

---

# OS INCENTIVOS ECONÔMICOS À LITIGÂNCIA CONTRA A UNIÃO

---

## *ECONOMIC INCENTIVES FOR LITIGATION AGAINST THE UNION*

*Marcos Pires de Campos<sup>1</sup>*

*“I pay very little attention to legal rules, statutes, constitutional provisions... A case is just a dispute. The first thing you do is ask yourself—forget about the law—what is a sensible resolution of this dispute? The next thing ... is to see if a recent Supreme Court precedent or some other legal obstacle stood in the way of ruling in favor of that sensible resolution. And the answer is that’s actually rarely the case. When you have a Supreme Court case or something similar, they’re often extremely easy to get around.”*

Richard Posner

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O modelo básico da litigância civil. 2. O sistema recursal. 3. Influência do advogado. 4. Fatores específicos das causas contra a União. 4.1. A escolha do foro. 4.2. A manipulação do valor da

---

<sup>1</sup> Graduado em Economia pela Universidade de São Paulo (USP) e Direito pelo Centro Universitário de Brasília (CEUB). Advogado da União.

causa. 4.3. O viés decisório das lides interfederativas.  
5. Neoconstitucionalismo e sua influência processual.  
5.1. Neoconstitucionalismo e o custo baixo de criar teses jurídicas. 5.2. Neoconstitucionalismo e insegurança jurídica. 5.3. Neoconstitucionalismo e escolha dos juízes.  
6. A Tragédia do Judiciário. Conclusão. Referências.

**RESUMO:** Usando metodologia da análise econômica do direito, analisa-se os incentivos econômicos à litigância contra a União e fatores que a aumentam, como a manipulação do valor da causa e o viés interfederativo. Analisa-se o impacto do neoconstitucionalismo no aumento da litigância e as consequências sociais por meio da Tragédia do Judiciário.

**PALAVRAS-CHAVE:** Análise Econômica do Direito. Processo Civil. Incentivos à litigância contra a União. Fatores explicativos. Impacto do neoconstitucionalismo. Tragédia do Judiciário.

**ABSTRACT:** Using Law and Economics methodology, the economic incentives for litigation against the Union are analyzed, and factors that increase it, such as manipulation of the value of the case and the inter-federative bias. Analyzes the impact of neoconstitucionalism on the increase in litigation, and the social consequences through the Tragedy of the Judiciary.

**KEYWORDS:** Law and Economics. Civil Procedure. Incentives to litigate against the Union. Explanatory factors. Impact of neoconstitucionalism. Tragedy of the Judiciary.

## INTRODUÇÃO

Este trabalho busca, com base na metodologia da Análise Econômica do Direito, descrever os principais incentivos das partes que determinam a litigância civil, incluindo o papel do sistema recursal e dos advogados.

Posteriormente, com base nos fundamentos do modelo geral, serão analisados fatores específicos que influenciam a litigância contra a União, como a escolha do foro, o viés interfederativo e a manipulação do valor da causa.

Os impactos do neoconstitucionalismo nos incentivos econômicos do processo são explorados, com hipóteses sobre a razão de sua adoção pelo Judiciário.

Por fim, culmina-se com a tragédia do Judiciário, que pode ser explicada pelos fatores que incentivam a litigância excessiva.

### 1. O MODELO BÁSICO DA LITIGÂNCIA CIVIL

A Análise Econômica do Direito, ou *Law and Economics*, é uma metodologia de estudo do Direito que utiliza premissas e métodos da Ciência Econômica, em especial da Microeconomia. A análise é classificada em dois tipos: **positiva**, quando se busca apenas descrever os incentivos das regras jurídicas em vigor e suas consequências esperadas; e **normativa**, quando se utiliza o ferramental econômico como fundamento para interpretar, aplicar ou alterar o direito posto (Timm; Guarrisse, p. 158).

A possibilidade do uso da análise econômica normativa, com largo uso na jurisprudência americana, tem viés pragmático e se fundamenta, no Direito brasileiro, tanto no art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), que determina a análise das consequências práticas das decisões administrativas e judiciais, quanto no princípio da eficiência, a ser respeitado por toda a Administração Pública (art. 37 da Constituição Federal – CF), inclusive pelo juiz ao aplicar o ordenamento jurídico no processo civil (art. 8º do Código de Processo Civil – CPC).

A análise econômica se baseia em alguns pressupostos da conduta humana, com o intuito de entender incentivos, explicar comportamentos e prever resultados futuros. Entre eles, destacam-se: i) a racionalidade; ii) o autointeresse; iii) a escassez; e iv) o individualismo metodológico (Gico Junior, p. 42).

Nessa seara, estudos clássicos da litigância civil, desde **Richard Posner**, buscaram modelar as principais variáveis que interferem no fenômeno da litigância civil, chegando a um modelo básico nos termos a seguir expostos (Machado; Dias, p. 406; Gico Junior, 2020, p. 222).

Do **ponto de vista do autor**, dado um bem da vida **B** que ele disputa com um potencial réu,  $p_a$  a probabilidade que ele estima para conquista via Judiciário, e  $c_a$  os seus custos de litigar, seu retorno esperado de um potencial litígio pode ser expresso como:

$$= p_a * B - c_a$$

Para o retorno ser positivo, tem-se que  $p_a * B > c_a$ .

Caso essa situação seja dada na prática, será racional o ajuizamento da ação pelo autor, podendo-se dizer que o valor da mesma para ele, ou seja, o quanto ele espera ganhar pesando a situação de risco, é  $p_a * B - c_a$ .

Isso significa que, caso ele procure o réu demandando o bem da vida, caso esse lhe ofereça um valor maior que  $(p_a * B - c_a)$  como um acordo para evitar o litígio, o autor deve aceitar.

Do **ponto de vista** do réu, considerando que o bem da vida tem o mesmo valor **B** dado pelo autor,  $p_r$  a probabilidade que ele estima para vitória do autor, e  $c_r$  seus custos de litigar, o retorno esperado de um potencial litígio é:

$$= -p_r * B - c_r$$

Para o retorno do litígio ser positivo, o valor de  $p_r * B + c_r$  deve ser menor que zero.

Do contrário, o litígio não será racional para o réu, já que terá menor valor esperado do que simplesmente entregar o bem B demandado pelo autor, pois ao litigar, se adicionam os custos relacionados.

Anteriormente, foi visto que  $(p_a * B - c_a)$  é o valor da ação para o autor, sendo assim o seu preço de reserva da mesma (caso o réu lhe ofereça um valor superior como acordo, ele aceitará).

Para o réu, pelo contrário, o valor da ação é  $(p_r * B + c_r)$ , sendo assim seu preço máximo para evitar um possível litígio. Se for possível oferecer ao autor um valor menor do que  $(p_r * B + c_r)$  e fazer um acordo, será racional ao réu.

Juntando as duas condições, que expressam o valor mínimo que o autor estaria disposto a receber para evitar a ação, e o valor máximo que o réu poderia oferecer, temos as seguintes equações:

$$\text{Para o autor: } p_a * B - c_a < \text{Valor do acordo}$$

$$\text{Para o réu: } \text{Valor do acordo} < p_r * B + c_r$$

Porém, desde Coase (1960), o problema dos custos de transação é sempre registrado como um impeditivo que pode evitar trocas que seriam

mutuamente benéficas. Tãmanha é a importãncia do tãpico que alguns autores consideram a minimizaãõ dos custos de transaãõ o principal objetivo das instituiãões econãmicas, sendo essas as principais responsãveis pelos diferentes nãveis de desenvolvimento das naãões.

No caso, considerando que para a negociaãõ de um acordo, autor e rãu teriam respectivamente os custos  $n_a$  e  $n_r$ , as condiãões para um acordo ficariam:

$$\text{Para o autor: } p_a * B - c_a < \text{Valor do acordo} - n_a$$

$$\text{Para o rãu: Valor do acordo} + n_r < p_r * B + c_r$$

Sintetizando as equaãões em uma:

$$p_a * B - c_a + n_a < p_r * B + c_r - n_r$$

$$= p_a * B - p_r * B + (n_a + n_r) < c_a + c_r$$

$$= (p_a - p_r) * B + N < C$$

**Equaãõ Fundamental I** – para ser possãvel um acordo:

$$= \frac{\Delta p * B + N}{C} < 1$$

Sendo:

$N$  = soma dos custos de negociaãõ;

$C$  = soma dos custos de litigar;

$B$  = valor do bem da vida em disputa;

$\Delta p$  = diferenãa entre as probabilidades subjetivas que autor e rãu estimam para o provimento do pedido.

Se essa equaãõ fundamental não for satisfeita, então não serã racional a realizaãõ de um acordo e haverã o litãgio.

Estando a condiãõ satisfeita, apenas se demonstra que hã um espaão racional de negociaãõ entre autor e rãu, em que ambos ficariam melhores do que se houvesse disputa. O valor do acordo poderia ser qualquer um entre o preão de reserva do autor e o preão mãximo do rãu, o que não

mudaria o excedente de utilidade social total a ser gerado pelo acordo. A diferença entre os possíveis valores alteraria apenas o quanto cada parte conseguiria do excedente total, sendo dependente do poder de barganha de cada uma, do poder de negociação e de outras variáveis próprias do processo negocial.

Esse modelo básico demonstra vários *insights* importantes sobre a estrutura de incentivos do processo civil.

Com relação aos **custos totais de litigar, “C”**, quanto maiores forem, maior a probabilidade de ocorrer racionalmente um acordo. Por outro lado, quanto menores forem, até o limite de serem próximos de zero, menor será a janela de oportunidade de um acordo e maior a chance de o litígio ser o equilíbrio estratégico racional de ambos os jogadores.

Com relação aos **custos totais de negociação “N”**, quanto maiores forem, menor a probabilidade de um acordo. Por outro lado, quanto menor for o custo de negociar, maior a possibilidade de se evitar racionalmente um litígio entre as partes.

É por esse motivo que, dada a situação de “tragédia do Judiciário” (Gico Junior, 2020, p. 399), com a grande quantidade de processos sob análise judicial, e como consequência lógica dos movimentos de acesso à Justiça que diminuiram em muito os custos C de litigar, observa-se diversos esforços para proporcionar mecanismos institucionais que facilitem a negociação, diminuindo seus custos inerentes, como a audiência obrigatória do CPC e a criação de setores especializados em órgãos públicos como na Advocacia-Geral da União (AGU) e no Tribunal de Contas da União (TCU), além de mutirões organizados pelo Poder Judiciário.

Com relação ao **valor do bem da vida “B”**, observa-se que, *ceteris paribus*, quanto maior for, menor a probabilidade de ocorrer o acordo, tendo mais chance de o equilíbrio estratégico ser o litígio. Isso ocorre porque, quanto maior o valor B, mais se atenuam os custos de litigância envolvidos. Por outro lado, quanto menor o valor do bem em disputa, maior será a probabilidade de ser irracional a ocorrência do litígio, em detrimento de um acordo ou simplesmente da desistência da ação.

Por fim, cabe analisar o papel do  $\Delta p$ , ou seja, da diferença de estimativa subjetiva para a probabilidade de sucesso da causa. Quanto maior for esse diferencial, menor a probabilidade de um acordo e maior a de o litígio ser o equilíbrio estratégico entre as partes. Por outro lado, quanto menor o diferencial, menor a chance de ocorrer o litígio.

No limite, em um estado de certeza e segurança jurídica perfeitas, em que todas as decisões judiciais fossem previsíveis,  $\Delta p$  seria zero. Nesse caso, o litígio só seria racional se N fosse maior que C, ou seja, se os custos de negociar fossem maiores que os custos de litigar. Supõe-se

que os custos de litigar, para a maioria dos casos, são maiores que os custos de negociar. Assim, para a maioria dos casos não haveria litígio. Esse insight demonstra uma correlação muito importante: **quanto maior for a segurança jurídica, menos litígios devem ocorrer racionalmente**. Por outro lado, quanto mais imprevisíveis forem as decisões judiciais, maior tende a ser o  $\Delta p$  e maior a probabilidade de ajuizamento de processos.

Com relação a essa variável  $\Delta p$ , que é fundamental para o entendimento dos incentivos do processo civil, outros fatores, além da previsibilidade objetiva do sistema jurídico, devem ser considerados.

Como demonstram os *insights* da economia comportamental, muitas vezes as pessoas não adotam comportamentos totalmente racionais, estando presentes **vieses cognitivos**, como o excesso de autoconfiança, que podem distorcer as percepções subjetivas das probabilidades de sucesso judicial.

As pessoas leigas normalmente tomam suas percepções a partir do conselho de advogados. Com isso, surge um outro *player* relevante no jogo, com seus próprios interesses, em uma interação com seu cliente análoga ao problema econômico do **agente-principal**. O papel do advogado será analisado em seção a seguir.

Por fim, **informações assimétricas** podem causar diferenças substantivas nas estimativas do sucesso da causa. Cada parte pode não saber as provas e teses que a outra apresentará, o que pode influenciar os *payoffs* do valor da causa para cada parte.

Posto o modelo básico e suas variáveis, cabe aprofundar em alguns aspectos antes de adentrar em fatores específicos das litigâncias contra a União.

## 2. O SISTEMA RECURSAL

Do ponto de vista da eficiência do processo civil, os benefícios de se ter um sistema recursal, com os custos administrativos relacionados, são principalmente dois: i) corrigir erros judiciais; e ii) uniformizar a interpretação das leis, aumentando a segurança jurídica.

Na visão de Gico Junior (2020, p. 116), o respeito ao princípio da eficiência processual tem como dimensões a minimização dos custos administrativos para prestar o serviço jurisdicional e a correta alocação dos bens da vida, que se dá quando o direito é corretamente aplicado, sendo que este, em um estado de direito democrático, reflete de alguma forma a preferência mediana da sociedade sobre o assunto. A primeira função do sistema recursal, assim, existe para concretizar a eficiência alocativa do bem da vida, que pode ser alocado inadequadamente por erro judicial.

A segunda função, prevista normativamente no art. 926 do CPC, se fundamenta no fato de que o Direito não é, e nem nunca poderá ser, composto integralmente por regras claras, completas e sem margem interpretativa, pois, em primeiro lugar, o Direito regula condutas humanas sociais, e sendo a realidade fática e a sociedade extremamente dinâmicas e (cada vez mais) complexas, não se aventa possível prever todas as situações futuras hipotéticas com suas consequências a serem cumpridas, em um sistema fechado como um algoritmo. Lembre-se também de que **produzir o Direito também tem custos**, envolvendo complexos e custosos processos de negociação e formalização, especialmente em um estado democrático. Diante disso, grande parte das normas jurídicas, especialmente as que usam conceitos indeterminados, e os princípios, darão azo a margem interpretativa. Além disso, as situações não previstas pelo Direito, mas que demandam solução por métodos integrativos, também terão amplo espaço para diferentes interpretações aceitáveis. Com isso, mesmo supondo que todos os juízes sejam tecnicamente competentes e não incorram em comportamento oportunista (quando decidem não conforme o Direito escolhido pela sociedade, mas conforme desejos pessoais, em clássico problema de agente (o juiz) e principal (a sociedade), o sistema de primeiro grau necessariamente gerará decisões conflitantes, ambas aceitáveis do ponto de vista jurídico, para mesmas questões.

Esse tipo de risco prejudica as funções do Direito de pacificação social e estabilização das expectativas com relação a comportamentos futuros, tornando-o menos íntegro e estável. Com isso, os custos do sistema recursal se justificam em busca desses benefícios esperados.

Dada a existência e as funções do sistema recursal como dados, cabe averiguar sua influência nos incentivos das partes.

Como citado anteriormente, o processo civil pode contar no seu início com fortes assimetrias de informação. Porém, com as regras que obrigam o anexo dos documentos relevantes na petição inicial e contestação, com a definição dos aspectos controvertidos na fase de saneamento, e, especialmente, após o fim da instrução probatória, chega um momento em que os fatos determinantes para a disputa ficam disponíveis para todos. E, por fim, com a sentença, com o pronunciamento jurídico de um magistrado oficial do Estado sobre o caso, haveria, em tese, fortes razões para se tender a uma equalização entre as probabilidades subjetivas sobre o deferimento do pedido. Assim, seria de se esperar maior probabilidade de realizações de acordos após a sentença.

Não é o que é observado, porém. Conforme Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da “Justiça em Números” de 2024, o índice de conciliação no 2º grau é de menos de 1%, bem abaixo do primeiro grau.

Um fator explicativo desse comportamento é o fenômeno dos **custos afundados**. Como visto anteriormente, uma premissa dos modelos econômicos é o individualismo metodológico, analisando a decisão de cada indivíduo em dado momento. Os custos incorridos anteriormente não podem ser recuperados, assim o indivíduo analisa os custos e benefícios esperados de cada decisão sempre com olhar futuro. Assim, o autor decide se ajuíza a ação ou não. Se o réu oferecer um valor para encerrar o processo, decide se aceita ou não. Após a sentença, se perder, decide se recorre ou não, e assim por diante.

Ora, no sistema processual atual, a maior parcela dos custos de litigar é incorrida no início, sendo comparativamente pequeno o custo adicional de recorrer e manter o litígio. O CPC tentou contrabalançar esse problema ao instituir honorários sucumbenciais recursais (art. 85, § 11), mas aparentemente não foi suficiente para diminuir a taxa de recorribilidade das decisões judiciais, que continua elevada, conforme o Relatório do CNJ (2024).

Se o fenômeno dos custos afundados colabora para que o litígio seja estendido no sistema recursal, seria de se esperar, no entanto, que após um pronunciamento judicial já realizado no processo, com todos os fatos relevantes já postos e a causa estabilizada, houvesse uma tendência de diminuição do  $\Delta p$ , o que poderia colaborar para o encerramento dos processos via acordo sem precisar esgotar todos os recursos.

O grau em que isso ocorreria dependeria do grau de aderência entre as decisões judiciais e suas revisões por instâncias superiores. Quanto mais aderentes as decisões, ou seja, quanto menor for a probabilidade de que a decisão de certo juiz ou Tribunal seja revista por instância superior, mais tenderiam as probabilidades das partes a convergirem, o que aumentaria os incentivos para a realização de um acordo e ao fim do litígio. Como o índice de conciliação no segundo grau brasileiro é muito baixo, menor que no primeiro, isso sinaliza que, atualmente, os operadores não veem as decisões de primeiro grau como sinais confiáveis do provimento jurisdicional definitivo do caso.

Para inverter essa tendência, Gico Junior (2020, p. 318) defende que as taxas de reversibilidade das decisões judiciais, por vara e tribunal, fossem públicas e amplamente divulgadas, o que ainda não é o caso (o Relatório do CNJ tem apenas taxas de recorribilidade das decisões, e não de sucesso dos recursos). Com isso, para os juízes que tivessem altas taxas de manutenção das decisões (sinalizando que respeitam a jurisprudência das instâncias superiores), as partes poderiam convergir mais na previsão final da decisão jurisdicional, e, assim, aumentaria a taxa de acordos. Igualmente, para os juízes com altas taxas de reversibilidade (sinal de que não seguem a jurisprudência dos Tribunais), a divulgação pública dos indicadores poderia

constrangê-los a respeitar a jurisprudência, tornando suas decisões mais previsíveis ao longo do tempo.

### 3. INFLUÊNCIA DO ADVOGADO

Salvo raras exceções, as partes não podem postular diretamente no Judiciário, precisando se valer do serviço de advogados. Com a participação desses no jogo processual, cabe investigar seus incentivos próprios na formação da litigância civil.

O retorno esperado dos advogados depende em grande parte da forma acertada de sua remuneração, sendo que as principais são: por horas contratadas, por um valor cheio para a causa e por êxito na demanda. Também se pode combinar essas para uma metodologia híbrida de remuneração (ex.: um valor cheio mais porcentual de êxito).

Como em grande parte da litigância repetitiva contra a União observa-se o uso dos honorários por êxito, partiremos de um modelo com essa base, partindo de uma remuneração de 30% do êxito processual, além de honorários sucumbenciais de 10%. Nesse caso, o retorno esperado que o advogado espera obter para uma possível causa pode ser exposto como:

$p_a * B * 0,3 + p_a * B * 0,1 - c_m - c_c$ , sendo  $p_a$  a probabilidade de êxito da causa,  $B$ , o valor do bem da vida,  $c_m$  o custo marginal de trabalho na causa e  $c_c$  o custo de captação do cliente da causa.

Com isso, chega-se à seguinte equação para o ajuizamento da ação ser racional para o advogado:

**Equação fundamental II** – do advogado por êxito

$$p_a B > \frac{Cm + Cc}{0,4}$$

Ao mesmo tempo, a ação também precisa ser vantajosa para a parte autora, conforme a equação:

$$0,7 * p_a * B - c_a > 0$$

$c_a$ , os custos de litigar para o autor, podem ser modelados da seguinte forma:

$c_a = c_s + (1 - p_a) * (c_p + 0,1B)$ , sendo  $c_s$  = custos afundados de litigar,  $c_p$  = custas processuais e  $0,1B$  honorários sucumbenciais em caso de derrota.

A equação para retorno esperado positivo para a parte fica, assim:

$$= 0,7 * p_a * B > c_s + (1 - p_a) * (c_p + 0,1B)$$

$$= 0,7 * p_a * B > c_s + c_p + 0,1B - p_a c_p - 0,1B p_a$$

**Equação fundamental III** – para se ajuizar ação com advogado de êxito

$$p_a > \frac{C_s + C_p + 0,1B}{0,8B + c_p}$$

Veja-se que, quanto maior o valor B do bem da vida, menor precisa ser a probabilidade êxito  $p_a$  para o ajuizamento ser racional. Igualmente, quanto maior for o custo afundado de litigar  $c_s$ , maior deve ser  $p_a$ .

Nas últimas décadas, diversos mecanismos de acesso à justiça foram instituídos, em que os custos de litigar  $c_s$  e  $c_p$  foram chegando para próximo de zero. Nesse caso, observa-se que o ajuizamento será racional se a probabilidade de êxito da ação for maior que  $1/8 = 12,5\%$ , **isso se a parte tiver que arcar com honorários de sucumbência em caso de derrota.**

Caso a parte tenha gratuidade de justiça e nem com honorários sucumbenciais precise arcar, ou, ainda, o procedimento escolhido não preveja sucumbência (mandado de segurança ou ação civil pública), então os custos de litigar tenderão a zero. Com isso, qualquer valor p positivo, por menor que seja, maior que zero, será suficiente para o ajuizamento racional da ação pela parte, desde que a condição de retorno positivo para o advogado também seja satisfeita (nos casos em que se exige um).

Esse mecanismo pode explicar o grande aumento de ações judiciais a partir de reformas para expandir o acesso ao Judiciário, como a criação de Juizados Especiais, a gratuidade de justiça e a expansão das ações coletivas.

#### 4. FATORES ESPECÍFICOS DAS CAUSAS CONTRA A UNIÃO

Considerando os incentivos expostos com as equações fundamentais da racionalidade da litigância de partes e advogados, cabe analisar certas peculiaridades que ocorrem nas causas, especialmente as de caráter repetitivo, contra a União.

##### 4.1. A escolha do foro

Conforme disposição constitucional, quando a União ajuíza uma ação, ela precisa seguir a regra geral do foro do domicílio do réu (art. 109, § 1º).

Contudo, quando ela é ré, a parte pode escolher no foro de seu domicílio, no local do ato ou fato em disputa, onde esteja situada a coisa, ou no Distrito Federal (art. 109, § 2º).

Com isso, a partir de teses aplicáveis a casos repetitivos, as partes e advogados podem observar, após o ajuizamento das primeiras, os diferentes resultados em juízos e tribunais diferentes, para, **posteriormente**, escolher o foro onde a probabilidade  $p_a$ , conforme as equações II e III, é maior. Como quanto maior  $p_a$ , *ceteris paribus*, maior a probabilidade racional de ajuizamento de uma ação, temos que essa possibilidade de escolha do foro é um fator que contribui para o aumento da litigância contra a União.

#### 4.2. A manipulação do valor da causa

Conforme art. 292 do CPC, toda ação tem um valor da causa, que corresponde ao proveito econômico desejado, e que é a base para diversos cálculos relacionados com o litígio, como multas, custas processuais e honorários de sucumbência.

A adequação do valor da causa, assim, é importante para racionalizar os incentivos do litígio, já que é um fator que influencia custos e benefícios esperados das partes e de seus advogados.

Ocorre que, em diversos litígios contra a União, **tanto de municípios como de entes privados**, é comum que o pedido principal na fase de conhecimento venha de forma genérica, pedindo a condenação ao pagamento de indenização em função de algum ato da União, referente aos cinco anos anteriores mais o período a partir do protocolo, mas **sem especificar o valor total que a parte estima**, pedindo que o cálculo seja deixado para fase posterior de liquidação. O valor da causa, nesse contexto, é colocado “para fins meramente fiscais” em valor baixo, muitas vezes entre R\$ 10 mil e R\$ 100 mil.

Se a parte consegue decisão favorável, posteriormente entra com pedido de cumprimento ou liquidação, anexando cálculos que apontam para valores muito maiores, muitas vezes na casa de dezenas ou centenas de milhões de reais. Nesses pedidos, vem anexado o contrato de honorários por êxito do advogado, com autorização de destaque dos precatórios em 20% ou 30% do valor total, mais os honorários de sucumbência normais, em caso de impugnação da União, de 10 a 20%.

Caso a União tivesse ganho a ação de conhecimento, o custo da parte seria muito baixo, tendente inclusive a zero, pois os honorários sucumbenciais a favor da União seriam tão baixos que nem seria eficiente sua execução. Igualmente, as custas processuais também seriam baixas ou zero, como no caso de municípios. Porém, em verdade, os benefícios esperados, o valor “B” do bem da vida esperado, é altíssimo. Assim, considerando a equação III, vê-se que com alto

valor de “B” da ação, e com os custos de litigar, inclusive de sucumbência, sendo manipuladamente minimizados, tem-se que, **mesmo com valores muito baixos de  $p_a$ , será racional o ajuizamento da ação pela parte.**

Para o advogado, igualmente, considerando um benefício real potencial muito alto, e sendo o custo marginal de atuação muitas vezes baixo, pois a tese jurídica já está pronta com modelos, o ajuizamento será racional, e com retorno esperado tão vantajoso, que poderá incentivá-lo a adotar custos altos de captação de clientes, para conseguir o maior volume possível de ações.

Tal prática, em respeito à eficiência, isonomia, legalidade e boa-fé do processo, deveria ser rechaçada pelo Poder Judiciário, como prática de litigância predatória ou de má-fé. Contudo, a prática vem sendo aceita, o que muito colabora para o excesso de litígios contra a União.

#### 4.3. O viés decisório das lides interfederativas

Litígios interfederativos contra a União, por estados e municípios, são frequentes. Echeverria (2018) destaca como causa o desenho federalista constitucional, com impulso de distribuição de verbas, mas com centralização de competências na União.

Na linguagem popular, a União é a “viúva”, na qual, em último caso, todas as contas e os prejuízos são alocados. Echeverria (2018) observa que, nas disputas entre estados e a União, o Supremo Tribunal Federal (STF) apresenta um viés decisório a favor dos entes subnacionais, muitas vezes *contra legem* e solapando controles e garantias fiscais legais. São invocados princípios como o da “solidariedade”, “lealdade federativa” e “dever de cooperação”.<sup>2</sup> Como consequência, é criado um “jogo do resgate”, em que os entes têm incentivo a comportamentos fiscalmente oportunistas, contando com o seguro judicial da União.

Assim, com a tendência de que o Judiciário aloque uma  $p_a$  maior a um ente subnacional do que seria legalmente previsto, e considerando ainda que os custos de litigar para os entes públicos costumam ser baixos, vê-se que é criada uma situação de grande incentivo à litigância interfederativa contra a União.

No caso de municípios, em especial os pequenos, observa-se a mesma tendência de aumento artificial de  $p_a$  pelo Judiciário. Nesses casos, em que o município não possui procuradoria, é contratado um advogado privado por contrato de êxito. Assim, especialmente nos casos de **ocultação do real proveito econômico em disputa**, o município tem praticamente custo zero para litigar, e o advogado, por outro lado, como explicado acima, pode ter grande benefício esperado com a ação.

2 Ação Cível Originária (ACO) 2178.

## 5. NEOCONSTITUCIONALISMO E SUA INFLUÊNCIA PROCESSUAL

### 5.1. Neoconstitucionalismo e o custo baixo de criar teses jurídicas

O neoconstitucionalismo é a filosofia jurídica dominante na aplicação do Direito brasileiro. É raro ver decisões judiciais que não se apoiam precipuamente em princípios, muitas vezes sem previsão legal e considerados implícitos. Nem mesmo regras dogmáticas tradicionais de certos campos do direito estão a salvo.<sup>3</sup> A aplicação muitas vezes se dá sob princípios abstratos, sem nenhuma preocupação com os efeitos práticos ou concretos da decisão, como por exemplo na bizarra decisão da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5422.<sup>4</sup> Não se olvida que qualquer sistema jurídico precisa se basear em princípios, pela intrínseca incompletude do Direito e pelo seu custo de produzi-lo. Os princípios sempre serão necessários como método integrativo de direito, bem como, pela carga axiológica que possuem, servirem de guia interpretativo de regras, em caso de ambiguidade e dúvida em sua aplicação. Atualmente, no entanto, os princípios adquirem um uso muito mais disseminado, entendidos como “mandamentos de otimização”, que precisam ser aplicados com a maior eficácia possível dentre as limitações fáticas e jurídicas, e que estão sujeitos ao método da ponderação e não da subsunção legal clássica.

O objetivo aqui não é discutir filosoficamente se isso é adequado ou não, mas mostrar algumas consequências para a análise econômica do processo civil.

Como visto na equação II, para ser vantajoso a um advogado, contratado por êxito, ajuizar uma ação:

$$p_a B > \frac{C_m + C_c}{0,4}$$
, sendo  $C_m$  o seu custo marginal de litigar e  $c_c$  o custo de captação do cliente.

O custo marginal de litigar do advogado pode envolver analisar o caso e tentar criar uma tese jurídica nova com potencial de gerar êxito a seu cliente. Sabendo que os juízes podem aceitar argumentos baseados apenas em

3 Vide Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26.

4 O STF deu interpretação conforme para afastar o imposto de renda sobre o recebimento de pensão alimentícia, independentemente do valor, sob argumentos como “igualdade de gênero” e “mínimo existencial”. Como quem paga pensão pode descontar dos seus rendimentos tributáveis, o ativismo do STF tem como consequências lógicas: perda de bilhões de arrecadação à União de contribuintes de renda alta (efeito regressivo); desincentivo a cumprir deveres familiares espontaneamente; incentivo a todos os benefícios interfamiliares serem formalizados por pensão alimentícia; e enorme oportunidade de planejamento tributário familiar, em especial para famílias de alta renda.

princípios, que têm muita relação com o senso pessoal de justiça do julgador, é verossímil supor que o custo de criar teses jurídicas fica mais baixo, pois se consegue, em uma análise superficial dos fatos e das normas reguladoras de certo instituto, argumentar diretamente com base em princípios como a “razoabilidade” e a “isonomia”, que, no fundo, apenas alegam que a situação é ou tem aparência de “injusta”, sem a necessidade de se aprofundar na análise de regulações legais complexas, que podem envolver muitos atos administrativos normativos e que têm muita nuance fática.

Com o menor custo de criar teses jurídicas, a probabilidade de vitória da parte pode ser muito pequena para o litígio ser vantajoso ao advogado, que passa a ter como único custo relevante o de captação de cliente.

Ademais, nas causas com viés repetitivo, após criada a tese, ela pode ser aplicada diversas vezes a custo marginal zero, assim como também copiando a tese criada por outrem, e, como a regra de honorários sucumbenciais do CPC não diferencia para casos originais e meramente repetitivos, os incentivos à litigância também se mostram evidentes.

## 5.2. Neoconstitucionalismo e insegurança jurídica

Como visto **na Equação Fundamental I**, quanto maior o  $\Delta p$  – a diferença entre as estimativas de êxito da ação pelas partes –, maior a probabilidade de o litígio ser a estratégia dominante para ambos. Por outro lado, quanto maior a segurança jurídica, e consequentemente menor o  $\Delta p$  (pois as decisões judiciais são previsíveis), menor a probabilidade de existir o processo civil, com cumprimento voluntário pelo réu, acordo entre as partes ou desistência do autor sendo o resultado racional.

Uma das principais críticas dirigidas ao neoconstitucionalismo é que ele diminui a segurança jurídica, tornando as decisões judiciais menos previsíveis (Guedes Fontes, p. 111).

Essa tendência é natural, pois o julgamento por princípios envolve **julgamento de prioridade de valores**, e não há possibilidade racional de falsificar um julgamento de valor, pois do ser não se consegue concluir para o dever ser e vice-versa (Hume, 2016, posição 1.355).

O método da ponderação, desenvolvido por Alexy, que utiliza o postulado normativo da **proporcionalidade** (Ávila, p. 205), deixa evidente essa característica. Enquanto que a análise da adequação e da necessidade pode ser feita tomando como base certos estudos empíricos, o teste final da **proporcionalidade em sentido estrito**, em que se analisa se os benefícios na consecução de certo princípio/valor são maiores que o sacrifício de outro, acaba resvalando em juízo de prioridade de certos valores em relação a outros, no contexto da situação sob litígio.

Ora, enquanto que sobre os valores que devem ser buscados pela sociedade é possível alguma concordância entre as pessoas, conforme se vê pelas constituições e leis democráticas, a questão da prioridade entre um e outro tem um viés subjetivo, como é cristalino pela própria existência de partidos e ideologias políticas distintas. Em certos casos, algumas pessoas vão valorizar mais segurança em detrimento de liberdade do que outras, em outros casos, o binômio justiça social e liberdade terão valorização distinta e assim por diante.

Isso aponta para o fato de que a aplicação de normas jurídicas por princípios em detrimento de subsunção de regras (quando essas existem), leva **inexoravelmente a uma maior imprevisibilidade do direito, o que eleva o  $\Delta p$ , e contribui para o aumento da taxa de litigância judicial e uso exacerbado pelo Judiciário.**

Como o excesso de litigância e uso exacerbado do Judiciário, que causa o problema da “tragédia do Judiciário”, impõe custos à sociedade, os eventuais benefícios do neoconstitucionalismo deveriam ser sopesados com esses custos, para verificar qual é o retorno líquido à sociedade.

### 5.3. Neoconstitucionalismo e escolha dos juízes

Não há nenhum comando normativo que determine a adoção do neoconstitucionalismo pelo Judiciário, nem razão filosófica inexorável. Pelo contrário, considerando que o art. 1º da CF estabelece que a República se constitui em um Estado Democrático de Direito, que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes”, que o art. 5º, II, estabelece o direito fundamental à legalidade (Gico Junior, 2020, p. 135), e que os juízes devem julgar conforme analogia, costumes e princípios apenas quando a lei for omissa (art. 4º da LINDB), e, mesmo nesses casos, podem usar equidade, seu senso de justiça do caso, apenas quando a lei autorizar, o ordenamento alberga a possibilidade de maior autocontenção do Judiciário.

Igualmente, considerando o art. 20 da LINDB e o respeito ao princípio da eficiência na aplicação da lei (art. 8º do CPC), uma filosofia mais consequencialista e pragmática também seria viável.

O Direito Comparado também mostra que o Direito possibilita diversas filosofias e visões normativas sobre como deve ser a sua interpretação e aplicação.

Nos Estados Unidos, país onde a doutrina da *Law and Economics* e o pragmatismo jurídico têm grande influência (Garoupa; Ginsburg, p. 144), Richard Posner – e não Dworkin – é o jurista mais citado academicamente de todos os tempos (Shapiro, s.d.), seguido por Cass Sunstein, proponente do *judicial minimalism*, arguindo que os juízes, prioritariamente, devem emitir decisões rasas e restritivas, sem ter amplos efeitos ou alterando substancialmente a lei.

A doutrina alemã tem grande influência no Brasil, sendo comum diversas transcrições na língua estrangeira em decisões judiciais, mas não há nenhuma razão intrínseca de porque as tradições jurídicas de outros países, como França e Inglaterra, sejam intrinsecamente piores ou de menor valor.

Diante disso, é legítimo colocar a questão de **por que** o neoconstitucionalismo foi adotado pelos juízes e tribunais brasileiros como a filosofia prioritária e quais os incentivos em jogo.

Uma análise completa das variáveis que definem o comportamento do Judiciário brasileiro deve levar em conta a forma de escolha dos magistrados, perfis dos integrantes, regramentos e metas do CNJ, benefícios diretos e indiretos auferidos, entre outros, e foge do escopo deste trabalho.

Porém, é possível analisar hipoteticamente a influência de algumas variáveis, como o e a satisfação pessoal com as mesmas.

Com relação ao **custo de produzir decisões**, considerando o abarrotamento do Judiciário e a existência de metas do CNJ, é racional supor que os juízes adotem métodos de aplicar o Direito (e cumprir seu trabalho) que **minimizem seu custo de fazê-lo**.

Um juiz que queira seguir o consequencialismo jurídico, conforme o art. 20 da LINDB, sopesando bem as consequências de suas decisões para a sociedade, consequências essas que transcendem os meros conceitos da dogmática jurídica e exigem conhecimentos de Economia, Sociologia, Política e outros, precisa estudar profundamente cada ação, ouvir especialistas de outras áreas, o que provavelmente levará a um **alto custo para adjudicar o Direito**.

Para temas complexos, uma análise de todo o sistema normativo positivo também pode ser muito custosa, pois pode envolver muitos normativos distintos, regulações administrativas, cláusulas contratuais e a necessidade de interpretar a vontade do legislador ou da lei, ou a racionalidade econômica das partes. Por exemplo, uma análise aprofundada de políticas públicas com participação de todos os entes federativos é muito custosa, pois envolve muitos normativos infralegais, com diversos mecanismos de remuneração diretos e indiretos, incentivos por produtividade e incentivos próprios de cada ente.

Por outro lado, o sentimento de justiça e outros valores, como “isonomia”, “razoabilidade” e “solidariedade”, são algo que **surge facilmente na mente de todo ser humano**. Ao se deparar com uma situação complexa, após uma análise ou conhecimento superficial, é fácil já surgir um sentimento, argumentável, de que o dado é justo ou injusto, razoável ou irrazoável. Se for possível concluir sua ação (e cumprir suas metas) apelando rapidamente para esse tipo de sentimento, é racional supor, para alguns casos, que **se trata de um método de resolução de tarefas que traz menor custo a magistrados**. Em demandas de políticas públicas complexas, em vez de

todo o custo para entender toda a rede de incentivos do financiamento tripartite e concluir, com razoável grau de certeza, se a União está causando danos ilícitos a terceiros ou não, simplesmente conhecer superficialmente o tema e concluir, com fulcro na “razoabilidade”, “isonomia”, ou seja, em um sentimento de justiça que já surge, que a União está agindo ilicitamente, acaba sendo um método de resolução de menor custo ao Judiciário, e assim pode-se esperar que haja um incentivo ao seu uso.

Se o excesso de litigância incentiva a adoção do neoconstitucionalismo, por ser um método de adjudicação menos custoso, e se essa filosofia aumenta o nível de litigância, por aumentar a imprevisibilidade das decisões judiciais, **pode-se estar na presença de um ciclo trágico que pode explicar parte dos problemas atuais de abarrotamento do Judiciário.**

A outra variável que pode ser tratada hipoteticamente é a **satisfação pessoal com as decisões**. Esse risco é previsto expressamente no art. 1º, § 1º, da Lei n. 13.869/2019, sendo que diversas regras reconhecem-no e trazem garantias para garantir isonomia e imparcialidade aos julgadores, como a proibição de atuação político-partidária.

*Ceteris paribus*, é racional esperar que os juízes – como todos os outros seres humanos – ao escolher uma forma de trabalho, prefiram aquela que mais lhes dá satisfação pessoal. Se o sistema entende legítimo o julgamento com maior deferência às regras, mas igualmente o com interpretação aberta de princípios, é de se esperar que a escolha por um ou outro, não obstante outras variáveis, possa variar conforme a filosofia jurídica pessoal de cada um e sua satisfação pessoal.

Ora, a decisão neoconstitucionalista, ao concretizar princípios-valores, dando força normativa à Constituição, acaba tendo uma roupagem muito maior de concretização da **Justiça** na sociedade, como uma espécie de dádiva divina. O julgador pode se encontrar “empurrando a História para a frente” (Barroso, 2016), como um grande déspota esclarecido, trazendo luzes para as massas ignaras.

Pode ser que haja razão e seja necessário esse tipo de atuação, mas o que é relevante aqui é que é racional supor que, pelo menos para certas personalidades intelectuais, como as que têm a visão ungida – em detrimento da trágica – do

mundo<sup>5</sup> (Sowell, 2012, posição 1.645), tal tipo de metodologia de adjudicação do direito traga grande **satisfação pessoal**, o que pode ser um fator a mais para explicar o triunfo do neoconstitucionalismo no Direito brasileiro. Para a análise econômica do processo civil, a relevância é que tal fator tende a aumentar o grau de litigiosidade do sistema jurídico, o que traz custos sociais que precisariam ser ponderados com os benefícios iluministas do método.

## 6. A TRAGÉDIA DO JUDICIÁRIO

A teoria econômica dos bens parte de duas características essenciais: a rivalidade e a excludabilidade.<sup>6</sup> Quando um bem é rival, mas é não excludente, ele acaba se tornando um **recurso comum, que tende a levar à “tragédia dos comuns”** (Araujo Junior; Shikida, 2020, p. 69), pois o comportamento estratégico de todos acaba sendo o uso excessivo do bem, que acaba tendendo à exaustão.

Gico Junior (2020, p. 394) argumenta que o serviço adjudicatário pode ser excludente ou não, assim como rival ou não, dependendo da intensidade do seu uso. No Brasil, no entanto, com as reformas passadas para eliminar todos os custos de acesso ao Judiciário, na linha de garantir efetivo **acesso à Justiça**, o serviço adjudicatário acabou se tornando, na prática, não excludente e rival, pois a grande quantidade de processos sob gestão do Judiciário prejudica a qualidade do serviço e, assim, a utilidade de cada usuário potencial do sistema. Com isso, o serviço judiciário se comporta como um **recurso comum**, originando a **Tragédia do Judiciário**, com tendência de uso excessivo do mesmo, gerando diversos outros vieses negativos, como a seleção adversa dos litigantes e o uso estratégico do litígio, especialmente do tempo que leva para a concreta adjudicação do mesmo.

Igualmente, falhas no serviço judiciário também prejudicam o **Direito na sua condição de bem público**, em sua função de diminuir as incertezas

---

5 Para Sowell, grande parte das diferentes ideologias que se veem no mundo pode ser explicada por diferentes visões de como é a realidade. Para a visão ungida (*anointed vision*), a informação relevante do mundo pode se encontrar na RAZÃO de poucos intelectuais, os “ungidos”, que têm a capacidade de enxergar a verdade oculta da realidade que pessoas comuns não veem, e podem utilizá-la para manipular o mundo para criação da sociedade ideal. Para a visão trágica, contrariamente, não se pode criar uma sociedade utópica porque o mundo é escasso e exige escolhas trágicas, e a maior parte da informação relevante do mundo está **difusa** na sociedade. Com isso, esses costumam dar preferência aos mecanismos sociais que agregam e revelam as informações espalhadas na sociedade, como **leis, costumes e mercados**, enquanto aquela visão prefere controle estatal, revoluções e outras formas de gerenciamento *top-down*. No Direito, a visão ungida tende a defender o ativismo judicial, enquanto que a trágica a autocontenção e respeito às leis e costumes. Ver *A Conflict of Visions: Ideological Origins of Political Struggles* e, ainda, o capítulo *Intellectuals and the Law* de *Intellectuals and Society*.

6 A excludabilidade diz respeito à possibilidade de se excluir alguém do uso do bem a baixo custo; a rivalidade ocorre quando o consumo de um bem por uma pessoa diminui a utilidade dos demais que o consomem.

sociais, ao apontar como as pessoas devem se comportar no futuro e como o Judiciário agirá se certos eventos ocorrerem.

Tal fato demonstra a importância do estudo apresentado neste trabalho, que mostra como incentivos econômicos podem explicar a atual condição do grande número de ações no Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

O trabalho apresentou, utilizando a metodologia da análise econômica do direito, o modelo básico de litigância civil, demonstrando as principais variáveis que explicam as decisões das partes, bem como os impactos da existência do sistema recursal e da presença dos advogados.

Posteriormente, aprofundou-se em fatores específicos que explicam a litigância excessiva, inclusive contra a União, mostrando os incentivos econômicos subjacentes a esses fatores.

Foi tratado como a filosofia jurídica adotada pelos juízes pode influenciar os incentivos econômicos do litígio, bem como hipóteses que podem explicar sua adoção pelo Judiciário. Concluiu-se que a predominância do neoconstitucionalismo pode contribuir para o excesso de litígios pelo aumento da imprevisibilidade das decisões judiciais.

Por fim, demonstrou-se como incentivos econômicos a uma litigância excessiva podem levar a uma situação de “Tragédia do Judiciário”, o que evidencia a relevância do tema proposto.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO JUNIOR, Ari Francisco de; SHIKIDA, Claudio Djissey. Microeconomia. In: TIMM, Benetti Luciano *et al.* (coord). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 33.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARROSO, Luis Roberto. A Razão sem Voto: a função representativa e majoritária das cortes constitucionais. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, p. 518-546, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. *Justiça em números 2024*. Brasília: CNJ, 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/justica-em-numeros-2024-v-28-05-2024.pdf>.

COASE, Ronald. *The problem of social cost*. *Journal of Law and Economics*. [S.l.]: [s.n.], 1960, p. 1-44.

ECHEVERRIA, A. de Q. D.; RIBEIRO, G. F. O Supremo Tribunal Federal como árbitro ou jogador? As crises fiscais dos estados brasileiros e o jogo do resgate. *Rei - Revista Estudos Institucionais*, v. 4, n. 2, p. 642-671, 2008. DOI: <https://doi.org/10.21783/rei.v4i2.249>.

GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Benetti Luciano *et al.* (coord). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 133-156.

GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise Econômica do Processo Civil*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. Kindle Edition.

GUEDES FONTES, Paulo Gustavo. *O Manual definitivo para entender a Filosofia do Direito*. 2. ed. EUA: Library of Congress, 2020.

HUME, David. An Enquiry Concerning Human Understanding. In: *Delphi Complete Works of David Hume*. [S.l.]: Delphi Classics, 2016. Posição 1.332. Kindle Edition.

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise Econômica do Processo. In: TIMM, Benetti Luciano *et al.* (coord). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 405.

SHAPIRO, Fred R. The Most-Cited Legal Scholars Revisited. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, s.d. Disponível em: <https://lawreview.uchicago.edu/print-archive/most-cited-legal-scholars-revisited#heading-5>.

SOWELL, Thomas. *Intellectuals and Society*. New York: Basic Books, 2012. Kindle Edition.

SOWELL, Thomas. *A Conflict of Visions: Ideological Origins of Political Struggles*. New York: Basic Books, 2007. Kindle Edition.

TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Benetti Luciano *et al.* (coord). *Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito*. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020, p. 157-177.

