

DILEMA DOS LITIGANTES: os custos do processo civil brasileiro. ¹

Daniel Moreira do Patrocínio e Ana Paula Soares de Souza²

CENTRO UNIVERSITÁRIO UNA

Resumo

Neste artigo, os autores analisam o comportamento das partes, na fase pré-processual, bem como a forma como a legislação processual civil brasileira pode induzir ou inibir a conduta dos litigantes em uma demanda judicial. Durante o trabalho, foram utilizadas ferramentas próprias da teoria dos jogos, partindo-se da premissa de que a legislação e jurisprudência relativas às regras processuais podem ser analisadas sob o enfoque da teoria dos custos de transação desenvolvida pelos economistas.

Palavras-chave: Processo civil – Análise econômica do direito (Direito e Economia) – Teoria dos jogos – Custos de transação.

Abstract

In this paper, the authors analyze the plaintiff and defendant behavior, during the pre-judicial phase, and also the way the Brazilian civil procedure legislation can lead or avoid the litigators' acts during the lawsuit. In this article, game theory's tools were used, starting from the premise that the judicial procedure legislation and jurisprudence can be analyzed according to the transaction costs theory designed by economists.

Keywords: Civil lawsuit – Economic analysis of law (Law & Economics) – Game theory – Transaction costs.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Jogos judiciais – 3. Custas, honorários e recursos – 4. O custo processual e a atividade empresarial – 5. Risco processual e as demandas bancárias – 6. A Fazenda Pública em juízo – 7. Conclusões – 8. Referências bibliográficas.

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Judicial games – 3. Costs, legal fees and appellations – 4. The lawsuit cost and the business activity – 5. Lawsuit risk and the bank litigation – 6. The Internal Revenue Service in the court – 7. Conclusions – 8. Bibliographic references.

"Se você conhece o inimigo e conhece a si mesmo, não precisa temer o resultado de cem batalhas. Se você se conhece mas não conhece o inimigo, para cada vitória ganha sofrerá também uma derrota. Se você não conhece nem o inimigo nem a si mesmo, perderá todas as batalhas." (SUN TZU)

¹ Paper apresentado na III Conferência Anual da Associação Brasileira de Direito e Economia – ABDE www.abde.com.br, no grupo de trabalho Litígio, Processo e Judiciário, em 2010, na Faculdade de Direito Milton Campos.

² Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas www.pucminas.br, Mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos www.mcampos.br, professor de Direito Empresarial do Centro Universitário UNA e advogado em Minas Gerais www.mpatrocinio.com.br; Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário UNA www.una.br. Comentários devem ser enviados para daniel@mpatrocinio.com.br.

1. INTRODUÇÃO

Custas judiciais, honorários de advogado, despesas com perícias, ônus da sucumbência... Ao optar pelo início de uma demanda perante o Judiciário, diante da impossibilidade de solução de um conflito de forma amigável, deverá o cidadão considerar todos os custos inerentes ao exercício do direito de ação. Ademais, será importante considerar o tempo médio de tramitação das ações, até que seja proferida decisão passível de cumprimento forçado, bem como o posicionamento dos tribunais superiores sobre a matéria objeto da lide.

Empresários, por sua vez, devem considerar o peso econômico de uma demanda judicial como custo a ser suportado para atuar em mercados competitivos, custo a ser aferido, provisionado e incorporado ao preço de mercadorias e serviços oferecidos aos consumidores. Instituições financeiras, na fixação do *spread*, devem considerar o tempo médio das ações judiciais propostas para a recuperação de créditos, bem como a eficiência dos instrumentos de execução de bens de seus clientes inadimplentes.

A Fazenda Pública, detentora de créditos tributários inscritos em dívida ativa, que montam bilhões de reais, deve sopesar a necessidade (diante da possibilidade de ocorrência de prescrição) e a conveniência para a propositura de execuções fiscais de pequeno valor. Afinal, não seria mais eficiente que o Fisco concentrasse seus esforços nas execuções fiscais de maior valor ou naquelas que de fato possam resultar em efetiva arrecadação?

No jogo judicial, que tipo de análise os litigantes devem realizar para aferir a oportunidade ou a necessidade de celebração de um acordo? O custo zero para promover e prosseguir com uma ação perante os juizados especiais pode contribuir para condutas oportunistas, desleais ou mesmo abusivas?

Externalidades (positivas) se evidenciam a partir da edição de enunciados de súmulas de jurisprudências predominantes, a partir de decisões colegiadas reiteradas, na medida em que decisões *inter partes* acabam se tornando paradigmas, normas gerais e abstratas a serem observadas e aplicadas a outros casos, em favor de litigantes que não contribuíram com seu esforço processual para que o precedente fosse alcançado.³

Neste contexto, surgem outras indagações: O uso desleal e abusivo de instrumentos de impugnação de decisões judiciais é de fato inibido através da aplicação das multas por litigância de má-fé previstas em nossa legislação? Por outro lado, a irrecorribilidade da sentença arbitral e a alta especialização dos árbitros, em especial nas demandas empresariais, por consequência, a maior previsibilidade de resultado, podem incentivar a transação pré-litígio entre as partes?

³ Sobre a definição de externalidade, vejamos as lições e GREGORY MANKIWI: “Uma externalidade surge quando uma pessoa se dedica a uma ação que provoca impacto no bem-estar de um terceiro que não participa dessa ação, sem pagar nem receber nenhuma compensação por esse impacto. Se o impacto sobre o terceiro é adverso, é chamado de externalidade negativa; se é benéfico, é chamado de externalidade positiva. Quando há externalidades, o interesse da sociedade em um resultado de mercado vai além do bem-estar dos compradores e vendedores que participam do mercado; passa a incluir também o bem-estar de terceiros que são indiretamente afetados. Como os compradores e vendedores desconsideram os efeitos externos de suas ações quando decidem quanto demandar ou ofertar, o equilíbrio de mercado não é eficiente quando há externalidades. Ou seja, o equilíbrio não maximiza o benefício total para a sociedade como um todo”. (MANKIWI, N. Gregory. *Princípios de microeconomia* (tradução Allan Vidigal Hastings). São Paulo: Cengage Learning, 2009, p. 204)

Neste trabalho, buscamos analisar a eficiência do processo judicial civil como instrumento de pacificação social,⁴ através do uso da força estatal, e, por consequência, a forma pela qual a conduta dos litigantes pode ser induzida ou inibida pelos mecanismos judiciais estabelecidos para a composição de conflitos.

2. JOGOS JUDICIAIS

Uma pessoa que não nunca litigou, que jamais figurou como parte em um processo judicial pode ter uma visão romântica de nosso Judiciário. Em especial nos casos em que há dispensa da intervenção do advogado, como por exemplo, nos juizados especiais cíveis, nas demandas cujo valor patrimonial não supere 20 (vinte) salários mínimos. Nestes casos, geralmente o cidadão mais humilde, sob o aspecto econômico-social, acredita que será feita “justiça” e que seu direito será protegido pelo Estado. Desconhecendo o fato de que nosso sistema judicial, de fato, se constitui em um mecanismo de solução de conflitos, sem que as partes, mas apenas o Estado possa se utilizar da força, a parte caminha de forma inocente, acreditando que serão cumpridos alguns simples “rituais” para que o juiz possa proferir uma decisão necessariamente justa. Triste ilusão. Afinal, como se comportam os demais participantes do jogo judicial?⁵

Litigantes usuais, como, por exemplo, grandes prestadores de serviços oferecidos a um grande número de consumidores, como empresas de telefonia, instituições financeiras, planos de saúde, provedores de *internet*, administradoras de cartão de crédito, companhias aéreas, atuam de forma intensiva e, geralmente, cautelosa na condução de suas demandas judiciais, geralmente ocupando o pólo passivo da relação jurídica processual. Jamais se aventuram, mesmo nas causas de pequeno valor, a não se valer de escritórios de advocacia estruturados, com grande número de profissionais, cuja dedicação tem por objetivo final, ao menos, antecipar os custos que deverão ser provisionados em seus balanços decorrentes de perdas que

⁴ Na introdução de nosso tema, vale refletir sobre as ponderações do professor da PUC Minas, EDUARDO GOULART PIMENTA: O art. 3º da Constituição Federal de 1988 elenca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República Federativa do Brasil.

Não há como se alcançar tais metas sem que se preocupe com a eficiência na geração e distribuição da riqueza. Se a erradicação da pobreza é um objetivo da República Federativa do Brasil, obviamente então a maximização dos escassos recursos materiais (ou seja, a maximização da riqueza disponível) é também e necessariamente um valor a ser alcançado.

Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988, que a elevou, como se vê, à posição de um dos objetivos fundamentais da República.

(PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas*: um estudo sistematizado da nova lei de falências. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 25)

⁵ A respeito da teoria dos jogos, podemos citar as considerações colocadas pelos professores ARMANDO CASTELAR PINHEIRO e JAIRO SADDI: “Em síntese, as técnicas da Teoria dos Jogos permitem modelar as interações entre indivíduos em que estes agem estrategicamente – isto é, levando em conta o que o(s) outro(s) faz(em) – e, assim, tentar prever suas decisões, supondo que eles demonstrem um comportamento racional. Com isso, tal teoria, aplicada ao Direito, pretende discernir o papel que desempenham as normas jurídicas vigentes e os resultados sobre o comportamento dos agentes de uma alteração do quadro jurídico em que operam. Isso não significa, porém, que a análise jurídica do comportamento estratégico das pessoas (físicas e jurídicas) se limite à mera definição de “regras do jogo” para enquadrar a satisfação do interesse individual.

A dimensão valorativa ou normativa do jurídico é um requisito básico – é um *prius*. Definir quais os resultados que pretendemos atingir por meio do Direito é uma segunda contribuição da Teoria dos Jogos. Com o propósito de esclarecer, em face de certos pressupostos relativos ao comportamento dos agentes envolvidos, quais os resultados decorrentes de optarmos por um dos modelos normativos à nossa disposição, a Teoria dos Jogos abre um novo campo aos juristas”. (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª reimpressão, p. 167)

lhes sejam impostas nas centenas ou mesmo milhares de ações judiciais. Estas empresas, litigantes profissionais, são capazes de internalizar os custos decorrentes de decisões injustas e sempre agirão com o objetivo de sopesar os custos do litígio e os benefícios decorrentes da implementação de investimentos que possam ocasionar uma melhoria na prestação de seus serviços.⁶ O descumprimento de contratos e mesmo o dano eficiente⁷ são sempre considerados por estas grandes empresas.

É possível considerar, portanto, a existência de pelo menos duas espécies de litigantes. Os profissionais, que de forma constante figuram como parte em ações judiciais, em razão da capilaridade e das dimensões de sua atividade negocial empresarial, e os eventuais, geralmente pessoas físicas, sem conhecimento técnico acerca dos mecanismos judiciais, seja em razão de sua formação (ou desinformação...), seja em virtude da circunstância de nunca terem participado de uma demanda. Evidente, neste caso, o fato de que uma das partes já inicia a briga processual com informações fundamentais que a outra não possui, como prazo médio de duração do processo caso não haja acordo, efetividade dos meios coercitivos judiciais, valor médio das condenações envolvendo indenizações daquela natureza e índice médio de sucesso naquele tipo de demanda, conforme jurisprudência local ou nacional. A assimetria informacional se mostra evidente como fator de desequilíbrio nestas relações judiciais.

Neste contexto, é possível assumir que alguns atores do processo judicial agirão de forma estratégica, ou seja, tomarão alguma medida ou se absterão de praticar determinada conduta, sempre pretendendo antecipar a forma pela qual o outro jogador se comportará.⁸ Nestes casos, o conhecimento acumulado em razão de demandas anteriores será essencial, o

⁶ *It is notable how completely the Coase approach bypasses both the problem of deciding who is the emitter and who is the recipient of an externality and the rather shady distinction between pecuniary and technological externalities so central to the Pigovian tax rules. Perhaps the real significance of the court cases cited by Coase is that the distinction between emitter and recipient of an externality is irrelevant: what matters is whether we achieve a higher-valued output by putting the liability on one or the other of the parties involved, and not who is the "source" of the externality. Since at least two parties are necessarily involved, either may be considered the source. It is note worthy how the legal profession and the courts have come to grips with this point well before economists. The legal cases referred to by Coase show how courts in the presence of transaction costs have placed the liability sometimes with the "emitter" and sometimes with the "recipient" as these would be identified by an economist trained in modern welfare theory. Nor is the distinction between pecuniary and technological externalities in any way relevant for Coase's arguments: what matters is the role of transaction costs, and how such costs affect the allocation of resources.* (DAHLMAN, Carl J. The problem of externality. *The Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 1 (abril, 1979), p. 159).

⁷ Sobre dano eficiente, tivemos oportunidade de escrever o seguinte: Pode-se perceber, destarte, que o aperfeiçoamento das relações de consumo depende de esforço e comprometimento não só dos fabricantes e prestadores de serviços, que devem primar pela melhoria da qualidade de seus processos produtivos, mas também do Judiciário que pode agir como indutor de condutas eficientes, menos nocivas aos consumidores, mas observando as regras de mercado. Por sua vez, os consumidores devem identificar fornecedores que de forma reiterada adotam condutas oportunistas, privilegiando por consequência a contratação com agentes econômicos que prezam a boa-fé nas relações contratuais, o que contribuirá para atitudes que privilegiem condutas destinadas a valorizar a preocupação da reputação empresarial. (PATROCÍNIO, Daniel Moreira do; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Dano eficiente: análise econômica das demandas consumeristas. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex. (Org.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 49-80)

⁸ *Strategic behavior arises when two or more individuals interact and each individual's decision turns on what that individual expects the others to do. Too often, however, they have not taken advantage of the formal tools of game theory to analyze strategic behavior, other than to invoke a simple game such as the prisoner's dilemma as a metaphor. (...) The simplest strategic problem arises when two individuals interact with each other, and each must decide what to do without knowing what the other is doing.* (BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994, pp. 1-6.)

auxílio de profissionais experientes e seu poder econômico, como elemento estabilizador de decisões, serão altamente influentes nos rumos e na condução dos respectivos processos judiciais. Ora, o corpo jurídico de uma grande companhia aérea (ou, ao menos, seus colaboradores internos que mantêm contato pessoal e direto com as bancas de advocacia que conduzem suas ações) detém grande número de informações sobre demandas, por exemplo, de natureza indenizatória pela perda de bagagens, conta com advogados ou consultores jurídicos já experimentados nesta área e sua capacidade econômica lhe impede, como regra, de tomar decisões precipitadas, irracionais na condução deste tipo de litígio.⁹ Um passageiro, por outro lado, que tenha sofrido pela primeira vez com o extravio de sua bagagem e que tenha optado, no caso dos juizados, pela propositura de sua demanda sem o auxílio de um advogado, não terá acesso às mesmas informações que recheiam o arsenal da prestadora de serviços e, por consequência, seu comportamento estratégico será extremamente restrito. O desequilíbrio é evidente.

É verdade, como alguns podem pensar, que entre as partes há a figura do juiz, profundo conhecedor das normas positivadas e jurisprudenciais e que, com sua vocação pela busca incansável pela Justiça, certamente não permitirá que esta assimetria informacional seja suficiente para impedir que, no caso concreto, o direito de um cidadão não seja devidamente tutelado. Com o devido respeito à enorme responsabilidade que a magistratura impõe a uma pessoa de bem, é preciso considerar que os quadros do Judiciário também são preenchidos por jovens bacharéis, recém egressos dos cursos de graduação, com pequena experiência advocatícia, assolados, em alguns casos, pela incompleta infra-estrutura de pessoal e de equipamentos para o desempenho de seu papel, além do volume absolutamente desumano de trabalho. Assim, seria mesmo admissível pensar que sempre o Estado, nestes litígios, representado pelo julgador, será capaz de impedir este desequilíbrio processual decorrente desta evidente assimetria informacional? Cremos que não.

Muitas vezes, os custos a serem incorridos para que um consumidor possa obter as informações necessárias para o enfrentamento de grandes empresas em um processo judicial podem ser iguais ou maiores do que o ganho estimado com aquela demanda. Esta situação, por si só, já representa uma vitória para o prestador de serviços ou fornecedor de mercadorias recalcitrante, que se nega a implementar melhorias na condução de sua atividade negocial empresarial, pois apenas um número restrito de consumidores lesados opta em propor uma medida judicial.

Parece-nos que somente através de intervenções legislativas que de fato possam inibir condutas desleais ou oportunistas e atuação de órgãos estatais em nome de uma coletividade de indivíduos (reduzindo ou afastando o custo individual para a propositura e condução eficiente de uma demanda judicial) podem contribuir para solucionar este cenário. Neste ponto, vale indagar: a inserção do remédio jurídico norte-americano, denominado *punitive damages* contribuiria para o aperfeiçoamento dos serviços prestados em massa em favor de um grande número de consumidores (serviços, muitas vezes, essenciais como telefonia, energia e bancários)? A atuação do Ministério Público, em determinados casos, representando o interesse de um grande número de consumidores afastaria o desequilíbrio decorrente dos custos do processo judicial, em especial, da assimetria informacional?

⁹ *This brings us to our first solution concept: A player will choose a strictly dominant strategy whenever possible and will not choose any strategy that is strictly dominated by another. This is the most compelling precept in all of game theory. Few would take issue with the idea that individuals are likely to choose a particular strategy when they can always do better in their own eyes by choosing that strategy than by choosing any other.* (BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994, p. 11.)

Outras regras do jogo processual devem ser consideradas pelas partes quando do surgimento de disputas e, no caso brasileiro em especial, o tempo médio para solução destes litígios. Já se disse, há muito tempo atrás, que não há injustiça maior do que justiça tardia... Este ingrediente, certamente, interfere (ou, ao menos, deveria interferir) na tomada de decisão das partes quando se opta pela propositura de uma demanda, interposição de um recurso ou celebração de um acordo. Informações adequadas relativas ao custo do processo judicial e a demora na obtenção de decisão final (ou passível de cumprimento antes do desfecho último) são extremamente relevantes para que as partes possam aferir qual será a melhor alternativa a ser seguida. No Brasil, ao contrário do que ocorre em outras nações do globo, magistrados de tribunais superiores julgam, por ano, milhares de recursos, número muitas vezes superior ao de julgamentos de uma corte inteira de outros países. Em um modelo como o nosso, que permite que o suposto devedor possa exercer o direito de defesa através de advogados que, em matéria cível, custam de dez a vinte por cento do valor em jogo, acrescido de algumas centenas de reais de custas, resistir se mostra mais eficiente do que celebrar um acordo, principalmente diante do tempo médio necessário ao julgamento dos recursos que podem ser interpostos.¹⁰

Infelizmente, diante desta constatação, surgem várias vezes que sustentam haver um excesso de recursos em nossa legislação processual civil, o que impediria que os processos fossem resolvidos dentro de um prazo razoável (aceitável...). Na verdade, fecham-se os olhos para problemas estruturais do Judiciário de nosso país, da absoluta falta de recursos materiais destinados aos magistrados da justiça estadual remetidos para o interior de nossos Estados. Não se observa a diminuta proporção entre o número de magistrados para cada grupo de mil brasileiros. Afinal, temos muitos recursos ou existem poucos juízes? Por outro lado, a diminuição do número de recursos nominados, na reforma que se deseja empreender, não transformará o mandado de segurança em uma alternativa para a parte inconformada com determinada decisão tida por ilegal ou inconstitucional?

Recentemente, é verdade, algumas medidas relevantes foram adotadas para se assegurar uma maior eficácia e eficiência no cumprimento de decisões judiciais, diminuindo atitudes recalcitrantes de partes que se utilizam do processo como meio protelatório e de descumprimento eficiente de suas obrigações. A implantação de processos digitais, economizando recursos financeiros do Judiciário no deslocamento dos autos entre instâncias e, em um futuro próximo, reduzindo os custos com pessoal e estrutura física. O recebimento dos embargos, como regra, sem efeito suspensivo da respectiva execução. A norma inserida no Código de Processo Civil que concede ao executado o direito de, mediante o depósito de parte do crédito exequendo (trinta por cento), realizar o parcelamento de sua dívida através de seis pagamentos mensais. A desnecessidade de realização de nova citação, agora com o objetivo de ver instaurada a relação processual para execução do título judicial, abreviada, recentemente, pelo cumprimento de sentença. A sanção imposta ao vencido, correspondente à multa no valor de 10% (dez por cento) do montante do crédito objeto do cumprimento da decisão judicial, caso não haja pagamento espontâneo dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados do trânsito em julgado (independentemente de nova intimação, conforme jurisprudência mais efetiva). A eleição da penhora sobre dinheiro como resultado da nova ordem de bens do devedor sujeitos à contrição em processos de execução. A utilização de

¹⁰ *This brings us to our second solution concept, that of iterated dominance: A player believes that other players will avoid strictly dominated strategies and acts on that assumption. Moreover, a player believes that other players similarly think that the first player will not play strictly dominated strategies and that they act on this belief. A player also acts on the belief that others assume that the first player believes that others will not play strictly dominated strategies, and so forth ad infinitum.* (BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994, p. 12.)

meios eletrônicos para bloqueio de recursos financeiros ou indisponibilidades de bens imóveis ou de veículos. As novas hipóteses de concessão de liminar nas ações de despejo. Enfim, uma série de novas armas colocadas à disposição do credor, que contribuem para que o devedor repense sua atitude de simples obstrução dos direitos da outra parte e da noção de que o processo não seria simplesmente ineficiente. Sobre o papel que a legislação ocupa, na indução do comportamento dos agentes econômicos, vale citar os ensinamentos de nosso eminente professor EDUARDO GOULART PIMENTA:¹¹

É perfeitamente possível que analisemos os atos dos agentes econômicos e sobre elas construamos modelos em que tais condutas sejam explicadas em função de alterações na legislação que as discipline.

Uma das razões do sucesso da análise econômica do Direito como método de estudo da legislação está na constatação de que em um determinado modelo econômico a legislação é uma importantíssima variável a ser considerada. Sua capacidade de influência sobre a ocorrência econômica estudada é potencialmente muito elevada e, por isso mesmo, não pode ser deixada de lado.

Ora, a certeza de que meios judiciais eficientes são de fato colocados em prática, que realmente asseguram o cumprimento das pretensões do autor da demanda, criam incentivos *ex ante* para que, diante de um possível conflito de interesses, as partes busquem resolver o litígio de forma extrajudicial, através de concessões recíprocas. Obviamente, a confiança ótima que se pretende alcançar nas relações jurídicas constituídas entre particulares também não será obtida se o sucesso judicial, na satisfação dos interesses de uma das partes e os custos processuais forem tão baixos, a ponto de conduzir a completa displicência ou negligência por uma das partes (o que não conduz a um comportamento eficiente, gerando desperdícios de recursos). Antes de qualquer outra pessoa, deve a parte ser a guardiã de seus direitos, agindo de forma cautelosa, conduzido seus atos de forma a evitar perdas *ex post*, ciente de que processos judiciais impõem custos que serão suportados por uma das partes. Melhor dizendo, consideramos que a confiança excessiva na satisfação de um direito pela via judicial, independentemente do comportamento adotado pela parte contrária, eximiria as partes de agir com atenção, com cautela, transferindo para a máquina judicial todos os custos transacionais.

Desta forma, parece-nos que a ausência completa de custos para a promoção de ações judiciais poderia inibir comportamentos *ex ante* eficientes (ou mesmo racionais) das partes, o que obrigaria o Judiciário a internalizar todos os ônus destas condutas.

3. Custas, honorários e recursos

Para que possamos melhor desenvolver a discussão do presente trabalho faz-se necessário expor um breve comentário sobre custos de transação. Estes, portanto, são os custos que os agentes enfrentam toda vez que recorrem ao mercado. Custos de transação devem ser levados em consideração na tomada de decisões dos agentes econômicos contribuindo para determinar a forma pela qual os recursos serão alocados na economia.

Logo, os custos de transação são aqueles que de alguma forma, mesmo que não seja monetariamente, oneram determinada atividade de forma que se faz mister a sua análise para sopesar a viabilidade desta ou daquela transação. Neste sentido, muito bem delineada a explicação apresentada professora RACHEL SZTAJN:¹²

¹¹ PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, pp. 4-5.

¹² SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 22, pp. 252-253.

Custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação.

Incluem-se nessa concepção de custo de transação, o esforço com a procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade do bem desejado, a segurança do cumprimento das obrigações pela outra parte, isto é, do adimplemento certo, seguro e a tempo, passa pelas garantias que o agente venha a requerer para caso de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito, e abrange, até mesmo, o trabalho com a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas essas tratativas, desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes; compreende, enfim, cuidados e o tempo despendido entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação ou transação, na linguagem dos economistas, e o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes.

Pode ser considerado custo de transação qualquer movimento posterior à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito. Medidas judiciais, quando se as consideram inevitáveis para a satisfação da pretensão, por conta do recurso ao Judiciário, do tempo e esforços dispêndios, entram no cômputo e, portanto, na estratégia de qualquer agente econômico, como fonte de custos de transação.

Neste sentido, a análise dos custos de transação é perfeitamente aplicável ao Direito na medida em que a ocorrência de relações e/ou negócios jurídicos (transações) implica em uma série de custos que devem ser analisados antes da conclusão do ato jurídico.

Trazendo essa linguagem e entendimento para a questão processual e mais especificamente na propositura de ações, observa-se custos de transação no momento em que uma parte descontente pretende exercer seu direito de ação e reivindicar aquilo que entende ser seu.

Como já mencionado, não é apenas um mero procedimento que deve ser observado para que a parte obtenha aquilo que pretende, muitas outras circunstâncias e condições refletem no momento em que o cidadão decide se deve litigar ou não. Honorários advocatícios, custas, honorários sucumbenciais e até mesmo, recursos, dentre outros custos que podem surgir no curso do processo como perícias, assistentes técnicos, etc, devem ser “contabilizados” pelo cidadão.

Sentido-se lesada, a primeira postura a ser tomada pela pessoa é a busca de um profissional que vai lhe informar se realmente possui direitos sobre tal situação. O advogado, então, vai orientar seu provável cliente sobre a propositura de uma demanda. Inicia-se a análise dos custos, aqui chamados de custos de apresentação. Caso opte pela propositura, deverá analisar várias circunstâncias e a primeira delas é o valor arbitrado no contrato de honorários advocatícios. Estes honorários devem ser compatíveis com o que se espera em resposta do litígio, pois aqueles devem ser menores do que o valor que se objetiva com a reivindicação. Caso contrário, os custos seriam maiores que os benefícios e nessas circunstâncias dificilmente alguém optaria pela via judicial. Neste sentido, vale mencionar as reflexões dos professores ROBERT COOTER e THOMAS ULLEN:¹³

A apresentação de petições judiciais deve aumentar com o crescimento dos eventos que as causam, como acidentes, quebras de promessas, invasões de propriedade e assim por diante. O número também aumenta com a queda dos custos de apresentação de petições, incluindo os custos de contratação de advogados. Finalmente, a apresentação de petições judiciais também deve aumentar com o crescimento do valor esperado da reivindicação.

Ora, COOTER e ULLEN ponderam que até o número de advogados existentes no mercado influencia o preço a ser cobrado pelos serviços advocatícios, não estando imune à lei de oferta e procura. Não que se resume a isso, mas todas essas condições são variáveis na medida em que interferem nos custos de transação referentes à propositura de uma ação.

¹³ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. Direito & Economia. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 411.

As custas judiciais também são outro agravante no que toca aos custos de apresentação. No Brasil, elas são calculadas de acordo com o valor da causa. Portanto, se o valor pleiteado for um montante mais alto, o litigante tem de estar preparado para arcar com tal custo que, em análise às tabelas dos Tribunais de Justiça, sabemos não serem nada razoáveis.

Em alguns países, como nos Estados Unidos, as custas são aplicadas de forma que se tornem um filtro para o número de demandas propostas no Judiciário. Assim custas mais altas seriam aplicadas de forma a inibir que processos sem fundamento ou “supérfluos” sejam apresentados. Lá, os tribunais cobram taxas pela apresentação e por cada uma das fases subsequentes do processo jurídico, estimulando assim em cada fase a celebração de acordo, já que assim a parte não necessitaria desembolsar mais ainda para prosseguir na demanda.¹⁴

Mas, analisando a realidade brasileira, aumentar os custos, leia-se “custas”, para propor uma ação seria realmente um meio “justo”, ou melhor ainda, “eficiente” para reduzir a quantidade de demandas? Se fosse realmente implantado este sistema quais seriam os agentes afetados?

Antes mesmo de responder a questão proposta, outro ponto deve ser discutido, quando se trata da realidade brasileira. O pagamento de custas judiciais não constitui obstáculo para se ter acesso ao Judiciário, pois há o instituto da Assistência Judiciária que permite que a parte que se declare pobre no sentido legal proponha a demanda sem custo algum, sendo este, suportado pelo Estado.

Com este instituto, sem querer aqui questionar sua função social e até mesmo o cumprimento de uma orientação constitucional no sentido de promover acesso ao Judiciário; muitas pessoas se viram motivadas a interpor ações, pois já que os custos são nulos, não haveria receio em correr os riscos com a demanda. Mesmo sendo os argumentos infundados não haveria ônus da sucumbência, já que a parte estaria isenta destes.

Neste contexto, imprescindível falar sobre os Juizados Especiais. Criados no intuito de levar a “justiça” a todos e facilitar o acesso promovendo o princípio da inafastabilidade da jurisdição, tiveram sua finalidade desvirtuada, pois a promessa de solução rápida para questões menos complexas induziu um aumento vertiginoso de demandas, especialmente as que tratam de relações de consumo. Assim a massificação de causas inviabiliza e emperra um órgão que foi criado no intuito de dar soluções mais céleres para os conflitos sociais. Neste aspecto, leciona ROGÉRIO GESTA LEAL:¹⁵

Há outro aspecto, todavia, relacionado com a cultura do conflito que graça na sociedade brasileira, como se todos os problemas intersubjetivos devessem ser tutelados pelo Estado (Juiz). Isto leva ao que posso chamar de *paradoxo da eficiência*, ora entendido com o fenômeno em que, mesmo aumentando as possibilidades de acesso à justiça para a sociedade civil, isto opera como fomento à judicialização das relações sociais, implodindo o sistema de justiça com números incontáveis de processos a serem julgados – *ex vi* o exemplo dos juizados especiais hoje.

Prosseguindo na análise dos custos processuais, outra questão é relevante. O Brasil adota o modelo no qual quem perde o litígio suporta o ônus da sucumbência, é a regra do “perdedor paga tudo”. À primeira vista, este instituto deveria inibir a propositura de ações, pois o risco com demandas infundadas seria muito maior. Contudo, isso não é uma constante,

¹⁴ *The combination of strategies that players are likely to choose is one in which no player could do better by choosing a different strategy given the strategy the other chooses. The strategy of each player must be a best response to the strategies of the other. The solution concept based on this principle is known as a Nash equilibrium. Introduced by John Nash in 1950, the Nash equilibrium has emerged as a central – probably the central – solution concept of game theory.* (BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994, p. 21.)

¹⁵ LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais* : aspectos introdutórios Brasília : ENFAM, 2010, p. 77.

pois muitos litígios são intentados com o intuito protelatório, o que ocorre muito em questões tributárias e consumeristas. Sobre a questão, argumenta ROGÉRIO GESTA LEAL:¹⁶

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.

No que tange aos recursos, a discussão já é acalorada, motivadora inclusive da recente Reforma do Código de Processo Civil. O alegado número excessivo de recursos, o uso indevido dos mesmos em litigância de má-fé ou até mesmo pelo esgotamento de possibilidades de reforma de uma decisão, faria com que o tempo de duração do processo, também considerado um custo de transação, se estendesse por anos.

No caso dos Juizados Especiais há um refreamento na propositura de recursos devido à cobrança de custas nessa fase, diferente do que ocorre na propositura da ação, se optar por recorrer e vier a sucumbir a parte pagará todas as custas, inclusive as de 1º grau que eram inexigíveis, acrescidas de honorários advocatícios.

Uma reforma legislativa como a do projeto que está em fase de tramitação deve ser o último meio para solucionar os problemas da complexidade do nosso sistema processual. Os custos e as conseqüências de se alterar toda uma legislação são muitos altos. Enquanto as leis já existentes não forem aplicadas e executadas esgotando os seus objetivos, novas leis não serão a solução. Vejamos o entendimento manifestado por RACHEL SZTAJN e ÉRICA GORGA:¹⁷

A legislação economiza custos de transação e possibilita ganhos de escala ao sinalizar para a comunidade em geral o Direito vigente, promovendo a estabilidade jurídica. Por outro lado, Parisi, Fon e Ghei argumentam que a adoção de uma nova legislação envolve muitos custos, sendo semelhante ao investimento em um ativo produtivo. Uma vez que a legislação submetida a processo legislativo não pode ser mudada diariamente, o processo legislativo pode ser visto como um custo irrecuperável (*sunk cost*). Se a lei for aprovada, será muito custoso alterá-la novamente, sendo que os custos do processo legislativo não poderão ser recuperados se a lei se mostrar ineficiente ou indesejável no futuro. Os legisladores devem então observar o tempo ótimo para a intervenção legislativa. Além dos custos envolvidos na criação da lei, existem também os custos do seu aprendizado pelos profissionais do Direito e pela sociedade. Portanto, quanto maior for a magnitude desses custos, maior será a possibilidade de que um caminho de evolução jurídica seja estabelecido. O processo legislativo eficiente requer que os benefícios provenientes da mudança da lei superem os custos perdidos no processo de reforma.

Justamente pelos altos custos envolvidos no processo de mudança legislativa, a incapacidade de rápida adaptação do ordenamento jurídico de tradição romano-germânica pode contribuir para aumento de ineficiências, pois as legislações podem ficar ultrapassadas perante a transformação da realidade social.

A morosidade da Justiça não é devida, exclusivamente, ao número excessivo destes. Variáveis como insuficiência de recursos (sejam eles humanos, materiais, etc), ineficiência administrativa, forma de atuação dos advogados, atitude passiva de juízes e outros operadores do Direito, número insuficiente de juízes e até mesmo de varas e sobrecarga destes, são causas da morosidade e da falta de previsibilidade das decisões judiciais, gerando uma insatisfação e certa insegurança jurídica que acaba por inibir os litigantes.

Neste contexto, o professor ROGÉRIO GESTA LEAL invoca a responsabilidade dos magistrados no sentido de promoverem julgamentos mais eficientes de forma que as decisões

¹⁶ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, p. 55.

¹⁷ SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.), *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, 2ª reimpressão, pp. 177.

beneficiem não apenas as partes envolvidas no processo, mas toda a coletividade e o sistema econômico do país, já que, realmente, um mandamento jurisdicional tem consequências além partes:¹⁸

Estou tão somente afirmando que é preciso sensibilizar os decisores judiciais de que suas deliberações causam, sempre, endógena e exogenamente, impactos econômicos, e quanto mais tais variáveis desta ordem estiverem presentes no processo de tomada da decisão, melhor será para todos os envolvidos. Se de um lado à discussão destes típicos pontos judicialiformes tem-se reconhecido a importância de noções econômicas para os fins de densificação material do seu tratamento, até para não gerar, com a decisão judicial, sobre-pesos e desequilíbrios entre os interesses e as partes, de outro, como quer Gustavo Franco, a politização exacerbada do Judiciário tem se afigurado como distorção de uma Democracia jovem, que ainda não soube trabalhar inteiramente as nuances do Estado Democrático de Direito, sendo que as vítimas desse aprendizado são as instituições e as pessoas que se valem de políticas públicas legítimas, cujo contraditório, igualmente legítimo, deve ter lugar no Parlamento e no plano das idéias, como é normal em qualquer Democracia, e não fundamentalmente nos tribunais.

Uma medida que tem sido tomada, principalmente por empresas, para se evitar o transtorno e custos do processo civil brasileiro são as Câmaras de Mediação e Arbitragem. Elas vêm sendo consolidadas como o meio mais eficiente na resolução de conflitos, contribuindo para o descongestionamento do Poder Judiciário além de serem extremamente vantajosas para as empresas, pois os custos (principalmente em se tratando da morosidade) são relativamente bem menores.

Morosidade e falta de previsibilidade são os problemas que mais prejudicam os litigantes quando o assunto são os custos do processo civil. Como a arbitragem ocorre por meio de instituições privadas, estas são muito mais empenhadas em solucionar da maneira mais eficiente o litígio.

O prazo legal máximo para conclusão da arbitragem é de 180 dias, muito distante da realidade processual brasileira, onde um processo pode durar anos a fio, aparentemente solucionando a questão da morosidade. Os árbitros são especializados na área em que vão atuar, dispensando maior segurança jurídica às partes que o contrataram, afinal tem pleno conhecimento da matéria que está sendo objeto de conflito, conseqüentemente, uma vasta experiência que vai auxiliar na resolução do problema, demonstrando as melhores alternativas.

Estas câmaras são um meio alternativo das disputas. As partes podem optar por esse instituto no momento da contratação ou até mesmo durante o negócio. O contrato, por exemplo, pode determinar que qualquer disputa será resolvida por arbitragem em uma cidade específica, seguindo as regras de uma associação de arbitragem determinada. Em comparação com o litígio judicial, os procedimentos de arbitragem são menos formais, asseguram direitos processuais mais simples e recursos muito mais restritos, fatores que simplificam e aceleram a arbitragem em relação ao julgamento.

A arbitragem também costuma ser secreta, qualidade desejável em questões empresariais, já que informações de cunho pejorativo à empresa não serão divulgadas, não correndo o risco de atrapalhar o bom desenvolvimento da sua atividade. Afinal, o conflito pode ser uma questão pontual e não uma constante da empresa, e a publicidade de tais informações podem prejudicá-la de forma totalmente desnecessária.

4. O CUSTO PROCESSUAL E A ATIVIDADE EMPRESARIAL

O empresário é, certamente, um agente estabilizador de relações jurídicas (transações para os economistas), permitindo que elas ocorram de forma reiterada, periódica, sempre em busca de maximização dos ganhos e redução dos custos, das perdas. O exercício da atividade

¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. *Op. cit.*, pp. 81-82.

empresarial pressupõe sua participação em uma miríade de negócios jurídicos com empregados, fornecedores de matérias-primas e prestadores de serviços, consumidores e com outros empresários, muitas vezes, de forma cooperativa (consórcios, sociedades em conta de participação ou mesmo como sócios). Neste cenário, é preciso admitir que a atividade empresarial pressupõe riscos (que devem ser menores do que os ganhos estimados...), risco de perdas, risco de incapacidade de cumprimento de obrigações, de contraprestações futuras. Assim, a desestabilização econômico-financeira do empresário certamente ocasionará um desequilíbrio nas diversas relações jurídicas das quais participa, conduzindo as partes a duas opções: renegociar (cooperando) ou litigar, em face da constatação de que a renegociação é inviável ou mais custosa do que o processo judicial.

Nas grandes empresas, em praticamente todas elas, há um grupo de profissionais dedicados à área jurídica contenciosa e preventiva, ainda que se destinem a ser interlocutores com as firmas de advocacia que lhes prestam serviço. O empresário está ciente da necessidade de ser aconselhado juridicamente, de forma constante e ágil, a fim de que seja capaz de tomar as melhores decisões, as menos custosas, quebrando, assim, o problema da desinformação (sobre os meios judiciais colocados a sua disposição, posicionamento dos tribunais sobre determinada matéria, chances de sucesso e custos financeiros do processo).¹⁹ O exercício continuado da atividade empresarial, ao longo dos anos, conduz o empresário à conclusão de que, certamente, será demandado ou terá que demandar, sendo evidente a importância de informações que lhe permitam antever quais serão as perdas e possíveis ganhos, a fim de que sua tomada de decisão seja racional.

Neste contexto, o empresário deve ser capaz de, com auxílio de outros profissionais, antecipar e quantificar os custos a que se sujeitará em razão de demandas judiciais, nas quais figurará como parte, a fim de que possa tomar as decisões necessárias para evitá-las ou, caso isto não seja possível, para provisioná-las, incluindo os respectivos custos nos dos produtos e serviços por ele vendidos ou prestados. O empresário busca agir de forma neutra diante de contingências no exercício de sua atividade, sempre repassando ao consumidor final seus custos com a matéria-prima, mão-de-obra, tributos e os encargos com demandas judiciais. Seu ganho, seu lucro corresponde à diferença positiva entre o valor que ele é capaz de receber de sua clientela e os custos embutidos nos preços de seus serviços e mercadorias.

Pois bem, partindo do pressuposto de que o empresário envidará esforços para quantificar e, sempre que possível, antecipar gastos com processos judiciais, e que estes serão, como regra, repassados ao consumidor final através de uma simples contabilidade de custos, interessa a toda sociedade os mecanismos e regras que impõem aos empresários os ônus de uma demanda perante o Judiciário. Ora, uma grande empreiteira, construtora de imóveis residenciais, experiente neste tipo de atividade, pode ter formado um custo estimado com

¹⁹ Relevantes as considerações da professora SZTAJN sobre assimetria informacional: “Mesmo que nem todos os agentes tenham igual informação ou que, por características pessoais, processem os dados de forma diferente, demonstra-se, por intermédio de análise empírica, que em certos mercados acompanhar o comportamento de alguns agentes produz ilações ou informações importantes sobre a expectativa de mudança de preço do bem nele negociado. Em mercados especializados, por exemplo, preços são formados, incorporando a volatilidade das informações disponíveis para os agentes que neles negociam. Essa volatilidade causada por imperfeições das microestruturas do mercado provoca efeitos de curto prazo que podem atingir liquidez. Outras vezes, a relação entre liquidez e volatilidade deriva de operações que visam fomentar aquela, quando se justifica a intervenção reguladora. Mercados eficientes dispõem de formas de recolher e difundir informações que levem à determinação do preço. A eficiência do sistema de informações é um dos fatores que compõem os *custos de transação*. A concorrência entre participantes dos mercados é outro fator que interessa à formação de preços e custos de transação. No que diz respeito à concorrência em mercados, seja para fomentá-la, seja para impedir manifestações de poder econômico que deformem a estrutura do mercado, indispensável é a regulação.” (SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo, Atlas, 2004, pp. 49/50)

demandas trabalhistas, o qual será de alguma forma e de maneira conservadora (superestimando contingências) repassado ao custo dos imóveis que comercializa. Os bancos, por sua vez, detentores de informações sobre a inadimplência de usuários de cheque especial e do resultado dos processos judiciais para recuperação destes créditos, obviamente deverão considerar estes custos no preço do dinheiro que emprestam (os juros...). As empresas de TV a cabo, detentoras das informações sobre o resultado e custos das ações judiciais para responsabilização civil e criminal dos usuários clandestinos de seus sinais, considerarão estas despesas na apuração do valor a ser cobrado de seus clientes. Em todos estes casos, dentre vários outros que poderíamos citar, a eficiência empresarial depende da capacidade que o agente econômico possui de internalizar e repassar os custos do litígio judicial para sua clientela.

Há, ainda, outro custo que tem sido sopesado por aqueles que pretendem desenvolver uma atividade empresarial, ainda que de forma coletiva, através dos dois principais tipos societários brasileiros (as sociedades limitadas e as sociedades anônimas). É que muito embora sejam, por lei, espécies nas quais seus sócios devam responder de forma limitada pelas obrigações sociais, o Judiciário, fundado em legislações especiais ou a partir de construções jurisprudenciais, tem mitigado esta limitação. Ora, nestas sociedades, desde que o capital social encontre-se regular e totalmente integralizado, os sócios não podem sofrer a execução de seu patrimônio pessoal por dívidas da sociedade, decorrentes do exercício da empresa. Nas limitadas, há solidariedade entre os sócios pela diferença não integralizada, enquanto nas anônimas, em virtude da dificuldade na fiscalização intrassocietária, diante da (presumida) elevada quantidade de sócios, solidariedade inexistente, embora haja obrigatoriedade de lavratura de laudos de avaliação para integralização com bens. No entanto, em se tratando de demandas trabalhistas, se mostra pacífico, na justiça obreira, o fato de que a inexistência de patrimônio da sociedade para satisfação do crédito do empregado, certamente, os bens pessoais dos sócios, administradores ou não, majoritários, controladores ou não, poderão ser executados. Em matéria tributária, também os sócios podem ser responsabilizados por dívidas da sociedade, certo que, neste caso, será necessário demonstrar a conduta dolosa, fraudulenta, ilegal de seus integrantes para que sejam responsabilizados.²⁰ Em matéria consumerista, há norma legal estabelecendo a responsabilidade de seus sócios pelo pagamento de créditos desta natureza, em caso de falência decorrente de má administração²¹ (conceito aberto, de alta carga subjetiva)...

Pois bem, a sociedade empresária tomará as decisões que forem necessárias para embutir nos preços por ela praticados os custos das demandas judiciais que tiver que participar diretamente. Por outro lado, seus sócios, nas deliberações sociais, nas decisões tomadas no exercício desta atividade empresarial, considerarão a possibilidade de seus bens pessoais serem executados e sempre levarão este fato em consideração ao conduzirem a sociedade para a celebração de novas relações jurídicas. Da mesma forma, os sócios buscarão incluir no cálculo dos preços dos serviços ou mercadorias comercializados pela sociedade este risco. Portanto, ao contrário do que muitos podem equivocadamente concluir, a limitação da responsabilidade pelas obrigações sociais interessa não apenas aos sócios, mas também à toda sociedade, pois os empreendedores sempre atuaram com a pretensão de repassar os riscos ao

²⁰ Não havendo, no entanto, entendimento pacífico acerca de quem deve suportar o ônus desta prova ou mesmo que tipo de prova deva ser produzida.

²¹ BRASIL, Lei n. 8.078 de 1990: “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

mercado, a outros agentes econômicos ou, em última instância, aos consumidores. Portanto, o custo (ou o simples risco) da responsabilização dos sócios pelas dívidas sociais também interferirá na formação do preço dos serviços e mercadorias oferecidos à população.

Note-se, ademais, que as empresas são capazes de suportar de forma menos onerosa os custos de um processo judicial do que pessoas físicas, principalmente aquelas que celebram contratos de partido com seus escritórios de advocacia ou que possuem departamentos jurídicos internos. Nestes casos, o surgimento de novos processos judiciais podem não significar o aumento dos custos com seu pessoal nem aumento dos honorários ajustados de forma fixa mensal com estes profissionais. Lembre-se, ainda, que os custos destas estruturas envolvendo consultores legais tendem a ser repassados ao consumidor final.

Há, por outro lado, um custo com o qual o empresário, muitas vezes não pode lidar, ainda que passível de ser quantificado financeiramente. A demora na solução de determinadas disputas judiciais, a instabilidade que a longa duração de determinados processos pode causar na empresa são, em alguns casos, motivo para que o empresário opte por outros meios de solucionar suas contendas. Temos, por exemplo, uma disputa entre sócios pelo exercício do poder de controle de uma companhia. Litígios sobre a exclusão de sócios.²² Disputas sobre a adjudicação de contratos objetos de processos licitatórios. Ações possessórias envolvendo imóveis pertencentes a empresários rurícolas. Nestes casos, a instabilidade nas relações jurídicas das quais o empresário participa, decorrente da demora na solução judicial, o conduzirá a prática de atos para composição extrajudicial ou negociação com as demais partes em litígio. A transação com concessões mútuas resultará em uma perda menor do que aguardar o desfecho do processo judicial.

Podemos, também, cogitar do custo reputacional que determinadas demandas podem ocasionar à imagem de um empresário, imagem perante o mercado ou perante órgãos de regulação da atividade econômica. A propositura de um pedido de recuperação judicial deve ser extremamente sopesado pelo empresário, não apenas em razão dos elevados dispêndios que a tramitação desta medida exige, mas também diante do fato de que ele estará confessando seu estado de aguda crise econômico-financeira. Uma ação indenizatória por complicações causadas pelo uso de um medicamento, se julgada procedente, pode comprometer ou mesmo inviabilizar a atuação de um laboratório. Uma ação contra um hospital maternidade, também de natureza indenizatória por erros graves na execução de seus serviços, pode ter consequências gravíssimas e irreversíveis para sua imagem. Nestes casos, é provável que o empresário prefira envidar esforços para evitar que estas demandas sejam ajuizadas, pois o dano reputacional será de tamanha monta que não haverá possibilidade de

²² Sobre a conduta estratégica dos sócios, nas demandas intrassocietárias, vejamos as considerações feitas pela professora RACHEL SZTAJN: “Se não forem previstas medidas para distribuir, equitativamente entre contratantes, benefícios e encargos resultantes de eventos imprevistos, desequilíbrios conjunturais, momentâneos ou não, ao longo do prazo de execução do contrato, a estratégia negocial ressent-se de não ter sido boa. Os comportamentos estratégicos são observáveis ao longo da execução dos contratos e até depois do termo final. Restrições ao exercício de atividades semelhantes depois do termo final do contrato resultam de posições estratégicas defensivas, pois limitam a concorrência. Aqui a boa-fé que vem preconizada no Código Civil. Objetivos comuns entre duas ou mais pessoas incitam-se a se associarem para facilitar escopo comum. Por isso que a repartição de vantagens adicionais às previstas inicialmente, e que venham a materializar-se ao longo do período em que estejam associadas, pode ser factível. A manutenção da cooperação ao longo do tempo serve para estimular novos acordos para redistribuir ganhos e perdas gerados por fatores imprevistos ou imprevisíveis. Contrato de sociedade é exemplo de jogo de cooperação. Nas sociedades, as relações entre associados assemelham-se à existente entre membros de uma equipe: há interesses coincidentes (é o interesse ou escopo comum do direito) e há disputas por posições de maios destaque (é conflito entre sócios), porque as condutas humanas não são mutuamente excludentes. Mesmo no conflito pode haver momentos em que racional será cooperar, negociar sobre disputar é melhor”. (SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo, Atlas, 2004, pp. 224/225)

absorção do custo ou mesmo de mecanismos de repasse aos consumidores finais. Afinal, o dano à sua imagem, ocasionará a perda de sua clientela...

Finalmente, temos a hipótese do processo dominó, processo que, de forma isolada não implica em perda relevante, do ponto de vista econômico-financeiro para o empresário, mas que poderá servir de paradigma para outros que, em grande quantidade podem resultar em grandes perdas. Nestes casos, as despesas incorridas pelo empresário na condução deste processo podem ser altas em relação ao valor específico do objeto isolado daquela demanda, mas, certamente, é bem menor do que aquele a que se sujeitará, se uma decisão eventualmente desfavorável no desfecho desta ação puder ser invocada em outras. No Brasil, temos como exemplo as ações indenizatórias movidas por fumantes em face da indústria tabagista. Muito embora, há alguns anos, vários fumantes tenham acionado estas indústrias, certamente impressionados com as notícias e valores envolvidos nas ações que tramitaram nos Estados Unidos da América, não há nenhuma decisão final favorável aos “viciados” no Brasil. Certamente, os custos processuais suportados por estas empresas, se considerarmos o valor da possível indenização individual, são bem elevados e, possivelmente, superiores em alguns casos ao pedido indenizatório. Contudo, a procedência definitiva do pedido formulado em uma destas ações poderá ocasionar um descontrolado efeito dominó, em virtude do qual milhares (ou mesmo milhões...) de ações poderão ser ajuizadas. Há outros exemplos: veja-se as ações em que se discute a legalidade da cobrança da assinatura mensal pelas empresas de telefonia ou do ponto extra de TV a cabo; ações envolvendo a responsabilização de instituições financeiras privadas pelas perdas impostas por planos econômicos.

Vimos neste tópico que, como regra, o empresário buscará transferir o custo dos processos judiciais dos quais participa para o próximo elo da cadeia produtiva ou para o consumidor final. No entanto, há hipóteses em que a procedência do pedido formulado em ação judicial contra o empresário ocasionará uma perda tão elevada que impedirá o repasse do custo. Ademais, é possível que o custo unitário do processo seja bem maior do que a possível indenização que o empresário deverá suportar com esta demanda isoladamente, havendo, no entanto, evidente interesse em investir na condução desta ação um valor muitas vezes superior, a fim de impedir que a constituição de uma decisão paradigma possa vir a ser utilizada por um volume elevado de litigantes.

5. RISCO PROCESSUAL E AS DEMANDAS BANCÁRIAS

A capacidade que o empresário possui de antever e de planejar a assunção do risco inerente à atividade negocial por ele exercida é, como regra, fator decisivo para sua perpetuação no mercado. Agentes econômicos atuam cientes da possibilidade de perda total dos investimentos realizados, aportados em favor da empresa, razão pela qual devem agir conforme informações fidedignas acerca da probabilidade de inadimplemento das obrigações contraídas por seus clientes, por seus consumidores.

Neste ponto de nosso estudo, parece necessário ressaltar alguns aspectos próprios da atividade bancária, bem como sobre a forma como as demandas judiciais das quais as instituições financeiras participam podem interferir nos custos das operações de crédito oferecidas ao mercado. Afinal, seria possível afirmar que o custo do crédito oferecido por nossos bancos sofre interferência direta da eficiência de nosso sistema judicial? O posicionamento das instituições financeiras, dentre as diversas classes em que se dividem os credores nas execuções concursais, pode contribuir para a variação do *spread* praticado pelo mercado bancário? A forma como se opera o dirigismo contratual, mediante a mitigação dos efeitos de cláusulas contratuais constantes dos contratos bancários, pode influenciar o custo do crédito oferecido em favor da população?

Ora, não há dúvidas de que o risco de inadimplemento e, em especial, o tempo médio que as demandas judiciais consomem para que o credor obtenha a satisfação de uma obrigação decorrente de um contrato bancário serão sopesados quando da composição dos custos do crédito oferecido ao mercado. Evidente, portanto, que, nos juros suportados pelos tomadores de empréstimos que honram e sempre honraram suas obrigações, encontra-se inserido o valor dos contratos descumpridos por outros mutuários. Não há dúvidas de que as instituições financeiras cobram (e não poderia ser de outra forma...) o custo correspondente às perdas aferidas nas operações que não foram adimplidas por seus clientes. Neste mercado, pode-se afirmar que os justos pagarão (literalmente) pelos pecadores (mal pagadores).

Estranho notar que, neste contexto, em face de pronunciamento de nosso E. Supremo Tribunal Federal, não se mostra constitucional a prisão civil coercitiva (logicamente, não punitiva), quando constatado que o depositário do bem constrito judicialmente, geralmente o próprio devedor, não o apresenta para execução, mesmo em face da sucumbência judicial. O depositário infiel, mesmo que tenha assumido livre e espontaneamente a condição de possuidor e a guarda do bem penhorado em execução, não poderá ser coagido a apresentá-lo para adjudicação em favor do credor ou leilão judicial através da ordem de prisão. Que efeito a interpretação que a Corte Constitucional atribuiu ao sempre invocado princípio da dignidade da pessoa humana pode trazer para a eficácia dos processos de execução?

Em matéria consumerista, e o E. Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento acerca da sujeição dos contratos bancários às normas contidas no Código de Defesa do Consumidor, se multiplicam os casos em que o Judiciário afasta a eficácia de normas inseridas em contratos de empréstimo. Os abusos praticados pelas instituições financeiras nas últimas décadas, abusos evidenciados pelo uso lesivo de cláusulas contidas em seus contratos formulários, fez com que surgisse forte jurisprudência acerca da revisão judicial dos contratos desta natureza. Nestes casos, é verdade, há grande infantilização do mutuário que parece incapaz de negociar ou renegociar suas dívidas. De outro lado, há o peso da indústria mais poderosa de nossa nação e que, sem dúvida, é capaz de assumir de forma mais barata os custos da revisão destes contratos. Em nosso país, cuja taxa de juros praticada pelos bancos é uma das maiores do planeta (ou a maior...), de fato não pode o Judiciário negligenciar o dever de livrar o mutuário de custos lesivos e desproporcionais na assunção de obrigações creditícias.

Outro aspecto que deve ser considerado nesta parte de nosso estudo, refere-se à nova ordem de pagamento dos credores que participam do processo de falência empresarial. Com o advento da Lei n. 11.101 de 2005, os credores com garantia real passaram a ter preferência em relação aos credores tributários, sendo superados, apenas, pelos trabalhistas e extraconcursais. Argumenta-se que, em razão desta modificação legislativa, as instituições financeiras, as quais costumam exigir garantias reais para a concessão de empréstimos de valor significativo, teriam um incentivo *ex ante* para reduzir as taxas de juros cobradas de seus clientes, pois poderiam antever a diminuição do risco de inadimplemento, em caso de decretação da quebra do mutuário empresário. Na prática, após 5 anos de vigência desta legislação falimentar, é possível afirmar que esta medida contribuiu para a diminuição das taxas de juros cobradas pelas instituições financeiras? O custo suportado pela sociedade com o rebaixamento da classe tributária no processo falimentar foi menor do que o afirmado benefício decorrente do barateamento dos empréstimos bancários?

Vê-se, portanto, que as instituições financeiras, como qualquer outro agente do mercado, buscam transferir aos consumidores ou ao próximo agente econômico da cadeia os custos inerentes ao exercício de sua atividade, neles incluídos os riscos de inadimplemento. Evidente, portanto, que um sistema judicial que garanta de forma eficiente a satisfação de obrigações de natureza pecuniária pode contribuir para a diminuição das taxas de juros

praticadas pelo mercado financeiro. Obviamente, falhas de mercado²³ poderão impedir que a diminuição dos custos destes empréstimos seja efetivamente repassada, autorizando, assim, condutas oportunistas por parte destas instituições, aumentando, ainda mais seus lucros.

6. A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Uma das mais antigas razões para o surgimento de litígios entre os governantes e governados é, sem dúvida, a exigência de tributos. O surgimento de nações conduzidas por um poder soberano pressupunha a transferência de recursos de seus povos em favor destes Estados para financiamento das despesas com segurança, despesas para custear os gastos com exércitos. Com o passar dos anos, os Estados nacionais tornaram-se responsáveis pela prestação de outros serviços públicos, além da segurança, como saúde, educação, dentre outros. A máquina administrativa se organizava e, por consequência, se utilizava de uma estrutura de bens e de pessoal crescente. Como custear as despesas com este aparelhamento estatal? Através da arrecadação de impostos, taxas, contribuições exigidos pelas três esferas de poder, a União, Estados e Distrito Federal, bem como pelos mais de 5000 Municípios...

Ano após ano, a fiscalização e arrecadação de tributos em nosso país torna-se mais eficiente: os valores arrecadados são sempre crescentes, a fração do PIB arrecadada é cada vez maior, a utilização de meios eletrônicos de fiscalização estão sempre se aprimorando, a legislação tributária se aperfeiçoa para impedir comportamentos elisivos e evasivos. As “teses” tributárias pelas quais advogados altamente especializados exploravam a ilegalidade ou mesmo a inconstitucionalidade de normas tributárias, tão presentes durante a década de 1990, perdem sua expressividade a partir do início dos anos 2000, em especial, em razão de grande atividade consultiva da Advocacia Geral da União em favor do Governo Federal.

Ainda sim, no contexto atual, mostra-se relevante o volume de processos tributários em tramitação em nossas cortes, como bem demonstram as estatísticas divulgadas pelo Judiciário. Há, é verdade, um saldo remanescente de processos envolvendo as antigas “teses”, processos ainda não julgados. Por outro lado, nas varas especializadas em execuções fiscais, nas quais se acumulam milhares de feitos nos quais a Fazenda pretende o recebimento de créditos tributários insatisfeitos, a atividade judicial, na maior parte destas demandas, se restringe a determinar a prática de atos dos “se”, tais como “cite-se”, “intime-se”, “lavre-se”, “publique-se”, “oficie-se” sem que de fato ocorra a satisfação da obrigação tributária. A Fazenda Pública, por sua vez, a fim de agilizar sua atuação, diminuindo seus custos e para atender um número desumano de execuções fiscais designadas para cada um de seus membros, peticiona

²³ Sobre falhas de mercado: “Quando há concorrência perfeita, as interações entre empresas e consumidores no mercado são suficientes para gerar um equilíbrio em que o bem estar é maximizado. As condições para a existência de concorrência perfeita são, porém, muito fortes e dificilmente encontradas em sua completude na prática. Ninguém discorda disso. Mas, em alguns casos, isso é de pouca importância, e o modelo de concorrência é o mais adequado para analisar o problema econômico em questão. Em outros, a não-observância das suposições do modelo de concorrência perfeita pode fazer toda a diferença. Quando isso ocorre, é preciso entender quais suposições são mais falhas e qual é a decorrência disso.

Há duas vertentes principais de trabalhos com esse foco que são particularmente pertinentes para a discussão dos temas cobertos neste livro. Uma se dedica a analisar o que se convencionou chamar de falhas de mercado: a existência de empresas que gozam de poder de mercado, externalidades e assimetria de informação. [...] A outra vertente tem como foco as consequências resultantes da existência dos custos de transação e do relaxamento de algumas hipóteses simplificadoras da Teoria Neoclássica sobre o comportamento dos indivíduos e a função de produção, em um ambiente de incerteza.” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª reimpressão, pp. 60-61)

através de petições-formulário, petições contendo vários requerimentos pré-impessos com um espaço para que um deles seja assinalado.²⁴

Interessante notar que mesmo em se tratando de execuções fiscais promovidas pela Fazenda Municipal para a cobrança de tributos incidentes sobre imóveis, os quais podem ser executados ainda que se trate de bem de família, muitas vezes há grande insucesso na satisfação do crédito tributário. O enorme número de processos que tramitam nas secretarias destas varas especializadas, bem como a quantidade excessiva (como já dito) de processos designados para cada procurador municipal, ainda permitem que seja reconhecida a ocorrência da prescrição intercorrente,²⁵ que em matéria tributária ocasiona a extinção do próprio crédito.

Este horizonte permite que o empresário em crise econômico-financeira, seja capaz de tomar a melhor decisão acerca de qual obrigação, a princípio, deverá ser inadimplida, dentre aquelas contraídas durante o exercício da empresa, com fornecedores, empregados ou com o Fisco. Assim, foi instituído o CADIN – Cadastro Informativo de Créditos não Quitados do Setor Público Federal, através da Lei n. 10.522 de 2002, uma espécie de cadastro para negativação de nomes de pessoas que não estejam em dia com suas obrigações tributárias. Trata-se, evidentemente, de uma forma indireta de cobrança de tributos, em especial para aqueles que sofrerão algum tipo de restrição de crédito perante instituições financeiras (geralmente bancos públicos).

Em verdade, no jogo para exigência do crédito tributário, a Fazenda Pública, ciente da morosidade e ineficiência judicial para recebimento dos valores inscritos em sua dívida ativa, costuma-se valer de meios indiretos, muitos de legalidade ou constitucionalidade duvidosa. Como exemplos, podemos citar a negativa de fornecimento de autorização para impressão de documentos fiscais e a negativa de inscrição como contribuinte, em caso de sociedade que tenha como sócio pessoa física ou jurídica inadimplente. Nestes casos, mostra-se evidente a violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório e, em especial, do devido processo legal, pois há uma lei especial (Lei de Execuções Fiscais) que dispõe sobre a forma de cobrança das dívidas tributárias. A solução para o particular que tenha acesso a este tipo de informação será a propositura de ação de mandando de segurança, desde que sopese seus custos (contratação de advogado, custas judiciais e o valor dos tributos em discussão). No final, mais um litígio envolvendo a Fazenda Pública...

A incapacidade do Fisco em realizar com eficiência a cobrança judicial de seu crédito pode ser mitigada, como de fato ocorre, através dos privilégios que lhes são assegurados pelo Código Tributário Nacional. Dentre eles, destacam-se a presunção de ineficácia dos atos de disposição patrimonial, realizados após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, desde que os bens remanescentes se mostrem insuficientes para garantir futura cobrança judicial. Assim, ainda que morosa a cobrança, diminui-se a chance de fraude contra o credor fiscal, principalmente em se tratando de atos que importem na transferência de bens imóveis. Outro relevante privilégio adjudicado ao Fisco é a não atração dos executivos fiscais pelo juízo universal da falência e a não inclusão do crédito tributário em processos de recuperação judicial. Nestes casos, a exclusão da Fazenda Pública dos juízos concursais permite que as execuções continuem tramitando perante as varas especializadas, sem que lhes seja imposta nenhuma hipótese de suspensão.

²⁴ “Pelo exposto requer: a) a inclusão do coobrigado no pólo passivo; b) o bloqueio de recursos financeiros existentes em contas-corrente ou aplicações; c) expedição de edital para citação do executado; d) expedição de mandado de penhora e/ou arresto e avaliação”.

²⁵ Súmula n. 314 do Superior Tribunal de Justiça: Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Especificamente no que se refere à nova legislação falimentar, temos que ressaltar o fato de que, ao contrário do que ocorria no antigo Decreto-Lei n. 7.661 de 1945, a Fazenda Pública foi colocada em terceiro lugar, na ordem de pagamento, dentre os credores concursais, logo após os trabalhistas e os credores com garantia real. Interessante... O credor tributário, ao que parece, conforme reflexão de nosso legislador ordinário, é titular de um crédito menos importante do que aquele detido pelos credores hipotecários ou pignoratícios... Ou neste caso, teria prevalecido o *lobby* altamente eficiente do setor financeiro de nosso país? A verdade é que, em razão desta nova posição na ordem de credores, alguns órgãos internos constituídos pelas Fazendas Públicas para acompanhamento de processos falimentares foram simplesmente dissolvidos, em razão da diminuição dos valores auferidos nestes procedimentos.

Pois bem, há, ademais, um aspecto extremamente relevante nas demandas judiciais promovidas para o recebimento de crédito tributário que, certamente, interfere na forma pela qual o executado (pretensão contribuinte) tomará decisões na condução destas ações. Como regra, a qualquer momento, será possível realizar o parcelamento do débito, fato que ocasionará a imediata sustação de quaisquer atos executivos como penhora de bens, leilão ou adjudicação.²⁶ Desta maneira, o executado trabalha com a ideia de que poderá resistir ao pagamento até o último momento, oportunidade em que poderá sustar o andamento do processo. A inércia, aliás, pode conduzir a ocorrência da prescrição intercorrente...

7. CONCLUSÕES

A assimetria informacional se constitui em um grande obstáculo na construção de um modelo processual eficiente, pois impede que as partes tomem conhecimento de fatos que induziriam uma conduta cooperativa para a solução extrajudicial de seus conflitos. Afinal, o consumidor que tivesse a informação sobre o valor médio das indenizações estabelecidas em outros casos envolvendo as mesmas circunstâncias fáticas, informação sobre o tempo médio destas demandas, bem como ao percentual de pedidos julgados improcedentes, resistiria sempre à celebração de um acordo? Ora, é possível verificar que, em determinadas situações, o custo do processo judicial se mostra bem maior do que o benefício correspondente à diferença entre a condenação judicial imposta a uma das partes e o valor inicialmente proposto para acordo.²⁷

Assim, o Judiciário, evidentemente, tem muito a economizar se envidar esforços em divulgar para a população em geral, informações e estatísticas sobre o resultado de determinadas demandas tidas por repetitivas. Afinal, o custo do processo pode ser bem maior (e geralmente o é) do que o benefício líquido auferido pela parte com a condenação imposta à outra (deduzindo os custos do processo).

²⁶ *The word "Bayesian" in the name incorporates the idea that uninformed players put probabilities on different events and then update them using Bayes's rule when other players take actions that convey information. (In probability theory, Bayes's rule provides a means to capture formally the way rational people should update their beliefs in the wake of new information.)*(BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994, p. 183.)

²⁷ O Direito, enquanto variável economicamente relevante, deve procurar moldar a conduta dos agentes econômicos de forma a que os bens e serviços fiquem na propriedade daqueles que não estariam dispostos a cedê-los nem pela compensação financeira que receberiam por isso. A legislação é economicamente eficiente se aloca os bens e serviços para aqueles indivíduos que os valorizam a ponto de não estarem dispostos a abrir mão deles se lhes for oferecido o seu valor em dinheiro.

Visto de outro ângulo, este padrão de eficiência da legislação se verifica quando esta, diante de um eventual conflito de interesses, o soluciona de forma a que os ganhos para o vencedor do conflito sejam maiores do que as perdas para o sucumbente.(PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006, p. 21)

Note-se que não defendemos uma visão utilitarista do processo, a ponto de sustentar que melhor seria que o Estado realizasse o pagamento da condenação em favor de uma das partes, ao invés de suportar os custos da máquina judicial. Não é isto. Apenas defendemos que a disponibilização de informações aos jurisdicionados resolveria o desequilíbrio existente entre litigantes eventuais e profissionais, impedindo que, em determinados casos, demandas sejam instauradas ou impulsionadas de forma desnecessária e custosa para toda a sociedade.

No mundo empresarial, podemos concluir que as sociedades limitadas e anônimas tomarão as decisões que forem necessárias para incluir nos preços por elas praticados os custos das demandas judiciais que tiverem que participar. Ademais, seus sócios, nas deliberações sociais, nas decisões tomadas no exercício desta atividade empresarial, sopesarão a possibilidade de seus bens pessoais serem executados e sempre levarão este fato em consideração ao conduzirem a sociedade para a celebração de novas relações jurídicas.

Desta maneira, o empresário buscará transferir o custo dos processos judiciais dos quais participa para o próximo elo da cadeia produtiva ou para o consumidor final. Contudo, há hipóteses em que a procedência do pedido formulado em ação judicial contra o empresário ocasionará uma perda tão elevada que impedirá o repasse do custo. É que a demora na prestação jurisdicional pode implicar em custos insuportáveis pelos empresários, em razão da desestabilização de sua atividade.

Insta acrescenta que é possível que o custo unitário de um processo seja bem maior do que a possível indenização que o empresário deverá suportar com esta demanda isoladamente, havendo, no entanto, evidente interesse em investir na condução desta ação um valor muitas vezes superior. Esta conduta tem por objetivo impedir que a constituição de uma decisão paradigma possa vir a ser utilizada por um volume elevado de litigantes.

Também podemos concluir que as instituições financeiras, como qualquer outro agente do mercado, buscam transferir aos consumidores ou ao próximo agente econômico da cadeia os custos inerentes ao exercício de sua atividade, neles incluídos os riscos de inadimplemento. Assim, um sistema judicial que garanta de forma eficiente a satisfação de obrigações de natureza pecuniária pode contribuir para a diminuição das taxas de juros praticadas pelo mercado financeiro. No entanto, falhas de mercado podem impedir que a diminuição dos custos destes empréstimos seja efetivamente repassada, autorizando condutas oportunistas por parte destas instituições, aumentando, ainda mais seus lucros.

Finalmente, no jogo para exigência do crédito tributário, a Fazenda Pública, ciente da morosidade e ineficiência judicial para recebimento dos valores inscritos em sua dívida ativa, costuma-se valer de meios indiretos, muitos de legalidade ou constitucionalidade duvidosa. Em verdade, a incapacidade do Fisco em realizar com eficiência a cobrança judicial de seu crédito é mitigada através dos privilégios que lhe são assegurados pelo Código Tributário Nacional. Ainda que morosa a cobrança, diminui-se a chance de fraude contra o credor fiscal, principalmente, em se tratando de atos que importem na transferência de bens imóveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and the law*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1994.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução de Luiz Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DAHLMAN, Carl J. The problem of externality. *The Journal of Law and Economics*, vol. 22, n. 1 (abril, 1979).

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

MANKIW, N. Gregory. *Princípios de microeconomia* (tradução Allan Vidigal Hastings). São Paulo: Cengage Learning, 2009.

PATROCÍNIO, Daniel Moreira do; LANA, Henrique Avelino Rodrigues de Paula. Dano eficiente: análise econômica das demandas consumeristas. In: AMARAL, Paulo Adyr Dias do; FLORIANO NETO, Alex. (Org.). *Direito Empresarial: teorias, práticas e estratégias*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010, p. 49-80.

PIMENTA, Eduardo Goulart. *Recuperação de empresas: um estudo sistematizado da nova lei de falências*. São Paulo: IOB Thomson, 2006.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, 2ª reimpressão.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. *Revista de Direito Privado*, vol. 22.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo, Atlas, 2004.

SZTAJN, Rachel; GORGA, Érica. Tradições do Direito. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (org.), *Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*, Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, 2ª reimpressão.