

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS

UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

GISELY GABRIELA BEZERRA DE SOUSA

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E EFICIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL: UM ENSAIO SOB A
PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

SOUSA

2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE – UFCG

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – CCJS

UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

GISELY GABRIELA BEZERRA DE SOUSA

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E EFICIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL: UM ENSAIO SOB A
PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador(a): Prof. Monnília Pereira Nóbrega

SOUSA

2015

GISELY GABRIELA BEZERRA DE SOUSA

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E EFICIÊNCIA NO PROCESSO CIVIL: UM ENSAIO SOB A
PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Monografia apresentada ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Conceito Final: _____

Aprovada em: ____ de ____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^ª. Monnizia Pereira Nóbrega
Universidade Federal de Campina Grande

Examinador (a)

Examinador (a)

AGRADECIMENTOS

À minha mãe, pelo amor e apoio incondicional de todos os dias. Sua dedicação e expressões de um amor imensurável me fornecem força para enfrentar as vicissitudes do cotidiano.

Ao meu pai o agradecimento é óbvio e natural, sobretudo por ter me confiado sua estante de livros.

À minha orientadora, Professora Monnizia Pereira Nóbrega, pela atenção e zelo com o qual lidou com meu trabalho. Suas críticas e ponderações foram essenciais à discussão da problemática aqui abordada.

À minha grande e acolhedora família, base da minha formação, e em especial aos meus avós e à Tia Vera, pelo incentivo e pela forma como sempre acreditaram em mim.

À Adriana Lins, que com sua insuperável diligência, desvelo notável e total devotamento à causa da Justiça, mostrou-me o tipo de pessoa eu quero ser. Serei sempre grata pelas lições de Direito, mas principalmente, por ter me acolhido com tanto carinho.

Aos amigos que contribuíram para minha passagem pela Academia, especialmente, Vanessa Isis e Geraldo Neto. Vocês tornaram o percurso menos árduo. Foram muitos os momentos compartilhados e que fortaleceram os nossos laços de amizade.

A todos, os meus sinceros agradecimentos.

El proceso es la realización de la justicia y ninguna justicia se puede apoyar en la mentira.

(Eduardo Couture)

Em uma perspectiva econômica ou de maximização da riqueza, a função básica do Direito é a alteração de incentivos.

(Richard Allen Posner)

RESUMO

É corrente a constatação de que o Poder Judiciário passa por um momento de crise. Houve um aumento considerável de demandas e com elas a lentidão no andamento dos processos, o que agravou ainda mais essa situação. Nesse contexto, é necessário analisar essas demandas qualitativamente, o comportamento das partes, bem como a legislação processual pode influenciar a conduta dos litigantes. O presente trabalho tem por escopo analisar influência que a cooperação entre as partes exerce sobre a efetividade processual e aferir a eficiência das sanções aplicadas aos atos contrários à boa-fé praticados pelos litigantes. Para tanto se utiliza a Análise Econômica do Direito e elementos da teoria econômica para interpretar dados empíricos e estudar a jurisprudência acerca do tema. O trabalho se divide em três partes. Inicialmente se faz uma contextualização da abordagem proposta pela Análise Econômica do Direito, apresentação das nuances constitucionais e processuais do acesso à justiça e do direito de ação, com apresentação de dados sobre morosidade e litigiosidade judiciária no Brasil. Após, expõem-se o regramento legal e aspectos jurisprudenciais relativos à litigância de má-fé, diferenciando-a do abuso do direito. Em seguida, correlaciona-se o processo de tomada de decisões dos litigantes com base na Teoria dos Jogos, valendo-se da modelagem do *Law and Economics* para orientar a aplicação de sanções eficientes para coibir atos avessos à boa-fé. Por fim, apresentam-se as conclusões sobre os aspectos econômicos do tema que podem auxiliar no entendimento da baixa eficiência do regramento existente e orientar o aplicador do Direito na sua atuação, de maneira a dar maior efetividade às normas existente, propondo os incentivos corretos às partes e tornando desvantajosa a atuação de má-fé em um processo judicial.

Palavras-chave: Litigância de má-fé. Responsabilidade processual. Eficiência processual.

ABSTRACT

Current is the finding that the Judiciary is going through a time of crisis and there was a considerable increase in demands and, thereafter, the slow progress of cases, which aggravated this situation. In this context, is necessary analyze these demands qualitatively, the litigants behavior, during the judicial phase, and also the way the procedure legislation can influence the litigators' acts. This paper wants to investigate the influence of the cooperation between the litigants has in the procedural effectiveness and measure the efficiency of the sanctions imposed on acts contrary to good faith practiced by the litigants. Therefore, uses the Law and Economics and elements of the economic theory to interpret empirical data and study legal precedents about the theme. This work is divided into three parts. Initially makes a contextualization of the Law and Economics approach, presentation of the constitutional and procedural nuances of the access of justice and the right of action, with exhibition of data about judicial slow and litigation in Brazil. Then, exposes the legal rules and jurisprudential facets about litigation in bad faith, differs from right abuse. After, correlates the process of decision of the litigants based on Game Theory, uses the Law and Economics modeling for guide the application of efficient sanctions for avoid acts contrary to good faith. At end, presents the conclusions about the economics aspects of the theme that can help to understand the legal system's fails, like its inefficiency and orient the judges in their actuation, seeking to give more effectiveness to existing legal rules, offering the rights incentives to the parties and making disadvantageous bad faith acts in a judicial dispute.

Keywords: Litigation in bad faith. Procedural responsibility. Procedural efficiency.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E GRÁFICOS

Figura 1 – Árvore de decisão de um litígio	54
Gráfico 1 - Série histórica da movimentação processual	23
Gráfico 2 - Taxa de congestionamento total.....	24
Gráfico 3 - Confiança nas instituições	25

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Representação de um dilema do prisioneiro	29
Tabela 2 - Relação entre custos de transação e o comportamento dos litigantes	59

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AED – Análise Econômica do Direito

AgRg – Agravo Regimental

AI – Agravo de Instrumento

AREsp – Agravo em Recurso Especial

Art - Artigo

CF – Constituição Federal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

EDcl – Embargos de Declaração

EInf – Embargos Infringentes

FGV – Fundação Getúlio Vargas

PUC-RS – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso especial

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O ACESSO À JUSTIÇA E A DECISÃO RACIONAL NA TEORIA DOS JOGOS....	13
2.1 O direito de ação	15
2.2 Conceitos relevantes da Análise Econômica do Direito para avaliar a litigiosidade brasileira.....	19
2.3 Litigiosidade e morosidade judiciária: entraves ao acesso à justiça.....	22
2.4 A decisão racional pelo litígio e a teoria dos jogos.....	26
3 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO DIREITO PROCESSUAL: NATUREZA, FUNÇÕES E REGRAMENTO LEGAL.....	31
3.1 A boa-fé objetiva como <i>standard</i> de comportamento processual.....	31
3.2 Abuso do direito e má-fé processual	36
3.3 A litigância de má-fé em espécie na jurisprudência hodierna.....	41
4 APLICABILIDADE DE MODELAGENS DO LAW AND ECONOMICS NA CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: POR UMA EFICIÊNCIA PROCESSUAL.....	48
4.1 Caracterização e consequências da má-fé processual.	49
4.2 Análise da eficiência das sanções vigentes por má-fé processual sob a perspectiva da teoria dos jogos.....	52
4.3 A busca pela eficiência processual: aplicabilidade do <i>Law and Economics</i> na modelagem de condenações por litigância de má-fé	56
5 CONCLUSÃO.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1 INTRODUÇÃO

No âmbito dos Tribunais brasileiros, muito se tem falado acerca de princípios processuais, tais como boa-fé, moralidade e probidade processual. O Processo Civil brasileiro atualmente passa por uma significativa mudança de paradigmas, verificável no Novo Código de Processo Civil, que foi recentemente sancionado. Não obstante as críticas feitas em relação à efetiva necessidade de um novo código dessa natureza, é notório que os atores jurídicos envolvidos na elaboração da lei resgatam preceitos éticos e axiológicos em detrimento do formalismo e tecnicismo outrora protagonista do rito processualístico.

A preocupação que tem o Judiciário em entender as demandas que lhes são levadas de forma qualitativa é essencial, uma vez que o crescimento do número de litígios de forma desproporcional à expansão da infraestrutura dos Tribunais tem acentuado a morosidade judiciária. Precipuamente, o que se busca é uma verdadeira legitimação do processo em uma sociedade democrática de maneira que seja possível alcançar o equilíbrio entre os ditames da Justiça e a eficiência processual.

Os dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2014, que apresenta um perfil completo sobre a situação do Poder Judiciário brasileiro demonstrou um crescimento significativo no número de litígios. Buscar as razões que levaram os brasileiros a litigarem mais é essencial para trabalhar efetivamente em uma solução para os problemas estruturais e institucionais que envolvem o exercício da jurisdição no país.

Em uma sociedade que pede por um Poder Judiciário mais célere, a cooperação entre as partes se torna um fator essencial e é sobre a influência dessa solidariedade entre as partes sobre o andamento da marcha processual que visa tratar o presente trabalho, de tal forma que seja possível estabelecer objetivamente a relação entre boa-fé e eficiência e ainda, com base na legislação analisar a eficácia das previsões legais que visam coibir os atos de má-fé.

Dessa maneira, será avaliada a relação direta que o comportamento das partes envolvidas na relação processual desenvolve sobre a eficiência com a qual o processo deve caminhar, sendo possível distinguir o litigante que age de boa-fé daquele que age conscientemente com vistas à morosidade e inefetividade, muitas vezes buscando perdurar obter vantagens dos erros judiciais que porventura venha

provoca e partir disso, examinar como as formas de coibir comportamentos contraditórios e atitudes que visem procrastinar inutilmente a marcha processual são atualmente utilizadas pelos magistrados brasileiros, para ser possível determinar se as normas relacionadas são efetivamente cumpridas e dotadas de eficácia prática.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar a litigância de má-fé e sua influência no deslinde do litígio judicial e como objetivos específicos, caracterizar a litigância má-fé e seus efeitos sobre a eficiência que o processo deve buscar, identificar a aplicabilidade das normas que visam coibir a atuação do *improbis litigator* e por fim, verificar a eficácia da aplicação de tais normas a partir das regras econômicas apresentadas pela Teoria dos Jogos.

Para tanto, o uso de pesquisas empíricas, com apreciação dos resultados sob uma ótica econômica pode se mostrar como um importante método de trabalho. O Direito não pode ser visto como um campo isolado do conhecimento humano, hermeticamente fechado às contribuições advindas de outras Ciências, sendo imprescindível um diálogo com outras áreas de estudo afins, como a Sociologia, Filosofia, Antropologia e Economia, por exemplo, para que seja possível uma melhor integração e compreensão dos seus institutos.

Dentre as Ciências capazes de auxiliarem o Direito, importa destacar o papel que a Economia vem desempenhando, sobretudo por sua capacidade de fornecer uma compreensão estatisticamente mais concreta acerca de situações aparentemente abstratas. A chamada *Law and Economics* ou Análise Econômica do Direito (AED) traz uma teoria sobre o comportamento humano que vem sendo desenvolvida através das Ciências Econômicas e que pode se tornar um importante marco metodológico e teórico para entender as diferenças de regras processuais e o processo de tomada de decisão das partes que decidem ingressar em juízo.

A perspectiva da AED permite uma visão sobre a questão do congestionamento e da morosidade do Poder Judiciário, em que o foco da discussão incide não sobre teses abstratas e muitas vezes filosóficas e de pouco impacto prático, mas sim, na compreensão da racionalidade dos sujeitos processuais que utilizam o sistema e assim, torna-se possível avaliar o impacto das regras existentes e delinear regras capazes de alterar os incentivos dados aos agentes, definindo padrões de comportamento desejáveis.

O trabalho utilizará como método de abordagem o hipotético-dedutivo, uma vez que se pretende verificar uma hipótese baseada na influência negativa que atos

de litigância de má-fé possuem sobre a eficiência do processo, contribuindo para o agravamento de um quadro de morosidade judicial. Procura-se, ainda, uma dedução, a partir do estudo das decisões judiciais que vem sendo tomadas acerca do assunto, identificando lacunas que possam ser estudadas e preenchidas pelo conhecimento que se pretende adquirir com a formulação da hipótese, sendo possível testar a ocorrência de fenômenos que são abrangidos pela hipótese.

Concernentes aos métodos de procedimento serão empregados o histórico-evolutivo e o estudo comparativo, uma vez que se viu a necessidade de pesquisar a evolução histórica dos institutos aqui expostos, a fim de compreender sua essência e o tratamento que lhe vem sendo dado pelos Tribunais no decorrer da História após a Constituição Federal de 1988. Será utilizado, ainda, o método comparativo, posto que necessário à investigação de fenômenos ou fatos para explicá-los conforme suas semelhanças e diferenças.

Em se tratando da técnica de pesquisa, a metodologia para a consecução dos fins propostos será pautada na pesquisa bibliográfica e na coleta de dados de fontes oficiais e privadas. A pesquisa bibliográfica possibilitará o uso de artigos publicados em revistas especializadas, doutrinas, legislação e jurisprudência, tendo a possibilidade de se analisar a eficácia das sanções aos litigantes de má-fé e seus reflexos na eficiência processual, além de verificar a relevância jurídica que uma análise dessa natureza pode trazer para o ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira parte do presente trabalho cuida de inter-relacionar o direito de ação constitucionalmente garantido no Brasil, com a exploração do processo de tomada de decisão utilizando elementos da Teoria dos Jogos e introduzindo o leitor a conceitos básicos e necessários à compreensão de alguns institutos emprestados da Economia, mas que serão úteis na avaliação geral dos dados colhidos e apresentados.

Em um segundo momento, será feito um levantamento bibliográfico e jurisprudencial acerca dos institutos da litigância de má-fé no Direito Processual, com exposição da sua natureza, funções e regramentos legais, sobretudo no que se refere às suas sanções. No terceiro capítulo, será aprofundada a visão da Análise Econômica do Direito aplicada ao processo civil em relação ao comportamento dos indivíduos que tomam decisões estratégicas, como agentes racionais que respondem aos incentivos que lhes são postos, em que se busca traçar um

parâmetro eficiente para evitar o comportamento desleal e de má-fé por parte dos litigantes.

Assim, ao enxergar o processo judicial em um contexto no qual os agentes envolvidos agem racionalmente, traduzindo-se os custos e vantagens das suas escolhas, a serem apurados a cada decisão, a AED, conforme será apresentado neste trabalho, poderá contribuir para a construção de um aparato judicial em que seja possível a diminuição de desgastes desnecessários, com ampliação da satisfação das partes e da própria sociedade, que anseia por uma Justiça efetiva e capaz de prestar a tutela jurisdicional em tempo minimamente razoável.

2 O ACESSO À JUSTIÇA E A DECISÃO RACIONAL NA TEORIA DOS JOGOS

Atualmente os juristas brasileiros discutem a morosidade judiciária e aumento da litigiosidade, que entram o Poder Judiciário e causam um verdadeiro descrédito por parte dos jurisdicionados em relação à sua atuação, bem como à própria instituição, razão pela qual é preciso avaliar se qualitativamente as causas do problema, e em especial, a litigância de má-fé e os atos decorrentes de atitudes fraudulentas e ardilosas das partes, para que possam combatidas de maneira realmente eficaz.

Em uma sociedade democrática, o que se busca é uma verdadeira legitimação do processo de maneira que seja possível conciliar os ditames da Justiça e a eficiência processual. É nesse contexto, que deve buscar o equilíbrio entre eficiência e prestação jurisdicional efetiva à aplicação das normas, bem como a gestão judiciária. A Economia, nesse contexto, pode fornecer robusto material de pesquisa, que quando conciliada com os princípios constitucionais norteadores do processo, pode efetivamente contribuir para a melhora da prestação jurisdicional.

2.1 O direito de ação

A Ordem Constitucional vigente no Estado brasileiro trouxe consigo uma série de garantias fundamentais pautadas em uma ideia de Justiça Social, que possui como base uma série de princípios. Dentre os elencados no rol do artigo 5º da Carta Magna de 1988, encontra-se o chamado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, que em linhas gerais, tem o condão de garantir ao cidadão o seu livre acesso à Justiça, que *ipsis litteris*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
[...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

É importante, porém, salientar a evolução histórica pela qual esses institutos passaram até tomar a atual conjuntura. No Estado Clássico do século XIX, sendo a liberdade elevada ao patamar de valor essencial do ser humano, o Judiciário teria

como principal função garantir o seu exercício traçando limites para a intervenção do estatal na vida social e econômica dos cidadãos. Foi nesse regime que a legalidade tornou-se a base de um sistema jurídico que se opunha ao absolutismo presente no Antigo Regime. No pertinente ao direito de ação, ele não tinha uma face social - no sentido moderno do termo - pois uma vez que a garantia de ir a juízo era dada pela lei, incumbia ao interessado nele arcar com os ônus decorrentes do seu exercício, sem que o Estado interviesse.

Ocorre que após uma crise econômica até então sem precedentes e duas grandes guerras, o Ocidente passou por profundas reformas políticas, sociais e econômicas. O modelo clássico de Estado não subsistiu ante os anseios da população, que ainda se recuperava da série de eventos que marcou o Século XX. Nesse cenário, o conceito de liberdade deu lugar à ideia de bem-estar, surgindo o Estado Social, que atribuiu ao Estado a finalidade de garantir a efetivação dos chamados direitos sociais, oferecendo ao povo as condições mínimas para o seu exercício. Nesse modelo de *welfare state*, o acesso à Justiça passou a ter a função de assegurar a Democracia Social, uma vez que qualquer um tem a oportunidade de ir a juízo garantir através da tutela jurisdicional a efetivação de um direito material que lhe foi dado.

Hodiernamente, havendo a previsão expressa no Texto Constitucional de uma norma cuja finalidade é garantir o acesso à justiça, resta latente a essencialidade com que o direito de ação é tratado pelo ordenamento pátrio. É cediço que o Direito reflete os valores sociais e econômicos adotados pelo Estado enquanto ente político, que estabelece diretrizes normativas porquanto é detentor do poder de legislar. Ao passo que o legislador estabelece direitos de caráter subjetivo, precisa também traçar as formas procedimentais para pleitear tais direitos, e para tal, utiliza-se das normas de Direito Processual.

Sendo o acesso à Justiça um direito constitucional de cunho material e o rito processualístico o procedimento adequado para viabilizar o direito, tem-se que precisam ser analisados de forma conjunta, sendo impossível cindi-los. Nos dizeres de Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015), o direito de ação é multifuncional, porquanto pode ser utilizado de acordo com as necessidades funcionais dos direitos fundamentais, sendo colocado como uma garantia fundamental de natureza processual que é imprescindível à concreção dos direitos fundamentais materiais, tais como os direitos à liberdade, educação e saúde.

Frente a esse novo paradigma social, conforme aponta Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 261):

[...] a norma constitucional que afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXC, da Constituição), significa, de uma só vez, que: (i) o autor tem o direito de afirmar lesão ou ameaça a direito; (ii) o autor tem o direito de ver essa afirmação apreciada pelo juiz quando presentes os requisitos para a para a apreciação do mérito; (iii) o autor tem o direito de pedir apreciação dessa afirmação, ainda que um desses requisitos esteja ausente; (iv) o autor tem o direito à sentença e ao meio executivo capaz de dar plena efetividade à tutela jurisdicional do direito; e (vii) o autor tem o direito ao procedimento adequado à situação substancial carente de proteção. Tudo isso demonstra a extensão do direito de ação, que é muito mais do que o ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito. A ação, diante dos seus desdobramentos concretos e em uma perspectiva dinâmica, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional adequada e efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva.

Sendo elevado ao patamar de direito fundamental, passou a ser dever do Estado viabilizar a concretude e efetividade do acesso à justiça, exigindo para tanto, uma prestação positiva por parte do ente. Vê-se que dessa forma, a tutela jurisdicional possui uma feição protetiva, uma vez que é capaz de proteger o cidadão dos arbítrios estatais; e outra positiva, pois exige do próprio Estado a proteção e garantia dessa tutela.

A doutrina clássica, por sua vez, já vislumbrava há muito tempo uma série de obstáculos à efetivação do acesso à justiça. Cappelletti e Garth (2002), a fim de solucionar tais entraves, propôs o que chamou de ondas renovatórias de acesso à jurisdição e dividiu-as em três fases bastante distintas. A primeira fase está relacionada à assistência judicial gratuita, em que o Estado garante ao jurisdicionado os meios necessários à solução da lide, de forma que ele não seja coibido de acionar o Judiciário em virtude da incapacidade financeira para arcar com os custos processuais.

O segundo movimento, na tentativa de ampliar quantitativa e qualitativamente o acesso à justiça, diz respeito à representação dos interesses difusos em juízo, em que se abandona o caráter individual do processo tradicional, cedendo lugar à defesa de direitos que pertencem a um grupo de indivíduos, os chamados direitos individuais homogêneos e difusos, em que segundo o autores (2002, p. 25):

A combinação de recursos, tais como as ações coletivas, as sociedades de advogados do interesse público, a assessoria pública e o advogado público podem auxiliar a superar este problema – eficiente ação de grupos particulares – e conduzir à reivindicação eficiente dos interesses difusos.

Na terceira onda renovatória do acesso à justiça, o processualista italiano apresenta um novo enfoque à representação em juízo. Mantiveram-se os avanços pretendidos com as duas fases anteriores, contudo, verificou-se que inúmeras dificuldades persistiam, o que levou a se propor uma visão mais ampla do acesso à justiça, estimulando-se uma advocacia modernizada, em que há a primazia pela resolução dos conflitos antes mesmos de chegarem às vias judiciais – solução extrajudicial. Trata-se de uma perspectiva de valorização da cultura negocial em detrimento do litígio, levando-se em consideração que o objetivo mediato do Direito não é – e nunca foi – o processo em si, mas a pacificação social e a realização da Justiça.

Cabe anotar que o conceito de Justiça é eminentemente filosófico, não sendo o objeto deste trabalho o seu aprofundamento. Contudo, sendo conceito indissociável do Direito, vez que não se pode conceber um sistema normativo propício à estabilização de uma ordem jurídica injusta, sendo que “a melhor coisa é considerar a Justiça como noção ética fundamental e não determinada” (BOBBIO, 2004, p. 661).

A Constituição Federal Brasileira de 1988, no art. 5º, inciso LXXIV, estabelece que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, uma vez que não se pode permitir que o cidadão seja impedido de acionar o Judiciário em virtude de não possuir condições financeiras para tal, podendo se valer da assistência integral e gratuita por meio da Defensoria Pública, além da possibilidade de isenção do pagamento de taxas judiciais¹, custas e demais despesas decorrentes do processo.

Nesse diapasão, evidencia-se que o legislador constitucional se preocupou em garantir o acesso dos menos favorecidos ao Judiciário. O legislador infraconstitucional, por sua vez, inspirado pelos princípios constitucionais, promoveu

¹ No mesmo sentido, o verbete 667 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual “viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

uma reforma legislativa que culminou na publicação da Lei 13.105 de 16 de março de 2015, o Novo Código de Processo Civil, em que se prezou por um processo civil de resultados, em que a instrumentalidade buscou superar uma visão tecnicista e demasiadamente formal, que muitas vezes tornava o processo autônomo, passando a ser o objeto principal da lide, deixando-se a resolução do mérito em segundo plano.

A despeito das análises feitas acerca de possíveis efeitos práticos negativos do Novo Código de Processo Civil, o que ocorreu foi uma ênfase na participação dos agentes sociais por meio do processo judicial, tornando-o um verdadeiro paradigma da cidadania contemporânea, fazendo com que a tutela jurisdicional seja prestada diretamente aos jurisdicionados, sendo verdadeiramente pensada para eles, abandonando-se a complexidade dos ritos excessivamente formais.

2.2 Conceitos relevantes da Análise Econômica do Direito para avaliar a litigiosidade brasileira

A Análise Econômica do Direito (AED) ou como é conhecida nos Estados Unidos, *Law and Economics*, é um método de estudo interdisciplinar que utiliza categorias típicas da Economia, como externalidade, decisão racional, escassez e eficiência, para orientar o jurista quando da interpretação da norma jurídica e das próprias situações que requerem sua aplicação. A AED não está adstrita às normas de Direito Econômico, podendo ser utilizada na análise da eficiência de todo um sistema jurídico, das relações privadas (Direito Civil) até a efetividade da aplicação das penas (Direito Penal e Processo Penal).

Isso ocorre porque “a economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento” (COOTER, ULEN, 2010, p. 25). Para tanto, a Ciência Econômica fornece aos juristas teorias de grande precisão matemática e métodos de pesquisa empírica sólidos, sendo possível auferir os efeitos das normas de uma maneira concreta, podendo-se dizer “que a economia fornece uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis” (*op. cit.*).

Insta salientar que esse diálogo entre o Direito e a Economia não é um movimento recente, sendo que é possível encontrar correlações entre essas ciências humanas aplicadas desde os primeiros economistas. Para fins didáticos,

tomar-se-á a obra de Adam Smith como ponto inaugural de uma primeira fase da Análise Econômica do Direito. Adam Smith em sua *magnum opus*, *A Riqueza das Nações*², debruçou-se sobre uma análise quantitativa das relações de mercado da Inglaterra do século XVIII, traçando parâmetros para a atuação do Estado na Economia, o que envolvia meios legais para tal. Nesse contexto, de acordo com Brue (2005, p.72), ele:

[...] notou três funções principais do governo: (1) proteger a sociedade do ataque estrangeiro, (2) estabelecer a administração da justiça e (3) elevar e manter os trabalhos e as instituições públicas a fim de que os empresários privados não possam tentar obter lucros excessivos.

Após Adam Smith, merece menção a obra de Jeremy Bentham, John Stuart Mill e James Mill, teóricos da chamada Escola do Utilitarismo. O princípio basilar do utilitarismo é, de acordo com Mankiw (2006, p.437).

O conceito de utilidade – o nível de felicidade ou satisfação que alguém obtém de suas condições. A utilidade é uma medida de bem-estar e, segundo os utilitaristas, é o objetivo último de todas as ações públicas e privadas. O objetivo adequado do governo, eles alegam, é maximizar a soma de utilidades para todos os membros da sociedade.

Com o fim de ilustrar em termos práticos o conceito de utilidade proposto pelos utilitaristas, tome-se o exemplo de um consumidor que adentra a uma loja e se vê diante dos produtos A e B e deseja compra-los, contudo sua capacidade financeira permite a compra de apenas um dentre os dois. O consumidor, caso aja de maneira racional e escolha o produto que lhe ofereça maior satisfação dentro das suas limitações, estará agindo de forma a maximizar sua utilidade. Assim sendo, a utilidade funciona como um paradigma para auferir o bem-estar e deve estar presente nas ações, sejam elas de natureza públicas ou privadas, uma vez que para essa corrente econômica, as ações públicas serão apropriadas se funcionarem de maneira a maximizar a utilidade e a felicidade dos membros da sociedade, tendo o governo o dever de por intermédio do poder normativo e coercitivo que detém, angariar formas para atingir suas finalidades.

Aquela que pode ser chamada de segunda fase da AED começou a ganhar força nos Estados Unidos do século XX, tendo como grande marco a publicação do

² A primeira edição do livro “A Riqueza das Nações” foi publicada em 1776.

artigo *The Problem of Social Cost* (1960), de Ronald H. Coase, que elaborou o que ficou conhecido como Teorema de Coase, segundo o qual, conforme anota Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 29):

Em um mundo hipotético sem custos de transação (pressuposto da Economia Neoclássica), os agentes negociarão os direitos, independentemente da sua distribuição inicial, de modo a chegar à sua alocação eficiente. Nesse mundo, as instituições não exercem influência no desempenho econômico. Ocorre que, como asseverou Coase, esse é o mundo da *blackboard economics*. Ao criticar a análise econômica ortodoxa, Coase enfatizou que, no mundo real, os custos de transação são positivos e, ao contrário do que inferem os neoclássicos tradicionais, as instituições legais impactam significativamente o comportamento dos agentes econômicos.

A partir de então, a AED foi ganhando espaço no ambiente jurídico norte-americano, popularizando-se no mundo acadêmico na década de 70, com a publicação de diversos outros textos em seu campo de estudo, merecendo destaque o *“Economic Analysis of Law”* (1973) do influente jurista Richard Posner (LIMA et al. 2012). Nessa fase, a principal característica dos trabalhos está no fato de que se passou a olhar em especial para as leis que não regulam necessariamente comportamentos mercadológicos (justiça, responsabilidade civil, Direito Penal, Direito Processual, etc.) a partir da utilização de categorias eminentemente econômicas, como maximização, equilíbrio, eficiência e escolhas racionais.

A conceituação, ainda que breve, das categorias econômicas ora apresentadas é imprescindível na avaliação de comportamentos não mercadológicos, como a litigância, sob a ótica da AED. Maximização pode ser matematicamente descrita como escolha pela melhor alternativa que as restrições permitem (COOTER; ULEN, 2010). No exemplo dado anteriormente, é possível vislumbrar de forma prática tal conceito, atrelado, ainda, ao conceito de utilidade. Já o equilíbrio se traduz em um padrão de interações que prossegue desde que não haja perturbações externas (*ibidem*, p. 37).

A eficiência é comumente tratada como “a propriedade da alocação de um recurso de maximizar o excedente total recebido por todos os membros da sociedade” (MANKIOW, 2006. p. 148). Porém, há de se salientar que em Economia há diversas acepções para definir essa categoria, a depender da metodologia utilizada para tanto. Dentre tais perspectivas, destaca-se a eficiência de alocativa ou de

Pareto³. Diz-se que uma situação é Pareto eficiente “se não existir nenhuma forma de melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de outra” (VARIAN, 2006, p. 239). Destaque-se que o referencial para determinar a melhora ou piora de determinada situação é o da pessoa que está fazendo a análise.

Há na Economia uma teoria econômica ampla que trata da forma como as pessoas fazem suas escolhas, sendo designada de Teoria das Escolhas Racionais. Leva-se em consideração o fato de que o comportamento econômico reflete o comportamento das pessoas que integram a economia. Novamente, é necessário se remeter ao exemplo anterior do consumidor que deseja dois produtos, mas apenas tem condições de comprar um. A avaliação que esse consumidor fará a fim de comprar o produto que melhor o satisfaça considerando seu orçamento irá desembocar em uma escolha racional, visto que ponderou as variáveis disponíveis. O mesmo acontece com o autor que tem uma pretensão judicial e precisa decidir se vai ou não ajuizar uma ação. Ele necessita fazer um exame da situação e das variáveis disponíveis a fim de tomar a decisão que lhe é mais favorável. Tamanha é a importância dessa escolha que será mais bem explicada no momento oportuno.

Cabe anotar que a AED não pretende impor uma análise meramente econômica do Direito, reduzindo-o às categorias econômicas, o que seria inviável, dada a complexidade prática com as quais as normas jurídicas são diariamente contrapostas, envolvendo situações dotadas de uma alta carga de emoção, sentimentos e vivências humanas, que jamais poderiam ser deduzidas em cálculos puramente matemáticos. O que é se tem quando do estudo de Law and Economics é a “percepção da importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica na formulação de normas jurídicas visando a torná-las cada vez mais eficientes” (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 142). Sendo assim, o que se anseia é possibilitar através da interdisciplinaridade mecanismos capazes de alcançar uma efetiva prestação jurisdicional.

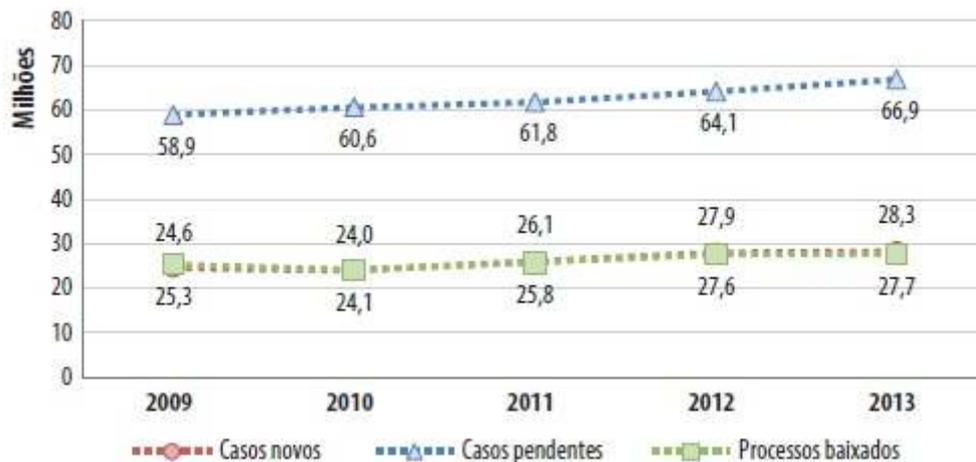
2.3 Litigiosidade e morosidade judiciária: entraves ao acesso à justiça

³ Tem essa denominação em virtude do seu conceito ter sido desenvolvido pelo pensador e economista italiano Vilfredo Pareto (1848 - 1923).

Quando se sai do plano teórico proposto pela Constituição Federal e passa-se a analisar os dados do Judiciário, é notório que existem inúmeros empecilhos à efetiva prestação jurisdicional. Maneiras de diminuir a morosidade processual, os custos processuais e tornar a máquina judiciária eficiente estão em pauta nas discussões jurídicas do país. Nesse contexto, ganha também destaque a questão da existência de uma verdadeira cultura da litigância no Brasil, tendo em vista o elevado número de ações judiciais que são distribuídas diariamente em todas as esferas da jurisdição estatal.

Segundo dados do Relatório “Justiça em Números”, apresentado pelo CNJ (2014), desde o ano de 2011 o número de processos baixados é inferior ao de novas demandas, de tal maneira que não se consegue baixar sequer o quantitativo de processos ingressados, o que provoca um aumento ano a ano do número de casos pendentes de julgamento, conforme evidenciado no gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Série histórica da movimentação processual



Fonte: CNJ (2014, p. 35).

Ao se deparar com tais dados, faz-se necessário questionar quais os fatores que levam ao aumento no índice de congestionamento de demandas e morosidade judiciária. Muito se fala em um baixo repasse de verbas para que os Tribunais possam investir na contratação de mão-de-obra e magistrados, porém, depreende-se do supramencionado relatório que o total gasto pelo Poder Judiciário foi de aproximadamente R\$ 61,6 bilhões. Essa despesa é o equivalente a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional e a R\$ 306,35 por habitante. A despesa da Justiça Estadual é a maior dentre as demais e representa mais da metade (55,2%) de todo

o gasto destinado à manutenção do Judiciário, mas em contrapartida, é na esfera estadual que se encontra a maior taxa de congestionamento de demandas.

Diante dessa situação é possível notar que a questão vai além da destinação de verbas orçamentárias, passando pela ausência de um projeto de gestão eficiente dos recursos por partes dos Tribunais, uma vez que os gastos com os órgãos são bastante expressivos, levantando uma problemática que ganha contornos jurídicos, econômicos e sociológicos, o grande número de demandas judiciais que são distribuídas cotidianamente .

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (2014), há no Brasil um número aproximado de 202.768.562 (duzentos e dois milhões, setecentos e sessenta e oito mil, quinhentos e sessenta e dois) habitantes. Levando-se em consideração que o CNJ contou mais de 28 (vinte e oito) milhões de novas ações no ano de 2014, tem-se uma proporção aproximada de uma ação judicial para cada sete habitantes do país, o que é um número elevado, ainda que se leve em consideração que o país possui dimensões continentais.

A taxa de congestionamento⁴ de processos se encontra em um patamar elevado quando se analisa o Poder Judiciário de maneira global, conforme se vê no gráfico que segue:

Gráfico 2 - Taxa de congestionamento total



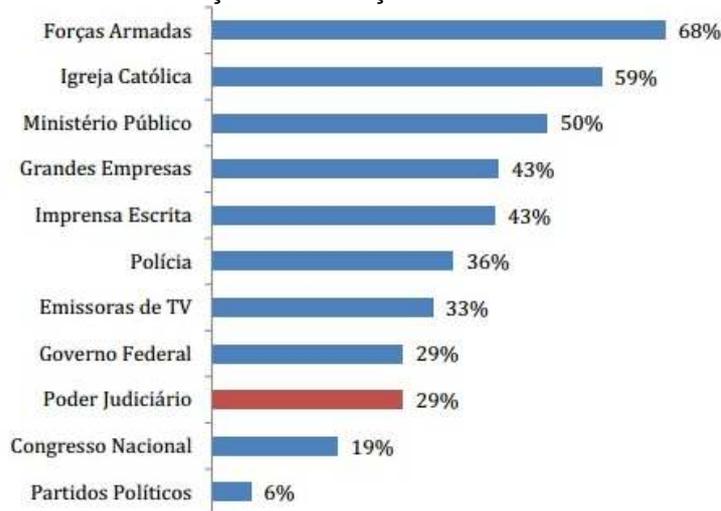
Fonte: CNJ (2014, p. 36).

⁴ A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base. A fórmula utilizada pelo CNJ para seu cálculo é $1 - (TPJB / (TCN + TCP))$, onde TPJB se refere ao total de processos judiciais baixados, TCN é o total de casos novos e TCP o total de casos pendentes. FONTE: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-rodape/gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>

Em meio a essa crise que se anuncia diante do crescimento do volume de demandas judiciais, são apontados inúmeros fatores para explicá-la, os mais comuns são a insuficiência e má gestão de recursos materiais e humanos, além da baixa produtividade de alguns setores⁵. Ocorre que, os dados apresentados mostram que quando se trata de eficiência da prestação jurisdicional há muitos questionamentos a serem feitos, frente a sua burocratização e gestão processual, de forma que o cidadão acaba questionando sua legitimidade, o que, aliás, não é um fenômeno recente e pode ser observado desde o início da década de 1980.

Essa ineficiência tem reflexos diretos na percepção do cidadão no devido cumprimento das suas finalidades pelo Poder Judiciário. Em pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas com a finalidade de apurar o grau de confiança da população nas instituições, viu-se que o descrédito em relação a esse poder estatal cresceu se comparado aos anos anteriores, ficando na nona posição em um ranking de onze instituições, como se vê no gráfico abaixo:

Gráfico 3 - Confiança nas instituições



Fonte: CUNHA, Gross Luciana et al. (2014, p. 24).

Nesse cenário em que a tutela jurisdicional tende a demorar mais do que o razoável em situações aparentemente sem grandes complexidades e há um

⁵ No caso dos magistrados, segundo dados do relatório Justiça em Números de 2014, que teve como ano de referência 2013, o Brasil contava com 16.429 (dezesseis mil, quatrocentos e vinte nove) magistrados e de maneira individual, foram baixados 1.684 (um mil, seiscentos e oitenta e quatro) processos, o que equivale a aproximadamente 4,5 processos baixados por dia pelo período de um ano, o que é uma média consideravelmente alta em relação a outros países. Contudo, fica evidente que a proporção existente entre juízes e número de habitantes do país torna a carga de trabalho elevada e reflete no percentual de resolução de demandas quando avaliado de maneira global.

crescente aviltamento da confiança na instituição judiciária por parte da população brasileira, não parece relativamente incoerente que somente no ano de 2013 mais de vinte e oito milhões de novos processos tenham sido distribuídos? A questão dos motivos que levam o jurisdicionado a litigar merece um estudo mais detalhado, uma vez que intrinsecamente relacionado com os percentuais de demandas e produtividade.

2.4 A decisão racional pelo litígio e a Teoria dos Jogos

Tem-se que os usuários do Judiciário são agentes dotados de racionalidade e como tais, é razoavelmente seguro asseverar que é uma prática natural de raciocínio a ponderação da relação custo-benefício quando da tomada de decisão sobre litigar.

Em se tratando de análise econômica ampla, dá-se o nome de Teoria da Escolha Racional à teoria que lida com as formas e motivos pelas quais as pessoas fazem suas escolhas, amplamente explorada no mercado de consumo e *marketing* (MANKIWI, 2006), mas que pode trazer valorosas contribuições ao processo judicial ao traçar um perfil dos litigantes e suas motivações para o ingresso em juízo.

Mankiw (*Ibidem*, p. 04) apresenta quatro princípios sobre os quais as pessoas tomam suas decisões de forma individual. O primeiro princípio é que as pessoas enfrentam *tradeoffs*⁶, de tal maneira que quando se vai tomar uma decisão, exige-se a escolha de um objeto em detrimento de outro. Um *tradeoff* que o Judiciário diuturnamente se depara é aquele entre a equidade e a eficiência. O segundo princípio apresentado pelo autor (*Ibidem*, p. 06) é que o custo de alguma coisa é aquilo que você desiste para obtê-la, uma vez que “como as pessoas enfrentam *tradeoffs*, a tomada de decisões exige comparar os custos e benefícios de possibilidades alternativas de ação”, traduzindo-se no que se chama de custo de oportunidade⁷.

⁶ Em economia, expressão que define situação de escolha conflitante, isto é, quando uma ação econômica que visa à resolução de determinado problema acarreta, inevitavelmente, outros. Por exemplo, de acordo com as concepções keynesianas modernas, em determinadas circunstâncias a redução da taxa de desemprego apenas poderá ser obtida com o aumento da taxa de inflação, existindo portanto um trade-off entre inflação e desemprego (SANDRONI, 1999, p.612).

⁷ Segundo esse conceito, os custos não devem ser considerados absolutos, mas iguais a uma segunda melhor oportunidade de benefícios não aproveitada. Ou seja, quando a decisão para as

O terceiro princípio assevera que as pessoas racionais pensam na margem das suas escolhas, ou seja, as pessoas fazem suas escolhas levando em consideração as mudanças marginais, ou seja, os pequenos ajustes incrementais a um plano de ação existente (op. cit), que cercam suas possibilidades. Como quarto princípio, o autor (2006) aduz que as pessoas reagem a incentivos, mormente decidem com base na comparação dos custos e benefícios advindos do comportamento tomado. Conforme se alteram os incentivos, o comportamento tende a mudar também.

Ensina Patrício (2005, p. 14) que “o que leva um determinado indivíduo a colocar sua questão em Tribunal é sempre o resultado de uma avaliação mais ou menos informada e cautelosa de custos e benefícios inerentes a essa decisão”. Na concepção desse autor, a ponderação feita pelo demandante engloba, de uma maneira geral, duas vertentes dotadas de essencialidade, sendo segundo ele (op. cit):

A vertente da micro-análise, realizada por cada um dos intervenientes processuais (v.g., juízes, funcionários judiciais, advogados, litigantes); e a vertente da macro-análise ou análise das decisões aptas a produzir resultados socialmente benéficos.

Tais vertentes estão inter-relacionadas, podendo-se dizer que se complementam e justificam mutuamente, porquanto que por um lado os indivíduos buscam a maximização da utilidade do processo de maneira individual, por outro, esta produz efeito exoprocessuais no tocante à efetividade da tutela jurisdicional e a busca pelo *óptimo social*.

No ano de 2011 pesquisadores da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS) elaboraram um estudo para o CNJ sob o título de “Demandas judiciais e morosidade da justiça civil”, em que a partir de uma perspectiva da AED delimitaram o perfil dos litigantes e dos litígios que correm no Judiciário brasileiro. Uma das conclusões que o estudo conseguiu alcançar foi que (2011, p. 07):

Aqueles motivações que surgiram nas entrevistas podem ser agrupadas em pelo menos quatro tipos distintos: ausência ou baixo nível dos custos,

possibilidades de utilização de A exclui a escolha de um melhor B, podem-se considerar os benefícios não aproveitados decorrentes de B como *opportunity costs*, custos de oportunidade. (*ibidem*. p. 153)

incluindo aqui também o baixo risco; a busca de um ganho; busca do Judiciário como meio, por exemplo, para postergar responsabilidades (uso instrumental); e a percepção de ter sido lesado moral, financeira ou fisicamente. Dentre todas essas motivações, sobressaem-se em muito, na percepção dos diversos grupos de entrevistados, a conjugação de baixos custos com baixa exposição a riscos.

O procedimento judicial depois de instaurado frequentemente se coloca diante de uma situação em que há poucos tomadores de decisões (autor e réu) e a ação considerada ótima a ser tomada depende do outro agente envolvido na demanda. Tal hipótese é análoga a um jogo porque é inegável que os agentes necessitam de estratégias.

Nesse plano, a Teoria dos Jogos se apresenta como um instrumento que pode auxiliar na compreensão dos movimentos estratégicos dos demandantes e usuários do sistema judiciário e assim, assistir no desenvolvimento de mecanismos processuais mais eficientes.

Para que se caracterize um jogo, conforme ensina Cooter e Ulen (2010), tem-se que haver especificamente três elementos: 1. Os jogadores, 2. as estratégias de cada jogador e 3. Os *payoffs* [ganhos ou retornos] de cada jogador para cada estratégia. A estratégia ótima para um jogador será aquela capaz de maximizar o *payoff* esperado. Insta destacar a existência de mais de um tipo de jogo, havendo jogos cooperativos e não cooperativos. O jogo cooperativo “é aquele no qual os participantes podem negociar contratos vinculativos de cumprimento obrigatório que lhes permitam planejar estratégias em conjunto” (PINDYCK; RUBINFELD, 2005, p. 408), por outro lado, o jogo não cooperativo é aquele “no qual a negociação e o cumprimento de contratos vinculativos não são possíveis” (*op. cit.*).

Um exemplo clássico de estratégia de jogo é o dilema do prisioneiro, em que é possível observar a dinâmica da tomada das decisões dos *players* envolvidos. Este jogo toma como base uma situação em que duas pessoas, Prisioneiro A e Prisioneiro B, são presos e colocados em salas separadas, de forma que é impossível o contato entre si, para que prestassem depoimento. Na situação, os prisioneiros foram encontrados fora de uma situação de flagrância e a polícia não possuía indícios fortes sobre a participação de ambos no fato delituoso, de tal maneira que lhes foram oferecidas algumas possibilidades, conforme abaixo:

Tabela 1 - Representação de um dilema do prisioneiro

		Prisioneiro B	
		Confessa	Não confessa
Prisioneiro A	Confessa	5; 5	1; 10
	Não confessa	10; 1	2; 2

Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2015).

Nota: *Payoffs* (Prisioneiro A e B) em anos de cadeia.

Nota-se que a cada prisioneiro foi dada duas possibilidades, a de confessar ou não a prática do crime e a consequência da escolha de um pode variar de acordo com a escolha do outro *player* (jogador).

Caso o Prisioneiro A opte por confessar e B também, ambos ficarão presos por cinco anos. Se, porém, o Prisioneiro A não confessa, mas seu comparsa B o faz, aquele ficará preso por dez anos, enquanto este por apenas um. Agora, se o Prisioneiro B não confessa e o Prisioneiro A confessa, aquele ficará enclausurado por um ano e este por dez anos. Por fim, a última possibilidade é a de que ambos não confessem e permaneçam presos por dois anos.

Levando-se em consideração que o desejo dos prisioneiros é reduzir o tempo em que passarão presos, fica evidente que confessar é a melhor opção, independentemente do comportamento adotado pelo outro *player*. É o que se chama de estratégia dominante em um jogo não cooperativo, já que não há possibilidade dos *players* nesse caso ajustarem os termos dos seus depoimentos previamente. Essa solução – confessar – é um equilíbrio, pois não há, racionalmente, um motivo para que os *players* alterem sua opção. É um típico exemplo do equilíbrio de Nash, em que “nenhum jogador individualmente pode se sair melhor mudando seu comportamento desde que os outros jogadores não mudem o deles” (COOTER; ULEN, 2010, p. 58).

Os preceitos apresentados pela Teoria dos Jogos podem ser utilizados para entender o deslinde de um processo judicial, ao passo que existem *players*, com interesses *a priori* conflitantes, havendo em um primeiro momento, um jogo em que se espera haver um ganhador e um perdedor. Dessa maneira, assevera Lucena Filho (2013, p. 54) que:

Uma disputa judicial revela que o processo é, por essência, um jogo não cooperativo de soma zero, em especial pela definição de pretensão resistida

componente de seu conceito e pela expectativa de que um dos polos saia vencedor em detrimento do outro e pela estabilização da lide.

É nesse contexto que deve ser compreendida a estrutura do sistema processual civil. As partes que litigam erguem suas estratégias em conformidade com os incentivos que são postos às suas disposições pela estrutura processual e jurisprudencial que existe. Diante de tal cenário em que subsiste no Judiciário brasileiro a morosidade e o abarrotamento de processos, urge necessidade de que as regras processuais e a própria jurisprudência passem a se preocupar com a delimitação dos incentivos certos para que as estratégias disponíveis aos litigantes não impliquem no colapso dos recursos do sistema.

3 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO DIREITO PROCESSUAL: NATUREZA, FUNÇÕES E REGRAMENTO LEGAL

No âmbito dos Tribunais brasileiros, muito se tem falado acerca de princípios processuais, tais como boa-fé, moralidade e probidade processual. O Processo Civil brasileiro atualmente passa por uma significativa mudança de paradigmas, verificável no Novo Código de Processo Civil, com vigência prevista para o ano de 2016. Não obstante as críticas feitas ao suposto ineditismo do novo *codex*, verifica-se que os atores jurídicos envolvidos na elaboração do projeto resgatam preceitos éticos e axiológicos em detrimento do formalismo e tecnicismo outrora protagonista do rito processualístico.

Nesse diapasão, merece destaque a discussão acerca da viabilidade da proibição à atuação contrária aos próprios fatos, conhecida pelo brocardo latino *venire contra factum proprium*, e a repressão às condutas consideradas temerárias ou de má-fé por parte do que a doutrina convém chamar de *improbus litigator*. Os apontamentos levantados dizem respeito à influência do comportamento das partes no deslinde processual, de tal maneira que suas ações interferem diretamente na duração razoável do processo, sendo que a adoção de determinadas condutas pelos sujeitos do processo podem procrastinar inutilmente o feito, contribuindo diretamente para a manutenção de um sistema judiciário ineficiente e oneroso à sociedade, constituindo um verdadeiro empecilho à efetiva prestação jurisdicional.

De tal maneira, essencial se faz o estudo sobre tais institutos e a verificação do seu tratamento pelos juízes e Tribunais brasileiros, que devem prezar pelo cumprimento do texto legal e correto andamento dos feitos e caso seja necessário, reprimir comportamentos adversos e incompatíveis com preceitos éticos de lealdade e boa-fé processual.

3.1 A boa-fé objetiva como *standard* de comportamento processual

Conforme se extrai a partir do estudo da História do Direito, a análise da relação entre os atos de boa-fé processual remontam desde o Direito Romano, permanecendo atual, porém, com um novo enfoque, o da eficiência. Em uma sociedade que pede por um Poder Judiciário mais célere, a cooperação entre as partes se torna um fator essencial, sendo relevante para o estudioso da dinâmica

processual civil avaliar a influência da solidariedade entre as partes sobre o andamento da marcha processual, de tal forma que seja possível estabelecer objetivamente a relação entre boa-fé e eficiência.

O hodierno sistema processual brasileiro adota a ideia de probidade como um verdadeiro modelo comportamental para os sujeitos processuais. Está presente no Código de Processo Civil de 1973 e de forma ainda mais evidente no Código de Processo Civil sancionado em 2015, a Lei nº 13.105, com vigência prevista para 17 de março de 2016.

Primeiramente, faz-se necessária a distinção entre o que a doutrina classifica como boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. Em obra dedicada ao estudo da matéria, Martins-Costa (2000, p. 411) assevera que:

A expressão 'boa-fé subjetiva' denota 'estado de consciência', ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se 'subjetiva' justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está a má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

No tocante à boa-fé objetiva, continua a autora (ob. cit., p. 411):

Já por 'boa-fé objetiva' se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos, e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países de *commom law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual 'cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade'. Por este modelo objetivo de conduta, levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *standard*, de tipo meramente subsuntivo.

Verifica-se, portanto, que a boa-fé subjetiva está relacionada a uma ideia equivocada acerca de uma situação regular, consubstanciada em uma ignorância subjetiva, de ordem psicológica. Trata-se de um fato, mormente o sujeito acreditar que está agindo de forma lícita. Pode ser citada como exemplo da sua aplicação a legislação referente à posse, em que o legislador trata de maneira distinta o possuidor de boa-fé e o de má-fé. O legislador assim deu tratamento jurídico diferenciado a um fato (estar na posse do bem) quando o sujeito de boa-fé (critério subjetivo) acredita estar agindo de maneira lícita.

A boa-fé objetiva, por sua vez, é uma norma de comportamento, pela qual os comportamentos dos sujeitos processuais devem ser pautados dentro de padrões éticos de conduta. Ela não se relaciona com a crença subjetiva do sujeito, justamente por exigir uma conduta considerada objetivamente como devida, que não depende da intenção do agente.

O artigo 5º do Novo CPC traduz uma norma de conduta, concretizando o princípio da boa-fé ao aduzir que “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. Conforme anotado por Didier Júnior (2015), nesse caso, o legislador optou por uma cláusula geral de boa-fé, uma vez que ao longo do processo podem surgir inúmeras situações, o que tornaria de pouca eficácia uma enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal.

No Brasil, o princípio da boa-fé processual encontra fundamentos constitucionais, havendo inclusive, considerável divergência no atinente ao dispositivo exato que o prevê. Atento à matéria, o Superior Tribunal Federal (2006) se posicionou no sentido de que tal princípio está contido no devido processo legal, de modo que limita o direito de defesa das partes em detrimento da proteção à efetiva tutela jurisdicional.

Nesse sentido, decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes em sede do RE 464.963 (2006), em que no mérito defende:

O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de *fair trial*, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do *fair trial* é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento, da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos

Estabeleceu o STF no RE 464.963 (2006):

Nesse sentido, tal princípio possui um âmbito de proteção alargado, que exige o *fair trial* não apenas dentre aqueles que fazem parte da relação processual, ou que atuam diretamente no processo, mas de todo o aparato

jurisdicional, o que abrange todos os sujeitos, instituições e órgãos públicos e privados, que exercem, direta ou indiretamente, funções qualificadas constitucionalmente e como essenciais à justiça.

Seguindo esse posicionamento, a Suprema Corte confirmou o entendimento de que o comportamento segundo os ditames da boa-fé atinge a todos os sujeitos que participam do processo, incluindo juízes e Tribunais.

Na lição de Didier Júnior (2015), essa argumentação estabelece um dever geral de boa-fé processual como sendo componente do devido processo legal o que a torna mais viável, posto que para que seja devido, o processo precisa ser ético e leal, não se podendo conceber como justo um processo fundamentado em comportamento diverso.

Nesse diapasão, é preciso reconhecer a índole dialética que reveste o processo, o que torna reprovável que as partes o utilizem para desvirtuar a verdade ou agindo de forma ardilosa ou fraudulenta, atentando contra a própria consecução da Justiça. Como dito outrora, o processo serve como instrumento à garantia do direito material, e sendo assim, a ele deve ser atribuída dignidade compatível com sua finalidade. Eis que para tanto, o princípio da boa-fé objetiva impõe deveres compatíveis com essa dignidade, buscando a lealdade processual entre os agentes envolvidos na lide, uma das premissas mais importantes para a realização de um processo cooperativo e eficiente.

A doutrina alemã elencou quatro situações em que se aplica a boa fé objetiva ao processo, conforme disposto por Didier Júnior. (2015). Cabe apontar as hipóteses conforme apontadas pelo mencionado autor e os dispositivos legais que as sustentam.

O primeiro caso diz respeito à proibição de agir de má-fé no processo, praticando dolosamente conduta tida por ilícita. No Código de Processo Civil há regras expressas que evidenciam isso, como o requerimento doloso de citação por edital e a responsabilidade pela litigância de má-fé.

O segundo episódio se refere a uma construção já sedimentada na jurisprudência, a proibição de *venire contra factum proprium*, que é a vedação a um comportamento contraditório pelas partes, ou seja, proíbe-se o exercício de uma situação jurídico-processual em descompasso com um comportamento previamente adotado pela parte, que gerou no seu adversário processual uma expectativa pela

manutenção da coerência. Segundo Cabral (2013, p. 132), os pressupostos de aplicação do *venire* podem ser sintetizados em:

(1) A existência de dois atos sucessivos no tempo (o *factum proprium* e um segundo comportamento) praticados com identidade subjetiva do agente; (2) a incompatibilidade da segunda conduta com o comportamento anterior; (3) a verificação de uma legítima confiança na conservação da primeira conduta; e (4) a quebra da confiança pela contradição comportamental. O primeiro requisito é a adoção de dois comportamentos por um mesmo sujeito: o *factum* (primeiro comportamento), que é aquele que vai gerar confiança; e a segunda conduta, questionada por ser incompatível com a anterior. Além disso, é peremptório existir identidade subjetiva na prática de ambas as condutas: o agente que praticou o *factum* deve ser o mesmo a praticar o ato incompatível, e daí dizer-se que o segundo ato deve ser *proprium*.

Em sede de exemplo da aplicação da proibição de *venire contra factum proprium* na legislação processual civil, tem-se a vedação ao recurso contra decisão que a parte expressa ou tacitamente aceita ou o requerimento de invalidação de ato cujo defeito deu causa.

A terceira situação é a proibição de abuso de direitos processuais, sendo considerada ilícita a atuação da parte que se vale de um direito legítimo para desvirtuar o andamento do processo e se beneficiar da conjectura dolosamente criada. O abuso do direito de defesa pode autorizar a concessão de tutela provisória de evidência, o abuso na escolha do meio executório entre os disponíveis ou ainda, o abuso do direito de recorrer, que caracteriza expressamente hipótese de litigância de má-fé.

Por fim, tem-se o que a doutrina alemã chama de *Verwirkung* e que ficou conhecida como *supressio* na doutrina nacional. Trata-se, segundo Tartuce (2015, p. 67), da “supressão, por renúncia tácita, de um direito ou de uma posição jurídica, pelo seu não exercício com o passar do tempo”. À guisa de exemplo de *supressio* pode-se citar a perda do direito do juiz averiguar a admissibilidade do processo depois de decorridos anos de regular processamento do feito, sem que ninguém tenha se pronunciado a respeito.

Em virtude dessas considerações, é forçoso concluir que a análise do comportamento dos sujeitos processuais, partindo-se sempre da premissa do respeito ao contraditório e da não surpresa, deve ser coerente e consonante na busca de uma conduta normativo participativo, de maneira a inibir métodos não cooperativos.

3.2 Abuso do direito e má-fé processual

A Teoria do Abuso do Direito possui raízes históricas muito antigas, tendo, porém, ganhando maior abrangência após o Código Civil de Napoleão, que deu grande valia aos direitos subjetivos ali presentes e passou a reprimir de forma mais incisiva atos ilícitos. Não faltaram, contudo, críticos a essa Teoria. Entre os juristas romanos já se dizia que aquele que age amparado por um direito não está sujeito a responsabilidade, uma vez que não comete falta. Nesse sentido, o adágio *neminem laedit qui jure suo utitur*⁸.

Ocorre que, apesar de em uma primeira análise da expressão ela aparente ser contraditória, uma visão moderna de tal instituto faz perceber que os direitos são conferidos para serem exercidos dentro de limites impostos pela justiça, moral, ética e legitimidade, não se podendo falar em livre exercício de um direito sem que seu titular não se preocupe com os demais agentes da sociedade. O que vai caracterizar o abuso do direito é o seu exercício anômalo, sem observância das suas próprias finalidades ética, social ou econômica. Nas palavras de Cavalieri Filho (2012, p. 173):

O fundamento principal do abuso do direito é impedir que o direito sirva como forma de opressão, evitar que o titular do direito utilize seu poder com finalidade distinta daquela a que se destina. O ato é formalmente legal, mas o titular do direito se desvia da finalidade da norma, transformando-o em ato substancialmente ilícito. E a realidade demonstra ser isso perfeitamente possível: a conduta está em harmonia com a letra da lei, mas em rota de colisão com os seus valores éticos, sociais e econômicos – enfim, em confronto com o conteúdo axiológico da norma legal.

No Brasil, tem-se uma cláusula geral sobre o excesso no exercício de um direito, no artigo 187 do Código Civil, segundo o qual, “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Apesar desse dispositivo legal ser o mais lembrado ao se falar em exercício do direito fora dos limites, sua previsão não se esgota aí, tanto é que há a previsão da teoria do abuso como contingente do ato ilícito em se tratando de infrações à ordem econômica (art. 18 da Lei 8.884/1994). A Constituição Federal, por sua vez, eleva ao

⁸ Expressão latina que significa “ofende ninguém que a seu direito usa”.

patamar de garantia fundamental a proteção contra o excesso de poder cometido por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, dando-lhe como remédio o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF/88).

No campo processual, o abuso do direito deverá ser visto dentro da fórmula do manifesto excesso dos limites, com um cuidado ainda maior, visto que a garantia de acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88) contempla em seu leque de garantias o contraditório (art. 5º, LV, da CF/88), a ampla defesa, o devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), a do juiz natural e competente e por fim, a da fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IV, da CF/88).

A Teoria do Abuso do Direito é uma só, sendo seu campo de abrangência amplo e interfere em todas as esferas do Direito, seja público ou privado. Impende observar, porém, que sua influência no processo civil guarda particularidades, outrossim, tratar-se de um instrumento à realização da justiça e conforme a abordagem de Theodoro Júnior (2014) acerca do tema, apesar de haver diversos pontos de intersecção entre o abuso do direito material e do direito processual, a doutrina bem observou as nuances próprias deste, exigindo para sua caracterização o dolo, a respeito do qual se distinguia o dolo substancial e o instrumental, o substancial e o instrumental; a temeridade; a fraude, sob as formas de processo aparente e simulado; a emulação; o capricho; o erro grosseiro; a violência; a protelação do feito; a falta ao dever de dizer a verdade; e o anormal uso de poder de disposição do processo.

Posta assim a questão, é possível vislumbrar a razão pela qual o exercício descomedido do direito de ação sempre ter se relacionado de forma intrínseca com a litigância de má-fé na legislação processual brasileira. O agente que atua abusando do direito que lhe é dado com o intuito de se furtar da aplicação da lei e lesionar princípios éticos do processo por pura má-fé, segundo Stoco (2002, p. 60):

Faz uso da lei e do processo não mais para obter legitimamente o que é ou deve ser seu, mas como mero instrumento para alterar a realidade do procedimento, lançado sobre seu agir desonesto um disfarce ou uma capa de moralidade e cobrindo esse ânimo com um estrato tegumento, de modo a permear e tornar imperscrutável o real objeto colimado.

Concernente ao litigante de má-fé, na lição de Nery Júnior e Nery (2010, p. 224), “é a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo

ou culpa, causando dano processual à parte contrária”. O *improbis litigator* se utiliza de meios escusos para vencer a demanda e ainda que já tenha a plena consciência de que a demanda é difícil ou impossível, age arditosamente para protelar o feito.

A má-fé em sua acepção subjetiva é a antítese da boa-fé, na medida em que ambas constituem uma aferição ética do comportamento do sujeito. Está intrinsecamente relacionada à atuação dolosa da parte com o único objetivo de lesar a outrem. No sistema jurídico brasileiro, a boa-fé é sempre presumida, por outro lado, a má-fé deve ser provada para que reste caracterizada.

A má-fé processual se apresenta como “a qualificação jurídica da conduta, legalmente sancionada, daquele que atua em juízo, convencido de não ter razão, com ânimo de prejudicar o adversário ou terceiro ou criar obstáculos ao exercício do seu direito” (STOCO, 2002, p. 87). Aquele que age com má-fé no processo atua de maneira temerária e tem plena consciência de que não tem razão e que protela o feito apenas com a intenção de prejudicar seu adversário.

Desde os remotos tempos da Ciência Jurídica é possível notar a preocupação dos juristas em prevenir e reprimir a litigância de má-fé. No Código de Processo Civil atualmente em vigor, tal repulsa é vista quando da possibilidade de aplicação de multa pecuniária, sem prejuízo da obrigação de indenizar os danos causados à outra parte. O legislador, preocupado em manter um comportamento eticamente aceitável entre as partes, impôs sanções a determinados atos que considerou como ilícitos processuais. Merece destaque o art. 17, do Código de Processo Civil, que aduz:

- Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
 - II - alterar a verdade dos fatos;
 - III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
 - IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
 - V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
 - VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
 - VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Elencaram-se no rol do artigo supramencionado algumas hipóteses em que se reputará de má-fé o litigante. Esse rol é *numerus clausus*, não comportando ampliações das hipóteses caracterizadoras da litigância de má-fé, contudo, a essência de proteção da boa-fé prevista na norma pode ser aplicada pela legislação

extravagante (NERY JR. E NERY, 2010). Existe, porém, uma grande dificuldade em estabelecer critérios fixos na lei para definir esse tipo de violação, uma vez que cabe ao juiz averiguar no caso em concreto a influência dos meios ardis e da intenção lesiva da parte. Apenas aquele que aplica a lei ao caso concreto poderá distinguir o erro de direito inescusável, capaz de caracterizar a má-fé processual, daquele erro proveniente de uma interpretação errônea da lei.

No que tange à possibilidade de se estabelecer uma sanção ao sujeito que atua com má-fé processual, estabelece o art. 18, da Lei Adjetiva Civil:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Vê-se que além de responder pelas perdas e danos, aquele que litiga de má-fé está sujeito à imposição de multa punitiva, que poderá ser estabelecida *ex officio*, tendo ainda que arcar com honorários e demais custas. Nesse caso, “para coibir a má-fé e velar pela lealdade processual, o juiz deve agir com poderes inquisitoriais, deixando de lado o caráter dispositivo do processo civil” (THEODORO JÚNIOR, 2014, p. 129). Contudo, insta salientar que o juiz ao aplicar tal sanção deverá apurar a responsabilidade da parte, pois não obstante tratar-se de um princípio moralizador, a má-fé não se presume, exigindo prova satisfatória da caracterização do dano que deverá compensar. Cordeiro (2011, p. 21), destaca, ainda, o papel do magistrado ao agir de ofício para reprimir atos de má-fé, no sentido de que:

Aparentemente, depara-se-nos um garantismo de raiz que permite, sem consequências e à parte defendente, as mais diversas atuações dilatórias. Com seriedade ou sem ela, qualquer demandado ou arguido pode deter indefinidamente o andamento de uma causa, suscitando os mais variados incidentes, oportunos ou inoportunos e lícitos ou ilícitos. O juiz, perfeito espectador do sucedido, não pode ou não quer quebrar o bloqueio.

O Superior Tribunal de Justiça (2014), no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial 1180000/RS, manifestou-se acerca da responsabilidade pela litigância de má-fé:

RECURSO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER MERAMENTE PROTETATÓRIO. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. IMPOSIÇÃO DE MULTA. APLICAÇÃO DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, C.C. ARTS. 14, II E III, E 17, VII, DO CPC. 1. Quando abusiva a interposição de embargos declaratórios manifestamente protetatórios, deve o Tribunal condenar o embargante a pagar multa ao embargado. 2. Embargos de declaração rejeitados, com aplicação de multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 538, parágrafo único, c/c artigos 14, II e III, e 17, VII, do CPC.

No mérito, defende o Ministro Jorge Mussi (2014):

Ausente, pois, omissão, obscuridade ou contrariedade por remediar, ao presente recurso não sobra senão caráter só abusivo. Há, aqui, além de violação específica à norma proibitiva inserta no art. 538, § único do Código de Processo Civil, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, I, e 17, VI), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo.

Essa opção do legislador em punir o comportamento de má-fé no processo tem uma razão de ser. Além da nítida tentativa de manter a coesão social e estimular a lealdade, um processo judicial apresenta um elevado custo aos cofres públicos. Dessa maneira, não se pode permitir que as partes deliberadamente pratiquem atos que não sejam úteis ao correto andamento do feito, sob pena de torna-lo ainda mais oneroso, agravando a situação do Judiciário que apresenta sérios problemas de alta demanda, morosidade e insuficiência de recursos.

A litigância de má-fé pode ser colocada como uma anomalia processual que contribui para o quadro de eternização dos litígios, claramente em direção oposta a outro princípio constitucional, o da duração razoável duração do processo. E nesse ponto reside a necessidade da manifestação do legislador e daqueles que aplicam a lei de prevenir e reprimir atos evitados de deslealdade, posto que ofende não apenas à parte contrária, mas também à própria dignidade do Tribunal.

Apesar da expressa previsão legal, a aplicação das sanções por atos decorrentes dessa deslealdade processual são nitidamente tímidas. A questão aqui é entender o porquê dessa aplicação recatada dentro da prática judiciária e a partir

disso, avaliar o impacto que uma repressão realmente eficaz será capaz de trazer ao feito, de tal forma que seja possível avaliar se realmente ocorre um aumento significativo da eficiência e dá-se celeridade ao rito processual cujas partes atuam dentro dos ditames da lealdade e solidariedade que devem permear o litígio.

A importância de tal estudo reside no fato de que com o crescimento do número de litígios, acentuou-se o problema da baixa eficiência do sistema judicial e aumento da morosidade, por isso, é preciso avaliar se da forma que vem sendo tratada, a litigância de má-fé e os atos decorrentes de atitudes fraudulentas e ardilosas das partes, são combatidas de maneira realmente eficaz.

O Brasil é um Estado Democrático de Direito que assegura o acesso à Justiça e consagrou a inafastabilidade do Poder Judiciário e universalizou o direito de ação. Todavia, essas garantias não devem ser absolutas, sobretudo no que tange a inobservância da boa-fé. Nesse contexto, é preciso um estudo sistemático a fim de esclarecer atitudes derivadas do abuso do direito processual e entender porque na prática, os Tribunais agem timidamente à sua repressão, ainda que seu entendimento seja um caminho plausível para entender a crise institucional que atinge a máquina judiciária.

3.3 A litigância de má-fé em espécie na jurisprudência hodierna

Após a exposição de conceitos teóricos acerca do tratamento do abuso do direito e da má-fé processual, cabe se debruçar sobre a maneira como os Tribunais vêm decidindo sobre a litigância de má-fé, dando interpretação ao art. 17, do CPC, além das normas correlatas que estão dispostas de forma esparsa no referido *Codex*.

A jurisprudência firmou-se no sentido de que para que se configure a litigância de má-fé decorre de infração praticada contra deveres éticos de probidade, em que o litigante intencionalmente adote uma conduta desleal. Exemplo dessa situação se deu no STF (2011), quando uma das partes interpôs quatro agravos regimentais contra a mesma decisão monocrática que não conheceu do terceiro recurso de agravo, isso em sede de julgamento do no AI 801247. Face a hipótese levada a juízo, decidiu o Pretório Excelso:

O processo não pode ser manipulado para viabilizar o abuso de direito, pois essa é uma idéia que se revela frontalmente contrária ao dever de probidade que se impõe à observância das partes. O litigante de má-fé - trate-se de parte pública ou cuide-se de parte privada - deve ter a sua conduta sumariamente repelida pela atuação jurisdicional dos juízes e dos tribunais, que não podem tolerar o abuso processual como prática descaracterizadora da essência ética do processo.

Por outro lado, apesar da necessidade de repressão da conduta, seu alcance interpretativo é visto com grande cautela para não inviabilizar os direitos à tutela jurisdicional e à ampla defesa. Diante disso, faz-se necessária a comprovação do dolo, nesse sentido, julgado do REsp 906.269/BA, em que o STJ (2007) asseverou:

RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 458 E 535, I E II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. PENALIDADES MAL APLICADAS. DIREITOS AUTORAIS. ESTILOS, MÉTODOS OU TÉCNICAS. INEXISTÊNCIA DE PROTEÇÃO. 1. Não ofende o Art. 535 do CPC o acórdão que, embora rejeitando os embargos de declaração, examinou todas as questões pertinentes. 2. Não é nula, por falta de fundamentação, sentença na qual o juiz declina completamente os motivos de seu convencimento. 3. A aplicação de penalidades por litigância de má-fé exige dolo específico, perfeitamente identificável a olhos desarmados, sem o qual se pune indevidamente a parte que se vale de direitos constitucionalmente protegidos (ação e defesa). 4. Estilos, métodos ou técnicas não são objetos de proteção intelectual (Art. 8º, I e II, da Lei 9.610/98). O que se tem sob guarida legal são as obras resultantes da utilização de estilos, métodos ou técnicas.

Dessa maneira, vê-se que, os Tribunais, ao decidirem, tentam equilibrar um processo eficiente com ditames inerentes a um direito processual envolto por princípios de ordem constitucionais, que não cerceie a prestação jurisdicional quando legitimamente requerida.

Assim, apesar de consideravelmente tímida a caracterização da má-fé no processo por parte dos órgãos jurisdicionais, há na jurisprudência a sedimentação de fatos que quando praticados pelas partes podem ser consideradas como litigância de má-fé, todas dentro do rol apresentado no art. 17 do CPC, que cabe exemplificar.

A primeira hipótese diz respeito à dedução de pretensão contra fato incontroverso (art. 17, I, do CPC). O STJ, no EDcl no AgRg no AREsp 448.313/DF (2014), deparou-se com uma situação em que uma parte interpôs agravo de declaração em face de uma decisão proferida em agravo regimental, que não

conheceu destes em virtude da sua intempestividade, além de não ter ocorrido o recolhimento da multa prevista no art. 557, §2º do CPC, a qual o embargante havia sido condenado.

Em sede de embargos de declaração, o embargante pugnou pela tempestividade do recurso, alegando que a publicação da decisão agravada ocorreu em uma sexta-feira, quando restou provado nos autos que o dia da publicação foi uma quinta-feira, sendo assim, o prazo teve início no dia seguinte e não apenas na segunda-feira. Diante do caso apresentado ao juízo, no julgamento do recurso mencionado, o STJ (2014) decidiu:

Ao proceder assim, a embargante tece arrazoado ciente de que sua pretensão é infundada, tanto que nem se preocupa em realmente inquirir os fundamentos do agravo regimental ou a certidão na qual se baseou, mas apenas tenta distorcer uma realidade que não lhe é favorável: a publicação da decisão numa quinta-feira e o início do prazo recursal na sexta-feira, ambos dias úteis, levaram-na à perda do prazo recursal ao protocolizar a petição um dia após o implemento do quinquídio.

Dessa maneira, há de se reputá-la como litigante de má-fé porque deduz pretensão contra fato incontroverso, expressamente alterando a verdade dos fatos — ao dizer que determinada data recaiu em dia semanal o qual sabidamente não ocorreu — e faltando, ainda, com os deveres de boa-fé e de lealdade plasmados no art. 14 do CPC.

A segunda hipótese de litigância de má-fé prevista no art. 17, do CPC diz respeito à alteração da verdade dos fatos. A condenação em tal hipótese se revela fundamentada porquanto o juízo ou Tribunal for capaz de consignar que a parte tentou alterar a verdade dos fatos constantes nos autos e evidenciando o nítido intuito de protelar o término do processo. A título de exemplo, pode-se citar a parte, que de maneira proposital, tenta induzir o julgador a erro por meio de transcrição tendenciosa de excertos de acórdão paradigma. Acerca dessa situação, o AgRg no REsp 947.927/PR, julgado pelo STJ (2008):

Civil. Processo civil. Agravo no recurso especial. Ação revisional de contrato de financiamento. Abusividade reconhecida da cláusula que estipula a comissão de permanência. Pretensão de descaracterização da mora do devedor em face dessa circunstância. Impossibilidade. Litigância de má-fé. - Nos termos de recente precedente, não é possível descaracterizar a mora do devedor apenas em face do reconhecimento de abusividade existente em cláusula relativa a encargo moratório, pois a caracterização da mora é fato antecedente à própria exigência destes. - Litiga de má-fé a parte que, dolosamente, manipula trechos de acórdão citado como paradigma, objetivando criar incoerência não existente entre decisões de Ministros de mesma Turma na tentativa de desacreditar a decisão anteriormente proferida. Agravo não provido; multa por litigância de má-fé aplicada.

Demanda de má-fé, nos termos do inciso III, art. 17, do CPC, aquele que usa o processo objetivando algo ilegal. A parte, a partir de um manejo temerário da demanda, utiliza o feito para fins eivados de ilicitude. Tal comportamento deve ser repreendido até mesmo *ex officio* pelo juiz e caracteriza uma conduta que a jurisprudência denomina de estelionato processual, já tendo sido discutida, inclusive, a possibilidade de ser reprimida pelas vias do Direito Penal. Instado a se manifestar acerca da tipicidade dessa espécie de fraude processual, o STJ (2009) entendeu que a conduta é atípica, conforme HC 136.038/RS:

Estelionato/estelionato judicial. Processo/representação/provas em juízo. Responsabilidade dos procuradores. Ausência de fato típico. 1. Quanto aos acontecimentos do processo judicial (deveres e responsabilidade), não de vir a pelo, preferencialmente, os arts. 14 a 18 do Cód. de Pr. Civil. 2. Os sucessivos atos processuais estão fora da lei penal; o processo, já de natureza dialética, gerado, pois, por oposições, está continuamente sujeito ao controle das partes, às quais se asseguram o contraditório e a ampla defesa, bem como uma série de recursos. 3. Tal o caso, falta-lhe a ilicitude da vantagem, também lhe falta o meio fraudulento (artifício, ardil, etc.). Enfim, o denominado estelionato judicial juridicamente não é fato penal; falta-lhe, assim, tipicidade. 4. Não é penalmente punível a conduta de quem procura em juízo. 5. Habeas corpus deferido a fim de se extinguir a ação penal.

Em relação à hipótese do inciso IV, art. 17, do CPC, que se refere à resistência injustificada ao andamento do processo, ela abarca as situações em que a parte impõe obstáculos ao efetivo cumprimento das medidas impostas, seja em sede de liminar ou antecipação dos efeitos da tutela. É litigante de má-fé também a parte que promove o feito de modo temerário (inciso V, art. 17, do CPC), como por exemplo, quem, de forma intencional, ajuíza diversas ações idênticas, a fim de conseguir provimento liminar favorável; quem, dentro do mesmo processo interpõe recurso em face de uma decisão, que o Tribunal anteriormente já havia se pronunciado no sentido de ser ele incabível. Já o inciso VI, do art. 17, do CPC, prevê ocorrência da litigância de má-fé para quem provoca incidentes manifestadamente infundados, como acontece quando alguém interpõe recurso destituído de fundamentos jurídicos dotados de plausibilidade

O inciso VII, do art. 17, do CPC, traz a última hipótese nesse rol em que se reputa litigância de má-fé ao comportamento processual, dizendo respeito ao abuso do direito de recorrer. É talvez um dos incisos com maior expressividade dentro do

ordenamento jurídico brasileiro, não sendo sequer incomum críticas ao sistema recursal que permite o prolongamento de feitos a partir da interposição de recursos, muitas vezes sem fundamentos jurídicos idôneos a elidir a decisão atacada. É certo que o direito de recorrer é garantido constitucionalmente, contudo, o abuso desse direito é incompatível com os postulados éticos da boa-fé e da lealdade que devem nortear o processo, devendo ser repelida pelas normas de direito positivo, uma vez que o excesso recursal além de prejudicar a parte adversa, contribui para a inviabilidade da prestação jurisdicional, uma vez que aumenta a carga de trabalho dos julgadores, que deixam de apreciar demandas efetivamente cabíveis para analisar recursos meramente protelatórios.

A matéria possui grande relevância na jurisprudência e não apenas na seara cível, conforme se verifica no Elnf nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 408.256/MG, em que o STJ (2014) tratou do abuso de direito de recorrer em recurso de natureza criminal:

PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS ACLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECURSO INFUNDADO. NÍTIDO CARÁTER PROTELATÓRIO. DESVIRTUAMENTO DO CÂNONE DA AMPLA DEFESA. ABUSO DE DIREITO. DETERMINAÇÃO DE BAIXA DOS AUTOS À ORIGEM PARA IMEDIATA EXECUÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. EMBARGOS NÃO CONHECIDOS. 1. A recorribilidade vazia, infundada, como *in casu*, tão somente com nítido intuito protelatório, configura abuso do direito de recorrer e não é admissível em nosso ordenamento jurídico, notadamente em respeito aos postulados da lealdade e boa fé processual, além de se afigurar desvirtuamento do próprio cânone da ampla defesa. 2. Não obstante na esfera penal não ser viável a fixação de multa por litigância de má-fé, é perfeitamente possível, antes mesmo do trânsito em julgado da condenação, a baixa dos autos, independentemente da publicação do acórdão, para que inicie o cumprimento da pena imposta. 3. Embargos de declaração não conhecidos, com a determinação de imediata baixa dos autos à Vara de origem, para fins de execução da sentença condenatória, independentemente da publicação deste acórdão e da eventual interposição de outro recurso, devendo a Coordenadoria da Sexta Turma certificar o trânsito em julgado.

É de bom alvitre ressaltar que não é a mera utilização dos recursos previstos em lei que irá caracterizar a litigância de má-fé, afinal, conforme já dito, a parte que sofre algum prejuízo em virtude de decisão judicial tem o direito de recorrer. Para que ocorra essa caracterização, é exigida a demonstração do dolo em obstar o andamento do feito. Ainda que a parte recorra com argumentos considerados frágeis ou que sejam julgados improcedentes, sem que tenha o evidente intuito protelatório,

não há que se falar em má-fé processual, situação diferente da reiteração de interposição de recursos totalmente incabíveis e essa sim, justifica a condenação pelo dano processual.

Além das hipóteses previstas no art. 17, do CPC, o Código apresenta em outras disposições normativas sanções diversas, contendo regras de proibição e comportamentos processuais não admitidos. É exemplo dessa espécie de comandos normativos no processo de execução regido pelo CPC: a conduta do executado que resiste de forma injustificada às ordens judiciais (art. 600, III do CPC); quem, intimado, não indica ao juiz no prazo legal quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores (art. 600, IV do CPC); e, deixa de cumprir execução de prestação alimentar (art. 733, do CPC).

As sanções de natureza pecuniárias e, no caso do devedor de alimentos, privativa de liberdade, previstas para aqueles que incorrem em tais práticas tem natureza coercitiva e não compensatória, tanto é que o rito para sua aplicação ocorre nos mesmos autos, seja de ofício ou a requerimento da parte (GRINOVER, 2000, p.63).

O art. 233, do CPC estabelece que “a parte que requerer a citação por edital, alegando dolosamente os requisitos do art. 231, I e II, incorrerá em multa de 5 (cinco) vezes o salário mínimo vigente na sede do juízo”. Trata-se, pois, de uma situação hipotética de má-fé processual em virtude da omissão ou prestação de informação falsa sobre a localização do réu e assim, beneficia-se disso. Conforme Nery Jr. e Nery (2010), para que surja a possibilidade de aplicação da multa de que trata o referido artigo, é necessário que a parte aja com o dolo manifesto e deliberado propósito de prejudicar o citado, tendo desviado o procedimento judicial de sua pretensão natural.

Já o art. 273, inciso II, do CPC traz em seu contexto a previsão de antecipação dos efeitos da tutela como forma de sanção, *in verbis*:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:
(...)
II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

A tutela antecipatória com base no abuso do direito de defesa acaba tendo o escopo de inverter o ônus da espera pelo resultado do processo. Conforme anotado por Zavascki (2009, p. 114):

Embora não se trate propriamente de uma punição, dado que sua finalidade, tem o sentido positivo de prestar jurisdição sem protelações indevidas, a medida guarda semelhança, no que diz com as respectivas causas determinantes, com as penalidades impostas a quem põe obstáculos à seriedade e à celeridade da função jurisdicional, previstas no CPC.

Tal instituto não pode ser confundido com a litigância de má-fé. É possível que o juiz, para fins de antecipação dos efeitos da tutela, extraia alguns elementos do art. 17, do CPC, contudo, isso não quer significar que as hipóteses ali previstas podem servir para justificar a medida (MARINONI, 2011), isso porque além da existência do intuito doloso de protelar a concessão da tutela jurisdicional, é necessário que o juiz vislumbre no caso concreto a prova inequívoca e verossimilhança das alegações, pressupostos concorrentes para deferimento da medida.

Há outras hipóteses de atitudes que a lei reputa como abuso do direito, deslealdade processual e atos atentatórios à dignidade da justiça. Estudá-los exaustivamente, todavia, não é o objetivo do presente trabalho, quando mais se levar em consideração o fato de que muitas vezes o CPC se mostra redundante, a exemplo do previsto no seu art. 538, dispositivo que estabelece situação de abuso do direito de recorrer no caso de interposição de embargos de declaração protelatórios, bastante semelhante ao previsto no seu art. 17, inciso VII (interpor recurso com intuito manifestadamente protelatório).

A essência, da previsão legislativa, do entendimento jurisprudencial e doutrinário acerca da boa-fé e má-fé processual, bem como caracterização da litigância de má-fé foi apresentada, de maneira que é possível a sua contraposição com o até então trabalhado, a fim de buscar um ponto de intersecção entre a Análise Econômica do Direito e a punição direcionada ao *improbis litigator*, para que se possa coibir tal comportamento de forma efetiva e contribuir para a realização de um processo judicial verdadeiramente célere.

4 APLICABILIDADE DE MODELAGENS DO LAW AND ECONOMICS NA CONDENAÇÃO POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: POR UMA EFICIÊNCIA PROCESSUAL

Apresentados conceitos elementares da Análise Econômica do Direito e institutos do Processo Civil brasileiro, é possível inter-relacionando-as. A AED, ao fornecer uma visão pragmática do Direito e que se propõe a avaliar o impacto imediato e em longo prazo das normas, possibilita ao pesquisador ferramentas úteis à aferição de ideias que apesar de serem comumente utilizadas, parecem ser tratadas de maneira superficial, a exemplo, a eficiência processual.

No presente capítulo, busca-se demonstrar que apesar de existir dentro do processo judicial um dever de agir em conformidade com a boa-fé objetiva e relacionada a ela, deveres de lealdade, probidade e cooperação, não é incomum na realidade forense o emprego de meios arditos por alguma das partes durante o seu deslinde. Diante dessa constatação, a despeito de existir na legislação vigente instrumentos que buscam inibir comportamentos dessa natureza, estes vem se demonstrando ineficazes na medida em que não atingem os fins a que se propõem.

Como consequência, há prejuízos parte a diretamente atingida e também atinge toda a sociedade, mormente esta ser a destinatária última do processo, que cujo escopo último é a pacificação social. Indaga-se: como pode o processo ser instrumento de pacificação social se é possível para alguém atuando de má-fé dentro dele obter lucros cujos meios para se conseguir são eticamente reprováveis?

A busca por mecanismos eficientes de combate à litigância de má-fé está diretamente relacionada à própria credibilidade do Poder Judiciário e sob tais premissas, a AED ao partir da premissa de que os sujeitos processuais atuam como agentes racionais no processo de tomada de decisão oferece um arcabouço metodológico hábil a traçar parâmetros de responsabilização das partes em virtude da litigância de má-fé. Assim, é possível compreender empiricamente como devem ser direcionadas as sanções dentro de um processo judicial para tornar a prática de condutas desleais efetivamente desvantajosas para a parte que tem interesse em postergar a duração do litígio para se furtar do cumprimento de uma decisão judicial desfavorável.

4.1 Caracterização e consequências da má-fé processual.

O Código de Processo Civil prevê no seu capítulo III uma série de deveres das partes e de seus procuradores ao atuarem em um procedimento judicial. Após apresentar os deveres propriamente ditos (arts. 14 e 15, do CPC), o *Codex* dedica uma seção para tratar da responsabilidade das partes pelo dano processual.

Em seu art. 16, o CPC estabelece que “responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente”, existindo aqui uma premissa básica para a responsabilização do contendor de má-fé. No seu art. 18, ampliou as possibilidades de sanções ao prever, além da possibilidade de imposição de perdas e danos, a condenação ao pagamento de multa, despesas e honorários advocatícios:

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

A multa prevista tem um nítido caráter punitivo, podendo ser aplicada cumulativamente com as demais sanções previstas, sobre o assunto, anota Rui Stoco (2002, p. 98):

[...] o legislador criou um sistema híbrido tanto de natureza indenizatória como punitiva, abraçando, em parte, o sistema do *contempt of court* do direito anglo-americano e dos *punitive damage* ou *exemplary damage* do direito norte-americano, cujo objetivo maior é que sua imposição sirva de exemplo não somente ao causador do dano, senão também para prevenir, na sua advertência, a ocorrência de casos futuros.

Assim, quando o *cânon* contido na norma manda condenar também em “mais honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou” estaria se referindo apenas à sucumbência ou a uma dupla condenação nestas verbas? Ora, o art. 18 do CPC contém previsão de punição pelo exercício temerário da lide ou comportamento de má-fé. As verbas de sucumbência estão estabelecidas em outro estamento, em outra regra e em outro contexto e têm natureza diversa. Seu pressuposto é justamente a sucumbência, ou seja, a perda da causa. Portanto, além da multa e da indenização, a parte ímproba responderá, a título de penalidade, pela verba honorária do representante da outra parte e, ainda pelas despesas processuais.

O art. 16, ao aduzir que a parte de má-fé reparará o prejudicado em perdas e danos, esclareceu o aspecto material que cerca tal reparação, havendo que se falar no ressarcimento pelos lucros cessantes e danos emergentes. Diante disso, cabe trazer os conceitos desses institutos, amplamente tratados no Direito Civil, no que pertine à responsabilização por atos ilícitos.

O dano de natureza patrimonial ou material é aquele que “atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis economicamente” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 77) e ele se subdivide em duas categorias, o dano emergente e o lucro cessante. O dano emergente ou positivo “importa efetiva e imediata diminuição do patrimônio vítima em razão do ato ilícito”. (*ibidem*, p. 78) É o que aquilo que a vítima perdeu efetivamente perdeu. O lucro cessante, por sua vez, consiste “na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima” (*ibidem*, p. 79), sendo os efeitos mediatos e futuros sofridos pela vítima.

Consoante Silva (2000, p. 111):

O direito brasileiro conservou-se fiel ao princípio de que a responsabilidade do litigante de má-fé será sempre patrimonial, traduzida no dever de indenizar os danos e prejuízos porventura causados à outra parte. Nosso sistema, seguindo a tradição do direito europeu, especialmente dos sistemas formados a partir do direito romano-canônico, pela via do direito francês, não contempla a possibilidade de punição pessoal contra o litigante de má-fé e, particularmente, não pune os procuradores por esse tipo de conduta ilícita.

Apesar de não estar expressamente prevista no CPC, está aberta a possibilidade da parte prejudicada pleitear reparação de danos de ordem moral, isso porque é plenamente possível vislumbrar a hipótese em que a parte utiliza o processo para fins ardilosos, seja fraudando o feito ou litigando de má-fé. Para tanto, basta que se faça uma leitura contextualizada do sistema processual pretendido pela Carta Magna, que garante a reparação do dano moral sofrido em virtude da agressão à imagem, honra, à intimidade, etc. Nesse caso, ante a ausência de expressa previsão legal, o prejudicado terá que se valer de uma ação autônoma visando a reparação pelo dano moral sofrido.

Da leitura do art. 18, da Lei Adjetiva Civil, extrai-se que a condenação por litigância de má-fé poderá se dar *ex officio*, ou seja, independentemente de

requerimento da parte prejudicada. A norma processual vislumbra como sendo seu destinatário o juiz ou tribunal, de maneira que lhe é dada a possibilidade de condenar o litigante de má-fé. Essa previsão se pauta na ideia de que o magistrado deve agir com zelo, reprimindo abusos cometidos pelos litigantes que atentem à dignidade da justiça (NERY JÚNIOR E NERY, 2010).

Por outro lado, tendo em vista o enfoque constitucional que deve ser dado ao processo, impor uma condenação a qualquer das partes sem que lhe seja dada oportunidade de defesa não se mostra uma solução viável, mormente atentar contra o direito ao contraditório e ao devido processo legal. Assim, acertada a solução dada pelo STJ (2000) no julgamento do REsp 250.781/SP:

PROCESSUAL CIVIL. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO. 1. Para a condenação em litigância de má-fé, faz-se necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam: que a conduta da parte se subsuma a uma das hipóteses taxativamente elencadas no art. 17, do CPC; que à parte tenha sido oferecida oportunidade de defesa (CF, art. 5º, LV); e que da sua conduta resulte prejuízo processual à parte adversa.

No que se refere à aplicação da indenização de até 20% (vinte por cento) do valor da causa, há na doutrina e na jurisprudência debates acerca da sua aplicação e a necessidade de haver prova do dano sofrido pela parte contrária, uma vez que em tese, ela visa ressarcir a parte dos prejuízos sofridos (dano emergente e lucro cessante). O STJ (2015), recentemente decidiu no sentido de que não se exige prova de prejuízo à parte contrária para que seja devida a indenização por litigância de má-fé. No julgamento dos Embargos de Divergência em RESP nº 1.133.262 – ES, asseverou que “o preenchimento das condutas descritas no art. 17 do CPC, que define os contornos fáticos da litigância de má-fé, é causa suficiente para a configuração do prejuízo à parte contrária e ao andamento processual do feito”.

Sobre a possibilidade de instituir de ofício a pretensa indenização, tratou Theodoro Júnior (2014, p. 206):

Uma das dificuldades de punir-se a litigância de má-fé residia na necessidade de a vítima quantificar comprovadamente o dano que lhe havia sido acarretado pelo litigante temerário. Com a Lei nº 8.952, de 13.12.1994, que deu nova redação ao *caput* e ao §2º do art. 18, o embaraço foi eliminado, já que: a) ficou explícito que a condenação do litigante de má-fé a indenizar a parte prejudicada nem mesmo depende, necessariamente, de pedido do ofendido. Caberá ao juiz decretá-la “de ofício ou a requerimento” (*caput*); b) conferiu-se, outrossim, ao juiz a faculdade de fixar objetivamente

a indenização, tomando como base o valor da causa (hipótese em que não deverá ultrapassar o limite de 20% sobre aquele valor), ou de determinar que se proceda à liquidação por arbitramento. Na maioria das vezes, portanto, o juiz mesmo arbitrará a sanção, tornando-a de aplicação imediata ao infrator. O arbitramento, a meu ver, será recomendável apenas quando houver indícios de danos efetivos de grande monta, que possivelmente ultrapassem a margem tarifada da lei (20% do valor da causa). Ai, sim, haveria necessidade de uma perícia para determinar o prejuízo real sofrido pela parte que suportou as consequências da litigância temerária.

O que ocorre é a facilitação à condenação do litigante de má-fé, podendo o magistrado reprimir atitudes processualmente desleais com maior eficiência. Isso não quer dizer, contudo, que haverá aplicação da sanção sem que exista qualquer dano, uma vez que a litigância de má-fé tem como pressuposto algum dano sério ao processo e aos interesses da parte adversa. A sua existência está atrelada à prova inequívoca, ou ao menos, deduzida de forma necessária, baseada em elementos concretos carreados aos autos (THEODORO JÚNIOR, 2014). Nesse passo, o dano sofrido necessita ser demonstrado, ainda que para tanto, não se exija prova exata do seu *quantum*.

4.2 Análise da eficiência das sanções vigentes por má-fé processual sob a perspectiva da Teoria dos Jogos

Viu-se que a Teoria dos Jogos pode ser considerada como a “análise de comportamento estratégico em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros” (TIMM, 2014, p. 115). Dessa maneira, ela assume que os agentes (também podendo ser chamados de jogadores ou tomadores de decisão) agem de maneira racional, conforme Timm (*ibid*):

i) eles sabem quais são seus objetivos e preferências; ii) eles sabem quais são as limitações e restrições relevantes às suas ações; e iii) eles conseguem escolher a melhor ação possível dado seus objetivos e preferências e respeitadas as limitações e restrições relevantes

Com tal perspectiva, a Teoria sob enfoque encontra grande aplicabilidade na seara jurídica, mormente provê uma conjuntura analítica útil para auferir os possíveis impactos de textos normativos na sociedade, porquanto esses se usualmente representam restrições ao comportamento humano e em consequência disso, os

agentes levam em consideração tais restrições para definir a melhor atitude a ser tomada a fim de aperfeiçoar os métodos para alcançar seus próprios objetivos.

Processualmente falando, a simplificação da situação em análise proposta pela citada Teoria permite uma avaliação das consequências das leis processuais, contribuindo para que os operadores do Direito sejam capazes de esboçarem sistemas legais nos quais os objetivos do processo sejam alcançados de forma mais célere e simplificada.

Tendo o agente racional optado pelo ajuizamento de uma ação judicial, se estará diante de um processo, o qual pode ser examinado através de várias perspectivas, razão pela qual não há apenas uma definição para ele. Neste trabalho, contudo, interessa a aceção de processo como forma de exercício da jurisdição. Segundo Didier Júnior (2015, p. 31):

O processo sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico é uma espécie de ato jurídico. Examina-se o processo a partir do plano da existência dos fatos jurídicos. Trata-se de um ato jurídico complexo. Processo, neste sentido, é sinônimo de procedimento. [...] Enquadra-se o procedimento na categoria “ato-complexo de formação sucessiva”: os vários atos jurídicos que compõem o tipo normativo sucedem no tempo. O procedimento é ato-complexo de formação sucessiva, porquanto seja um conjunto de atos jurídicos (atos processuais), relacionados entre si, que possuem como objetivo comum, no caso do processo judicial, a prestação jurisdicional.

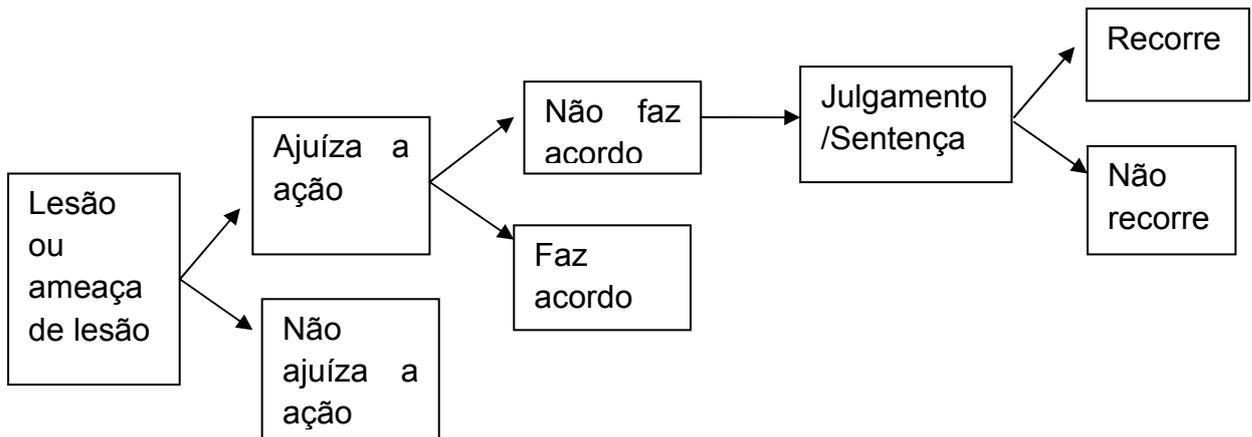
Através desse caráter sucessivo de atos processuais no deslinde do feito é possível verificar que as partes a todo o momento são chamadas a tomarem decisões (não decisões no sentido de ato do juiz), a fim de lhes impulsionarem e requerem o que lhes for de direito. É possível estabelecer que uma disputa judicial segue alguns estágios, que não dependem de questões substantivas.

Da leitura da legislação vigente, tem-se que um processo judicial de rito ordinário pode ser composto pelas seguintes situações: a) ajuizamento da demanda; b) citação do réu; c) resposta; d) conciliação; e) não havendo o acordo, instrução; f) julgamento; g) recursos; h) apreciação do recurso pela instância superior; i) liquidação da sentença; j) execução; l) baixa e arquivamento.

Na figura abaixo, tentou-se simplificar o deslinde de um procedimento judicial. Primeiramente, deve-se salientar que não se trata de uma ação de rito especial, mas sim de um processo sumário de conhecimento e ainda foram suprimidos alguns atos processuais, tão somente por fins didáticos, de maneira que não há utilidade prática nesse momento de constar na árvore decisória a

possibilidade de revelia do réu ou fase de produção de provas. A eliminação dos excessos de detalhes facilita a compreensão das possíveis conclusões que os agentes podem auferir durante o andamento do feito, sendo esse o principal objetivo da figura.

Figura 1 – Árvore de decisão de um litígio



Fonte: Elaborada pelo autor (2015).

A partir do exposto, fica evidente que o processo jurídico passa por várias fases e em cada uma delas podem incidir os efeitos decorrentes dos incentivos promovidos pelas diferentes regras e práticas sociais, assevera Cooter e Ulen (2010, p. 410):

Quando o autor da ação apresenta a petição, o réu precisa respondê-la. Para calcular a melhor resposta, o réu racional precisa resolver um problema de decisão semelhante ao do autor da ação. O problema da decisão do réu é a minimização do custo esperado de sua responsabilidade jurídica.

De tal maneira, as partes processuais ditam seu comportamento de acordo com a situação mais conveniente naquela oportunidade, atentando às consequências imediatas e futuras que seus atos poderão acarretar. Nesse diapasão, é possível assumir que o réu que pleiteia de má-fé e busca de forma artilosa se furtar do cumprimento de decisões judiciais, procrastinando injustificadamente o feito, a fim de não dar efetividade à tutela jurisdicional pleiteada, imagina que sua conduta não lhe gerará danos superiores às vantagens que pode obter com a ineficácia da decisão.

O demandante de má-fé ao agir, leva em consideração os custos da litigância, sendo esses um elemento relevante para sua tomada de decisão dentro da lide processual. Não havendo cooperação entre as partes, tanto o demandante levará o processo até o ponto em que acreditar que o montante dispendido será igual ou inferior ao que espera ganhar, como o demandado também o postergará até o momento em que suas despesas não aparentem contribuir para mitigar as consequências de uma possível condenação. Assim, para o litigante de má-fé, haverá vantagem enquanto seus gastos para atrasar indevidamente a decisão final da lide ou seu devido cumprimento, forem inferiores às consequências dela.

Nas lições de Patrício (2005, p. 61):

A análise da negociação à luz da *teoria dos jogos* poderá ainda acrescentar alguns dados sobre a influência dos custos da cooperação prévia à decisão de ir (ou não) para julgamento. Numa situação estratégica, as partes podem, como se viu, cooperar ou não cooperar. Para haver cooperação devem existir benefícios pelo menos em valor idêntico aos que existiriam se não houvesse cooperação, senão mesmo superiores. O valor que induz a não cooperação denominar-se-á por *valor de ameaça* (ou *threat value*: v.g. custos do julgamento do recurso). A soma dos *valores de ameaça* terá de ser igual ao *valor não cooperativo* do jogo. Já a diferença entre o valor por cooperar e o *valor não cooperativo* do jogo corresponderá ao *suplemento por cooperar* (“cooperative surplus”; preferimos, intencionalmente, falar em *suplemento* e não em *excesso* ou *excedente*). Tendo em conta estes elementos, verifica-se que o comportamento provável da negociação cooperativa conduzirá aos seguintes resultados: 1) as partes dividem (em princípio, em partes iguais) o *suplemento por cooperar*; 2) o valor cooperativo do jogo é igual aos custos do acordo; 3) o *suplemento por cooperar*⁹ é, em princípio, positivo.

Depreende-se assim, que para que ocorra a devida cooperação entre as partes, suas expectativas quanto aos resultados do processo ou julgamento, devem ser semelhantes, de maneira que suportem de forma aproximada os custos de transação para resolução do litígio. Havendo um desequilíbrio nessa relação, os custos benefícios tendem a ditar um comportamento não cooperativo entre os *players* e é justamente se aproveitando desse cenário que age o litigante de má-fé. Se as expectativas de vantagem pela procrastinação do feito são superiores do que as eventuais sanções que possa vir a sofrer em razão do comportamento desleal, decerto que os incentivos para agir de boa-fé serão bastante reduzidos, uma vez

⁹ Conforme o autor indica, o suplemento por cooperar corresponde à diferença entre o valor cooperativo e o valor não cooperativo do jogo, determinando o custo global da litigância.

que “o problema de decisão o réu é a minimização do custo esperado de sua responsabilidade jurídica” (COOTER; ULEN. 2010, p. 410).

Deve-se levar em consideração que as ações tomadas pelos litigantes incluem uma gama de esquemas e estratégias que se mostram relevantes na negociação processual. A questão dessas ações serem de boa e má-fé surge quando se avalia as respostas que os sujeitos processuais dão às propostas apresentadas. Remetendo ao apresentado no segundo capítulo deste trabalho, em que se abordou a Teoria da Escolha Racional, a partir de uma análise marginal, o agente racional continuará praticando determinada conduta enquanto ele for capaz de ganhar com isso (perda da utilidade < ganho de utilidade).

A fim de auferir a eficiência das normas processuais civis que visam coibir a deslealdade processual e que foram expostas anteriormente, um jurista que adota a metodologia pretendida pela Análise Econômica do Direito, diante da aplicação dos instrumentos analíticos e empíricos da Economia, deve se fazer duas perguntas básicas: a) como os agentes estão se comportando diante das normas vigentes (diagnóstico) e b) quais as consequências de uma mudança nessas regras (legislativas ou mesmo entendimento jurisprudencial), que alteraria estrutura de incentivos, a fim de tentar prever como eles passariam a se comportar (prognose). (TIMM, 2014).

Diante das situações levadas aos juízes e Tribunais superiores, além da alta taxa de recorribilidade existente no processo brasileiro, conforme dados já apresentados, havendo o crescente reconhecimento por parte dos juízes do abuso do direito de recorrer, é possível dizer que as normas e sanções atuais – ao menos no que diz respeito à sua interpretação e aplicação pelos juízes – não estão sendo capazes de dirimir condutas temerárias dos litigantes, que fazem uso de incidentes processuais para se furtar de suas obrigações, o que desemboca em um cenário de incertezas institucionais, que refletem na conjuntura política (perda da projeção como poder autônomo e independente), social (perda da confiança pelo jurisdicionado) e econômica do país (desconfiança do mercado financeiro e temor empresarial ante o aumento dos custos relacionados à postergação de litígios e insegurança jurídica).

4.3 A busca pela eficiência processual: aplicabilidade do *Law and Economics* na modelagem de condenações por litigância de má-fé

O ambiente institucional criado pela legislação processual cível de um país possui consequências em termos de custos que atendem as particularidades de cada sistema. Não se pode dizer, por exemplo, que os custos processuais em um país de tradição *civil law* são os mesmos de um sistema de *commom law* ou em diferentes sistemas de distribuição de custos e sucumbência.

No caso do Judiciário brasileiro, são comuns críticas severas ao seu funcionamento, tanto por parte da sociedade como por parte dos próprios membros desses poderes. Aduz Zylbersztajn e Sztajn (2005, p. 293) que:

É consensual que as deficiências do Judiciário decorrem de causas profundamente arraigadas – isto é, de um perfil institucional e administrativo historicamente sedimentado. E também que os problemas dessa matriz histórica são acentuados pela instabilidade do arcabouço jurídico do país, pelo arcaísmo e excessivo formalismo dos códigos de processo e pela má formação de boa parte da magistratura e daqueles que, mais amplamente, poderiam se designar como “operadores do direito”: procuradores, advogados e funcionários dos diferentes órgãos do sistema de justiça. Na visão de muitos analistas, o Judiciário brasileiro ter-se-ia amoldado, ou acomodado, a essas raízes históricas; a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje praticamente a permanência de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base somente em fatores endógenos. Uma consequência da aceitação quase fatalista desse alegado traço cultural seria o excessivo recurso a argumentos processuais, em detrimento de decisões substantivas sobre o mérito das questões – tendência que reforça a descrença de grande parte da sociedade quanto a resolver seus conflitos pela via judicial.

Como outrora explanado, a legislação cível vigente no país acaba sendo permissiva com o demandante que deseja protelar injustificadamente o feito, servindo de obstáculo à realização da Justiça e contribuindo para a morosidade judicial. O atual sistema processual brasileiro, quando visto na prática, importa em um ambiente no qual prevalece a não cooperação entre os sujeitos processuais, uma vez que o juiz está imerso na busca por otimização quantitativa de seus julgados e as partes, no âmbito da litigância estratégica, a fim de vencer o litígio (THEODORO JÚNIOR. et al, 2015). Ocorre que tal modelo é incompatível com o modelo de processo pretendido pela Constituição Federal de 1988, tampouco com o seu propósito garantidor de direitos.

Diante dessa constatação, as recentes reformas operadas no sistema jurídico brasileiro com o Novo Código de Processo Civil, consagrou uma visão, já presente na doutrina (ZUFELATO, 2013), democrática das normas que visam a

colaboração processual, dando maior importância ao contraditório como influência e não surpresa, garantindo a participação dos sujeitos processuais e primando pela satisfação do mérito das decisões e inibição de atos praticados de má-fé. Isso porque a boa-fé processual leva à previsibilidade e gera expectativas legítimas e um comportamento pautado na probidade, por parte dos sujeitos processuais e do próprio Poder Judiciário.

A questão a ser feita agora é a seguinte: como uma regra que estipule uma sanção por litigância de má-fé poderá proporcionar os incentivos necessários para que os sujeitos processuais atuem dentro de padrões de boa-fé objetiva? Para responder tal questão, é possível se valer analogicamente de preceitos da responsabilização civil. Segundo Coorter e Ulen (2010, p. 322), “a essência econômica do direito da responsabilidade civil consiste em seu uso da responsabilização para internalizar externalidades criadas por custos de transação elevados”. Isso quer dizer que a responsabilização civil está relacionada à internalização dos custos gerados pelo dano provocado. Trata-se de uma espécie de instrumento de política pública que pode ser utilizada para internalizar externalidades decorrentes dos altos custos de transação.

Processualmente, para ser eficiente, uma sanção por litigância de má-fé deverá ser capaz de imputar àquele que lhe deu causa, os custos do dano e o custo de se evitar o dano, prescrevendo parâmetros de comportamento hábeis a limitar tais comportamentos. Uma regra de responsabilização por comportamentos desleais dentro de um processo judicial deve ser capaz de induzir o sujeito processual a escapar da responsabilização, estando assim, cumprindo os parâmetros normativos de incentivos suficientes a inibir os eventuais ganhos esperados pelo litigante de má-fé.

Recordando-se que o comportamento do autor e do réu em um litígio judicial está inter-relacionado, sendo que a conduta adotada por esses agentes é capaz de modificar o cenário apresentado a cada um. Conforme visto, em um cenário dessa natureza, e que a decisão de um agente está vinculado a do outro, estar-se-á diante de uma situação estratégica, podendo ser analisada sob a perspectiva da Teoria dos Jogos.

Para melhor visualização da influência dos custos de transação sobre a litigância e o comportamento dos litigantes, tome-se como base o seguinte exemplo: imagine que há um processo judicial em curso, onde são partes o autor e o réu. O

resultado eficiente será encontrado quando ambos decidem agir com lealdade processual e cooperar. Os custos estimados nesse processo serão de: 0,1% quando ambos decidem não cooperar; de 0,05% quando apenas um dos sujeitos decide cooperar; e de 0,02% quando ambos cooperam. Tem-se, ainda, que o juiz responsável pelo processo aplica como sanção por má-fé processual o percentual de 0,1%. O custo para que ambos cooperem é de R\$5,00 (cinco reais) e a fim de simplificar o modelo exposto, o montante de custo total do processo judicial será fixado em R\$10.000,00 (dez mil reais). Diante desse exemplo, podem-se agrupar em uma tabela os *payoffs* de cada agente:

Tabela 2 - Relação entre custos de transação e o comportamento dos litigantes

		Autor	
		Coopera	Não coopera
Réu	Coopera	R\$7,00; R\$7,00	R\$10,00; R\$15,00
	Não coopera	R\$15,00; R\$10,00	R\$20,00; R\$20,00

Fonte: Elaborado pelo próprio autor (2015).

Nota: *Payoffs* (autor e réu) em valores monetários.

Analisando a tabela apresentada, pode-se ler a primeira célula da seguinte forma: quando o réu coopera e a vítima também, o custo para ambos é de R\$ 7,00 (sete reais) e assim sucessivamente. Nesse caso, é possível perceber que a estratégia dominante para as partes é cooperar, uma vez que é a melhor opção, independentemente da escolha feita pela outra parte. A situação oferece a visualização de um Equilíbrio de Nash, dado que não há motivos racionais para que o jogador – agente – mude sua estratégia ao saber a atitude de o outro tomará.

Além dos custos privados do processo, há ainda que se ponderar os efeitos externos que uma punição dessa natureza pode provocar. Levando em consideração que uma externalidade é uma ação de um agente afeta outros agentes que não são partes diretas nela. Sendo eficiente a punição e habitual, será natural que os demais litigantes se abstenham de praticar atos que possam dar causa à sua responsabilização, diminuindo os custos em outros litígios judiciais, sendo possível vislumbrar uma externalidade positiva, dado que seu efeito sobre os terceiros irá reduzir os custos com novos litígios.

Importa demonstrar que a conclusão por cooperar no exemplo dado é a mais interessante em termos de diminuição dos custos para as partes porque a sanção

aplicada em caso de deslealdade processual foi suficiente para internalizar os custos desse comportamento na parte que o deu causa. Caso ela não fosse suficiente para tanto, os incentivos à cooperação seriam consideravelmente reduzidos. Em uma situação deficiente de aplicação de sanções por deslealdade processual, de forma que os custos para cooperar ou não são bastante próximos, imagine-se que no polo passivo da demanda está um réu devedor. O que lhe seria mais vantajoso: cooperar com o autor e ver sua demanda ser resolvida mais rapidamente, podendo se ver constrito do seu patrimônio ou protelar o litígio e permanecer na posse do seu patrimônio? Para chegar à resposta dessa indagação não é preciso utilizar fórmulas matemáticas complexas. Consoante o que já foi apresentado, em uma escolha racional as pessoas tendem a responder aos incentivos postos.

Em concordância com o exposto, a pena por litigância de má-fé só será eficiente para fins de coibir comportamentos desse tipo quando a parte que lhe deu causa seja punida em um valor superior à vantagem esperada pelo comportamento desleal, internalizando os custos dessa conduta, pois assim é possível gerar os incentivos adequados para os agentes cumpram os parâmetros jurídicos impostos a fim de evitar responsabilização e ainda, é capaz de orientar o comportamento futuro de outros litigantes que não estejam necessariamente relacionados àquele litígio em que foi aplicada a sanção.

5 CONCLUSÃO

Buscou-se abordar sob uma perspectiva da teoria econômica aspectos procedimentais do litígio judicial cível e a partir de então, identificar com base em estudos empíricos, como o comportamento das partes influencia na duração do processo, buscando assim, compreender como esse fator pode determinar a eficiência de um sistema processual.

O Brasil, na qualidade de Estado Democrático de Direito e conforme previsto na Constituição Federal de 1988, assegura o acesso à justiça, a inafastabilidade da jurisdição e o direito de ação como garantias fundamentais. Ocorre que esses direitos encontram um entrave na sua efetivação diante da morosidade e falta de eficiência judiciária, havendo nos últimos anos, um crescimento da taxa de congestionamento de processos em contrapartida ao crescimento do percentual do PIB destinado ao Poder Judiciário.

Perante essa crise, formaram-se frentes de estudo para buscar uma solução viável a fim de tornar o sistema judicial mais célere, ganhando relevo as razões que levam o cidadão a litigar e o comportamento do litigante durante o seu curso, especialmente no que se refere à observância do princípio da boa-fé e da cooperação processual.

Atendendo à natureza negocial que o Direito posto em juízo possui, não se vislumbra um processo judicial como um fim em si mesmo, uma vez que se prima pela resolução do litígio como um mecanismo de pacificação social e a realização da Justiça. Nesse diapasão, condutas dos litigantes que deliberadamente atuem de má-fé para lesar o direito de outrem no decurso do feito devem ser reprimidas pelo sistema normativo.

Apesar do princípio da boa-fé objetiva ser considerado um *standard* de comportamento processual com lastros constitucionais e os deveres de lealdade, cooperação e probidade dele decorrentes serem fundamentos para sistema jurídico-processual, ordinariamente se verifica má-fé no curso do processo. Ainda que existam instrumentos inibitórios (multas e indenizações) previstos no texto legal, com a finalidade de sancionar transgressões, é plausível crer na ineficácia destes, mormente comportamentos desleais gerarem benefícios para aqueles que assim agem, em detrimento da parte adversa e da sociedade, destinatária imediata do processo.

Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito oferece um arcabouço teórico e metodológico útil para compreender a dinâmica processual, sobretudo, as variadas possibilidades de conduta dos agentes em um litígio juridicamente complexo. Isso porque se parte da premissa que os agentes racionais reagem aos incentivos que lhes são postos a fim de maximizar seus interesses, o que implica na análise de um conjunto de fatores. Tais elementos, entre eles, os custos do processo, da sua conduta e as expectativas de ganhos oriundos dela, irão refletir diretamente na forma de atuação das partes.

Em relação ao uso da Teoria dos Jogos para exame do tema proposto, ela se mostra eficiente, haja vista considerar o comportamento racional dos agentes nas situações em que ocorre interação entre eles, tal qual um processo judicial, além de permitir melhor compreensão dos efeitos das normas e a consecução dos seus objetivos.

Assim, constata-se que o litigante de má-fé, ao atuar, considera os custos da litigância e o faz porque ao analisar as consequências de seus atos, tem que é mais vantajoso para ele postergar os efeitos de uma condenação ou execução da decisão, dificultando a prestação jurisdicional, havendo um latente desequilíbrio entre os custos de transação para a solução do litígio para o autor e para o réu.

Dessa maneira, para repelir condutas reprováveis, é preciso avaliar o risco (sanção efetiva), estimando as consequências do ato perpetrado, com uma sanção proporcional, uma vez que caso esta seja inferior à vantagem obtida, será mais lucrativo ao litigante agir com deslealdade, ao invés de se submeter aos princípios processuais decorrentes da boa-fé objetiva, afinal, o causador do dano procura de forma estratégica minimizar seus custos individuais.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicolas; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução João Ferreira. v. 01. 12. ed. Brasília: UNB, 2004.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2014: ano-base 2013**. Disponível em: <ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o código de processo civil brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 947.927/PR. Relatora Ministra Nancy Andriahi. Brasília, DF, 15 de abril de 2008. **Diário da Justiça eletrônico 29/04/2008**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=772751&num_registro=200700988009&data=20080429&formato=HTML>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 448.313/DF. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. Brasília, DF, 27 de março de 2014. **Diário da Justiça eletrônico 02/04/2014**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1310093&num_registro=201304064898&data=20140402&formato=HTML>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos De Declaração nos Embargos De Declaração Nos Embargos De Declaração No Agravo Regimental No Recurso Especial nº 1180000/RS. Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, 18 de setembro de 2014. **Diário da Justiça eletrônico 25/09/2014**. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1349783&num_registro=201000207106&data=20140925&formato=HTML>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Embargos Infringentes nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 408.256/MG, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 04 de fevereiro de 2014. **Diário da Justiça eletrônico 18/02/2014**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1292887&num_registro=201303410636&data=20140218&formato=HTML>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus 136.038/RS. Relator Ministro Nilson Naves. Brasília, DF, 01 de outubro de 2009. **Diário da Justiça eletrônico 30/11/2009**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=906593&num_registro=200900901441&data=20091130&formato=HTML>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 250.781/SP. Relator Ministro José Delgado, Brasília, DF, 23 de maio de 2000. **Diário da Justiça 19/06/2000**. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=200000226068&dt_publicacao=19-06-2000&cod_tipo_documento=>>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 906269/BA. Relator Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 16 outubro de 2007. **Diário da Justiça 29/10/2007**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=729499&num_registro=200602489230&data=20071029&formato=HTML>. Acesso em 28 de outubro de 2015.

BRUE, Stanley L. **História do pensamento econômico**. Tradução Luciana Penteadó Miquelino. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Juspodvm, 2013.

CAPPELLETI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. Tradução Kuis Marcos Sander. 5 ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CUNHA, Luciana Gross (Coord.). **Relatório ICJBrasil 2º e 3º trimestre de 2014**. São Paulo: Escola de Direito de São Paulo. Fundação Getúlio Vargas, 2014. ano 6. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/13599/Relat%C3%B3rio%20ICJBrasil_2%C2%BA-e-3%C2%BA-Trim_2014.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao Direito Processual Civil, parte geral e processo de conhecimento**. v. 1. 17 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (coord.). **Agenda contemporânea: direito e economia: trinta anos de Brasil, tomo 1**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. **A constitucionalização da solução pacífica de conflitos na ordem jurídica de 1988**. São Paulo: All Print Editora, 2013.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução Allan Vidigal Hastings. São Paulo: Thomson Learning Edições, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Antecipação da tutela**. 12 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 11 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

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

PINDYCK, Robert S.; RUBINFELD, Daniel L. **Microeconomia**. 6.ed. Tradução de Eleutério Prado e Thelma Guimarães. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

PUCRS. **Demandas judiciais e morosidade da justiça civil relatório final ajustado**. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2011. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relat_pesquisa_pucrs_edital1_2009.pdf>. Acesso em 24 de outubro de 2015.

SANDRONI, Paulo (org). **Novíssimo dicionário de Economia**. São Paulo: Best Seller, 1999.

TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR. Humberto. **Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense: 2014.

_____, et. al. **Novo CPC: Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia: conceitos básicos**. Tradução Maria José Cyjlar Monteiro e Ricardo Doninelli. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZUFELATO, Camilo. Análise comparativa da cooperação e colaboração entre os sujeitos processuais nos projetos de novo CPC. In: FREIRE, Alexandre, et. al. (org.). **Novas tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo CPC**. Salvador: JusPodivm, 2013. p.99-121.

ZYLBERSZTAJN, Decio, SZTAJN, Rachel. **Direito e Economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.