

Luciana Yeung
Bradson Camelo

CURSO DE
ANÁLISE
econômica
DO DIREITO

4ª edição

Revista, atualizada
e ampliada

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO

Rachel, uma empresária de sucesso, chama seu secretário e diz que precisa de um economista para aconselhá-la sobre a decisão de ajuizar uma demanda contra o Estado. O assistente contrata os melhores economistas estrangeiros para falar com a empreendedora. Após conversar com o terceiro, a empresária disse que o próximo estudioso deveria ser maneta.

O secretário perguntou intrigado o motivo daquela demanda. A gestora, disse que estava cansada dos expoentes da ciência lúgubre falando “On the one hand, this” e “On the other hand, that”.¹

1. “On the one hand” significa “por um lado”. Essa história é inspirada na situação verídica envolvendo o 33º presidente americano Harry Truman.

10.1. APRESENTAÇÃO: A “TRAGÉDIA DO JUDICIÁRIO”

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça pelo relatório “Justiça em Números” (2020), em 2019 foram distribuídas 30,2 milhões de novas ações, o que corresponde a um indicador de 14.313 casos por 100 mil habitantes brasileiros. Se por si só esses dados já seriam surpreendentes, em perspectiva comparada, eles impressionam ainda mais. Em um estudo acadêmico, Rasmeyer e Rasmusen (2013) encontraram dados de litigância para 100.000 habitantes: 5.806 para os EUA, 3.681 para a Inglaterra, 1.768 para o Japão. Wollschlager (1998), em trabalho restrito a países europeus, revela que o país mais contencioso é a Alemanha, com 12.300 casos, seguida pela Suécia, com 11.120. Como pode ser visto, o Brasil ultrapassa até mesmo a Alemanha, reconhecido como um dos países mais litigantes do mundo ocidental².

O fato de que o Judiciário brasileiro tem números bastante expressivos de movimentação processual não é novidade sobretudo aos profissionais do Direito. Mas como este problema pode ser entendido dentro de uma perspectiva econômica? Para isso, vamos voltar a conceitos discutidos no início desta obra. Iniciamos com a discussão dos conceitos econômicos de *bem público* e *bem privado*, vistos no capítulo 3.

Ora, vimos que um bem ou serviço é considerado público, no sentido econômico, caso seu consumo ou seu uso tenha característica de ser não rival e não excludente: o consumo ou a utilização deste bem/serviço por uma pessoa não reduz em nada a quantidade disponível deste bem/serviço para as demais pessoas na sociedade; além disso, é muito difícil ou impossível impedir que pessoas que não pagaram pelo seu uso de fato o utilizem. Por outro lado, bens privados são aqueles que têm consumo rival e excludente. Naquele mesmo capítulo, demos diversos exemplos de bens públicos e de bens privados; da mesma maneira, podemos entender o serviço fornecido pelo Judiciário (de qualquer país) como um bem privado, pois seu consumo é rival e, em certa medida, excludente. Não é difícil perceber isso: o tempo e a energia que um magistrado(a) dedica para a análise de um caso judicial não podem ser “reciclados” e utilizados para outro fim, ou seja, o serviço de sua atenção tem consumo rival. Além disso, seria relativamente simples impedir pessoas de usarem os serviços judiciais caso não paguem um valor, tanto é

2. Lisboa, Yeung e Azevedo (2021).

verdade que existem as custas judiciais³. Então, é bastante claro que o serviço do Judiciário é, no sentido econômico, um bem privado. Também, como discutimos anteriormente, quando bens privados tem um acesso na racionalmente controlado pode haver incentivos à sua superutilização. O resultado disso seria uma rápida exaustão e eventualmente um desaparecimento da disponibilidade deste bem ou recurso para a maioria das pessoas na sociedade. Este é o fenômeno da “Tragédia dos Comuns”, como cunhada pelos primeiros cientistas (ambientalistas) que estudaram o fenômeno da exaustão e desaparecimento de recursos naturais em situações em que não havia uma adequada proteção contra seu mau uso.

O que teóricos da análise econômica do Judiciário têm mostrado é a ocorrência da “Tragédia da Justiça” no Brasil: uma utilização não racional, que está levando os serviços judiciais de magistrados e servidores à exaustão. Como Gico Jr. (2020) explica:

“... uma vez que políticas de acesso irrestrito à Justiça estejam em vigor, é trivial reconhecer que o Judiciário se tornará um bem não excludente e mais usuários acessarão o sistema. No entanto, como os sistemas adjudicatórios são rivais por natureza, o resultado esperado será a superexploração do sistema, levando à substancial degradação dos serviços fornecidos. Todos queremos que cada um tenha acesso aos serviços adjudicatórios, pois a capacidade de reivindicar seus direitos é um requisito essencial de poder exercê-los. No entanto, uma vez concedido o acesso irrestrito aos tribunais, o sistema em si sobrecarregará de casos e, embora o acesso ao sistema seja garantido, o serviço adjudicatório não será prestado em tempo hábil, ou será fornecido a uma qualidade muito menor; este resultado é exatamente a **Tragédia do Judiciário**” (p. 227, ênfases do autor).

Neste capítulo discutiremos a teoria da análise econômica do direito processual, mas especificamente aplicada ao contexto brasileiro. Começaremos apresentando o conceito de custos sociais do processo, que relacionam com os custos administrativos e de erros dos julgados. Essas duas variáveis são cruciais no entendimento da lógica econômica do processo e da litigância, mas não os únicos. Logo em seguida, apresentaremos um modelo comumente usado na análise econômica do processo, baseado na teoria dos jogos, onde diversas outras variáveis são inseridas afetando o resultado do jogo. Veremos que se tratará de um exemplo ilustrativo apenas, pois o jogo pode ser

3. O fato de existir no nosso país o instituto da gratuidade da Justiça não se deve a dificuldades da cobrança, deve-se a uma análise sobre possíveis vantagens sociais de conferir este acesso que efetivamente não é gratuito, e sim financiado por outras pessoas contribuintes de impostos.

facilmente adaptado para situações em que outras variáveis estariam presentes, ou presentes com outros valores. Todas essas informações são relevantes na “solução” do jogo, ou seja, na compreensão de quais condições tornam o litígio mais frequente, ou do contrário, quando o acordo entre as partes em conflito teria mais chance de acontecer; exatamente essa discussão será trazida em seguida. Mostraremos ainda alguns resultados de pesquisas recentes sobre a questão no Brasil; veremos que empiricamente existem, hoje no Judiciário brasileiro, poucos incentivos para o acordo entre as partes. Depois disso, voltaremos a uma discussão mais teórica sobre o papel dos recursos no direito processual. Como muitas vezes acontece, a teoria e os modelos mostram que existiriam níveis ótimos da frequência com que os recursos são utilizados, e a sua extrapolação – para cima ou para baixo – geram problemas em todo o sistema processual, enviando sinais e incentivos negativos para as partes envolvidas. Novamente, faremos essa discussão levando-se em conta as evidências da realidade brasileira. Por fim, uma discussão da lógica econômica de alguns dos mais comuns sistemas alternativos de solução de controvérsias e seus potenciais para o futuro.

10.2. A REDUÇÃO DOS CUSTOS SOCIAIS

Como entender a problemática e resolver o fenômeno da Tragédia do Judiciário identificado na seção anterior? Na verdade, existe uma literatura clássica que propõe um modelo econômico para o entendimento do processo judicial, que em muito lembra o modelo econômico da responsabilidade civil. Iniciamos por distinguir custos privados de custos sociais e custos administrativos de custos de erros (de julgamento).

10.2.1. Custos privados e custos sociais

Os custos privados do processo são aqueles custos gerados para as partes do processo. É muito importante que o leitor(a) brasileiro(a) não se deixe confundir pela existência dos institutos existentes em nosso país de “gratuidade da Justiça”. A mera existência legal deles não quer dizer que não haja custos, apenas que seu ônus foi transferido para outra(s) pessoa(s). Custos *sempre* serão criados para as partes que decidem ou que estão envolvidas em um processo (na verdade civil ou de outra natureza). Além disso, esses custos podem ser de natureza monetária, direta – tais como honorários de advogados, taxas judiciais, entre outros – como custos indiretos – tempo gasto,

oportunidades que deixaram de ser seguidas ou auferidas porque a parte se envolveu no processo, etc. Muitas vezes (sobretudo no caso brasileiro), os custos privados indiretos podem ser muito superiores aos custos diretos, e como já aprendemos nas lições de microeconomia, não é por não serem facilmente mensuráveis, que deixam de valer na tomada de decisão das pessoas. Voltaremos a essa importante discussão mais adiante.

No entanto, é bastante claro que existem também custos sociais, gerado a partes não diretamente envolvidas no processo, mas para um amplo grupo de pessoas dispersas, a “sociedade”. Os custos sociais, por sua vez, são compostos por dois tipos: os custos administrativos e os custos dos erros. Os custos administrativos são aqueles decorridos do andamento do processo, do começo ao fim, para manutenção e gestão de todo o complexo sistema do Judiciário. Como mostra Gico Jr. (2020) “quanto mais garantias e procedimentos, ou seja, quanto mais complexo o sistema judicial for para a proteção dos litigantes, maiores serão os custos de administração do próprio sistema” (p. 39). Ainda com base no relatório “Justiça em Números 2020”, o orçamento do Judiciário brasileiro em 2019 alcançou a cifra astronômica de R\$ 100,2 bilhões. Isso o coloca entre um dos mais caros do mundo, com relação à porcentagem do PIB, conforme Tabela 1 abaixo (com dados compilados exclusivamente para esta publicação):

Tabela 1 – Gastos com sistema de justiça como porcentagem do PIB 2020
(países selecionados)

País	Orçamento sobre PIB (%)
EUA	0,10 ⁴
Reino Unido	0,46 ⁵
França	0,2 ⁶
Itália	0,3 ³

4. Fonte: Departamento de Justiça Americano, disponível em: <https://www.justice.gov/jmd/page/file/1142306/download>.

5. Fonte: Relatório Oficial do Governo Britânico, disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/spending-review-2020-documents/spending-review-2020#statistical-annex>.

6. Agência oficial Eurostat, relatório sobre o sistema de “public order and safety”, disponível em: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Government_expenditure_on_public_order_and_safety#Expenditure_on_public_order_and_safety_by_type_of_transaction.

País	Orçamento sobre PIB (%)
Alemanha	0,4 ³
Portugal	0,4 ³
Espanha	0,4 ³
Brasil	1,35⁷

Fonte: Compilação feita pelos autores.

10.2.2. A precisão das decisões judiciais, os erros de julgamento e os custos dos erros

Porém, além dos custos sociais administrativos, existem ainda os custos dos erros de julgamento. Esses custos são mais dificilmente aferidos, porém têm forte impacto nos incentivos gerados para as partes litigantes. Tomando um mero exemplo para ilustrar, se um tribunal comete erro no julgamento sobre a responsabilidade em um caso de acidente, enviará sinais errados e ineficientes sobre quem deve ser a parte que deve tomar as precauções, e o quanto deve fazê-lo para evitar tal acidente de repetir no futuro. Os custos causados por um erro de decisão como este são altamente significantes. Por que tais erros acontecem? Diversas são as razões, e certamente o próprio Direito, em suas discussões sobre hermenêutica, debruça-se para tentar explicar esses erros. Na visão da análise econômica, porém, pode-se dizer que tratam-se de situações de *assimetria de informação*: o tribunal – na figura de seus magistrados(as) julgadores(as) – detêm menos informação do que as partes envolvidas sobre detalhes do caso. Como Cooter e Ulen (2010) explicam:

“Na realidade, os tribunais possuem informações imperfeitas, o que faz com que cometam erros ao aplicar o direito substantivo. À medida que a qualidade das informações melhora, entretanto, os tribunais cometem menos erros. Imagine que um tribunal independente possui informações *perfeitas* sobre os fatos e a lei sobre todos os casos que decide. Esse tribunal nunca cometeria erros e sempre tomaria decisões ideais em relação à legislação eficiente” (p. 406, ênfase dos autores).

No entanto, é bastante claro que, para melhorar a qualidade da informação dos tribunais, é preciso incorrer em mais recursos, investir mais tempo, tecnologia e recursos humanos, o que leva ao aumento do custo administrativo.

7. Fonte: Conselho Nacional de Justiça “Justiça em Números 2021”, disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/09/relatorio-justica-em-numeros2021-12.pdf>.

Vamos chamar esses de c_a e os custos dos erros de $c(e)$ ⁸. Os custos sociais do processo podem, então, ser representados como:

$$CS = c_a + c(e)$$

O que se objetiva, como uma sociedade preocupada em não desperdiçar recursos e gerar eficiência, é justamente minimizar CS. No entanto, como Gico Jr. (2020) explica:

“[Na representação dos custos sociais do processo] temos duas variáveis com comportamentos opostos que se compensam: os custos do erro e os custos de administração. Quanto mais investimentos em processo, menor serão os custos com erro adjudicatório (cai $c(e)$). No entanto, quanto mais se investe em processo, mais complexo e demorado será o sistema e, portanto, maior será o custo de administração (aumenta c_a), e vice-versa. Em suma, o investimento em processo diminui o custo decorrente do erro e aumenta o custo de administração, e a diminuição do custo de administração aumenta o custo com erro. Se entendermos que a função do Direito Processual é proteger as partes de erros na adjudicação (proteção) e organizar a atividade adjudicatória (administração), então podemos compreender o Direito processual como uma tentativa de minimizar o custo do processo, dado por CS” (p. 39)

Os custos sociais do processo envolvem os custos administrativos (c_a) para gerenciar a estrutura judiciária, e também os custos dos erros de condenação ($c(e)$) – que geram perdas para a sociedade. O objetivo será sempre minimizar os custos sociais, o que implica um tradeoff (uma troca) entre os dois tipos de erro, que têm comportamentos opostos.

É interessante observar que o problema aqui em muito se assemelha ao problema visto anteriormente, no capítulo de Responsabilidade Civil, de minimização de custos sociais, com duas componentes com comportamentos opostos. De maneira prática, a função de custos sociais (totais) poderia ser minimizada sabendo-se quais são os custos administrativos e o comportamento da função de custos de erros de julgamento envolvidos. Trata-se também de um exercício acadêmico e científico bastante interessante tentar

8. Perceba-se que os custos administrativos são representados como valores absolutos, já os custos de erros são uma função: custos aumentam *como função* dos erros cometidos; é por este motivo que “e” está dentro de parênteses, para representar não um valor absoluto, mas de custos proporcionais aos erros cometidos.

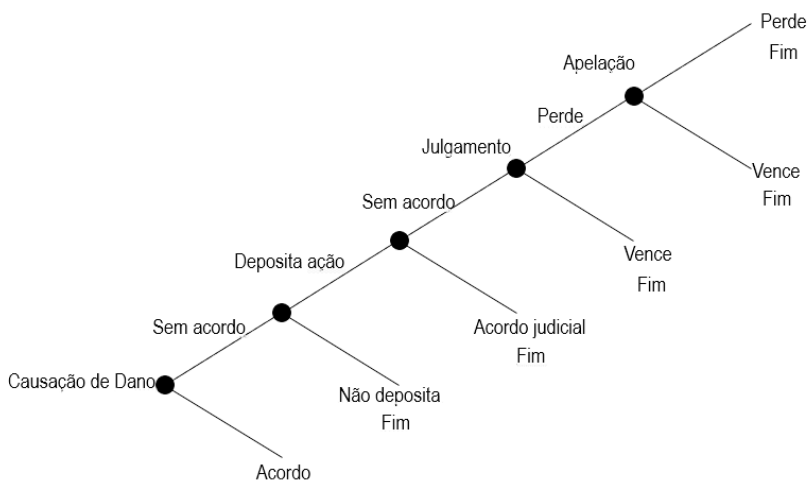
modelar essas variáveis e avaliar a dinâmica dos custos sociais do processo no Brasil.

10.3. POR QUE TANTAS AÇÕES SÃO AJUIZADAS?

Para entender as motivações ou incentivos ao processo, além de entender as variáveis de custos sociais – administrativos e de erros de julgamento já discutidos acima – evidentemente, é preciso levar em consideração os custos privados e também os benefícios privados incorridos. No entanto, o processo envolve *probabilidades de ganhos* e *probabilidades de erros*, o que torna certos ganhos e certos custos incertos. Nessas situações, é preciso avaliar então os ganhos *esperados* e os custos *esperados* da situação em questão.

Uma maneira bastante adequada de analisar o processo com todas as suas etapas envolvidas, todas as probabilidades de ganhos e de perdas seria através de um jogo sequencial, representado por uma árvore de decisão estendida. É o que fazem Cooter e Ulen (2010) no modelo que iremos reproduzir abaixo. De maneira simplificada, podemos descrever um processo da seguinte forma:

Figura 10.1 – Fases de um processo judicial

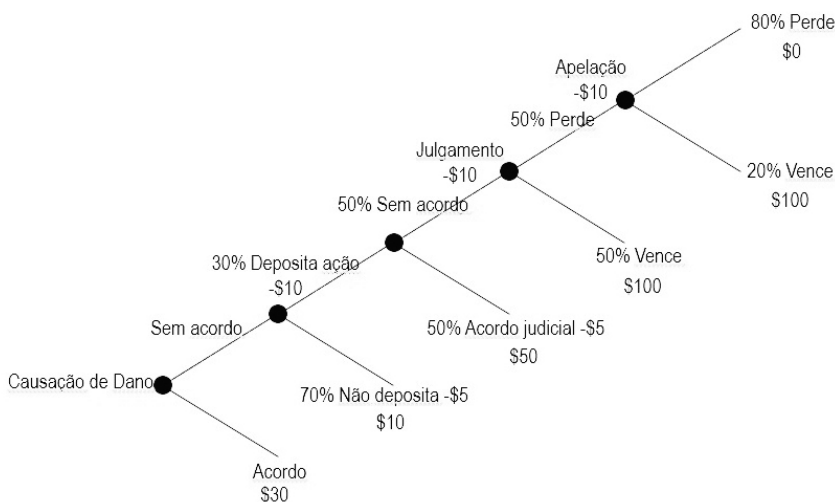


Podemos entender o processo judicial como uma série de etapas encadeadas, em que o potencial litigante, vítima de algum dano, deve tomar decisões e/ou pode se defrontar com resultados probabilísticos em cada uma dessas etapas. Tudo começa quando o dano é causado ao potencial litigante.

Ele(a) pode tentar, ainda fora do sistema judicial, um acordo com o causador do dano. Esta negociação extrajudicial pode ser bem-sucedida – e daí não haveria mais demanda pelo processo – ou fracassar, daí levando a vítima do dano a decidir por uma ação judicial. No entanto, outras questões podem convencê-la a não depositar a ação, até mesmo custos de oportunidade que os transtornos de uma ação judicial poderiam lhe trazer. Assim, mesmo não sendo compensado pelos danos sofridas, a vítima pode decidir não depositar a ação, encerrando o jogo. Caso contrário, se decidir efetivamente litigar, o processo é depositado no Judiciário. Em diversos países e mesmo no Brasil, antes do julgamento acontece uma tentativa de conciliação ou acordo judicial, que mais uma vez, pode ser ou pode não ser bem-sucedida. Somente caso não seja bem-sucedida o processo seguirá adiante, para a próxima etapa, que é o julgamento pelo(a) magistrado(a). Aqui, o autor da ação, que é a vítima do dano causado, pode ganhar ou pode perder. Se ganhar, ficará satisfeito(a) e, de sua parte, encerra o jogo. No entanto, se perder, terá chance de apelar da decisão e seguir mais uma etapa adiante. Nessa última, novamente, terá chances de ganhar ou de perder o processo, pela segunda decisão judicial.

Alguns pontos sobre o jogo acima descrito. Primeiro, trata-se da representação de um jogo unilateral, algo não muito comum, dado que em jogos, o que interessa é a interação entre os jogadores. Aqui, há a descrição de uma sequência de decisões e acontecimentos possíveis para somente uma das partes, no caso, a vítima do dano. Estamos na verdade analisando somente a sua cadeia de decisões, e não de todos os jogadores envolvidos. Segundo, neste jogo existe apenas uma possibilidade de apelação, assim como outras simplificações na descrição do processo judicial. Porém, como já discutimos desde o início desta obra, modelos simplificados não querem dizer modelos sem capacidade preditiva e podem ser facilmente ampliados para situações mais complexas (de preferência, não ao ponto de ter tanta complexidade como a realidade, pois nesse caso perderia a utilidade se ter um modelo...). Este é exatamente o caso acima, proposto por Cooter e Ulen (2010), e por nós aqui adaptado. É simples desenvolver mais a Figura 10.1 a ponto de melhor representar a realidade do processo brasileiro. Deixamos esse trabalho para estudiosos interessados.

Contudo, podemos ir um pouco mais adiante com o jogo acima. Podemos atribuir a cada etapa as probabilidades de que decisões sejam tomadas ou eventos aconteçam; podemos ainda, atribuir valores de ganhos e perdas em cada situação. Por exemplo:

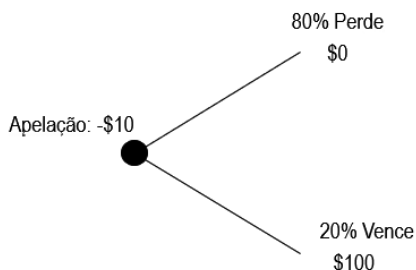
Figura 10.2 – Valor esperado de um processo

A árvore mostra ilustrativamente que, quando uma pessoa sofre um eventual dano causado por outrem, tem a possibilidade de entrar em acordo com a causadora do dano e chegar ao benefício deste acordo de \$30. Por ora, assumimos que não haja custos para fazer este acordo. Porém, pode ser que o acordo não seja bem-sucedido, ou mesmo que a vítima não opte por este acordo. Nesse caso, há duas possibilidades: que ela (vítima do dano) desista de tudo em 70% dos casos, gerando uma perda de \$5, mas tendo um benefício – talvez a tranquilidade de não ter que levar adiante o conflito – de \$10. Em 30% das vezes ela decide depositar a ação na Justiça, incorrendo imediatamente em \$10 de custos (taxas judiciais, advogados e outros correlatos). Uma vez iniciado o processo judicial, é ainda possível tentar chegar a um acordo. Suponha que em 50% das vezes ela e a causadora do dano consigam um acordo, mediante um custo de negociação de \$5, mas gerando um ganho para ela de \$50. Porém, em 50% das vezes o acordo judicial não é bem sucedido e o caso segue para julgamento, mediante custos administrativos adicionais de \$10. Caso o julgamento ocorra, há 50% de chances de a vítima dos danos ganhar o caso, e receber um ganho de \$100. Porém, também existe 50% de chance que ela perca. Nesse caso, ela tem possibilidade de apelar, mediante um custo de \$10. Por se tratar de uma apelação, e assumindo certa segurança jurídica dos julgados, as chances de reverter a decisão anterior e ganhar são agora de 20%, contra 80% de chances de perda. O ganho no julgamento

seriam os mesmos \$100 anteriormente assumidos. Assumimos que não existam outras possibilidades para apelação e o processo termina aqui.

Para avaliar se, defrontados com essas possibilidades, a vítima inicialmente teria incentivos para iniciar o processo bastaria resolver esse jogo pela teoria dos jogos. No caso de um jogo sequencial extensivo, em formato de árvore de decisão como temos acima, o método de se resolver, como já mostrado anteriormente no capítulo 4, é pela indução invertida (“*backward induction*”), ou seja, resolve-se “de trás para frente”. Começamos, então, analisando o último nó do jogo, o da decisão da apelação, e estimamos o valor esperado para a vítima apelar:

Figura 10.3 – Valor Esperado da Apelação (VEA)



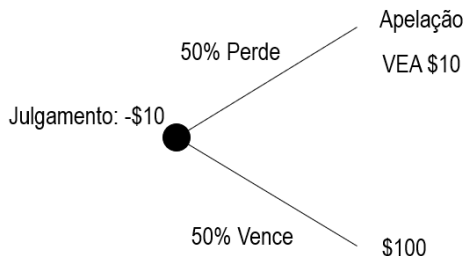
O VEA pode ser calculado como uma média ponderada dos valores, somado ao valor (negativo) do custo da apelação:

$$\text{VEA} = (20\% \times \$100) + (80\% \times \$0) - \$10$$

$$\text{VEA} = \$10$$

Como o valor esperado da apelação é positivo de \$10, vale a pena apelar.

No nó anterior temos a decisão pelo julgamento. Igualmente, calculamos o valor esperado do julgamento, agora substituindo o VEA no ramo correspondente à perda no primeiro julgamento e possibilidade de apelação:

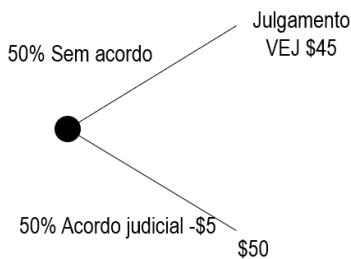
Figura 10.4 – Valor Esperado do Julgamento (VEJ)

O valor esperado do julgamento (VEJ) será então:

$$VEJ = 0.5 * \$100 + 0.5 * \$10 - \$10 = \$45$$

Então, vale a pena levar o caso para julgamento.

Na etapa anterior, avaliamos o valor esperado de uma negociação ou acordo judicial (VEAj):

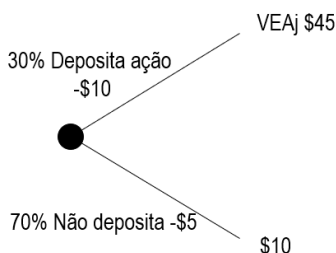
Figura 10.5 – Valor Esperado do Acordo Judicial (VEAj)

O VEAj é estimado em:

$$VEAj = 0.5 * \$45 + 0.5 * \$50 - \$5 = \$45$$

Isso significa que vale a pena para a vítima levar o conflito ao tribunal e chegar a esta fase.

Na etapa, a vítima de danos decide se deposita a ação judicial, ou seja, se processa, levando-se em conta os valores esperados pela frente.

Figura 10.6 – Valor Esperado de Processar (VEP)

$$\text{VEP} = 0.3 * \$ (45 - 10) + 0.7 * \$ (10 - 5) = \$14$$

Na Figura 10.2, o jogo completo, vê-se que no primeiro nó, existe a opção de chegar a um acordo extrajudicial, antes de depositar um processo, e que gera um benefício de \$30 para a vítima de danos. Se assim for, este benefício tem valor maior do que o valor esperado do processo (VEP), de \$14. Portanto, no exemplo descrito pelo jogo acima *não vale a pena para a vítima processar, mas sim, tentar um acordo extrajudicial*. Somente valeria a pena para ela processar, se o valor conseguido em um acordo for menor do que \$14. No entanto, pode ser que nem sempre isso seja verdade. Veremos que, por diversas razões, a árvore de decisão do sistema processual em nosso país pode estar gerando incentivos, em diferentes etapas do jogo, para que muitas ações sejam ajuizadas.

Podemos representar o processo como um jogo sequencial, em formato de árvore de decisão, onde a decisão de se entrar ou não com uma ação, ou de se continuar ou não com o litígio na Justiça, poderá ser avaliado resolvendo-se o jogo através do método de indução invertida ('backward induction'). O valor esperado em cada etapa indicará ao jogador se vale a pena continuar ou não com o jogo. E o valor esperado dependerá das variáveis presentes.

10.4. POR QUE TANTOS PROCESSOS CHEGAM AO FINAL SEM ACORDO?

O jogo descrito na seção anterior foi apenas uma ilustração e, como todo modelo, simplificações e hipóteses foram feitas. Também é muito claro que, a solução final do jogo, de não processar (porque o valor esperado do processo foi menor que o valor do acordo extrajudicial) será alterado com a alteração

dos valores dos benefícios, ganhos e probabilidades atreladas a cada ramo e de cada nó do jogo.

É possível, no entanto – e essa é a beleza de modelos econômicos como o jogo acima exemplificado – usar o jogo para fazer extrapolações e previsões do que pode acontecer quando as variáveis se alterarem. Mais, o jogo pode ser ajustado de maneira a melhor representar valores diferentes das variáveis ali presentes.

Por exemplo, se o valor possível de ser alcançado no acordo extrajudicial (no início do jogo) for pequeno, menor do que o VEP, não haverá incentivo para o acordo, e sim para o processo. Também, se a probabilidade de se depositar a ação e de não se chegar a um acordo judicial forem maiores (no caso são de, respectivamente, 30% e 50%), haverá mais incentivo ao processo (e até fases avançadas do processo). Mais, se o valor da condenação – em \$100 aqui – for maior novamente haverá mais incentivo para o processo e mesmo para a apelação. Se os custos administrativos para o processo nas diversas etapas forem menores do que são (sempre de \$10 no jogo acima), também haverá incentivos para o processo e não para o acordo. E, sem exaurir os exercícios que poderiam ser feitos, se as chances de a vítima vencer o processo, tanto no primeiro julgamento quanto na apelação, forem aumentadas, claramente haverá mais incentivos para ela litigar.

Finalmente, vale lembrar uma grande simplificação que foi feita: aqui o processo permite apenas uma possibilidade de apelação, o que sabemos que não condiz com a realidade do Direito Processual brasileiro. Esse fato também tenderá a dar mais incentivos ao litígio, pelas possibilidades adicionais de se ter um ganho no processo (mesmo que este ganho não seja 100% certo). Discutiremos sobre o papel da apelação e dos recursos em seção mais à frente.

Quais são as evidências sobre os incentivos ao litígio e o desincentivo ao acordo nos tribunais brasileiros? Yeung e Morales (2023) fazem exercício analítico usando a teoria dos jogos – tal como a formulação acima – para demonstrar que existem diversas condições que, uma vez atendidas, geram mais incentivos ao litígio do que ao acordo. A discussão é bastante similar ao feito nas sessões acima: valores de acordo e de condenação, probabilidade de ganho por cada uma das partes, custos processuais (e correlatos, como honorários de advogados), possibilidades de recursos, etc. são fatores que afetam as chances de acordo ou não. Em seguida, os autores vão buscar dados empíricos para averiguar se as condições efetivamente prevalecentes no Judiciário brasileiro – no caso específico, a Justiça do Trabalho – vão no sentido de

incentivar o litígio ou o acordo. Eles analisaram cerca de 130 mil processos e verificaram que as variáveis relacionadas ao processo (muitas delas como vistas no jogo acima) tendem a incentivar o litígio e não o acordo entre as partes. Mais ainda, avaliam que, paradoxalmente, existem incentivos tanto para o autor (empregado) quanto para o réu (empregador) manterem o litígio, porque cada uma das partes tem ganhos financeiros e de oportunidade diferenciados. Ou seja, mesmo que uma das partes tenha sempre poucas probabilidades de ganho – no caso específico, os empregadores – ainda assim, o incentivo é para que se prolongue o processo e seja obrigado(a) a pagar somente depois de todo o tempo transcorrido até a execução da condenação judicial trabalhista. Outros trabalhos deveriam repetir o exercício analítico para verificar esses achados do Judiciário brasileiro.

Ao que indicam alguns primeiros trabalhos teóricos e empíricos no país, as variáveis presentes no Judiciário brasileiro tornam a decisão de litigar sempre mais interessante do que chegar a um acordo.

10.5. OS RECURSOS E A AED

Existe alguma lógica econômica para que o Judiciário tenha uma estrutura hierarquizada, e que as instâncias superiores tenham prerrogativas para rever decisões das instâncias inferiores? A resposta é positiva. Pela análise econômica, a possibilidade dos recursos serve para a correção dos erros de julgamento – que, como vimos em seções anteriores, geram custos sociais –, e também para uniformizar as normas jurídicas. Mas como também já discutido acima, cumprir esses objetivos têm um custo e, portanto, não podem ser perseguidas de maneira irrestrita:

“Essas duas funções ... explicam a razão de investirmos tantos recursos sociais na custosa manutenção de grupos de juízes (*i.e.* tribunais) para a revisão do trabalho de outros juízes singulares, ao invés de alocarmos esses mesmos juízes para decidirem mais casos e, assim, prestar mais serviço público adjudicatório, o objetivo último do Judiciário. Aqui claramente há um *trade-off* entre uniformização das regras e precisão processual *versus* celeridade processual e prestação jurisdicional, sendo que a opção pelas primeiras tem prevalecido [no nosso país]” (Gico Jr, 2020, pp.166-7).

Ou seja, de acordo com a função de custos sociais vistos na seção 10.2 acima, um dos objetivos do recurso seria a redução dos $c(e)$, custos dos erros

de julgamento; no entanto, à medida que se tenta alcançar este objetivo, aumentam-se os c_a , os custos administrativos do Judiciário. Caso a sociedade mire um nível de CS, custos sociais do processo o mais baixo possível, é preciso encontrar um equilíbrio (talvez tênue) de entre os dois tipos de custos. Isso implicaria tentar reduzir os custos de erros de julgamento – através da passagem por instâncias recursais – ao mesmo tempo em que se tenta reduzir os custos administrativos – reduzindo-se a estrutura disponível para manutenção do processo. Nesse segundo objetivo, seria também almejado o aumento da celeridade do processo que, não só é prejudicial para as partes, mas também para o sistema de Justiça como o todo, dado que impede que mais partes possam usufruir de seus serviços (limitados).

Vimos na seção 10.3 que o recurso é um dos ramos da árvore de decisão, ou modelo de teoria dos jogos do processo. Isso quer dizer que a decisão de apelar via recurso é afetada exatamente pelas variáveis discutidas no modelo: custas processuais e demais custos (por exemplo, honorários advocatícios), probabilidades de ganhos, valores obtidos no julgamento ou em um acordo, etc. Portanto, a decisão privada em apelar ou não apelar também é diretamente impactada pelas variáveis acima. Reduzir os incentivos ao uso do recurso implicaria mudar essas estruturas e essas variáveis, ou seja, passaria por uma mudança em todo o rito processual, como seria discutido mais à frente.

10.6. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS E ALTERAÇÃO DO RITO

Talvez como consequência da chamada “crise do Judiciário”, cada vez mais se discutem sobre possibilidades práticas e legais de usar meios alternativos para solução de conflitos, que não pela via judicial. Essa seria uma solução apenas para aumentar a celeridade e eficiência na solução dos conflitos? Na verdade, os sistemas alternativos são mais do que isso, e podem ser justificados por outras razões econômicas.

A começar, o problema da assimetria informacional entre as partes litigantes e os magistrados(as) julgadores dos conflitos. Como já anteriormente discutido, quando há erros de julgamentos, custos sociais são criados. E muitos desses erros são causados por desconhecimento de fatos relevantes pelos julgadores nos tribunais. Assim, métodos de solução de conflitos, que consigam aproximar mais julgadores e partes em conflito permitindo uma troca mais intensa de informação entre eles, teriam o potencial de reduzir o custo social do processo, reduzindo os custos dos erros de julgamento.