



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO PROFISSIONAL EM DIREITO

Mayara dos Anjos Damiani

Acordos bancários em audiência: da análise econômica à cooperação – a experiência da 1ª
Vara de Direito Bancário de Joinville/SC

Florianópolis
2021

Mayara dos Anjos Damiani

Acordos bancários em audiência: da análise econômica à cooperação – a experiência da 1ª
Vara de Direito Bancário de Joinville/SC

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Manoel Abreu

Coorientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Florianópolis

2021

Ficha de identificação da obra

Damiani, Mayara dos Anjos

Acordos bancários em audiência: da análise econômica à cooperação - a experiência da 1ª Vara de Direito Bancário de Joinville/SC / Mayara dos Anjos Damiani ; orientador, Pedro Manoel Abreu, coorientador, Orlando Celso da Silva Neto, 2022.

100 p.

Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Análise econômica dos acordos. 3. Acordos bancários. 4. Cooperação. 5. Incentivos normativos. I. Abreu, Pedro Manoel . II. Silva Neto, Orlando Celso da. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Mayara dos Anjos Damiani

Acordos bancários em audiência: da análise econômica à cooperação – a experiência da 1ª
Vara de Direito Bancário de Joinville/SC

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora
composta pelos seguintes membros:

Prof. Pedro Manoel Abreu, Dr.
Instituição UFSC

Prof. Dr. Luiz Henrique Urquhart Cademartori, Dr.
Instituição UFSC

Prof. Romano José Enzweiler, Dr.
Instituição UNIVALI

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado
adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Prof. Dr. Pedro Manoel Abreu
Orientador

Florianópolis, 2021.

AGRADECIMENTOS

São inúmeras as pessoas que de alguma forma contribuíram para a conclusão desse trabalho. Como disse John Donne, "nenhum homem é uma ilha inteira de si mesmo; todo homem é parte do continente, parte do todo".

De início, meus agradecimentos ao meu orientador, Prof. Dr. Pedro Manoel Abreu, pessoa de uma humanidade ímpar, a quem devo não apenas o valioso conhecimento compartilhado, mas a serenidade necessária para o desenvolvimento do trabalho. Não é possível expressar a magnitude da minha admiração. De igual forma, ao meu coorientador, Prof. Dr. Orlando da Silva Neto, cujas ponderações foram fundamentais para estabelecer as diretrizes desta dissertação. Muito obrigada! Fica meu registro, também, ao juiz Yhon Tostes, que mesmo imerso numa imensidão de compromissos e projetos, doou parte do seu tempo e sempre demonstrou simpatia e vontade de ajudar. Gratidão! Estendo meus agradecimentos, também, ao juiz Giancarlo Rossi, que à distância contribuiu com informações para a finalização da dissertação, aos senhores membros da Banca e ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, pela oportunidade de aprendizado.

A Deus, pela vida e bênçãos.

Ao meu marido, Flávio Volpato Júnior, parceiro e amor dessa existência, pelo apoio e suporte não só de hoje, mas de uma jornada. És meu porto seguro. Quem montou minhas “bases de estudo”, segurou as pontas com as crianças e me deu o ânimo final para concluir o estudo.

Aos meus maravilhosos filhos, Lucca e Matteo, alegrias do meu viver, que tiveram que compreender os momentos de reclusão da mamãe e, ao mesmo tempo, me trouxeram muita alegria e força.

À minha família, em especial meus pais, Max e Silésia, e sogros, Flávio e Adelaide, por estarem sempre presentes e disponíveis a ajudar. Mas, também, com o mesmo carinho, meu agradecimento à minha irmã, cunhados, concunhados e sobrinhos, que são a nossa verdadeira rede de apoio.

Aos meus queridos colegas de turma, que tornaram a jornada tão agradável. Obrigada pelas trocas e pelo suporte. Vocês são demais!

À Evelyn, pela valorosa ajuda quanto aos prazos, datas e procedimentos.

Ao Núcleo de Monitoramento de Perfil de Demandas do TJSC (NUMOPEDE), à Ouvidoria Judicial e ao Comitê Gestor de Dados Pessoas, pela gentileza e presteza, bem como pelo fornecimento dos dados solicitados.

Por fim, e não menos importante, aos meus amigos, alguns de longa data, outros nem tanto, por compartilharem boas risadas em tempos tão conturbados como os vivenciados nos últimos anos. Gratidão!

*“O saber se aprende com os mestres.
A sabedoria, só com o corriqueiro da vida”.*

(Cora Coralina)

RESUMO

Trata-se de dissertação, na forma de estudo de caso, que tem por objetivo geral identificar os fatores determinantes para o elevado índice de acordos em matéria bancária na 1ª Vara de Direito Bancário de Joinville/SC, tendo por marco temporal o período de 18/01/2018 a 17/03/2020. Objetiva, ainda, verificar os possíveis incentivos para fomentar o comportamento colaborativo da autocomposição, partindo da metodologia da análise econômica do direito. Aborda, inicialmente, a situação da Justiça no Brasil, indicando o cenário da tragédia da justiça, no qual os bancos figuram como os maiores litigantes dentro do ramo da Justiça Estadual, contribuindo para o alto congestionamento do Poder Judiciário. Em seguida, trabalha-se o conceito de *Law and Economics* e do modelo da escolha racional, para então ingressar na análise econômica dos acordos, demonstrando por meio de fórmulas matemáticas como alcançar o valor de reserva do autor, que corresponde ao valor mínimo que estaria disposto a receber para compor, e do réu, relacionado com o valor máximo disposto a pagar para não prosseguir no litígio, concluindo que quanto maiores os custos do processo, maior o incentivo para a realização de acordos e, de outro lado, quanto maior a diferença de expectativas (incerteza somada ao otimismo) em relação ao resultado do processo, menor o incentivo para a realização de acordos. Passa-se, em seguida, a apontar os fatores indicados na literatura que obstam a realização de acordos na perspectiva econômica clássica e comportamental (*Behavioral law and Economics*). Na sequência, trata-se do conceito de cooperação na visão da doutrina processual e na releitura dada por Wolkart (2019), no sentido que a cooperação não se dá por vínculos de solidariedade e depende da presença de incentivos normativos específicos, que é explicado pela teoria dos jogos, mas especificamente pelo dilema do prisioneiro. Por fim, apresenta-se dados sobre as audiências em varas bancárias do Estado e expõe-se a experiência da 1ª Vara Bancária de Joinville/SC com acordos bancários, identificando os elementos que impactam no resultado positivo e possíveis incentivos para o aumento do índice de autocomposição.

Palavras-chave: Análise econômica dos acordos. Acordos bancários. Cooperação. Incentivos normativos.

ABSTRACT

This dissertation, in the form of a case study, has the general objective of identifying the determining factors for the high rate of agreements in banking matters in the 1st Banking Law Court of Joinville/SC, with the period of 18/01/2018 to 03/17/2020. It also aims to verify the possible incentives to foster the collaborative behavior of self-composition, based on the methodology of Law and Economics. Initially, it addresses the situation of Justice in Brazil, indicating the scenario of the tragedy of justice, in which banks appear as the largest litigants within the branch of State Justice, contributing to the high congestion of the Judiciary. Then, the concept of Law and Economics and the rational choice model are worked on, and then enter the economic analysis of agreements, demonstrating through mathematical formulas how to reach the author's reserve value, which corresponds to the minimum value that would be willing to receive to compose, and the defendant, related to the maximum amount willing to pay for not pursuing the litigation, concluding that the higher the process costs, the greater the incentive to enter into agreements and, on the other hand, the greater the difference in expectations (uncertainty added to optimism) in relation to the outcome of the process, the lesser the incentive to make agreements. Then, it goes on to point out the factors indicated in the literature that prevent the execution of agreements from the classical and behavioral economic perspective (behavioral law and economics). Next, it deals with the concept of cooperation in the view of procedural doctrine and in the reinterpretation given by Wolkart (2019), in the sense that cooperation does not occur through bonds of solidarity and depends on the presence of specific normative incentives, which is explained by game theory, but specifically by the prisoner's dilemma. Finally, data on hearings in state banking courts are presented and the experience of the 1st Banking Court of Joinville/SC with banking agreements is exposed, identifying the elements that impact the positive result and possible incentives to increase the rate of self-composition.

Keywords: Law and Economics. Banking settlement. Cooperation. Normative incentives.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Distribuição dos casos novos e do acervo na Justiça Estadual.....	19
Figura 2 – Índice de litigiosidade por ramo da Justiça.....	19
Figura 3 – Série história do índice de conciliação.....	20
Figura 4 – Percentual de conciliação por Estado e por grau de jurisdição (Justiça Estadual)..	21
Figura 5 – Tempo médio de tramitação dos processos no ramo da Justiça Estadual.....	21
Figura 6 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados por Estado.....	22
Figura 7 – Série histórica das despesas por habitante.....	23
Figura 8 – Despesa do Poder Judiciário em percentual (%) do PIB.....	23
Figura 9 – Despesa total por ramo de justiça.....	24
Figura 10 – Listagem dos dez maiores litigantes em percentual (período de 01/01/2011 a 31/10/2011) por ramo da Justiça.....	25
Figura 11 – Percentual dos dez maiores litigantes da Justiça (período de 01/01/2011 a 31/10/2011), subdivididos entre polo ativo e passivo no 1º grau.....	25
Figura 12 – Principais litigantes em primeiro grau como parte ativa, em percentual (%).....	34
Figura 13 – Principais litigantes em primeiro grau como parte passiva, em percentual (%)...	34

LISTA DE QUADROS

Quadro 1 – Matriz do Dilema do Prisioneiro.....	69
---	----

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Relatório dos 100 maiores litigantes no polo ativo, considerando o acervo atual de 3.271.166 de processos.....	36
Tabela 2 – Relatório dos 100 maiores litigantes no polo ativo, considerando o acervo atual de 3.271.166 de processos.....	38
Tabela 3 – Resumo: diferença nas equações propostas pelos autores.....	54
Tabela 4 – Período: 18/1/2018 a 17/3/2020.....	73

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise econômica do direito

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros

CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CPC – Código de Processo Civil

DTR – Divisão de Tramitação Remota

FGV – Fundação Getúlio Vargas

NUMOPEDE – Núcleo de Monitoramento de Perfis de Demandas e Estatística

OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico

PIB – Produto Interno Bruto

PUC-PR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná

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

SC – Santa Catarina

TJ – Tribunal de Justiça

TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	O CENÁRIO TRÁGICO DA JUSTIÇA BRASILEIRA.....	18
2.1	A Justiça brasileira em números.....	18
2.2	A tragédia da Justiça.....	26
3	ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	42
3.1	Conceitos introdutórios.....	42
3.2	O modelo da escolha racional.....	46
3.3	A análise econômica dos acordos.....	49
3.3.1	Fatores que obstam a realização de acordos na perspectiva econômica clássica	56
3.3.2	A perspectiva da economia comportamental (<i>Behavioral law and Economics</i>)	59
4	A COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	64
4.1	Cooperação como modelo e como princípio do processo civil.....	64
4.2	Cooperação e o Dilema do Prisioneiro.....	68
5	ANÁLISE DOS ACORDOS EM AUDIÊNCIAS BANCÁRIAS.....	72
5.1	A experiência da 1ª Vara Bancária de Joinville/SC com acordos bancários.....	75
5.2	Breves apontamentos sobre a experiência da Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Rio do Sul.....	79
5.3	Conclusão e possíveis soluções.....	80
6	CONCLUSÃO.....	88
	REFERÊNCIAS.....	92
	APÊNDICES.....	97
	Apêndice A – Entrevista com o juiz Yhon Tostes – Realizada em 23/6/2021.....	97
	Apêndice B – Entrevista com o juiz Giancarlo Rossi - Realizada em 11/11/2021.....	101

1 INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil tornou obrigatória, como regra, a realização de audiência prévia de conciliação em casos em que se admite a autocomposição (art. 334 do CPC). Contudo, desde a entrada em vigor do Estatuto, em 2016, o índice de conciliação no Poder Judiciário registra consecutiva redução (de 13,6% em 2016 para 13,5% em 2017; 12,7% em 2018; 12,5% em 2019 e 9,9% em 2020). Esse índice é calculado pela quantidade de sentenças homologatórias em relação ao total de sentenças/decisões terminativas no período. Apesar do número de sentenças homologatórias de acordo ter crescido 5,6% no período (de 2016 a 2019), passando de 3.680.138 no ano de 2016 para 3.887.226 em 2019 (CNJ, 2020, p. 171), em termos globais, a redução se justifica pelo aumento das sentenças/decisões terminativas produzidas pelos juízes, cuja produtividade mostra elevação a cada ano, apesar de ser insuficiente para enfrentar o estoque. Como consequência, vê-se que a via do litígio continua sendo a opção prioritária e a introdução do modelo cooperativo e o fomento da conciliação/mediação pelo CPC/2015 não foi capaz, por si só, de alterar o comportamento das partes.

Em matéria bancária, poucas audiências são realizadas e o índice de sucesso é baixo. Até 2020, haviam sido instaladas pelo TJSC 12 (doze) varas especializadas em direito bancário, sendo a 1ª Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville/SC responsável, sozinha, por quase metade dos acordos em audiências bancárias em todo o Estado.

Nesse contexto, o objetivo geral do estudo de caso é identificar os fatores determinantes para o elevado índice de acordos em matéria bancária na 1ª Vara de Direito Bancário de Joinville/SC, tendo por marco temporal o período de 18/01/2018 a 17/03/2020, bem como verificar os possíveis incentivos para fomentar o comportamento colaborativo da autocomposição, partindo da metodologia da análise econômica do direito. O trabalho não tem a pretensão de aprofundar as causas do congestionamento; o enfoque é no seu enfrentamento pela via da autocomposição que, nas palavras de Wolkart (2019), é um dos comportamentos cooperativos por excelência.

O recorte temporal da dissertação foi readequado para apresentar dados mais recentes, pois a elaboração do estudo ficou prejudicada em razão da Pandemia de Covid-19, optando-se por considerar como marco inicial a data da instalação da última vara especializada (qual seja, a Regional de Rio do Sul/SC), em 18/01/2018, e como marco final a data do decreto emergencial¹ que determinou o início do *lock down*, em 17/03/2020.

¹ Decreto Estadual nº 515, de 17 de março de 2020.

O método de abordagem será o indutivo, e o procedimento consistirá na apresentação do estudo de caso, com a revisão narrativa dos conceitos teóricos e a exposição do caso proposto. As técnicas utilizadas para a realização do estudo de caso serão a pesquisa bibliográfica e documental, bem como entrevista pessoal dos juízes da na 1ª Vara de Direito Bancário de Joinville/SC e da Vara Regional de Direito Bancário de Rio do Sul/SC, com análise sistêmica e classificatória dos dados.

No primeiro capítulo, aborda-se a situação da Justiça no Brasil, que é onerosa e altamente subsidiada pelos cofres públicos. Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação aguardando solução definitiva, sendo que 79,4% do acervo está concentrado na Justiça Estadual. Já os gastos do Poder Judiciário somaram R\$ 100,2 bilhões em 2019, o que representa 1,5% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Por outro lado, o valor arrecadado representa apenas 13,07% da despesa total do aparato judicial.

Tal cenário leva a chamada Tragédia da Justiça, locução inspirada no artigo “Tragedy of the Commons”, de Garret Hardin (1968), que representa o esgotamento dos bens comuns pelo uso excessivo e descontrolado, levando à escassez. As instituições financeiras, por sua vez, figuram como as maiores litigantes dentro do ramo da Justiça Estadual e, apesar do alto poderio econômico, valem-se do enorme subsídio estatal para resolução de seus conflitos, elegendo a via judicial como prioritária. Podem ser enquadrados, portanto, como litigantes habituais (*free riders*), contribuindo para o elevado congestionamento do Poder Judiciário. Destaca-se, nesse ponto, que os últimos dados nacionais publicados pelo CNJ datam de 2011, mas se mantém na atualidade, conforme o perfil de litigantes do TJSC extraído em 12/11/2021 pelo Núcleo de Monitoramento de Perfil de Demandas do TJSC (NUMOPEDE). Em todas as pesquisas divulgadas, o setor financeiro, ao lado do próprio setor público (administração pública nas esferas municipal, estadual e federal), sempre lidera o ranking de maiores litigantes.

No segundo capítulo, é trabalhado o conceito de *Law and Economics* e do modelo da escolha racional, para então ingressar na análise econômica dos acordos, demonstrando por meio de fórmulas matemáticas como alcançar o valor de reserva do autor, que corresponde ao valor mínimo que estaria disposto a receber para compor, e do réu, relacionado com o valor máximo disposto a pagar para não prosseguir no litígio. Para que um acordo seja viável, pressupondo-se a neutralidade ao risco, o valor de reserva do autor deve ser menor que o valor de reserva do réu, que é chamada de “zona de acordos” (*settlement range*). Quanto maior esse intervalo, maior a possibilidade de composição.

Em seguida, passa-se a apontar os fatores indicados na literatura que obstam a realização de acordos na perspectiva econômica clássica e comportamental (*Behavioral law and Economics*).

Para a abordagem clássica da juseconomia, a assimetria da informação é considerada a principal causa do insucesso da autocomposição, podendo decorrer tanto da incerteza das partes sobre os fatos, como sobre o direito, e a opção do artigo 334 do CPC/2015 pela realização da audiência antes do oferecimento da contestação, nesse ponto, contribui para o problema.

A linha da Economia Comportamental, por sua vez, aponta a existência do viés otimista das partes, que acabam por superestimar suas respectivas chances de êxito e aumentar o hiato de expectativas. E quanto mais incerteza, maior o otimismo. E quanto maior o otimismo, menor a zona de acordo.

Além disso, a economia comportamental apresenta uma análise diferenciada em relação ao risco. Enquanto o modelo tradicional considera que, em média, as pessoas são avessas ao risco, tendo por fundamento a teoria da utilidade esperada, a abordagem comportamental baseia-se na teoria da perspectiva (*prospect theory*), reconhecendo que “as pessoas dão pesos emocionais diferentes para eventos prováveis e eventos certos, conferindo mais valor à certeza do que à probabilidade” (WOLKART, 2019, p. 425), de forma que “preferem valores menores certos a valores maiores incertos” (WOLKART, 2019, p. 426). Por outro lado, em relação à perda, “todos estão dispostos a arriscar uma perda maior em troca da possibilidade de não haver perda alguma” (WOLKART, 2019, p. 426). Assim, o comportamento humano de aversão ao risco vale apenas para situações de ganho. Para situações que implicam potencial perda, existe uma preferência para assumir riscos para tentar evitar a certeza da perda.

No terceiro capítulo é tratado o conceito de cooperação na visão da doutrina processual e na releitura dada por Wolkart (2019), no sentido que a cooperação não se dá por vínculos de solidariedade e depende da presença de incentivos normativos específicos, que é explicado pela teoria dos jogos, mas especificamente pelo dilema do prisioneiro. Nesse aspecto, aborda-se a questão da punição como premissa para promoção do comportamento cooperativo.

No quarto capítulo são apresentados os dados sobre as audiências em varas bancárias do Estado e exposta a experiência da 1ª Vara Bancária de Joinville/SC e da Vara Regional de Rio do Sul/SC com acordos bancários e sessão de conciliação, identificando os elementos que impactam no resultado positivo e possíveis incentivos para o aumento do índice de

autocomposição, que passam por uma alteração no sistema de custas processuais, bem como um canal do entendimento entre as instituições.

O trabalho não tem a pretensão de aprofundar todas as linhas e vieses da *Law and Economics*, mas sim tratar, de forma mais simplificada possível, quais mecanismos ou teorias, dentro dessa nova abordagem metodológica, podem ser relevantes para compreender os estímulos para a realização de acordos em matéria bancária e encontrar possíveis caminhos para o incremento do comportamento cooperativo da autocomposição, como forma de enfrentamento da Tragédia da Justiça.

2 O CENÁRIO TRÁGICO DA JUSTIÇA BRASILEIRA

2.1 A JUSTIÇA BRASILEIRA EM NÚMEROS

Segundo o último relatório da “Justiça em Números”² publicado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2020 (CNJ, 2020)³, o Poder Judiciário finalizou o ano de 2019 com 77,1 milhões de processos em tramitação aguardando solução definitiva⁴, sendo que **79,4%** do acervo está concentrado na **Justiça Estadual**, o que leva a conclusão de que “o resultado global do Poder Judiciário reflete quase diretamente o desempenho da Justiça Estadual” (CNJ, 2020, p. 94).

No mesmo período foi apurado o ingresso, em todo o Judiciário, de 30,2 milhões de novas ações e foram baixadas 35,4 milhões. Houve um **crescimento de novos casos novos em 6,8%**, com aumento dos casos solucionados em 11,6%⁵. Ainda assim, seriam necessários aproximadamente 2 anos e 2 meses de trabalho para zerar o estoque⁶ caso não houvesse o ajuizamento de novas demandas e fosse mantida a produtividade atual. O tempo de giro do acervo na Justiça Estadual, por sua vez, é ainda superior, de 2 anos e 5 meses, e, especificamente no Tribunal de Justiça Catarinense, de 2 anos e 4 meses (CNJ, 2020).

As tabelas apresentadas nas figuras seguir identificam a distribuição dos casos novos e do acervo na Justiça Estadual, bem como os índices de litigiosidade por ramo.

² Publicado anualmente desde 2004, é a principal fonte das estatísticas oficiais do Poder Judiciário, o qual “divulga a realidade dos tribunais brasileiros, com muitos detalhamentos da estrutura e litigiosidade, além dos indicadores e das análises essenciais para subsidiar a Gestão Judiciária brasileira”.

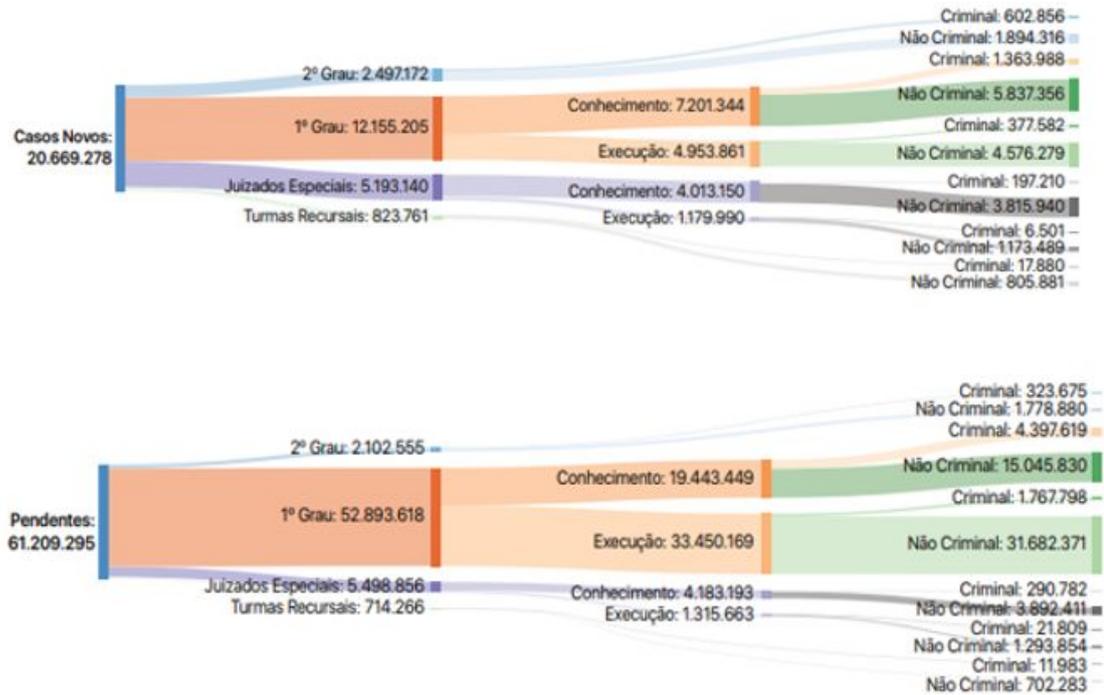
³ Antes do encerramento do trabalho, em 08/10/2021, o CNJ publicou o Relatório de 2021 (ano-base 2020); contudo, não houve tempo hábil para revisão de todos os números e planilhas, pelo que foram mantidos os dados referentes ao ano de 2019.

⁴ Destes, 14,2 milhões estavam suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório, ou seja, aguardando alguma solução jurídica futura.

⁵ Segundo conclui o Relatório, o “resultado decorre, em especial, dos desempenhos da Justiça Estadual, que reduziu o estoque em cerca de 1,7 milhão de processos no último ano, e da Justiça do Trabalho, que reduziu o estoque em 1 milhão de processos nos dois últimos anos. Há de se destacar que a redução dos processos ingressados na Justiça do Trabalho pode estar relacionada à reforma trabalhista aprovada em julho de 2017, a qual entrou em vigor em novembro daquele ano. Na Justiça Federal, ao contrário, permanece apresentando tendência de crescimento”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Relatório da Justiça em números 2020 (ano-base 2019) (CNJ, 2020, p. 93).

⁶ Indicador denominado “Tempo de Giro do Acervo”.

Figura 1 – Distribuição dos casos novos e do acervo na Justiça Estadual



Fonte: CNJ (2020, p. 52).

Figura 2 – Índice de litigiosidade por ramo da Justiça

Litigiosidade								
	Justiça Estadual	Justiça do Trabalho	Justiça Federal	Justiça Eleitoral				
Movimentação processual								
Casos novos	20.669.278	↑ 4,3%	3.530.197	↑ 2,0%	5.201.412	↑ 23,7%	93.429	↓ -54,6%
Criminal	2.566.017	↓ -0,2%	-	-	111.911	↓ -7,0%	2.592	↓ -3,9%
Não criminal	18.103.261	↑ 4,9%	3.530.197	↑ 2,0%	5.089.501	↑ 24,6%	90.837	↓ -55,2%
Julgados	22.881.729	↑ 14,2%	4.026.010	↓ -7,8%	3.963.302	↓ -2,9%	129.325	↓ -18,8%
Criminal	2.624.858	↓ -6,7%	-	-	79.912	↑ 2,6%	3.297	↑ 6,1%
Não criminal	20.256.871	↑ 17,6%	4.026.010	↓ -7,8%	3.883.390	↓ -3,0%	126.028	↓ -19,3%
Baixados	24.997.305	↑ 13,2%	4.185.708	↓ -3,9%	5.359.157	↑ 21,6%	171.862	↓ -15,8%
Criminal	2.958.184	↑ 8,8%	-	-	153.832	↑ 26,5%	3.782	↑ 14,7%
Não criminal	22.039.121	↑ 13,8%	4.185.708	↓ -3,9%	5.205.325	↑ 21,5%	168.080	↓ -16,3%
Casos pendentes	61.209.295	↓ -2,7%	4.533.771	↓ -6,7%	10.636.165	↑ 5,5%	60.794	↓ -59,1%
Criminal	6.813.666	↓ -0,5%	-	-	207.361	↓ -3,2%	6.563	↓ -25,9%
Não criminal	54.395.629	↓ -3,0%	4.533.771	↓ -6,7%	10.428.804	↑ 5,6%	54.231	↓ -61,2%

Fonte: CNJ (2020, p. 48).

A conciliação, apesar de ser uma política permanente do CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação e o lançamento das *Semanas Nacionais de*

*Conciliação*⁷, bem como a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) pela Resolução CNJ nº 125/2010, ainda apresenta lenta evolução. Em 2019, apenas 12,5% de processos foram resolvidos por homologação de acordo⁸.

Além disso, apesar de o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18/03/2016, tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação, o índice aponta redução pelo terceiro ano consecutivo (CNJ, 2020, p. 172)⁹:

Figura 3 – Série história do índice de conciliação



Fonte: CNJ (2020, p. 172).

Especificamente na Corte Catarinense, o índice de conciliação em 2019 foi de 10,1%. A figura a seguir traz gráficos que demonstram o percentual total por Estado, bem como o percentual de conciliação por grau de jurisdição (CNJ, 2019, p. 174-175).

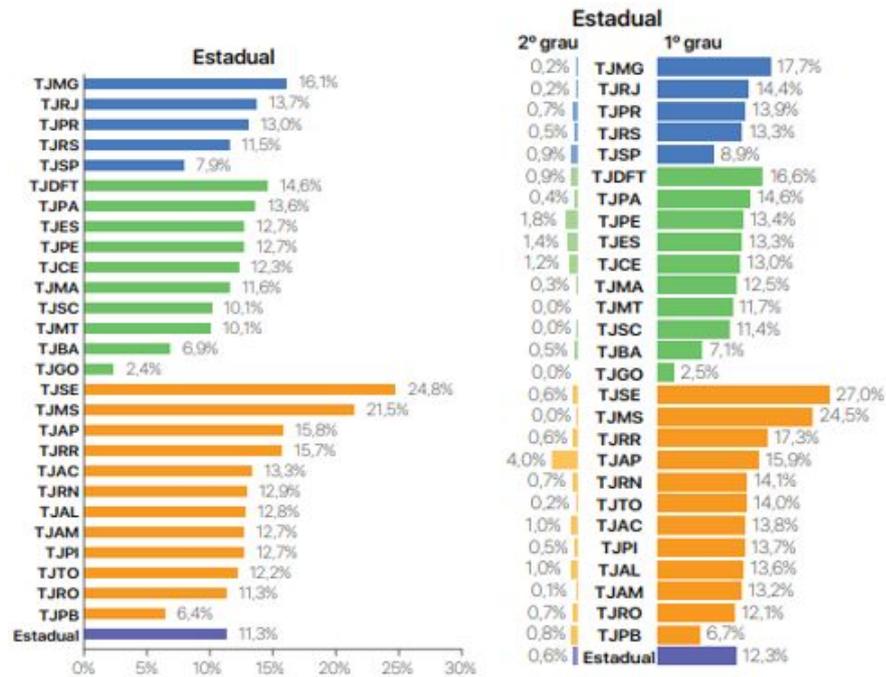
⁷ Mais informações podem ser obtidas em:

<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/movimento-pela-conciliacao/>. Acesso em: 30 jul. 2021.

⁸ O índice de conciliação é dado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas (CNJ, 2020, p. 171).

⁹ Durante a elaboração desse Trabalho, o CNJ publicou o Relatório de 2021 (ano-base 2020), o qual aponta que em 2020 o índice de conciliação reduziu para 9,9%, “[...] provavelmente em decorrência da pandemia da covid-19, que pode ter dificultado a realização de procedimento de conciliação e mediação presenciais ou das técnicas usuais de construção de confiança e espírito de cooperação entre as partes processuais empregadas em audiências presenciais” (CNJ, 2021, p. 192).

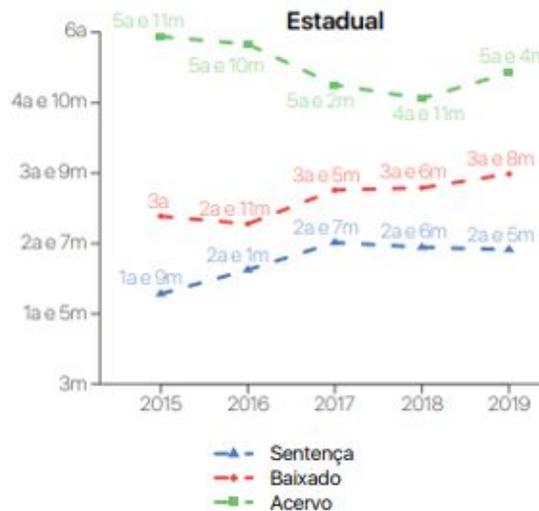
Figura 4 – Percentual de conciliação por Estado e por grau de jurisdição (Justiça Estadual)



Fonte: CNJ (2019, p. 174-175).

O tempo médio de tramitação dos processos em 2019, dentro do ramo da Justiça Estadual, por sua vez, foi de 2 anos e 5 meses até a sentença de primeiro grau, e de 3 anos e 8 meses até a baixa do processo. Contudo, a duração média dos processos que estavam pendentes de julgamento em 31/12/2019 (ou seja, do acervo) subiu para 5 anos e 4 meses, conforme elucidado no gráfico da Figura 5.

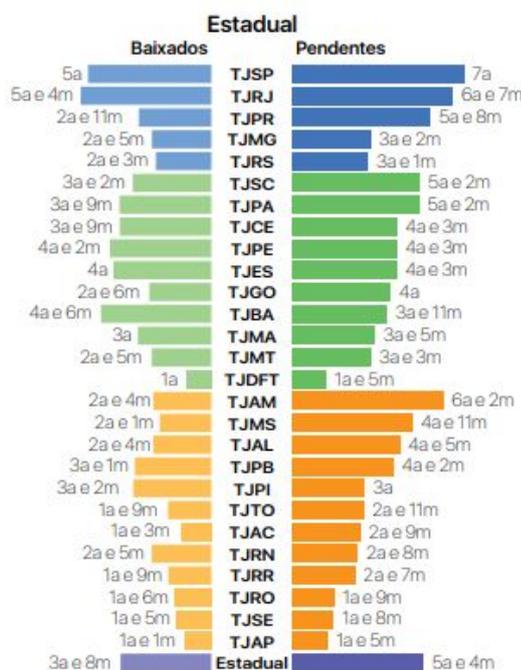
Figura 5 – Tempo médio de tramitação dos processos no ramo da Justiça Estadual



Fonte: CNJ (2020, p. 182).

A figura a seguir demonstra o tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados por Estado.

Figura 6 – Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados por Estado.

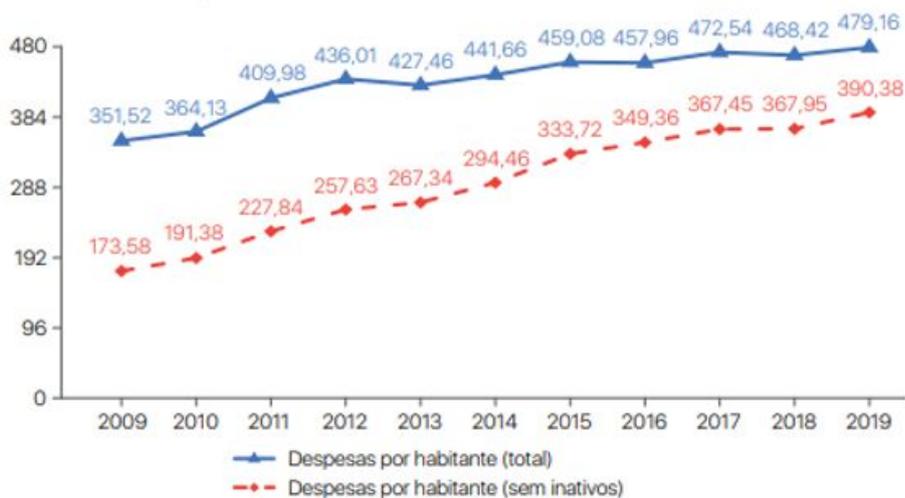


Fonte: CNJ (2020, p. 183).

Já os gastos do Poder Judiciário somaram R\$ 100,2 bilhões em 2019, o que representa um aumento de 2,6% em relação ao último ano. Esse crescimento foi ocasionado, especialmente, em razão aumento das despesas com **recursos humanos**, elevada em 2,2% (CNJ, 2020, p. 74), e que são responsáveis por consumir **90,6% do orçamento total**.

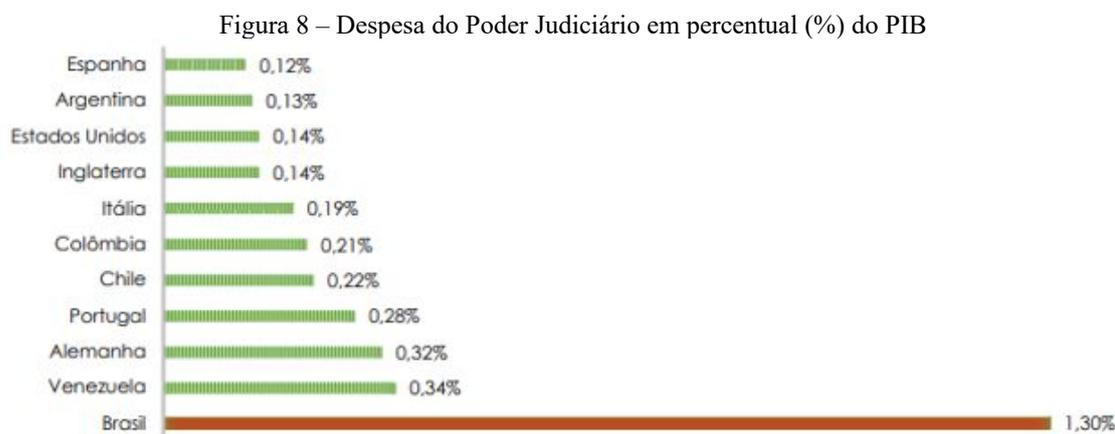
Ainda segundo os dados do Relatório, as despesas totais do Poder Judiciário representam 1,5% do PIB nacional, sendo que, em 2019, o custo pelo serviço de Justiça foi de R\$ 479,16 por habitante, o que indica um aumento de R\$ 10,7 por pessoa em relação ao ano de 2018 (CNJ, 2020, p. 74).

Figura 7 – Série histórica das despesas por habitante



Fonte: CNJ (2020 p. 74).

Para fins comparativos, um estudo publicado por Luciano Da Ros em 2015, utilizando dos dados de 2013 do Brasil, de 2012 dos Estados Unidos e países europeus, e do ano de 2007 para países da América do Sul, concluiu que o percentual de despesas do judiciário brasileiro chega a ser 4 vezes superior ao percentual do PIB investido em países como Venezuela e Alemanha, bem como 10 vezes maior que na Espanha e Argentina, como pode-se observar no gráfico apresentado na Figura 8:



Fontes: CNJ 2014; European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ) 2014, 32; Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) 2007; National Center for State Courts (NCSC) 2012; Supreme Court of the United States (SCOTUS) 2012.

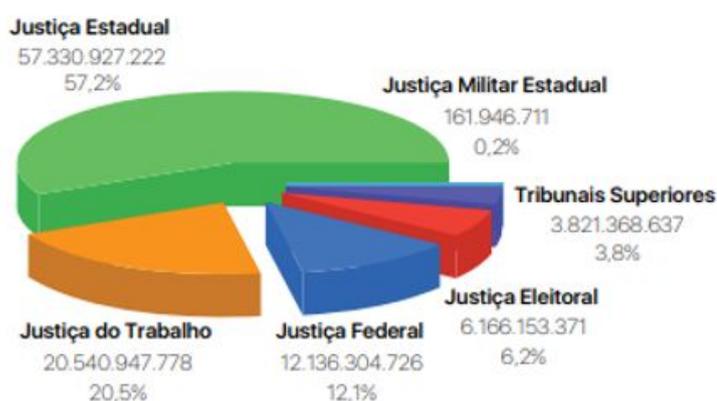
Fonte: Ros (2015, p. 4).

Em relação à arrecadação, em 2019 foi registrado o recebimento de R\$ 13,1 bilhões em custas, emolumentos e eventuais taxas judiciais, o que representa apenas 13,07% da despesa total do aparato judicial (CNJ, 2020). Logo, aqueles que efetivamente utilizam o

Poder Judiciário (partes no processo) recebem um subsídio custeado pelos cofres públicos de aproximadamente 87%, já que contribuem com cerca de 13% da despesa total de manutenção da máquina judicial.

O segmento da Justiça Estadual é quem utiliza a maior parte da fatia, consumindo 57,2% da despesa total do Poder Judiciário, conforme a figura a seguir:

Figura 9 – Despesa total por ramo de justiça



Fonte: CNJ (2020, p. 75).

Segundo listagem publicada pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ em 2012 (CNJ, 2012), os Bancos figuram como maiores litigantes dentro do ramo da Justiça Estadual, somando o percentual de 12,95% das ações ajuizadas em 2011, e ocuparam a 2ª colocação geral na somatória dos 3 segmentos do Poder Judiciário naquele período, ficando atrás, apenas, do setor público federal. Além disso, as instituições financeiras apresentaram mais processos no polo ativo, dentro do segmento da Justiça Comum, do que no polo passivo, tendo ajuizado 6,8% do total de ações em 2011 e sendo acionada em 5,6% (CNJ, 2012), o que evidencia que as instituições que mais lucram no País são as que mais se valem do subsídio Estatal.

As figuras apresentadas a seguir elucidam a questão:

Figura 10 – Listagem dos dez maiores litigantes em percentual (período de 01/01/2011 a 31/10/2011) por ramo da Justiça

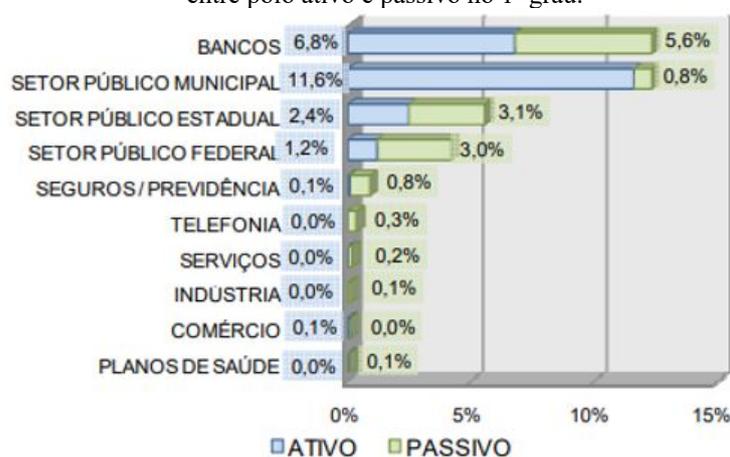
Tabela 1 - Listagem dos dez maiores setores contendo o percentual de processos em relação ao total ingressado entre 1º de janeiro e 31 de outubro de 2011 por Justiça.

Ordem	Setores dos Cem Maiores Litigantes							
	Total		Justiça Estadual		Justiça Federal		Justiça do Trabalho	
1	SETOR PÚBLICO FEDERAL	12,14%	BANCOS	12,95%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	83,19%	INDÚSTRIA	2,03%
2	BANCOS	10,88%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	9,25%	BANCOS	9,60%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	1,84%
3	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	6,88%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	4,85%	CONSELHOS PROFISSIONAIS	2,76%	BANCOS	1,78%
4	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	3,75%	SETOR PÚBLICO FEDERAL	3,11%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,56%	SERVIÇOS	1,44%
5	TELEFONIA	1,84%	TELEFONIA	2,38%	OAB	0,41%	COMÉRCIO	0,93%
6	COMÉRCIO	0,81%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,93%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,14%	SETOR PÚBLICO ESTADUAL	0,86%
7	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,74%	COMÉRCIO	0,92%	SEGUROS / PREVIDÊNCIA	0,06%	ASSOCIAÇÕES	0,80%
8	INDÚSTRIA	0,63%	INDÚSTRIA	0,44%	OUTROS	0,06%	TELEFONIA	0,60%
9	SERVIÇOS	0,53%	SERVIÇOS	0,42%	EDUCAÇÃO	0,04%	SETOR PÚBLICO MUNICIPAL	0,45%
10	CONSELHOS PROFISSIONAIS	0,32%	TRANSPORTE	0,18%	SERVIÇOS	0,02%	TRANSPORTE	0,40%

Elaboração: Departamento de Pesquisas Judiciárias/ CNJ.

Fonte: CNJ (2012, p. 8).

Figura 11 – Percentual dos dez maiores litigantes da Justiça (período de 01/01/2011 a 31/10/2011), subdivididos entre polo ativo e passivo no 1º grau.



Fonte: CNJ (2012, p. 8).

Assim, é de cristalina conclusão que a máquina judiciária brasileira é demasiadamente onerosa para os cofres públicos e para a sociedade, sendo que expressiva parte dos recursos (mais de 90%) são empregados em folha de pagamento (de magistrados, servidores, aposentados e conseqüentários legais). Por outro lado, o índice de litigiosidade apresenta crescimento e, ainda que a produtividade tenha se elevado a cada ano, é insuficiente para enfrentar o estoque, o que deflui no alto congestionamento do serviço judicial.

2.2 A TRAGÉDIA DA JUSTIÇA

O cenário anteriormente descrito é denominado por alguns juseconomistas como *a tragédia da Justiça* — locução usada por Wolkart (2019) e Timm (2018) —, ou *a tragédia do judiciário*, expressão utilizada por Gico Júnior (2012)¹⁰, sendo ambas inspiradas no artigo

¹⁰ Foi o tema da tese de doutorado do autor, em 2012, e posteriormente abordada em diversas publicações e palestras.

publicado pelo ecologista Garret Hardin, em 1968, denominado *The Tragedy of the Commons*, que se tornou referência no âmbito da microeconomia¹¹.

Para explicar a metáfora da *tragédia dos comuns*, Hardin (1968) descreve um local em que o pasto é aberto a todos (bem comum). Contudo, conforme a cidade crescia, mais cabeças de gado eram colocadas na gleba, que passou a torna-se um bem escasso e, como não houve limitação do uso, o pasto se esgotou, tornando-se um terreno barroso e inútil para o desenvolvimento dos animais, o que representa a tragédia pelo uso descontrolado e excessivo de um bem comum¹².

Considerando que terreno tem capacidade limitada de pastagem e demanda um certo tempo para se recompor, a sobrevivência do bem dependeria de cada pastor se abster de sobreutilizar o pasto comum. Contudo, como cada criador, individualmente, sem mecanismos de monitoramento e punição, não pode garantir que se cooperar os demais também o farão, a estratégia dominante é divergir, isto é, colocar mais animais.

Isso porque, segundo Hardin (1968), como um ser racional, cada vaqueiro procura maximizar o seu ganho. A utilidade de acrescentar um animal no pasto tem um componente negativo e um positivo. O componente positivo, consistente no ganho que o pecuarista obtém ao incrementar uma cabeça de gado no recurso comum, não é repartido com ninguém, de forma que é inteiramente “internalizado” pelo pastor. O componente negativo, por sua vez, consiste na redução das potencialidades do pasto comum resultante do acréscimo de uma cabeça de gado, é compartilhada entre todos os pecuaristas. Logo, o componente negativo (a externalidade) não é internalizado inteiramente pelo criador, de forma que o vaqueiro conclui que o único caminho sensato para ele seguir é o de adicionar outro animal a seu rebanho.

Assim, como o benefício privado é superior ao custo privado, apesar de inferior ao custo social, a estratégia dominante é divergir. Segundo Gico Júnior (2014, p. 175), é este equilíbrio não cooperativo que é a tragédia abordada por Hardin, que, na mesma linha que Gordon e Scott, argumentou que indivíduos, diante da possibilidade de explorar um recurso comum, estariam fadados a destruí-lo pela sobreutilização.

E conclui (GICO JÚNIOR, 2019, p. 19):

¹¹ Antes, contudo, Gordon (1954) e Scott (1955) trataram da teoria econômica de propriedade comum aplicada a cardumes de peixes. “De acordo com essa teoria de recursos comuns, o fato de indivíduos gozarem de direitos ilimitados de explorar cardumes em determinadas regiões levava a uma exploração acima dos níveis sustentáveis. O resultado: extinção dos cardumes. A única solução identificada pelos autores: propriedade privada dos cardumes” (GICO JÚNIOR, 2014, p. 174).

¹² Vale explicar que “em economia, bens comuns são aqueles a que todos têm acesso, mas cujos recursos diminuem conforme o uso, de forma que a fruição excessiva os leva a um cenário de esgotamento pela falta de tempo para sua renovação” (WOLKART, 2019, p. 29).

Em geral, a Tragédia dos Comuns surge quando é difícil ou caro excluir usuários potenciais de um recurso (baixa excludabilidade) que produz um fluxo finito de benefícios (rivalidade). Nesse cenário, os agentes racionais podem sobre explorar o recurso, em vez de conservá-lo. Nesse sentido, a Tragédia dos Comuns pode ser modelada como um Dilema do Prisioneiro não cooperativo¹³, no qual cada jogador recebe um retorno maior se desertar ao invés de cooperar, embora a cooperação resulte em um resultado positivo para ambos os jogadores. Como o outro jogador tem uma matriz de recompensa (*pay-off*) simétrica, sua estratégia dominante também envolve a não cooperação. Quando ambos os jogadores jogam suas estratégias dominantes, eles convergem para um terceiro resultado que é pior para ambos em comparação com as estratégias de cooperação. Se você generalizar o jogo para n pessoas, temos um modelo geral para a tragédia. Nesse jogo não cooperativo com informações perfeitas, a estratégia dominante também envolve desertar, o que levará à superexploração e destruição total do recurso — daí a tragédia.

Essa abordagem tem sido utilizada para estudar inúmeros desafios modernos e o problema da congestão do Judiciário pode ser compreendido da mesma forma, pois o uso do serviço adjudicatório por um jurisdicionado “impedirá ou diminuirá substancialmente a utilidade do serviço para os demais usuários, assim como a inclusão de um carro adicional diminui a utilidade de estradas congestionadas para outros motoristas” (GICO JÚNIOR, 2019, p. 30).

Para elucidar a questão, Gico Júnior (2019) analisa a natureza econômica do direito e dos tribunais em relação à teoria econômica de bens¹⁴.

Segundo ele, numa análise simplista, o direito é a informação sobre como os órgãos estatais se comportarão, que possui dupla função: (a) **de coerção (*enforcement*)**, quando submetido a um caso concreto, no sentido de subsunção do fato à norma (quando um

¹³ O tema será tratado no Capítulo 4, seção Cooperação e o Dilema do Prisioneiro.

¹⁴ Sobre a classificação econômica de bens adotada pelo autor, vale esclarecer que “por muito tempo, a discussão básica sobre bens públicos versus bens privados tem sido um esforço para distinguir entre que tipo de bem deveria ser provido por mercados e que tipo deveria ser provido pelo Estado. Se algo fosse classificado como bem privado, deveria ser fornecido pelo mercado, se fosse bem público, pelo Estado. Essa distinção era baseada, única e exclusivamente, no atributo de “rivalidade” do bem, tal qual identificado originalmente por Samuelson (1954). Entretanto, nossa compreensão evoluiu para abranger mais do que apenas o atributo de rivalidade e incluir também um segundo atributo chamado “excludabilidade”, como explicado por Ostrom e Ostrom (1999 [1977]). Nessa abordagem moderna, a excludabilidade de acesso refere-se à possibilidade de o possuidor de um determinado bem ou prestador de determinado serviço excluir, a baixos custos, outras pessoas da fruição do bem ou serviço fornecido. [...] É amplamente aceito que a possibilidade de exclusão é um requisito para o fornecimento de qualquer bem ou serviço pelo mercado, uma vez que é a excludabilidade que permite ao fornecedor impedir que o cliente em potencial tenha acesso ao bem ou serviço sem uma contraprestação. É a excludabilidade que impõe a uma das partes a necessidade de apresentar a outra parte algo de interesse desta; em outras palavras, é a característica de exclusividade que possibilita o surgimento de um mercado. Por outro lado, a rivalidade ocorre quando o consumo de um bem ou serviço por uma pessoa impede, substancialmente, que o mesmo bem ou serviço seja consumido por outra pessoa, i.e., o consumo por um agente diminui significativamente a utilidade do mesmo bem para os demais. [...] De qualquer forma, exclusividade e rivalidade são duas características independentes que podem ser combinadas para criar quatro tipos diferentes de bens: (i) os bens públicos são, ao mesmo tempo, não rivais e não excludentes;²¹ (ii) os bens privados se opõem aos bens públicos por serem rivais e excludentes; (iii) os recursos comuns (*common pool resources* ou CPR) compartilham a não exclusividade dos bens públicos, mas seu consumo por alguém diminui, substancialmente, a utilidade do bem para outros usuários, tornando-os rivais em uso assim como os bens privados; e (iv) os bens de clube ou de pedágio são exclusivos como os bens privados, mas são não-rivais, como os bens públicos” (GICO JÚNIOR, 2019, p. 16-17).

magistrado aplica uma lei ou um precedente a um caso), hipótese em que seria um bem não rival e **excludente**¹⁵ e se enquadra como **bem de clube**; (b) **de conformidade** (*compliance*) na medida em que o conhecimento da regra aplicável cria um comportamento geral e natural das pessoas de conformação à norma/precedente (efeito de rede ou *network effect*), hipótese em que se comporta como **bem público**, pois não rival¹⁶ e **não excludente**.

Nesse sentido, Gico Júnior (2019, p. 23-25) explica:

[...] quando digo que o direito é a informação acerca de como os órgãos estatais se comportarão (**coerção**), podemos separar dois aspectos dessa afirmação, sendo um deles para o consumidor dessa informação (o jurisdicionado) e o outro para o empregador dessa informação (o adjudicador). Por um lado, os jurisdicionados sabem como se comportar e podem prever o comportamento dos demais jurisdicionados simplesmente por possuírem o conhecimento acerca do direito (regras aplicáveis). Esse conhecimento permitirá aos jurisdicionados que façam escolhas e coordenem seus comportamentos. Por outro lado, os adjudicadores saberão como resolver uma disputa simplesmente por saberem qual é o direito (regras aplicáveis) e aplicarem essas regras aos fatos diante deles (silogismo). Em ambos os casos, o direito é a informação sobre qual regra é mais provável de ser aplicada em um determinado caso. Esse sistema cria um ciclo de retorno (*feedback loop*), segundo o qual, quanto mais uma regra jurídica é aplicada ao mesmo conjunto de casos, maior será o valor dessa regra para a sociedade e mais o comportamento espontâneo ou imposto se encaixará na conduta esperada (retorno positivo). Essa é a economia de escala do lado da demanda do Estado de Direito, ou seu efeito de rede (*network effect*). Quanto mais pessoas souberem qual é a regra aplicável a um determinado caso, e quanto mais elas puderem manter uma expectativa racional de que essas serão as regras aplicadas na hipótese de surgimento de uma disputa, mais as pessoas tenderão a seguir tais regras espontaneamente (**conformidade**) — logo, mais útil e importante o direito será. [...] No entanto, se o direito enquanto coerção é claramente um bem de clube (não rival e excludente), o mesmo não pode ser dito sobre o direito enquanto conformidade. O **direito como conformidade** também é não rival porque o conhecimento por um indivíduo de como a maioria das pessoas se comporta dentro de uma determinada sociedade não impede que outro indivíduo detenha o mesmo conhecimento e também aproveite os benefícios resultantes desse conhecimento. No entanto, como o direito enquanto conformidade não requer coerção, é pura informação e, uma vez disponível, não pode ser retirado do domínio público, temos que sua natureza é não excludente. Como resultado, concluo que o direito como conformidade é um bem público por natureza, pois é não rival e não excludente (grifo nosso).

Assim, para ao autor, o direito seria um bem público apenas quando se tratar de uma pura informação capaz de moldar comportamentos (direito como conformidade); contudo, o

¹⁵ Vale reforçar que, como visto, o conceito de bem excludente é subsidiário ao de bem público ou privado. Assim, a partir da classificação econômica, os economistas sugerem que, em regra, bens públicos em sentido econômico (não rivais e não excludentes) sejam de titularidade pública e bens privados em sentido econômico (rivais e excludentes), de titularidade privada (COOTER; ULEN, 2016, p.102-105).

¹⁶ Sobre a questão da não rivalidade, oportuno esclarecer que “como o direito é informação, ele não é rival. O conhecimento do direito por uma pessoa não impede que outra goze dos mesmos benefícios e conduza seus negócios de acordo. O mesmo pode ser dito sobre os magistrados. O fato de um magistrado aplicar uma lei ou um precedente a um caso não impede outro magistrado de aplicar a mesma regra jurídica a outro caso. De fato, em ambos os casos, a aplicação do direito por um agente apenas reforça a utilidade do direito para os outros (efeito de rede)” (GICO JÚNIOR, 2019, p. 29).

direito como coerção, que precisa de um sistema adjudicatório para funcionar, seria, na realidade, um bem de clube, por ser altamente excludente¹⁷.

Já o Judiciário se enquadra como um bem de clube se a capacidade instalada for superior à demanda percebida, pois nessa hipótese seria não rival; mas à medida que a demanda aumenta, o acesso aos Tribunais torna-se rival e propenso a congestionamento, pois o descompasso entre a oferta e a demanda passa a gerar a rivalidade, já que cada caso adicional protocolado se somará ao estoque de casos em andamento e retardará o provimento do serviço público adjudicatório na média, diminuindo a utilidade do sistema judiciário para os demais usuários (efetivos ou potenciais), de forma que o Judiciário passa a se comportar como um bem privado, dada a rivalidade do serviço. Assim, o Judiciário é um bem altamente congestionável, salvo se seu uso for racionado de alguma forma.

Nesse contexto, para Gico Júnior (2019), a solução mais simples para o problema de congestionamento seria a exclusão de alguns usuários do serviço. Contudo, o acesso à justiça é uma garantia constitucional deflagrada e um requisito fundamental para a implementação do

¹⁷ Ainda segundo o autor (GICO JÚNIOR, 2019), a sua excludabilidade está profundamente relacionada à sua complementaridade com os tribunais, pois o direito somente é útil se houver um sistema adjudicatório eficaz para apoiá-lo. Assim, no caso do direito como coerção, a parte precisará recorrer a um tribunal (ainda que arbitral), cujo acesso depende do pagamento de taxas ou preenchimento de certos requisitos. Daí porque os serviços adjudicatórios são excludentes a custos muito baixos.

Estado de Direito e, como resultado de políticas de livre acesso sem restrições, o Judiciário se torna um recurso comum¹⁸, vulnerável à superexploração e propenso a congestionamentos¹⁹.

Assim, embora desejável que todos tenham acesso aos serviços adjudicatórios, “[...] pois a capacidade de reivindicar seus direitos é um requisito essencial de poder exercê-los” (GICO JÚNIOR, 2019, p. 34), a ampliação irrestrita do acesso à Justiça conduz à *tragédia do Judiciário*, pois quanto maior o incentivo ao uso da via judicial, mais os tribunais ficarão congestionados e, em consequência, haverá demora nos julgamentos, baixa na qualidade das decisões e erros de julgamento²⁰; além de fomentar a seleção adversa dos litigantes (no

¹⁸ Wolkart (2019, p. 84) também classifica a Justiça como bem comum. Segundo ele, “Pensando analogicamente na Justiça como mercado e na prestação da atividade jurisdicional como bem em torno do qual gravitam as interações mercadológicas, acreditamos estarem nitidamente presentes as características que a qualificam como bem comum. A impossibilidade de exclusão decalca-se diretamente da Constituição Federal, seja em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), do direito de petição (art.5º, XXXIV, ‘a’), do direito ao contraditório e à ampla defesa (art.5º, LV) ou do direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (art.5º, LXXIV). “A concorrência no consumo [rivalidade] decorre da limitação financeira inerente ao Estado, que tem de prover parte dos recursos humanos e administrativos do Poder Judiciário. Quanto mais a Justiça é acessada, mais esses recursos são consumidos. Na impossibilidade de ampliação infinita da estrutura jurisdicional, a cada novo processo instaurado, diminui-se a capacidade da Justiça de processar um novo feito ou de lidar agilmente com os já existentes”. Berzotti (2020), em contrapartida, defende em sua dissertação de mestrado que a Justiça no Brasil não é um recurso comum. Mas seus argumentos não se distanciam por completo da tese de Gico Júnior (2019), pois ambos diferenciam o direito como informação (e criação de precedentes) do sistema adjudicatório em si, adotando, contudo, uma linha distinta. Para Berzotti (2020, p. 125-126), “A Justiça no Brasil, viu-se até aqui, produz adjudicação (bem rival) e regras (bem não rival), regras que, por sua vez, passam a vincular não só juízes, mas também os indivíduos interessados na adjudicação de seus conflitos pela Justiça. A pergunta que cabe, então, é: seria de fato, a Justiça um recurso comum? Ora, se são dois os “produtos” (serviços, bens, tanto faz) da Justiça, um rival e um não rival, seria possível categorizar a Justiça como uma única espécie de bem? E a resposta é: não. Produzindo a Justiça no Brasil regras de conduta – quer pelo assentado conceito de jurisprudência, anterior, é claro, ao Código de Processo Civil de 2015 quer pela ideia de precedentes; quer ainda pela resolução de demandas repetidas –, não é possível dizer que a Justiça é um recurso comum (bem rival). Quando muito, seria possível dizer que a Justiça, enquanto prestadora do serviço de adjudicação, presta um serviço rival. Ocorre que a separação dos serviços da Justiça não é simples. Para prestar um serviço não rival (produzir regras), a Justiça precisa prestar um serviço rival (adjudicação). E, quando presta um serviço não rival (regras), a Justiça busca ex ante evitar que se lhe demande a prestação do serviço rival (adjudicação) no futuro. Não é por outra razão que Gico Jr. vê, como saída para o problema do congestionamento da Justiça no Brasil, (investimentos em) certeza jurídica. Certeza (serviço não rival) na prestação de um serviço rival (adjudicação evitaria que se demandasse esse serviço rival no futuro. E não é por outro motivo que Shavell, a partir do seu modelo econômico da decisão de litigar, diz que a razão (econômica) de ser de um aparato público destinado à solução de conflitos é, paradoxalmente, o seu não uso, pelos pesados custos sociais que traz consigo (sobremaneira de administração): [a razão de ser da Justiça] é a promoção de acordos pela ameaça de ingresso forçada na esfera jurídica dos causadores de dano”.

¹⁹ O congestionamento é verificado pelos indicadores divulgados no o relatório Justiça em Números de 2020, elaborado pelo CNJ, que, como citado, aponta um crescimento no ajuizamento de ações e, ainda que a produtividade dos magistrados tenha aumentado, é insuficiente para enfrentar o estoque existente.

²⁰ Para Posner (1973, p. 445-446), o principal problema econômico que o congestionamento da Justiça cria reside no aumento da probabilidade de erro judicial. A demora da Justiça tende a distanciar a aplicação do direito (sentença) dos fatos apresentados pelas partes (inicial e contestação), incrementando os custos de erro porque, segundo ele, “the adaptation of rules to altered circumstances is retarded” e também pelo fato de o valor probatório das provas levadas ao conhecimento do juízo decair com o tempo. Para o jurista, “a relação entre custos de erro e custos diretos pode ser resumida em uma função de perda com três termos. O primeiro termo é o custo do erro. Esta é uma função da probabilidade de erro, que por sua vez é uma função da fração dos casos litigados, do montante das despesas privadas com litígios e do montante das despesas públicas. O segundo termo é a soma das despesas privadas e públicas nos casos litigados e é igual ao total dessas despesas em todos os casos multiplicado pela fração dos casos litigados. O terceiro termo é o gasto total (todos privados) em casos

sentido de transformação do Judiciário em um mecanismo de burla ao direito)²¹ e promover, inclusive, a litigância frívola.

E conclui:

A Tragédia do Judiciário nos leva a um *conundrum* intrigante: as pessoas devem ser capazes de reivindicar seus direitos sem barreiras substanciais, mas o acesso irrestrito ao sistema público adjudicatório para cada pessoa prejudica o acesso à justiça para todos os demais. Deve ser possível criar alguns mecanismos de governança que impeçam a superexploração do Judiciário, embora o reconhecimento da natureza econômica dos tribunais leve à conclusão de que algum tipo de racionamento também pode ser necessário. Isso requer um pensamento estratégico sobre como estruturar melhor os tribunais e o sistema judicial no futuro, em uma visão que não envolva paixões ou discussões ideológicas. De qualquer forma, a compreensão da conexão do fenômeno ubíquo do congestionamento judicial no mundo com a natureza econômica do direito e dos tribunais pode ser um elemento importante na solução desse enigma ou, ao menos, em sua mitigação (GICO JÚNIOR, 2019, p. 34).

Inegável, portanto, que existe um excesso de litigiosidade que não é passível de adequada e integral absorção pelo Sistema Judiciário, o qual não dispõe de meios para, sozinho, sem uma estrutura de incentivos ou barreiras (*gatekeeper*)²², solucionar essa equação e oferecer prestação efetiva em tempo razoável e a um custo acessível.

que são resolvidos e é igual ao gasto privado total em todos os casos multiplicado pela fração de casos resolvidos multiplicada pelo custo fracionário de acordo em vez de litígio. Um aumento na fração de casos litigados, ou nas despesas públicas ou privadas com litígios, reduzirá a probabilidade e, portanto, o custo de uma determinação judicial errônea. Um aumento nas despesas públicas com litígios reduzirá a vantagem relativa de custo de acordo em vez de litígio (o subsídio do governo para litígios aumentou), e um aumento nas vantagens de custo relativo de acordo reduzirá a fração de casos julgados. Claro por que é difícil prever a priori o efeito sobre a eficiência geral das mudanças nas variáveis relevantes. Por exemplo, um aumento na fração de casos litigados aumentará os custos sociais da resolução de disputas judiciais apenas se a diferença entre os custos totais dos processos judiciais e os custos totais de resolvê-los for maior do que a redução dos custos de erro ocasionada pelo aumento da fração dos casos litigados. Caso contrário, reduzirá os custos totais de resolução de disputas judiciais. Um aumento nas despesas públicas reduzirá os custos de erro tanto diretamente quanto induzindo uma fração maior de casos a serem julgados, mas aumentará os custos diretos totais da resolução de disputas jurídicas tanto diretamente quanto tornando o litígio relativamente mais atraente do que a solução. Portanto, não se pode presumir que o aumento dos gastos públicos com o sistema judiciário aumentará o bem-estar social. Um gasto de mais US \$ 1 milhão no sistema judiciário pode custar vários milhões à sociedade - ou beneficiar a sociedade vários milhões. Finalmente, um aumento no custo fracionário de acordo versus litígio, ao reduzir o custo de liquidação em relação ao de litígio, reduzirá os custos diretos da resolução de litígios legais, mas aumentará indiretamente os custos de erro. Assim, como argumentado anteriormente, as medidas que aumentam a atratividade do acordo em comparação com o litígio não podem ser consideradas como inequivocamente desejáveis” (POSNER, 1973, p. 441–442, tradução livre).

²¹ O tema é especialmente abordado no artigo “A Tragédia do Judiciário”, publicado em 2014. Segundo o autor, “se (em razão dos problemas derivados do congestionamento — morosidade, decisões erradas e imprevisíveis), por um lado, pessoas que são titulares de direitos deixam de usar o Judiciário, porque este é excessivamente moroso e imprevisível, por outro, as pessoas que desejam fugir de suas obrigações possuem mais incentivos para litigar, pois não apenas ganharão tempo, como poderão prevalecer ao final. Estamos diante de um claro problema de seleção adversa. Cada vez mais pessoas deixarão de usar o Judiciário para fazer valer seus direitos e cada vez mais pessoas passarão a usar o Judiciário para postergar ou anular suas obrigações. É a antítese da função social do Judiciário” (GICO JÚNIOR, 2014, p. 180).

²² Mecanismo seletor entre usuários permitidos e não permitidos, um porteiro. Um exemplo de mecanismo de *gatekeeping* no direito brasileiro foi a inclusão pela Emenda Constitucional no 45 do requisito da Repercussão Geral para a análise de RE (GICO JÚNIOR, 2014, p. 176).

Para Wolkart (2019), o cenário de tragédia no sentido *hardiano* é, em última instância, um problema de cooperação (mais especificamente, de ausência de comportamento cooperativo) e, mesmo diante desse cenário trágico, tais circunstâncias, por si sós, não foram suficientes para alterar o comportamento das partes, existindo um problema cultural e uma tendência paternalista a buscar a solução do conflito na decisão judicial.

Mesma conclusão é extraída pelo Ministro Dias Toffoli, que identifica o baixo índice acordos como um dos gargalos da Justiça brasileira. Segundo ele, os dados extraídos do Relatório Justiça em Números de 2020 permitem concluir que a “litigiosidade no Brasil permanece alta e a cultura da conciliação, incentivada mediante política permanente do CNJ desde 2006, ainda apresenta lenta evolução” (CNJ, 2020, p. 6).

Wolkart (2019, p. 87) destaca que enorme subsídio estatal para utilização do Judiciário (que, como visto, em 2019 era de quase 87% do custo de manutenção do aparato judicial) revela um “evidente incentivo para que muitas ações sejam ajuizadas, levando ao esgotamento da atividade jurisdicional como bem comum, além de praticamente inviabilizar o comportamento cooperativo das partes no sentido de buscar autocomposição antes ou depois do processo”.

Incentivos desse tipo, diz o autor, costumam criar *free riders*, que são aqueles que usam o bem comum de modo excessivo (no caso do judiciário, os litigantes habituais), contribuindo para o seu esgotamento, pois inexistente qualquer tipo de punição no nosso sistema contra essa postura.

Assim, “como a utilização da Justiça é altamente subsidiada pelo Estado, entes cuja atividade econômica envolve extensa base de clientes elegem essa via prioritária para resolução de conflitos” (WOLKART, 2019, p. 525), levando a maior ocupação do aparato judicial e o seu congestionamento, em prejuízo de toda a sociedade, sendo que, para isso, não pagam nada a mais do que o litigante eventual.

Tal situação é evidenciada pela listagem dos 100 maiores litigantes divulgada pelo CNJ em 2012, a qual revelou, como visto, que as instituições financeiras lideram o ranking das ações ajuizadas na Justiça Estadual, representando 12,95% dos processos não criminais no período (2011), dos quais aparecem no polo ativo em 6,8%, o que sugere que “a busca de uma solução do conflito via Poder Judiciário não é uma iniciativa predominantemente do cliente bancário. Os bancos também, e em quantidade próxima, optam pelo litígio judicial” (CARDOSO, 2018, p. 16).

Os dados trazidos no relatório do CNJ dos 100 maiores litigantes do País, contudo, apenas revelam quantitativamente o tamanho do problema no âmbito da Justiça. Não é

possível extrair que matérias foram objeto das lides e tampouco a relação com a sucumbência²³, a fim de trazer uma compreensão mais concreta das razões pelas quais bancos e seus clientes recorrem ao Judiciário e sobre “quem reiteradamente apresenta pretensão sem fundamento ou opõe resistência indevida à pretensão legítima, forçando a outra parte a procurar a tutela jurisdicional” (CARDOSO, 2018, p. 22).

Pesquisas encomendadas pelo CNJ e realizadas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR) no mesmo período (2011), por sua vez, “identificaram as questões consumeristas relacionadas a instituições financeiras como um dos principais focos das demandas de massa na justiça brasileira, responsáveis, portanto, pela mencionada ‘sobreutilização’” (CNJ, 2011, p. 23).

Nesse aspecto, a pesquisa de campo da PUC-PR intitulada “Demandas Repetitivas relativas ao Sistema de Crédito no Brasil e propostas para sua solução”, divulgado no relatório do CNJ (2011), revelou a maioria dos processos cíveis nas grandes capitais envolve:

buscas e apreensões decorrentes de inadimplência em arrendamentos mercantis ou alienações fiduciárias de automóveis; **revisões contratuais** no pertinente a juros em créditos diretos ao consumidor e outras formas de mútuo; cobranças decorrentes de inadimplência em **créditos consignados** diretamente em folha de pagamento, bem como discussões quanto aos critérios dessas cobranças; e, por fim, discussões relativas a cobranças e revisões dos critérios dessas cobranças no que se refere a cartões de crédito (CNJ, 2011, p. 23).

Tal cenário não é diferente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Uma pesquisa publicada pela AMB no ano de 2015, que englobou o período de 2010 a 2013, vislumbrou que o setor financeiro e administração pública Municipal são responsáveis por mais de 70% das ações ajuizadas em primeiro grau. Desde 2011, inclusive, as instituições financeiras lideram o ranking, chegando a representar, em 2012, 44,6% do total das demandas protocolados na primeira instância, conforme mostra a tabela apresentada na figura a seguir:

Figura 12 – Principais litigantes em primeiro grau como parte ativa, em percentual (%)

²³ A taxa de litigância ativa (referente ao percentual de recursos interpostos) e a taxa de derrotas do polo ativo, por exemplo, foram objeto de aprofundamento em pesquisa desenvolvida pela FGV em 2011, que analisou, contudo, apenas os dados do Supremo Tribunal Federal, onde foi constatado que “a Caixa Econômica Federal, Banco Central do Brasil e Telemar se destacam pela alta taxa de litigância ativa, beirando os 100%. Ou seja, na quase totalidade dos casos levados até o STF por essas três partes, elas estão demonstrando descontentamento para com os julgamentos anteriores, buscando reforma das decisões”. Isso significa dizer que tais entes recorrem em quase 100% dos casos (FALCÃO et al., 2011, p. 69).

Tabela 2: TJ/SC – Principais litigantes em Primeiro Grau como parte ativa, em %

Setor	2010	2011	2012	2013
Adm. Pública Municipal	54,8	35	28,6	32,3
Setor Financeiro	32,4	35,3	44,6	42
Serviços Diversos	8,3	13	12,2	15,4
Adm. Pública Estadual	2,5	6,4	7,1	5,4
Serviços de Educação	1,7	4,5	5,1	4,9
Adm. Pública Federal	1,5	2,9	3,6	3,1
Outros	4	5,6	0,1	0
Comércio	0,5	1	0,8	0,6
Previdência Pública e INSS	0,8	0,5	0,7	0,7
Seguros e Planos de Saúde	0,3	0,2	1	0,3
Microempresa	0,5	0,5	0,7	0,2
Ministério Público	0,2	0,3	0,4	0,5
Total de processos	131.856	100.356	83.139	75.793

Fonte: AMB, 2015

Fonte: AMB (2015, p. 70).

No polo passivo, os Bancos foram acionados em 51,6% das ações em 2013, o que permite concluir que as lides bancárias possuem expressivo impacto na prestação do serviço judicial no Estado (Figura 13).

Figura 13 – Principais litigantes em primeiro grau como parte passiva, em percentual (%)

Tabela 3: TJ/SC – Principais litigantes em Primeiro Grau como parte passiva, em %

Setor	2010	2011	2012	2013
Setor Financeiro	46,7	45	39,9	51,6
Adm. Pública Estadual	12,9	13,4	18	11,2
Serviços de Telefonia e Comunicações	10,5	12,4	13,4	12,6
Previdência Pública e INSS	10,9	12,6	10,3	9
Seguros e Planos de Saúde	5,4	5,3	4,5	3
Adm. Pública Municipal	4,3	4,1	4	3
Serviços Diversos	4,1	2,7	3,4	4,2
Comércio	1,9	3	3,8	1,7
Previdência Privada e Fundos de Pensão	1,5	1,4	1,5	1,1
Indústria	1	1,8	1,3	0,6
Adm. Pública Federal	0,1	0,1	0,2	0,2
Total de processos	90.875	81.673	93.984	115.695

Fonte: AMB, 2015

Fonte: AMB (2015, p. 71).

Esse perfil se mantém na atualidade, apesar de em percentual mais reduzido. O setor financeiro e administração pública Municipal são responsáveis por quase 50% das ações ajuizadas em primeiro grau. Conforme listagem dos 100 maiores litigantes do Estado de Santa Catarina extraída pelo Núcleo de Monitoramento de Perfil de Demandas e Estatística - NUMOPEDE em 12/11/2021, o setor financeiro representa hoje 9,60% do acervo total de processos do TJSC em primeiro grau, ficando atrás apenas da administração pública (que, conforme se extrai em diversos relatórios, é, em todas as esferas, o maior cliente do Poder Judiciário). As instituições financeiras figuram no polo ativo em 143.279 do total de 3.271.166 processos, o que representa 4,38%, e são demandadas em outros 170.825, ou seja, em 5,22% do total.

As tabelas a seguir arrolam os 100 maiores litigantes do Estado por polo ativo e passivo, no tocante ao primeiro grau de jurisdição:

Tabela 1 – Relatório dos 100 maiores litigantes no polo ativo, considerando o acervo atual de 3.271.166 de processos

Tribunal de Justiça de Santa Catarina
Corregedoria-Geral da Justiça - Numopede
Relatório dos 100 maiores litigantes no polo ativo, considerando o acervo atual de 3.271.166 de processos
Fonte: CGJ - Perfil de Demandas do Judiciário - Extraído em: 12.11.2021

Autor	Quantidade de Processos em Transição	%
MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA	293562	9%
POLICIA CIVIL DO ESTADO DE SANTA CATARINA	118264	4%
ESTADO DE SANTA CATARINA	136515	4%
MUNICIPIO DE SAO JOSE	77101	2%
MUNICIPIO DE JOINVILLE	67369	2%
POLICIA MILITAR DO ESTADO DE SANTA CATARINA	40358	1%
MUNICIPIO DE PALHOÇA/SC	49922	2%
MUNICIPIO DE ITAJAI/SC	57527	2%
MUNICIPIO DE BALNEARIO CAMBORIU/SC	28674	1%
MUNICIPIO DE FLORIANOPOLIS	54857	2%
BANCO DO BRASIL SA	27139	1%
BANCO DO BRASIL S/A	26526	1%
AMBIENTAL LIMPEZA URBANA E SANEAMENTO LTDA	24566	1%
UNIÃO - FAZENDA NACIONAL	46345	1%
MUNICIPIO DE BLUMENAU	59695	2%
MUNICIPIO DE LAGUNA/SC	23221	1%
MUNICIPIO DE IMBITUBA/SC	17426	1%
MUNICIPIO DE JARAGUA DO SUL	15905	0%
MUNICIPIO DE NAVEGANTES/SC	17389	1%
BANCO BRADESCO SA	19779	1%
MUNICIPIO DE ITAPEMA	14114	0%
MUNICIPIO DE BRUSQUE	13458	0%
MUNICIPIO DE JAGUARUNA/SC	13954	0%
MUNICIPIO DE CAMBORIU/SC	12450	0%
COOPERATIVA DE CREDITO VALE DO ITAJAI VIACREDI	11059	0%
MUNICIPIO DE GAROPABA/SC	18578	1%
AYMORE CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO SA	9739	0%
MUNICIPIO DE LAGES/SC	19559	1%
MUNICIPIO DE BOMBINHAS/SC	13833	0%
MUNICIPIO DE CRICIUMA/SC	8314	0%
MUNICIPIO DE CRICIUMA	8215	0%
MUNICIPIO DE BIGUAÇU/SC	7790	0%
RECICLE CATARINENSE DE RESIDUOS LTDA	7529	0%
MUNICIPIO DE INDAIAL/SC	7323	0%
MUNICIPIO DE ARARANGUA	9939	0%
COOPERATIVA DE CREDITO MAXI ALFA DE LIVRE ADMISSAO DE ASSOCIAD	6968	0%
MUNICIPIO DE PORTO BELD/SC	6783	0%
MUNICIPIO DE CHAPECÓ/SC	8465	0%
MUNICIPIO DE GASPÁR	6744	0%
BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS SA	6634	0%
MUNICIPIO DE CURITIBANOS/SC	6639	0%
MUNICIPIO DE ITAPOÁ-SC	6744	0%
BRASIL TELECOM S/A	5669	0%
OI SA - EM RECLUPERAÇÃO JUDICIAL	5655	0%
MUNICIPIO DE SAO FRANCISCO DO SUL/SC	11221	0%
MUNICIPIO DE ARAQUARI/SC	8016	0%
MUNICIPIO DE SAO BENTO DO SUL/SC	5215	0%
MUNICIPIO DE ITAPOÁ	6094	0%

MUNICIPIO DE TIJUCAS	8259	0%
MUNICIPIO DE SAO BENTO DO SUL	5108	0%
MUNICIPIO DE TIJUCAS/SC	6491	0%
MUNICIPIO DE BALNEARIO ARROIO DO SILVA/SC	6690	0%
MUNICIPIO DE BALNEARIO ARROIO DO SILVA	6687	0%
MUNICIPIO DE GOVERNADOR CELSO RAMOS	4119	0%
MUNICIPIO DE ICARA/SC	4823	0%
MUNICIPIO DE BRACO DO NORTE	4696	0%
MUNICIPIO DE BALNEARIO PICARRAS/SC	6555	0%
MUNICIPIO DE BIGLACU	4596	0%
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAI - UNIVALI	6738	0%
ASSOCIAÇÃO COMUNITARIA DO ALAGAMAR	4163	0%
MUNICIPIO DE ICARA	4521	0%
MUNICIPIO DE TUBARAO/SC	12025	0%
BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO	4460	0%
MUNICIPIO DE TIMBO/SC	4525	0%
MUNICIPIO DE BARRA VELHA/SC	3878	0%
OMNI S/A CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO	4138	0%
BANCO SANTANDER (BRASIL) SA	4690	0%
CELESC DISTRIBUICAO SA	4255	0%
MUNICIPIO DE SANTO AMARO DA IMPERATRIZ/SC	4234	0%
MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DO PARANA	2957	0%
ITALU UNIBANCO SA	5588	0%
BANCO ITAU S/A	5602	0%
MUNICIPIO DE RIO DO SUL/SC	5744	0%
BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL	3396	0%
MUNICIPIO DE RIO DO SUL	5714	0%
BANCO ITAUCARD SA	2916	0%
MUNICIPIO DE URUSSANGA/SC	5231	0%
MUNICIPIO DE PENHA/SC	5902	0%
MUNICIPIO DE POMERODE	2640	0%
MUNICIPIO DE MORRO DA FUMACA	2836	0%
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL	2785	0%
MUNICIPIO DE CAPIVARI DE BAIXO	4417	0%
MUNICIPIO DE CACADOR	3868	0%
MUNICIPIO DE SAO JOSE-SC	2298	0%
BANCO J SAFRA SA	2346	0%
MUNICIPIO DE BALNEARIO BARRA DO SUL	3608	0%
MUNICIPIO DE RIO NEGRINHO/SC	3634	0%
MUNICIPIO DE BALNEARIO GAIVOTA/SC	2724	0%
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE REGIONAL DE BLUMENAU	2204	0%
BANCO DO ESTADO DE SANTA CATARINA SA	4681	0%
BANCO DO ESTADO DE SANTA CATARINA S/A - BESC	4738	0%
MUNICIPIO DE BALNEARIO RINCAO/SC	2413	0%
ORSEGPS MONITORAMENTO ELETRONICO LTDA	1952	0%
MUNICIPIO DE CONCORDIA/SC	2864	0%
BANCO ITAUCARD S/A	2299	0%
COMPANHIA DE HABITACAO DO ESTADO DE SANTA CATARINA - COHAB/S	2094	0%
MUNICIPIO DE VIDEIRA/SC	2629	0%
O MEDIADORNET EIRELI	1849	0%
MUNICIPIO DE SOMBRIO/SC	2306	0%
COMPANHIA CATARINENSE DE AGUAS E SANEAMENTO - CASAN	2168	0%
	1690895	52%

Fonte: CGJ/SC (NUMOPEDE) - Perfil de Demandas do Judiciário (2021)²⁴.

Tabela 2 – Relatório dos 100 maiores litigantes no polo ativo, considerando o acervo atual de 3.271.166 de processos

²⁴ Tabela extraída pelo NUMOPEDE e recebida via e-mail.

Fonte: CGJ - Perfil de Demandas do Judiciário - Extraído em: 12.11.2021

País	Quantidade de Processos em Transição	%
ESTADO DE SANTA CATARINA	300154	3%
INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS	54559	2%
OS SA - EM RECUPERACAO JUDICIAL	33217	2%
BRASL TELECOM S/A	31912	2%
A APURAR	29713	2%
BANCO BAG SA	27368	2%
BANCO DO BRASIL SA	22399	2%
BANCO DO BRASIL S/A	19032	2%
CELESC DISTRIBUICAO SA	14520	0%
BANCO PAN SA	14126	0%
BANCO BRADESCO SA	12886	0%
OS MESMOS	11811	0%
SEGURODORA LIDER DO CONSORCIO DO SEGURO DPVAT SA	10965	0%
SEGURODORA LIDER DOS CONSORCIOS DO SEGURO DPVAT S/A	8948	0%
MUNICIPIO DE BLUMENAU	8997	0%
INSTITUTO DE PREVIDENCIA DO ESTADO DE SANTA CATARINA - IPREV	7897	0%
BANCO CETELEM SA	5873	0%
BANCO ITAU CONSIGNADO SA	5794	0%
BANCO SANTANDER (BRASIL) SA	5453	0%
MUNICIPIO DE FLORIANOPOLIS	5305	0%
BANCO CS CONSIGNADO SA	4940	0%
MUNICIPIO DE BALNEARIO CAMBORIU/SC	4305	0%
DI MOVEL SA - EM RECUPERACAO JUDICIAL	3916	0%
BANCO BRADESCO FINANCIAMENTOS SA	3882	0%
BV FINANCEIRA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO	3754	0%
BANCO OIE BONSUCESSO CONSIGNADO SA	3753	0%
ITAU UNIBANCO SA	3609	0%
AYMORE CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO SA	3607	0%
BANCO ITAU S/A	3549	0%
BANCO SAFRA S A	3301	0%
MUNICIPIO DE JOINVILLE	3218	0%
TELEFONICA BRASIL SA	2949	0%
BANCO SANCORIN SA	2894	0%
KIRTON BANK SA - BANCO MULTIPLO	2796	0%
COMPRINHA CATARINENSE DE AGULAS E SORTEAMENTO - CAGAN	2781	0%
CREFISA SA CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTOS	2629	0%
MUNICIPIO DE CRICIUMA/SC	2562	0%
EMPREENHAMENTOS IMOBILIARIOS MARISCAL LTDA	2349	0%
UNIAO - FAZENDA NACIONAL	2345	0%
MUNICIPIO DE ITAJAI/SC	2307	0%
CENTRAIS ELETRICAS DE SANTA CATARINA S/A - CELESC	2291	0%
BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL	2268	0%
MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA	2065	0%
MUNICIPIO DE CRICIUMA	1873	0%
MUNICIPIO DE PIRHOCICA/SC	1836	0%
MUNICIPIO DE LAGES/SC	1811	0%
UNIAO - ADVOCACIA GERAL DA UNIAO	1884	0%
AGEMED SAUDE LTDA	1803	0%
MUNICIPIO DE IMBITUBA/SC	1584	0%
BANCO AGIBANK SA	1556	0%
BANCO VOTORANTIM SA	1507	0%
CLARO SA	1477	0%
BANCO ITAUCARD SA	1444	0%
MAPFRE SEGUROS GERAIS SA	1421	0%
INSTITUTO MUNICIPAL DE SEGURIDADE SOCIAL DE BLUMENAU - ISSBLU	1401	0%
FUNDACAO CATARINENSE DE EDUCACAO ESPECIAL-FCEE	1385	0%
AGIBANK FINANCEIRA SA - CREDITO FINANCIAMENTO E INVESTIMENTO	1384	0%
MUNICIPIO DE SAO JOSE	1377	0%
TEKA TECELAGEM KUEHNICH SA - EM RECUPERACAO JUDICIAL	1377	0%
MUNICIPIO DE CAMBORIU/SC	1375	0%
MUNICIPIO DE GASPAR	1364	0%
BANCO DO ESTADO DE SANTA CATARINA S/A - BESC	1339	0%
MUNICIPIO DE JAGUARUNA/SC	1321	0%
BANCO DO ESTADO DE SANTA CATARINA SA	1316	0%
MUNICIPIO DE CHAPECO/SC	1311	0%
BANCO ITAUCARD S/A	1260	0%
LIBERTY SEGUROS S/A	1225	0%
PROCURADORIA-GERAL DO ESTADO DE SANTA CATARINA	1217	0%
CAIXA SEGURADORA S/A	1182	0%
TIM CELULAR SA	1177	0%
BRADESCO VIDA E PREVIDENCIA SA	1175	0%
CLARO S/A	1173	0%
YMPACTUS COMERCIAL S/A	1170	0%
MUNICIPIO DE NAVEGANTES/SC	1143	0%
BP PROMOTORA DE VENDAS LTDA	1121	0%
HDI SEGUROS SA	1045	0%
COOPERATIVA DE CREDITO VALE DO ITAJAI - VIACREDI	1032	0%
GENERALI BRASIL SEGUROS S A	1004	0%
TIM S A	942	0%
UNIMED GRANDE FLORIANOPOLIS - COOPERATIVA DE TRABALHO MEDICO	939	0%
AZUL LINHAS AEREAS BRASILEIRAS SA	935	0%
MUNICIPIO DE INDAIAL/SC	920	0%
MUNICIPIO DE CANOINHAS/SC	914	0%
MUNICIPIO DE BRUSQUE	912	0%
HDI SEGUROS S/A	899	0%
TIM CELULAR S A	889	0%
MUNICIPIO DE ICARA/SC	863	0%
TAM LINHAS AEREAS S/A	844	0%
METROPOLITAN LIFE SEGUROS E PREVIDENCIA PRIVADA SA	830	0%
GOL LINHAS AEREAS SA	808	0%
CAIXA ECONOMICA FEDERAL	801	0%
MUNICIPIO DE ICARA	785	0%
MUNICIPIO DE SAO BENTO DO SUL/SC	783	0%
BANCO INTER SA	776	0%
BRASILEG COMPANHIA DE SEGUROS	776	0%
MUNICIPIO DE SAO BENTO DO SUL	738	0%
PARANA BANCO S/A	728	0%
BANCO CG SA	706	0%
COOPERATIVA DE CREDITO MAXI ALFA DE LIVRE ADMISSAO DE ASSOCIADOS - SICO	706	0%
	571183	17%

Fonte: CGJ/SC (NUMOPEDE) - Perfil de Demandas do Judiciário (2021)²⁵.²⁵ Tabela extraída pelo NUMOPEDE e recebida via e-mail.

A situação é semelhante no segundo grau de jurisdição, onde o setor financeiro ficou em primeiro lugar da listagem entre 2010 e 2013 (tanto do polo ativo como passivo), sendo que no ano de 2013 figurava em 50,4% dos recursos como recorrentes e 28,6% no polo passivo (AMB, 2015), o que evidencia as instituições financeiras tendem a manifestar inconformismo com as decisões judiciais e tem maior índice de recorribilidade.

No tocante às soluções para o congestionamento do Judiciário, o Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, após análise dos números e proposições trazidas pelos estudos da FGV, PUC/PR e PUC-RS, concluiu que o aumento dos recursos comuns em geral não soluciona as situações de *tragédia dos comuns*, tratando-se de paliativo que

[...] somente adiar a situação de exaurimento dos recursos comuns. As soluções passam antes pela atribuição de custos individuais à utilização excessiva dos recursos comuns. Tal ponderação só reitera que soluções de aumento da estrutura dos serviços judiciais, bem como as de cunho processual e gerencial não podem ser pensadas de modo isolado, uma vez que podem envolver um efeito perverso de potencializador de demandas diante das quais o Judiciário pode não reunir condições para conferir um tratamento adequado (CNJ, 2011, p. 22).

Gico Júnior (2014, p. 193) defende que a “única medida que efetivamente reduz a utilização do Judiciário, sem excluir usuários (livre acesso) ou sem atrair maus litigantes, é o investimento em capital jurídico”. Para ele, em razão do cenário de congestionamento e das consequências desse trágico arranjo (sobreutilização do Judiciário, exclusão de litigantes marginais em razão da morosidade, seleção adversa de litigantes, que passam a utilizar a via Judicial com o objetivo de postergar suas obrigações etc), as políticas públicas deveriam focar na uniformização de jurisprudência e no fortalecimento da segurança jurídica²⁶.

Já Wolkart (2019), embora reconheça as externalidades positivas decorrentes dos precedentes judiciais, entende que é necessário criar outros incentivos para estimular o comportamento cooperativo das partes, advogados e juízes, bem como fomentar a

²⁶ O autor, em um artigo publicado em 2013, já abordava a questão: “Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes sociais podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de conflito. Essa previsibilidade, que chamaremos segurança jurídica, por sua vez, permite aos agentes sociais saberem e negociarem ex ante a quem fica alocado o risco de um determinado evento. Além disso, caso o risco de um determinado evento não tenha sido expressamente previsto em um contrato, seja por que não há contrato (e.g. em um caso de responsabilidade civil extracontratual), seja por que as partes não anteviram o evento ou preferiram não regulá-lo (lacuna contratual), a previsibilidade da conduta do magistrado permite aos agentes que, na presença do evento conflituoso, emulem o resultado de um julgamento sem precisar recorrer ao Judiciário. Assim, por exemplo, em um acidente de trânsito em que uma das partes bate na outra por trás, sabendo que o Judiciário vai presumir sua culpa, há uma maior probabilidade de o condutor que bateu concordar espontaneamente em indenizar o condutor do veículo da frente. Essa cooperação espontânea (autocomposição) alcança o mesmo resultado que seria alcançado por um julgamento (heterocomposição) sem incorrer nos custos de adjudicação, logo, é mais eficiente” (GICO JUNIOR, 2013).

autocomposição, utilizando, para tanto, a metodologia da análise econômica do direito (AED), a fim de identificar como as pessoas respondem a incentivos legais.

É nessa linha a pretensão do estudo. Como visto, os bancos são um dos maiores litigantes dentro do ramo da Justiça Estadual e, apesar do alto poderio econômico, valem-se do enorme subsídio estatal para resolução de seus conflitos. Podem ser enquadrados, portanto, como litigantes habituais (*repeat players* ou *free riders*), contribuindo para o alto congestionamento do Poder Judiciário. Pretende-se, dessa forma, analisar os incentivos que podem ser utilizados para enfrentamento desse quadro, o fomento da cooperação e o aumento da autocomposição, partindo da experiência da 1ª Vara de Direito Bancário de Florianópolis, que aponta um elevado índice de acordos em audiência e se destaca das demais Varas do grupo de equivalência.

3 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

3.1 CONCEITOS INTRODUTÓRIOS

A Economia destina-se ao estudo da alocação mais eficiente de recursos escassos, a partir da ideia de que os agentes racionais buscam maximizar suas preferências pessoais (BODART; FUX, 2019).

A escassez, portanto, é o ponto de partida da análise econômica, pois se houvessem recursos ilimitados não haveria o problema da alocação de recursos, o que leva os indivíduos a, diariamente, fazerem escolhas (GICO JÚNIOR, 2018). E toda escolha pressupõe um custo, um *trade off*, que é uma espécie de sacrifício, no sentido de a cada escolha ter que abrir mão de alguma coisa, nem que seja o tempo (GOULART, 2019). Além disso, a economia tradicional baseia-se na premissa de que o indivíduo faz escolhas racionais e que busca maximizar seus ganhos ou interesses (eficiência).

A grande implicação desse postulado para a juseconomia, segundo Gico Júnior (2018, p. 20), é “que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá leva-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha”, pois pessoas respondem a incentivos.

Nesse sentido, a “abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela no âmbito do mercado ou não” (GICO JÚNIOR, 2018, p. 13), de forma que “toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica” (GICO JÚNIOR, 2018, p. 13).

A Análise Econômica do Direito, por sua vez, é um movimento iniciado no final da década de 1950²⁷ por economistas e juristas inspirados pelo pensamento econômico moderno, tendo como ponto de partida os trabalhos de Gary Becker (1959)²⁸, Ronald Coase (1960) e Guido Calabresi (1961) (BODART; FUX, 2019). É uma metodologia que defende a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia para “tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico” (GICO JÚNIOR, 2018, p. 14).

²⁷ Alguns autores, contudo, apontam que a sua origem está associada a doutrina econômica de Adam Smith, que serviu de apoio para o desenvolvimento das teses utilitaristas de Jeremy Bentham, escola que antecedeu à análise econômica do direito. Assim, segundo Mendonça (2012), tais estudiosos tiveram capital relevância na aproximação das duas ciências.

²⁸ Gary Becker, *The Economics of Discrimination*, 1959. Nessa obra, Becker sustenta importante tese sobre a economia da discriminação (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020). Economista e professor das Universidades de Princeton e Chicago, ficou famoso por aplicar os princípios da economia à análise do crime, de questões raciais e da vida familiar.

Wolkart (2019) atribui a Ronald Coase o papel de fundador da AED, cujas primeiras manifestações são resultado do artigo *The Nature of Firm*, de 1937²⁹. Contudo, a pedra fundamental da análise econômica do direito está atrelada à obra *The Problem os Social Costs*, publicada em 1960, quando o economista inglês residia nos Estados Unidos, e aborda o custo social como um problema que exige a unificação de critérios jurídicos e econômicos. Coase sustenta que, quando os custos de transação forem iguais a zero, a eficiência alocativa dos recursos será alcançada, independentemente de como os direitos são distribuídos pelo Estado.

A tese do autor, batizada pela doutrina de *Teorema de Coase*, traz um *insight* fundamental: “a alocação de recursos e direitos sempre pode ser modificada pelas transações de mercado” (WOLKART, 2019, p. 102). Todavia, a ausência de custos de transação é uma situação meramente hipotética, que dificilmente ocorreria na realidade, de forma que a principal contribuição de Coase está na abordagem inédita da questão dos danos, o qual apresenta uma lógica consequencialista do custo-benefício: “O Estado deveria, compreendendo que os danos são sempre recíprocos, simplesmente avaliar qual direito gera mais ganhos (maximização de riqueza) se tutelado” (BORBA; SINAY; TEIXEIRA., 2014, p. 187), sendo que a decisão sobre a realocação de direitos está estritamente relacionada com a AED (WOLKART, 2019).

Coase uniu suas ideias à matriz econômica da escola de Chicago e, para Wolkart (2019, p. 105), seu trabalho é “fundamental para a AED, principalmente por jogar luz sobre os mistérios da negociação (*bargaining*) e da alocação eficiente de recursos” (WOLKART, 2019, p. 102), além de lançar “luzes importantíssimas sobre a necessidade de valorização da autocomposição como alternativa à utilização exaustiva da via judicial para a solução de conflitos” (WOLKART, 2019, p. 105).

Isso porque, como o enfoque de Coase é voltado à alocação eficiente de recursos, para ele é imprescindível o desenvolvimento de ambientes com mínimos custos transacionais, e a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos figura como uma opção viável à superinflação do sistema judiciário (FUX, 2018). Além disso, Coase aborda a questão dos “custos de transação”, cujo estudo se converteu em um dos pilares da análise econômica do direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 10).

²⁹ Nesse trabalho, Coase sustenta que a “discussão em torno dos direitos de propriedade e de organização industrial não se afigura como matéria exclusivamente jurídica, mas econômica também, propondo a reflexão sobre os chamados custos de transação dos negócios jurídicos, sendo que a principal razão para o estabelecimento de uma empresa é o fato de que ela proporciona meios eficientes para organizar a produção ao permitir a celebração de contratos de longa-duração, reduzindo assim os grandes custos provenientes das freqüentes negociações que são próprias destes cenários” (LEAL, 2010, p. 18).

Arremata FUX (2018, n.p.):

Essa nova forma de pensamento, voltada à implementação de critérios econômicos às relações sociais, colaborou para o surgimento da geração da Escola de Chicago, liderada por Richard Posner (e seguida por outros doutrinadores) que, em suma, buscavam estimular o papel da troca eficiente de mercado, sem grandes entusiasmos com relação aos aspectos redistributivos e igualitários. Destaca-se, nesse ponto, o entendimento da reconhecida Escola de Chicago sobre o tema por meio de três características principais: (i) a visão de que o ser humano é racional, isto é, age sempre em atenção à finalidade de maximizar sua satisfação; (ii) esse padrão comportamental se dá mesmo em áreas não diretamente ligadas ao mercado, funcionando as regras legais de forma análogas aos preços, isto é, como incentivos ou desestímulos à determinada conduta; e (iii) a absorção de critérios econômicos na aplicação do Direito poderia levar a cenários eficientes, conforme apontado pelo vanguardista Ronald Coase.

Já Calabresi, um dos principais nomes da Escola de Yale, interpõe valores de justiça como filtro para a ideia de eficiência, introduzindo considerações distributivas à análise pura de eficiência. Essa nova corrente, por sua vez, “tinha como objeto de análise exatamente as falhas do mercado, reivindicando modelos mais interventivos e redistributivos condizentes à realidade das relações sociais e à natureza do ser humano” (FUX, 2018, n.p.).

A partir da década de 80, o estudo da AED ganhou expansão, sobretudo nos Estados Unidos da América, especialmente pelos trabalhos de Richard Posner — com a publicação do livro *Economic analysis of law* em 1972, o qual domina o movimento ao longo dos dez anos seguintes (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 11) —, Steven Shavell, Robert Cooter, Thomas Ulen e Louis Kaplow. No Reino Unido, cujo sistema também é da família da *common law*, a AED acaba por ser igualmente relevante. Nos países de língua latina, entretanto, o interesse, apesar de mais tardio e tímido, em razão do sistema da *civil law*, vem sendo paulatinamente difundido, sendo inclusive tema incluído em algumas cadeiras de universidades brasileiras.

O *Law and Economics*, contudo, não é um movimento coeso³⁰, pois apresenta diversas escolas e orientações, cujo “fator comum é o da implementação de um ponto de vista econômico no trato das questões que eram eminentemente jurídicas” (ROSA; LINHARES, 2011, p. 59). Trata-se de uma forma de abordagem multidisciplinar capaz de prever como as pessoas respondem a incentivos legais (WOLKART, 2019). É, portanto, uma linha que propõe transportar o método científico para o estudo do comportamento humano, tentando

³⁰ Conforme explicam Mackaay e Rousseau (2020, p. 13), “as acaloradas discussões que ocorreram durante os debates sobre os fundamentos estimularam o surgimento de outras escolas de pensamento a respeito da análise econômica do direito. Havia a corrente principal, ou Escola de Chicago, os institucionalistas e os neoinstitucionalistas, a Escola Austríaca, assim como a Escola ligada às normas sociais (associada especialmente a Ellickson e Eric Posner), as filiadas à Behavioral Law and Economics (direito e economia comportamental)”.

assim examinar como as alterações das normas jurídicas influenciam a forma como os indivíduos se comportam na busca de seus interesses e como impactam no grupo que pretendem atingir, a fim de conferir suas consequências (GALDINO, 2005).

Sobre o benefício oferecido pela Economia para o exame de problemas jurídicos, Bodart e Fux (2019, p. 26) destacam:

Consiste precisamente no caráter científico da sua abordagem, suprimindo uma carência estrutural e metodológica que estudiosos do Direito não lograram satisfazer internamente. Enquanto disciplina, o Direito assume a tarefa de analisar um aspecto do comportamento humano – em geral, aquele decorrente da aplicação de normas de conduta sob ameaça de coerção. Porém, para se desincumbirem dessa tarefa, juristas jamais construíram uma teoria persuasiva, robusta e falseável sobre a ação humana, capaz de conferir suporte conceitual unificado a essa área do conhecimento. O foco na questão sobre “o que é o Direito” negligenciou uma investigação preliminar a esta e necessária a qualquer ciência humana: como reage o ser humano ao interagir com o ambiente que o circunda? [...] Com isso, quer-se afirmar que não se trata de uma disputa estéril entre departamentos, mas sim da expansão do emprego de ferramentas científicas consolidadas para explicar e prever cada vez mais facetas da conduta humana.

Nesse sentido, Wolkart (2019) esclarece que existe um objetivo claro na apropriação de ferramentas microeconômicas pelo Direito, que é buscar racionalidade e eficiência na criação e aplicação da norma, permitindo assim formular previsão de como determinado ato normativo afetará o comportamento humano. E arremata:

Assumindo que todo comportamento humano é sempre uma resposta a incentivos, a existência de uma determinada norma, provida de sanção ou recompensa, há de influenciar o comportamento de alguma forma. Sendo certo que a ciência econômica é dotada de teorias matematicamente fundamentadas e vale-se de métodos empíricos voltados para a descrição e previsão do comportamento humano diante dos mais variados tipos de incentivos, é razoável que o Direito aproprie-se dessas virtudes para buscar com mais eficiência ou seus próprios objetivos (WOLKART, 2019, p. 136).

Uma das funções basilares do ordenamento jurídico é o estabelecimento de normas de conduta (*dever ser*) com vistas à pacificação social. Em sendo regrador do comportamento humano, o qual é incentivado por preferências, é “possível analisar o dinamismo social com base nos interesses de seus membros, que ponderam custos e benefícios na tomada de decisões em um ambiente de escassez de recursos” (BAGGENSTOSS, 2014, p. 437). Assim, conclui a autora, é “por tal motivo que o Direito e o grau de desvio respectivo fático pode ser estudado a partir das escolhas dos indivíduos” (BAGGENSTOSS, 2014, p. 437).

A análise econômica do direito também é uma importante ferramenta para o combate da “crise da justiça”, atribuída essencialmente³¹ à falta de estrutura da administração judiciária e a uma cultura de litigância, porquanto se propõe a analisar “quando a litigância civil é socialmente benéfica e quando impacta negativamente a comunidade. Além disso, examina-se qual o papel das regras processuais quanto à sua influência sobre o problema da litigância” (BODART; FUX, 2019, p. 34).

Isso porque “se não houver o Judiciário para compensar as vítimas, aquele causador do dano não possui nenhum incentivo para ser cauteloso” (BODART; FUX, 2019, p. 34). Assim, “sob uma perspectiva social, a litigância apenas é positiva quando os benefícios da mudança do comportamento pelos indivíduos forem maiores que os recursos consumidos na operação do sistema da justiça” (BODART; FUX, 2019, p. 35).

Toda a AED, portanto, está fundada na premissa de que as normas jurídicas “devem ser julgadas à luz das estruturas de estímulos que estabelecem e das consequentes mudanças comportamentais adotadas pelos interessados em resposta aos estímulos” (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020, p. 666), tratando-se de uma metodologia predominantemente consequencialista, atrelada a bases filosóficas *utilitaristas* (WOLKART, 2019).

O objetivo do trabalho não é aprofundar todas as linhas e vieses da **Law and Economics**, mas sim tratar, de forma mais simplificada possível, quais mecanismos ou teorias, dentro dessa nova abordagem metodológica, podem ser relevantes para compreender os estímulos para a realização de acordos em matéria bancária e encontrar possíveis caminhos para o incremento da autocomposição, como forma de enfrentamento da *Tragédia da Justiça*.

3.2 O MODELO DA ESCOLHA RACIONAL

A teoria moderna econômica tem por base o modelo da escolha racional³², que abrange algumas premissas³³: a) que o agente possui preferências e, por isso, se comportará de

³¹ Fala-se em essencialmente porque “carências na estrutura da administração judiciária são relevantes, mas incapazes de explicar por completo a crise do acesso à justiça, quanto mais quando as despesas totais do Poder Judiciário correspondem a 1,4% do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, fração superior à média dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). [...] Além disso, a melhoria da celeridade e da qualidade da prestação jurisdicional tende a aumentar a demanda. [...] Outro sintoma da disfuncionalidade da justiça civil no Brasil diz respeito ao mercado da advocacia. [...] o excesso de oferta de serviços de advocacia reduz os preços e torna mais barato demandar em juízo, o que estimularia a litigância predatória” (BODART; FUX, 2019, p. 32-33).

³² Bodart e Fux (2019, p. 13) destacam que antes da teoria da escolha racional os pensadores procuravam estabelecer os objetivos que os indivíduos buscavam satisfazer. Para Aristóteles, por exemplo, seria evitar a stasis; para Hobbes, evitar a morte violenta; já para Locke, assegurar a propriedade.

³³ Não há um consenso entre os autores nesse aspecto. Goulart (2019, p. 35), por sua vez, sintetiza as premissas do conceito de racionalidade da seguinte forma: “(i) de maximização dos ganhos ou interesses; (ii) de que as informações relevantes para a tomada de decisão são conhecidas; (iii) de que as preferências são completas,

modo a buscar atender da melhor forma o seu conjunto de interesses; b) que aquelas são ordenadas por prioridades (conceito de completude); c) que há uma compatibilidade lógica entre a ordem de preferências (chamado de transitividade). Assim, segundo Bodart e Fux (2019, p. 14), “o eixo central da Economia moderna assume que indivíduos possuem preferências logicamente ordenadas, sendo que o grau de atendimento dessas preferências tem influência sobre o seu bem-estar”.

A racionalidade, nessa linha, seria a maximização da satisfação do indivíduo, de forma a atender da melhor forma possível o seu conjunto de interesses, e o modelo da escolha racional, partindo dessa premissa, pressupõe (GOULART, 2019, p. 39)

[...] que as pessoas escolherão, sempre, a opção que lhes traga mais bem-estar, que satisfaça as suas pretensões da melhor maneira. A intenção dessa forma de abordagem é possibilitar ou, melhor, permitir a generalização do comportamento humano, na medida em que, pressupondo que o indivíduo sempre escolherá, entre as opções disponíveis, aquela que lhe ofereça a maior satisfação, torna-se viável o estabelecimento de uma linha de conduta previsível para todos os seres humanos. O objetivo, portanto, da pressuposição da referida forma de racionalidade não é descrever a decisão tomada, mas sim tornar possível a sua previsão.

Leal (2010, p. 54) aponta que as escolhas racionais se operam partindo da premissa que os indivíduos tomam suas decisões de forma a racionalmente maximizar o seu bem-estar, sopesando entre os benefícios e os custos advindos de suas condutas para atingir o máximo de satisfação possível, tratando-se, portanto, de uma perspectiva individualista.

Para exemplificar tal comportamento, Leal (2010, p. 55) cita a pesquisa intitulada “Perfil das maiores demandas judiciais no TJERJ”, onde se identificou que

[...] um pequeno conjunto de 16 (dezesseis) empresas que se encontram como requeridas em processos judiciais absolutamente recorrentes envolvendo os segmentos bancários (alienações fiduciárias, leasing, arrendamento mercantil), telefonia, administração de cartões de crédito e serviços públicos, representando cerca de 45% do total de feitos ajuizados nos juizados especiais do Rio de Janeiro, entre 2002 e 2004. Na base destes comportamentos temerários, encontra-se o cálculo/escolha racional destas empresas que apostam em estratégias protelatórias para cumprir com suas obrigações, eis que concluíram serem os custos impostos pelo sistema de justiça mais vantajosos do que alterarem toda uma política de tratamento do consumidor, pois dos milhões de clientes que possuem, apenas pequena parcela recorre ao Poder Judiciário para reclamar seus direitos; quando reclamam, o tempo do processo e da resposta final é igualmente benéfica para seus interesses de lucro.

Especificamente no processo judicial, a premissa “é a de que as pessoas efetuam cálculos de custo e benefício para decidirem se farão acordos, se distribuirão ações em busca transitivas e estáveis; (iv) de minimização dos custos; e (v) a partir da adoção do individualismo metodológico”.

dos direitos que pensam ou afirmam possuir, se recorrerão [...] etc.” (GALDINO, 2005, p. 176).

Diferente da doutrina tradicional, que trata o processo judicial como uma sequência de atos ordenados linearmente no tempo, na literatura da AED o processo é tido como uma “árvore de escolhas, as quais delinearão as preferências dos envolvidos na disputa judicial” (BAGGENSTOSS, 2014, p. 438). Isso significa que “a cada configuração contextual e andamento do processo, abrem-se novas possibilidades de escolhas aos envolvidos, tornando o instrumento um arranjo único de preferencias” (BAGGENSTOSS, 2014, p. 438).

A ordem de preferencias dos indivíduos, destacam Bodart e Fux (2019), pode mudar com o tempo ou de acordo com circunstâncias, mas a premissa da racionalidade continua útil para construir generalizações sobre o comportamento humano em modelos teóricos. Cada agente baseará suas ações nos objetivos por ele eleitos, sabedor de que cada escolha capaz de intensificar a satisfação de um valor, ao mesmo tempo, diminui a satisfação de outro. Não presume que as pessoas ajam em suas escolhas como grandes estrategistas, mas que tentam maximizar seus interesses dentro de sua lógica valorativa e das informações que possuem. Além disso, pode ser que o grau de satisfação dependa das ações de outros indivíduos, problema que é que enfrentado pela teoria dos jogos (BODART; FUX, 2019, p. 11).

Tais escolhas, diz Leal (2010) são feitas dentro das alternativas que existem no momento (o que se chama de *escolha dentre alternativas*), das quais decorrem consequências para o tomador ou para terceiros (externalidades), que podem ser positivas ou negativas. Assim, “O que toma relevo nesta perspectiva é, então, o consequencialismo das ações praticadas racionalmente – mediante disposição consciente de vontade para atingir fim pré-determinado” (LEAL, 2010, p. 66).

E conclui:

Uma ação humana só pode ser racional, então, se: (a) é gerada por uma cognição e decisão consciente, isto é, fruto da compreensão crítica sobre o universo de elementos e variáveis que constituem o que é conhecido e decidido; (b) tem presente quais as consequências (externalidades) que a ação vai gerar, ao menos a priori, tomando aqui de igual forma não exclusivamente o âmbito de sua subjetividade, mas os reflexos (diretos e indiretos; econômicos, políticos, culturais, afetivos, psíquicos, etc.) desta ação no entorno em que ela se dá, tanto no que diz com o objeto que a envolve como quanto aos sujeitos que estão vinculados a ela (direta e indiretamente) (LEAL, 2010, p. 66).

Descobertas mais recentes no campo da psicologia e da neurociência, contudo, passaram a defender as limitações da racionalidade e apontar novos vieses comportamentais. Rejeitando a premissa neoclássica de que é possível estabelecer comportamentos individuais

embasados somente em escolhas racionais, eis que as interações sociais provocam certas limitações a tais escolhas, não controlando inteiramente seus resultados, desenvolveu-se, no final da década de 70, a chamada economia comportamental. No final da década de 90 essa nova abordagem impactou no estudo do Direito, dando origem à *Behavioral Law and Economics* (WOLKART, 2019). Um dos mais recentes campos de estudo, por sua vez, é o chamado *Law & Neuroeconomics*³⁴, que estuda os mecanismos neurais dos indivíduos para processar os problemas econômicos enfrentados por eles.

3.3 A ANÁLISE ECONÔMICA DOS ACORDOS

Tradicionalmente, a doutrina da juseconomia parte da premissa que litigar é uma escolha racional, na qual se analisa os custos e benefícios esperados do processo judicial. As partes, diz Gico Júnior (2014), ainda que intuitivamente, tentam estimar a probabilidade de sucesso, os custos e a margem de erro dessa estimativa, a fim de escolher entre a realização de um acordo ou a via do litígio. Assim, é o resultado dessas conjecturas individuais que determinará a capacidade de as partes realizarem acordos.

O modelo básico da análise econômica da autocomposição prediz que, assumindo que as partes são neutras ao risco, o autor racional realizará um acordo quando a proposta do réu for igual ou próximo ao retorno esperado da ação (chamado de valor ou preço de reserva).

³⁴ Segundo Marden e Wykrota (2018, p. 61), “o Século XXI já conta com uma quantidade imensa de conhecimento acumulado no campo da Neurociência, desafiando o Direito a se adaptar às novas descobertas. Pensar em termos de Neurodireito é reconhecer a complexidade da mente humana e tentar trabalhar com a forma como ela afeta o comportamento das pessoas. Se, por um lado, estão em xeque uma série de credos há muito cultuados pelo Direito; por outro, o Neurodireito desponta como um novo instrumental para aprimorar as engrenagens do modelo jurídico. Como esclarece Richard Posner, incursões teóricas com esse propósito “consistem em métodos que nos permitem contornar nossas tendências irracionais, nunca em mecanismos por meio dos quais podemos nos livrar delas”.

Para eles, o funcionamento do Direito, não raras vezes, ainda “é pensado e ensinado segundo um “tipo ideal” que pode ser assim simplificado: (a) “o legislador” procurar regular o comportamento em sociedade valorando condutas humanas por meio de normas jurídicas que edita; (b) a sociedade estaria plenamente consciente da valoração de cada conduta (como proibida, permitida ou obrigatória); (c) o indivíduo, como regra, é livre para decidir observar ou não a norma; e (d) em caso de (ameaça de) descumprimento, o Poder Judiciário pode ser acionado para restabelecer o status quo. Está implícito nesse esquema convencional que o ser humano (tanto o que legisla quanto o que interpreta e aplica a norma) é “racional” (dotado de livre-arbítrio) e “neutro” (capaz de afastar vieses cognitivos). Muito embora Filosofia e Teoria do Direito já tenham colocado em xeque as visões tradicionais da racionalidade e neutralidade de padrões iluministas há algum tempo, os recentes avanços da psicologia comportamental e das neurociências elevaram essa crítica a outro patamar. Perguntas sobre a regulação de conduta em face da forma como os seres humanos reagem a incentivos; o grau de racionalidade das decisões humanas; ou até que ponto os seres humanos podem ser responsabilizados por suas condutas; e sobre os tipos de vieses aos quais estão submetidos os juízes na hora de decidir, apresentam respostas bem mais atraentes e profundas que as teorias jurídicas tradicionais, além de terem suporte empírico mais vasto. Essas respostas, entretanto, mostram que o senso comum jurídico vem operando em uma verdadeira zona de risco, por assumir premissas que, quando não se provam falsas, seriam no mínimo questionáveis, como se verá mais adiante. Também mostram que um novo campo interdisciplinar se descortina para atuar com a complexidade das relações sociais e do próprio fenômeno jurídico, o Neurodireito” (MADEN; WYKROTA 2018, p. 50-51).

Já “o réu racional realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor racional está disposto a aceitar” (GICO JÚNIOR, 2014, p. 181).

Assim, a realização de um acordo depende da definição do “valor de reserva”, o qual, para o autor, corresponde ao valor mínimo que estaria disposto a receber para compor e, para o réu, o máximo disposto a pagar para não prosseguir no litígio. Para que um acordo seja viável, o valor de reserva do autor deve ser menor que o valor de reserva do réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco, que é chamada de “zona de acordos” (*settlement range*). Quanto maior esse intervalo, maior a possibilidade de composição.

O cálculo do valor de reserva, dentro do modelo tradicional, apresenta alguns pontos de divergência entre os autores brasileiros estudados. Para facilitar a identificação, as siglas serão unificadas.

Bodart e Fux (2019) trazem a equação mais simplificada³⁵. O valor de reserva do potencial autor (Va) é equivalente a probabilidade de vitória (Pa), segundo a crença do autor, multiplicada pelo valor da sentença futura (que nada mais é do que o valor do pedido, aqui representado por Ua), deduzidos os custos da litigância (Ca e Cr), sendo traduzida pela expressão:

$$Va = Pa.Ua - Ca$$

Para o potencial réu (Vr), representa a probabilidade de vitória do autor (Pr), segundo a crença do réu, multiplicada pelo valor da sentença futura (Ur), acrescido dos custos por ele incorridos ao litigar (Cl). Dessa forma, o valor de reservado do réu será:

$$Vr = Pr.Ur + Cr$$

Para exemplificar, supõem-se que o autor busca a condenação do réu ao pagamento de danos no montante de R\$ 50.000,00, e as partes concordam que, caso a demanda seja ajuizada, o autor tem 50% de obter a indenização nesse patamar. Os custos de litigar são de R\$ 10.500,00, que, para uniformizar o exemplo, estão assim distribuídos: R\$ 3.000,00 de honorários contratuais; R\$ 1.500 de custas processuais; R\$ 1.000,00 de despesas administrativas não reembolsáveis, como deslocamento e tempo; R\$ 5.000,00 de honorários

³⁵ Como dito, para facilitar a leitura e compreensão dos pontos de divergência das equações entre os autores, optou-se pela unificação das siglas de mesmo significado. No caso, Bodart e Fux (2019) representaram o valor de reserva do potencial autor como (Ra); a probabilidade de vitória (Pa); o valor da sentença futura (S) e os custos da litigância (Ca), de forma que a expressão original é assim definida: $Ra=PaS-Ca$.

sucumbenciais da parte adversa na hipótese de derrota, aqui quantificados em 10% sobre o valor da causa.

Nessa situação hipotética, o valor de reserva do autor é de R\$ 14.500,00 ($0,5 \times 50.000 - 10.500$) e o valor de reserva do réu é de R\$ 35.500,00 ($0,5 \times 50.000 + 10.500$), de forma que a zona de acordo é verificada entre R\$ 14.500,00 e R\$ 35.500,00, sendo benéfico para as partes realizar a composição dentro dessa margem.

Já Gico Júnior (2012) acrescenta na equação os custos para celebrar o acordo (Aa para o autor e Ar para o réu), cuja relevância consiste no fato de quanto menos custoso for realizar um acordo e mais custoso for litigar, maior será a probabilidade de se celebrar um acordo.

Dito isso, o valor de reserva do autor (Va) e do réu (Vr) é assim definida:

$$Va = Pa.Ua - Ca + Aa$$

$$Vr = Pr.Ur + Cr - Ar$$

Partindo da situação hipotética acima descrita e supondo que os custos para celebrar o acordo são de R\$ 1.000,00, o valor de reserva do autor é de R\$ 15.500,00 ($0,5 \times 50.000 - 10.500 + 1.000$) e o valor de reserva do réu é de R\$ 34.500,00 ($0,5 \times 50.000 + 10.500 - 1.000$), de forma que a zona de acordo é verificada entre R\$ 15.500,00 e R\$ 34.500,00.

O autor, no entanto, inova ao incluir o efeito desmotivador da morosidade do Judiciário. Segundo ele, a demora no julgamento das causas é considerada pelas partes no momento de decidir entre celebrar ou não um acordo, pois “quanto mais uma ação demora a ser julgada, menor seu valor presente para quem tem direito” (GICO JÚNIOR, 2014, p. 187).

Nessa linha, acrescenta no modelo uma taxa de desconto sobre o valor U , “fazendo com que o valor presente da demanda dependa da magnitude da morosidade e do valor temporal do dinheiro, consubstanciado em uma taxa de juros ou de desconto” (GICO JÚNIOR, 2014, p. 187).

Adaptando a equação e considerando que r é a taxa de desconto por período e t a quantidade de tempo entre o ajuizamento e o julgamento definitivo da ação, tem-se:

$$Va = Pa.Ua/(1+r)^t - Ca + Aa$$

$$Vr = Pr.Ur/(1+r)^t + Cr - Ar$$

A condição fundamental da litigância, a partir da racionalidade das partes, é que $V_a > V_r$, e assumindo que $U_a = U_r$, a equação do litígio é assim escrita por Gico Júnior (2014):

$$Pr \text{ Litígio} = V_a > V_r$$

$$Pa \cdot U_a / (1+r)^t - Ca + Aa > Pr \cdot U_r / (1+r)^t + Cr - Ar$$

$$f(Pa - Pr) U / (1+r)^t > (Cr + Ca) - (Ar + Aa)$$

Para o autor, “a incorporação do elemento tempo na condição de litigância ilustra de forma simples como a morosidade judicial reduz a utilidade social do Judiciário” (GICO JÚNIOR, 2014, p. 188). Segundo ele,

Todo e qualquer grupo que tenha como interesse a expansão de direitos e sua efetividade deve ter na morosidade judicial um de seus piores inimigos. Não importa se nominalmente um determinado grupo é titular ou não de um direito, se o Judiciário for excessivamente moroso (t for muito grande), o valor presente desse direito tende a zero, ou seja, semelhante à situação de o mesmo grupo não ser titular do direito. Quanto mais demorado para se obter a prestação jurisdicional, menor o valor do direito. No limite, um Judiciário arbitrariamente lento destrói o próprio direito pleiteado (GICO JÚNIOR, 2014, p. 188).

Wolkart (2019), por sua vez, diferencia os custos totais esperados da demanda (C_t) — que seriam equivalentes às siglas Ca e Cr dos modelos anteriores — em (i) custos administrativos (CA), que são aqueles não reembolsáveis, como honorários contratuais e despesas gerais (deslocamento, tempo, aborrecimentos etc), dos (ii) custos de litigância (Cl), os quais, por serem recuperados em caso de vitória, devem ser ponderados pela probabilidade de derrota.

Nesse caso, o valor de reserva do autor é representado:

$$V_a = (Pa \cdot U_a) - C_t$$

$$V_a = (Pa \cdot U_a) - \{CA + Cl(1 - Pa)\}$$

Já o valor de reserva do réu será:

$$V_r = Pr \cdot U_a + C_t$$

$$V_r = Pr \cdot U_a + (CA + Cl \cdot Pr)$$

Partindo do caso exposto, tem-se:

$$1) V_a = (0,5 \times 50.000) - \{4.000^{36} + 6.500^{37} (1-0,5)\}$$

$$V_a = (25.000) - (4000 + 3250)$$

$$V_a = 17.750$$

$$2) V_r = (0,5 \times 50.000) + 4.000 + (6.500 \times 0,5)$$

$$V_r = 32.250$$

A diferença nas equações propostas pelos autores pode ser assim resumida:

³⁶ Como custos administrativos, no exemplo, temos honorários contratuais de R\$ 3.000,00 e despesas administrativas de R\$ 1.000,00, totalizando R\$ 4.000,00.

³⁷ Os custos de litigância, por sua vez, correspondem ao valor das custas processuais, que, no exemplo, são de R\$ 1.500,00, acrescido dos honorários sucumbenciais da hipótese de derrota (R\$ 5.000,00), os quais são ponderados com a probabilidade de derrota, que no exemplo é de 50%.

Tabela 3 – Resumo: diferença nas equações propostas pelos autores

	Equação	Valor de reserva do autor (Va)	Valor de reserva do réu (Vr)
Bodart e Fux (2019)	$Va = Pa.Ua - Ca$ $Vr = Pr.Ur + Cr$	R\$ 14.500,00	R\$ 35.500,00
Gico Júnior (2014)³⁸	$Va = Pa.Ua - Ca + Aa$ $Vr = Pr.Ur + Cr - Ar$	R\$ 15.500,00	R\$ 34.500,00
Wolkart (2019)	$Va = (Pa.Ua) - \{CA + Cl(1-Pa)\}$ $Vr = Pr.Ua + CA + Cl.Pr$	R\$ 17.750,00	R\$ 32.250,00

Fonte: elaborado pela autora.

Destaca-se que Wolkart (2019), em que pese reconhecer que alguns casos possam haver custos de transação (Aa e Ar) relevantes (a exemplo do causador do dano ter que levantar um empréstimo para pagar a vítima), optou por não incluí-los em sua fórmula, por questão de simplicidade e também porque, em sua maioria, envolvem valores baixos, como ligações telefônica ou despesas com o encontro ou a forma de comunicação entre as partes. Partindo desse raciocínio, em não havendo expressivos custos para a composição, o valor de reserva proposto por Gico Júnior (2014) se iguala à equação de Bodart e Fux (2019).

Essa janela do acordo (*settlement range*) é chamada de *superávit de acordo* e, quanto maior o intervalo, maior a possibilidade de composição. A forma de alocação desse *superávit* depende do poder de barganha das partes, que, sendo equivalente, resultará num acordo de R\$ 25.000,00³⁹.

Percebe-se, portanto, que as chances de as partes comporem está relacionada com o valor da disputa (U), o otimismo delas com o resultado do processo — na medida que a

³⁸ Aqui não se considerou o hiato temporal, decorrente da morosidade, porquanto entendeu-se que a equação foi criada para demonstrar possíveis caminhos e consequências decorrentes da lentidão do judiciário. Além disso, Berzotti (2020, p. 85) faz uma ponderação relevante sobre a equação que inclui o valor da morosidade: “Para chegar à inequação 4, Gico Jr. igualou as utilidades de autor e réu (o que o presente trabalho chamou de valor da causa). Contudo, se se quer colocar a ideia de valor presente na condição fundamental de litigância, não se pode realizar essa operação. Ou melhor, até se pode, mas dever-se-ia jogar o $(1 + r)t$ tanto no denominador quanto no numerador do lado direito, o que anularia operação. Se autor e réu atribuem a mesma utilidade ao resultado do litígio e se possuem a mesma taxa de desconto, o decréscimo de valor presente na utilidade do réu é acréscimo de valor presente na utilidade do autor”.

³⁹ Trata-se da média dos valores de reserva, ou seja, a soma de $Va + Vr / 2$. Observe-se que as três fórmulas apresentadas resultam a mesma média.

probabilidade de vitória (P) depende da crença do autor e do réu, tendo, assim, caráter subjetivo — e os custos da litigância.

A divergência das partes sobre o valor da possível sentença (U) é fator altamente relevante para inviabilizar a composição, especialmente quando as partes têm diferentes entendimentos sobre as chances de sucesso (Pa e Pr), pois quanto mais elevado o montante discutido, menor a janela de acordo.

Para demonstrar essa circunstância, partindo do exemplo já trazido e utilizando a fórmula de Bodart e Fux (2019), por questão de simplicidade, supõe-se que o autor acredite possuir 70% de chances de uma sentença de R\$ 50 mil, ao passo que o réu entenda que a probabilidade é de apenas 30%. Os custos para litigar foram anteriormente estabelecidos em R\$ 10.500,00. O novo valor de reserva do autor é de R\$ 24.500,00 ($0,7 \times 50.000 - 10.500$) e o valor de reserva do réu é de R\$ 25.500,00 ($0,3 \times 50.000 + 10.500$), de forma que a zona de acordo é verificada entre R\$ 24.500,00 e R\$ 25.500,00 (pequeno, mas existente)⁴⁰. Nessa mesma situação, supõe-se que o valor da causa pleiteado pelo demandante seja de R\$ 100 mil (e não mais de R\$ 50 mil). Mantidas as demais condições, o valor de reserva do autor seria de R\$ 59.500,00 ($0,7 \times 100.000 - 10.500$) e o valor de reserva do réu é de R\$ 40.500,00 ($0,3 \times 100.000 + 10.500$), o que por certo inviabilizaria o acordo, pois o autor racional não estaria disposto a receber menos que R\$ 59.500,00 e o réu racional a pagar mais que R\$ 40.500,00.

Outro fator relevante está relacionado com os custos de litigância: quanto menores os custos dos processos, menor o incentivo para a realização de acordos. Isso porque o intervalo do acordo é altamente influenciado pela variação dos custos, conforme é facilmente constado nas 3 (três) fórmulas apresentadas.

Nesse contexto, haverá composição quando as partes concordarem quanto à possibilidade de vitória do autor e ao valor provável da sentença, desde que o julgamento esperado ($Pa.Ua - Pr.Ur$) não ultrapasse a soma dos custos de litigância para ambos ($Ca + Cr$) (BODART; FUX, 2019).

As equações expostas, portanto, trazem algumas conclusões importantes: a) quanto maior a utilidade do bem em disputa (U), maior a probabilidade de haver um litígio; b) a probabilidade de um litígio é uma função crescente do hiato de expectativas, isto é, da distância entre a avaliação da chance de êxito pelo autor e pelo réu ($Pa - Pr$); c) quanto mais barato for litigar, maior a probabilidade de litígio (GICO JÚNIOR, 2014).

Wolkart (2019, p. 347), por sua vez, assim resume:

⁴⁰ Vale lembrar que no exemplo inicial, com probabilidade de chances de 50%, a zona de acordo ficou entre R\$ 14.500,00 e R\$ 35.500,00.

A moral da história é simples, e pode ser traduzida em duas conclusões absolutamente importantes, ao nosso sentir, para o processo civil brasileiro:

i. *Quanto maiores os custos do processo, maior o incentivo para a realização de acordos;*

ii. *Quanto maior a diferença de expectativas (incerteza somada ao otimismo) quanto ao resultado do processo, menor o incentivo para a realização de acordos.*

Além disso, a probabilidade de autocomposição está relacionada também com a predisposição das partes para correr riscos. Isso porque

[...] o Judiciário não gera informações perfeitas acerca de como decidirá cada caso e as partes não são capazes de interpretar perfeitamente esses sinais; some-se a isso a existência de informações privadas entre as partes (assimetria de informação). Além disso, há evidências no sentido de que partes e advogados são consistentemente otimistas em relação ao resultado de julgamentos futuros (Shavell, 2004:405) e os advogados podem não revelar inteiramente os fatos para seus clientes, já que eles ganham se houver um litígio (problema agente- -principal) (GICO JÚNIOR, 2014, p. 182-183).

Tais elementos são tidos pela abordagem clássica da juseconomia como fatores que obstam a realização do acordo e serão tratados a seguir.

3.3.1 Fatores que obstam a realização de acordos na perspectiva econômica clássica

A assimetria da informação é considerada a principal causa do insucesso da autocomposição (SHAVELL, 2004). Ela pode decorrer tanto da incerteza das partes sobre os fatos, como sobre o direito.

Antes do ajuizamento da ação, é comum que as partes tenham percepções distintas da realidade, por não partilharem todas informações sobre o caso. A ciência sobre certas informações privadas, como uma testemunha ocular ou o conhecimento de um argumento restrito e de forte poder de convencimento, acaba influenciando na formação da expectativa de cada litigante (WOLKART, 2019).

Além disso, existem divergências interpretativas da informação comum (fontes do direito). O Judiciário não gera informações perfeitas e a incerteza sobre o direito aplicável provoca distorções sobre a probabilidade de um resultado, tanto para o autor (Pa) quanto para réu (Pr), reduzindo ou até anulando a *zona de acordo*. O autor e réu podem ter muita dificuldade em estimar Pa e Pr se a distribuição de casos é feita de forma aleatória e regra jurídica aplicada a cada caso varia com o posicionamento ideológico do magistrado. Essa assimetria pode ocorrer por baixo investimento em capital jurídico (GICO JÚNIOR, 2014),

por falha na divulgação do precedente ou, ainda, por uma argumentação jurídica mais sofisticada na parte, que não é conhecida ou antecipada pela outra (WOLKART, 2019).

A dificuldade de estimar a probabilidade de êxito de uma demanda pode aflorar uma limitação cognitiva, já identificada na literatura em diversos contextos, conhecida como viés de otimismo, pelo qual o cérebro humano está programado para ser otimista. Significa dizer que as pessoas acreditam que estão expostas a riscos menores em relação a eventos negativos (e, por isso, tendem a investir menos em prevenção, a exemplo do uso de contraceptivos ou uso do cinto de segurança) e, especificamente no campo jurídico, autor e réu otimistas acabam por superestimar suas respectivas chances de êxito e aumentar o hiato de expectativas.

A insegurança jurídica, portanto, “não afeta apenas a capacidade de as partes estimarem suas chances de sucesso; ela também afeta a capacidade de estimar o que está juridicamente disponível como resultado do próprio litígio, isto é, *U*” (GICO JÚNIOR, 2014, p. 184), levando a uma redução do número de acordos, além da expansão do número de litígios (sobreutilização do Judiciário).

Sem um parâmetro claro acerca do que é ou não um direito tutelado, a imaginação dos autores ganha forças. Por outro lado, diz Gico Júnior (2014, p. 184),

[...] se houvesse incentivos adequados para o investimento em capital jurídico por parte dos magistrados, a expansão do número de litígios faria com que se formasse jurisprudência que, por sua vez, informaria a baixos custos a autor e réu que conjunto de regras seria aplicado pelo Judiciário em casos semelhantes no futuro, fazendo convergir tais probabilidades subjetivas (PA → PR).

Como visto anteriormente, quanto maior o custo do processo, maior a probabilidade do acordo. Contudo, como no Brasil o processo é barato, é necessário que se reduzam as incertezas, daí a importância dos precedentes vinculantes, diz Wolkart (2019). A criação do precedente, portanto, é uma externalidade positiva gerada pela intensidade da litigância⁴¹.

A opção do art. 334 do CPC/2015 pela realização da audiência antes do oferecimento da contestação, contudo, contribui para o problema da assimetria das informações, reduzindo a possibilidade de acordo naquele momento processual pela metade, conforme cálculo de Wolkart (2019, p. 372).

Isso porque o réu e seu advogado já terão acesso, naquela solenidade, aos fatos, fundamentos jurídicos e provas que o autor poderá produzir, ao passo que o autor nada saberá

⁴¹ Sobre o tema, vale a leitura: SHAVELL, Steven. The fundamental divergence between the private and the social motive to use the legal system. **Journal of Legal Studies**, v. 26, Illinois: The University of Chicago Press, p. 575-612, 1997. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/d4d6/0a225e49d6f953e8020b9aea072cc3091b80.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2021.

sobre a estratégia de defesa do réu, o que coloca as partes em posições desiguais no tocante ao acesso às informações.

Outro ponto problemático apontado por Wolkart (2019) diz respeito ao fato do art. 90 do CPC/2015 não trazer qualquer sanção premial em relação aos honorários advocatícios sucumbenciais no caso de transação. Não há regulação normativa sobre a questão e a verba é de praxe calculada em 10% sobre o valor do acordo, o que acaba reduzindo o *superávit* do acordo e minimizando os incentivos cooperativos nesse aspecto, pois ainda que se considere a sucumbência recíproca, o CPC/2015 modificou o *códex* anterior, vedando a compensação da verba honorária⁴².

Ademais, no momento do ajuizamento da ação, grande parte das custas processuais já terão sido pagas, o que aumenta o ânimo do autor de ir até o final do processo, porque: a) pela abordagem clássica, não há nada mais a economizar. Não há expressiva economia futura com a autocomposição, pois as partes já arcaram com as custas esperadas: vale lembrar que na fórmula proposta por Wolkart (2019) os custos administrativos não são reembolsáveis (*sunk costs*) e custos de litigância são ponderados pela probabilidade de vitória, de forma que já estão dentro do custo total esperado; b) pela economia comportamental (antecipando o tema para facilitar a compreensão), existe uma tendência irracional da parte em prosseguir pelo fato do custo já ter sido despendido, chamada de *falácia dos gastos a fundo perdido* (*sunk costs fallacy*)⁴³. Em resumo: a concentração de custas processuais no início do processo desestimula o comportamento cooperativo do autor em aceitar um acordo.

Há, ainda, o chamado *agency problem* ou *problema de principal-agente*, que é o conflito de interesses que ocorre quando os agentes a quem foi confiada a responsabilidade de zelar pelos interesses dos principais optam por usar o poder ou autoridade para seus benefícios pessoais. Wolkart (2019, p. 332) comprova que mesmo quando não haja a menor chance de vitória para o autor o advogado tem incentivos para ajuizar a ação, o que é resultado de baixos custos administrativos (para advogar) aliado à cobrança de um valor fixo de honorários contratuais. Além do que, o sistema prevê a dupla remuneração do advogado pela somatória dos honorários contratuais com os sucumbenciais (pago, necessariamente, aos vitoriosos, os quais, como dito, não são compensáveis), o que agrava o problema de agenda e gera incentivos para que o profissional aconselhe seu cliente a recusar um acordo e permanecer no litígio. Vale lembrar que o cliente não dispõe de *expertise* jurídica para

⁴² Tal problema, contudo, é compensado pela redução do *agency problem*, na medida em que os advogados continuam possuindo incentivos para realizar o acordo, já que sua remuneração (sistema de dupla remuneração) estará resguardada (WOLKART, 2019).

⁴³ É o caso, por exemplo, de uma pessoa programar a ida ao teatro e minutos antes cair um temporal. Ela terá maior motivação em ir se já tiver comprado o ingresso (WOLKART, 2019).

“avaliar se determinada orientação de seu advogado (seja de litigar ou fazer acordo) é informada pelo seu melhor interesse ou fomentada pelo desejo do causídico de obter maiores ganhos pessoais” (BORDART; FUX, 2019, p. 71).

Além disso, Wolkart (2019) pondera que o atual sistema punitivo da litigância de má-fé tampouco estimula o comportamento cooperativo do advogado em relação à autocomposição. Tal se dá porque a penalidade não é aplicada aos patronos, mas sim à parte, que por vezes não detém a capacidade de tomar certas decisões no processo. É o advogado quem tem “capacidade postulatória e é deles a decisão final no desenho da litigância” (WOLKART, 2019, p. 563). Dado isso, a partir da matriz de *payoffs* apresentada pelo autor para análise dos valores esperados pelos advogados de acordo com diferentes estratégias, conclui que “ao litigar de má-fé, o advogado aumenta suas chances e vencer a causa, sem assumir com isso qualquer risco, visto que as punições não serão a ele direcionadas” (WOLKART, 2019, p. 565).

3.3.2 A perspectiva da economia comportamental (*Behavioral law and Economics*)

Mais recentemente, a linha da Economia Comportamental⁴⁴ tem apontado outras explicações para as frustrações de acordos, que colocam em xeque a premissa fundamental da abordagem clássica, a qual se funda exclusivamente na racionalidade do agente.

A dificuldade de estimar a probabilidade de êxito de uma demanda tende a aflorar uma limitação cognitiva, que é um dos vieses comportamentais mais estudados na psicologia e economia, conhecida como *viés de otimismo*, pelo qual o cérebro humano está programado para ser otimista⁴⁵. Significa dizer que as pessoas acreditam que estão expostas a riscos menores em relação a eventos negativos⁴⁶ (e, por isso, tendem a investir menos em prevenção,

⁴⁴ Num breve retrospecto, Wolkart (2019) expõe que até os anos 1970 não havia qualquer ferramenta de previsão e comportamento humano que considerasse as limitações da nossa racionalidade. Isso começa a mudar com as descobertas dos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky (*prospect theory*), que, em conjunto com o economista Richard Thaler, acabaram por propor uma nova perspectiva para a economia. Nessa nova abordagem, diz Wolkart (2019, p. 407), “descobertas da psicologia e da neurociência passam, na medida do possível, a ser testadas e integrar os antigos modelos econômicos: é a chamada economia comportamental (*Behavioral Economics*)”.

⁴⁵ Segundo Kahneman e Lovallo (2003, [n.p.]), “Most people are highly optimistic most of the time. Research into human cognition has traced this overoptimism to many sources. One of the most powerful is the tendency of individuals to exaggerate their own talents—to believe they are above average in their endowment of positive traits and abilities. Consider a survey of 1 million students conducted by the College Board in the 1970s. When asked to rate themselves in comparison to their peers, 70% of the students said they were above average in leadership ability, while only 2% rated themselves below average. For athletic prowess, 60% saw themselves above the median, 6% below. When assessing their ability to get along with others, 60% of the students judged themselves to be in the top decile, and fully 25% considered themselves to be in the top 1%”.

⁴⁶ “An amazingly robust finding about human actors—and an important contributor to the phenomenon of risk underestimation—is that people are often unrealistically optimistic about the probability that bad things will

a exemplo do uso de contraceptivos ou uso do cinto de segurança) e, especificamente no campo jurídico, autor e réu otimistas acabam por superestimar suas respectivas chances de êxito e aumentar o hiato de expectativas (GICO JÚNIOR, 2014).

Existe um otimismo exagerado em nossos julgamentos em cenários de incerteza. Quanto mais incerteza, maior o otimismo. E quanto maior o otimismo, menor a *zona de acordo*. Como visto, em razão dos baixos custos no sistema processual brasileiro, os *intervalos de acordo* tendem a ser estreitos. E a “presença da incerteza, acoplada ao otimismo, não raro zera esse intervalo, frustrando as possibilidades de comportamento cooperativo” (WOLKART, 2019, p. 411). Assim, “a impossibilidade de comportamento cooperativo para a autocomposição decorre sempre da incerteza acoplada ao otimismo” (WOLKART, 2019, p. 411).

E não apenas as partes são, via de regra, otimistas. Os advogados não escapam ao viés otimista e “quando os ambientes não são regulares ou o especialista não teve tempo de aprender a regularidade existente, o que funciona é a intuição, abrindo-se espaço para o

happen to them. A vast number of studies support this conclusion. Almost everyone thinks that his or her chances of having an auto accident, contracting a particular disease, or getting fired from a job are significantly lower than the average person's chances of suffering these misfortunes; estimates range from twenty to eighty percent below the average person's probability.² Likewise, on a more anecdotal level, if one surveys students anonymously at the beginning of a course, very few (if any) will predict that their final grade will be below the average grade in the course. Of course, these beliefs cannot all be correct; if everyone were below (or above) "average," then the average would be lower (or higher)” (JOLLS, 1998, p. 1659).

comportamento otimista” (WOLKART, 2019, p. 416). O autor reforça, neste aspecto, a importância de um sistema de precedentes estável e vinculante para diminuir o espaço para otimismo, embora reconheça que mesmo em cenários de perfeita simetria informacional (jurisprudência estável e perfeito conhecimento sobre provas e teses das partes), algum viés otimista sempre se fará presente.

Além disso, a economia comportamental tem uma análise diferenciada em relação ao risco. Enquanto o modelo tradicional considera que, em média, as pessoas são avessas ao risco, tendo por fundamento a *teoria da utilidade esperada*⁴⁷, a abordagem comportamental baseia-se na *teoria da perspectiva*⁴⁸ (*prospect theory*), reconhecendo que “as pessoas dão pesos emocionais diferentes para eventos prováveis e eventos certos, conferindo mais valor à certeza do que à probabilidade” (WOLKART, 2019, p. 425), de forma que “preferem valores menores certos a valores maiores incertos” (WOLKART, 2019, p. 426). Por outro lado, em relação à perda, “todos estão dispostos a arriscar uma perda maior em troca da possibilidade de não haver perda alguma” (WOLKART, 2019, p. 426). Conclui-se, portanto, que o comportamento humano de aversão ao risco vale apenas para situações de ganho. Para situações que implicam potencial perda, existe uma preferência para assumir riscos para tentar evitar a certeza da perda.

⁴⁷ Tem origem nos estudos do matemático Daniel Bernoulli (1738), cujas contribuições foram o ponto de referência para o desenvolvimento da teoria da utilidade esperada, que aborda o subjetivismo humano, a aversão ao risco e o papel da incerteza na tomada de decisão. Posteriormente, em 1944, John Von Neumann e Oskar Morgenstern, utilizando-se dos pressupostos da teoria neoclássica, desenvolveram padrões de comportamento dos agentes para a teoria da utilidade esperada e trouxeram à luz da discussão o papel da incerteza nos processos decisórios. “A publicação de maior destaque de ambos, *Theory of games and economic behavior* de 1944, é um marco para a teoria neoclássica, visto que a partir dela foram geradas diversas ramificações teóricas – tanto dentro da economia quanto em outras áreas correlacionadas – sobre o papel das tomadas de decisões dos agentes e o impacto que essas decisões poderiam causar no ambiente onde ocorreriam. Ao trazerem alguns preceitos já tratados por Bernoulli ([1738] 1954) – como: “quão longe estamos dispostos a ir na tomada de decisão que possamos provocar os outros a tomar decisões que terão consequências adversas para nós?” –, eles trazem de volta para a discussão da escolha todo o rigor da racionalidade clássica, expondo com clareza o conceito de preferência e a forma como esta deveria ser metodicamente aplicada (Bernstein, 1996)” (GALLO, 2021, p. 552).

⁴⁸ Proposta em 1979 pelos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky no artigo intitulado “*Prospect Theory: Na Analysis of Decision under Risk*” é uma teoria da psicologia cognitiva que descreve o modo como as pessoas escolhem entre alternativas que envolvem riscos, onde as probabilidades de resultados são incertas. Com base em resultados de estudos controlados, a teoria afirma que as pessoas tomam decisões mais baseadas em potenciais valores de perdas e ganhos do que no resultado final. Para Wolkart (2019, p. 170), “isso significa que, normalmente, uma pessoa com perspectiva de ganho prefere um ganho menor certo a um ganho maior incerto, mesmo quando ambos tenham o mesmo valor esperado. Até aqui, tudo igual à teoria da utilidade esperada de Bernoulli. Todavia, pelo mesmo motivo, pessoas que estão sujeitas a situações de perda preferem correr o risco de perdas maiores incertas do que aceitar uma perda menor certa, mesma que ambas tenham o mesmo valor esperado. Repare-se que as duas diferentes conclusões decorrem da mesma premissa: a de que certezas pesam mais do que probabilidades. Isso mostra que o trabalho de Bernoulli estava apenas parcialmente correto quanto à conclusão de que pessoas são avessas aos riscos. Esse viés de nossa personalidade vale apenas para situações de ganho. Para situações que implicam potencial perda, a maioria das pessoas prefere assumir riscos para tentar evitar a certeza da perda (exatamente porque a probabilidade pesa menos do que a certeza)”.

Para Bronsteen (2009), embora a teoria da perspectiva abale a afirmação de que as pessoas agem racionalmente, ela não altera uma característica relacionada ao modelo econômico tradicional: a suposição de que as pessoas valorizam apenas seu interesse próprio econômico ao tomar decisões sobre a realização do acordo.

Wolkart (2019) apresenta uma pesquisa empírica realizada por Jeffrey Rachlinski⁴⁹ e publicada em 1996 sob o título “*Gains, Losses and the Psychology of Litigation*” em que diversas pessoas foram divididas em dois grupos (autores e réus) para avaliação de uma proposta de acordo. O estudo deu-se em oito versões diferentes, cada uma com um valor de condenação e proposta de acordo equivalente às chances de vitória. Por exemplo: apresentava-se um pedido de condenação de R\$ 80.000,00 com 50% de chances de procedência e oferecia-se o acordo de R\$ 40.000,00, perguntando-se se a proposta deveria ser aceita. No grupo dos autores, o percentual de aceitação foi de 81,3%; já no grupo dos réus, de apenas 45,5%. O simples fato de “colocar-se na posição de autor ou de réu implicou a adoção de posturas distintas em relação ao risco que o processo representa frente à segurança oferecida pela proposta de acordo” (WOLKART, 2019, p. 428).

Existem, ainda, outros fatores importantes indicados pela psicologia hedônica⁵⁰ no tocante às negociações, que sugere que “sentimentos de justiça⁵¹, satisfação e percepção do dano causado afetam a disposição das partes para o acordo” (BODART; FUX, 2019, p. 69).

Bronsteen (2009) afirma que alguns *insights* da linha da psicologia comportamental fazem que se questione a suposição de que apenas o interesse econômico está envolvido na decisão sobre a autocomposição. O mais famoso deles vem do “jogo do ultimato” (*ultimatum bargaining game*)⁵², em que uma pessoa escolhe como dividir uma quantia em dinheiro entre

⁴⁹ “Jeff Rachlinski changed the standard economic literature on settlement by applying to it the findings of Kahneman and Tversky. 41 Rachlinski's experiments indicated that when a settlement reflects the expected value of a lawsuit, plaintiffs will be far more likely to deem the settlement acceptable than will defendants. 42 A likely explanation is that plaintiffs view the money as a gain whereas defendants view it as a loss. This makes the plaintiffs risk-averse, preferring a certain settlement to the risk of a trial; but it makes defendants risk-seeking, preferring a possible payout after adjudication to a certain but smaller one in settlement” (BRONSTEEN, 2009, p. 1138).

⁵⁰ Mais informações podem ser obtidas em: KAHNEMAN, Daniel; DIENER, Edward; SCWARZ, Norbert. WELL-BEING: Foundations of hedonic psychology. New York: Russell Sage Foundation, 2003.

⁵¹ “Much has changed since 1984 in the literature on the economics of settlement. No longer do models of settlement behavior begin with the assumption of rational, wealth-maximizing action on the part of the litigants. 5 Instead, behavioral law and economics focuses on values other than wealth that can shape decision making. One of those values is fairness, so behaviorism offers the prospect of opening a new avenue of dialogue between Fiss and the economists. Trials cannot be deemed deadweight losses if they satisfy a preference for fairness, given that preference satisfaction is the economists' own yardstick for measuring value. Finally, the recent psychological literature on human happiness presents further insights relevant to civil settlement. 7 It calls into question the link between wealth and well-being and suggests, like the behavioral studies, that other values, such as the right to participate in public decisionmaking processes, may be more important to people” (BRONSTEEN, 2009, p. 1129-1130).

⁵² Mais informações podem ser obtidas em: GITH, Werner; TIETZ, Reinhard. Ultimatum Bargaining Behavior: A Survey and Comparison of Experimental Results. *Journal of Economic Psychology*, v. 11, p. 417- 447, 1990.

ela e outra, cabendo à outra pessoa aceitar ou rejeitar a distribuição. A rejeição deixa ambos participantes sem nada, por isso é sempre racional aceitar a distribuição. Mesmo assim, as pessoas rejeitam as distribuições vistas como injustas, ainda que implique sair sem nada do jogo.

Nesse contexto, uma pesquisa encomendada pelo CNJ (2011) e realizada pela PUC/RS por meio de entrevistas realizadas com agentes internos (juízes e desembargadores) e externos (advogados, pessoas jurídicas e pessoas físicas), intitulada de *Diagnóstico sobre o progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas bem como da morosidade da Justiça Civil*, apontou algumas facetas que concorrem para a realização de acordos, quais sejam: (i) existe um ampla percepção de que se a lesão ao direito foi muito grande, a resistência a acordo aumentaria, porquanto há uma perspectiva de satisfação na própria condenação do opositor; (ii) diversos entrevistados colocaram em relevo a importância de agentes mediadores capazes de mostrar às partes envolvidas as alternativas de saída do conflito pela via de uma composição e os potenciais ganhos; (iii) magistrados confirmaram que a tendência atual, em relação a acordos, tende a estar próximo do final do processo antes de no seu início, o que só reforça a importância de se sensibilizar os jurisdicionados para a realização de acordos no início das demandas, o que serviria para desafogar todo o sistema.

Vê-se, portanto, que a escolha de realizar um acordo ou prosseguir no litígio não pode ser analisada estritamente sob o ângulo da racionalidade. Existem outros vieses cognitivos (e também da neurociência⁵³, que não será abordado neste trabalho) que influenciam na tomada de decisão. O estudo apresenta algumas das principais diretrizes da literatura, mas não esgota todas as possibilidades até então estudadas. As fórmulas apresentadas, contudo, dão uma direção não apenas para compreender quando será viável a realização de um acordo, mas também para entender as limitações racionais que impedem a sua concretização e que incentivos podem ser criados para alterar esse quadro. Os vieses

E em: NOWAK, Martin A. *et al.*, Fairness Versus Reason in the Ultimatum Game. *Science*, v. 289, p. 1773-1775, 2000.

⁵³ Essa nova fronteira tem por pressuposto a teoria do sistema dual de pensamento (*dual process brain*). Segundo Nunes (2019a, p. 86-87), “é possível afirmar que as heurísticas sejam mesmo automatismos inconscientes (sistema 1: rápido e instintivo) decorrentes da base de experiências e conhecimentos acumulados ao longo da vida, que permitem que as pessoas amarrem seus sapatos, dirijam seus veículos, bebam um copo d’água ou realizem uma caminhada sem despender grande esforço mental em torno de tais atividades. Entretanto, há situações, sobretudo um raciocínio mais complexo (sistema 2: lento, deliberativo e oneroso), em que heurísticas do pensamento (automatismos mentais) podem gerar distorções cognitivas (vieses), levando a resultados sub-ótimos. São inúmeros os vieses de cognição identificados e catalogados pela doutrina, como o de confirmação e de ancoragem. Interessam precipuamente os vieses de cognição observáveis na atividade jurisdicional, que, quando presentes, geram erros sistemáticos de tomada de decisão, levando a pronunciamentos judiciais maculados pela subjetividade (impressões, preconceções, preconceitos) do julgador ou pela análise viciada de argumentação jurídica e dos elementos de prova, e dos advogados ao escolher suas linhas defensivas”.

cognitivos, por sua vez, ajudam a compreender a razão do insucesso dos acordos que são racionalmente bons para as partes.

A busca pela autocomposição, por sua vez, é um comportamento cooperativo por excelência (WOLKART, 2019), o que será abordado a seguir.

4 A COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

4.1 COOPERAÇÃO COMO MODELO E COMO PRINCÍPIO DO PROCESSO CIVIL

A reforma do Código de Processo Civil, para a doutrina majoritária de processo civil, não apenas introduziu o modelo cooperativo, como elevou o princípio da cooperação ao patamar de norma fundamental do processo civil. O objetivo do legislador quanto à cooperação está claro no artigo 6º do CPC/2015: incentivar que todos os sujeitos do processo cooperem entre si *para que se obtenha, em tempo razoável, tutela jurisdicional justa e efetiva*.

A cooperação, assim, pode ser observada no processo civil sob basicamente dois enfoques, ligados entre si: como modelo e como princípio (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2017).

Ressaltam os autores que, como modelo, a colaboração se estrutura a partir de pressupostos culturais que podem ser visualizados sob os ângulos social, lógico e ético.

Do ponto de vista social, a sociedade pode ser compreendida como um espaço de cooperação entre seus membros em busca de proveito mútuo, e o Estado Constitucional deixa de ter um papel de mera abstenção e passa a assumir o dever de dar tutela aos direitos. Do ponto de vista lógico, o Direito deixa de ser entendido simplesmente como uma ciência descritiva, pois as normas jurídicas passam a ser vistas como o resultado de uma colaboração entre o legislador e o juiz a partir de elementos textuais e não textuais da ordem jurídica (a interpretação jurídica deixa de ser vista como uma atividade meramente cognitivista). Já do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é orientado pela busca da verdade, com destaque não apenas da boa-fé subjetiva, exigindo também de todos os seus participantes a observância da boa-fé objetiva, da qual o juiz também é destinatário, tendo por objetivo produzir decisões justas.

Já como princípio, impõe um estado de coisas que tem que ser promovido. O objetivo da colaboração é servir de elemento para a organização de um processo justo e idôneo e alcançar uma decisão de mérito justa e efetiva. Para tanto, os participantes do processo devem ter posições jurídicas equilibradas ao longo do procedimento (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2017).

Tal regramento, para Bueno (2016), pressupõe que todos os sujeitos processuais colaborem entre si em para uma finalidade comum, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional. Nesse pensar, a cooperação visa criar um novo paradigma de divisão de tarefas entre as partes e o juiz.

De acordo com Barreiros (2013), a ideia central desse modelo consiste na transformação do processo em uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft* – na clássica expressão da doutrina austro germânica), capaz de contemplar, simultaneamente, um magistrado atuante na condução do processo e as partes igualmente colaboradoras para o alcance do resultado final pretendido, qual seja, a justa solução da controvérsia em tempo razoável. Tal regramento, segundo a autora, objetiva estabelecer uma disputa leal e capaz de conduzir a um resultado substancial processualmente justo, sem desprezar a realidade de que o processo envolve, como regra, interesses conflitantes.

Da mesma forma, Oliveira (2003) destaca que a colaboração ou cooperação entre as partes é um reflexo do emprego de princípios, de conceitos jurídicos indeterminados e do juízo de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista na aplicação do direito. Daí decorre, segundo ele, a recuperação do valor essencial do diálogo judicial, preconizando uma democracia mais participativa, com o conseqüente exercício mais ativo da cidadania, inclusive na natureza processual. Encerra esclarecendo que nesse modelo a sentença final é de algum modo obra das duas pessoas que discutiam.

Para Theodoro Júnior *et al.* (2016, p. 86), a aplicação da cooperação não está limitada à simples colaboração das partes (na ideia de comunidade de trabalho - *arbeitsgemeinschaft*), tratando-se “de uma comparticipação (cooperação) embasada no princípio do contraditório dinâmico (como garantia de influência, debates e não surpresa) e na necessária participação de sujeitos interdependentes no ambiente processual”. Trata-se, para os autores, de uma “releitura democrática normativa da cooperação em perfil comparticipativo”, que busca um comportamento objetivamente vinculado à boa-fé normativa e “leva a sério o contraditório como influência e não surpresa (arts. 9º, 10, 933), de modo a garantir a influência de todos na formação e satisfação das decisões (art. 489) e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual (arts. 79-81)” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 87).

Nesse pensar, há um redimensionamento do princípio do contraditório, corolário do devido processo legal (DIDIER JUNIOR, 2016). Isso porque a participação, colaboração ou cooperação, devem ser compreendidas na perspectiva de os sujeitos do processo conseguirem influenciar na decisão do juiz ou, quando menos, tenham condições reais e efetivas de influenciar atos e decisões proferidas ao longo do processo (BUENO, 2016).

E arrematam Theodoro Júnior *et al.* (2016, p. 90):

Há que se ler a cooperação (art. 6º) não como dever ético da parte agir contra seus interesses, mas a partir da ideia de “comunidade de trabalho” e na leitura da cooperação a partir do “contraditório como garantia de influência e não surpresa”, porque se criamos um ambiente procedimental em que, realmente, as partes *possam* (já que não são obrigadas, mas facultadas a tal), *ao agir na defesa dos seus interesses*, contribuir para a construção do pronunciamento em conjunto com o magistrado (que deve agir como facilitador desse procedimento) – e mais, se compreendemos que esse provimento só é legítimo se for o resultado direto daquilo que foi produzido em contraditório no processo (art. 489, § 1.º, do Novo CPC), seja na reconstrução dos “fatos”, seja no levantamento de “pretensões a direito” (reconstrução do ordenamento) –, então ter-se-á uma compreensão adequada da cooperação no Novo CPC. Lembramos que a decisão é “correta” não porque é “justa”, o que implicaria uma sobrecarga moral para as partes e para o juiz, mas porque se criou um ambiente procedimental no qual cada sujeito do processo, tendo a *possibilidade* de contribuir, ao agir na defesa dos seus interesses (ou, ao agir de acordo com o papel que lhe é esperado, no caso do magistrado), pôde trazer elementos para o processo e tais elementos estão presentes no pronunciamento, isto é, não na “tutela”, já que o Estado-juiz não está na condição de “tutor”, mas tem a função jurisdicional de resolver um conflito e, para isso, sua decisão precisa refletir, seja para aderir, seja para negar, as pretensões a direito feitas pelas partes.

O papel do juiz no modelo pautado pela colaboração é tratado por Marinoni, Arenhardt e Mitidiero (2017, p. 164):

O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão. A paridade na sua condução está em que, embora dirija processual e materialmente o processo (art. 139, CPC), atuando ativamente, essa direção é desempenhada de maneira dialogal. Vale dizer: o juiz participa do processo colhendo a impressão das partes a respeito dos seus rumos, possibilitando assim a influência destas na formação de suas possíveis decisões (art. 7º, 9º e 10, CPC). Toda a condução do processo dá-se com a observância, inclusive com relação ao próprio juiz, do contraditório. A assimetria, de outro lado, está em que o juiz, ao decidir as questões processuais e as questões materiais do processo, necessariamente impõe o seu comando, cuja existência e validade independem de expressa adesão ou de qualquer espécie de concordância das partes.

Os autores esclarecem que o princípio da cooperação se estrutura a partir de certas regras a serem observadas pelo juiz na condução do processo, quais sejam, os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes.

O dever de esclarecimento impõe ao juiz aclarar as dúvidas que tenha sobre a posição das partes tanto na narração dos fatos como nos pedidos formulados; o dever de diálogo busca que os sujeitos do processo sejam consultados antes que decidir sobre qualquer questão, possibilitado que influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa; o dever de prevenção tem por finalidade prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos ser esbarrado pelo uso equivocado do processo; já o dever de auxílio determina ao juiz que colabore com as partes na transposição de eventuais obstáculos que dificultem ou impeçam o

exercício de direitos, o cumprimento de deveres ou o desempenho de ônus processuais (MARINONI; ARENHARDT; MITIDIERO, 2017).

Tais deveres, dizem os autores, correspondem aos pressupostos que sustentam o modelo cooperativo. Para Marinoni, Arenhardt e Mitidiero (2017, p. 162-163),

Os deveres de esclarecimento e de consulta respondem principalmente aos pressupostos lógicos e éticos do modelo cooperativo de processo, na medida em que decorrem do caráter problemático-argumentativo do Direito e da necessidade de proteção contra a surpresa. Os deveres de prevenção e de auxílio descendem diretamente do pressuposto social do modelo, haja vista evidenciarem o fato de o sistema processual civil ser um sistema orientado para tutela dos direitos, tendo o juiz o dever de realiza-los a partir da relativização do binômio direito e processo e do compartilhamento da responsabilidade pela atividade processual. Vale dizer: deve o juiz ver o processo não como um sofisticado conjunto de fórmulas mágicas e sagradas, ao estilo das legis *actiones*, mas como um instrumento para a efetiva realização do direito material.

Wolkart (2019, p. 222) assim resume o panorama atual da doutrina majoritária no tocante à cooperação no processo civil brasileiro:

- i. a cooperação é, majoritariamente, um princípio e um modelo de direito processual civil;
- ii. o modelo cooperativo é um reflexo e uma exigência do atual Estado Democrático de Direito, que *impõe* um efetivo diálogo e participação das partes e do juiz ao longo do processo, em verdadeira *comunidade de trabalho*. Esse modelo pressupõe a existência tanto do princípio da boa-fé como do princípio da cooperação. O devido processo legal inerente a esse modelo diferencia-se pelo chamado *princípio do contraditório como direito de influência*, do qual participam todos os sujeitos processuais, incluído aí o juiz;
- iii. a cooperação foi positivada no art. 6º do CPC/2015 como norma fundamental de processo civil assim grafada: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”. Há diversas outras normas concretizadoras desse princípio ao longo do ordenamento, sendo-lhe inerente alguma atipicidade para compreensão da chamada materialidade subjacente;
- iv. os deveres cooperativos, voltados principalmente para o magistrado, são: dever de esclarecimento, dever de consulta (ou diálogo), dever de prevenção e dever de auxílio;
- v. para parte da doutrina, esses deveres estendem-se às partes e todos os demais sujeitos processuais;
- vi. existe uma íntima relação entre cooperação e boa-fé, normalmente considerando-se aquela um subprincípio desta. Enquanto modelo de processo, a cooperação pressupõe a boa-fé como princípio;
- vii. as partes, bem como o juiz e os demais sujeitos processuais, estão vinculadas pelos deveres da boa-fé no processo (art. 5º do CPC/2015);
- viii. os deveres de boa-fé devem, portanto, ser incluídos no modelo cooperativo de processo. São eles: proibição de agir de má-fé; proibição de comportamento processual contraditório (*venire*); proibição de abuso de direitos processuais;
- ix. *supressio*, que é a perda de poderes processuais em razão do seu não exercício por tempo suficiente para fazer crer legitimamente que determinado poder não será mais exercido.

Para o autor, existe uma divergência entre os objetivos cooperativos propostos pela doutrina e os impostos pelo artigo 6º do CPC. O intento legislativo, diz Wolkart (2019, p. 226), pode ser dividido em dois: (a) fazer com que as partes e o juiz cooperem; e (b) proporcionar a obtenção da tutela jurisdicional justa, efetiva e em tempo razoável. Não há, portanto, “qualquer referência na lei processual que imponha a arquitetura de deveres cooperativos projetada pela doutrina brasileira” e inexistem indicações de que a observância dos deveres de consulta e esclarecimento, por exemplo, contribuam para a produção de tutelas efetivas em tempo razoável.

Wolkart (2019) faz uma leitura diversa. Para ele, a cooperação deve ser entendida como a *união de esforços* na busca de um sistema de justiça que seja capaz de ofertar tutelas justas, efetivas e em tempo razoável, o que abrange todos os deveres dos sujeitos processuais para esse fim. No mundo ideal, significa dizer que (i) “juízes devem observar precedentes obrigatórios e decidir de maneira fundamentada, respeitados o contraditório e ampla defesa, buscando prover a efetivar a tutela de mérito⁵⁴ em tempo razoável” e que (ii) advogados e partes devem buscar a autocomposição como prioridade e, caso não seja possível, “devem evitar demandas frívolas, alegações genéricas ou contraditórias e atos protelatórios (aí incluídos recursos desnecessários), cumprindo com exatidão e rapidez as determinações judiciais” (WOLKART, 2019, p. 231).

Contudo, a cooperação não se dá por vínculos de solidariedade⁵⁵ e, no mundo real, a prevalência do comportamento cooperativo depende da presença de incentivos normativos específicos que tornem esse comportamento vantajoso para todos os sujeitos processuais, o que será abordado a seguir.

4.2 COOPERAÇÃO E O DILEMA DO PRISIONEIRO

⁵⁴ Nessa mesma linha, Theodoro Júnior *et al.* (2016, p. 90) destacam: “com o aumento da complexidade dos litígios, o magistrado (ao julgar) deve se abrir para um novo sincretismo entre cognição e execução, de modo a se preocupar com o modo pelo qual a decisão que profere será efetivada (cumprida), sendo que em alguns litígios (especialmente os de interesse público – como de judicialização da saúde e moradia –, nos quais a execução dependerá da ingerência de vários sujeitos e instituições) o ambiente participativo (muitas vezes de negociação processual) é essencial para realização de uma reforma estrutural, uma vez que já se percebeu que o modo tradicional (com a fixação de multas para o descumprimento, por exemplo) de crença no Estado-Juiz para implementar solitariamente políticas públicas é tão romântico quanto insatisfatório”.

⁵⁵ “A cooperação também não se trata nem mesmo de uma visão romântica que induziria a crença de que as pessoas no processo querem, por vínculos de solidariedade, chegar ao resultado mais correto para o ordenamento jurídico. Esta utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho. O problema são os custos desta atividade não cooperativa em um sistema sobrecarregado e de alta litigiosidade – não apenas numérica, mas de diversidade de litígios” (THEODORO JÚNIOR *et al.*, 2016, p. 88).

O comportamento cooperativo pode ser matematicamente explicado pela teoria dos jogos, mas especificamente por um jogo conhecido como *dilema do prisioneiro*⁵⁶.

O dilema do prisioneiro representa um tipo de situação em que há interesses em parte comuns, que levam a cooperar, e em parte conflitantes, que levam a não cooperar. A teoria dos jogos, ao buscar soluções, supõe que um agente racional, dotado de um conjunto coerente de preferências, escolhe a ação que lhe dará a máxima utilidade. Mas o seu oponente, igualmente racional, também faz escolhas estratégicas. Assim, aquela ação que é a melhor individualmente, produz um resultado que é pior para todos – esse é o dilema que representa situações que envolvem, ao mesmo tempo, o conflito de interesses e a possibilidade de cooperação entre duas ou mais partes, sejam pessoas, empresas ou nações (MYERSON, 1997).

Para exemplificar, utilizou-se a parábola descrita por Wolkart (2019), adaptada da obra de Willian Poundstone.

Imagine que dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia e encarcerados em celas individuais, sem comunicação entre si. A polícia tem provas **insuficientes** para condenar ambos pelos crimes mais graves. A polícia acredita que, com as provas disponíveis, seria possível a condenação de ambos por um ano de prisão, em relação aos crimes mais brandos. Separando os prisioneiros, oferece a cada um deles o mesmo acordo simultaneamente: caso o prisioneiro delate seu parceiro, será absolvido, e o delatado será condenado a três anos de prisão. Contudo, há uma cilada: caso ambos denunciem um ao outro, os dois serão condenados a dois anos de prisão cada um. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro.

O dilema pode ser representado pela matriz a seguir:

Quadro 1 – Matriz do Dilema do Prisioneiro

	B coopera (não delata)	B não coopera (delata)
A coopera (não delata)	Ambos são condenados a 1 ano de prisão	A é condenado a 3 anos de prisão; B sai livre
A não coopera (delata)	A sai livre; B é condenado a 3 anos de prisão	Ambos são condenados a 2 anos de prisão

Fonte: elaborado pela autora.

⁵⁶ Concebido em 1950, a criação é atribuída à Albert W. Tucker, com base no trabalho de Merrill Flood e Melvin Dresher, ambos cientistas da Rand Corporation.

Sendo um ser racional, o prisioneiro buscará sempre a melhor estratégia, assim como seu comparsa. A melhor estratégia, assim, é aquela que proporcionará passar o menor tempo preso.

Imagine as possibilidades de *A*: (i) se o prisioneiro *B* delatar, ele terá que escolher entre também (a) delatar e passar 02 anos preso ou (b) não delatar e ficar 03 anos na prisão. Nesse caso, a melhor saída é delatar; (ii) se o prisioneiro *B* não delatar, *A* deve optar novamente entre (a) delatar e ser absolvido, ou (b) não delatar e ser condenado a 1 ano de prisão.

No caso, como não se sabe qual comportamento *B* adotará, a melhor estratégia será sempre delatar. E o mesmo vale para o preso *B*, de modo que ambos serão condenados a 2 anos de prisão.

Note-se que a cooperação mútua proporcionaria um resultado muito melhor para ambos (se cooperassem e não delatassem, cada um seria condenado em 1 ano de prisão). No entanto, “e aqui está a parte mais importante do dilema, dados os incentivos envolvidos (*payoffs*) e o comportamento racional (egoísta) dos prisioneiros, a mútua cooperação não é um resultado previsível ou estável” (WOLKART, 2019, p. 235).

A situação de delação/delação configura, em termos matemáticos, um *equilíbrio de Nash*, pois caso consolide-se, nenhum dos prisioneiros deve se arrepender da escolha (era o único resultado estável para o jogo). Ocorre que o *equilíbrio de Nash*⁵⁷ alcançado não é eficiente, pois o conjunto mais eficiente de estratégia seria cooperar/cooperar, em que as penas para cada um deles seria de um ano. O resultado mais eficiente, contudo, é instável e não configura um equilíbrio.

O dilema do prisioneiro também se aplica ao processo e, sem mecanismos de punição ou incentivos, a conduta não cooperativa também prevalecerá. Para Wolkart (2019, p. 238),

Quando as partes não estão obrigadas à postulação articulada e amarrada a fatos concretos, a proibição da mentira, a vedação de alegações contraditórias mesmo entre processos diferentes, a não interposição de recursos salvo quando haja sincero apontamento de erro na decisão atacada, à não litigância contra precedente obrigatório, a busca efetiva da autocomposição; quando as multas por litigância de má-fé são mínimas ou inexecutáveis, e quando não há efetivas ferramentas para

⁵⁷ Esse *equilíbrio de Nash* significa que nenhum dos jogadores tem razões para escolher uma opção que não seja a melhor para ele nesse jogo. Uma estratégia é considerada estável para um jogador se qualquer mudança unilateral para outra estratégia implicar um resultado pior para esse jogador. Se houver um ponto em que coincidam estratégias estáveis de todos os jogadores, tal resultado é um ponto de equilíbrio. Essa noção de equilíbrio permite eliminar um regresso infinito que surgiria no processo de escolha de cada jogador que, ao antecipar as ações dos outros, teria que fazer também uma estimativa do que os outros esperariam que ele próprio fizesse (ELSTER, 2000).

combater o descumprimento das decisões judiciais, configuram-se os mesmos incentivos do dilema do prisioneiro, de modo que o *equilíbrio de Nash* (ineficiente) é alcançado apenas pela conduta não cooperativa das partes.

Robert Axelrod (1984), em seu livro *The Evolution of Cooperation*, explora o *dilema do prisioneiro* em situações em que os jogadores interagem mais de uma vez. Ele convidou diversos especialistas em *teoria dos jogos* para enviar programas para um torneio de *Dilema do Prisioneiro* de computador (muito parecido com um torneio de xadrez de computador). Cada uma dessas estratégias foi emparelhada para ver qual funcionaria melhor, no geral, em interações repetidas. O jogo pontuava de forma diferente as ações de cooperar e não cooperar (“se ambos os jogadores desertarem: ambos os jogadores recebem \$ 1; se ambos os jogadores cooperarem: ambos os jogadores recebem \$ 3; se um jogador desertar enquanto o outro coopera: o desertor recebe \$ 5 e o cooperador ganha zero”) e admitia-se todo o tipo de estratégia.

Para sua surpresa, a estratégia vencedora foi a mais simples de todas as apresentadas, que consistia em um movimento inicial de cooperação e, nos demais, em repetir o que o outro jogador fez na rodada anterior (*strategy of simple reciprocity*) (AXEROLD, 1984). Essa estratégia foi chamada de *Tit for Tat*. Um segundo torneio foi realizado com a participação de amadores e profissionais e, da mesma forma, venceu a estratégia da simples reciprocidade (*Tit for Tat*).

Uma das conclusões alcançadas por Axerold (1984) e relevantes para este estudo está no fato de que “estratégias cooperativas performam melhor, *desde que fossem capazes de punir detratores quando necessário*, posto que não definitivamente” (WOLKART, 2019, p. 255). A estratégia *Tit for Tat* venceu exatamente por ser cooperativa e punitiva, na medida que o comportamento não cooperativo do adversário era punido na rodada seguinte, “mas também por saber *perdoar*, porque volta a cooperar após o adversário punido mudar sua postura” (WOLKART, 2019, p. 255).

A punição, portanto, figura como a principal premissa para promoção do comportamento cooperativo⁵⁸. Nas palavras de Wolkart (2019), *cooperamos por necessidade*.

⁵⁸ O autor conclui que “quando a estrutura de recompensas não sustenta a cooperação (dilema do prisioneiro), ela ainda pode ser atingida desde que se trate de um jogo com inúmeras rodadas, no qual a probabilidade de uma nova rodada (valor do futuro) seja alta o suficiente para justificar a cooperação na rodada anterior. Desse estudo, aliado a outros apresentados nesse mesmo capítulo, decalcamos a punição à postura não cooperativa como caminho necessário à promoção da cooperação. Ela deve ser utilizada para alterar os payoffs (recompensas) em jogos de rodada única ou com pouco valor de futuro, fugindo-se da estrutura de dilema do prisioneiro, ou ser implementada de modo a diminuir os benefícios da postura defectiva para o futuro em jogos com possibilidade alta de múltiplas rodadas” (WOLKART, 2019, p. 765).

5 ANÁLISE DOS ACORDOS EM AUDIÊNCIAS BANCÁRIAS

Como parte do novo arranjo introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015 com adoção do modelo cooperativo e estímulo à conciliação e mediação, o legislador tornou obrigatória⁵⁹, como regra, a realização de audiência prévia de conciliação, antes da oferta de resposta pelo réu, em todos procedimentos em que se admite a autocomposição (art. 334 do CPC)⁶⁰. Contudo, como visto, o índice de acordos no Brasil é pouco expressivo e, não bastasse, mostra redução desde a entrada em vigor do Estatuto.

Em matéria bancária, a quantidade de processos resolvidos por acordo em audiência é ainda mais ínfima. As 12 (doze) Varas Bancárias do Estado instaladas até o ano de 2020⁶¹

⁵⁹ Segundo Vasconcelos (2015), trata-se de uma quase obrigatoriedade, na medida em que a audiência não será designada caso ambas as partes manifestem, expressamente, o desinteresse na autocomposição (art. 334, § 4º, I, do CPC). Parte da doutrina, como Alexandre Freitas Câmara (2016, p. 201), faz uma interpretação teleológica fundamentada no princípio da voluntariedade, defendendo que “basta que uma das partes manifeste sua intenção de não participar da audiência de conciliação ou de mediação para que esta não possa ser realizada”.

⁶⁰ Apesar do presente trabalho não ter a pretensão de discutir sobre a legitimidade do juiz para dispensar a audiência do art. 334 do CPC, o que, dada a pequena quantidade de audiências bancárias realizadas, é, por óbvio, a conduta adotada, interessante mencionar a recente pesquisa realizada por Alexandre Moura Alves de Paula Filho e José Mário Wanderley Gomes Neto que pretendia responder a seguinte pergunta: “O perfil do réu influencia na dispensa das audiências previstas no art. 334, CPC, em feitos que tramitam pelo rito do procedimento comum nas varas cíveis da comarca de Recife/PE?”. Tendo por amostragem 461 processos de “procedimento comum cível” ajuizados nas 68 varas cíveis de Recife/PE entre 18/03/2017 e 18/03/2019, cujo perfil dos réus foi separado em quatro categorias, em função do número de processos no período pesquisado: a) litigante raro (até 10 processos); b) litigante eventual (de 11 a 99 processos); c) litigante contumaz (de 100 a 500 processos); d) litigante habitual (mais de 500 processos), verificou-se que “há uma tendência a designar a audiência quando há litigantes raros (X1) no polo passivo (pessoas físicas, microempreendedores individuais, microempresas e pessoas jurídicas de pequeno porte, via de regra) e há, no sentido contrário, um aumento na tendência de não designação à medida que o réu se torna mais habitual (X2 a X4) na justiça comum cível da comarca de Recife/PE” (PAULA FILHO; GOMES NETO, 2021, grifo nosso).

⁶¹ Atualmente, as Varas Bancárias estão passando por uma nova estruturação, as quais serão unificadas em uma única *Unidade Regional de Direito Bancário*, nos moldes da Resolução TJ n. 2, de 17 de março de 2021. Segundo notícia publicada no site do Poder Judiciário Catarinense em 19/08/2021, “Na 1ª fase, que teve início de execução em maio, a URB absorveu o acervo de competência bancária das varas regionais do Litoral Sul, em Meleiro; e do Extremo Oeste, em Anchieta; além de 50% de Blumenau. Agora, na 2ª etapa, a URB ampliará o atendimento para desafogar a prestação jurisdicional das varas bancárias de Balneário Camboriú, Itajaí, Rio do Sul, Jaraguá do Sul e o remanescente de Blumenau. Com a introdução de mais cinco varas regionais nesta 2ª etapa, o projeto atenderá 44 comarcas até agora, o que corresponde a praticamente 50% do acervo bancário na Justiça catarinense. Assim, as sete regionais que serão agrupadas na URB atenderão 44 comarcas das 111 espalhadas pelo Estado. Segundo a juíza auxiliar da Presidência Carolina Ranzolin Nerbass, além dos cinco magistrados que comandam as regionais incorporadas agora, serão acrescidos mais quatro juízes especiais da Capital. Com isso, incluídos os quatro da 1ª fase com dedicação exclusiva à competência bancária, a nova unidade contará com 13 magistrados. As atividades remanescentes de cartório, como atendimentos e expedição de alvarás, foram absorvidas pelas chefes de cartório das três varas de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis. O destaque do projeto é a Divisão de Tramitação Remota (DTR), que é responsável pela tramitação e cumprimento de atos e de todas as determinações judiciais. Além da Unidade Regional, a divisão atende outras 10 varas bancárias. Segmentada em cinco seções e com 29 servidores, ela gerencia um acervo superior a 130 mil processos. A URB começou com 41 mil processos, com média de 10 mil por magistrado. Com a ampliação do atendimento, o total de ações de direito bancário na unidade chegará aos 104 mil, mas a média por juiz cairá para 8 mil. A entrada mensal de novas ações por magistrado também terá uma redução - passará de 343 processos por mês para 278”. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/judiciario-de-sc-amplia-competencia-da-unidade-regional-de-direito-bancario>. Acesso em: 16 nov. 2021.

realizaram **entre 18/01/2018** (data da instalação da última vara especializada, qual seja, a Vara regional de Rio do Sul) e **17/03/2020** (data do decreto emergencial que determinou o *lock down*) **963 audiências**⁶², estando incluídas nesse número, além das tentativas de conciliação, as audiências de instrução e julgamento e aquelas designadas para cumprimento de carta precatória. Esse número representa 0,71% do acervo total de processos dessas Unidades⁶³.

Das 963 audiências realizadas, somente 75 resultaram em acordo, o que representa uma taxa de sucesso de 7,79%, distribuída conforme a tabela a seguir:

Tabela 4 – Período: 18/1/2018 a 17/3/2020

VARA	ATO NORMATIVO DE INSTALAÇÃO	ACERVO (em março de 2020)	AUDIENCIAS REALIZADAS	ACORDOS	PERCENTUAL (em relação ao total de audiências realizadas, somadas todas as varas)
1ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis	Resolução TJ n. 50, de 05 de outubro de 2011	7.546	81	2	2,66%
2ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis	Resolução TJ n. 50, de 05 de outubro de 2011	6.615	23	1	1,34%
3ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis	Resolução TJ n. 50, de 05 de outubro de 2011	6.327	0	0	-----
Vara de Direito Bancário da Comarca de Blumenau	Resolução TJ n. 14, de 04 de maio de 2011	20.899	93	0	0%
1º Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville	Resolução TJ n. 35, de 20 de outubro de 2010	9.538	126	36	48%
2º Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville	Resolução TJ n. 35, de 20 de outubro de 2010	10.211	17	0	0%
Vara Regional de	Resolução TJ n. 24,	8.989	16	0	0%

⁶² Dados fornecidos pelo NUMOPEDE em 5/7/2021 e extraídos do sistema interno de estatísticas do TJSC, chamado *Business intelligence* – BI.

⁶³ O acervo total das Varas Bancárias do Estado somava, em março de 2020, 133.943 processos, conforme dados extraídos do sistema interno de estatísticas do TJSC, chamado *Business intelligence* – BI, em 14/11/2021.

Direito Bancário da Comarca de Balneário Camboriú	de 21 de agosto de 2013				
Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Itajaí	Resolução TJ n. 21, de 21 de agosto de 2013	13.350	0	0	0%
Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Jaraguá do Sul	Resolução TJ n. 1, de 1º de fevereiro de 2017	11.732	2	3	4%
Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Rio do Sul *	Resolução TJ n. 30, de 15 de dezembro de 2017	9.700	127	29	38,66%
Unidade Regional de Direito Bancário do Litoral Sul Catarinense **	Res. TJ n. 2, de 1º de fevereiro de 2017	16.237	402	3	4%
Unidade Regional de Direito Bancário do Extremo Oeste Catarinense **	Res. TJ n. 17, de 4 de outubro de 2017	12.799	6	1	1,34%
TOTAL		133.943	963	75	100%

* última vara bancária implantada (18/1/2018).

** Extintas pela Resolução TJ 2, de 17 de março de 2021.

Fonte: elaborada pela autora.

Como se observa da tabela, **dez das doze unidades bancárias** tiveram taxa de acordos **igual ou inferior a 4%**. A 1º Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville, por sua vez, despontou ao apresentar um índice de 48%, seguido da Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Rio do Sul, com 38,66%. Somadas, as duas unidades representam 86,66% dos acordos alcançados em audiências bancárias em todo o Estado no período.

A 1º Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville, portanto, é responsável, sozinha, por quase metade dos acordos em audiências bancárias no Estado, razão pela qual busca-se investigar que incentivos são utilizados naquela unidade para alcançar esse resultado. Também será indicado, brevemente, como são realizadas as solenidades na Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Rio do Sul, a qual também ocupa posição de destaque na pesquisa.

5.1 A EXPERIÊNCIA DA 1ª VARA BANCÁRIA DE JOINVILLE/SC COM ACORDOS BANCÁRIOS

A 1º Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville foi criada em pela Resolução TJ n. 35, de 20 de outubro de 2010, contudo, advém da transformação da extinta 5ª Vara Cível de Joinville, instalada pela Resolução TJ n. 03/2005, de 01/06/2005, que já possuía “competência privativa para ações de Direito Bancário e de contratos com alienação fiduciária em garantia (Decreto-lei Federal n. 911/1969) - com envolvimento de empresa de *factoring* e de instituição financeira subordinada à fiscalização do Banco Central (arts. 17 e 18 da Lei Federal n. 4.595/1964)”.

O juiz Yhon Tostes é o titular da unidade desde 2005 (assumiu a 5ª Vara Cível de Joinville, que possuía competência exclusiva em matéria bancária, e como visto, em outubro de 2010 foi transformada na atual 1ª Vara Bancária de Joinville). Em entrevista realizada em 23/06/2021, foram feitos os seguintes questionamentos ao magistrado: 1) O que levou o Sr. a realizar mutirões de conciliação de matéria bancária?; 2) Quando ocorreu o primeiro mutirão com o Bradesco e com qual frequência era realizado?; 3) O sr. possui os dados estatísticos desses eventos?; 4) Quais os fatores que o Sr. acredita terem sido determinantes para esse alto índice de composição?; 5) Como eram realizadas as audiências?; 6) O Sr. tentou realizar esses tipos de eventos com outras instituições?; 7) Houve a tentativa de realizar mutirões por intermédio do CEJUSC?; 8) Até quando o Sr. realizou esses eventos de tentativa de composição com o Banco Bradesco?

Tostes relata que meses depois da instalação da 5ª Vara Cível (ainda em 2005), foi procurado pelo Superintendente do Setor de Recuperação de Créditos do Bradesco, Dr. Clóvis, já falecido, que solicitou impulso dos processos que estavam parados, especialmente na área de crédito imobiliário. Na oportunidade, o juiz explicou que estava assumindo a Vara (na época com mais de 20 mil ações) e entendia que o pedido era pertinente (existiam processos parados há mais de 10 anos), mas a única solução que lhe parecia mais célere seria tentar a via do acordo. Ponderou, contudo, que pela sua experiência “só se perdia tempo nas audiências conciliatórias”, pois as instituições financeiras sempre vinham com a desculpa de “alçada”. O Superintendente, contudo, “me falou brincando que a ‘alçada’ era ele e que se eu fizesse um mutirão iria perceber como o Banco Bradesco tinha boa vontade”.

Diante da situação, Tostes fez uma proposta inicial de submissão de 100 processos, a escolha do Banco, e, caso houvesse uma margem de 80% de acordos, os demais processos seriam julgados em 30 dias. Embora acreditasse que nem passariam dos 10%, para sua

surpresa e alegria, naquele primeiro mutirão, realizado com a presença do Dr. Clóvis e de sua equipe de conciliadores da matriz de São Paulo, foi registrado um percentual superior a 90% de acordos. Foi então que o magistrado percebeu que havia um real interesse daquela instituição em compor e, com esse canal aberto e a partir dos seus estudos em Análise Econômica do Direito, passou a realizar eventos semelhantes.

Os processos são de livre escolha da instituição financeira exatamente em razão de que eles fazem a pré-análise da situação do devedor e a proposta que será realizada. “Peço sempre ao Banco que não traga processos que sabidamente a parte não tem condições de pagar alguma coisa, pois não tiramos leite de pedra”, diz o juiz. Mas às vezes as instituições surpreendem e, em dívidas antigas e situações excepcionais, fazem margem de acordo girando em torno de 99% de desconto e o saldo parcelado.

As audiências são sempre realizadas pelo juiz, em seu próprio gabinete, para gerar uma atmosfera mais amistosa e facilitar a negociação. Tostes percebeu que não bastava apenas uma boa proposta por parte do Banco, era necessário gerar um ambiente descontraído e ganhar a confiança do mutuário, circunstância fundamental não apenas para realizar o acordo, mas para evitar que fosse posteriormente descumprido (nos acordos sempre há uma cláusula de retomada da dívida original no caso de inadimplemento, mas, segundo o juiz, o descumprimento não chegou a 20%). As audiências são longas, duram cerca de uma hora cada. Muitas vezes o magistrado sai do gabinete para conversar com quem está esperando, a fim de justificar o atraso, explicando que “a demora era para tentar ajudar e que na sequência eles também seriam” 

Além disso, por conta de visão diferenciada em Análise Econômica do Direito, Tostes tem noção de qual o valor o Banco hipoteticamente pode chegar, pois, por exemplo, as instituições financeiras possuem compensações tributárias para créditos inadimplidos há mais de cinco anos e, dependendo da época do ano, metas a bater para melhoria de seu balanço financeiro. E também faz uso das ferramentas de pesquisa de bens, como Renajud e BacenJud durante a própria solenidade, para chegar no real potencial de pagamento do mutuário, o que contribui para a composição.

Contudo, esse elevado índice de acordo em mutirões, que gira acima de 90%, só é alcançado em processos do Banco Bradesco S/A, “que há mais de 15 anos realiza mutirões com a minha unidade (e depois com a 2ª Vara Bancária de Joinville), e vem com uma ‘alçada’ superior ao da gerência regional local, autorizada pela Matriz em São Paulo”. E, em casos excepcionais, se a “alçada” for atingida, o preposto liga para São Paulo pedindo autorização para ultrapassar. “Tivemos casos também de dívidas de milhões de empresas que foram

levadas para o 'comitê' (diretoria executiva do Banco) e se realizou o acordo extrajudicialmente", relata Tostes.

O magistrado afirma que tentou replicar o evento com processos do Banco do Brasil, mas os acordos não chegaram a 30%, essencialmente por problema de alçada (audiências eram acompanhadas por advogados sem grande poder de alçada e muitas vezes sem conhecimento do próprio processo e da situação do consumidor). Segundo ele, esse elevado percentual de acordos não é alcançado com as demais instituições financeiras em razão de "nunca ter conseguido um contato que gerasse essa alçada diferenciada que facilita e muito a negociação".

Tostes relata que, a pedido do atual Ministro Buzzi, quando era membro da Comissão de Mutirões do TJSC, também tentou ampliar o Mutirão do Bradesco para as demais Varas Bancárias. Contudo, pelo foi informado, "apesar de todo o esforço para explicar como funcionava em Joinville, a maioria das audiências foram realizadas pelas assessorias e não se alcançou um índice expressivo de acordos (acho que não se chegou a 50%)".

Da mesma forma, a tentativa de mutirão por intermédio do CEJUSC - Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania também não apresentou resultados expressivos. Segundo Tostes, em 2019, foram selecionados cerca de 1.000 (mil) processos (exceto do Banco Bradesco) para realização de audiências por meio do CEJUSC. Contudo, "não se chegou a 05% de acordos, apesar da boa vontade e gabarito técnico dos profissionais do CEJUSC de Joinville", sendo que a maioria dos acordos "foi de uma Cooperativa em que a advogada era bem motivada". Segundo ele, "não é má vontade ou falta de técnica. É 'produto' ruim (oferta que não agrada e nem atende as possibilidades do consumidor)".

Para Tostes, a presença do juiz e uma margem diferenciada apresentada por profissionais de dentro do Banco vindo negociar geram inegavelmente um índice maior de acordo. Além disso, o preposto do Banco tem interesse na realização do acordo que valoriza sua atuação profissional, não em ganhos com honorários, como os advogados, não havendo o problema de *rent seeking* no que diz respeito aos honorários advocatícios. Essas diferenças, no entender do magistrado, impactam no resultado positivo.

E conclui dizendo: "as audiências são longas. Tem dias que nem almoço pois começam de manhã e vão até à noite bem depois do expediente. Exatamente para que eu possa explicar com calma tudo para os consumidores de crédito bancário e eles possam analisar o custo-benefício de realizar ou não o acordo. Como a proposta costuma ser "irrecusável" diante da margem de desconto e jamais eles receberam alguma proposta semelhante antes (e se não fizerem não será renovada), a aceitação também se justifica. Há

um enorme respeito pela situação do consumidor e eu próprio tenho uma tabela em que realizo inúmeras simulações tentando achar um valor e parcelas que se adequem ao limite orçamentário do devedor. E procuro sempre evitar que eles aceitem propostas que percebo que não cabem no orçamento, evitando assim uma inadimplência posterior. Tudo é muito bem explicado, com absoluta transparência e calma”.

A Pandemia do Covid-19 inviabilizou a continuidade das audiências (a interrupção do atendimento presencial ocorreu em março de 2020). Antes disso (entre 2018 e 2019), contudo, o Tostes iniciou um projeto de mutirão extrajudicial, feito com a autorização do TJSC, que formalizou uma parceria com o Banco Bradesco⁶⁴. Nas audiências realizadas pelo juízo ou pelo CEJUSC, explica ele, o custo é internalizado pelo TJSC. Já no mutirão extrajudicial, o próprio Banco (no caso, o Bradesco, quem optou em participar do projeto) arca com todas as despesas (local, material e pessoal) e fornece mediadores capacitados. É enviado uma carta convite pelo juízo, o que gera maior credibilidade e interesse no mutuário em participar (é como se o juiz tivesse feito o convite). Tais eventos são acompanhados pelo magistrado e pelos seus assessores e alcançaram um percentual de 48% de acordos. É um excelente meio de fomentar a composição sem ter que arcar com os custos daí decorrentes.

A atuação diferenciada do magistrado em busca do fomento da autocomposição foi inclusive objeto de diversas notícias publicadas no site do TJSC: (i) **Juiz suspende ação em nome do diálogo entre as partes através do consumidor.gov.br**⁶⁵, de 22 Janeiro 2016; (ii) **Varas bancárias de Joinville realizarão 600 audiências na Semana da Conciliação**⁶⁶, de 21 Novembro 2016; (iii) **Capital e Joinville são destaques ao promover acordos que**

⁶⁴ “Graças a uma parceria inédita entre o Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJSC) e uma instituição financeira privada, quase três mil consumidores terão a oportunidade de negociar seus débitos. O mutirão de conciliação, iniciado segunda-feira em Joinville, prossegue até amanhã (10/5), no período das 9h às 16h. No local, estarão todas as partes interessadas e empenhadas na realização de composição que atenda ao melhor interesse dos consumidores. A parceria mantida com o TJSC permitiu que os consumidores (clientes) do banco recebessem uma carta-convite do Judiciário, que atua como o grande intermediador e facilitador dos acordos para a harmonia social numa área sensível como as dívidas bancárias. Nesta semana, o juiz de direito Yhon Tostes, titular da 1ª Vara de Direito Bancário, presidiu pessoalmente 180 processos judiciais em audiências conciliatórias realizadas no fórum local, de manhã e à tarde. "Este termo de parceria, com a realização até da intimação dos consumidores através de carta-convite oriunda do Judiciário, é inédito e gera a melhoria da aproximação entre todos os que possuem interesse em uma boa negociação, com vistas em resolver divergências na área dos consumidores de crédito bancário. No século 21, devemos estar abertos às diversas configurações de composição, como as plataformas virtuais - ODR ("consumidor.gov"); diferentes ambientes de conciliação judicial (CEJUSC); e novas formas de estímulo aos acordos extrajudiciais, pois a conciliação é sempre o melhor caminho por prestigiar o justo interesse das partes e evitar o inchaço desnecessário do sistema judicial", explica o magistrado (MEDEIROS, 2019, [n.p]).

⁶⁵ Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/juiz-suspende-acao-em-nome-do-dialogo-entre-as-partes-atraves-do-consumidor-gov-br->. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁶⁶ Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/varas-bancarias-de-joinville-realizarao-600-audiencias-na-semana-da-conciliacao>. Acesso em: 17 nov. 2021.

movimentaram R\$ 16 milhões⁶⁷, de 02 Dezembro 2016; (iv) **Juízes de Joinville imprimem celeridade aos feitos com o uso do consumidor.gov**⁶⁸, de 20 Abril 2017; (v) **Magistrado auxilia acordo entre consumidora e banco na plataforma Consumidor.gov.br**⁶⁹, de 26 Julho 2021.

O juiz não possui os dados desses eventos, realizados desde 2005, documentados estatisticamente, sendo que o atual sistema de informações (BI) do TJSC não fornece informações de audiências anteriores a 2015, o que impede um estudo mais aprofundado. O mutirão de conciliação mais recente do Bradesco foi realizado em 2019, mas de natureza extrajudicial. Contudo, o resultado alcançado pela 1ª Vara Bancária de Joinville no período estudado (que, como visto, é responsável, sozinha, por quase a metade dos acordos em todas as varas bancárias do Estado), é um reflexo da experiência e da visão diferenciada do magistrado em Análise Econômica do Direito.

5.2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE A EXPERIÊNCIA DA VARA REGIONAL DE DIREITO BANCÁRIO DA COMARCA DE RIO DO SUL

A Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Rio do Sul foi instalada em 18/01/2018 pela Resolução TJ n. 30, de 15 de dezembro de 2017, sendo a última vara especializada implantada no Estado⁷⁰.

O juiz Giancarlo Rossi assumiu a titularidade da unidade logo depois da sua implantação, e em fevereiro do mesmo ano já foram realizadas sessões de conciliação. Por ter apresentado bons índices de composição em audiência, optou-se por também realizar entrevista com o magistrado, na qual foram feitos os seguintes questionamentos: 1) O que levou o Sr. a realizar mutirões de conciliação de matéria bancária?; 2) Como são selecionados os processos para realização de audiência de conciliação (tipo de ação, fase, pedido da parte, parte envolvida)?; 3) Quem realiza o ato (juiz, CEJUSC)? Onde ocorrem as audiências?; 4) Que fatores o sr. acredita que foram relevantes para esse percentual de acordos

⁶⁷ Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/capital-e-joinville-sao-destaques-ao-promover-acordos-que-movimentaram-r-16-milhoes>. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁶⁸ Disponível em <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/juizes-de-joinville-imprimem-celeridade-aos-feitos-com-o-uso-do-consumidor-gov>. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁶⁹ Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/magistrado-auxilia-acordo-entre-consumidora-e-banco-na-plataforma-consumidor-gov-br>. Acesso em: 17 nov. 2021.

⁷⁰ Como já mencionado, atualmente, as Varas Bancárias estão passando por uma nova estruturação, as quais serão unificadas em uma única Unidade Regional de Direito Bancário, nos moldes da Resolução TJ n. 2, de 17 de março de 2021.

em audiência?; 5) Percebe-se que as audiências são concentradas em determinadas datas, numa espécie de mutirão. A Unidade continua realizando audiências de conciliação?

Rossi relatou que tem por conduta incentivar as partes no sentido da conveniência de composição amigável da lide, desde que exista efetiva vontade de compor. Por isso, somente designa a sessão de conciliação mediante solicitação de um dos litigantes ou de ambos, independentemente da fase do processo. Designação de ofício, diz o juiz, “já demonstrou não ser útil em Juízo privativo de Direito Bancário”.

As sessões de conciliação são realizadas por estagiários da unidade, supervisionados pelo magistrado, e ocorrem na sala de audiências do Juízo. Rossi identifica como fatores importantes para esse resultado “o interesse em compor daquele que solicitou a audiência judicial e veio a Juízo disposto a resolver o litígio, seja mediante parcelamento do débito ou redução de valores (credor), seja pelo esforço em se ver livre de ação judicial com dação de bens em pagamento ou repactuação da dívida (devedor)”.

Os mutirões voltaram a ser realizados pela unidade. Com o retorno do atendimento presencial, o juízo oportunizou mais uma semana de audiências em dezembro de 2021, englobando processos indicados pelas partes durante a Pandemia.

5.3 CONCLUSÃO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Da experiência das duas varas bancárias estudadas é possível extrair algumas conclusões, que serão balanceadas com sugestões extraídas da literatura.

(i) *interesse (cooperação)*: Ambos os magistrados relataram que sessões de conciliação que são designadas de ofício não alcançam bons resultados, há necessidade de que o interesse inicial em compor seja manifestado por pelo menos uma das partes, especialmente pela instituição financeira. No caso de Joinville, o próprio Banco Bradesco que seleciona os processos para submissão à audiência. Da mesma forma, na Regional de Rio do Sul, as sessões de conciliação somente são marcadas mediante requerimento expresso de um ou de ambos litigantes.

Como visto, o novo Código de Processo Civil tornou obrigatória, como regra, a realização de audiência prévia de conciliação em casos em que se admite a autocomposição. Contudo, desde a entrada em vigor do Estatuto, em 2016, o índice de conciliação no Poder Judiciário registra consecutiva redução (de 13,6% em 2016 para 13,5% em 2017; 12,7% em 2018; 12,5% em 2019 e 9,9% em 2020). Esse índice é calculado pela quantidade de sentenças homologatórias em relação ao total de sentenças/decisões terminativas no período. Apesar do

número de sentenças homologatórias de acordo ter crescido 5,6% no período (de 2016 a 2019), passando de 3.680.138 no ano de 2016 para 3.887.226 em 2019 (CNJ, 2020, p. 171), em termos globais, a redução se justifica pelo aumento das sentenças/decisões terminativas produzidas pelos juízes, cuja produtividade mostra elevação a cada ano, apesar de ser insuficiente para enfrentar o estoque. Como consequência, vê-se que a via do litígio continua sendo a opção prioritária e a introdução do modelo cooperativo e o fomento da conciliação/mediação pelo CPC/2015 não foi capaz, por si só, de alterar o comportamento das partes.

Como já antecipado, a designação da audiência do art. 334 antes da resposta do réu contribui para a assimetria de informações, colocando o autor em desvantagem para realizar um acordo. Sem que todas as cartas estejam apresentadas no momento dessa solenidade, o viés *otimista* do autor tende a aumentar e, com isso, reduzir a chamada *zona de acordo*, ainda que se possa considerar que em matéria bancária as teses são, como regra, padronizadas, trata-se de elemento a ser ponderado porque, a rigor, naquele momento processual, as provas e alegações de defesa não são conhecidas.

Na hipótese de assimetria de informação (que também é agravada pela falta de precedentes estáveis e bem definidos), a existência de um custo razoável para o processo é regra fundamental para incentivar o comportamento colaborativo da autocomposição. Nesse aspecto, o sistema nos moldes atuais não contribui.

Isso porque a justiça brasileira é barata para quem litiga e onerosa para a sociedade, que custeia cerca de 87% do custo do aparato judicial.

Nesse aspecto, Wolkart (2019) propõe um aumento substancial das custas judiciais e extinção do teto das custas. E justifica: no TJRJ, uma das cortes mais caras do país, o sentimento de 18% de chances de vitória justifica racionalmente o ajuizamento da ação⁷¹. Esse percentual de sucesso é muito baixo para movimentar uma máquina tão cara, pelo que propõe que a viabilidade seja elevada para 30%. Utilizando a fórmula da litigância a partir do exemplo já utilizado em capítulo anterior (dano de R\$ 50 mil, custos administrativos de R\$ 4 mil para ambas as partes — sendo R\$ 3 mil de honorários e R\$ 1 mil de aborrecimentos e outros custos — e honorários fixados pelo juiz em 10%) e fixando as chances mínimas em 30%, as custas judiciais deveriam ser elevadas dos atuais R\$ 1.500,00 para R\$ 10.714,28⁷².

⁷¹ Esse percentual foi obtido através da fórmula de litigância $Pa.Ua > Ca + Cl.(1-Pa)$ (WOLKART, 2019, p. 327-328).

⁷² Para chegar nesse valor (busca pelo Cl), Wolkart (2019) parte da fórmula de litigância $Pa.Ua > Ca + Cl.(1-Pa)$, que resulta em $0,3.50.000 > 4.000 + Cl.(1 - 0,30)$; $Cl > 15.714,28$. Como nos custos da litigância estão incluídos os honorários sucumbenciais, que no exemplo representam 10% de R\$ 50 mil, ou seja, R\$ 5 mil reais, deve ser descontado os R\$ 5 mil do Cl total de R\$ 15.714,28, o que resulta em R\$ 10.714,28 de custas

Esse é o valor que as custas judiciais deveriam ser cobradas para que “só valesse a pena ajuizar ações que tivessem no mínimo 30% de chances de procedência” (WOLKART, 2019, p. 440).

Para o autor, apesar de parecer alto, esse valor se justifica porque (a) é o montante “necessário para que seja racionalmente viável o ajuizamento de uma ação quando o sentimento de vitória do autor for de apenas 30%”, sendo que, devido ao otimismo, a chance de sucesso real é ainda menor; (b) como as custas serão suportadas pelo sucumbente, esse novo valor também criará “incentivos reais para que a outra parte (potencial réu) atue cooperativamente no sentido de buscar uma solução negociada em autocomposição”, tanto porque ações com pouca chance de êxito nem serão ajuizadas como pelo fato das ajuizadas ficarem restritas àquelas maior chance de sucesso, o que, aliado ao elevado valor das custas, ponderadas pela probabilidade de vitória, “criam uma ameaça capaz de impulsionar o próprio réu à propositura de um acordo (“credible threat”)” (WOLKART, 2019, p. 440-441).

A ideia, segundo o autor, é que para ações com pequena chance de vitória, “haja um verdadeiro incentivo para que o autor busque alguma forma de autocomposição, seja por acordo direto, seja pela mediação, mas sempre evitando o ajuizamento da ação” (WOLKART, 2019, p. 440), sendo que o acesso ao Judiciário está resguardado àqueles que não tenham condições de arcar com as custas pelo sistema de gratuidade da justiça⁷³. Além disso, Wolkart propõe uma visão diversa da ideia de justiça, ressaltando a perspectiva de que toda a sociedade está suportando custos maiores do que os R\$ 10.714,28 “para permitir que ações com quase nenhuma chance de sucesso sejam ajuizadas, muitas vezes pelas camadas mais abastadas da população”, ao passo que “a autocomposição é sempre a forma mais efetiva de realização da justiça, porque tem por base a solução negociada e aceita por ambas as partes” (WOLKART, 2019, p. 441).

Além disso, a estrutura de custas é equivocada.

Nos moldes atuais, as custas iniciais são integralmente antecipadas no ajuizamento da ação. Assim, no momento da audiência do artigo 344 do CPC, grande parte das custas processuais já terão sido pagas, o que aumenta o ânimo do autor de ir até o final do processo (como visto, pela abordagem clássica, não há expressiva economia futura com a autocomposição, pois as partes já contabilizaram os custos *esperados* com o processo, e pela economia comportamental existe uma tendência irracional da parte em prosseguir pelo fato do

processuais.

⁷³ Há diversos trabalhos apontando que a gratuidade da justiça, no sistema atual, contribui significativamente para o congestionamento do judiciário, contudo, considerando que o objeto da dissertação é o estudo dos incentivos para realização de acordos em audiência, não foi aprofundado nesse trabalho. Nesse aspecto, vale a leitura da tese de doutorado de Julio Cesar Marcellino Junior, elaborada em 2014 e intitulada de “O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade”.

custo já ter sido despendido, chamada de *falácia dos gastos a fundo perdido (sunk costs fallacy)*.

Essa concentração de custas processuais no início do processo, portanto, desestimula o comportamento cooperativo do autor em aceitar um acordo. Uma alteração no sistema de distribuição do pagamento das custas processuais ao longo do processo, sugere Wolkart (2019), a ser distribuída, por exemplo, entre o ajuizamento, o saneamento e o momento anterior à sentença, incentivaria a composição por meio de economia de recursos que ainda serão dispendidos (abordagem clássica), bem como reduz os efeitos da *sunk costs fallacy* em face necessidade de desembolsar novos valores.

Outra sugestão proposta pela literatura é distribuição das custas e sucumbência conforme a *oferta de acordo* rejeitada, ficando a parte discordante responsável pelo pagamento de 100% das custas incidentes sobre a diferença entre o valor oferecido e a sentença final, quando esta for menos favorável do que o valor ofertado⁷⁴. Pela regra da *offer-of-settlement* “a parte que rejeita um acordo fica sujeita a pagar os custos da litigância judicial ainda que obtenha sentença favorável, a depender da comparação entre o conteúdo da sentença e a proposta recusada” (BODART; FUX, 2019, p. 63 

Tal solução, segundo Wolkart (2019, p. 443), (a) proporciona um “óbvio incentivo para apresentação de uma proposta de acordo, já que ela funciona como uma espécie de seguro contra o pagamento de despesas processuais”, circunstância que apresenta expressiva relevância na hipótese das custas processuais terem valor elevado; (b) cria um “incentivo específico para o réu, funcionando como contrapeso ao seu comportamento tendente à tomada de risco”, pois, conforme comprovado pela *teoria da perspectiva*, o réu, ao contrário do autor, prefere a incerteza de um processo à certeza da perda decorrente da proposta de acordo que seja aceita pelo autor. Assim, “a única forma de estimular o réu à propositura de acordos é aumentando sobremaneira o risco de não o fazer, de modo que o *desconto* do risco seja sobrepujado pelo aumento de valor da *perda esperada*”.

Bordart e Fux (2019) acrescentam, ainda, que as regras da *offer-of-settlement* influenciam os próprios termos dos acordos. Para os autores:

Quando as partes possuem custos de litigância com magnitudes diferentes, há uma vantagem negocial em favor daquela que pode litigar com menor custo, pois terá menos a perder caso uma ação seja ajuizada. A perspectiva de suportar todos os custos de litigância por realizar uma proposta irreal ou recusa uma proposta legítima retira a vantagem de que disporia a parte com menores custos de litigância.

⁷⁴ Sobre o tema, ainda: SILVA NETO, Orlando Celso da. **Responsabilidade civil pela perda do tempo útil: tempo é um ativo indenizável?** Revista de Direito Civil Contemporâneo. N. 2. v. 4. p. 139-162. São Paulo: Ed. RT, jul.-set. 2015.

Dessa maneira, o valor do acordo aproximar-se-à do valor que seria esperado de uma sentença, significando que a regra do *offer-of-settlement* pode também corrigir outro problema presente em acordos: a diluição dos incentivos para obedecer a lei em relação à parte com maior poder de barganha (BODART; FUX, 2019, p. 65).

Uma proposta semelhante foi sugerida pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ, para o qual uma das medidas para limitação da utilização desnecessária e abusiva do Poder Judiciário seria a “regulamentação mais específica da litigância de má fé com majoração da pena por essa conduta e estabelecimento de rejeição a proposta de acordo dentro dos precedentes dos tribunais como um elemento caracterizador dessa infração” (CNJ, 2011, p. 28).

Outra sugestão é cobrança diferenciada das custas processuais no tocante aos litigantes habituais, nos quais se enquadram as instituições financeiras. Como viu-se, a punição é um ingrediente necessário para o estímulo de comportamento cooperativo, ao passo que “a ausência de punição ao *free rider* ocasiona diminuição contínua do nível cooperativo dos jogadores” (WOLKART, 2019, p. 525). Isso se dá porque se os demais jogadores perceberem que a postura do *free rider* não sofre repreensão, paulatinamente passam a adotar a mesma estratégia não cooperativa; por outro lado, em havendo punição, os demais participantes mantêm ou até aumentam seu nível de colaboração.

No caso da Justiça Brasileira, os custos são altamente subsidiados pelo Estado e o litigante habitual não paga nada a mais que o litigante eventual. Como enfrentamento desse quadro, partindo do trabalho de Benedik Hermann, Wolkart (2019) sugere que seja estabelecido um número de ações ajuizadas pelo período e, quando ultrapassado, o litigante passa a ser considerado como *habitual* e entrar em um regime diferenciado de custas processuais, que pode ser inclusive subdivido em *faixas de litigância*, com aumento proporcional. Esse valor excedente, por sua vez, não é reembolsável, nem mesmo na hipótese de resultar vencedor na demanda, justamente por ser “equivalente à punição capaz de sustentar os níveis cooperativos nos experimentos de Benedik Hermann” (WOLKART, 2019, p. 527). 

Poder-se-ia ir além, inclusive, e tratar às custas de determinadas matérias de forma diferenciada, a fim de estimular que outros meios de conciliação autônomos sejam eleitos prioritariamente, a exemplo das ações busca e apreensão de veículos ou reintegração de posse. A proposta, é claro, depende uma alteração legislativa e um estudo matemático mais aprofundado sobre se chegar ao valor ótimo das custas processuais nessa nova modelagem, mas é factível de implementação.

(ii) *preposto*: outra informação relevante diz respeito ao papel representante do Banco, que deve ter conhecimento da causa e efetivo poder de negociar valores ou outras condições de pagamento (ou que tenha um canal aberto para isso), do contrário, a audiência se torna uma mera solenidade. No caso de Joinville, os mutirões que registraram índice superior a 90% de acordos eram realizados por uma equipe de conciliadores do Banco da matriz de São Paulo ou por preposto que tinha um canal com a matriz para os casos em a “alçada” fosse ultrapassada. Além disso, Tostes destacou que os prepostos do Banco Bradesco “tem interesse na realização do acordo que valoriza sua atuação profissional, não em ganhos com honorários, como os advogados”, o que contribui para o resultado positivo dos acordos.

Uma recente pesquisa realizada na 3ª Vara Bancária da Capital, fruto do estudo de caso do Programa de Mestrado Profissional desta Instituição, de autoria de Bernardo Luiz Wissel (2019), entrevistou cinco devedores (pessoa física) que foram intimadas para a sessão de conciliação. Todas relataram que “nas audiências os conciliadores nada mais fazem do que perguntas retóricas às quais a resposta é sempre a mesma pela parte dos credores: não há acordo”, e que, em suas perspectivas, resultou “um momento processual inócuo, cujo único efeito foi mobilizar pessoas humildes para terem, na maioria dos casos, o primeiro contato com o Poder Judiciário. E a grande expectativa que tinham alimentado por esse momento foi frustrada em poucos minutos” (WISSEL, 2019, p. 78).

Apontaram, ainda, a falta de disposição das instituições bancárias em fazer acordos. **“Nenhuma proposta apresentada foi sequer analisada porque os representantes dos bancos já tinham decisão de não negociar antes mesmo da audiência. Pouco ou nada poderiam fazer os devedores”** (WISSEL, 2019, p. 79, grifo nosso). Os entrevistados relataram que no primeiro momento tiveram expectativa de solucionarem suas dívidas, mas depois “perceberam que se tratava apenas de um procedimento padrão no qual a possibilidade de negociação era igual ou pior do que aquela que havia no contato direto com o credor, fora da instância judicial” (WISSEL, 2019, p. 80).

Sabe-se que alguns Bancos contam com assessoria jurídica própria enquanto outros terceirizam a atividade para escritórios particulares, os quais, muitas vezes, tem pouco contato com a gerência regional/matriz e, portanto, gozam de pouco poder de negociação, tornando a sessão de conciliação uma mera formalidade. O enfrentamento deste problema, contudo, está vinculado ao item que será tratado a seguir.

(iii) *canal de entendimento entre as instituições*: Pela experiência da 1ª Vara Bancária de Joinville, a existência de um canal de acesso com a alta cúpula do Banco foi determinante para alto índice de composição.

Mesma constatação é relatada por Marcelo Guedes Nunes (2019b). Na obra *Jurimetria*, relata que com a publicação da lista dos 100 maiores litigantes do CNJ, percebeu-se que a solução para o entupimento dos tribunais passava também pela criação de um canal de entendimento com essas entidades, de forma que combate do problema da *hiperlitigiosidade* não se restringia aos juízes e legisladores. Os grandes litigantes também precisavam rever suas práticas internas para enfrentamento as causas subjacentes a este colossal volume processual.

Uma parte significativa dos problemas, diz o autor, “poderia ser resolvida se apenas quinze dessas cem pessoas sentassem em uma mesa para uma conversa franca com o Poder Judiciário” (NUNES, 2019b, p. 22). E foi exatamente o que aconteceu, conclui.

O desconforto decorrente da inclusão dos seus nomes na lista e o receio de uma represália incentivou uma salutar corrida entre os grandes litigantes para reduzir essa massa de processos. O Banco Itaú, por exemplo, promoveu uma revisão em suas práticas internas de gestão para distinguir processos nos quais o banco possuía um real Direito a ser defendido, daqueles outros nos quais um erro contra o cliente havia sido efetivamente cometido. Para esses últimos casos, foi instituída uma política chamada defesa do acordo, em que o objetivo do banco não era vencer a ação, mas obter uma composição amigável com o cliente. Também a Caixa Econômica Federal iniciou uma política de desistência de recursos propostos contra teses contrárias já pacificadas nos tribunais superiores e que haviam sido interpostos apenas para cumprir o dever institucional de recorrer até o fim.

Tostes narrou que alto percentual de acordos “não acontece com as demais instituições financeiras em razão de que nunca consegui um contato que gerasse essa alçada diferenciada e que facilita e muito a negociação”.

Assim, a aproximação entre as instituições que possibilite um diálogo aberto com os Bancos (pelo menos com os que figuram como maiores litigantes) nos parece decisivo para a virada de chave no que diz respeito ao baixo índice de composição. Trata-se de medida inclusive necessária para fomentar parcerias como a de iniciativa do juiz Yhon Tostes na realização de mutirões extrajudiciais, custeados pelas instituições financeiras, mas acompanhados pelo Judiciário, uma excelente ferramenta para desonerar o Judiciário em termos de acesso (número de litígios) e de custos.

(iv) *bom produto*: é preciso que a oferta agrade e atenda as possibilidades do consumidor. Uma margem diferenciada de alçada para negociação, capaz de reduzir valores e ofertar condições de pagamento parcelado, apresentada por profissionais do banco com potencial para negociar, geram inegavelmente um índice maior de acordo.

É importante destacar que a solvência da parte é um fator a ser ponderado para o êxito do acordo. Existe uma vasta extensão de clientes bancários em quadro de

superendividamento⁷⁵, cuja renda mensal já está altamente comprometida. Tal fator não é considerado no modelo de litigância de Shavell, que embasa o presente estudo, mas é evidenciado nas informações dos magistrados Yhon Tostes e Giancarlo Rossi, os quais ponderam a importância de um bom produto (que seja adequado às condições financeiras do mutuário), aliado a um esforço deste em querer encerrar a pendência financeira, para que o acordo seja viável.

(v) *figura do juiz mediador*⁷⁶: outro fator que impacta no resultado positivo da conciliação está atrelado ao fato das sessões de conciliação serem conduzidas por um magistrado altamente experiente em negociações e com uma visão diferenciada da AED, ou seja, com conhecimento dos possíveis incentivos para a conclusão da composição. O juiz conhece o regramento legal aplicável e as possíveis condições de “alçada” do banco e do próprio consumidor (através do uso dos sistemas de pesquisa de bens e valores), atuando na busca de um denominador comum que agrade a todos.

Nesse contexto, uma pesquisa encomendada pelo CNJ, em 2011, e realizada pela Pontifícia Universidade do Rio Grande do Sul – PUC/RS por meio de entrevistas realizadas com agentes internos (juizes e desembargadores) e externos (advogados, pessoas jurídicas e pessoas físicas), intitulada de *Diagnóstico sobre o progressivo aumento das demandas judiciais cíveis no Brasil, em especial das demandas repetitivas bem como da morosidade da Justiça Civil*, apontou como uma das facetas que concorrem para a realização de acordos “a importância de agentes mediadores capazes de mostrar às partes envolvidas as alternativas de saída do conflito pela via de uma composição e os potenciais ganhos” (CNJ, 2011, p. 15)

Os cinco fatores apontados estão relacionados entre si e somados, apontam possíveis incentivos para o comportamento cooperativo das partes em busca da autocomposição.

⁷⁵Sobre o tema, vale a leitura de WISSEL, B. L. **Superendividamento e conciliação**: estudo de caso sobre o tratamento judicial concedido ao superendividado na 3ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis/SC. 2019. 103 f. Dissertação (mestrado profissional) - Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/214805/PDPC-P0030-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 nov. 2021.

⁷⁶ Uma solução extrajudicial para conflitos bancários está na figura do ombudsman bancário. O ombudsman é uma pessoa não ligada à instituição, no caso da experiência Alemã é geralmente um juiz aposentado, que tem a responsabilidade de emitir parecer a respeito do caso. Ele recebe por escrito a reclamação do cliente bancário e emite seu parecer, que, em sendo favorável ao consumidor, vincula o banco. Em sendo desfavorável, o consumidor pode demandar judicialmente. Na Alemanha, o sistema é mantido como atividade privada (uma espécie de Febraban), sem ônus para o Estado. Sobre o tema, vale a leitura de Cardoso (2018).

6 CONCLUSÃO

Demonstrou-se neste trabalho que a justiça brasileira é barata para quem litiga e onerosa para a sociedade, que custeia cerca de 87% do custo do aparato judicial. Esse enorme subsídio estatal revela um evidente incentivo aos chamados *free riders*, que são aqueles que usam o bem comum de modo excessivo (no caso do judiciário, os litigantes habituais), contribuindo para o seu esgotamento, pois inexistente qualquer tipo de punição no nosso sistema contra essa postura.

Também evidenciou-se que os Bancos lideram o ranking das ações ajuizadas na Justiça Estadual, representando 12,95% dos processos não criminais em 2011 no país (CNJ, 2012) e 9,60% do acervo total de processos de primeiro grau existente no Tribunal de Justiça de Santa Catarina até 12/11/2021 (NUMOPEDE, 2021)⁷⁷, ficando atrás apenas da administração pública.

A partir da metodologia da análise econômica do direito, foi demonstrado, por meio de fórmulas matemáticas, **como alcançar o valor de reserva do autor, que corresponde ao valor mínimo que estaria disposto a receber para compor, e do réu, relacionado com** o valor máximo disposto a pagar para não prosseguir no litígio, identificando que, pela abordagem clássica da juseconomia, os acordos são viáveis quando, pressupondo a neutralidade do risco, o valor de reserva do autor for menor que o valor de reserva do réu, que é chamada de “zona de acordos” (*settlement range*) 

Concluiu-se, neste tópico, que quanto maiores os custos do processo, maior o incentivo para a realização de acordos e, de outro lado, quanto maior a diferença de expectativas (incerteza somada ao otimismo) em relação ao resultado do processo, menor o incentivo para a realização de acordos.

Para a abordagem clássica da juseconomia, a assimetria da informação é considerada a principal causa do insucesso da autocomposição, podendo decorrer tanto da incerteza das partes sobre os fatos, como sobre o direito, e a opção do artigo 334 do CPC/2015 pela realização da audiência antes do oferecimento da contestação, nesse ponto, contribui para o problema, pois coloca o autor em desvantagem para realizar um acordo. Sem que todas as cartas estejam apresentadas no momento dessa solenidade, o *viés otimista* do autor tende a aumentar e, com isso, reduzir a chamada *zona de acordo*.

Na hipótese de assimetria de informação (que também é agravada pela falta de precedentes estáveis e bem definidos), a existência de um custo razoável para o processo é

⁷⁷ Informações obtidas pelo NUMOPEDE e fornecidas por e-mail.

regra fundamental para incentivar o comportamento colaborativo da autocomposição. Nesse aspecto, o sistema nos moldes atuais também não contribui, seja pelo elevado subsídio estatal como pela forma de distribuição das custas processuais, que são totalmente antecipadas no ajuizamento da ação.

A linha da Economia Comportamental, por sua vez, aponta a existência do *viés otimista* das partes, que acabam por superestimar suas respectivas chances de êxito e aumentar o hiato de expectativas. E quanto mais incerteza, maior o otimismo. E quanto maior o otimismo, menor a *zona de acordo*.

Além disso, a *Behavioral law and economics* tem uma análise diferenciada em relação ao risco. Enquanto o modelo tradicional considera que, em média, as pessoas são avessas ao risco, tendo por fundamento a *teoria da utilidade esperada*, a abordagem comportamental baseia-se na *teoria da perspectiva (prospect theory)*, reconhecendo que “as pessoas dão *pesos emocionais* diferentes para eventos prováveis e eventos certos, conferindo mais valor à certeza do que à probabilidade” (WOLKART, 2019, p. 425). A pesquisa empírica realizada por Jeffrey Rachlinski comprova que o comportamento humano de aversão ao risco vale apenas para situações de ganho. Para situações que implicam potencial perda, existe uma preferência para assumir riscos para tentar evitar a certeza da perda.

Verificou-se, portanto, que a escolha de realizar um acordo ou prosseguir no litígio não pode ser analisada estritamente sob o ângulo da racionalidade. Existem outros vieses cognitivos (e também da neurociência) que influenciam na tomada de decisão. O estudo apresentou algumas das principais diretrizes da literatura, mas não esgota todas as possibilidades até então estudadas. As fórmulas apresentadas, contudo, dão uma direção não apenas para compreender quando será viável a realização de um acordo, mas também para entender as limitações racionais que impedem a sua concretização e que incentivos podem ser criados para alterar esse quadro. Os vieses cognitivos, por sua vez, ajudam a compreender a razão do insucesso dos acordos que são racionalmente bons para as partes.

A busca pela autocomposição, por sua vez, é um comportamento cooperativo por excelência. O objetivo do legislador quanto à cooperação está claro no artigo 6º do CPC/2015: incentivar que todos os sujeitos do processo cooperem entre *si para que se obtenha, em tempo razoável, tutela jurisdicional justa e efetiva*.

Conforme a doutrina de processo civil majoritária, a cooperação pode ser observada no processo civil sob basicamente dois enfoques, ligados entre si: como modelo e como princípio. Como modelo, é um reflexo do atual Estado Democrático de Direito, que impõe um efetivo diálogo e participação das partes e do juiz ao longo do processo, em verdadeira

comunidade de trabalho. Esse modelo pressupõe a existência tanto do princípio da boa-fé como do princípio da cooperação. Há um redimensionamento do princípio do contraditório, como direito de influência, do qual participam todos os sujeitos processuais, incluído aí o juiz. Como princípio, a cooperação se estrutura a partir de certas regras a serem observadas pelo juiz na condução do processo, quais sejam, os deveres de esclarecimento, de diálogo, de prevenção e de auxílio para com os litigantes.

Apresentou-se, contudo, a releitura feita por Wolkart (2019), para quem a cooperação deve ser entendida como a *união de esforços* na busca de um sistema de justiça que seja capaz de ofertar tutelas justas, efetivas e em tempo razoável. No mundo ideal, diz o autor, significa dizer que (i) “juízes devem observar precedentes obrigatórios e decidir de maneira fundamentada, respeitados o contraditório e ampla defesa, buscando prover a efetivar a tutela de mérito em tempo razoável” e que (ii) advogados e partes devem buscar a autocomposição como prioridade e, caso não seja possível, “devem evitar demandas frívolas, alegações genéricas ou contraditórias e atos protelatórios (aí incluídos recursos desnecessários), cumprindo com exatidão e rapidez as determinações judiciais” (WOLKART, 2019, p. 231).

Ocorre que a cooperação não se dá por vínculos de solidariedade e, no mundo real, a prevalência do comportamento cooperativo depende da presença de incentivos normativos específicos que tornem esse comportamento vantajoso para todos os sujeitos processuais. Pelo *dilema do prisioneiro* demonstrou-se que a conduta não colaborativa tende a prevalecer e, como evidenciado pela pesquisa de Axelrod (1984), a punição figura como a principal premissa para promoção do comportamento cooperativo.

No tocante aos acordos bancários, foi verificado que entre 18/1/2018 e 17/3/2020 foram realizadas 963 audiências em todas as 12 varas de direito bancário instaladas no Estado, das quais somente 75 resultaram em acordo, o que representa uma taxa de sucesso de 7,79%. Destas, dez unidades bancárias tiveram taxa de acordos igual ou inferior a 4%, ao passo que a 1º Vara de Direito Bancário da Comarca de Joinville foi responsável, sozinha, por quase metade dos acordos em audiências bancárias no Estado (48%), seguido da Vara Regional de Direito Bancário da Comarca de Rio do Sul, com 38,66%.

Em resposta ao objeto do estudo, foi possível identificar que o sucesso dessas unidades está atrelado a cinco fatores, nomeados como (i) *interesse (cooperação)*; (ii) *preposto*; (iii) *canal de entendimento entre as instituições*; (iv) *bom produto* e (v) *figura do juiz mediador*.

Conclui-se que sessões de conciliação que são designadas de ofício não alcançam bons resultados, há necessidade de que o interesse inicial em compor seja manifestado por pelo menos uma das partes, especialmente pela instituição financeira. E para criar incentivos para que os acordos sejam *interessantes*, foram propostas algumas soluções extraídas da literatura no tocante às custas processuais (valor mínimo para ajuizamento de ação em que as chances de sucesso sejam de pelo menos 30%), formas de distribuição conforme a fase do processo, bem como a regra da *offer-of-settlement*, na qual “a parte que rejeita um acordo fica sujeita a pagar os custos da litigância judicial ainda que obtenha sentença favorável, a depender da comparação entre o conteúdo da sentença e a proposta recusada” (BODART; FUX, 2019, p. 63).

Outra sugestão apresentada diz respeito à cobrança diferenciada das custas processuais no tocante aos litigantes habituais, nos quais se enquadram as instituições financeiras. Como foi pode-se verificar, a punição é um ingrediente necessário para o estímulo de comportamento cooperativo. Sugere-se que seja estabelecido um número de ações ajuizadas pelo período e, quando ultrapassado, o litigante passa a ser considerado como *habitual* e entrar em um regime diferenciado de custas processuais, que pode ser inclusive subdivido em *faixas de litigância*, com aumento proporcional.

Entende-se, ainda, que a aproximação entre as instituições que possibilite um diálogo aberto com os Bancos (pelo menos com os que figuram como maiores litigantes) parece decisiva para a virada de chave no que diz respeito ao baixo índice de composição.

Posto isso, o trabalho, longe de exaurir a discussão sobre o tema, pretende contribuir para o debate de soluções para o combate ao congestionamento judiciário por meio do fomento da autocomposição em matéria bancária.

REFERÊNCIAS

- AXELROD, R. **The Evolution of Cooperation**. New York: Basic Books, 1984.
- BAGGENSTOSS, G. A. Breves considerações acerca da análise econômica do processo judicial. In: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PINTO, Felipe Chiarello de Souza; GONÇALVES, Everton das Neves (Orgs.). **Direito e economia I**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, v. 1, p. 436-452, 2014.
- BARREIROS, L. M. S. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- BERZOTTI, R. A. **“tragédia da justiça”?: um estudo conceitual do judiciário como bem econômico**. 2020. Dissertação (Mestrado) – Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/themes/Mirage2/pages/pdfjs/web/viewer.html?file=http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29559/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Rafael%20Berzotti.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 16 set. 2021.
- BODART, B.; FUX, L. **Processo civil & análise econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- BORBA, R. R. T.; SINAY, R.; TEIXEIRA, P. F. A análise econômica do direito na axiologia constitucional. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, n. 42, p. 181-222, dez. 2014. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/3685>. Acesso em: 26 nov. 2021.
- BRONSTEEN, J. S. Thoughts About the Economics of Settlement. **Fordham Law Review**, v. 78, n. 3, p. 1129-1141, 2009. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/2>. Acesso em: 11 nov. 2021.
- BUENO, C. S. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- CALABRESI, G. Some Thoughts on Risk Distributions and the Law of Torts. **The Yale Law Journal**, v. 70, 1961.
- CÂMARA, A. F. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- CARDOSO, C. **O Ombudsman bancário: uma solução extrajudicial de conflitos**. São Paulo: Almedina, 2018.
- COASE, R. The Problem of Social Cost. **Journal of Law and Economics III**. Chicago: Chicago University, p. 1-44, 1960.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Demandas Repetitivas e a Morosidade na Justiça Cível Brasileira**. Brasília, 2011. Disponível em:

<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/f7b1f72a0d31cc1724647c9147c4b66b.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília, 2012. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2020**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2021.

COOTER, R.; ULEN, T. **Law and Economics**. 6. ed. Berkeley: Berkeley Law Books, 2016.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil**. v. 1. 18. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

ELSTER, J. Rational Choice History: A Case of Excessive Ambition. **The American Political Science Review**, v. 94, n. 3, p. 685-695, set. 2000. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/2585842>. Acesso em: 26 nov. 2021.

FALCÃO, J. *et al.* **I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10312/1%20Relat%c3%b3rio%20Supremo%20em%20N%c3%bAmoros%20-%20O%20M%c3%bAltiplo%20Supremo.pdf?sequence=5&isAllowed=y>. Acesso em: 28 out. 2021.

FUX, R. A evolução da Análise Econômica do Direito no Brasil. **Justiça Cidadã**, Rio de Janeiro, nov. 2018. Disponível em: <https://editorajc.com.br/a-evolucao-da-analise-economica-do-direito-no-brasil/>. Acesso em: 23 out. 2021.

GALDINO, F. Introdução à análise econômica do processo civil (I). **Revista Quaestio Juris – UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n.1, p. 171-203, 2005.

GALLO, E. R. da S. Teoria da decisão: o desenvolvimento do pensamento econômico da racionalidade à subjetividade. **História Econômica & História de Empresas**, v. 24, n. 2, p. 531-564, jun. 2021. Disponível em: <https://www.hehe.org.br/index.php/rabphe/article/view/768>. Acesso em: 25 nov. 2021.

GICO JÚNIOR, I. T. **A tragédia do judiciário**: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário. 2012. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2012. Disponível em: https://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/13529/1/2012_IvoTeixeiraGicoJunior.pdf. Acesso em: 23 nov. 2021.

GICO JÚNIOR, I. T. Anarquismo Judicial e Teoria dos Times. Edição: ABDE e UCB. **Economic Analysis of Law Review**, v. 4, n. 2, p. 269-294, jul./dez. 2013.

GICO JÚNIOR, I. T. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163-198, set. 2014.

GICO JÚNIOR, I. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2018. Disponível em: <https://statics-shoptime.b2w.io/sherlock/books/firstChapter/78158737.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2021.

GICO JUNIOR, I. T. A natureza econômica do direito e dos tribunais. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 9, n. 3 p. 12-39, 2019.

GOULART, B. B. **Análise Econômica do Litígio**: entre acordos e ações judiciais. Salvador: Ed. Juspodivm, 2019.

HARDIN, Garret. The Tragedy of the Commons. **Science**, v. 162, n. 3859, p. 1243-1248, dez. 1968. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/sci/162/3859/1243.full.pdf>. Acesso em: 4 out. 2021.

JOLLS, C. Behavioral Economics Analysis of Redistributive Legal Rules, **Vanderbilt Law Review**, v. 51, p. 1653-1677, 1998. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2339&context=fss_papers. Acesso em: 9 nov. 2021.

KAHNEMAN, D.; LOVALLO, D. Delusions of Success: How Optimism Undermines Executives Decisions. **Harvard Business Review**, jul. 2003. Disponível em: <https://hbr.org/2003/07/delusions-of-success-how-optimism-undermines-executives-decisions?language=pt>. Acesso em: 9 nov. 2021.

LEAL, R. G. **Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais**: aspectos introdutórios. Brasília: ENFAM, 2010.

MACKAAY, E.; ROUSSEAU, S. **Análise econômica do direito**. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MARDEN, C.; WYKROTA, L. M. Neurodireito: o início, o fim e o meio. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n. 2, p.48-63, 2018.

MARINONI, L.; ARENHARDT, S.; MITIDIERO, D. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDEIROS, Â. Assessoria de Imprensa/NCI. Parceria entre Judiciário e banco viabiliza negociação de quase três mil dívidas. **Poder Judiciário de Santa Catarina**, Florianópolis, 9 maio 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/parceria-entre-judiciario-e-banco-viabiliza-negociacao-de-quase-tres-mil-dividas>. Acesso em: 26 nov. 2021.

MENDONÇA, D. N. **Análise econômica da responsabilidade civil: o dano e a sua quantificação**. São Paulo: Atlas, 2012

MYERSON, R. B. **Game theory: analysis of conflict**. Harvard, 1997. Disponível em: http://www.ru.ac.bd/stat/wp-content/uploads/sites/25/2019/03/405_06_Myerson_Game-Theory_-Analysis-of-Conflict-Harvard-University-Press-1997.pdf. Acesso em: 11 nov. 2021.

NUNES, D. Processo Civil, Vieses cognitivos e tecnologia: alguns desafios. In: OLIVEIRA, P. M. de; LUCON, P. H. dos S. (Coords.). **Panorama atual do novo CPC: 3**. 1. ed. São Paulo: Tirante Brasil, 2019a.

NUNES, M. G. Jurimetria: como a estatística pode reinventar o Direito. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019b.

O USO DA JUSTIÇA E O LITÍGIO NO BRASIL. Relatório encomendado pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Coordenação Maria Tereza Sadek. Disponível em: <https://cpj.amb.com.br/wp-content/uploads/2021/05/2015-O-uso-da-justica-e-do-litigio-no-Brasil.pdf>. Acesso em: 28 out. 2021.

OLIVEIRA, C. A. Á. de. Poderes do Juiz e visão cooperativa do Processo. **Mundo Jurídico**, 2003. Disponível em: <https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/18154-18155-1-PB.htm>. Acesso em: 2 fev. 2021.

PAULA FILHO, A. M. A. de; GOMES NETO, J. M. W. Para além dos fundamentos da decisão judicial: análise empírica da influência do perfil do réu sobre a decisão que dispensa as audiências obrigatórias de conciliação e mediação no início do processo (art. 334, CPC). **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 19, n. 31, p. 127-153, maio/ago. 2021.

POSNER, R. A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, v. 2, n. 2, p. 399-458, 1973. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/724058>. Acesso em: 19 out. 2021.

ROS, L. da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. **Observatório de elites políticas e sociais do Brasil**. v. 2, n. 9, p. 1-15, 2015. Disponível em: http://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2017/09/newsletter_observatorio_v.2_n.9.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021.

ROSA, A. M. da; LINHARES, J. M. A. **Diálogos com a law & economics**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SANTA CATARINA. Decreto nº 515, de 17 de março de 2020. Declara situação de emergência em todo o território catarinense, nos termos do COBRADE nº 1.5.1.1.0 – doenças infecciosas virais, para fins de prevenção e enfrentamento à COVID-19, e estabelece outras providências. **Diário Oficial Estadual**, Florianópolis/SC, mar. 2020. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=390995>. Acesso em: 26 nov. 2021.

SHAVELL, S. **Foundations of economic analysis of law**. Includes bibliographical references and index. Cambridge, Massachusetts; London, England, 2004.

THEODORO JÚNIOR, H. *et al.* **Novo CPC - Fundamentos e Sistematização**. 3. ed. Grupo GEN, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530970406/>. Acesso em: 13 nov. 2021.

TIMM, L. B. A tragédia da Justiça: não existe Justiça de graça. **Jota**: Coluna da Abde, 29 nov. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/a-tragedia-da-justica-nao-existe-justica-de-graca-29112018>. Acesso em: 23 nov. 2021.

VASCONCELOS, C. E. de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

WISSEL, B. L. **Superendividamento e conciliação**: estudo de caso sobre o tratamento judicial concedido ao superendividado na 3ª Vara de Direito Bancário da Região Metropolitana de Florianópolis/SC. 2019. 103 f. Dissertação (mestrado profissional) - Programa de Pós-Graduação Profissional em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/214805/PDPC-P0030-D.pdf?sequence=-1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 nov. 2021.

WOLKART, E. N. **Análise econômica do processo civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.

APÊNDICES

APÊNDICE A – ENTREVISTA COM O JUIZ YHON TOSTES – REALIZADA EM

23/6/2021

1) O que levou o Sr. a realizar mutirões de conciliação de matéria bancária?

R: Em 2005, quando era juiz na Comarca de Lages, estimulado pela leitura do livro do Flávio Galdino, publicado na época, comecei a me interessar pelo estudo da análise econômica do direito (AED). Anos depois, foi inclusive o tema de aprofundamento na minha dissertação.

Passado algum tempo, já na titularidade da Vara Bancária de Joinville, fui procurado pelo Superintendente do Setor de Recuperação de Créditos do Bradesco, Dr. Clóvis, já falecido, que solicitou um impulsionamento dos processos que estavam parados, especialmente na área de crédito imobiliário. Expliquei que estava assumindo a unidade (na época com mais de 20 mil ações) e que entendia que o pedido era pertinente (existiam processos parados há mais de 10 anos), mas a única solução que me parecia mais célere seria tentar a via do acordo, porém, minha experiência é que as instituições financeiras não eram boas e sempre vinham com a desculpa de “alçada” e só se perdia tempo nas audiências conciliatórias. Então ele me falou brincando que a “alçada” era ele e que se eu fizesse um mutirão iria perceber como o Banco tinha boa vontade. Diante da situação, fiz uma proposta inicial de submissão de 100 processos a escolha do Banco e, caso houvesse uma margem de 80% de acordos, os demais processos seriam julgados em 30 dias. Na verdade, acreditava que nem passariam dos 10% e eu “resolveria” meu problema com fidalguia e boa vontade. Para minha alegria e surpresa, naquele primeiro mutirão com a presença do Dr. Clóvis e de sua equipe de conciliadores toda da matriz de São Paulo foi registrado um percentual superior a 90% de acordos. Foi então que percebi que havia um real interesse daquela instituição em compor e, com esse canal aberto e a partir dos meus estudos em AED, passei a realizar eventos semelhantes. E, obviamente, cumpri a minha parte e julguei os 10% dos processos restantes em 30 dias.

2) Quando ocorreu o primeiro mutirão com o Bradesco e com qual frequência era realizado?

R: Em 2005, meses depois da instalação da 5ª. Cível, que mais tarde foi transformada em 1ª. Vara de Direito Bancário. Não tenho a data exata.

3) O Sr. possui os dados estatísticos desses eventos?

R: Não, infelizmente não me organizei para documentar esses eventos. A correria era grande e jamais achei que isso se tornaria um case especial de mutirões.

4) Quais os fatores que o Sr. acredita terem sido determinantes para esse alto índice de composição?

R: Basicamente, o meu índice de acordo em mutirões gira acima de 90%. Mas os mutirões que resultam nisso são sempre realizados com o Banco Bradesco S/A que há mais de 15 anos realiza mutirões com a minha unidade (e depois com a 2a. VDB), e vem com uma "alçada" superior ao da gerência regional local, autorizada pela Matriz em São Paulo. E, se a "alçada" for atingida, em casos excepcionais, o preposto liga para São Paulo pedindo autorização para ultrapassar. Tivemos casos também de dívidas de milhões de empresas que foram levadas para o "comitê" (diretoria executiva do Banco) e se realizou o acordo extrajudicialmente. As audiências são sempre realizadas por mim, no meu próprio gabinete, para gerar uma atmosfera mais amistosa e facilitar a negociação. Os processos são de livre escolha da instituição financeira exatamente em razão de que eles fazem a pré análise da situação do devedor e a proposta que será realizada. Peço sempre ao Banco que não tragam processos que sabidamente a parte não tem condições de pagar alguma coisa pois não tiramos leite de pedra. Mas às vezes as instituições surpreendem e fazem margem de acordo girando em torno de 99% de desconto e o saldo parcelado. Mas são dívidas antigas e situações excepcionais, especialmente sem garantia.

Isso não acontece com as demais instituições financeiras em razão de que nunca consegui um contato que gerasse essa alçada diferenciada e que facilita e muito a negociação (temos até uma linha direta com a matriz para situações excepcionais em que é consultado se pode ser extrapolada a margem autorizada além de haver um relacionamento já estabelecido com os negociadores diante do tempo que realizamos as audiências juntos).

É algo com resultados bem diferenciados. Para se ter ideia, antes da Pandemia, encaminhamos cerca de mil ações para o CEJUSC de todas as instituições financeiras (com exceção do Bradesco). Não deu nem 05% de acordo. Ou seja, não é má vontade ou falta de técnica. É "produto" ruim (oferta que não agrada e nem atende as possibilidades do consumidor). O que demonstra que a presença do juiz e uma margem diferenciada apresentada por profissionais de dentro do Banco vindo negociar geram inegavelmente um índice maior de acordo. Vale dizer que não sofremos do problema de "*rent seeking*" no que diz respeito aos honorários advocatícios. O preposto do Banco tem interesse na realização do acordo que valoriza sua atuação profissional, não em ganhos com honorários, como os advogados. A meu ver, essas

diferenças impactam no resultado positivo. As audiências são longas. Tem dias que nem almoço pois começam de manhã e vão até à noite bem depois do expediente. Exatamente para que eu possa explicar com calma tudo para os consumidores de crédito bancário e eles possam analisar o custo-benefício de realizar ou não o acordo. Como a proposta costuma ser "irrecusável" diante da margem de desconto e jamais eles receberam alguma proposta semelhante antes (e se não fizerem não será renovada), a aceitação também se justifica. Há um enorme respeito pela situação do consumidor e eu próprio tenho uma tabela em que realizo inúmeras simulações tentando achar um valor e parcelas que se adequem ao limite orçamentário do devedor. E procuro sempre evitar que eles aceitem propostas que percebo que não cabem no orçamento, evitando assim uma inadimplência posterior. Tudo é muito bem explicado, com absoluta transparência e calma.

5) Como eram realizadas as audiências?

R: Para criar um ambiente mais pessoal e distensionado, as audiências de conciliação eram realizadas dentro da minha sala. Percebi que não bastava apenas uma boa proposta por parte do Banco, era necessário gerar um ambiente descontraído e ganhar a confiança do mutuário, circunstância fundamental não apenas para realizar o acordo, mas para evitar que fosse posteriormente descumprido (nos acordos sempre há uma cláusula de retomada da dívida original no caso de inadimplemento, mas o descumprimento não chegou a 20%). Cada audiência durava cerca de 1 hora. Muitas vezes eu saía da minha sala para conversar com quem estava esperando, justificando o atraso, e as partes normalmente aguardavam pois eu explicava que a demora era para tentar ajudar e que na sequência eles também seriam.

Além disso, eu tinha uma noção qual o valor o Banco hipoteticamente poderia chegar, pois possuem compensações tributárias para créditos inadimplidos há mais de 5 anos e, dependendo da época do ano, metas a bater para melhoria de seu balanço financeiro. Eu também fazia uso das ferramentas de pesquisa de bens, como Renajud e BacenJud, para chegar no real potencial de pagamento do mutuário, o que contribuía para a composição.

6) O Sr. tentou realizar esses tipos de eventos com outras instituições?

R: Tentei replicar o evento com processos do Banco do Brasil, mas os acordos não chegaram a 30%, essencialmente por problema de alçada (audiências eram acompanhadas por advogados sem grande poder de alçada e muitas vezes sem conhecimento do próprio processo e da situação do consumidor).

Também tentei, a pedido do atual Ministro Buzzi, ampliar o Mutirão do Bradesco para as demais Varas Bancárias na época em que ele estava na Comissão do TJSC que cuida dos mutirões. Contudo, pelo que me informaram posteriormente, apesar de todo o esforço para explicar como funcionava em Joinville, a maioria das audiências foram realizadas pelas assessorias e não se alcançou um índice expressivo de acordos (acho que não se chegou a 50%).

7) Houve a tentativa de realizar mutirões por intermédio do CEJUSC?

R: Em 2019, foram selecionados cerca de 1.000 (mil) processos (exceto do Banco Bradesco) para realização de audiências por intermédio do CEJUSC. A maioria dos acordos foi de uma Cooperativa em que a advogada era bem motivada. No total, não se chegou a 05% de acordos, apesar da boa vontade e gabarito técnico dos profissionais do CEJUSC de Joinville.

8) Até quando o Sr. realizou esses eventos de tentativa de composição com o Banco Bradesco?

R: A Pandemia inviabilizou a continuidade das audiências (a interrupção do atendimento presencial ocorreu em março de 2020). Antes disso (entre 2018 e 2019), contudo, iniciei um projeto de mutirão extrajudicial. Isso porque nas audiências realizadas pelo juízo ou pelo CEJUSC, o custo é internalizado pelo TJSC. Já no mutirão extrajudicial, o próprio Banco (no caso, o Bradesco, quem optou em participar do projeto) arca com todas as despesas (local, material e pessoal) e fornece mediadores capacitados. É enviado uma carta convite pelo juízo, o que gera maior credibilidade e interesse no mutuário em participar (é como se o juiz tivesse feito o convite). Tais eventos são acompanhados por mim e pelos meus assessores e tivemos um percentual de 48% de acordos. É um excelente meio de fomentar a composição sem ter que arcar com os custos daí decorrentes. Isso foi feito com a autorização do TJSC que formalizou um projeto com o Banco.

APÊNDICE B – ENTREVISTA COM O JUIZ GIANCARLO ROSSI - REALIZADA EM

11/11/2021

1) O que levou o Sr. a realizar reuniões de conciliação de matéria bancária?

R: Sempre incentivo as partes no sentido da conveniência de composição amigável da lide, desde que exista efetiva vontade de compor.

2) Como são selecionados os processos para realização de audiência de conciliação (tipo de ação, fase, pedido da parte, parte envolvida)?

R: Independentemente da fase, mediante solicitação de um dos litigantes ou de ambos. Designação de ofício já demonstrou não ser útil em Juízo privativo de Direito Bancário.

3) Quem realiza o ato (juiz, CEJUSC)? Onde ocorrem as audiências?

R: Estagiários da unidade, supervisionados por mim. As sessões ocorrem na sala de audiências do Juízo.

4) Que fatores o sr. acredita que foram relevantes para esse percentual de acordos em audiência?

R: O interesse em compor daquele que solicitou a audiência judicial e veio a Juízo disposto a resolver o litígio, seja mediante parcelamento do débito ou redução de valores (credor), seja pelo esforço em se ver livre de ação judicial com dação de bens em pagamento ou repactuação da dívida (devedor).

5) Percebe-se que as audiências são concentradas em determinadas datas, numa espécie de reunião. A Unidade continua realizando audiências de conciliação?

R: Em dezembro haverá mais uma semana de audiências, englobando processos indicados pelas partes durante a pandemia.