu grau de eficiência. Fica a sugestão para um futuro trabalho nesse sentido.

Por fim, demonstrou-se que a redução das multas e juros nos processos administrativos tributários, assim como os programas de parcelamento especiais, mais

conhecidos como Refis, induzem o fim dos litígios, mas não sem custo para o Estado, que perde parte da arrecadação nesses programas e acaba deseducando o bom contribuinte a pagar seus tributos no vencimento previsto em lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 04 jan. 2014.
- COOTER, Robert D., RUBINFELD, Daniel L. Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. **Journal of Economic Literature** v. XXVII, p. 1067-1097, sept 1989.
- COOTER, R., ULEN, T. **Law and Economics**. 6th ed. Boston: Addinon-Wesley, 2012.
- GRINOVER, Ada P., DINAMARCO, Cândido R., CINTRA, Antonio Carlos de A. **Teoria Geral do Processo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HOUAISS, Antônio. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2004.
- JORQUIERA, Carlos E., ALVAREZ Gabriel D. The Cost of Disputes in Companies and the Use of ADR Methods: Lessons from Nine Latin American Countries. **MIF Study, Multilateral Investment Fund**, Washington, DC, 2005.
- KAZMIER, Leonard J. **Business Statistics**. 4th ed. New York: The Mc Graw Hill Companies Inc., 2004.
- KRITZER, Herbert M. Lawyers and fees and lawyer behavior on litigation, what does the empirical literature really say? **Texas Law Review** v. 80, p.1943-1983, 2002.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. 1. ed. rev. e atual. São Paulo: Millennium, 2000. p.2.
- MICELI, Thomas J. **Economics of the Law**. New York: Oxford University Press, 1997.
- MICELI, Thomas J. **The economic approach to law**. Stanford: Stanford Univesity Press, 2004.
- SCHARLACK, José Rubens V. Sistema Jurídico e Desenvolvimento Econômico: A busca pela eficiência e o caso brasileiro. **Estratégia**, v.9, p. 168-174, 2010.
- SERBENA, Carlos A., WIVIURKA, Eduardo S., MONTEMEZZO, Francielle P., BARBOZA, Priscila da S. Justiça em números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, n.8, p.73-92, 2013.
- VARIAN, Hal R. **Microeconomia: Princípios básicos**. 6e. Rio de janeiro: Elsevier, 2003.
- WAMBIER, Luiz R. **Curso avançado de processual civil**. Vol I 9^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

The **Economics and Politics (CNPq) Research Group** started publishing its members' working papers on June 12, 2013. Online publication occurs every Wednesday. Please check the list below and click at <http://econpolrg.com/working-papers/> to access all publications.

Number	Date	Publication
37/2014	08-20-2014	Modelos Microeconômicos de Análise da Litigância, Fábio Avila de Castro
36/2014	06-23-2014	Uma Investigação sobre a Focalização do Programa Bolsa Família e seus Determinantes Imediatos. André P. Souza, Plínio P. de Oliveira, Janete Duarte, Sérgio R. Gadelha & José de Anchieta Neves
35/2014	06-22-2014	Terminais de Contêineres no Brasil: Eficiência Intertemporal. Leopoldo Kirchner and Vander Lucas
34/2014	06-06-2014	Lei 12.846/13: atrai ou afugenta investimentos? Roberto Neves Pedrosa di Cillo
33/2013	11-27-2013	Vale a pena ser um bom gestor? Comportamento Eleitoral e Reeleição no Brasil, Pedro Cavalcante
32/2013	11-13-2013	A pressa é inimiga da participação (e do controle)? Uma análise comparativa da implementação de programas estratégicos do governo federal, Roberto Rocha C. Pires and Alexandre de Avila Gomide
31/2013	10-30-2013	Crises de segurança do alimento e a demanda por carnes no Brasil, Moisés de Andrade Resende Filho, Karina Junqueira de Souza and Luís Cristóvão Ferreira Lima
30/2013	10-16-2013	Ética & Incentivos: O que diz a Teoria Econômica sobre recompensar quem denuncia a corrupção? Maurício Bugarin
29/2013	10-02-2013	Intra-Village Expansion of Welfare Programs, M. Christian Lehmann
28/2013	09-25-2013	Interações verticais e horizontais entre governos e seus efeitos sobre as decisões de descentralização educacional no Brasil, Ana Carolina Zoghbi, Enlinson Mattos and Rafael Terra
27/2013	09-18-2013	Partidos, facções e a ocupação dos cargos de confiança no executivo federal (1999-2011), Felix Lopez, Mauricio Bugarin and Karina Bugarin
26/2013	09-11-2013	Metodologias de Análise da Concorrência no Setor Portuário, Pedro H. Albuquerque, Paulo P. de Britto, Paulo C. Coutinho, Adelaida Fonseca, Vander M. Lucas, Paulo R. Lustosa, Alexandre Y. Carvalho and André R. de Oliveira
25/2013	09-04-2013	Balancing the Power to Appoint officers, Salvador Barberà and Danilo Coelho
24/2013	08-28-2013	Modelos de Estrutura do Setor Portuário para Análise da Concorrência, Paulo C. Coutinho, Paulo P. de Britto, Vander M. Lucas, Paulo R. Lustosa, Pedro H. Albuquerque, Alexandre Y. Carvalho, Adelaida Fonseca and André Rossi de Oliveira
23/2013	08-21-2013	Hyperopic Strict Topologies, Jaime Orillo and Rudy José Rosas Bazán
22/2013	08-14-2013	Há Incompatibilidade entre Eficiência e Legalidade? Fernando B. Meneguín and Pedro Felipe de Oliveira Santos
21/2013	08-07-2013	A Note on Equivalent Comparisons of Information Channels, Luís Fernando Brands Barbosa and Gil Riella
20/2013	07-31-2013	Vertical Integration on Health Care Markets: Evidence from Brazil, Tainá Leandro and José Guilherme de Lara Resende
19/2013	07-24-2013	A Simple Method of Elicitation of Preferences under Risk, Patrícia Langasch Tecles and José Guilherme de Lara Resende
18/2013	07-17-2013	Algunas Nociones sobre el Sistema de Control Público en Argentina con Mención al Caso de los Hospitales Públicos de la Provincia de Mendoza, Luis Federico Giménez

Number	Date	Publication
17/2013	07-10-2013	Mensuração do Risco de Crédito em Carteiras de Financiamentos Comerciais e suas Implicações para o Spread Bancário, Paulo de Britto and Rogério Cerri
16/2013	07-03-2013	Previdências dos Trabalhadores dos Setores Público e Privado e Desigualdade no Brasil, Pedro H. G. F. de Souza and Marcelo Medeiros
15/2013	06-26-2013	Incentivos à Corrupção e à Inação no Serviço Público: Uma análise de desenho de mecanismos, Maurício Bugarin and Fernando Meneguim
14/2013	06-26-2013	The Decline in inequality in Brazil, 2003–2009: The Role of the State, Pedro H. G. F. de Souza and Marcelo Medeiros
13/2013	06-26-2013	Productivity Growth and Product Choice in Fisheries: the Case of the Alaskan pollock Fishery Revisited, Marcelo de O. Torres and Ronald G. Felthoven
12/2013	06-19-2003	The State and income inequality in Brazil, Marcelo Medeiros and Pedro H. G. F. de Souza
11/2013	06-19-2013	Uma alternativa para o cálculo do fator X no setor de distribuição de energia elétrica no Brasil, Paulo Cesar Coutinho and Ângelo Henrique Lopes da Silva
10/2013	06-12-2013	Mecanismos de difusão de Políticas Sociais no Brasil: uma análise do Programa Saúde da Família, Denilson Bandeira Coêlho, Pedro Cavalcante and Mathieu Turgeon
09/2013	06-12-2103	A Brief Analysis of Aggregate Measures as an Alternative to the Median at Central Bank of Brazil's Survey of Professional Forecasts, Fabia A. Carvalho
08/2013	06-12-2013	On the Optimality of Exclusion in Multidimensional Screening, Paulo Barelli, Suren Basov, Mauricio Bugarin and Ian King
07/2013	06-12-2013	Desenvolvimentos institucionais recentes no setor de telecomunicações no Brasil, Rodrigo A. F. de Sousa, Nathalia A. de Souza and Luis C. Kubota
06/2013	06-12-2013	Preference for Flexibility and Dynamic Consistency, Gil Riella
05/2013	06-12-2013	Partisan Voluntary Transfers in a Fiscal Federation: New evidence from Brazil, Mauricio Bugarin and Ricardo Ubrig
04/2013	06-12-2013	How Judges Think in the Brazilian Supreme Court: Estimating Ideal Points and Identifying Dimensions, Pedro F. A. Nery Ferreira and Bernardo Mueller
03/2013	06-12-2013	Democracy, Accountability, and Poverty Alleviation in Mexico: Self-Restraining Reform and the Depoliticization of Social Spending, Yuriko Takahashi
02/2013	06-12-2013	Yardstick Competition in Education Spending: a Spatial Analysis based on Different Educational and Electoral Accountability Regimes, Rafael Terra
01/2013	06-12-2013	On the Representation of Incomplete Preferences under Uncertainty with Indecisiveness in Tastes, Gil Riella