

ANÁLISE ECONÔMICA DA TRANSAÇÃO: A EFICIÊNCIA DA TRANSAÇÃO COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

ECONOMIC ANALYSIS OF TRANSACTION: THE EFFICIENCY OF TRANSACTION AS ALTERNATIVE METHOD OF CONFLICT RESOLUTION

Daniel Damasceno Amorim Douglas

Mestrando em Direito e Poder Judiciário do Programa Pós-Graduação Profissional em Direito pela Escola de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (PPGD/ENFAM)

Cursando LLM em Gestão Judiciária pela Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Especialista em Direito Tributário e em Direito Empresarial

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Roraima

RESUMO: A eficiência da transação depende do investimento em um sólido capital jurídico. A transação como método alternativo de resolução de conflitos (equivalente jurisdicional), deve ter como escopo final a eficiência do ponto de vista do bem-estar social, não apenas do bem-estar individual. Para tanto deve-se ter um olhar especial não apenas jurídico, mas também econômico, especialmente sobre o conceito de eficiência produtiva e eficiência alocativa. A análise econômica do direito fornece elementos outros para uma visão ampla acerca do fenômeno da transação e como ele pode ser aprimorado. O investimento em capital jurídico pode conduzir ao incremento da eficiência das transações, uma vez que as ferramentas da economia comportamental demonstram que os envolvidos no conflito tendem a mensurar, ainda que intuitivamente, a probabilidade de êxito de sua demanda.

ABSTRACT: *Transaction efficiency depends on investing in solid legal capital. The transaction as an alternative method of conflict resolution (jurisdictional equivalent), must have as its final scope efficiency from the point of view of social*

well-being, not just individual well-being. To do so, a special eye should be taken, not only legally, but also economically, especially on the concept of productive efficiency and allocative efficiency. The economic analysis of law provides other elements for a broad view of the transaction phenomenon and how it can be improved. Investment in legal capital can lead to increased transaction efficiency, since behavioral economics tools demonstrate that those involved in the conflict tend to measure, albeit intuitively, the probability of success of their claim.

INTRODUÇÃO

No presente artigo será abordado o tema da análise econômica da transação tendo em conta a ótica da eficiência no contexto do bem-estar social. Para tanto, serão explicitados os métodos de resolução de conflitos admitidos em direito, com sucinta exposição da jurisdição estatal e dos métodos alternativos (também denominados “equivalentes jurisdicionais”). Dentro da apresentação dos métodos alternativos, serão brevemente esquadrihadas a autotutela, a arbitragem e a autocomposição. Será trazido em curta forma a Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos do Conselho Nacional de Justiça e, em seguida, o foco se centrará na conciliação e mediação.

Na sequência serão apresentados conceitos básicos de economia e de análise econômica do direito imprescindíveis à plena compreensão do tema. Neste momento será realizada a distinção entre a economia tradicional e a economia comportamental. Tratar-se-á, ainda, sobre o conceito de eficiência e um aprofundamento do tema para realizar a diferenciação entre eficiência produtiva e eficiência alocativa.

Por fim, será realizada a apresentação da análise econômica da transação. Demonstrados os conceitos de capital jurídico e sua aplicabilidade no cotidiano forense, de eficiência no contexto das transações, alguns temas de economia comportamental e sua relação com a transação, bem como tratado o tema da autocomposição judicial obrigatória.

O presente trabalho tem como objetivo a descrição dos conceitos de eficiência (produtiva e alocativa) e como elas se correlacionam com a autocomposição, bem como tangenciar o tema de como o Judiciário pode contribuir para, a longo prazo, incrementar a conciliação e, conseqüentemente, a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos.

A pesquisa será qualitativa e o método será a revisão bibliográfica.

1. MÉTODOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Neste capítulo serão apresentados os métodos de resolução de conflitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Iniciar-se-á pela análise do método de tradicional de jurisdição estatal e, depois, serão descritos métodos alternativos de resolução de conflitos, com ênfase na conciliação e na mediação.

1.1. Jurisdição estatal

O modelo de resolução de conflitos em que o Estado atua visando a aplicação do direito ao caso concreto é conhecido como jurisdição. Segundo Daniel Neves, “a jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social” (NEVES, 2016).

A jurisdição pode ser estudada sob três ângulos distintos: poder, função e atividade¹. Conforme Neves, “o poder jurisdicional é o que permite que o exercício da função jurisdicional que se materializa no caso concreto por meio da atividade jurisdicional”². É relevante não confundir as terminologias “poder jurisdicional”, “função jurisdicional” e “atividade jurisdicional”.

Como poder, “a jurisdição representa o poder estatal de interferir na esfera jurídica dos jurisdicionados, aplicando o direito objetivo ao caso concreto resolvendo a crise jurídica que os envolve”³. Como função, “a jurisdição é o encargo atribuído pela Constituição Federal, em regra, ao Poder Judiciário – função típica – e, excepcionalmente, a outros poderes – função atípica – de exercer concretamente o

1 *Ibid.*

2 *Ibid.*

3 *Ibid.*

poder jurisdicional”⁴. Como atividade, “a jurisdição é o complexo de atos praticados pelo agente estatal investido de jurisdição no processo”⁵.

1.2. Métodos alternativos de solução de conflitos (equivalentes jurisdicionais)

Como não poderia deixar de ser, há outros meios de solução de conflitos. São os denominados métodos alternativos de resolução de conflitos ou, mais antigamente, equivalentes jurisdicionais. Basicamente são quatro estes métodos: autotutela, arbitragem, conciliação e mediação.

1.2.1. Autotutela

A autotutela é o método mais antigo de solução de conflitos. Constitui-se basicamente pelo sacrifício integral do interesse de uma das partes envolvida no conflito em razão do exercício da força pela parte vencedora. Sendo que o significado do termo “força” no presente caso é “qualquer poder que a parte vencedora tenha condições de exercer sobre a parte derrotada, resultando na imposição de sua vontade”⁶.

Naturalmente este método de solução de conflitos está longe de ser o ideal, especialmente em uma sociedade moderna e que observa o Estado Democrático de Direito. Não obstante, não se pode dizer que a autotutela está de todo banida do ordenamento jurídico. Há casos excepcionais em que é possível o seu exercício de forma lícita, a exemplo da legítima defesa (art. 188, I, do Código Civil); da busca e apreensão do bem com penhor legal (art. 1.647, I, do CC); desforço imediato no esbulho (art. 1.210, §1º, do CC)⁷.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 *Ibid.*

1.2.2. Arbitragem

A arbitragem é método de resolução de conflitos em que um terceiro que goze de confiança das partes é escolhido para decidir o conflito de forma impositiva, isto é, independentemente da vontade das partes⁸. A Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, é o diploma normativo que rege a arbitragem no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de se debruçar sobre a constitucionalidade da arbitragem em razão da suposta ofensa à inafastabilidade da jurisdição, tendo concluído pela constitucionalidade, uma vez que a garantia constitucional da inafastabilidade é condicionada à vontade das partes. Ou seja, se o direito de ação é disponível, dependendo da vontade do interessado para se concretizar por meio da propositura da demanda judicial, também o é o exercício da jurisdição na solução do conflito de interesse⁹.

1.2.3. Autocomposição

Pela autocomposição o conflito é resolvido sem a interferência de um terceiro (seja judicial, seja arbitragem). Pode ocorrer por meio do sacrifício integral ou parcial do interesse das partes envolvidas, mediante a sua própria vontade unilateral ou bilateral, ao contrário da autotutela em que há o uso da força (NEVES, 2016).

Autocomposição é gênero e tem como espécies: a transação, a submissão e a renúncia. Na transação há um sacrifício recíproco de interesses. Cada parte abdica parcialmente de sua pretensão para resolver o conflito. Naturalmente, é necessário que haja o exercício de ambos os envolvidos (bilateralidade)¹⁰. A transação pode ser obtida de várias formas, inclusive a conciliação e a mediação, os quais serão tratados mais adiante (capítulo 2.2.5).

A renúncia e a submissão são atos unilaterais. Na renúncia, o titular da pretensão apenas abdica do exercício desta, fazendo desaparecer o próprio conflito. Na submissão, uma das partes aceita a pretensão da parte contrária, independentemente da legitimidade ou não da pretensão¹¹.

8 *Ibid.*

9 STF, SE 5.206-7

10 *Ibid.*

11 *Ibid.*

1.2.4. Política Nacional de Tratamento Adequado de Solução de Conflitos

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução 125, de 29 de novembro de 2010 (com a redação dada pela Resolução 326, de 26 de junho de 2020), instituiu e regulamentou a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses. O objetivo da referida política é buscar assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Segundo o art. 1º, parágrafo único, da referida Resolução:

Art. 1º. [...]

Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil de 2015, combinado com o art. 27 da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.¹²

O texto foi devidamente atualizado após a vigência do Código de Processo Civil de 2015, o qual prevê em seu art. 334 uma etapa obrigatória de conciliação ou mediação, sendo que o ato apenas não será realizado caso haja a manifestação expressa de ambas as partes em seu desinteresse ou se o direito pleiteado não admitir autocomposição, nos seguintes termos:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 4º A audiência não será realizada:

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

12 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 25 de novembro de 2010.**

II – quando não se admitir a autocomposição.¹³

Seguindo as diretrizes normativas, foram criados os NUPEMECs (Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos), esses Núcleos são os responsáveis pela orientação e direcionamento das políticas de métodos consensuais de solução de conflitos.

Por sua vez, dentro da estrutura dos NUPEMECs, foram criados também os CEJUSCs (Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania), com a incumbência de concentrar a realização das sessões de conciliação e mediação.

Além disso, anualmente o Conselho Nacional de Justiça tem estipulado metas aos Tribunais para que aumentem o número de conciliações.

1.2.5. Conciliação e mediação

A conciliação e a mediação são os métodos pelos quais se pode obter uma transação, de maneira que as próprias partes cheguem a uma resolução do litígio por si. O art. 165 do CPC traz a distinção entre os dois institutos do seguinte modo:

Art. 165. [...]

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.¹⁴

13 BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

14 BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

Assim, percebe-se que a conciliação terá lugar nas hipóteses em que: 1) não houver vínculo anterior entre as partes, e; 2) podem ser sugeridas soluções ao litígio. Já a mediação terá preferência nos casos em que: 1) houver vínculo anterior entre as partes, e; 2) haverá auxílio aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam por si sós identificarem soluções.

O tema da conciliação não é recente, já em 1984, o tema da conciliação era tratado com cautela, mesmo no exterior. Segundo Fux e Bodart,

Owen Fiss sustenta que o estímulo a métodos alternativos de resolução de controvérsias partiria da ideia equivocada de que um acordo é sempre preferível a uma solução jurisdicional. O autor aponta que a solução “consensual” é muitas vezes forçada, seja por políticas públicas restritivas do acesso à justiça, seja pelo maior poder de barganha de grandes litigantes. Entende Fiss que a utilização desses métodos de autocomposição “não deve ser encorajada nem adorada” (FUX; BODART, 2021, s.p.).

Já em solo nacional, Barbosa Moreira afirmava que

Pode-se crer na conveniência de estimular métodos alternativos de solução de litígios, como o juízo arbitral e outros; pouco verossímil, em todo caso, é a solução de que por tal meio se logre, pelo menos a curto prazo, aliviar a quota de trabalho dos órgãos judiciais em proporção verdadeiramente compensadora. Eis-nos de volta, com isso, ao problema do imprescindível aparelhamento do Poder Judiciário – em termos quantitativos e qualitativos – para enfrentar de maneira condigna as suas responsabilidades. Ocioso repetir que, para tanto, será preciso mobilizar vultosos recursos financeiros – o que não implica apenas a existência deles, senão também a disposição de canalizar-lhes parcela considerável para uma aplicação a que em geral se sobrepõem prioridades de outra natureza. A esta altura parece chegado, para o processualista, o momento de reconhecer que esbarra numa daquelas raias extremas da sua competência específica. E decerto não se proclamará novidade alguma se a isso se quiser acrescentar que o estudo do tema em nível mais

profundo necessariamente desembocaria em ampla reflexão (incabível nesta sede) sobre o contexto político, econômico e social em que se insere a problemática da ‘efetividade’ do processo (BARBOSA MOREIRA, 1984. p. 31 e 42)

Vê-se que há muito tempo já se criticava o estímulo aos métodos alternativos de solução de litígios, asseverando ser pouco verossímil que, a curto prazo, se alivie a carga de trabalho do Poder Judiciário. Aqui vale o destaque que a questão da carga de trabalho do Poder Judiciário já era tratada desde aquela época.

Por outro lado, nota-se que naquele momento histórico o argumento do autor era de aparelhamento qualitativo e quantitativo do Poder Judiciário.

Hoje em dia, merece destaque os estudos que vem sendo realizados pelo Conselho Nacional de Justiça. As estatísticas revelam que o índice de autocomposição no Brasil é bastante reduzido. Consoante dados do relatório Justiça em Números 2019 do CNJ (realizado com base nos dados coletados em 2018), 11,5% (onze e meio por cento) dos processos foram encerrados por conciliação. Apesar da introdução da audiência de autocomposição obrigatória pelo CPC, o índice de conciliação processual cresceu menos de meio ponto percentual nos seus três primeiros anos de vigência. Mesmo considerando procedimentos pré-processuais, o índice de conciliação aumenta apenas timidamente, para 12,3% (doze inteiros e três décimos por cento).¹⁵

Dados mais recentes do CNJ, por meio dos relatórios Justiça em Número 2020, 2021 e 2022, demonstram que os índices de conciliação até vem crescendo, mas muito timidamente. No ano de 2019, houve 12,5% de conciliação na fase de conhecimento nas varas comuns¹⁶. Em 2020, o índice foi de 15,8%¹⁷. Já em 2021, foi de 16,7%¹⁸.

2. UM POUCO DE “ECONOMÊS”

No presente capítulo serão abordados alguns conceitos de economia importantes para a compreensão do tema. Tratar-se-á acerca da distinção entre a economia

15 Ibid.

16 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2020. Brasília: [s.n.], 2020.

17 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2021. Brasília: [s.n.], 2021.

18 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2022. Brasília: [s.n.], 2022.

tradicional e a economia comportamental, que vem ganhando cada vez mais força nos últimos anos. Como a eficiência se relaciona com os serviços prestados pelo Estado, aí incluído o serviço judicial. Bem como os conceitos de eficiência produtiva e eficiência alocativa.

2.1. Economia tradicional x Economia comportamental

A teoria econômica tradicional traz a ideia de que as pessoas são sempre racionais, sempre maximizam a utilidade em seu favor e, portanto, ponderam racionalmente os custos e benefícios e sempre escolhem a melhor opção possível. Utiliza-se o termo *homo economicus* para designar este tipo de pessoas (MANKIWI, 2020).

Contudo, é sabido que as pessoas não estão nem perto de serem sempre racionais como o *homo economicus*. As pessoas podem ser esquecidas, impulsivas, confusas, emotivas e de horizontes curtos de tempo¹⁹.

Sugere-se que os humanos podem ser vistos não como maximizadores racionais, mas como *satisficers* (consumidor que fica satisfeito quando encontra algo que é “bom o suficiente”). Nessa linha, os humanos são apenas “quase racionais” ou com “racionalidade limitada”²⁰.

Por sua vez, na economia comportamental empregam-se alguns dos *insights* da psicologia para desenvolver previsões sobre as escolhas que serão feitas, e, muitas dessas previsões contradizem o modelo econômico (VARIAN, 2021).

2.2. Eficiência

A eficiência é definida no Dicionário Priberam de Língua Portuguesa do seguinte modo: “1. Qualidade do que é eficiente. 2. Capacidade para produzir realmente um efeito. 3. Qualidade de algo ou alguém que produz com o mínimo de erros ou de meios.”²¹

A Emenda Constitucional (EC) n. 19/1998, denominada Reforma Administrativa, inseriu no texto da Constituição da República a eficiência como um dos princípios

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 Eficiência In: **Dicionário Priberam**, [s.l.: s.n., s.d.].

regentes da administração pública. Com a EC, no dispositivo constitucional passou a constar do seguinte modo: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e **eficiência** e, também, ao seguinte: [...]”²².

O comando do art. 37 da CRFB, por se destinar a toda a administração pública e todos os Poderes, naturalmente, inclui o Poder Judiciário. De modo que, este também deve ser eficiente e buscar sempre a eficiência no desempenho de sua missão institucional.

Considerando que o Judiciário integra a administração pública e sua função social é resolver disputas aplicando as regras jurídicas, então, é de se concluir que ele deve ser estruturado, organizado e administrado de maneira tal que os recursos disponíveis (juízes, auxiliares, orçamento, estrutura física, competências etc.) sejam direcionados / orientados à maximização da solução de conflitos pela adjudicação de direitos (GICO JUNIOR, 2020).

No plano infraconstitucional, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) elevou ainda mais a importância da eficiência. Nele, o legislador não se satisfaz apenas com a simplificação do Direito Processual (redução dos custos de administração) e a provável produtividade decorrente. Ele foi mais longe, criando um dever legal específico para o magistrado ser eficiente no exercício da magistratura. O CPC determinou que o magistrado fosse eficiente não apenas na gestão do processo em si, mas também no resultado da aplicação das regras jurídicas na resolução dos conflitos.²³

Adiante, analisar-se-á a diferença entre eficiência produtiva e eficiência alocativa e como ela se relaciona com a eficiência processual.

2.2.1. Eficiência produtiva e eficiência alocativa

Segundo Gico Junior, em geral, a eficiência é alcançada quando se maximiza o bem-estar. Seja o bem-estar social ou o bem-estar do agente ou grupo de agentes

22 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

23 *Ibid.*

considerado. Em síntese, o aumento da eficiência significa um aumento do bem-estar do grupo analisado.²⁴

Desse modo, em uma democracia competitiva, espera-se que, na média, as políticas públicas e as regras jurídicas tenham por objeto justamente o aumento do bem-estar social e, portanto, as políticas e o direito estejam indissociados do conceito de eficiência, como previsto na Constituição. Nesse sentido, pode-se discutir eficiência em dois aspectos: eficiência produtiva e eficiência alocativa.²⁵

Eficiência produtiva é a entrega de um produto (bem ou serviço) ao menor custo possível. Relaciona-se com a eficiência produtiva dois conceitos comumente utilizados pela jurisprudência e doutrina jurídicas, mas sem especificação de seu conteúdo: produtividade e economicidade. Produtividade é a produção de mais com a mesma quantidade de recursos, ao passo que economicidade é a produção do mesmo com menos recursos.²⁶

Gico Junior faz a seguinte ponderação que merece ser transcrita:

É importante notar que, embora seja comum encontrar na doutrina diversas ideias associadas à eficiência, como celeridade, perfeição, universalização, desburocratização e qualidade, entre outras, nenhuma delas pode ser considerada um elemento da eficiência em si e por si. Agir com maior qualidade, rapidez ou perfeição poderá ser ou não eficiente, a depender da situação. Como visto, há apenas dois elementos essenciais à ideia de eficiência produtiva e que estarão sempre presentes: produtividade e economicidade. O processo ou a entidade produtora será eficiente quando produzir mais gastando o mesmo (produtividade) ou quando produzir o mesmo gastando menos (economicidade). Note-se que não basta produzir mais gastando mais ou economizar sem produzir o nível desejado de bens e serviços. Esses dois elementos devem estar conjugados para formar a essência da eficiência produtiva (GICO JUNIOR, 2020, s.p).

24 *Ibid.*

25 *Ibid.*

26 *Ibid.*

Em termos de processo civil, considerando-se que o objetivo do serviço judicial é a resolução de conflitos com a aplicação das regras jurídicas em vigor, sempre que o juiz realizar uma mudança na gestão do processo que permita resolver mais conflitos de acordo com o direito, mantidas constantes as demais variantes, haverá eficiência produtiva.²⁷

Eficiência alocativa, por sua vez, refere-se a uma preocupação com o retorno ou a utilidade que se extrai dos bens e serviços produzidos. Eficiência alocativa discute a utilidade que se obtém do produto resultante do processo produtivo e, portanto, o grau de preferência da sociedade ou dos agentes considerados para cada cesta de bens ou serviços. Desse modo,

enquanto na eficiência produtiva o foco é no processo produtivo e na taxa output / input dele resultante, assumindo-se que a escolha do produto já foi feita, na eficiência alocativa se analisa o bem-estar extraído de cada produto e, portanto, a adequação da escolha realizada. Haverá eficiência alocativa quando houver a distribuição ótima de bens e serviços levando-se em consideração as preferências da sociedade, i.e., quando o resultado do processo produtivo, o produto, for aquele que gerar a maior utilidade ou bem-estar social possível. Se houver uma outra alocação de recursos que gere mais bem-estar, então esse estado social é alocativamente ineficiente (GICO JUNIOR, 2020, s.p.).

Simplificando, pode-se dizer que eficiência produtiva está relacionada com a quantidade de produtos (bens ou serviços) ao menor custo, enquanto a eficiência alocativa está relacionada à escolha entre os produtos (bens ou serviços) a serem produzidos.

Em termos de processo civil, já que o objetivo do serviço judicial é a resolução de conflitos e a alocação do bem da vida pretendido a quem de direito, então um determinado processo terá sido resolvido de maneira alocativamente eficiente se o bem da vida sob litígio for corretamente adjudicado a quem de direito e será produtivamente eficiente se a adjudicação for realizada ao menor custo possível.²⁸

27 *Ibid.*

28 *Ibid.*

Para ilustrar o tema, é importante trazer as palavras de Gico Junior com exemplos práticos do cotidiano processual:

Do ponto de vista da eficiência produtiva, é relativamente simples perceber como o magistrado deve agir para alcançá-la. O processo é o resultado de um conjunto de procedimentos e etapas, sendo que em cada momento processual ao menos uma das partes deve tomar uma decisão ou praticar um ato. Às vezes, o agente decisor será o autor (e.g., ajuizar a ação ou não), às vezes o réu (e.g., contestar ou não contestar) e, muitas vezes, será o magistrado (e.g. julgar antecipadamente a lide ou abrir instrução complementar). De uma forma geral, cada decisão precisa de mediação ou mesmo autorização do juiz para ser realizada, dado que ele é o gestor do processo. Nesse sentido, um magistrado, na condução do processo, deve buscar ser produtivamente eficiente, i.e., ele deve conduzir o processo de forma a solucionar a maior quantidade de lides possível, com os recursos disponíveis (produtividade), e deve realizar apenas o mínimo de atos processuais necessários para garantir a resolução do conflito de acordo com as regras jurídicas (economicidade). Se em um único ato processual ele consegue resolver três ou quatro questões, então, ele deve resolvê-las em um único ato processual. Se o ato processual não é necessário para a adjudicação ou é inútil, ele não deve ser praticado.

[...]

Não obstante, é extremamente comum que o magistrado, no momento de saneamento e organização do processo, simplesmente emita o tradicional despacho: “Especifiquem as partes as provas que pretendem produzir”. Tal despacho não reduz a assimetria de informação e, portanto, não permite que as partes atualizem suas crenças. Logo, não permite uma reavaliação adequada das chances de êxito, **diminuindo assim a probabilidade de acordo nesse estágio processual**, e, por fim, faz com que as partes racionais, avessas a risco, peçam a produção de provas que seriam desnecessárias, pois simplesmente não sabem quais fatos o juiz entende como devidamente provados ou incontroversos. **O resultado esperado será a continuação**

de litígios que poderiam ter sido encerrados por acordo e a prática de atos processuais desnecessários para chegar ao mesmo resultado. Em suma: a utilização incorreta do despacho saneador é produtivamente ineficiente, pois seria possível alcançar o mesmo resultado com menos dispêndio de recursos. (GICO JUNIOR, 2020, s.p.).

Feita esta breve exposição acerca da eficiência e suas modalidades mais aplicáveis ao processo civil brasileiro, passa-se à análise econômica da transação como método de resolução de conflitos.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DA TRANSAÇÃO

Como tratado anteriormente, há vários métodos de resolução de conflitos plenamente aceitos pelo ordenamento jurídico. Tem-se a jurisdição estatal, a arbitragem, a autocomposição (que abrange a transação, a submissão e a renúncia). Interessa-nos, portanto, a transação, independentemente da forma que tenha sido obtida (negociação direta, conciliação ou mediação).

Deve-se ter em mente que a grande maioria dos conflitos humanos é resolvida pelos próprios envolvidos por meio da autocomposição, seja por meio de uma solução negociada entre si, seja com uma das partes abrindo mão de sua pretensão (parcial ou integralmente), seja pela submissão de uma parte à vontade da outra. Apenas uma fração dos conflitos humanos é judicializada.²⁹

Desta parcela de conflitos judicializada é que se centrará a análise.

3.1. Capital jurídico

O sistema judicial possui características de um recurso comum de livre acesso. Um recurso pode ser considerado comum quando é inclusivo (não excludente, qualquer pessoa pode acessar), mas rival (a utilização por uma pessoa implica a redução da sua utilidade para outras pessoas). Tais características levam ao livre acesso e a utilização do recurso por um indivíduo diminui a utilidade para outros usuários (GICO JUNIOR, 2015, p. 163).

29 *Ibid.*

Ou seja, quanto mais pessoas utilizarem o serviço judicial, menos útil ele será para a coletividade, uma vez que menor será sua capacidade de prestar serviços públicos adjudicatórios.³⁰

Ocorre que tem se dado muito enfoque ao acesso ao recurso (Judiciário), mas deixando de focar a possibilidade de efetivo uso e gozo do produto (prestação jurisdicional), que, no final das contas, é o que a sociedade deseja.³¹

Deve-se ter em consideração que se, por um lado, pessoas que são efetivamente titulares de direitos e pretensões legítimos deixam de usar o Judiciário, em razão de sua morosidade e imprevisibilidade, por outro, pessoas que desejam fugir de suas obrigações e responsabilidades possuem ainda mais incentivos para litigar, já que não apenas ganharão tempo, como poderão prevalecer ao final. Trata-se de um problema de seleção adversa. A antítese da função social do Judiciário.³²

Nesse ponto entra em cena o conceito de capital jurídico. O capital jurídico de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas em sentido amplo (que podem ser legislativas, judiciárias, executivas ou mesmo privadas) que o Judiciário aplica para determinado tipo de caso em um dado momento (GICO JR, 2013, p. 435-464). Observe-se que as regras não são aplicadas a determinado caso, mas sim a determinado tipo de caso, trazendo a ideia de previsibilidade.

Já que o Judiciário utilizará estas regras quando do surgimento de um conflito, os agentes têm a possibilidade de tentar prever a forma como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito, gerando segurança jurídica.

Assim, o capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. De modo que quanto maior for o capital jurídico, maior também será o número de situações que os agentes poderão antever o resultado provável de determinado conflito em caso de judicialização. Assim, é mais fácil a decisão acerca de litigar ou celebrar um acordo (judicial ou extrajudicial).³³

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

Desta forma, um capital jurídico bem constituído tende a gerar maior segurança jurídica e previsibilidade sobre as decisões judiciais, de modo a facilitar a eventual celebração de uma transação.

3.2. Ineficiência das transações

Aqui cumpre ressaltar que a eficiência será analisada sob o ponto de vista do bem-estar social, não do bem-estar individual. Isto é, eficiência do serviço judicial, não eficiência para os indivíduos envolvidos. Segundo Fux e Bodart, do ponto de vista social, sempre há incentivos insuficientes ou em excesso para transacionar a respeito de uma lide (FUX; BODART, 2021).

Quando as partes de um litígio possuem expectativas idênticas a respeito do resultado da decisão judicial (é dizer, sobre as suas chances de vitória) e igual poder de barganha, a tendência é que entrem em um acordo próximo ao montante que seria determinado em uma eventual sentença, repartindo entre eles as custas processuais que foram poupadas.³⁴

Gico Júnior afirma que com ou sem a participação de advogados (como nos juizados especiais), ainda que intuitivamente, as partes tentam estimar a probabilidade de sucesso e os custos associados à realização de um acordo ou de continuar litigando. Naturalmente, ambas as partes sabem que incorrem em uma margem de erro nessa estimativa (GICO JR, 2015).

O autor prossegue afirmando que

O resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a capacidade de as partes realizarem acordos. Como em qualquer troca voluntária, há chance de acordo quando a proposta máxima de acordo aceita pelo réu racional exceder a proposta mínima aceitável pelo autor racional. O autor racional realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu racional realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor racional está disposto a aceitar,

34 *Ibid.*

também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco (GICO JR, 2015, s.p.).

Assim, a melhor estratégia para aumentar o número de acordos extrajudiciais e reduzir a utilização do Judiciário, sem excluir usuários pelo custo de se usar o sistema, ou seja, garantindo livre acesso, é pelo investimento em capital jurídico.³⁵

Isto porque um déficit de capital jurídico gera insegurança jurídica e, conseqüentemente, uma redução do número de acordos e uma expansão no número de litígios³⁶, já que ausente um critério objetivo pelo qual as partes podem parametrizar sua conduta, a tendência é que as partes aumentem sua expectativa de vencer o litígio ou, pelo menos, buscar para si uma situação melhor do que a requerida pela contraparte (no caso do autor, receber mais; no caso do réu, pagar menos).

Uma cautela que se deve ter em relação às transações é que elas podem aumentar o risco de erros judiciários, pois réus culpados terão maior incentivo para transacionar do que réus inocentes (FUX; BODART, 2021). Nesse sentido se verificaria um acordo ineficiente do ponto de vista alocativo.

Isto porque o autor pode compreender o insucesso das negociações como um sinal de que o réu tem boas chances de sagrar-se vitorioso em juízo. Por via de consequência, esse mesmo autor pode ser desestimulado a investir na sua atuação processual, gerando argumentos mais frágeis, provas menos contundentes e, ao final, maior risco de erro judiciário. Quanto maior o número de erros judiciários (condenação de inocentes ou absolvição de culpados), menor será a eficiência será o Judiciário³⁷.

Outra possibilidade de ineficiência da transação é a litigância subsequente, como na hipótese em que os termos do acordo são questionados em juízo³⁸. Nesta hipótese a realização da transação por si só não resolve o litígio e ainda gera um novo para o Judiciário.

35 *Ibid.*

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

3.3. Economia comportamental

A economia comportamental tem sido utilizada como ferramenta adicional para analisar a frustração de acordos e a sua consequente ineficiência.

Um impasse em negociações é o chamado viés de autointeresse (*self-serving bias*). Trata-se de uma tendência humana de interpretar os fatos da forma que melhor atenda aos próprios interesses, a qual influencia também os prognósticos de cada sujeito sobre as suas chances de vitória em juízo. É o resultado de um processo seletivo de informações. Seres humanos procuram em suas memórias por informações relevantes, favorecendo aquelas que são consistentes com as suas conclusões desejadas. Ao alcançarem a conclusão que já queriam inicialmente, a tendência é de manter uma ilusão de objetividade, mas inconscientemente excluem fatores importantes que sejam contrários ao seu interesse no contexto decisório (FUX; BODART, 2021).

Segundo Fux e Bodart,

No contexto dos acordos, caso as partes interpretem a situação conflituosa de uma forma favorável aos interesses de cada um, mesmo possuindo idênticas informações, poderão superestimar as suas chances de sucesso na via judicial. O excessivo otimismo derivado do viés de autointeresse aumenta o preço de reserva do autor e diminui o preço de reserva do réu, o que pode eliminar a existência de uma “zona de acordo”. Além disso, se ambas as partes acreditam realizar uma análise imparcial da situação, uma poderá compreender a postura agressiva da outra nas tratativas de negociação como uma tentativa cínica de adquirir uma vantagem estratégica injusta (FUX; BODART, 2021, s.p.).

Outra contribuição da economia comportamental é o excesso de otimismo oriundo dos profissionais de advocacia. Afirma-se que o sucesso de um advogado em sua carreira depende do seu nível de viés de otimismo, uma espécie de viés de autointeresse, podendo variar do pessimismo ao otimismo extremo.³⁹

Nessa linha, advogados otimistas, ao transmitirem de forma crível possibilidade de êxito em um processo judicial, conseguem extrair acordos em condições mais

³⁹ *Ibid.*

favoráveis a seus clientes. Por outro lado, um otimismo exagerado pode fazer com que o advogado exija um valor excessivo e, portanto, fora da “zona de acordos”, inviabilizando a solução consensual e conduzindo seus clientes ao contencioso judicial. Existe, assim, um nível de otimismo de equilíbrio entre advogados, que é atingido pela seleção de mercado e pela transmissão cultural.⁴⁰

Prosseguindo na análise, observa-se que o otimismo influencia não apenas o êxito ou não da realização dos acordos, mas também o tempo de duração das negociações, que ao cabo é um desperdício de um recurso escasso. Sobre o tema, Fux e Bodart lecionam que

De um lado, havendo um termo limite para a duração das negociações, as partes otimistas tendem a protrair as tratativas até o último momento possível – é o chamado “*deadline effect*”, que deriva do otimismo de ambas as partes sobre o seu próprio poder de barganha no período final de negociações. De outro lado, em diversas situações, as partes podem obter informações durante o curso das negociações, sendo que uma parte otimista sobre as suas chances de vitória será também otimista em relação à possibilidade de que o adversário conhecerá informações que corroborem a robustez da sua pretensão. Então, no início das tratativas, cada parte aguardará que a outra reúna informações suficientes para convencê-la a concordar com os seus termos de acordo. Apenas com o passar do tempo as esperanças quanto à mudança de posição da parte contrária desaparecerão, permitindo a realização de um acordo. Tanto na situação de *deadline* quanto na de aprendizado diferido, o otimismo gera desperdícios pela demora em alcançar uma composição consensual independentemente da incompletude da informação (FUX; BODART, 2021, s.p.).

A psicologia hedônica também revela outros fatores importantes nas negociações. Psicologia hedônica é o estudo de como as pessoas se sentem em relação à própria vida e, particularmente, de como e quanto cada fator melhora ou piora essa experiência.

40 *Ibid.*

A psicologia hedônica sugere que sentimentos de justiça, satisfação e percepção do dano causado afetam a disposição das partes para o acordo.⁴¹

É relevante mencionar também o “efeito âncora” (*anchor effect*) como fator que tende a basear a tomada de decisões desproporcionalmente com base na primeira informação recebida (a âncora), a qual será sobrevalorizada em relação a informações obtidas subsequentemente. Assim, ofertas inicialmente realizadas em negociações por acordos tendem a influenciar diretamente o resultado das tratativas.⁴²

3.4. Autocomposição judicial obrigatória

Acerca da etapa de conciliação obrigatória (prevista no art. 334 do CPC), há controvérsia acerca de sua efetividade. Mesmo após a edição do CPC e a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos, continua a discussão acerca da efetividade da conciliação judicial e, mais além, acerca da conciliação judicial como etapa obrigatória do processo civil.

Fux e Bodart afirmam que no que diz respeito à perspectiva do bem-estar social, nem sempre a autocomposição deveria ser estimulada, por prejudicar a função básica da jurisdição: determinar a mudança de comportamento no grupo social. E prosseguem, asseverando que

As partes de uma negociação por eventual acordo extrajudicial ignoram aspectos importantes para a determinação da melhor solução para o bem-estar social, a saber: (i) os custos para o sistema de justiça caso decidam litigar; (ii) que informações reveladas durante o processo judicial podem ajudar terceiros a evitar ou reduzir riscos futuros (v.g., uma empresa pode querer um acordo para esconder um defeito sistêmico de fabricação do produto); e (iii) nas hipóteses em que o direito assistiria ao autor, o acordo geralmente permite que o réu encerre o litígio por um valor inferior ao que seria necessário para induzi-lo a ajustar a sua conduta ao socialmente ideal (v.g., se uma empresa causa danos a terceiros e consegue evitar a condenação pelo montante

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

do prejuízo causado, os seus incentivos para adotar cautelas eficientes para a redução dos riscos de dano serão diluídos) (FUX; BODART, 2021, s.p.).

Conforme Gico Jr, a celeridade do processo e a probabilidade de acordos têm uma correlação inversa. A morosidade judicial aumentaria a probabilidade de um acordo, pois quanto mais célere a prestação jurisdicional (via adjudicação por sentença), maior o seu valor presente para o autor, incentivando a litigância. Por outro lado, quanto mais ações forem ajuizadas, o tempo de duração do processo tende a aumentar, havendo um “congestionamento de equilíbrio”. Além disso, como dito anteriormente, outro efeito da morosidade judicial, a perspectiva de postergar o cumprimento das obrigações e tenderia a afastar as partes com direito e atrair pessoas que se beneficiariam com a lentidão (GICO JR, 2018).

É o que se chama princípio da recursividade do sistema. Trata-se da pressuposição de que um mesmo fenômeno pode ser causa e consequência, produto e produtor de efeitos. A relação entre o homem e a cultura é um bom exemplo do funcionamento deste princípio: o homem é forjado por sua cultura e a constrói reciprocamente (FERRAZ; MÜNCH, 2021, p. 11-36).

Ressalte-se que em outros países também existem regras impondo sessões obrigatórias de autocomposição. Ainda assim, tal expediente é criticado, já que a obrigatoriedade das sessões de conciliação contradiz a própria natureza consensual e participativa, gerando até risco de coerção para a efetivação de acordos (FUX; BODART, 2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho buscou-se contextualizar a análise econômica da transação, sob a perspectiva da eficiência no contexto do bem-estar social. Para tanto apresentou-se os métodos de resolução de conflitos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, iniciando-se pela jurisdição estatal e posteriormente passando para os métodos alternativos de solução de conflitos (também conhecido como equivalentes jurisdicionais). Nesta categoria apresentou-se a autotutela, a arbitragem e a autocomposição. Tratou-se brevemente acerca da Política Nacional de Tratamento Adequado de Solução de Conflitos, da conciliação e da mediação.

Na sequência, esquadrinhou-se um pouco de economia e análise econômica do direito no que seria aplicável à presente pesquisa. Distinguiu-se a economia tradicional da economia comportamental e demonstrou-se o conceito de eficiência, diferenciando a eficiência produtiva da eficiência alocativa.

Por fim, tratou-se da análise econômica da transação. Detalhou-se o conceito de capital jurídico e de que forma os juízes podem contribuir com a geração de estabilidade, segurança jurídica e previsibilidade e, assim, incentivar a realização de mais acordos. Tratou-se sobre a ineficiência das transações sob o ponto de vista do bem-estar social. Aduziram-se algumas ferramentas da economia comportamental e suas influências sobre a decisão de realizar ou não uma transação. Ao final, tratou-se da autocomposição judicial obrigatória (prevista no art. 334 do CPC) e como ela tem sido verificada.

Com esta pesquisa buscou-se apresentar um olhar das transações enquanto método de resolução conflitos sob a perspectiva da economia comportamental e como é possível ao Judiciário contribuir para o incremento do número de conciliações e, conseqüentemente, da Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos.

REFERÊNCIAS

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. **Temas de Direito Processual**, Terceira Série. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 31 e 42.

BRASIL. Código de Processo Civil. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 25 de novembro de 2010**.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

Dicionário Priberam. [s.l.: s.n., s.d.]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/eficiencia>. Acesso em: 22 nov. 2022.

FERRAZ, Taís Schilling; MÜNCH, Luciane Amaral Corrêa. Inovação a serviço de um judiciário transformador: uma perspectiva sistêmica. **Revista Judicial Brasileira**, v. 1, n. 1, p. 11-36, 2021.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GICO JR., Ivo Teixeira. O capital jurídico e o ciclo da litigância. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 2, p. 435-464, 2013.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163, 2015.

_____. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2020.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: JusPodivm, 2016.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: uma abordagem moderna**. Rio de Janeiro: GEN Grupo Editorial Nacional. Publicado pelo selo Editora Atlas, 2021.