

PARECER^δ

A presente consulta, elaborada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio de seu Presidente Felipe Santa Cruz e de seu Membro Honorário Vitalício Dr. Marcus Vinicius Furtado Coelho, diz respeito aos potenciais impactos econômicos ao sistema público de solução de controvérsias (Poder Judiciário) e de incentivos comportamentais gerados aos litigantes pelo sistema de honorários de sucumbência envolvendo à Fazenda Pública contido no Novo Código de Processo Civil.

Para tanto e mais especificamente, a consulta se volta aos fundamentos de Análise Econômica do Direito (AED) que possam ser utilizados para analisar o instituto jurídico da sucumbência, bem como sua utilidade para a preservação do sistema de prestação jurisdicional brasileiro, no contexto do Agravo em Recurso Especial nº 1.644.077/PR e o escrutínio, pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, de tal instituto. Nessa esteira, foram elaborados os seguintes questionamentos:

1. Em que medida e de que forma a Análise Econômica do Direito pode ser utilizada para avaliar o sistema de honorários de sucumbência no CPC em vigor?
2. A regra de sucumbência no atual CPC serve como instrumento de racionalização da prestação jurisdicional?
3. Existem exemplos sobre os efeitos da sucumbência na litigância processual?
4. Aplicações no campo da Fazenda Pública.

^δ O presente estudo contou com a co-autoria do doutorando Arthur Rodrigues Dalmarco.

Após um breve resumo a respeito dos fundamentos para utilização do instrumental de Análise Econômica do Direito para analisar, concretamente, o instituto dos honorários de sucumbência (I), tal instrumental será empregado para descrever de forma abrangente outras problemáticas relacionadas ao sistema processual civil brasileiro e suas limitações em termos de eficiência (II, III e IV), passando-se, então, aos efeitos positivos da existência do instituto dos honorários sucumbenciais, sob a ótica econômica, para fins de evitar-se a chamada “tragédia dos baldios”, tratada pela dogmática processual civil como o fenômeno da “litigância predatória” (V).

Em virtude de todos os elementos jurídico-econômicos que serão apresentados no Parecer, restará clara a função sistêmica fundamental realizada pelo instituto jurídico dos honorários sucumbenciais, e a extensão comportamental de seu efeito dissuasor sobre os litigantes.

I. BREVE INTRODUÇÃO: LEVANDO O CONSEQUENCIALISMO A SÉRIO (ENXERGANDO A FLORESTA)

A abordagem adotada no presente parecer visa situar a visão a partir da perspectiva da Análise Econômica do Direito (AED)¹, a respeito do instituto de honorários sucumbenciais em um contexto mais amplo, em que tal instituto possui uma função sistêmica à prestação jurisdicional que extrapola seu mero impacto monetário às partes envolvidas nos litígios. Para tanto, este parecer provém de um referencial teórico que embora muito presente nos Estados

¹ Importante salientar que são consideradas expressões sinônimas *Direito e Economia* e *Análise Econômica do Direito*, tanto na literatura nacional quanto estrangeira, com os seus equivalentes *Law and Economics* e *Economic Analysis of Law*, respectivamente. Entretanto, parte da doutrina vem sustentando ser preferível a utilização da expressão *Direito e Economia* por ser mais ampla e não transmitir a ideia de redução do Direito a simples objeto de investigação da Economia, até mesmo porque, em realidade, as relações entre essas duas áreas do conhecimento, no âmbito do movimento ao qual aqui nos referimos, são recíprocas. Sobre o tema, interessante e aprofundada distinção entre as expressões *Direito e Economia* e *Análise Econômica do Direito* é feita no artigo intitulado *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*, de autoria de Geoffrey P. Miller, in **NYU Law and Economics Research Paper**, New York, n. 11-16, 7 abr. 2011. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1804920>>. Acesso em: 20 jan. 2012. Contudo, no Brasil, inclusive por se tratar de abordagem relativamente nova, a expressão *Direito e Economia* ainda não é devidamente associada ao seu respectivo movimento, sendo até mais utilizada e compreendida a expressão *Análise Econômica do Direito* e mesmo a expressão alienígena *Law and Economics*, sendo que, no presente estudo, ressalvando-se que o entendimento dos presentes autores é consonante com a ideia de não haver redução do Direito a simples objeto de estudo da Economia no âmbito da abordagem em questão, utilizar-se-ão essas expressões como sinônimas.

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM
Prof. Direito e Economia FGV/SP

Unidos e em vários países da Europa, e cada vez mais conhecido no Brasil, inclusive pelo próprio STJ².

Assim, busca-se utilizar os pressupostos da Análise Econômica do Direito para o exame da realidade da justiça civil brasileira, de modo a contextualizar as indagações, porquanto essa abordagem se vale de uma teoria do comportamento humano, importada das Ciências Econômicas, que é aplicável a todas as situações onde o processo de escolha esteja presente e a tomada de decisão seja relevante, revelando-se, portanto, aplicável às mais diversas conjunturas, a despeito das diferenças encontradas nas normas processuais dos mais variados países. Aliás, a vantagem dessa abordagem é justamente fornecer um marco teórico que permite o diálogo entre juristas de diferentes nacionalidades, como efetivamente se vem observando ocorrer.

Sua utilidade é inescapável, diante da dicção dos artigos 20 e 21 da LINDB, que exigem do intérprete, de qualquer ramo do Direito (inclusive o processualista) da consequência da decisão. Com efeito, ainda que referidos dispositivos se refiram apenas ao Direito Administrativo, é hoje consenso entre juristas que devem ser aplicados por analogia a outros ramos, por determinação do artigo 4 da mesma LINDB.

Dessa forma, a literatura de *Law and Economics* enseja um olhar diferente sobre os problemas oriundos do processo civil de modo geral (p.ex. o problema da morosidade e do congestionamento da justiça civil), centrando foco na compreensão da tomada de decisão estratégica das partes (autor e réu) e dos operadores do sistema judicial (juízes, promotores, etc.).

Apreendida essa racionalidade, a qual se supõe instrumental e pragmática, que considera, sobretudo, os “preços” atribuídos às possíveis alternativas de ação das partes e, não só, também dos operadores (o termo preço aqui é o do jargão econômico, que abrange quaisquer custos ou ônus, não necessariamente financeiros, imputados aos agentes que escolhem realizar determinada ação), é possível contribuir para o desenho de normas processuais e de sua interpretação pelos tribunais que possam criar incentivos mais eficientes para o comportamento de todos os agentes

² *Ab initio*, importa salientar que o presente parecer está alicerçado nas conclusões dos esforços investigativos realizados junto ao projeto de pesquisa denominado “Demandas judiciais e Morosidade da Justiça Civil”, fomentada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), especificamente no tocante ao referencial teórico utilizado.

envolvidos, diminuindo-se a sobreutilização (uso predatório) do Poder Judiciário. **Esse ponto é essencial, como se observará, para a compreensão adequada da função sistêmica do instituto dos honorários sucumbenciais.**

Altera-se, portanto, a ênfase que é dada à produção e à multiplicação legislativa para o aperfeiçoamento das normas já existentes, bem como para a aplicação racional do acervo normativo já existente. Nesse sentido, oportuno mencionar que os legisladores e os juristas incumbidos da concepção e da elaboração legislativa partem, não raras vezes, de teorias dogmáticas que se revelam descoladas da realidade efetivamente vivenciada, de modo que os resultados alcançados, em muitos casos, não coincidem com os objetivos almejados.

Infelizmente, falta à dogmática jurídica uma teoria do comportamento humano frente aos incentivos que são irradiados pela legislação e pela própria jurisdição, porquanto se encontra, muitas vezes, demasiadamente voltada ao plano normativo, centrando foco de estudo nas normas e princípios (hermenêutica jurídica). Olvida-se, porém, que os agentes (partes e operadores do sistema processual) são seres humanos racionais que agem estrategicamente, isto é, visam a maximizar os seus benefícios individuais através de cada ato decisório individual, de acordo com as informações disponíveis no instante de cada decisão tomada.

Nesse ponto, a Análise Econômica do Direito pode especialmente contribuir na medida em que busca se valer, precipuamente, de uma teoria comportamental econômica (que se não perfeita, é bastante útil) e da realidade empírica, para então conceber e desenhar normas jurídicas que efetivamente venham a atingir os fins almejados, através da identificação e calibragem (ajuste) dos incentivos que são irradiados pelo sistema processual. Dito de outro modo, o enfoque passa a ser da floresta e não mais apenas da árvore, como se diz na metáfora de AED.

Portanto, parte-se de uma análise positiva (descritiva), para assim buscar formatar regras processuais capazes de atingir os fins almejados. E também se faz uma análise normativa (propositiva) de como as regras e princípios devem ser aplicados para se atingir um determinado objetivo desejado pelo jurista.

Dessa forma, o presente parecer alberga elementos da AED que podem contribuir para a compreensão do problema e, dessa forma, permitir-nos situar a relevância do

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM
Prof. Direito e Economia FGV/SP

instituto dos honorários sucumbenciais em um contexto amplo de problemas e consequências negativas oriundas do sistema processual civil. É o que se intenciona empreender a partir da utilização da Teoria dos Bens Públicos, da Agência e dos Jogos, cada qual com suas lentes particulares, contribuindo para o exame do objeto de estudo.

Assim sendo, através da primeira seção do presente parecer, objetiva-se demonstrar que muitas das mudanças legislativas já implementadas no Brasil, assim como muitas daquelas que se pretendem realizar, não se encontram devidamente adequadas às realidades efetivamente observadas nos comportamentos dos *shareholder* e *stakeholders* do processo judicial, sendo que, para tal tarefa, é realizado levantamento bibliográfico acerca dos estudos realizados nos últimos anos sobre o desenvolvimento das estruturas processuais, notadamente quanto aos aspectos que dizem respeito ao tempo de tramitação necessário para a obtenção da tutela jurisdicional.

Na segunda seção, a estrutura do sistema judicial civil brasileiro é confrontada a partir das lentes da Análise Econômica do Direito com o conceito da Tragédia dos Comuns, oferecida por Hardin (1968) e, mais tarde, complementada por Araújo (2008).

Na terceira seção, o trabalho aprofunda um segundo *insight* da Análise Econômica do Direito aplicada ao processo civil, que diz respeito à importância dos efeitos decorrentes dos desequilíbrios informacionais verificados nas relações que se estabelecem entre os agentes econômicos de modo geral; o que não é diferente do que ocorre entre as partes e mesmo entre os demais agentes que, respectivamente, utilizam e operam o sistema processual civil, buscando-se, dessa forma, traçar um paralelo entre essas circunstâncias e o cenário atual enfrentado pelo Poder Judiciário.

Ao final, responde-se objetivamente os quesitos indagados pela consulta, a partir de todos os elementos jurídico-econômicos tratados ao longo do parecer e avaliando, sistemicamente, a função desempenhada pelos honorários de sucumbência como elemento que cria forte desincentivo à chamada litigância predatória.

II. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O DIAGNÓSTICO DO SISTEMA JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO

Os resultados apresentados pelo relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano de 2008, acerca da situação do Poder Judiciário brasileiro, demonstram que é crescente o número de processos nas justiças estaduais (27,5% entre 2004/2008). Fora do panorama do relatório do Conselho Nacional de Justiça, mas paralelamente a essa realidade, encontra-se o massivo aumento do número de advogados existentes no mercado, a estrutura acadêmica incentivadora do litígio presente na maioria das escolas de Direito do País, a mentalidade das partes, os movimentos cíclicos da evolução da sociedade, as numerosas falhas do sistema processual civil brasileiro e, em meio a todo esse cenário, sobretudo a racionalidade e o comportamento dos indivíduos frente a todas essas circunstâncias.

Ao enfrentar tal realidade, percebe-se que os esforços no Brasil têm sido centrados em estudos sobre as implicações da situação de congestionamento e da conseqüente morosidade do sistema judicial civil ou, então, sobre as mudanças legislativas que vêm sendo repetidamente realizadas para tentar evitar o surgimento dessas indesejáveis conseqüências.

Tendo sido identificado como um dos principais problemas de nosso Poder Judiciário a demora no trâmite e julgamento dos processos judiciais, vive-se, no Brasil, uma constante *reforma do Judiciário*. Isso se explicita pela modificação, nos últimos anos, de muitas das leis mais importantes do País, como o Código Civil, o Código de Processo Civil e o Código Penal, sem mencionar as mais de setenta emendas constitucionais, que, na quase totalidade, possuem a declarada finalidade de dotar a organização judiciária de ferramentas com maior capacidade de atender as necessidades sociais. Para identificar tal situação, pertinente entender algumas das reformas pelas quais a estrutura processual civil brasileira passou e vem passando, e porque tal contexto é relevante para analisarmos o instituto dos honorários sucumbenciais.

Não é tarefa fácil precisar o momento em que se iniciaram e tampouco a fase que atualmente se encontram as reformas do processo civil brasileiro, mas fato é que a promulgação do Novo Código de Processo Civil estabeleceu marco temporal significativo. Mas ele foi o desfecho

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM

Prof. Direito e Economia FGV/SP

de um esforço legislativo de tornar o processo mais célebre, efetivo e eficiente. Oportuno, no entanto, relembrar aspectos importantes sobre o histórico recente de nosso sistema. Algumas correntes sustentam que o marco inicial foi o ano de 1985, com a introdução de diversos instrumentos destinados a tutelar direitos de natureza coletiva³; outros afirmam que as alterações somente tiveram início no ano de 1992, a partir da promulgação da Lei 8.455, que alterou dispositivos referentes à prova pericial.

Independentemente de ser a primeira ou a segunda fase das reformas, no final do ano de 1994, por meio das Leis 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953 e, novamente, no ano de 1995, através das Leis 9.099, 9.139 e 9.245, apresentaram-se no País as primeiras modificações com o objetivo de aperfeiçoar e ampliar os mecanismos até então existentes no sistema processual vigente, buscando direta ou indiretamente imprimir maior celeridade à prestação jurisdicional. As propostas que alteraram os institutos do Agravo, do Rito Sumário, da Antecipação de Tutela, do Processo de Execução, do Processo Cautelar, entre outras, destacaram-se pelo nítido intuito de oferecer uma prestação jurisdicional mais célere⁴. Conforme apresenta BENETTI:

Nessa reforma processual, instituíram-se, como novidades de maior significação, a simplificação das comunicações processuais, com uso do sistema postal como regra (art. 222 e seguintes), a tutela antecipada, pela qual, sem o julgamento final, podem ser concedidos os efeitos da sentença em casos de direito evidente ou de tentativa de procrastinação (art. 273), a introdução de audiência preliminar com o objetivo de tentativa de conciliação e organização do processo (art. 331), a ação de cumprimento de obrigação específica (art. 461) e o recurso de agravo de instrumento interposto diretamente no tribunal (art. 524).

³ “São marcos importantes da primeira etapa as diversas leis regulamentadoras das chamadas “ações civis públicas”, a começar pela Lei 7.347, de 24.07.1985 (que disciplinou ‘a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico’, e aos direitos e interesses difusos e coletivos de um modo geral), à qual seguiram-se outras, provendo sobre a tutela de interesses transindividuais de pessoas portadoras de deficiências (Lei 7.853, de 24.10.1989), de crianças e adolescentes (Lei 8.069, de 13.07.1990), de consumidores (Lei 8.078, de 11.09.1990), da proibidade na administração pública (Lei 8.429, de 02.06.1992) e da ordem econômica (Lei 8.884, de 11.06.1994).”

⁴ Apesar das reformas serem justificadas na busca pela celeridade processual, o que se vê, na maioria dos casos, é que elas não atingiram as finalidades para as quais foram propostas, pelo menos não na intensidade esperada. Nesse sentido: “Apesar do entusiasmo com que foi recebida a mudança (audiência preliminar) por grande parte da doutrina nacional (...) ao menos para os propósitos aceleratórios mostrou-se a inovação bastante prejudicial.”

Conforme se constata do curto histórico acima descrito, não foram poucas as reformas que incidiram sobre o processo civil brasileiro nos últimos anos, sendo, como dito, o Novo Código de Processo Civil o desfecho e mesmo o ápice desse esforço normativo.

Obviamente não se está aqui a negar alguns dos importantes avanços obtidos. Cita-se, por exemplo, a substancial redução do número de recursos junto aos Tribunais Superiores que se verificou a partir da adoção das novas técnicas de enfrentamento dos casos repetitivos⁵, acentuadas pela instituição do IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas) pelo Novo CPC. Todavia, o que se pretende destacar é que grande parte das tentativas realizadas, embora muito bem intencionadas, de modo geral não foram capazes de resolver o quadro vigente, sobremaneira por parecer faltar à dogmática processual instrumentos de observação e interpretação da realidade humana e de seu comportamento estratégico, em termos pragmáticos e efetivos.

Dessa forma, parece evidente que as causas da persistente realidade do sistema processual civil brasileiro possuem raízes mais profundas. Torna-se pertinente, por exemplo, entender de que forma a configuração do processo civil influencia as estratégias adotadas pelas partes e por seus advogados, aliás, tanto antes quanto durante e no final da tramitação das ações judiciais.

Por conseguinte, é necessário analisar um pouco mais a fundo a racionalidade estratégica que integra o sistema judicial civil a partir das custas da litigância, contexto em que se insere o instituto dos honorários sucumbenciais, para então analisarmos como tal **arquitetura de incentivos** afeta o comportamento das partes e dos operadores do sistema judicial, a partir de uma perspectiva de Direito e Economia. Nesse sentido, como se disse, compreende-se o sistema processual civil como conformador de um mecanismo de incentivos, responsável por criar estímulos positivos e negativos para o comportamento das partes em juízo (e fora dele) e mesmo dos demais agentes relacionados à lide, o que pode tanto induzir ao desempenho eficiente quanto ineficiente da atividade jurisdicional e, mesmo antes disso, das relações interpessoais e sociais passíveis de se tornarem litigiosas.

⁵ Para aprofundamento do tema, ver TIMM, Luciano Benetti; NEUBARTH TRINDADE, Manoel Gustavo. *As Recentes Alterações Legislativas sobre os Recursos aos Tribunais Superiores*. In: Revista de Processo, ano 34, n. 178, dezembro/2009, pp. 153/179. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

III. O SISTEMA JUDICIAL CIVIL ENQUANTO RECURSO COMUM E A SUA TRAGÉDIA

A Economia pode servir para melhor compreendermos as limitações orçamentária e de recursos às quais o Poder Judiciário está adstrito, evidenciando, por exemplo, as estratégias dos agentes que, por vezes, utilizam de forma abusiva o sistema judicial, em nítido detrimento do bem comum.

Assim, se a verificação da existência de uma violação a um direito material depende de um processo judicial, o qual é subsidiado pela sociedade, o Poder Judiciário, como parte do Estado brasileiro, deve possuir a exata compreensão dos riscos de surgimento de comportamentos oportunistas por parte de indivíduos que buscam a Justiça (Poder Judiciário) para outros fins que não a realização da própria Justiça⁶. Aliás, quanto mais lenta e ineficiente a tramitação processual, maiores incentivos para esse tipo de comportamento estratégico. Eis o risco trágico da Justiça, como bem público que é.

A partir dos estudos de Garret Hardin (1968) e, posteriormente, do trabalho desenvolvido por Araújo (2008), torna-se possível traçar um paralelo entre a realidade atual do sistema judicial brasileiro e o ambiente de *Tragédia* idealizado pelos indigitados Autores. Oportuno iniciar com a constatação de Hardin (1968) sobre a racionalidade do ser humano dentro de contextos onde (i) não existam restrições de acesso e, ao mesmo tempo, (ii) inexistam limites às possíveis ações dos indivíduos. Nesse sentido, o indigitado Autor demonstra que em sendo os indivíduos maximizadores dos seus benefícios individuais, em cenários de escassez, os mesmos utilizam todos os recursos disponíveis até a sua exaustão, a fim de maximizarem seu interesse individual.

Hardin (1968) esclarece que a combinação de *acesso livre e utilização livre* de determinado recurso comum torna possível a internalização, pelo indivíduo, dos benefícios auferidos com a sua utilização e, ao mesmo tempo, a *externalização* para toda a coletividade dos *efeitos negativos* advindos dessa exploração (a externalização implica na internalização de fração mínima dos aspectos negativos por parte do indivíduo que se utiliza dos recursos comuns).

⁶ Por exemplo, postergar o cumprimento de uma obrigação ou mesmo a mera tentativa de obtenção de vantagens patrimoniais através de um processo judicial.

Ao tratar do tema, o Autor faz uso do exemplo de criadores de gado que se utilizam de uma determinada pastagem disponível a todos os criadores. No estudo, refere que a decisão do criador de colocar mais um animal no campo passa pela ponderação (relação *custo x benefício*) entre **internalizar os aspectos positivos** e **externalizar os aspectos negativos**, pelo que, a conclusão é, portanto, que todos os criadores de gado, individualmente considerados, possuem incentivos racionais para utilizarem ao máximo os recursos disponíveis e, em sendo assim, estar-se-á diante de um cenário com forte tendência à exaustão dos recursos.

É Araújo (2008) quem aprofunda a definição dos recursos comuns oferecida por Hardin (1968), vinculando-os a duas características essenciais, a saber: i) acesso livre (não-excludibilidade) e ii) rivalidade no uso dos recursos disponíveis (rivalidade). Essa última característica torna-se mais nítida com a análise de seus efeitos, quais sejam: i) possibilidade de exaustão e ii) congestionamento dos recursos existentes. Em outras palavras, a utilização individual reduz a utilidade total apresentada pelo recurso comum.

Apesar de ser demasiadamente impactante o termo (tragédia) utilizado pelos Autores, o sistema judicial civil brasileiro pode ser interpretado como uma espécie de recurso comum, nos termos propostos por Hardin (1968) e Araújo (2008) e, conseqüentemente, apresentar um cenário de *Tragédia*.

Portanto, com base nesses postulados, o sistema processual civil e, por conseguinte, a atividade jurisdicional, podem ser analisados como sendo recursos comuns (ou, utilizando-se expressão equivalente da Economia, Bens Públicos) e, assim, permite-se identificar e desenhar estratégias mais eficientes para a adequação desse sistema frente à sua demanda atual. Tal concepção implica em se traçar estruturas de coordenação dos indivíduos envolvidos com o objetivo de evitar o congestionamento e a exaustão dos serviços disponíveis.

Não obstante, a Constituição Federal Brasileira exalta o princípio da Indeclinabilidade da Jurisdição, bem como assegura aos litigantes o direito ao Devido Processo Legal, ao Contraditório e à Ampla Defesa. Desta feita, conforme sustentado por Araújo (2008), o sistema judicial brasileiro pode ser caracterizado como um sistema de difícil ou impossível exclusão de acesso.

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM
Prof. Direito e Economia FGV/SP

De fato, o que se percebe é o aumento constante do número de processos e, conseqüentemente, do número de recursos que lhes são inerentes.

Assim sendo, imperioso estruturarem-se os incentivos direcionados às partes e aos demais agentes do sistema judicial civil de forma a evitar que o mesmo seja exaurido ou, em outras palavras, destruído pela sua própria sobreutilização (uso predatório). Nos dias atuais, ao valerem-se do Poder Judiciário para buscar a legitimação dos seus direitos, os indivíduos tendem a esgotar todas as formas de acesso e de recursos concedidas, considerando exclusivamente os seus interesses individuais, sem considerar a inegável existência de *trade-off*⁷ que a atinjam a coletividade (externalidades negativas).

Dessa forma, necessário ter em mente que o atual sistema processual oferece uma enorme gama de possibilidades de ingresso e de revisão das decisões que são proferidas no seu âmbito. Nesse contexto, inafastável ponderar acerca das questões relativas aos custos sociais de utilização desse sistema. Hoje, por exemplo, a estrutura da Assistência Judiciária Gratuita (AJG) não possui padrão uniformizado para a sua concessão (uma vez que os parâmetros de concessão são comumente flexibilizados), assim como a estrutura da sucumbência tem sido aplicada, muitas vezes, sem a devida consideração do alcance (potencial ou de fato) dos seus efeitos, sobremaneira no que tange à conformação dos incentivos que daí são irradiados ao comportamento das partes litigantes e mesmo potenciais litigantes.

Assim, considerando-se o conjunto dessas variáveis e ainda diversas outras que fazem parte do sistema processual civil brasileiro, é possível constatar que tais circunstâncias servem de estímulo tanto para o excessivo ajuizamento de demandas judiciais, muitas delas inegavelmente temerárias ou frívolas (por exemplo, com baixíssima expectativa ou probabilidade de êxito, em decorrência da inadequação ou insuficiência de fundamentos fáticos e jurídicos), quanto para a interposição de expedientes recursais à exaustão, tendo em conta os baixos ônus e riscos de utilização desse sistema.

⁷ Expressão da língua inglesa que define as situações nas quais a tomada de determinada escolha ou alternativa implica na renúncia ou no sacrifício de outra, como em um processo de troca.

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM
Prof. Direito e Economia FGV/SP

Nesse diapasão, como já salientado, imprescindível relembrarmos a função das hipóteses de concessão de Assistência Judiciária Gratuita (AJG), regulada pela Lei 1.060/50, que apresenta como objetivo principal assegurar o acesso à Justiça aos cidadãos sem condições de suportar os custos inerentes à tramitação dos processos, pelo que lhes é concedido o benefício de litigar sem o pagamento das custas processuais e honorários advocatícios respectivos.

Oportuno ressaltar que embora não seja exigido o pagamento por parte dos beneficiários da AJG, isso não significa que esses custos deixem de existir e tampouco que ninguém irá suportá-los, de acordo com a célebre frase popularizada por Milton Friedman: “*Não existe almoço grátis*”⁸. Muito pelo contrário, certamente alguém terá que fazê-lo (precisamente, o contribuinte que subsidia o Poder Judiciário).

Retomando a ponderação mais relevante ao tema aqui debatido, ao passo que a AJG cria incentivos para maior litigância por parte de determinados estratos da sociedade que a ela podem recorrer, mecanismos como a estrutura de sucumbência – que compreende os honorários de sucumbência – precificam o risco envolvido na demanda judicial. Nesse aspecto, caso o risco de sucumbência seja elevado, os honorários de sucumbência acabam operando como um potencializador do risco sucumbencial/financeiro: afinal, por disposição expressa do art. 85, § 2º, do Código de Processo Civil, os honorários de sucumbência são calculados entre o mínimo de 10% e o máximo de 20% do proveito econômico obtido pela parte vencedora, ou valor atualizado da causa.

Retornarei a esse ponto adiante, mas é importante compreender, desde já, que a função sistêmica dos honorários sucumbenciais extrapolam a mera remuneração dos advogados vencedores de litígios – antes, eles operam como “majorador” do risco (e do custo mesmo) associado à litigância, criando incentivos adicionais contra a litigância predatória ou frívola.

Ademais, as fases pelas quais o País passou nestas últimas décadas, acompanhando uma tendência global de democratização e cidadania, também facilitaram e incentivaram o acesso ao Poder Judiciário. Isso não significa, por óbvio, que as mudanças nos últimos

⁸ Friedman, Milton. *There's no such thing as a free lunch*. Open Court Publishing Company, 1975.

anos tenham sido negativas, pelo contrário, disponibilizaram e asseguraram um maior espectro de direitos à população, entre eles um mais amplo acesso à tutela jurisdicional.

Porém, quiçá por esse maior reconhecimento implicar em (i) uma maior probabilidade de ocorrência de suas transgressões, exigindo um redimensionamento estrutural que parece ainda não ter ocorrido devidamente, bem como (ii) não tendo havido a adequação dos incentivos dirigidos às partes e aos operadores do sistema judicial dentro desse novo cenário, ou (iii) não tendo sido criados instrumentos capazes de enfrentar a nova realidade dos direitos individuais homogêneos e coletivos, o que se observa é um enorme crescimento do número de demandas judiciais e a incapacidade do Poder Judiciário de enfrentá-las em **tempo razoável**.

Por conseguinte, percebe-se que o abarrotamento e a consequente morosidade do Poder Judiciário são consequências de elementos tanto internos quanto externos ao sistema judicial. E é o conjunto desses elementos, insolúveis até o momento mesmo com a instituição de novos mecanismos a partir do Novo Código de Processo Civil (a exemplo do já mencionado IRDR), que oferece riscos para que a *tragédia* da **exaustão da prestação judicial** se torne real. Ou seja, se o quadro acima diagnosticado continuar evoluindo da mesma forma, o nível da prestação judicial tenderá a decair até o ponto em que a satisfação dos direitos passará a não ser mais atendida, o que, aliás, de certo modo já parece estar ocorrendo.

Conforme demonstrado por Araújo (2008), cada novo ingresso de indivíduo explorador de recursos (através do ajuizamento de novas ações judiciais e recursos) em um determinado espaço (Poder Judiciário) provoca uma redução no rendimento marginal (qualidade da prestação jurisdicional), o que tende a se aproximar do nível de preços (limite onde a satisfação dos direitos ainda é atendida). Todavia, quando esse rendimento marginal coincide com o nível de preços ou passa a estar abaixo dele, observar-se-á a dissipação completa do rendimento marginal (fim da satisfação dos direitos) de todos os exploradores desses recursos e, portanto, estaremos diante de um cenário trágico.

O cenário da *tragédia* aplicada ao sistema judicial torna interessante o entendimento do conceito de *sobreuso* apresentado por Araújo (2008), que se caracteriza pela utilização demasiada e não criteriosa dos recursos comuns. Nesse sentido, incentivados pela possibilidade de

internalizarem apenas parte do custo total do ingresso de uma nova ação, externalizando, assim, todo o restante do custo total, os indivíduos passam a acessar o Poder Judiciário sempre que vislumbram a possibilidade de obter algum benefício, ainda que com baixa probabilidade e mesmo que tal via não seja a mais adequada para solucionar a espécie de conflito em questão.

Essa situação está, insofismavelmente, presente na realidade do sistema judicial brasileiro. O *sobreuso* (uso predatório) se faz presente porquanto os mecanismos existentes não são suficientes para tornarem as partes litigantes responsáveis pelo custo integral (total) de suas ações tomadas em âmbito judicial, que imponham ônus proporcionais aos riscos que efetivamente optam por correr. Para maiores aprofundamentos a respeito do tema, a produção acadêmica ao longo dos últimos anos tem sido profícua, a exemplo dos trabalhos de Ivo Teixeira Gico Jr.⁹, Erik Navarro Wolkart¹⁰, e Bianca Bez Goulart¹¹, para citar apenas alguns.

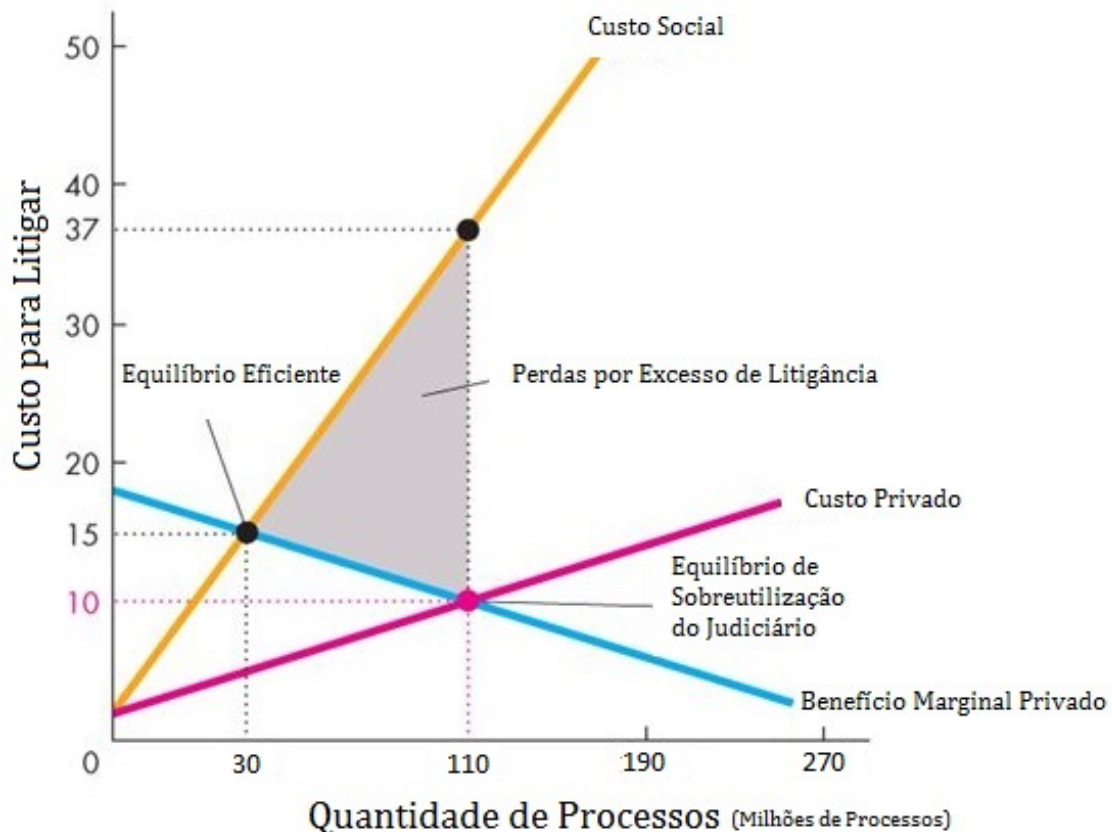
Por meio de simples representação gráfica, é possível melhor ilustrar o cenário descrito. No gráfico abaixo, meramente ilustrativo do argumento, utilizei como valores de referência a quantidade estimada real de processos em estoque segundo dados do Relatório Justiça em Números de 2017, do CNJ – um total aproximado de 110 milhões de processos. Os valores de custos não refletem valores reais, tratando-se apenas da aplicação do modelo de representação da tragédia dos comuns ao caso ora estudado. Por último, atribuí aleatoriamente o patamar de 30 milhões de processos em andamento como ponto de equilíbrio para fins meramente ilustrativos.

É importante notar que a curva de Custo Social e a curva de Custo Privado iniciam, por definição, na origem, divergindo em inclinação conforme a quantidade de processos judiciais aumenta – afinal, o custo individual por nova ação e o custo social (que agrega as externalidades negativas do excesso de litigância) aumentam em proporções distintas. Veja-se:

⁹ GICO JR., Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do judiciário. Tese de Doutorado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da UNB. 2012.

¹⁰ WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do Processo Civil: Como a Promoção da Cooperação pode enfrentar a Tragédia da Justiça. Tese de Doutorado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. 2018.

¹¹ GOULART, Bianca Bez. Litigar ou celebrar um acordo? Uma decisão de interseção entre o direito, a economia e a psicologia. Dissertação de Mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. 2018.



Desse modo, o que se pode observar é que o “benefício marginal privado”, ou a qualidade da prestação jurisdicional, é decrescente em face do aumento na quantidade de processos, uma vez que a quantidade excessiva de processos em tramitação tende a inviabilizar uma prestação adequada. Por seu turno, a área em cinza representa a escalada dos impactos sociais entre o ponto de equilíbrio eficiente (com uma quantidade menor de processos, 30 milhões), e o ponto de equilíbrio no cenário real (com uma quantidade maior de processos, 110 milhões).

Em razão disso, entender como diferentes estratégias de incentivos das partes operam na prática é de central importância para compreendermos como aumentar a eficiência do

sistema – e, igualmente, em como não interferirmos em mecanismos que funcionam adequadamente, como os honorários de sucumbência.

De todo modo, o que se percebe, em muitos casos, é a utilização não criteriosa do sistema. É possível constatar que mesmo havendo outros meios de solução dos conflitos, ainda que socialmente menos onerosos, a via judicial é comumente a eleita, vez que o indivíduo a percebe tão ou menos custosa quanto às outras formas, vez que o custo judicial é por ele externalizado à coletividade, a qual é obrigada a internalizá-lo, como o gráfico acima demonstra cabalmente.

Para Araujo (2008), a limitação do acervo de direitos dos indivíduos já inseridos no ambiente de acesso livre tende a minimizar e até mesmo eliminar as ineficiências causadas pela sobreutilização dos recursos comuns. Assim, a implantação de instrumentos capazes de inverterem a realidade atual do sistema judicial passa pela adoção de estruturas de coordenação. Nesse contexto, a Análise Econômica do Direito é clara em sustentar que os ganhos obtidos com a cooperação tendem a serem maiores do que apresentados em cenários em que não haja cooperação¹².

Ao trabalhar as possibilidades de coordenação possíveis de serem implantadas, Araújo (2008) apresenta como mais vantajosa a estrutura de coordenação vertical, porém ressalta que em determinados domínios a coordenação horizontal apresenta-se como sendo a mais eficaz. Como ilustração, citando o tráfego rodoviário, o Autor sustenta que o aumento do número de vias e de faixa de rodagens (coordenação horizontal) não faz mais do que atrasar o advento da tragédia e esclarece que, atualmente, as alterações têm tendido à progressiva internalização dos custos do uso dos recursos comuns (coordenação vertical), claramente com o objetivo de se reduzir a intensidade de participação individual.

Nesse contexto, a adoção de instrumentos de coordenação horizontal com o objetivo de tratar as dificuldades apresentadas pelo sistema judicial brasileiro deve ser cuidadosa. Traçando-se um paralelo com o acima exposto, o simples aumento do número de juízes pode não se revelar a resposta completa para a solução do problema do número de processos. Conforme também observa o Autor, tal medida só tende a postergar a instituição da tragédia.

¹² Neste sentido, ver MITIDIERO, Daniel. Colaboração no Processo Civil: Pressupostos sociais, lógicos e éticos. *In*: Luiz Guilherme Marinoni e José Roberto dos Santos Bedaque (Coordenadores). *Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil*. V. 14. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Portanto, imprescindível compreender o sistema judicial enquanto recurso público comum, como verdadeiramente o é, estando, dessa forma, submetido aos interesses coletivos de todos aqueles que o utilizam e mesmo que potencialmente possam utilizá-lo, ainda que efetivamente assim não o façam. Tais interesses se refletem no comportamento dos indivíduos e, em conjunto com outras variáveis, na utilização dos instrumentos processuais que, como visto, pode implicar na instituição de uma realidade trágica para o sistema. A implantação de estruturas de incentivos e coordenação adequadas, **sem prejudicar aquelas que já funcionam adequadamente**, parece o caminho mais viável para tanto.

IV. MECANISMOS DE INCENTIVOS: HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS COMO ELEMENTO DISSUASOR DA LITIGÂNCIA PREDATÓRIA (OU “TAXA PIGOUVIANA”)

Como busquei evidenciar, institutos jurídicos como a assistência judiciária gratuita, as custas processuais, e os próprios honorários sucumbenciais produzem efeitos diretos sobre o comportamento de litigantes e potenciais litigantes (configuram mais amplamente a noção de custos para o uso do sistema público de solução de disputas). Pela ótica da Análise Econômica do Direito, é possível afirmar com elevado grau de segurança que tais institutos afetam diretamente a percepção dos indivíduos que queiram litigar, alterando os parâmetros da análise custo-benefício que antecede a tomada de decisão.

Tal análise, como expus nas seções anteriores, está diretamente relacionada a ideia de risco – o valor da causa é sempre contrastado pelo autor com o risco de “perda”. Isso significa que se a chance de derrota na disputa do caso for elevada, e o autor tiver que arcar com as despesas envolvidas pela sistemática estabelecida pelo Código de Processo Civil, ele provavelmente irá optar por não ingressar com a ação.

Inversamente, se a perspectiva de derrota for mínima, ou se os custos associados ao risco que se pretende correr forem baixos, provavelmente esse indivíduo optará por ingressar com a ação e iniciar um novo litígio. Veja-se, portanto, que a ponderação realizada pelos agentes é bastante direta: se os custos esperados forem menores do que o benefício provável, na maior parte das vezes, a decisão racional será litigar. Não há dúvidas quanto a tais premissas.

A simplicidade do raciocínio esconde, contudo, realidades não tão evidentes ao primeiro olhar. Ora, se a ponderação realizada pelos agentes envolve esses dois elementos – custos e riscos –, de que forma institutos jurídicos afetam tal percepção e incentivam, em um sentido ou outro, a decisão dos potenciais litigantes?

A resposta é objetiva: todos os custos potenciais são, em princípio, levados em conta quando da tomada de decisão. Os riscos, igualmente. Desse modo, se fôssemos representar de modo simples a ponderação realizada por todo e qualquer litigante que siga tais premissas, teríamos possivelmente algo como:

Se $B > R$, litigar

Se $B = R$, zona de indeterminação

Se $B < R$, não litigar

Nesse caso, “B” são os potenciais benefícios da litigância (obter algum proveito econômico, por exemplo), ao passo que “R” são os riscos envolvidos no ingresso com uma ação judicial. Sempre que os benefícios esperados forem maiores que os riscos conhecidos, agentes racionais optarão por litigar. Por outro lado, sempre que os benefícios esperados forem menores que os riscos conhecidos, agentes racionais optarão por não litigar.

Na hipótese de meio caminho, suponho ser verdadeiro o raciocínio na medida em que, caso benefícios e riscos sejam equivalentes, os agentes se dividirão entre os que aceitam correr riscos por um benefício equivalente, ou optarão por não utilizar o recurso “tempo” para movimentar a máquina judiciária e obter um resultado em seu prejuízo. Assim, ao menos teoricamente, teríamos três hipóteses possíveis.

É sabido que o já mencionado instituto da assistência judiciária gratuita, AJG, quando concedido sem parâmetros claros, distorce o cálculo das relações lógicas descritas acima. Como se sabe, o “R”, referente ao risco de litigar, compreende o risco monetário de ter que arcar com as custas do processo em caso de perda, inclusive quanto aos honorários sucumbenciais. **O efeito da AJG sobre os incentivos do sistema jurídico processual é de diminuição da percepção de risco,**

por meio da redução de custos associados à litigância (em razão de a AJG, economicamente, equivaler a um subsídio para litigar).

Assim, vamos supor que o benefício (proveito econômico) em um determinado litígio seja de R\$ 100.000,00. Agora, vamos assumir que a tese do autor seja frágil, e ele não possua, de fato, o direito que pretende pleitear em Juízo. Sabendo disso, e considerando o valor das custas processuais somadas ao custo sucumbencial de sua provável perda, o autor percebe que apenas se tiver a AJG concedida em seu favor poderá arcar com o custo da derrota. Nesse caso, supondo que a AJG seja a ele concedida e ele venha a ter seu pleito negado, a máquina judiciária só terá sido movimentada pela existência desse mecanismo de subsídio e redução de riscos (AJG).

Não estou aqui, contudo, realizando um juízo de valor a respeito do instituto da AJG, mas é preciso entender a natureza de subsídio que o instituto carrega – no cenário descrito, a sociedade dispende recursos para a tutela de demanda frívola, cujo autor não teria ingressado com nova lide caso tivesse que arcar com os custos reais da demanda.

Nesse contexto, qual o efeito produzido pelo instituto dos honorários sucumbenciais sobre os incentivos para litigar?

Basicamente, os honorários sucumbenciais são “potencializadores” do custo associado ao risco da demanda. Retorno, por um instante, à representação que fiz acima da lógica econômica que informa a decisão de ingressar, ou não, com novas ações perante o Poder Judiciário:

Se $B < R$, não litigar.

R = Risco de perda (que pode conter o proveito econômico equivalente ao valor da causa) + Custas Processuais + (Valor da Causa x 10-20% de honorários de sucumbência).

Sendo o risco de perda um fator incontrolável pelas partes (depende do direito em si e da jurisprudência), e os custos processuais valores geralmente estabelecidos de plano, a relação direta entre honorários sucumbenciais e valor da causa/proveito econômico produz um efeito curioso. Por se tratar de um valor proporcional ao valor do benefício econômico em disputa, os

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM
Prof. Direito e Economia FGV/SP

honorários sucumbenciais potencializam os riscos envolvidos na demanda, em faixa que oscila entre 10 e 20% de tal valor.

Isso significa que, internamente a tal proporção, os honorários sucumbenciais criam forte incentivo **contra** a litigância predatória. Passo a novo exemplo. Vamos supor que a quantia controvertida em uma demanda qualquer seja de R\$ 100.000,00 e as custas processuais sejam de R\$ 15.000,00. Ocorre que, novamente, o autor sabe não ter direito tão claro aos R\$ 100.000,00 originais, de modo que em caso de perda ele tenha que arcar, adicionalmente, com os honorários sucumbenciais na proporção de 20% sobre o valor do proveito econômico – R\$ 20.000,00. Em caso de perda, veja-se que ele terá que arcar, na melhor hipótese, com um prejuízo de R\$ 35.000,00 além da quantia originalmente em disputa. Fazendo as substituições apropriadas, vemos que a relação acaba sendo falsa, de modo que temos:

$$B (R\$ 100.000,00) > R (R\$ 100.000,00) + R\$ 15.000,00 + R\$20.000,00$$

$$B (R\$ 100.000,00) > R (R\$135.000,00)$$

O que busquei ilustrar a partir do exemplo acima é que, seguramente, o risco de ver recair sobre si um custo significativo e proporcional ao valor em disputa **afetar**á a tomada de decisão quanto a litigar, ou não, por parte dos indivíduos.

Na prática, por conseguinte, **os honorários sucumbenciais operam como um amplificador do risco associado à litigância, desincentivando fortemente o ingresso de demandas (particularmente as frívolas que têm baixo risco de êxito) no contexto delineado pela notação apresentada.**

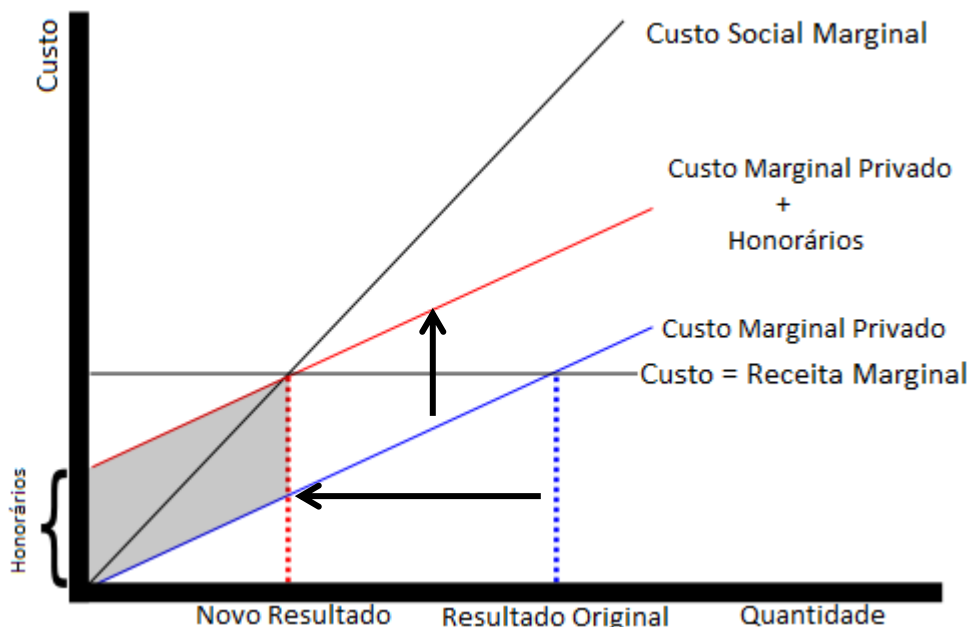
Assim, se o sistema brasileiro não possuísse o instituto dos honorários sucumbenciais, ou o tivesse de forma mitigada (fora da baliza estabelecida pelo Novo CPC), veríamos, seguramente, uma tendência de aumento nos litígios de natureza frívola ou predatória. Nesse caso, perderíamos forte mecanismo contra a excessiva judicialização de demandas que já assola o sistema jurisdicional brasileiro, que voltaria a se acentuar.

Em razão disso é que, no título da seção, comparei a função econômica dos honorários de sucumbência à chamada “taxa pigouviana”. Pigou, economista que cunhou a o conceito

que embasa a aplicação de taxas dessa natureza, compreendia que em situações onde uma determinada atividade do mercado estivesse gerando externalidades negativas (poluição ambiental, por exemplo), era possível criar-se uma taxa que corrigisse tal externalidade com a cobrança do agente causador da externalidade.

Isso porque, tipicamente no caso ambiental, um agente poluidor nem sempre internalizava os custos sociais que a poluição por ele gerada causava à comunidade. Assim, a chamada “taxa pigouviana” objetivava não apenas compensar os custos de externalidades geradas por um determinado agente, como também criar um mecanismo de contenção de excesso de utilização de determinados recursos (água, por exemplo) pelo agente afetado, evitando assim a sua exaustão.

Como se vê, há grande semelhança entre o argumento pigouviano e o contexto descrito em seção anterior a respeito da tragédia dos comuns, que é analogamente aplicável ao contexto do sistema jurídico processual brasileiro. Veja-se a representação gráfica abaixo, que diferentemente daquela apresentada na seção específica sobre a tragédia dos comuns, indica de que forma a curva de custos se desloca com a inclusão dos honorários de sucumbência no cálculo de custo-benefício para litigar:



Assim, o que se observa é uma elevação nos custos individuais privados com a conseqüente redução nos custos sociais pela litigância. O gráfico denota de forma clara tal

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM
Prof. Direito e Economia FGV/SP

deslocamento, que nada mais é do que uma representação do desincentivo gerado pela inclusão de um novo custo no cálculo de custo-benefício ponderado pelas partes, antes de ingressarem em juízo. Desse modo, o efeito sistêmico dos honorários de sucumbência é sobremaneira positivo, representando uma das barreiras mais significativas à litigância predatória em nosso sistema processual civil vigente.

V. O ESTADO COMO LITIGANTE

Do ponto de vista de AED, o estado é associado com a figura do governante que toma uma decisão por cumprir ou não a lei, propor uma ação judicial ou não e finalmente fazer ou não um acordo. É o que se chama de teoria escolha publica.¹³

De acordo com os dados do CNJ, o estado é um o maior litigante no país e responsável pela maioria dos processos¹⁴.

Isso acontece, sob a ótica da AED porque não há incentivos para o cumprimento espontâneo da lei, e, portanto, gera-se um estímulo à litigância do governante descumpridor da lei; e certamente o tratamento condescendente das cortes de justiça no tema da sucumbência pode contribuir com esse incentivo à litigância que considera agora, aplicar regras de equidade quando há claramente balisas legais previstas no CPC, claramente inspiradas em fundamentos de AED antes expostos.¹⁵

Ora, havendo condenação da Fazenda Pública dentro das bases legais previstas no CPC, espera-se que tribunais de contas e órgãos de advocacia publica possam recomendar aos tomadores de decisão cumprir espontaneamente a lei e a evitar o litígio judicial.

Em sentido contrário, preferindo o STJ o caminho de flexibilizar a regra legal do CPC sobre honorários de sucumbência contra a Fazenda Pública estará provavelmente criando

¹³ Mattos, Paulo. **Regulação econômica e democracia: o debate norte-americano**. FGV. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2a ed., 2017

¹⁴ <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/estado-congestionando-o-judiciario-no-pais-quem-perde-e-o-cidadao-bkyvz1ymckd5cnu9zuqz13/>

¹⁵ FUX, Rodrigo. Os influxos da Análise Econômica do Direito do Código de Processo Civil de 2015”. Revista de Processo, 308/2020, p. 321.

uma estrutura de incentivos aos tomadores de decisão na seara governamental que não contribuirá para desjudicialização e para o cumprimento espontâneo da lei.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS E RESPOSTAS AOS QUESITOS

A partir da argumentação exposta, buscou-se demonstrar como os fundamentos de Análise Econômica do Direito constituem relevante instrumental teórico com potencial para esclarecer a natureza de institutos jurídicos, seus efeitos concretos sobre o comportamento de litigantes presentes e futuros, e como os honorários de sucumbência constituem uma das grandes barreiras à litigância predatória em nosso sistema processual. Nessa esteira, é possível apresentar como conclusões principais do presente parecer e respostas aos quesitos que:

- i) Indicou-se, ao longo do presente parecer, que a dogmática jurídica tradicional não é capaz de incorporar consequências metajurídicas ao raciocínio hermenêutico (i.e. consequências comportamentais e econômicas), de modo que a importância sistêmica do instituto jurídico dos honorários sucumbenciais só pode ser integralmente compreendido a partir das contribuições da Análise Econômica do Direito apresentadas – e diante dos artigos 20 e 20 da LIDB, que se aplicam a todos os ramos do Direito, inclusive o Processual, não há como fugir justamente da análise das consequências da decisão judicial, especialmente quando o Poder Judiciário está a fazer uma uniformização jurisprudencial (precisa ver a floresta, além da árvore!);
- ii) Como visto, a atual regra de aplicação dos honorários sucumbenciais, contida no art. 85, § 2º, do Novo CPC, é instrumento sistêmico fundamental para racionalização da prestação jurisdicional. Em um país notoriamente assolado pelo problema da litigância excessiva, o instituto dos honorários sucumbenciais cria baliza fundamental à operacionalização de princípios como o direito à duração razoável do processo e da isonomia, ao exigir responsabilidade e ponderação dos

que buscam a prestação jurisdicional – algo mais facilmente visível a partir do ferramental teórico da Análise Econômica do Direito;

- iii) Como demonstrado ao longo do parecer, os modelos utilizados para descrever tanto a tragédia dos comuns, como a chamada “taxa pigouviana”, denotam perfeitamente a função desempenhada pelos honorários sucumbenciais sobre o comportamento dos litigantes e internamente ao sistema processual civil. O efeito sistêmico, portanto, é positivo, e protege a prestação jurisdicional de litígios oportunistas (uso predatório), caso o instituto dos honorários sucumbenciais inexistisse, justamente por aumentar o risco (e o custo em sentido mais amplo) da ação judicial;
- iv) Ora, havendo condenação da Fazenda Pública dentro das bases legais previstas no CPC, espera-se que tribunais de contas e órgãos de advocacia pública possam recomendar aos tomadores de decisão cumprir espontaneamente a lei e a evitar o litígio judicial;
- v) Em sentido contrário, preferindo o STJ o caminho de flexibilizar a regra legal do CPC sobre honorários de sucumbência contra a Fazenda Pública estará provavelmente criando uma estrutura de incentivos aos tomadores de decisão na seara governamental que não contribuirá para desjudicialização e para o cumprimento espontâneo da lei.

SMJ, é o parecer.

PROF. DR. LUCIANO BENETTI TIMM
Prof. Direito e Economia FGV/SP

São Paulo, 09 de Novembro de 2020.



Prof. Dr. Luciano Benetti Timm

Pesquisador de Pós Doutorado no Departamento de Direito e Economia, UC Berkeley; Mestre e Doutor em Direito na UFRGS; LLM em Direito Econômico Internacional na Warwick University

Professor de Direito e Economia na FGV/SP

Presidente da Associação Brasileira de Direito e Economia em 2007 e 2017