

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
ESCOLA DE ECONOMIA DE SÃO PAULO

RACHEL DE CASTRO MIRANDA

O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO: EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DOS
INCENTIVOS AO LITÍGIO.

SÃO PAULO
2011

RACHEL DE CASTRO MIRANDA

O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO: EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DOS
INCENTIVOS AO LITÍGIO.

Dissertação apresentada à Escola de
Economia de São Paulo da
Fundação Getúlio Vargas, como
requisito para obtenção do título de
Mestre em Economia.

Orientadora: Prof^a Dra. Verônica
Inês Fernandez Orellano

SÃO PAULO
2011

Miranda, Rachel de Castro.

O sistema judiciário brasileiro: evidências empíricas dos incentivos ao litígio /
Rachel de Castro Miranda. - 2011.
56 f.

Orientador: Verônica Inês Fernandez Orellano.

Dissertação (MPFE) - Escola de Economia de São Paulo.

1. Processo judicial – Brasil. 2. Tribunais – Processos, litígios, etc. 3. Taxa de juros.
4. Organização judiciária - Brasil. I. Orellano, Verônica Inês Fernandez. II. Dissertação
(MPFE) - Escola de Economia de São Paulo. III. Título.

CDU 347.9(81)

RACHEL DE CASTRO MIRANDA

O SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO: EVIDÊNCIAS EMPÍRICAS DOS
INCENTIVOS AO LITÍGIO.

Dissertação apresentada à Escola de
Economia de São Paulo da
Fundação Getúlio Vargas, como
requisito para obtenção do título de
Mestre em Economia.

Data de aprovação

___/___/___

Banca examinadora:

Prof^ª. Dra. Verônica Inês F. Orellano
FGV-EESP (Orientadora)

Prof^ª. Luciana Gross Cunha
FGV- EDESP

Prof. Dr. Paulo Furquim de Azevedo
FGV-EESP

SÃO PAULO
2011

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer a todos aqueles que contribuíram, cada um à sua maneira, para a realização deste trabalho.

Primeiramente ao meu marido, por todo o apoio e carinho durante o período do mestrado.

Aos meus pais, que me ensinaram desde cedo a importância dos estudos e sempre apoiaram minhas decisões.

À minha orientadora, Verônica Orellano, pelos comentários e sugestões ao longo de todo o trabalho.

Aos professores Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Paulo Furquim Azevedo, aos quais devo agradecer por me cederem a base de dados utilizada neste trabalho.

Resumo

O objetivo deste trabalho é realizar uma análise empírica dos processos judiciais envolvendo as principais agências reguladoras e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e verificar se existe incentivo ao litígio quando estes processos envolvem uma decisão punitiva, ou seja, que requer o pagamento de multas. Este incentivo à litigar seria motivado, principalmente, por benefícios econômicos e estaria contribuindo para agravar os problemas do judiciário brasileiro, tais como morosidade e acúmulo de processos. Para a realização do estudo empírico proposto, foi utilizada uma base de dados construída especialmente para uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Dadas as limitações desta base de dados, a estratégia adotada foi de verificar se existe uma correlação condicional positiva entre o fato de a decisão envolver multa e a probabilidade do resultado em primeira instância ser favorável à agência. Os resultados encontrados indicam que essa correlação condicional é realmente positiva. Nesse caso, os indivíduos ou empresas estariam recorrendo à justiça com o mero intuito de protelar o pagamento, mesmo sabendo que a probabilidade de que a decisão inicial da agência seja mantida é relativamente elevada. Este interesse em protelar seria motivado por ganhos financeiros, como diferenciais da taxa de juros de mercado e a correção monetária ou atualização da multa na justiça.

Palavras-chave: Incentivos ao Litígio. Judiciário Brasileiro. Taxa de Juros.

Abstract

The purpose of this study is to perform an empirical analysis of lawsuits involving the main regulatory agencies and the Administrative Council for Economic Defense (CADE) and verify the existence of incentives to litigate, when lawsuit claims require penalty payments. The incentive to litigate would be mainly motivated by economic benefits and is supposed to worsen Brazilian judiciary problems, leading to slowness and lawsuits piling up. In order to perform the proposed empirical analysis, a database built for a research of the National Justice Council (CNJ) was used. Due to database limitations, the approach adopted was to verify the existence of a positive conditional correlation between judicial decisions imposing penalties and the probability of first instance decision be favorable to the regulatory agency. This study found evidences that confirm this hypothesis of positive conditional correlation. In this case, individuals or companies would be recurring to the judiciary merely in order to postpone the payment of penalties, even being aware of this relatively high probability of maintenance of the agency's initial decision. This concern in postpone payments is motivated by financial benefits, such as spreads between market interest rates and judicial monetary indexation or fines actualization.

Keywords: Incentive to Litigate. Brazilian Judiciary. Interest Rates

Lista de Gráficos

Gráfico 1 - Percentual de Processos por setor.	19
Gráfico 2 - Percentual entre pólos ativo e passivo	20
Gráfico 3 - Histórico da Taxa Selic Anual (% a.a.).....	24
Gráfico 4 - Jogo da pré-execução	31
Gráfico 5 - Jogo Quem Irá Litigar:	32
Gráfico 6 - Poder das punições.....	33
Gráfico 7- Incentivo a Litigar:	34

Lista de Tabelas

Tabela 1 - Listagem dos cinco maiores setores por Justiça contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça.	20
Tabela 2 - Juros de mora.....	22
Tabela 3 - Correção Monetária.....	22
Tabela 4 - Total de Processos Judiciais por Autarquia.....	36
Tabela 5 - Total de Processos Judiciais por Autarquia.....	38
Tabela 6 - Resultados do primeiro estágio	45
Tabela 7 - Modelo de Heckman de dois estágios	47
Tabela 8 - Efeitos Marginais	49

Sumário

1- Introdução.....	10
2- Revisão do Sistema Judiciário: Principais características e deficiências.....	12
2.1 - Origem do Sistema Judiciário	12
2.1.1 - Origem da Magistratura Brasileira	13
2.2 - Visão externa do judiciário nacional	14
2.2.1 - Segurança Jurídica.....	15
2.2.2 - O problema da Morosidade	15
2.2.3 - A Constituição de 1988 e os determinantes da ineficiência do Judiciário	16
2.3 - Problema da Seleção Adversa e o Litígio	17
2.4 - Os Maiores litigantes do Brasil	19
2.5 - Correção Monetária e juros nos cálculos judiciais:.....	21
3- Estrutura da Representação Judicial e a decisão de judicialização.	25
3.1 - A estrutura de representação Judicial no Brasil	25
3.2 - A decisão de judicialização.	27
3.3 - Decisão econômica de um processo judicial X decisão de investimento	28
3.4 - Teoria de Jogos aplicada à Revisão Judicial	30
4- Base de dados e Metodologia.....	35
4.1 - Base de Dados	35
4.2 - Estratégia empírica e Equação Estimada.	38
4.3 - Tratamento para viés de seleção.....	40
4.4 - Descrição das Variáveis	42
5 - Resultados do Modelo	44
Conclusão	51
Referências	54

1- Introdução

O principal objetivo deste trabalho é realizar uma análise dos processos judiciais envolvendo as autarquias e verificar se uma decisão punitiva envolvendo multa gera incentivos ao litígio. Para a realização do estudo empírico foi utilizada uma base de dados construída especialmente para uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a respeito das inter-relações entre o processo administrativo e o judicial.

O Sistema Judiciário brasileiro é marcado pela sua excessiva formalidade e um elevado grau de instabilidade legal, com leis e códigos que tem sobrevivência curta e emendas e leis complementares que alteram o conteúdo das leis recém adotadas. Isso contribui para reduzir a eficiência do judiciário e agravar o problema de morosidade, gerando um grande congestionamento de processos.

Outro problema que o presente trabalho investiga é a seleção adversa gerada pela estrutura do sistema processual, que ocorre quando o Judiciário passa a atrair mais indivíduos que possuem o mero intuito de protelar o processo, e não de resolver efetivamente o conflito. Assim, os “piores” indivíduos estariam sendo mais atraídos a usar os serviços judiciais.

O benefício econômico em protelar existe se há diferença entre as taxas de juros do mercado e os juros/correções monetárias cobrados judicialmente, assim passa a ser um bom negócio adiar a obrigação legal do pagamento através de infundáveis recursos nas instâncias judiciais. Este possível problema será analisado no presente trabalho.

A estratégia empírica adotada será verificar se existe uma correlação condicional positiva entre o fato de a decisão envolver multa e a probabilidade do resultado em primeira instância ser favorável à autarquia, ou seja, desta decisão confirmar aquela anteriormente impugnada pela agência (antes da judicialização).

A idéia que está por trás dessa estratégia empírica é bastante simples. Se for encontrada uma correlação positiva entre o fato da decisão da agência envolver multa e a probabilidade do resultado final ser favorável à agência, essa constatação pode ser considerada uma evidência de que uma decisão punitiva envolvendo multa gera incentivos ao litígio. Isto porque o fato da decisão da agência ser punitiva não deveria, a princípio, ser um previsor do desfecho final do caso. Se for observado que as decisões punitivas apresentam uma maior probabilidade de desfecho favorável à autarquia, isso indica que os réus que recebem multa tendem a entrar com um processo judicial mesmo que a expectativa, em média, seja de que a decisão final apenas confirme a decisão anteriormente dada pela

autarquia. Logo, este fato seria uma evidência de que uma decisão punitiva envolvendo multa gera incentivos ao litígio.

Esta dissertação está organizada em seis capítulos, incluindo esta introdução. O segundo capítulo faz uma revisão do sistema judiciário brasileiro, desde a sua origem e a Constituição de 1988, até suas principais características e deficiências. Também é introduzida a questão do litígio e uma pesquisa sobre os maiores litigantes do país. O terceiro capítulo trata da estrutura de representação no Brasil e a decisão de judicialização. Além disso, apresenta um exemplo sobre a Teoria dos Jogos aplicada à revisão judicial. O capítulo quatro apresenta a base de dados e a metodologia utilizada no modelo empírico, enquanto o quinto capítulo apresenta os resultados encontrados. Por fim, o capítulo seis resume as principais conclusões deste estudo.

2- Revisão do Sistema Judiciário: Principais características e deficiências.

2.1 - Origem do Sistema Judiciário

O Judiciário brasileiro nasceu e desenvolveu-se sob uma base fraca. Muitas são as explicações para tal fato: tradição do direito civil, herança colonialista, descendência das cortes européias absolutistas, que surgiram como um braço do rei e, até mesmo, interferência direta dos sucessivos governos autoritários desde os tempos do Império até o século XX, durante os anos de Getúlio Vargas e dos militares nos anos 70 (Freitas 2003, Moreira 2004, Ballard 1999, Maciel e Aguiar 2008).

A origem do sistema Judiciário brasileiro deve ser entendida como resultante de uma mescla do direito romano com o direito canônico, fortemente prevalecente em Portugal nos séculos XVIII e XIX, filtrado pelo direito português. Estas tradições tinham em comum um sistema processual lento, burocrático e estancado, com possibilidades de múltiplos recursos interlocutórios (criados no decurso do processo principal) (Rosenn 1999).

Apesar da Constituição do Brasil Imperial prever um Judiciário independente e juízes com cargos vitalícios, esta independência não existia de fato, dado que os juízes podiam ser removidos e o Imperador, utilizando-se do Poder Moderador, podia rever todas e quaisquer decisões judiciais (Freitas 2003).

Mesmo com o advento da Proclamação da República, a nova organização política no país não trouxe mudanças significativas para o Judiciário. A sua dependência com relação aos outros poderes existentes desde a época da Colônia alcançou níveis desconcertantes durante a Primeira República.

Em 1939, durante o Estado Novo, foi promulgado o Novo Código do Processo Civil, sofrendo forte influência dos códigos processuais da Europa Continental, principalmente os da Áustria, da Alemanha e de Portugal. Coincidentemente ou não, estes são países de fortes tradições burocráticas e cujos sistemas legais são notoriamente complexos. Assim, em pouco tempo o Código do Processo Civil de 1939 tornou-se uma grande colcha de retalhos (Yeung, 2010).

Em 1973, foi criado o outro Código do Processo Civil que substituiu o código getulista e que continua vigente até os dias atuais. Desde então, várias emendas foram feitas, algumas

de impacto bastante significativo, dentre elas podemos citar: o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), a Lei da Arbitragem (Lei 9.307/96), e a Lei dos Processos de Conhecimento e Execução (Lei 11.232/05).

Em 1988, foi promulgada a nova Constituição Federal, sob a égide da nova democracia no país, que representou o grande marco para o Judiciário brasileiro, motivo de suas glórias e crises futuras.

A Constituição de 1988 foi idealizada para atender aos anseios de toda a Nação reprimida social, política e economicamente pela ditadura militar. Desta forma, refletia a determinação nacional de afastar de uma vez por todas o perigo de uma nova ditadura e de atender às demandas civis reprimidas por quase 24 anos. Sendo assim, a Constituição de 1988 foi marcada por mais idealismo do que realismo, prometendo mais do que o Estado era capaz de entregar e gerando grandes problemas de eficiência (Yeung, 2010).

Conforme afirma Moreira (2004), o problema surgiu porque se tentava consolidar, ao mesmo tempo e rapidamente, direitos políticos, individuais, sociais e coletivos, enquanto em outros países, estes diferentes direitos foram conquistados paulatina e gradualmente, em etapas sucessivas.

2.1.1 - Origem da Magistratura Brasileira

O magistrado brasileiro nasceu conservador de idéias e elitista de formação. A percepção desta natureza do magistrado pode explicar a arraigada crença popular de que a “Justiça só serve aos ricos” e a pouca identificação do cidadão comum com os profissionais que fazem valer seus direitos legais.

Outra característica peculiar dos juízes brasileiros no começo de sua existência foi a sua relação inseparável com a burocracia e a administração pública. Era muito comum aos magistrados envolverem-se cotidianamente em tarefas estritamente burocráticas e administrativas (Carvalho 2003). A maioria possuía participação direta na política nacional, ocupando cargos no Senado, na Câmara dos Deputados, e até mesmo nos ministérios. Isto fazia persistir a não-independência do Judiciário enquanto poder político autônomo e separado dos demais (Executivo, Legislativo e Moderador).

Este costume de atribuir tarefas burocráticas ao juiz tem efeitos altamente deletérios para o funcionamento da Justiça brasileira até os dias de hoje. Ao juiz, além de decidir sobre

processos, também é exigido que tome conta dos recursos humanos, materiais, patrimoniais, etc.

2.2 - Visão externa do judiciário nacional

O Banco Mundial em seu Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial de 1997, lista três características que a seu ver caracterizariam um bom judiciário: independência, força e eficiência gerencial. O Banco defende a independência do resto do governo como a característica mais importante, por ser essa essencial para garantir que o executivo respeite a lei e responda por seus atos.

A efetividade do judiciário também depende, porém, da capacidade de implementar suas decisões (isto é, força). Na prática isso significa dispor de suficiente poder de coerção, não apenas em termos legais, mas também em termos de recursos humanos e financeiros. Por exemplo, dispor de um número suficiente de oficiais de justiça para apresentar decisões e documentos judiciais, para confiscar e dispor de propriedade, etc. Neste sentido, também é um elemento essencial para o bom funcionamento do judiciário, possuir um poder policial efetivo.

A terceira condição necessária para que o judiciário seja eficaz é que ele tenha uma estrutura organizacional eficiente, para que não haja uma grande demora na solução de processos. Longas demoras aumentam os custos de transação na resolução de disputas e podem bloquear o acesso ao judiciário por potenciais usuários.

Pode-se dizer que, de uma maneira geral, a avaliação do Judiciário brasileiro é bastante negativa. O Banco Mundial afirma que existe não somente uma, mas várias crises, com origens diversas (históricas, culturais, políticas, estruturais, constitucionais, etc.) e que demandam soluções também bastante diversas. Em alguns casos, defende-se que o mau desempenho do Judiciário brasileiro esteja relacionado a uma tradição de “conservadorismo de rotinas, dificuldades de mudar, grandiosidade e peso da máquina judiciária, amarras decorrentes do serviço público quanto ao pessoal, material e meios financeiros, e submissão e liderança institucional hierarquizada pela antiguidade. Essas características são bem marcantes no Judiciário [brasileiro]” (Beneti, 2006).

2.2.1 - Segurança Jurídica

Segundo a perspectiva econômica, um dos quesitos fundamentais para o bom funcionamento da economia é a existência de regras legais claras, essenciais para garantir ao sistema um grau de segurança aceitável. O judiciário brasileiro é marcado por um elevado grau de instabilidade legal, com leis e códigos que tem sobrevivência curta, além das emendas e leis complementares que alteram o conteúdo das leis recém adotadas (Beneti,2006).

Somado a este fato, o direito brasileiro está pautado no Civil Law, que não tem tradição de uniformizar a jurisprudência ainda que dentro de um mesmo tribunal ; e possui um processo legal altamente burocrático, que permite vários níveis de recursos e confere excessiva importância ao formalismo processual (Moreira 2004, Machado 1997).

Sendo assim, uma característica importante do judiciário brasileiro é sua excessiva preocupação legalista, contra uma deficiente preocupação com o funcionamento, a execução e com a eficiência do sistema. Ou seja, o judiciário brasileiro sempre deu maior importância à criação de leis do que à garantia de sistemas de incentivos para que elas fossem efetivamente cumpridas.

Se as regras vigentes são obscuras e instáveis, sujeitas a freqüentes alterações, o grau de incerteza aumenta, acabando por afugentar investimentos (principalmente os de longo prazo). Portanto, é condição crucial para o crescimento e desenvolvimento de um país que a interpretação das leis seja a mais consistente possível. Entretanto, trabalhos indicam que a insegurança jurídica no Brasil é bastante elevada, principalmente devido à grande variância nas decisões judiciais (Arida, Bacha & Lara-Resende 2005 e Castelar Pinheiro 2005).

2.2.2 - O problema da Morosidade

Há ampla concordância a respeito da longa demora na solução judicial dos processos do Judiciário brasileiro, sendo esta morosidade muitas vezes apontada como o mais grave problema do sistema. A principal explicação para este problema é o volume de processos encontrados nos tribunais: um juiz brasileiro é responsável, em média, por 10.000 casos em qualquer dado momento de tempo (Sherwood,2007). De acordo com dados do relatório Justiça em Números, em média, em 2009, cada magistrado julgou 1.439 processos

(totalizando 120 mil processos no STF), o que representou um aumento de 3,6% em relação aos dados de 2008.

A Justiça brasileira - Justiça Federal, do Trabalho e Justiça estadual - recebeu, em 2009, 25,5 milhões de novos processos, 1,28% a mais do que em 2008. Embora o Judiciário disponha de 16,1 mil magistrados e 312,5 mil servidores, a taxa de congestionamento global da Justiça brasileira foi de 71% em 2009, ou seja, de cada cem processos em tramitação no ano de 2009, aproximadamente 29 foram finalizados no mesmo período, percentual que tem se mantido estável desde 2004. Analisando a Justiça do Trabalho, a taxa cai para 49%, o que demonstra que é o ramo do Judiciário que atende com maior celeridade à população.

As estimativas para a duração do processo no país variam de 1.000 a 1.500 dias, ou seja, de 3 a 4 anos (Sherwood, 2007).

2.2.3 - A Constituição de 1988 e os determinantes da ineficiência do Judiciário

Não é difícil concluir que a Constituição de 1988 é excessivamente detalhada, reguladora e específica. Muitos autores afirmam que ela tem criado sérios problemas de governabilidade, por gerar um impasse legislativo: muitas de suas regras não são auto-executáveis, necessitando, muitas vezes, de legislação complementar que o Congresso, dividido politicamente, não consegue aprovar (Rosenn 1998).

Moreira (2004) mostra que a Constituição de 1988 gerou uma complexa estrutura judicial na tentativa de aliviar as cortes superiores, mas acabou agravando ainda mais a crise através das novas medidas adotadas. Isso porque, o grande desejo de fazer avançar a nova democracia no país abriu as comportas de uma grande demanda reprimida pelos serviços judiciais.

Outras duas razões freqüentemente apontadas como sendo causadoras dos problemas do judiciário são a falta de recursos materiais e humanos e a má qualidade do direito processual. Não estranhamente, o primeiro fator é o mais amplamente apontado pelos profissionais do próprio sistema como sendo a principal causa da crise do Judiciário.

Magistrados e funcionários administrativos argumentam que falta pessoal para administrar um sistema que permite um alto grau de apelações judiciais. Com relação aos recursos materiais, a reclamação é da falta de equipamentos modernos, principalmente de

informática. Porém, em comparação com outros países semelhantes, o Banco Mundial considera o orçamento judicial no Brasil “bastante generoso” em termos de porcentagem dos gastos públicos totais, o que o deixaria em um patamar acima da média (Banco Mundial, 2004).

Por outro lado, juristas e especialistas em sistemas judiciais apontam com frequência ao fato de que o Direito Processual no Brasil é uma grande fonte de ineficiência para o Judiciário, pela sua natureza marcada por morosidade, burocracia, e excessiva preocupação com a forma. Pesquisa feita pelo Instituto Nacional de Qualidade Judiciária (INQJ) mostra que, para cada caso que passa num determinado tribunal, há quase 90 passos diferentes, tanto processuais quanto deliberativos, sendo muitos deles repetitivos (Sherwood 2007). Assim, tempo excessivo é desperdiçado discutindo-se questões processuais em detrimento de questões de mérito.

Alguns apontam para o princípio do duplo grau de jurisdição como um dos fatores causadores de muitos dos problemas no processo civil. Este princípio garante, basicamente, que todo processo seja decidido por dois órgãos judiciais de instâncias sucessivas. Entretanto, o que se critica é a aplicação obrigatória, excessiva e inadequada deste princípio. Muitos ainda duvidam de sua real utilidade, defendendo que a maior parte das decisões das cortes de primeira instância são mantidas na apelação e, portanto, este princípio apenas aumenta o congestionamento das cortes sem contribuir de forma significativa para a redução de possíveis erros das decisões das cortes inferiores.

Por este motivo, há juristas que defendem a limitação do uso do duplo grau de jurisdição como um dos condicionantes para se resolver o congestionamento do Judiciário (Machado 2005, Moreira 2004). Existiria, assim, um *tradeoff* entre a manutenção do devido processo legal e o acesso da Justiça por uma maior parcela da população.

2.3 - Problema da Seleção Adversa e o Litígio

Outro problema que pode estar sendo gerado pela estrutura do sistema processual brasileiro é a seleção adversa, que ocorre quando o Judiciário passa a atrair mais indivíduos que tem o mero intuito de protelar o processo, e não resolver efetivamente o conflito. Assim, apenas os “piores” indivíduos são atraídos para usar os serviços judiciais.

O problema de seleção adversa é causado, principalmente, pela excessiva formalidade do processo brasileiro, o grande congestionamento e a morosidade existente na Justiça. Sendo assim, muitos indivíduos (incluindo pessoas físicas, jurídicas e o próprio Estado) aproveitam para manter o processo pelo maior tempo possível na Justiça, apelando sempre quando perdem a causa, para se beneficiarem do simples fato de não o terem resolvido. Indivíduos com dívidas financeiras estariam entre aqueles diretamente beneficiados pelos recursos meramente protelatórios, dado que os juros cobrados judicialmente não são mais elevados do que as taxas de mercado, passa a ser um bom negócio adiar a obrigação legal do pagamento através de infundáveis recursos nas instancias judiciais.

Plácido e Silva (2000) considera o litígio, em um sentido mais restrito e preciso do termo, como uma demanda proposta na justiça e apenas a partir de quando é contestada. O Código do Processo Civil brasileiro prevê punições para litigantes que usem recursos judiciais apenas para fins protelatórios. Isso, em tese, impediria a ocorrência de processos como os descritos acima, em que o governo (ou qualquer outro devedor) usa o Judiciário com o mero intuito de adiar o pagamento de suas dívidas. Entretanto, Moreira (2004) –ela própria juíza– mostra que raramente os magistrados brasileiros dão a punição devida a este tipo de prática, mesmo já existindo penalidades específicas na lei.

Esta grande hesitação dos magistrados em punir os litigantes está ligada a fatores culturais, sociais e até mesmo princípios de direito, principalmente ao receio da falta de acesso à Justiça pelos cidadãos e de proteção do devido processo legal. Aos magistrados, parece melhor “errar para mais do que errar para menos” quando se trata de conceder estas duas garantias aos litigantes que precisam de seus serviços. Entretanto, os benefícios de “errar para mais” pode gerar prejuízos muito maiores se isso significar menos acesso para outros cidadãos que também precisam do Judiciário, mas não conseguem utilizá-lo por causa da sobrecarga criada nas cortes.

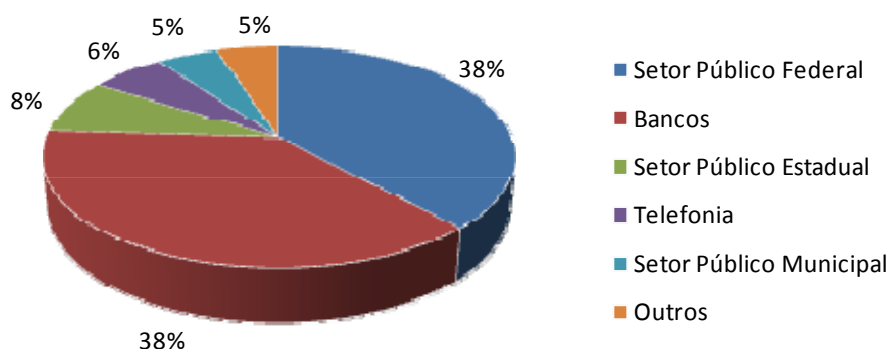
Assim, pode-se concluir que o excessivo uso do devido processo legal, do duplo grau de jurisdição e da liberalidade no acesso às instâncias superiores acarretam morosidade, seleção adversa e altos custos, o que afasta a população do serviço judicial.

2.4 - Os Maiores litigantes do Brasil

O CNJ (Conselho Nacional de Justiça) em 2011 um relatório contendo os cem maiores litigantes do país, resultado de um estudo feito pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ junto a todos os tribunais brasileiros, com dados até Março/2010¹. Em primeiro lugar, como maior litigante nacional em número de processos, está o INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), que ocupa 22,3% das ações do Judiciário; em segundo lugar está a Caixa Econômica Federal, com 8,5% das ações; em seguida encontra-se a Fazenda Nacional com 7,4%.

O gráfico abaixo mostra que o Setor Público Federal corresponde a 38% dos processos dos 100 maiores litigantes, dividindo a liderança no ranking com os Bancos, que também representam 38% do total.

Gráfico 1 - Percentual de Processos por setor.



Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

Na esfera da Justiça Federal, 77% dos processos advém do setor público Federal, enquanto os bancos são responsáveis por 19%. Já na esfera da Justiça Estadual, os bancos são os maiores litigantes, representando 54% do total em litígio.

¹ O estudo não levou em consideração as ações do Ministério Público, de instâncias mais específicas da Justiça e de tribunais em alguns Estados que não enviaram material ou cujos dados não foram considerados confiáveis (MG, PB, RN e SE).

Tabela 1 - Listagem dos cinco maiores setores por Justiça contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça.

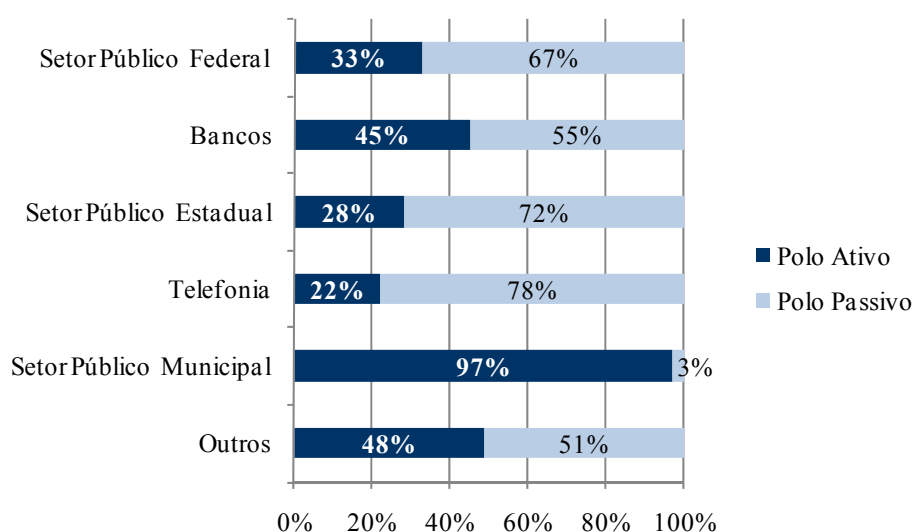
Rank	100 Maiores Litigantes por Setor e Justiça							
	Nacional		Federal		Trabalho		Estadual	
1	Setor Público Federal	38%	Setor Público Federal	77%	Setor Público Federal	27%	Bancos	54%
2	Bancos	38%	Bancos	19%	Bancos	21%	Setor Público Estadual	14%
3	Setor Público Estadual	8%	Conselhos Profissionais	2%	Indústria	19%	Setor Público Municipal	10%
4	Telefonia	6%	Educação	1%	Telefonia	7%	Telefonia	10%
5	Setor Público Municipal	5%	Serviços	1%	Setor Público Estadual	7%	Setor Público Federal	7%

Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

De acordo com o secretário-geral do CNJ, Fernando Marcondes, a pesquisa confirmou o que muitos já suspeitavam: que a Justiça brasileira trabalha para poucas pessoas. Estima-se que os cem maiores litigantes correspondam a 20% dos processos do país.

Do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais, 59% referem-se ao pólo passivo, ou seja, quando a ação de litígio é realizada pelo réu. Curiosamente, o comportamento do Setor Público Municipal difere dos demais, uma vez que 97% dos processos desse setor referem-se ao pólo ativo (quando o autor da ação é o responsável por litigar).

Gráfico 2 - Percentual entre pólos ativo e passivo



Fonte: Departamento de Pesquisa Judiciárias/ CNJ.

Wellington Teixeira (2010) pontua alguns motivos para os entes estatais e os bancos estarem no topo da relação de maiores litigantes do Brasil. Os entes estatais (União, Estados, Municípios, DF, e as respectivas autarquias e fundações) possuem certas regalias que reduzem bastante o risco de um processo judicial: são isentos do pagamento de custas e possuem prazo diferenciado para recorrer e contestar (art. 4º da Lei n. 9.289/96). Além disso, quando condenados, dificilmente pagam a condenação.

Os Bancos também possuem vantagens em relação à um cidadão comum na hora de litigar. Para estes, o grande benefício está na demora processual, pois estas instituições financeiras são capazes de conseguir um rendimento bem maior no mercado financeiro do que os juros estipulados na JF, conforme veremos na próxima seção.²

2.5 - Correção Monetária e juros nos cálculos judiciais:

O artigo 406 do Código Civil (Lei 10.406/02) trata dos juros legais previstos para atualizar os cálculos judiciais e garantir que não haja uma defasagem do valor do dinheiro no tempo.

Art. 406. Quando os juros moratórios não forem convencionados, ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional.

A partir de julho de 2009, a regra geral que passou a vigorar sobre as dívidas na justiça passou a ser a de um juro de mora igual ao percentual de juros incidentes sobre as aplicações da caderneta de poupança, que atualmente correspondem a 0,5%, capitalizados de forma simples, de acordo com informações constantes no Manual de Orientação de Procedimentos para cálculos na Justiça Federal (Dez/2010).

² O estudo não levou em consideração as ações do Ministério Público, de instâncias mais específicas da Justiça e de tribunais em alguns Estados que não enviaram material ou cujos dados não foram considerados confiáveis (MG, PB, RN e SE).

Tabela 2 – Juros de mora

Período	Taxa mensal - capitalização	OBS
Até dez/2002	0,5% - simples	Arts. 1.062, 1.063 e 1.064 do antigo Código Civil
De jan/2003 a jun/2009	Selic	Art. 406 da Lei n.10.406/2002 –Código Civil
A partir de jul/2009	O mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, que atualmente correspondem a 0,5%, capitalizados de forma simples	Art. 1º F da Lei n. 9.494, de 10.9.97, com a redação dada pela Lei n. 11.960, de 29.6.2009.

Fonte: Manual de Orientação de Procedimentos para cálculos na Justiça Federal (Dez/2010).

Caso não haja decisão judicial em contrário, o cálculo para a correção monetária (previsto nos artigos 389 e 404 do Código Civil), deve seguir a variação mensal do indexador correspondente, sendo o mesmo que a Fazenda utiliza na cobrança de seus créditos.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

A partir de julho de 2009, o índice de correção monetária que passou a ser utilizado foi o das cadernetas de poupança, que atualmente é a TR (Art. 1º. F da Lei n. 9.494, de 10/09/1997, com a redação dada pela Lei n.11.960, de 29/06/2009. Anterior à essa data, o índice utilizado era o IPCA (índice nacional de preços ao consumidor amplo).

Tabela 3 – Correção Monetária

Período	Indexador	OBS
De mar/90 a fev/91	IPC/ IBGE	Expurgo, em substituição ao BTN e ao INPC de fev/91
De mar/91 a nov/91	INPC	
Em dez/91	IPCA série especial	Art. 2º, §2º, da Lei n. 8.383/91.
De jan/92 a dez/2000	Ufir	Lei n. 8.383/91
De jan/2001 a jun/09	IPCA-E / IBGE (em razão da extinção da Ufir como indexador)	A partir de janeiro de 2001 até junho de 2009, deverá ser utilizado o IPCA-E mensal (IPCA-15 IBGE)
A partir de jul/2009	Índice de atualização monetária (remuneração básica) das cadernetas de poupança, atualmente é a TR)	Art. 1º. F da Lei n. 9.494, de 10.9.97, com redação dada pela Lei n. 11.960 de 29.06.2009

Fonte: Manual de Orientação de Procedimentos para cálculos na Justiça Federal (Dez/2010).

Assim sendo, majoritariamente se entende que a taxa de juros mais a correção monetária que devem ser utilizadas para atualizar uma dívida de um processo judicial é de 1%

ao mês, conforme previsto no art. 161, parágrafo primeiro do Código Tributário Nacional (Lei 5172/66), utilizando o método de cálculo de juros simples.

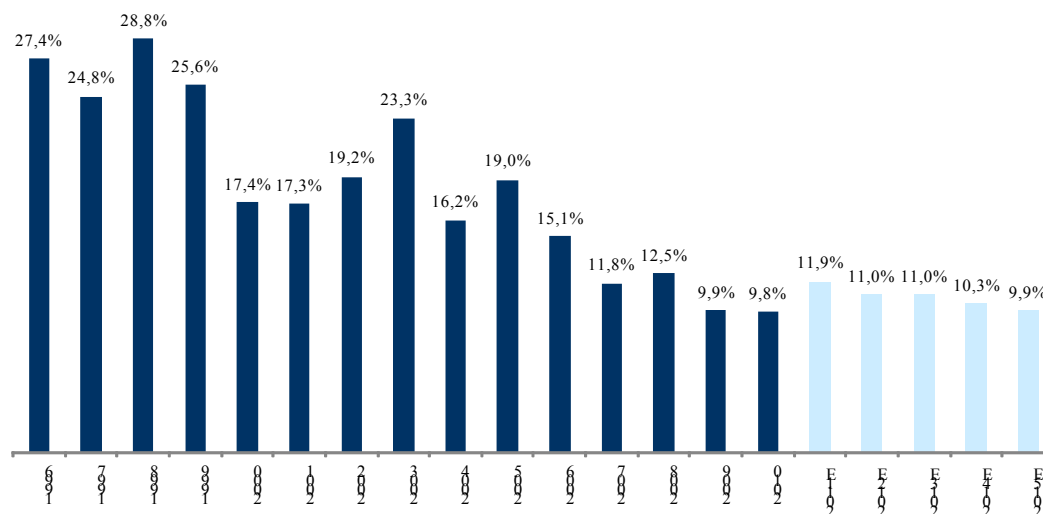
Art.161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

Ainda assim, alguns juízes entendem que a melhor opção é usar a taxa de juros Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia) e possuem certa autonomia para aplicar a taxa que achar mais conveniente. A meta para a Selic é estabelecida pelo Comitê de Política Monetária (COPOM). Esta taxa é obtida mediante o cálculo da taxa média ponderada e ajustada das operações de financiamento de um dia, sendo por isso também chamada de taxa overnight. No caso de utilização da taxa SELIC, esta passa a englobar juros e correção monetária, não sendo aplicado nenhum outro indexador.

Analisando a taxa de juros e correção monetária estipuladas pela Justiça Federal, fica evidente a existência de benefícios econômicos em litigar. Para um réu, a decisão de adiar o pagamento de uma multa, mesmo sabendo que há uma elevada probabilidade de que a punição seja mantida, em geral, será mais eficiente em termos econômicos, pois há um diferencial expressivo entre as possibilidades de ganhos no mercado financeiro e as taxas impostas na Justiça. Por outro lado, também devem entrar na conta os custos indiretos envolvidos (como a perda de novos contratos, reputação da empresa, etc) e os custos dos honorários advocatícios.

O Brasil possui um histórico de taxas de juros nominais (SELIC) bastante elevadas. Nos últimos anos, o país vem conquistando maior estabilidade financeira e reduzindo suas taxas de juros nominais, porém ainda ocupa a segunda posição no ranking de países com as maiores taxas. O Gráfico 3 abaixo mostra a SELIC anual para os últimos quinze anos e as projeções para os anos seguintes, onde percebemos que tendência de queda ainda será mantida.

Gráfico 3 – Histórico da Taxa Selic Anual (% a.a.)

Fonte: Banco Central do Brasil.

Atualmente, considerando a queda recente da SELIC, os ganhos financeiros envolvidos diretamente na decisão de litigar são basicamente os diferenciais da capitalização dos juros. Enquanto a Justiça Federal utiliza a capitalização por juros simples, no mercado os juros empregados são compostos, ou seja, incide juros sob juros. Estes benefícios financeiros em protelar tendem a ser minimizados com a redução da taxa de juros de mercado, porém podem existir outros investimentos que proporcionam retornos maiores (com riscos também maiores), como o mercado de ações.

3- Estrutura da Representação Judicial e a decisão de judicialização.

De acordo com o art.5 ° da Constituição Federal, *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, ou seja, qualquer decisão de órgão da administração pública pode ser submetida à revisão judicial.

A competência para processar e julgar a ação que questiona decisão do CADE ou de uma agência reguladora, na qual estes últimos figuram como réus, é dos juízes federais de primeira instância (art. 109, I, da Constituição). Essa causa será apreciada em grau de recurso pelo Tribunal Regional Federal da região em que corre (art. 108, II, da Constituição) e pode ainda ser levada ao Superior Tribunal de Justiça e/ou ao Supremo Tribunal Federal caso seja cabível recurso especial e/ou extraordinário, respectivamente.

3.1 - A estrutura de representação Judicial no Brasil

A partir de informações contidas no Relatório Final USP CNJ é possível descrever como ocorre a representação desses órgãos no Judiciário e apresentar as percepções de seus representantes, extraídas de uma série de entrevistas, a respeito do controle judicial de decisões dessas entidades.

A representação judicial da União compete à Advocacia Geral da União – AGU (art. 131 da CF), que não faz distinção entre administração pública direta e indireta. Com a Medida Provisória n. 2048-26, de 29/07/2000, criou-se a carreira de Procurador Federal, que substituiu os cargos de procurador autárquico e assistente jurídico de autarquias, estando estes incumbidos da representação judicial das autarquias, conforme lotação e distribuição pelo Advogado-Geral da União.

Posteriormente, foi editada a Lei n. 10480, de 02/07/2002, que criou a Procuradoria-Geral Federal, vinculada à AGU, à qual se transferiu a atribuição de representar judicial e extrajudicialmente as autarquias, realizar as respectivas atividades de consultoria e assessoramento jurídicos, e apurar a liquidez e certeza dos créditos inerentes às suas atividades, inscrevendo-os em dívida ativa, para fins de cobrança amigável ou judicial.

Foram incorporadas à estrutura da Procuradoria-Geral Federal, como órgãos de execução, as procuradorias, departamentos jurídicos, consultorias jurídicas e assessorias

jurídicas das autarquias. Os membros da carreira de Procurador Federal passaram a integrar quadro próprio da Procuradoria-Geral Federal. Ficaram mantidos os órgãos jurídicos de autarquias de âmbito nacional na qualidade de Procuradorias Federais especializadas, e foram instaladas Procuradorias Federais nas capitais dos Estados, Procuradorias Seccionais fora das capitais e Procuradorias Regionais nas sedes dos Tribunais Regionais Federais.

Desde então, a Procuradoria-Geral Federal tem se estruturado buscando alcançar um modelo no qual a representação judicial das autarquias seja exercida por unidades centralizadas de contencioso e os Procuradores Federais atuantes junto às autarquias fiquem incumbidos, de um lado, dos serviços de consultoria e assessoramento jurídico à entidade, e de outro, da definição das linhas de defesa da entidade em juízo. Assim, no que se refere à atuação no Judiciário, a regra é a condução dos processos pelas unidades de contencioso, embora as teses e argumentos sejam definidos pelos Procuradores-Gerais de cada autarquia.

Os processos são distribuídos na Procuradoria-Geral Federal de acordo com sua matéria, existindo onze áreas temáticas de contencioso: (i) previdenciário, que representa o grande volume de processos da AGU - quatro milhões de ações; (ii) desapropriação e reforma agrária; (iii) assuntos indígenas; (iv) meio ambiente; (v) infra-estrutura (inclui casos relativos a decisões de agências reguladoras que tem atuação nos setores de infra-estrutura); (vi) desenvolvimento econômico (inclui casos relativos a decisões da CVM, da SUSEP e do CADE); (vii) ações de servidores públicos; (viii) cobrança e recuperação de créditos (qualquer ação de recuperação ou cobrança, de taxa ou multa); (ix) contencioso do patrimônio das entidades (questões envolvendo patrimônio imobiliário, licitações e contratos); (x) educação (assuntos das universidades federais e distritos federais de educação tecnológica); e (xi) saúde (inclui casos relativos a decisões das agências reguladoras da área de saúde, ANS, ANVISA, FUNASA).

Desse modo, a distribuição dos processos relativos às agências reguladoras e ao CADE cria um desmembramento entre agências e a separação em relação à autoridade antitruste, dificultando assim a especialização. A concentração do tema concorrência e regulação em um grupo especializado de procuradores, atuando em proximidade com os procuradores junto às agências certamente aumentaria a eficiência e qualidade da advocacia e, conseqüentemente, das decisões judiciais.

O primeiro sintoma da perda de qualidade da atuação da procuradoria do Estado está na falta de organização da jurisprudência e dos casos nos quais atua. Estudos encontraram dificuldades em compilar os casos a partir dos arquivos da procuradoria. Não há clareza quanto ao critério de separação entre os casos que serão representados pelos procuradores

junto às autarquias e aqueles acompanhados pela advocacia geral. Também não há um banco de dados geral sobre decisões envolvendo agências reguladoras e nem mesmo em cada divisão da procuradoria é possível garimpar com segurança uma base completa de casos em andamento ou já julgados referentes a uma determinada agência, com exceção da base de dados sobre os casos judiciais envolvendo o CADE (Relatório Final USP CNJ, 2011).

Ainda segundo o relatório de pesquisa da USP, alguns procuradores afirmaram ser freqüente o questionamento em juízo e a apreciação judicial do mérito da atuação da agência, e criticam a ausência de embasamento técnico das decisões, em virtude do desconhecimento técnico do juiz sobre a matéria regulada pela agência.

Além disso, há uma percepção generalizada de que a grande maioria das decisões judiciais resultaria em confirmação da decisão da agência e de que as decisões de primeira instância contrárias às agências, especialmente liminares, seriam freqüentemente reformadas pelos tribunais superiores. O STJ estaria exercendo um papel protagonista em pacificar a jurisprudência sobre assuntos que envolvem as agências, com a assunção de limites para a revisão judicial das decisões destas últimas, e o reflexo disto já estaria sendo percebido nos Tribunais Regionais e em primeira instância.

Ademais, na maioria das agências não é considerado alto o índice de judicialização, embora alguns casos possam afetar substancialmente a agência. Essa percepção não é positiva do ponto de vista do controle judicial da atuação das agências, pois a expectativa de que o judiciário é pouco procurado, e quando o é raramente modifica as decisões, pode abrir espaço para a politização das agências e para o arbítrio, protegido pelo véu da discricionariedade e da complexidade técnica das decisões.

3.2 - A decisão de judicialização.

O determinante mais imediato para que sejam iniciadas disputas judiciais é a existência de eventos danosos, porém nem todo dano causado ou direito violado necessariamente resulta em uma ação judicial. Grande parte dos conflitos que surgem são resolvidos amigavelmente, sem acionar o Poder Judiciário.

Shavell (1982) estudou as razões econômicas para se iniciar um processo judicial e concluiu que o processo existirá apenas se as expectativas de ganhos do potencial autor exceder a estimativa da soma dos custos legais do acusado, caso contrário, haveria um

estímulo para a negociação de um acordo entre as partes. Além disso, a probabilidade de um acordo aumenta quanto maior for a aversão ao risco das partes relacionadas.

Um autor (vítima) racional escolherá iniciar uma disputa judicial quando o valor esperado de um determinado litígio (VE, ou *expected value*) superar os custos de ajuizamento da ação. Logo, uma diminuição do custo de ajuizamento terá como consequência um aumento no número de ações judiciais

O valor esperado no momento que se toma a decisão de ajuizar ou não uma ação, corresponde à probabilidade de sucesso da demanda (ganhar o processo ou de ser feito um acordo antes do julgamento), multiplicado pelo retorno do autor com a procedência de sua ação (ou o valor resultante de um possível acordo).

Clemenze e Gugler(2000), em um estudo sobre o processo civil na Áustria, testaram duas hipóteses de correlação entre o número de processos per capita e o PIB per capita, sendo uma delas que o crescimento econômico, ao aumentar o número de transações na economia, aumenta a probabilidade de eventos danosos (como a quebra de contratos) e consequentemente o número de ações judiciais. Sua hipótese foi confirmada.

3.3 - Decisão econômica de um processo judicial X decisão de investimento

Levy (1985), em seu artigo sobre a gestão econômica do litígio civil, investiga as dinâmicas das decisões econômicas dos autores de se iniciar um processo judicial e dos réus de responder à ação. Para o autor, a decisão de iniciar um processo na justiça possui similaridade com uma decisão de investimentos em projetos. Ambos significam abrir mão de valores no presente com o objetivo de gerar uma entrada de caixa futura (e retornos para o valor presente das companhias). Além disso, também nos dois casos, as decisões são tomadas em um ambiente de incerteza, por isso envolvem a busca por informações e dados que contribuam para atingir os objetivos de cada ação.

Dada a limitação de capital e capacidade de financiamento, as firmas e os indivíduos buscam um portfólio de projetos que maximizem seu valor presente, utilizando uma taxa de desconto que representa o custo de oportunidade do capital. Sendo assim, a possível decisão de iniciar um processo deve ser comparada com as decisões de investimento disponíveis e colocada em prática apenas se esta ação legal estiver dentro do portfólio de projetos que maximizam o lucro (Levy, 1985)

Por outro lado, existem duas principais diferenças entre um processo judicial e uma decisão de investimento. Primeiramente, um projeto de investimento pode ser estimado com maior precisão, sendo mais difícil fazer essa estimativa para todas as despesas envolvidas em uma ação judicial, pois estas dependem também das decisões dos juízes e da resposta do réu.

A segunda diferença está no uso do conceito de custo de oportunidade. O valor presente de um projeto representa o ganho da empresa caso decida investir. Se não houver investimento, o valor da firma irá reduzir exatamente o montante do valor presente líquido. No entanto, se um potencial autor decidir não concretizar o processo, ele poderá perder ainda mais que o valor presente líquido daquela ação.

Um bom exemplo para ilustrar esta questão é a Coca Cola. Para proteger sua marca, a empresa processa bares e restaurantes que substituem o pedido do cliente por outra cola de outra marca. Neste caso, ao entrar na justiça, a Coca-Cola Company não está visando os ganhos do valor presente líquido resultante deste processo, que pode até ser negativo, mas sim evitar as perdas de VPL (valor presente líquido) oriundas da decisão de não proteger seu principal ativo, a força e reputação da sua marca.

Sendo assim, existem muitos outros exemplos nos quais o custo de oportunidade de não processar é maior do que o retorno deste mesmo processo. Também existem processos que possuem VPL negativo, mas que servem de ameaça para evitar outras possíveis violações.

Por sua vez, o réu de um processo não possui a escolha de responder ou não ao processo. Assim, o primeiro problema que ele se depara é buscar mecanismos que minimizem os efeitos negativos do processo (buscar sua defesa), pois um processo sempre o deixará numa posição igual ou pior do que a inicial.

O montante de despesas legais que cada uma das partes está disposta a gastar no processo é um percentual da sua expectativa do resultado do julgamento, ou seja, depende das percepções dos envolvidos sobre a probabilidade de sucesso.

Existe sempre a possibilidade das partes entrarem em acordo, evitando assim todo o trâmite envolvido em um processo judicial. A probabilidade de um acordo depende positivamente de (1) o peso ou montante da demanda do autor; (2) o custo total do processo quando comparado com o custo do acordo; (3) o nível de aversão ao risco do réu; (4) a probabilidade estimada pelo réu de fracasso (Landes, 1971).

3.4 - Teoria dos Jogos aplicada à Revisão Judicial

A Teoria dos Jogos procura modelar as escolhas dos agentes racionais, isto é, agentes que procuram maximizar o seu próprio retorno, dadas as alternativas disponíveis. Aplicada às decisões de litigar, é possível verificar os custos e benefícios dos agentes em cumprir ou não uma decisão judicial.

a) Cumprir ou não cumprir

A imposição de uma nova regulamentação pelo governo traz duas possibilidades de reações pela parte afetada: cumprimento imediato ou contestação legal. Normalmente, as agências reguladoras responsáveis concedem um período de adaptação à alteração, ou seja, não há uma penalidade imediata para o descumprimento durante este período.

Para simplificar a análise, será usado um exemplo de uma nova regulamentação da ANTT (agência nacional de transportes) que requer a inclusão de novos equipamentos de segurança em veículos de passeio. Dado que, inicialmente, não há penalidades para o descumprimento da regulamentação, a situação estratégica dos fabricantes de veículos não é a de um jogo contra agência reguladora, e sim, definir sua posição competitiva com relação aos seus concorrentes (Mashaw, 1994)

As premissas para esta análise são: 1) O cumprimento da regulamentação gera custos, sendo estes uniformes ao longo do tempo. Para o exemplo da ANTT será assumido um custo para o cumprimento de 5 unidades monetárias. 2) Caso exista um único fabricante que cumpra esta regulamentação, haverá um aumento nos seus custos de 2 unidades. Assim, ele elevará o seu preço de venda, o que acarretará uma diminuição de sua participação de mercado. Estes valores são arbitrários e a estrutura deste jogo considera benefícios se o fabricante cumprir a regulamentação. Os custos diretos do cumprimento foram considerados maiores que as perdas de participação de mercado individualmente, para representar a estrutura usual da elasticidade da demanda no mercado automotivo – fabricantes não perdem um real para cada real a mais no preço dos seus veículos (Mashaw, 1994).

Gráfico 4 - Jogo da Pré-execução

Premissas: A regulamentação permanece durante a contestação
 Custo do cumprimento = - 5 para cada ano
 Único fabricante a cumprir perde 2 adicionais em participação de mercado

		Chrysler (outros)	
		Cumprir	Não-Cumprir
GM	Cumprir	-5,-5	-7,0
	Não-Cumprir	0,-7	0,0

Payoff (GM, Chrysler/outros)

Fonte: Mashaw, 1994.

Analisando o jogo de 2x2 disposto no gráfico acima, é possível verificar que nenhuma empresa irá cumprir a regulamentação. O quadrante direito inferior representa a estratégia dominante para cada participante, ou seja, é a ação que cada participante irá tomar, não importando o que o outro participante do jogo fará.

Logo, conclui-se que nenhum fabricante irá cumprir a regulamentação antes do prazo final de cumprimento. Presumidamente, eles sempre buscarão uma revisão judicial, pois um litígio ao menos atrasa seu prejuízo e, se for invalidado, pode eliminar a necessidade de cumprimento (Mashaw, 1994).

Por outro lado, a premissa de que os fabricantes sempre irão litigar é irrealista. Mesmo sendo interesse deles que alguém o faça, nenhum fabricante quer ser aquele que irá litigar. Isso porque, se algum outro fabricante litigar, o benefício do litígio será para todos (assumindo que haja sucesso), porém apenas aqueles que iniciarem a ação judicial terão que pagar os custos da ação. Este comportamento é conhecido na economia como *free rider*, ou seja, todos querem se aproveitar do esforço de outras empresas ou indivíduos.

O problema do carona (*free rider*) pode ser resolvido com a criação de uma associação responsável por litigar em nome de todos os participantes. Além disso, em setores como na indústria automotiva, onde há poucos concorrentes, existem significantes custos sociais para se esquivar do pagamento da sua fatia das despesas necessárias para promover o bem comum da indústria (Mashaw, 1994)

b) Quem irá litigar

Finalmente, seguindo o exemplo da indústria de automóveis, mesmo na ausência das condições citadas anteriormente, a probabilidade de se litigar é bastante elevada, conforme pode ser observado no jogo baixo. Neste caso, o custo do cumprimento é mantido em 5 e é considerado um valor de 20% deste custo referente aos custos de litigar. A probabilidade assumida para a regulamentação ser considerada inválida é de 50%.

Gráfico 5 - Jogo Quem Irá Litigar:

Premissas: Revisão da pré-execução com a permanência da execução
 Custo do cumprimento = 5
 Custo de Litigar = 1
 Probabilidade de a regulamentação ser inválida na revisão: 50%
 Probabilidade de execução da agência reguladora: 100%

Chrysler (outros)			
GM		Litigar	Não-Litigar
	Litigar	1.5,1.5	1.5,3.5
	Não-Litigar	3.5,1.5	1.5,1.5

Payoff (GM, Chrysler/outros)

Fonte: Mashaw, 1994.

Assim, se um fornecedor decidir litigar, ele pagará 1 referente ao custo de litigar, mas evitará pagar 2,5 do custo de cumprimento (multiplicado pela probabilidade de a regulamentação ser invalidada), totalizando uma recompensa (payoff) de 1,5. Por outro lado, se nenhuma empresa litigar, a recompensa também será de 1,5 para ambas (Mashaw, 1994).

Toda empresa preferiria se algum outro fornecedor litigasse, pois assim evitaria os custos de litigar, mas todos se beneficiariam da decisão. Este seria o caso 3,5, sendo 2,5 relativos à economia dos custos de cumprimento da regulamentação e 1 da economia de não litigar. No caso acima, os jogadores não possuem estratégia dominante, existindo três equilíbrios no jogo. Porém, a probabilidade de litigância é elevada.

c) O poder das punições (multas)

Já no caso de existência de uma punição para o não cumprimento (em caso da regulamentação ser validada), os resultados do jogo podem mudar. Considerando um custo de cumprimento de 5 e a perda da participação de mercado é 2, a penalidade precisaria ser maior que 7 para dissuadir os jogadores. Assim, a estratégia o equilíbrio passa a ser o cumprimento por ambas as partes.

Gráfico 6 - Poder das punições

Premissas:

Cumprimento forçado= -5

Perda de participação de mercado para único cumprimento=-2

Penalidade=-8

		Chrysler (outros)	
		Cumprir	Não-Cumprir
GM	Cumprir	<u>-5,-5</u>	-7,-8
	Não-cumprir	-8,-7	-8,-8

Payoff (GM, Chrysler/outros)

Fonte: Mashaw, 1994.

Os fornecedores estarão em melhor situação se ambos cumprirem a regulamentação, pois a penalidade é muito elevada. Porém, não está sendo levado em consideração o fato de a regulamentação ser considerada inválida e nenhuma punição ser aplicada.

d) Pagar a multa x Litigar

No caso de punições envolvendo o pagamento de multas, o réu deve analisar se é mais favorável aceitar a multa ou recorrer na justiça. Para fazer a análise desse jogo é preciso levar em consideração os juros e correção monetária utilizados para atualizar uma dívida na justiça caso a decisão seja mantida na instância superior (1% a.m).

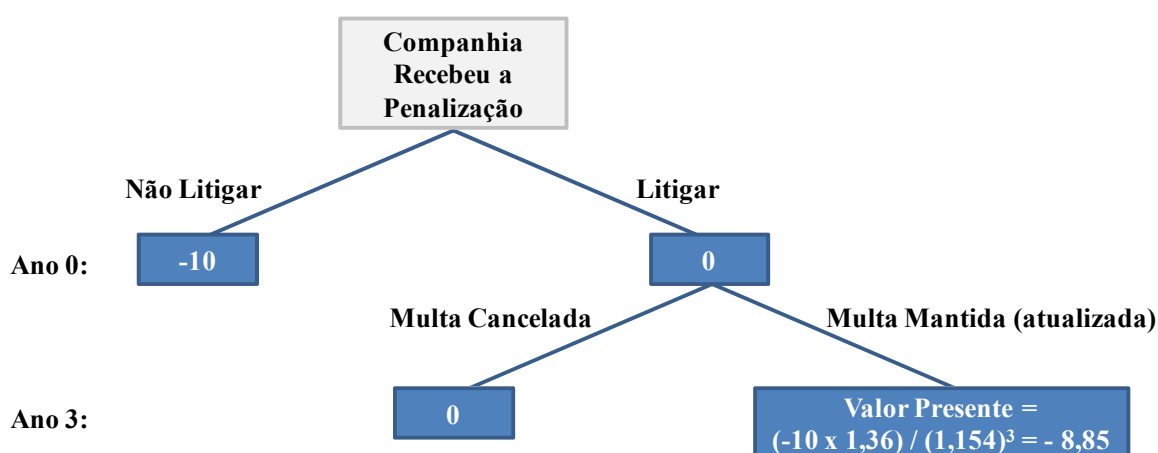
Neste exemplo, se o réu aceitar a multa, ele pagará 10 unid. no ano da decisão (Ano 0). Caso decida recorrer, ele terá uma probabilidade, mesmo que remota, de que a decisão

anterior seja anulada e não necessite pagar nenhuma multa. Por outro lado, caso a deliberação seja mantida, a multa incorrerá em juros e atualização monetária, que representam 12% a.a do total da dívida, com capitalização simples.

Um réu que possua investimentos que gerem retornos superiores, achará mais interessante aplicar no mercado financeiro o montante da dívida pelo maior tempo possível, recorrendo da decisão quantas vezes for preciso, adiando ao máximo o desembolso do montante.

Neste exemplo, será utilizada a taxa de juros média da última década, de 15.4% e um prazo para a decisão de 3 anos, de acordo com a duração média dos processos judiciais no Brasil.

Gráfico 7- Incentivo a Litigar:



Fonte: Própria.

Caso a multa seja mantida no ano 3, o valor presente desta na data de decisão será de -8,85, menor que o valor inicial desta multa de -10.

Logo, mesmo que a decisão de multa seja mantida, haverá sempre um benefício econômico em litigar, ditado pelo diferencial entre a taxa de juros do mercado e as taxas impostas na Justiça.

4- Base de dados e Metodologia

4.1 - Base de Dados

Para a realização do estudo empírico proposto nesta dissertação foi utilizada uma base de dados construída especialmente para uma pesquisa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a respeito das inter-relações entre o processo administrativo e o judicial. Tal pesquisa buscou estimar as variáveis de custo e incerteza jurídica da revisão judicial das agências reguladoras, com o objetivo final de propor políticas de caráter geral.³

O universo de análise consiste nos casos judicializados (processos que já entraram em primeira instância) e que possuem as agências federais como parte, estratificados por cada agência a fim de buscar conclusões específicas. Foram incluídas na análise as seguintes agências: ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT, ANVISA, CVM e PREVIC. Também foram utilizados na análise os dados do CADE.

Diferentemente do observado no CADE, as agências reguladoras não possuíam um banco de dados com registro rigoroso das decisões envolvendo direitos de particulares e/ou impugnadas judicialmente. Dado que estas agências sempre estarão ligadas à União - o que conduz à competência da Justiça Federal (JF) para julgar processos que tenham por objeto o questionamento da legalidade de seus atos (art. 109 I CF) –, pesquisou-se a totalidade de registros processuais no site da JF. Assim, a base de dados exigiu uma intensa pesquisa de campo, mapeando os processos e evitando ocorrências dobradas.

O levantamento preliminar da pesquisa resultou em 84.706 ocorrências distribuídas nada equitativamente entre as 13 autarquias. Dada a existência de apenas sete processos na PREVIC, foi decidido excluir esta agência da base de dados.

A Tabela 4 mostra o total de processos judiciais envolvendo as autarquias referidas, arquivados ou em tramitação, conforme levantamento feito em agosto de 2010 a partir do site da JF.⁴

³ O relatório foi coordenado pelos professores doutores Tercio Sampaio Ferraz Junior, Juliano Souza de Albuquerque Maranhão e Paulo Furquim Azevedo, aos quais devo agradecer por me cederem a base de dados.

⁴ A presente pesquisa encontrou resultado discrepante do número apresentado em relatório da AGU: 84.706 na primeira, contra 98.193 no segundo. É provável que tal distorção ocorra por diferenças metodológicas e também de escopo, pois a base de dados da AGU é mais abrangente.

Tabela 4 - Total de Processos Judiciais por Autarquia.

Autarquia	Total
ANA	166
ANAC	492
ANATEL	31.233
ANCINE	70
ANEEL	6.558
ANP	11.022
ANS	3.452
ANTAQ	309
ANTT	3.501
ANVISA	4.120
CADE	1.640
CVM	22.136
PREVIC	7
Total	84.706

Fonte: Base de dados própria.

No entanto, o conjunto de casos listados na tabela 4 não deve ser considerado como a população objeto de pesquisa. Foram retirados os processos judiciais nos quais as autarquias são partes, porém estes não são decorrentes da contestação regulatória, como por exemplo, nos casos de contestação de contratos de serviços terceirizados, aluguel e compra de materiais e suprimentos, litigância entre servidores públicos e autarquias, licitação para compra de bens de consumo, concurso público para ingresso no quadro de pessoal, entre outros. Este tipo de caso foi denominado de “não pertinente”. Também foram retirados da população os processos “não essenciais”, isto é, aqueles que estão vinculados a um caso principal, porém discutem questões acessórias.

Além disso, para se obter as informações desejadas a respeito de um determinado processo é necessária sua leitura cuidadosa. Logo, a investigação da totalidade dos processos seria extremamente custosa, mesmo descartando os casos “não pertinentes” e “não essenciais”, o que resulta em uma população estimada de 38.975 processos. Logo, o procedimento utilizado foi a seleção de uma amostra aleatória representativa da população, fornecendo informações que permitam descrever de modo adequado a totalidade dos processos de onde esta amostra foi extraída.

Assim sendo, foi selecionada separadamente uma amostra aleatória representativa da totalidade dos processos, estratificada por agência com o objetivo de descrever com segurança

as características específicas dos processos de cada autarquia, tratando-os como um universo de análise separado.

O programa estatístico Stata foi utilizado para selecionar aleatoriamente os processos de cada agência (com exceção do CADE, em que se utilizou a totalidade dos casos), dado o tamanho adequado da amostra. Porém, observou-se que em algumas autarquias a proporção de casos ‘não-pertinentes’ e ‘não-essenciais’ era superior ao inicialmente estimado, o que tornou necessário o redimensionamento da amostra.

Por fim, como requisito de ordem prática e importância central à base de dados, foram incluídos somente os processos acessíveis, isto é, aqueles que na primeira ou segunda instâncias forneciam as informações necessárias à constituição da base de dados, o que significa disponibilizar, por acesso eletrônico, partes ou o inteiro teor das decisões interlocutórias e finais. Restringir a base de dados aos casos acessíveis pode acarretar algum viés à análise se houver correlação entre as características que distinguem esses casos e as variáveis que se procura mensurar.

No entanto, não há indícios relevantes da existência de viés nos dados acessíveis que comprometam as estimativas que venham a resultar da base de dados coletada. Assim, mesmo considerando que processos mais antigos tendem a ser menos acessíveis que os atuais, não haveria prejuízo à estimação econométrica, pois o ano de ingresso do processo no judiciário é conhecido e pode ser utilizado como variável de controle.

Especificamente no caso da ANA, ANCINE, ANTAQ e ANAC, em decorrência da menor incidência de processos em cada uma dessas autarquias, foi decidido observar todos os processos acessíveis, não determinando uma amostragem.

Por fim, conforme foi ressaltado desde a introdução desta dissertação, a principal questão que norteia o presente trabalho é verificar a existência de incentivos ao litígio no sistema judiciário brasileiro, por isso também foram retirados os casos que não possuíam uma decisão impugnada, ou seja, o ato da autarquia e/ou a data de decisão impugnada.

Uma vez estimado o tamanho da população alvo, foi possível definir uma amostra válida, contendo exclusivamente casos pertinentes e essenciais, totalizando 1.316 processos, distribuídos conforme tabela 5 abaixo.

Tabela 5 - Total de Processos Judiciais por Autarquia.

Autarquia	Total
ANA	17
ANAC	62
ANATEL	110
ANCINE	18
ANEEL	106
ANP	128
ANS	156
ANTAQ	37
ANTT	108
ANVISA	107
CADE	290
CVM	177
Total	1.316

Fonte: Base de dados própria.

4.2 - Estratégia empírica e Equação Estimada.

O principal objetivo deste trabalho é realizar uma análise empírica dos processos envolvendo uma agência reguladora ou o CADE e verificar se uma decisão punitiva envolvendo multa gera incentivos ao litígio.

O modo mais direto de testar essa hipótese seria observar todos os processos finalizados em cada autarquia (ou uma amostra aleatória destes) e verificar se o fato de um processo envolver multa aumenta a probabilidade de que este seja judicializado. Contudo, a base de dados utilizada, descrita na seção anterior, contém apenas processos judicializados, ou seja, que já passaram para a primeira instância. Desse modo, não podemos utilizar a variável que demonstra se o réu recorreu da decisão da agência como variável dependente. Sendo assim, a hipótese será testada de maneira indireta, de acordo com a base de dados que foi possível construir.

A estratégia adotada será a de verificar se existe uma correlação condicional positiva entre o fato de a decisão envolver multa e a probabilidade do resultado em primeira instância ser favorável à agência. Por decisão favorável definimos as conclusões de primeira instância que confirmam a decisão anterior impugnada pela agência (antes da judicialização). Caso tenha ocorrido qualquer reforma, alteração ou anulação da decisão, assim como desistência da ação ou perda do objeto, a decisão será considerada como desfavorável à agência.

A idéia que está por trás dessa estratégia empírica é a seguinte. Se for encontrada uma correlação positiva entre o fato de a decisão da agência envolver multa e a probabilidade do resultado final ser favorável à agência, podemos argumentar que isso é uma evidência de que uma decisão punitiva envolvendo multa gera incentivos ao litígio. Isto porque o fato da decisão da agência ser punitiva não deveria, a princípio, ser um previsor do desfecho final do caso. Se encontrarmos que as decisões punitivas apresentam uma maior probabilidade de desfecho favorável, isso indica que os réus que recebem multa tendem a entrar com um processo judicial mesmo que a expectativa, em média, seja de que a decisão final apenas confirme a decisão anteriormente dada pela autarquia.

Vale observar que a análise também poderia ter sido realizada utilizando as conclusões dos casos transitados em julgado, ou seja, que não são passíveis de novas recorrências por qualquer uma das partes. O problema aqui é que possuímos poucas observações de processos já finalizados e o principal motivo disso é que as agências reguladoras são criações recentes, em meados dos anos 90, e não houve tempo hábil para apresentarem um número aceitável de processos transitados em julgado, fato que corrobora o problema de morosidade do sistema judiciário brasileiro.

Assim, para testar a hipótese de que os réus que recebem multa têm incentivos a litigar, será estimado um modelo probit cuja especificação da equação é a seguinte:

$$P(D_i=1)=F(\alpha + \beta d_multa + \theta X_i + \epsilon)$$

Onde:

D_i = a variável dependente binária que indica se a decisão da primeira instância foi desfavorável (=0) ou favorável (=1) à agência, apenas sendo observada para os casos que já tiveram sua decisão anunciada para esta etapa do processo.

d_multa = a variável *dummy* que representa se a decisão impugnada pela agência (antes da judicialização) é punitiva, ou seja, envolve o pagamento de multas. Não inclui o pagamento de taxa de fiscalização, multa por intempestividade e outras dívidas tributárias⁵.

X_i é o vetor de variáveis de controle e θ é o vetor de coeficientes correspondente. Estas variáveis serão definidas na seção 4.4.

⁵ Multa por intempestividade é aplicada às empresas que não notificaram uma fusão no prazo correto, sendo encontrada apenas em processos do CADE. Taxa de fiscalização é a forma definida pela agência para financiar o serviço público de fiscalização das empresas.

Além disso, por se tratar de um modelo probit, $P(D_i=1)$ representa a probabilidade de D_i ser igual a 1, sendo a função F definida como:

$$F(\theta'X_i) = \int_{-\infty}^{\theta'X_i} \frac{e^{-\frac{t^2}{2}}}{(2\pi)^{\frac{1}{2}}} dt$$

$$D_i^* = \theta'X_i + \mu_i \quad \text{onde } \mu_i \sim N(0, \sigma^2)$$

E D_i^* é uma variável não observável, tal que $D_i = 1$ se $D_i^* > 0$ e $D_i = 0$ se $D_i^* \leq 0$

Neste ponto vale notar que, da amostra inicial de 1316 processos, apenas 630 possuem decisão em primeira instância, portanto há uma queda considerável no número de observações, sendo que a exclusão dessas observações não ocorre de modo aleatório. Para lidar com esse problema, conhecido na literatura de econometria como viés de seleção da amostra, será utilizado um mecanismo de correção, que será explicado na próxima seção.

4.3 - Tratamento para viés de seleção.

O modelo Heckman (1979) de regressão truncada é utilizado para corrigir modelos de regressões lineares que possuem viés de seleção da amostra. A seletividade ocorre toda vez que o resultado observado só existe se algum critério adicional for atendido, neste caso, apenas observamos se a decisão em primeira instância é favorável ou não para os casos que já foram concluídos.

Um exemplo de aplicação do modelo Heckman original corresponde à estimação de uma equação para avaliar os determinantes dos salários de trabalhadores do sexo feminino. O problema que se coloca é que apenas os salários de mulheres empregadas são observados e, com isso, a amostra observada para estimar a equação de salário (equação estrutural) não é aleatória. No modelo de Heckman, a não ocupação (grupo de desempregados e inativos) é resultante do fato de o salário não depender apenas da oferta de trabalho oferecida pelo mercado e do salário contratado, mas, também, do salário de reserva do agente, ou seja, do valor mínimo que o indivíduo estabelece para se inserir no mercado de trabalho.

Heckman (1979) propõe uma estimação em dois estágios onde um modelo probit é estimado no primeiro estágio. Isto é, no primeiro estágio estima-se uma equação cuja variável dependente indica se a mulher está ou não empregada e, portanto, nessa primeira estimação

entram todas as mulheres da amostra. Os resultados da estimação desse modelo probit (equação de seleção) são então usados no segundo estágio para corrigir o potencial viés de seleção da equação de salário (equação principal). Os coeficientes da equação de seleção medem a propensão marginal das mulheres estarem trabalhando. Todas as variáveis explicativas incluídas na equação principal devem ser incluídas na equação de seleção e, além disso, a equação de seleção deve ter pelo menos uma variável adicional, nesse caso chamada de *variável de identificação*. A variável de identificação deve ter influência significativa na probabilidade de que a observação faça parte da amostra (mulher estar empregada, neste exemplo) e não deve ter influência na equação principal (determinação de salário, neste exemplo).

No modelo do presente trabalho, tanto a equação principal quanto a equação de seleção são do tipo probit, sendo então o modelo chamado de “duplo probit”. Neste caso, a variável dependente da equação de seleção corresponde a uma variável binária igual a 1 se o processo já tem decisão em primeira instância e igual a 0 em caso contrário. Logo, na equação de seleção entram os 1316 processos da amostra inicial.

Ocorre que na equação principal a variável dependente também é uma binária, não sendo uma variável contínua. Por isso, será necessário utilizar uma variação do modelo Heckman, que trata casos onde a equação principal também possui uma variável binária. Conforme colocado na seção anterior (4.2), a variável dependente da equação principal é igual a 1 se a decisão em primeira instância for favorável e igual a 0 em caso contrário (Freedman, 2010).

Na estimação do modelo de “duplo probit” através do Heckman, ao invés do λ tradicional tem-se na saída dos resultados um parâmetro ρ , cuja significância estatística comprova a existência de viés de seleção, demonstrando a necessidade de utilizar a metodologia proposta pelo autor.

A próxima seção descreve detalhadamente as variáveis que foram colocadas no modelo, incluindo a variável de identificação da equação de seleção, isto é, aquela variável que consta apenas na equação de seleção, que influencia a probabilidade de um processo já ter sido concluído em primeira instância e não influencia em nada a decisão em primeira instância ser favorável ou desfavorável.

4.4 - Descrição das Variáveis

De acordo com as descrições dos itens anteriores deste trabalho, o modelo probit simples buscará verificar se existe uma correlação positiva entre uma decisão em primeira instância favorável à agência ($V_i=1$) e o fato da decisão inicial ser punitiva (d_multa), sendo esta última a principal variável explicativa. A decisão é favorável quando as conclusões de primeira instância confirmam a decisão impugnada pela agência antes da judicialização. Qualquer reforma, alteração ou anulação da decisão, assim como a desistência da ação ou perda do objeto, esta será considerada como desfavorável à agência.

Conforme detalhado na seção anterior, para a correção do viés de seleção serão estimados dois probits: um na equação de seleção da amostra (em que entrarão todas as observações, incluindo os processos que não possuem ainda conclusão em primeira instância) e outro na equação principal (onde entrarão apenas os casos que já têm decisão). Para montar a equação de seleção será utilizada como variável dependente a conclusão na primeira instância (C_i), sendo C_i uma variável binária que verifica se a decisão da primeira instância já foi anunciada (1=sim, 0= caso contrário).

Esta equação deve conter, além de todas as variáveis da equação principal, pelo menos uma variável adicional que não seja relevante para explicar o probit da equação principal. A variável *tempo* foi escolhida para este fim, representando os dias corridos entre a data de entrada em 1ª instância e a data de coleta da base de dados (15/08/2010). Esta variável não explica a decisão na primeira instância ser favorável ou desfavorável à agência, mas certamente é essencial para explicar a probabilidade do processo já ter sido concluído em 15/08/2010.

Sendo assim a equação de seleção do modelo de dois estágios de Heckman (heckprob) foi estimada da seguinte forma:

$$P(C_i=1)=F(\sigma + \beta_1 d_multa + \beta_2 T + \Phi X_i + \varepsilon_i)$$

em que o vetor X de variáveis de controle e a variável d_multa também entram como regressores na equação principal, conforme descrito na seção 4.2.

C_i , conforme já foi dito, é uma variável binária igual a 1 se o caso foi concluído em primeira instância e igual a 0 em caso contrário; e a função F é definida do mesmo modo que a função F da equação principal, descrita na seção 4.2, uma vez que ambas as equações (principal e de seleção) são equações do tipo probit.

O símbolo T representa a variável *tempo* já citada nesta seção, que indica os dias corridos entre a data de entrada em primeira instância e a data de coleta da base de dados (15/08/2010). A variável *tempo* é claramente importante para determinar a probabilidade do caso ter sido concluído em primeira instância na data de coleta dos dados e não é relevante para a equação principal, cuja variável dependente é a probabilidade da decisão em primeira instância ter sido favorável à agência.

O vetor X de variáveis de controle, que fazem parte tanto da equação de seleção quanto da equação principal, é formado por:

(i) Um vetor de variáveis binárias (*dummy*) indicando o ano em que o processo entrou em primeira instância. O primeiro ano que aparece na base de dados é 1989 (apenas um único processo do CADE), mas a maioria dos processos data de meados dos anos 90. Se, por exemplo, um processo entrou em primeira instância no ano de 1995, então, para este processo, a variável binária 1995 será igual a 1 e as demais variáveis binárias de ano serão iguais a zero.

(ii) Um vetor de variáveis binárias (*dummy*) indicando em que autarquia se originou o processo: ANA, ANAC, ANATEL, ANCINE, ANEEL, ANP, ANS, ANTAQ, ANTT, ANVISA, CVM ou CADE. Se, por exemplo, um processo teve origem no CADE, então, para este processo, a variável binária CADE será igual a 1 e as demais variáveis binárias indicativas de autarquia serão iguais a zero.

(iii) A variável *Num_proces*, que representa o número de ramificações do processo inicial, ou seja, o número de vezes que o processo acaba levando à abertura de outro processo correlacionado.

(iv) A variável binária *Susp_cautelar*, que indica se houve ou não suspensão do processo (igual a 1 se há suspensão cautelar e igual a 0 em caso contrário).

5 - Resultados do Modelo

Conforme já exposto, o presente trabalho analisa uma base de dados contendo processos judicializados que possuem as agências reguladoras ou o CADE como uma das partes (autor ou réu), buscando verificar a existência de uma correlação positiva entre o fato de a decisão da autarquia ser punitiva (envolvendo multa) e o resultado da primeira instância confirmar a decisão da autarquia.

Primeiramente, o modelo foi estimado através de um probit simples, não se atentando à existência de viés de seleção da amostra. A Tabela 6 apresenta os resultados deste probit, que possui a variável binária de decisão em primeira instância como variável dependente. Se a decisão D_i , que foi renomeada para *decprim* no Stata, for favorável à agência, então *decprim*=1, caso contrário, *decprim*=0.

Essa tabela apresenta os coeficientes do modelo probit associados às variáveis explicativas. Porém, no caso de um modelo probit, os coeficientes da equação não correspondem aos efeitos marginais, mas informam ao menos o sentido do efeito (positivo ou negativo) das variáveis explicativas.

Já os efeitos marginais medem o aumento de uma unidade em cada variável explicativa sobre a probabilidade da variável dependente binária ser igual a 1, mantidas as demais variáveis constantes, e também serão apresentados no modelo.

Tabela 6 – Resultados do primeiro estágio

Dep: Decisão de 1ª Instância (decprim)	Coefficiente ⁽¹⁾	Erro Padrão
ANAC	-1,82***	0,48
ANATEL	0,07	0,44
ANEEL	-0,67*	0,38
ANP	-0,58	0,44
ANS	0,31	0,41
ANTAQ	0,08	0,45
ANTT	-0,72*	0,40
ANVISA	-0,72*	0,38
CADE	0,02	0,37
CVM	-0,88*	0,46
ANA	-0,47	0,61
N. de Processos	-0,02	0,01
Suspensão Cautelar	-0,20*	0,11
Tempo	0,00	0,00
Ano 93	6,53	-
Ano 94	6,59***	1,29
Ano 95	6,88***	1,33
Ano 96	7,72***	1,31
Ano 97	6,77***	1,31
Ano 98	6,79***	1,45
Ano 99	6,64***	1,62
Ano 00	6,83***	1,77
Ano 01	7,22***	1,93
Ano 02	7,30***	2,10
Ano 03	7,58***	2,31
Ano 04	7,70***	2,48
Ano 05	7,71***	2,67
Ano 06	7,72***	2,84
Ano 07	7,68**	3,06
Ano 08	8,10**	3,25
Ano 09	7,26**	3,45
Ano 10	8,67**	3,65
D_Multa	0,22	0,18
D_Int	-0,38*	0,22
D_Taxa	-0,16	0,33
Constante	-7,14*	3,69
N	630	

Nota (1): ***, **, *, significante a 1%, 5% e 10% respectivamente

Fonte: Dados do modelo/ Stata.

O resultado obtido para as variáveis binárias de autarquia indica que os processos que têm como autarquia de origem a ANAC apresentam menor probabilidade de que a decisão em

primeira instância seja favorável à agência, comparativamente aos processos cuja autarquia de origem é a ANCINE (variável binária de autarquia que ficou fora da regressão). Ao nível de significância de 10% (p-valor menor que 0.1), o mesmo acontece com os processos que têm como origem a ANEEL, a ANTT, a ANVISA e a CVM. Isto é, para estas, a probabilidade de decisão favorável à autarquia também é significativamente menor do que no caso da ANCINE.

A *dummy* multa não é significativa ao nível de 10%, porém apresenta o sinal esperado e um p-valor não muito alto (0.21). O coeficiente positivo sugere que há uma maior probabilidade de resultado favorável à agência nas decisões de primeira instância de processos que envolvem multa.

De maneira geral, as *dummies* de ano também se mostraram significativas. Os resultados indicam que, para todos os anos a partir de 1993, a probabilidade da decisão em primeira instância ser favorável à agência é maior do que no período 1989-1992 (anos cujas variáveis *dummies* ficaram fora da regressão), conforme é possível verificar pelos coeficientes positivos. Esse resultado sugere que os casos que entraram em primeira instância no período mais recente têm uma maior probabilidade de resultado favorável à agência do que os primeiros casos (período 1989-1992).

Para corrigir o viés de seleção já descrito, que surge do fato de que observamos a decisão em primeira instância apenas para os casos que já foram concluídos, foi utilizada uma variação do modelo de Heckman, aplicável para variáveis binárias e que utiliza o método de Máxima Verossimilhança (heckprob). Os resultados estimados são apresentados na 7.

Tabela 7 – Modelo de Heckman de dois estágios

Dep: Decisão de 1ª Instância (decprim)	Coeficiente ⁽¹⁾	Erro Padrão
ANAC	-1,15**	0,56
ANATEL	0,28	0,54
ANCINE	0,48	0,61
ANEEL	-0,27	0,51
ANP	-0,22	0,55
ANS	0,58	0,52
ANTAQ	0,34	0,56
ANTT	-0,27	0,52
ANVISA	-0,27	0,52
CADE	0,16	0,49
CVM	-0,69	0,53
N. de Processos	-0,01	0,01
Suspensão Cautelar	-0,16	0,11
D_Multa	0,23	0,18
Constante	0,22	0,51
Dep: Conclusão de 1ª Instância (conceprim)		
ANAC	-0,20	0,51
ANATEL	-1,21**	0,50
ANEEL	-0,55	0,50
ANP	-1,46***	0,49
ANS	-1,17**	0,49
ANTAQ	-0,74	0,53
ANTT	-0,92*	0,49
ANVISA	-0,17	0,50
CADE	-1,24***	0,48
CVM	-2,02***	0,49
ANA	-1,11*	0,58
N. de Processos	0,00	0,01
Suspensão Cautelar	0,15	0,10
Tempo	0,00***	0,00
Ano 93	-3,77	2,80
Ano 94	72,16	-
Ano 95	7,65	-
Ano 96	-1,27	2,36
Ano 97	-1,27	2,10
Ano 98	-0,54	1,93
Ano 99	-0,17	1,75
Ano 00	-0,42	1,61
Ano 01	1,01	1,42
Ano 02	1,11	1,27
Ano 03	1,71	1,11
Ano 04	1,69*	0,95
Ano 05	2,04**	0,81
Ano 06	2,25***	0,67
Ano 07	2,79***	0,52
Ano 08	2,81***	0,38
Ano 09	2,94***	0,28
Ano 10	2,56	-
D_Multa	-0,51***	0,11
Constante	-3,15***	0,52
N	1.313	
Obsevações Censuradas	683	
Obsevações Não Censuradas	630	

Nota (1): ***, **, *, significante a 1%, 5% e 10% respectivamente

Fonte: Dados do Modelo/ Stata

Algumas das variáveis especificadas no capítulo anterior foram descartadas do modelo pelo próprio programa Stata por existir problema de multicolinearidade e identificação.

O teste de razão de máxima verossimilhança para o parâmetro rho, que mensura a correlação entre o padrão de seleção (concluído/não concluído) e a decisão em primeira instância, mostra que o viés de seletividade da amostra não é significativo.

Analizando a dummy de multa na equação principal, é possível verificar que esta não é significativa ao nível de 10% e que o P valor é quase igual ao p-valor da estimação através de um probit simples (P valor = 0,21). Por outro lado, o coeficiente desta variável é positivo, reforçando a hipótese inicial de que há correlação positiva entre uma punição com multa e uma decisão favorável na primeira instância. O motivo para que a variável multa seja sem significância no modelo analisado pode estar relacionado às limitações dos dados e dos modelos econométricos utilizados na estimação.

Por outro lado, avaliando a dummy de multa na equação de seleção, verifica-se que esta é significativa e possui sinal negativo, indicando que os processos envolvendo uma decisão de multa tendem a demorar mais para serem concluídos em primeira instância. A princípio, isso seria um estímulo para se recorrer quando há multa, pelo fato de que o tempo esperado de protelação, em caso de multa, é relativamente maior. Isso adiaria ainda mais a saída de caixa, proporcionando possíveis ganhos financeiros decorrentes de protelação.

Pela equação principal, é possível observar que algumas autarquias possuem coeficientes positivos e outras negativo, sendo todos os valores em relação à agência ANA (que o próprio Stata retirou da estimação). Já pela equação de seleção, os coeficientes das autarquias são todos negativos, indicando que a ANCINE possui processos mais longos que as outras autarquias.

Conforme já explicado, o impacto da variável explicativa na variável dependente é denominado efeito marginal. Este efeito representa uma mudança na probabilidade de um evento ocorrer (variável dependente ser igual a 1), quando o valor de uma determinada variável explicativa é modificado. Segue abaixo tabela com os efeitos marginais.

Tabela 8 – Efeitos Marginais

Variáveis	dy / dx ⁽¹⁾	Erro Padrão
ANAC	-0,41***	0,15
ANATEL	0,11	0,20
ANCINE	0,18	0,21
ANEEL	-0,11	0,20
ANP	-0,09	0,22
ANS	0,22	0,18
ANTAQ	0,13	0,20
ANTT	-0,11	0,20
ANVISA	-0,11	0,20
CADE	0,06	0,19
CVM	-0,27	0,19
N. de Processos	0,00	0,00
Suspensão Cautelar	-0,06	0,04
D_Multa	0,09	0,07

Nota (1): ***, **, *, significativa a 1%, 5% e 10% respectivamente

Fonte: Dados do Modelo/ Stata

Analisando a tabela 8, é possível verificar pelo sinal do coeficiente que uma alteração positiva na d_multa trará efeitos positivos na probabilidade da decisão em primeira instância confirmar a decisão da agência. Ou seja, quanto maior for o valor da multa, maior será a probabilidade de que a decisão impugnada pela agência seja mantida, indicando que os réus recorrem pelo simples fato de protelar, porém, esta variável não é significativa ao nível de 10% (P valor=0,21)

Sendo assim, através do modelo acima, é possível verificar que há uma maior probabilidade de uma decisão impugnada pela agência que seja punitiva (com multa) resultar em uma decisão em primeira instância que mantenha a penalidade definida pela agência antes da judicialização. Logo, uma decisão envolvendo multa está correlacionada positivamente com uma maior probabilidade de desfecho favorável à agência na 1ª instância. Porém, esta variável não se mostrou significativa ao nível de 10%, fato que pode estar relacionado à existência de limitações na base de dados.

Uma evidente limitação da base de dados é a existência de muitos processos sem uma decisão final em primeira instância, dado que muito deles ainda estavam em tramitação na data de coleta da base.

Portanto, esse modelo indica que os réus que recebem multa tendem a litigar mesmo possuindo a expectativa de que a decisão anterior será mantida. Este interesse pode ser motivado por ganhos financeiros resultantes da decisão de protelar o pagamento, como

diferenciais da taxa de juros de mercado e a correção monetária e juros judiciais da multa, porém esta é uma questão pouco explorada em estudos até hoje, pois depende de questões subjetivas à cada processo. Além disso, a falta de informação disponível sobre os processos judiciais e a volatilidade das leis brasileiras contribuem para limitar ainda mais as possibilidades de estudos.

Conclusão

A Constituição de 1988 gerou uma complexa estrutura judicial na tentativa de tornar a justiça mais acessível à população e de aliviar as cortes superiores, mas acabou contribuindo para agravar os principais problemas do judiciário brasileiro: morosidade, burocracia e o problema de seleção adversa.

O princípio do duplo grau de jurisdição garante maior segurança às decisões judiciais, porém a crítica recai sobre sua aplicação obrigatória e excessiva, contribuindo para aumentar o problema de morosidade do sistema judicial.

A morosidade e formalidade da justiça brasileira podem acarretar o problema de seleção adversa, atraindo indivíduos que possuem o intuito de protelar o processo, e não de resolver efetivamente o conflito, agravando o grande congestionamento do sistema.

Além disso, em processos envolvendo punição através de multa, pode existir um benefício econômico em litigar. A partir de meados de 2009, majoritariamente, os juros e correção monetária aplicados à multa passaram a ser de 1% , com capitalização na forma de juros simples. Porém, muitos juízes ainda aplicam a norma anterior, utilizando a taxa de juros SELIC para este fim. Diante disso, é importante ressaltar que a maioria dos processos contidos na base de dados ingressaram na justiça antes de 2009, portanto quando a SELIC ainda era a norma geral.

Ademais , o Brasil possui um histórico de juros elevadíssimos, mesmo considerando a redução ocorrida nos últimos anos. Na última década a SELIC média foi de 15,4%, valor que torna bastante atraente aos indivíduos e empresas aplicar o dinheiro no mercado financeiro pelo maior tempo possível, até que haja uma decisão final da justiça brasileira. Caso seja mantida a tendência de queda da taxa de juros nominal SELIC, este benefício será reduzido aos poucos, trazendo maior eficiência para o judiciário brasileiro.

O objetivo principal deste estudo foi realizar uma análise empírica dos processos judiciais envolvendo uma agência reguladora e verificar se uma decisão punitiva envolvendo multa gera incentivos ao litígio. Dadas as limitações da base de dados, a estratégia adotada foi de verificar se existe uma correlação condicional positiva entre o fato de a decisão envolver multa e a probabilidade do resultado em primeira instância ser favorável à agência.

Através das estimações desenvolvidas, concluímos que existe uma maior probabilidade de um processo com decisão punitiva (com multa), por parte da agência, resultar em uma decisão em primeira instância que mantenha a penalidade já dada antes da

judicialização, mesmo controlando uma série de outros determinantes importantes da decisão final em primeira instância. Ou seja, a multa está correlacionada positivamente com o desfecho favorável à agência. Porém, esta variável não se mostrou significativa ao nível de 10%, fato que pode estar relacionado às limitações dos dados e dos modelos econométricos utilizados.

Uma das limitações está relacionada com o fato de que a decisão final em primeira instância não é observada para todos os processos em que houve judicialização, uma vez que muitos ainda estavam em tramitação na data de coleta dos dados, e certamente ainda estão na sua grande maioria. Isso porque, além do problema da morosidade do sistema, as agências reguladoras são criações recentes, principalmente de meados dos anos 90. Com isso fez-se necessário adotar um tratamento especial para testar e corrigir um provável problema de viés de seleção da amostra. O procedimento adotado foi o modelo em dois estágios proposto por Heckman (1979) em que o primeiro estágio corresponde a uma equação de seleção, onde se estima a probabilidade de um processo judicializado ter sido concluído em primeira instância até a data de coleta dos dados.

A despeito das limitações dos dados, este estudo apresenta evidências de que os réus que recebem multa tendem a litigar mesmo possuindo a expectativa de que a decisão anterior seja mantida. Este interesse pode ser motivado por benefícios econômicos resultantes da decisão de protelar o pagamento, como diferenciais entre a taxa de juros de mercado e a correção monetária/juros da dívida.

Além disso, na estimação da equação de seleção, verificou-se que o fato do processo envolver multa na decisão da agência tem um efeito negativo sobre a probabilidade de este mesmo processo ter sido concluído em primeira instância, indicando que os processos envolvendo multa, em média, demoram mais para terem sua decisão em primeira instância. Assim, este resultado sugere que realmente haveria um estímulo para se recorrer quando há multa, pelo fato de que o tempo esperado de protelação é maior, em média, nos casos de multa, adiando assim a saída de caixa e proporcionando ganhos financeiros.

Esse benefício econômico ajudaria a explicar o motivo pelo qual os bancos estão na lista de maiores litigantes, pois para estas instituições é mais rentável fazer empréstimos aos clientes ou realizar aplicações financeiras das mais variáveis possíveis, a pagar a dívida na justiça sem litigar. No entanto, a existência deste benefício é uma questão pouco explorada até hoje, principalmente por causa da subjetividade das decisões dos processos e a falta de dados disponíveis.

Sendo assim, é importante ressaltar a necessidade de novos estudos para seguir investigando a hipótese de protelação, porém a grande dificuldade está em encontrar uma base de dados completa e confiável. Considerando que a maioria das autarquias foi criada na década de 90, estas ainda não possuem uma base de dados suficientemente grande de casos transitados em julgado, fazendo com que a análise seja realizada apenas considerando a decisão em primeira instância.

Referências

- Ballard, M. (1999). *The Clash Between Local Courts and Global Economics: The Politics of Judicial Reform in Brazil*. Berkeley Journal of International Law, 17, 230-276.
- Banco Mundial (2004). *Fazendo com que a Justiça Conte – Medindo e Aprimorando o Desempenho do Judiciário no Brasil*. Relatório No. 32789-BR, Unidade de Redução de Pobreza e Gestão Econômica, América Latina e Caribe. 30 de Dezembro.
- Beneti, S. A. (2006). AMB. In Sadek, M. T., *Magistrados – Uma imagem em movimento*. Rio de Janeiro: Editora FGV.
- Carvalho, J. M. (2003). *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Conselho Nacional de Justiça, Justiça em Números(2011). Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica_em_numeros/2010/rel_justica_numeros_2010.pdf.
- Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa 100 maiores Litigantes (2011)*. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf.
- Conselho Nacional de Justiça. *Pesquisa Inter-relações entre o processo administrativo e o judicial sob a perspectiva da segurança jurídica no plano da concorrência econômica e da eficácia da regulação pública*. Disponível em: <http://niajajuris.org.br/index.php/artigos/463-inter-relacoes-entre-o-processo-administrativo-e-o-judicial-sob-a-perspectiva-da-seguranca-juridica-no-plano-da-concorrencia-economica-e-da-eficacia-da-regulacao-publica>
- Conselho da Justiça Federal. *Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal*. Disponível em: http://www.jfrs.jus.br/upload/novo_manual_custas.pdf.
- Freedman, David A.(2010). *Endogeneity in Probit Response Models*. Department of Statistics, University of California, Berkeley.
- Freitas, V. P. (2003). *Justiça Federal:Histórico e Evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora.
- Heckman, James J.(1979). *Sample selection bias as a specification error*. Econometrica, v.47, n°1.
- Heckman, James J.(1990). *Varieties of selection bias*. AEA Papers and Proceedings, v. 80,n°2.
- Landes, William (1971). *An Economic Analysis of the Courts*.*Journal of Law and Economics*, Vol 14, No1, p.p 61-107, University of Chicago Press.
- Levy, Ferdinand K.(1985). *The Managerial Economics of Civil Litigation*. *Management Science*, Vol 31, No 3, p.p 323-342, INFORMS.

- Machado, A. (2005). *A Nova Reforma do Poder Judiciário: Pec n.45/04. R.CEJ, Brasília, 28* (Jan/Mar), 64-70.
- Mashaw, Jerry L. (1994). *Improving the Environment of Agency Rulemaking: An Essay on Management, Games and Accountability*. Yale Law School.
- Moreira, H. D. R. F. (2004). *Poder Judiciário no Brasil – Crise de Eficiência*. Curitiba: Editora Juruá.
- Priest, Georgel (1977). *The Common Law Process and Selection of Efficient Rules*. J. Legal Studies.
- Rosenn, K. S. (1998). Judicial Reform in Brazil. *NAFTA: Law and Business Review of the Americas, Spring*, 19-37.
- Sherwood, R. M. (2004). *Judicial Performance: Its Economic Impact in Seven Countries*. Artigo apresentado na 8th Annual Conference da International Society for New Institutional Economics (ISNIE), Tucson, USA .
- Shavell, Steven (1982). *Suit Settlement and Trial*. J. Legal Studies.
- Simar, L., & Wilson, P. W. (2007). *Estimation and Inference in two-stage semi-parametric models of production processes*. Journal of Econometrics, 136, 31-64.
- Tavares, A. R. (2005). *Reforma do Judiciário no Brasil Pós-88: (Des)estruturando a Justiça – Comentários completos à Emenda Constitucional n. 45/04*. São Paulo: Editora Saraiva.
- Yeung, L. (2010). *Além do senso comum e das evidências anedóticas: Uma análise econômica do Judiciário Brasileiro*. Escola de Economia, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.