

Economic Analysis of Law Review

Despacho Saneador e Assimetria da Informação

Pretrial Order and Asymmetric Information

Henrique Arake ¹

*Centro Universitário de Brasília
UniCEUB*

Ivo Teixeira Gico Jr. ²

*Centro Universitário de Brasília
UniCEUB*

RESUMO

Este artigo investiga a importância do despacho saneador na gestão eficiente do processo durante a fase de instrução. Existe uma assimetria e informações ex ante entre as partes e entre as partes e o magistrado durante a instrução que o despacho saneador, se usado como mecanismo de gestão processual, pode resolver. A metodologia utilizada é a da análise econômica do direito. Nossos resultados demonstram que um despacho saneador, que informe às partes as conclusões de direito preliminares do magistrado, constitui um maior custo ex ante para este, mas gera uma redução de custos ex post global que mais do que compensa o custo inicial, logo, é mais eficiente e deveria ser implementado como método de trabalho pelos magistrados em geral.

Palavras-chave: Despacho Saneador, Princípio da Eficiência, Assimetria de Informação, Análise Econômica do Direito.

JEL: K1, K15.

ABSTRACT

This paper studies the pretrial order as an instrument of efficient management within the under the light of the efficiency principle, considering asymmetric information existent within the parties and between them and the trial judge. Using a Law & Economics approach, we have found that a pretrial order that informs the parties regarding the rules of evidence applicable to their case constitutes a higher cost ex ante to the judge, but it may reduce the ex post costs globally which overcompensate the initial cost. Therefore, it is more efficient to disclose that information and should be adopted by judges all around.

Keywords: Pretrial Order, Efficiency Principle, Asymmetric Information, Law & Economics.

R: 23/10/17 **A:** 21/02/18 **P:** 30/12/18

¹ E-mail: arake@ghdadvogados.com.br

² E-mail: gico@ghdadvogados.com.br

1. Introdução

O juiz é o gestor do processo. O processo começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso dele (art. 2º/CPC). Nesse sentido, ao desenvolver a sua atividade de gestor do processo (*case management*), o juiz deve não apenas levar em consideração a função social do Judiciário (GICO JR., 2017), mas também o princípio da eficiência, tal qual previsto no art. 8º do CPC:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Ser eficiente do ponto de vista judicial significa, portanto, alcançar os fins a que se destina o Judiciário, ou seja, prestar o serviço público adjudicatório e aplicar o direito ao caso concreto tal como previsto nas leis e na Constituição (princípio da legalidade) ao menor custo possível. Nesse sentido, uma gestão eficiente do processo é aquela que levará o Judiciário (ou a vara, no caso do juiz) a prestar mais serviço adjudicatório (produzir mais), com os mesmos recursos disponíveis e, assim, solver mais controvérsias, ou aquela que resultará na manutenção do atual grau de produtividade, mas empregando menos recursos e, assim, liberando recursos públicos escassos para outros fins. Tanto em um caso, quanto em outro, podemos dizer que o Judiciário foi mais eficiente.

Assim, podemos afirmar que, por força de lei, o juiz deve ser eficiente na condução do processo. Como já disse Gico Jr. (2010, p. 28):

[N]ão importa que política pública uma dada comunidade deseje implementar, ela deve ser eficiente. Uma vez escolhida uma política pública, seja ela qual for, não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios. Em um mundo onde os recursos são escassos e as necessidades humanas potencialmente ilimitadas, não existe nada mais injusto do que o desperdício.

[...]

Como dito, se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e. eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.

A aferição de eficiência é uma contínua avaliação de custos e benefícios, na qual se busca maximizar os benefícios e minimizar os custos envolvidos. Se os benefícios de uma prestação de serviço público adjudicatório são relativamente simples de se perceber (GICO JR., 2014), os custos nem sempre são claros. Além de todos os recursos alocados na estruturação e manutenção do Poder Judiciário, na contratação de advogados, na preparação de julgamentos e publicações (custos explícitos), há também a dor e o sofrimento das partes durante o processo, a demora na obtenção de uma solução para sua controvérsia e o tempo de todos os agentes envolvidos (custos implícitos). O juiz na gestão do processo deve levar em consideração o benefício social do serviço público por ele prestado e os custos incorridos por todos os envolvidos.

Mas como pode um juiz conduzir o processo de forma mais eficiente? A resposta para essa pergunta é muito ampla, mas o presente artigo se propõe a demonstrar como, no âmbito da fase de instrução processual, o despacho saneador pode ser utilizado pelo magistrado para reduzir o hiato de expectativas entre as partes (assimetria de informações) e, assim, reduzir os recursos alocados pelas partes e pelo próprio juiz na solução da controvérsia. Nosso modelo indica que um despacho saneador, que não apenas trate de preliminares, mas também informe às partes os pontos

de fato e de direito que são controversos, na opinião do julgador, pode ser suficiente para se evitar a alocação recursos pelas partes na tentativa de provar algo já incontroverso e, assim, reduzir o tempo de solução da controvérsia.

Além dessa introdução, na Seção 2 discutiremos como as partes litigam e como formam as suas expectativas. Já na Seção 3 demonstraremos como devem ser fixados os pontos controvertidos na fase instrutória pelo despacho saneador. Na Seção 4 os ganhos de eficiência decorrentes do uso do despacho saneador para a redução da assimetria de informações entre as partes. Nossas conclusões são apresentadas ao final.

2. Por que as partes litigam e da formação de suas expectativas

Na tradição juseconômica (e.g. LANDES, 1971; GOULD, 1973; POSNER, 1973; LANDES e POSNER, 1976; ARAKE e GICO JR., 2014), a premissa inicial é de que a parte que escolhe litigar realiza uma escolha racional. Uma ação judicial, para a parte litigante, seja ela autora ou ré, é uma decisão racional na qual são ponderados os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito. Com ou sem a participação de advogados (como nos juizados especiais), ainda que intuitivamente, as partes tentam estimar a probabilidade de sucesso, bem como os custos associados à realização de um acordo ou de continuar litigando. Ambas as partes sabem que incorrem em uma margem de erro nessa estimativa.

O resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a capacidade de as partes realizarem acordos. Como em qualquer troca voluntária, há chance de acordo quando a proposta máxima de acordo aceita pelo réu racional exceder a proposta mínima aceitável pelo autor racional. O autor racional realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu racional realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor racional está disposto a aceitar, também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco. Assume-se que o custo privado conjunto de litigar é superior ao custo privado conjunto de realizar um acordo. Em um cenário como esse, o acordo apenas não ocorrerá quando as estimativas das partes não coincidirem minimamente e, por isso, não haja um excedente cooperativo a ser dividido. Em outras palavras, a lógica de um acordo é semelhante à lógica de uma troca voluntária (contrato): só ocorrerá se houver um excedente cooperativo a ser distribuído.

Assim, seja A o autor em um litígio em potencial, denotemos por U_A o benefício que A espera obter desse litígio a um custo esperado C_A (e.g. custas iniciais, honorários advocatícios, honorários periciais). Por outro lado, seja R o réu desse litígio em potencial e U_R seu retorno desse litígio, que na maioria das vezes é negativo (é um custo), mas não necessariamente. Os custos incorridos por R para utilizar o sistema judicial como mecanismos de solução de controvérsia são denotados por C_R . Logo, na eventualidade de um litígio, o retorno máximo do Autor é $U_A - C_A$ e do Réu é $U_R - C_R$.

Se as partes forem capazes de prever com perfeição qual será o resultado do julgamento, i.e., em um mundo em que houvesse máxima segurança jurídica (informação perfeita e um Judiciário perfeito), não houvesse assimetria de informação entre as partes e, considerando que o julgamento é uma questão meramente distributiva, a perda do Réu é igual ao ganho do Autor e vice-versa ($U_A = U_R$), Autor e Réu poderiam maximizar o bem-estar conjunto realizando um acordo extrajudicial e dividindo entre si o custo poupado do litígio $C_A + C_R$, menos os custos com a celebração de acordo. Nessa abordagem simplificada, em que as partes sabem exatamente qual seria o

resultado imposto pelo Judiciário, a tendência é realizar um acordo extrajudicial, pois é irracional desperdiçar recursos litigando.

Olhando o caso brasileiro, esse primeiro modelo pode parecer irrealista, já que a quantidade de acordos em ações propostas parece ser muito inferior ao número de ações que vão a julgamento após o procedimento de instrução (não existe informação pública a esse respeito). Não obstante, no sistema jurídico norte-americano, em que há mais previsibilidade (maior acumulação de capital jurídico), a taxa de julgamento é substancialmente inferior, sendo de apenas 10% dos casos iniciados (cfr. PRIEST, 1987, p. 531; BAR-GILL, 2006), ou seja, mais de 90% dos casos termina em acordo antes do julgamento final. A título de exemplo, em Nova York, 98% dos casos envolvendo danos corpóreos decorrentes de negligência terminam em acordo (ROSS, 1980, p. 4), enquanto casos discutindo erros médicos terminam em acordo em 50% das vezes mesmo antes de chegar aos tribunais e cerca de 40% se encerram durante a instrução, i.e., antes do julgamento final; menos de 10% chega efetivamente a ser julgado (DANZON e LILLARD, 1983, p. 365).

Contudo, a teoria deve ser capaz de explicar porque alguns casos não terminam em acordo, seja a sua maioria (Brasil) ou sua minoria (EUA). Por isso, como dito no início, precisamos inserir a ideia de risco nessa avaliação. O Judiciário não gera informações perfeitas acerca de como decidirá cada caso e as partes não são capazes de interpretar perfeitamente esses sinais, some-se a isso a existência de informações privadas entre as partes (assimetria de informação). Além disso, há evidências no sentido de que partes e advogados são consistentemente otimistas em relação ao resultado de julgamentos futuros (cfr. SHAVELL, 2004, p. 405) e os advogados podem não revelar inteiramente os fatos para seus clientes, já que eles ganham se houver um litígio (problema agente-principal). Em princípio, interpretaremos esse ruído como um risco, isto é, uma quantidade mensurável de probabilidade em contraposição a incerteza, na qual o risco não é mensurável. Neste caso, teremos:

$$VR_A = P_A U_A - C_A + A_A \quad \text{Equação 2-1}$$

$$VR_R = P_R U_R + C_R - A_R \quad \text{Equação 2-2}$$

onde P_A e P_R são as probabilidades subjetivas atribuídas por autor e réu ao evento sucesso do autor; VR_A é o valor de reserva do autor, i.e., o mínimo que ele tem de receber para aceitar um acordo; VR_R é o valor de reserva do réu, i.e., o máximo que ele está disposto a oferecer para um acordo; e A_A e A_R são, respectivamente, os custos de celebrar um acordo para autor e réu. Como se pode ver, neste modelo, os custos de litigância arcados pelas partes afetam a sua propensão de litigar ao invés de fazer um acordo: quanto maiores os custos, menor a taxa de litigância e, quanto menor custo, maior a taxa de litigância.

Em sendo as partes racionais, a **condição fundamental de litigância** (LANDES, 1971, p. 66-69; POSNER, 2007, p. 599) é que $VR_A > VR_R$, isto é:

$$P_A U_A - C_A + A_A > P_R U_R + C_R - A_R \quad \text{Inequação 2-3}$$

que, assumindo-se $U_A = U_R$, pode ser reescrito como

$$\text{Pr Litígio} = f(P_A - P_R)U > (C_R + C_A) - (A_R + A_A) \quad \text{Inequação 2-4}$$

Esse simples modelo traz algumas implicações diretas e importantes. Primeiro, *ceteris paribus*, quanto maior a utilidade do bem em disputa (U), maior a probabilidade de haver um litígio. Segundo, a probabilidade de um litígio é uma função crescente do **hiato de expectativas** (GICO JR., 2014, p. 184), isto é, da distância entre a avaliação da chance de êxito pelo autor e pelo réu

($P_A - P_R$). Terceiro, quanto menos custoso for realizar um acordo ($A_R + A_A$) e mais custoso for litigar ($C_R + C_A$), maior será a probabilidade de se celebrar um acordo. Logo, quanto mais barato for litigar, maior a probabilidade de litígio.

Para fins do presente artigo, partindo-se do pressuposto que a ação foi proposta pelo autor e que o réu a contestou e, ainda assim não foi realizado um acordo (i.e. o litígio permanece), então, devemos concluir que mesmo com a redução da assimetria de informações entre as partes decorrente da revelação das petições (provas e argumentos), o hiato de expectativas é tal que as partes continuam avaliando que o litígio lhes é favorável. Nessa hipótese, temos de concluir que não houve a convergência de expectativas entre as partes, seja pela avaliação diversa das provas e argumentos, seja pela ausência de capital jurídico, pois, no limite, pressupondo-se ausência de informações privadas, $P_A = P_R$, ou seja, não há mais hiato de expectativas e autor e réu podem prever o que resultará do litígio.

Por outro lado, se a regra jurídica aplicada a cada caso varia com o posicionamento ideológico do magistrado (subinvestimento em capital jurídico) e a distribuição de casos é feita de forma aleatória, então, autor e réu podem ter muita dificuldade em estimar P_A e P_R . No limite, tal estimativa pode ser impossível e as partes estariam diante de uma incerteza jurídica (GICO JR., 2014).

Além disso, a dificuldade de estimar a probabilidade de êxito de uma demanda pode acionar uma limitação cognitiva conhecida como viés de otimismo ou otimismo irrealista ou, ainda, otimismo comparativo (e.g. ARMOR e TAYLOR, 1998). O viés de otimismo é uma limitação cognitiva já identificada na literatura em diversos contextos e, segundo o qual, o cérebro humano está programado para ser otimista, isto é, em média, as pessoas acreditam que estão expostas a riscos menores de ocorrência de eventos negativos do que as demais pessoas. Justamente por serem otimistas, pessoas podem, por exemplo, investir menos em prevenção, usando menos contraceptivos (BURGER e BURNS, 1988) ou não usando cintos de segurança ou dirigindo em excesso de velocidade (MCKENNA, STANIER e LEWIS, 1991). No presente caso, um autor otimista e um réu otimista podem superestimar suas respectivas chances de êxito, diminuindo ou simplesmente eliminando a possibilidade de realização de um acordo. Quanto mais difícil estimar tais probabilidades, maior a chance de o viés de otimismo ser mais relevante.

A insegurança jurídica, todavia, não afeta apenas a capacidades de as partes estimarem suas chances de sucesso, ela também afeta a capacidade de estimar o que está juridicamente disponível como resultado do próprio litígio, isto é, U . Diante da inexistência de regras jurídicas, autores potenciais – otimistas ou não – podem iniciar ações para que magistrados reduzam os juros de um financiamento, ainda que tais juros estejam de acordo com o mercado; podem pedir para que um magistrado obrigue a outra parte a negociar um desconto na mensalidade escolar; pode pedir R\$ 500 mil de um hospital por supostos danos morais decorrentes de um atendimento médico supostamente grosseiro, ainda que eficaz; etc. Sem um parâmetro claro acerca do que que é ou não um interesse juridicamente protegido, ou seja, o que é viável pedir ao Judiciário e, hoje, a imaginação dos autores é o limite do que pode ser pedido e, portanto, de U .

É muito comum que as partes tenham uma percepção diferente acerca dos fatos do litígio, questões que poderiam ser resolvidas com uma negociação são levadas ao Judiciário para arbitramento. Priest e Klein (1984) discutem especificamente a formação das expectativas das partes quanto ao resultado do litígio, mormente quando há assimetria quanto às estimativas da probabilidade subjetiva de vitória e ao resultado esperado (autor acredita que tem a ganhar mais do que o réu acredita que tem a perder, e vice-versa).

De qualquer forma, do ponto de vista processual, a essa altura, considerando-se que se encerrou a fase petítória e as provas pré-constituídas foram apresentadas, o CPC determina que o magistrado julgue o caso conforme o seu estado (art. 354):

- (i) extinguindo o processo sem resolver o mérito (art. 485) ou resolvendo o mérito se entender que há decadência ou prescrição (art. 487, inc. II) ou para homologar um acordo (art. 487, inc. III); e
- (ii) julgando antecipadamente o mérito, quando não houver necessidade de produção de outras provas (art. 355, inc. I) ou o réu foi revel e não houver pedido de prova do autor (art. 355, inc. II), podendo o julgamento antecipado ser parcial (art. 356).

A decisão acerca da possibilidade de extinção do processo sem mérito ou seu julgamento antecipado é uma prerrogativa do juiz, de acordo com o seu livre convencimento, à luz do material probatório disponível e do direito aplicável ao caso concreto. As partes podem influenciar esse julgamento apenas com suas petições iniciais. Não obstante, caso o magistrado entenda que o processo não está maduro para julgamento e, portanto, é necessário produzir provas, então, ele deverá sanear e organizar o processo e é justamente nessa etapa que o despacho saneador ganha grande importância.

3. Do Saneamento e da Organização do Processo

Para além dos fundamentos jurídicos deduzidos nas petições, o momento de produção probatória é crucial para a formação das expectativas das partes. Por essa razão, é essencial que o procedimento de revelação de informações privadas seja otimizado de forma a corrigir o otimismo excessivo de ambas as partes com relação ao resultado possível do processo, eis que é socialmente desejável que a resolução das disputas seja antecipada por meio de acordos (ARAKE, 2012).

No entanto, se mesmo após a revelação dos argumentos e provas pré-constituídas entre as partes na fase petítória não houve acordo, então, devemos concluir que o hiato de expectativas permanece. Por alguma razão cada parte ainda entende que permanecer no litígio é a conduta racional a seguir. Além disso, se não houve o julgamento imediato do processo, é porque o juiz também ainda não está satisfeito com o conjunto probatório e passará à fase probatória.

Nesse sentido, é importante se reconhecer que a assimetria de informação entre as partes evoluiu para uma assimetria triangular. No início do processo havia uma assimetria de informação biunívoca entre as partes (o autor não sabia tudo que o réu sabia e o réu não sabia tudo que o autor sabia), o que impediu a realização de um acordo (hiato de expectativas). Agora, não apenas essa assimetria permanece, ainda que (espera-se) reduzida pelas informações reveladas na inicial e na contestação, mas as partes também não sabem a avaliação do juiz acerca dos fatos e dos argumentos jurídicos apresentados. Agora, a assimetria de informação perpassa toda a relação jurídica processual; a relação informacional, assim como a jurídica, não é mais biunívoca, é tripartite.

Figura 1: Assimetria e Informação Tripartite

Nesse ponto processual, o autor não sabe que fatos ou argumentos jurídicos alegados por ele o magistrado acatou como verdadeiros ou mesmo são incontroversos. O réu, por sua vez, não sabe que fatos ou argumentos jurídicos alegados por ele o magistrado acatou como verdadeiros ou mesmo são incontroversos. Já o magistrado, no exercício de sua função adjudicatória, não possui todas as informações necessárias para julgar o mérito da questão. Todos os três agentes se beneficiariam de saber a opinião do magistrado, mas tradicionalmente, a essa altura, ele ainda não externou sua opinião.

Se o juiz concluir que haverá instrução, então, no exercício de sua função como gestor do processo, o magistrado deverá sanear o processo e organizá-lo, sempre, em busca da maior eficiência:

Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, **deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:**

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;

II - **delimitar as questões de fato** sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - **definir a distribuição do ônus da prova**, observado o art. 373;

IV - **delimitar as questões de direito relevantes** para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

A decisão interlocutória a que se refere o art. 357 é una, mas refere-se a dois atos diversos. Primeiro, saneia-se todo o processo, expurgando toda e qualquer irregularidade processual que possa dificultar ou impedir a solução da controvérsia. Uma vez feito isso, passa-se à organização do processo, cujo objetivo é delimitar qual a regra jurídica que será aplicada ao caso concreto (fixação do direito aplicável) e, em função da regra jurídica estabelecida, a delimitação das questões fáticas que ainda precisam de comprovação, seja porque provas pré-constituídas não existiam ou não foram suficientes, seja porque os fatos são controversos e os meios de provas que serão aceitos³.

Apesar do teor inequívoco do dispositivo, nossa experiência demonstra que o despacho saneador não segue o que dispõe o art. 357/CPC, sendo ele utilizado pelo juiz não como um instrumento de saneamento e organização, mais mero despacho burocrático em que se pergunta às

³ A lógica jurídica das provas em função da regra jurídica escolhida é discutida em Gico Jr. (GICO JR., 2017). EALR, V.9, n° 3, p. 191-207, Set-Dez, 2018

partes que provas desejam produzir. Via de regra, não se informa as questões de fato que permanecem controversas (inc. I), não se aloca o ônus da prova acerca dos fatos controversos supostamente elencados no inc. I (inc. II) e não se delimita o direito aplicável ao caso concreto que, obviamente, deveria guiar a questão probatória (inc. III).

Justamente porque o juiz não cumpre o art. 357/CPC, as partes não sabem *ex ante* qual a regra jurídica será aplicada ao seu caso. Se não sabem qual regra jurídica regerá a solução da controvérsia, as partes também não sabem quais são os fatos juridicamente determinantes para seu sucesso. Além disso, as partes não sabem quais fatos já alegados e/ou demonstrados na inicial e na contestação foram considerados pelo juiz como incontroversos ou devidamente provados. A conduta racional das partes é, portanto, pedir dilação probatória de todos os fatos alegados, mesmo os que consideram incontroversos ou que podem ser úteis apenas para teses jurídicas subsidiárias, mas que não precisariam ser provados se as partes soubessem as informações privadas do juiz.

O despacho saneador é, portanto, o mecanismo institucional pelo qual o juiz sinaliza às partes a sua avaliação preliminar dos fatos e dos direitos alegados, reduzindo assim a assimetria de informação. Talvez se já no despacho saneador o juiz determinasse que o caso será julgado como uma hipótese de responsabilidade objetiva (desnecessário provar culpa), as partes reajustassem suas expectativas e fosse possível realizar um acordo, reduzindo custos. Se não for possível, já se sabe que não será necessário envidar esforços para a demonstração de culpa, pois trata-se de responsabilidade objetiva. Novamente, seriam reduzidos custos.

Obviamente, um despacho saneador nos moldes especificados pelo art. 357/CPC requer que nesse momento processual o juiz efetivamente leia e estude o processo, identifique as questões jurídicas relevantes (qual regra jurídica será aplicada) e, à luz dessa decisão eminentemente jurídica, determine quais fatos ainda precisam ser provados (fatos controversos) e quem deve prova-los (ônus da prova). Tudo isso significa custos para o juiz, que não poderá deixar para estudar o processo apenas ao seu final.

Todavia, tais custos não são adicionais. Tais custos são meramente antecipados, pois o magistrado terá de realizar todas as atividades indicadas ao final da instrução de qualquer forma, para poder sentenciar. Em nome do princípio da eficiência, o art. 357/CPC apenas informa que o momento processual adequado para a tomada dessas decisões é justamente no saneamento, pois, assim, a assimetria entre as partes e o juiz será reduzida e serão necessárias menos medidas para que se instrua o processo. Tais conclusões são compatíveis com a gestão eficiente do processo (art. 8º/CPC) e podem ser demonstradas com um simples modelo.

4. Do Uso Eficiente do Despacho Saneador

Como dito acima, o momento processual adequado para a redução da assimetria de informação entre as partes e o magistrado é na prolação do despacho de saneamento e organização do processo (art. 357/CPC). O despacho saneador é, literalmente, o meio pelo qual o juiz informa às partes seu julgamento acerca da regra jurídica aplicável ao caso concreto (art. 357, inc. IV) e, em função dessa regra, que fatos precisam ser provados (art. 357, inc. II) e a quem cabe o ônus de fazê-lo (art. 357, inc. III).

Ultrapassada a fase conciliatória, sabemos que tanto o autor quanto o réu deveriam ter indicado seus argumentos jurídicos e provas pré-existentes, bem como as provas que ainda pretendem produzir (art. 434/CPC). Desse modo, as partes podem corrigir, ainda que parcialmente, suas expectativas quanto à probabilidade do êxito de seu pleito (P_A e P_R) respectivamente.

Assim, se considerarmos que os argumentos e provas apresentados pelas partes representam um vetor $\overrightarrow{F_{total}}$, então $\overrightarrow{F_{total}} = \overrightarrow{F_A} + \overrightarrow{F_R}$, onde $\overrightarrow{F_A} = (f_{A1}, f_{A2}, \dots, f_{An})$ composto pelos n argumentos e provas do autor e $\overrightarrow{F_R} = (f_{R1}, f_{R2}, \dots, f_{Rm})$ composto pelos m argumentos e provas do réu, de sorte que $\overrightarrow{F_{total}} = (f_{A1}, f_{R1}, f_{A2}, f_{R2}, \dots, f_{An}, f_{Rm})$ pertencente a um espaço vetorial $\mathbb{R}^{n+m}$.

Sobre $\overrightarrow{F_{total}}$, contudo, o juiz deveria (nos termos do art. 357/CPC) indicar às partes quais fatos e argumentos são controversos, ou seja, ainda necessitam ser provados, sendo certo que aqueles argumentos e fatos que sejam considerados incontroversos, não necessitariam de dilação probatória adicional.

Assim, sabendo-se que o resultado do julgamento depende de quais fatos foram aceitos pelo juiz e quais ainda são considerados controversos, é necessário inserir um fator para representar essa valoração na formação do convencimento do magistrado. Postulando-se uma função vetorial $\vec{C} \in \mathbb{R}^{n+m}$, tal que $\vec{C}(\overrightarrow{F_{total}}) = (c_{A1}, c_{R1}, \dots, c_{An}, c_{Rm})$, cujos elementos assumam o valor 1 quando o juiz entender que o fato/argumento correspondente está controverso e 0 quando o juiz entender que o fato/argumento correspondente está incontroverso. Assim sendo, o vetor $\overrightarrow{F_{cont}}$ resultante da multiplicação vetorial entre $\overrightarrow{F_{total}}$ e $\vec{C}$ será composto apenas pelos fatos/argumentos controversos. Assim:

$$\overrightarrow{F_{cont}} = \overrightarrow{F_{total}} \cdot \vec{C} \quad \text{Equação 4-1}$$

Desse modo, se subtrairmos $\overrightarrow{F_{cont}}$ de $\overrightarrow{F_{total}}$, obteremos o vetor $\overrightarrow{F_{inc}}$ composto apenas pelos fatos/argumentos incontroversos, ou seja, os fatos que não precisam ser provados e que, se nada mudar, balizarão a sentença.

Um exemplo pode tornar essas abstrações mais palatáveis. Supondo que estejamos diante de uma ação de cobrança. O autor trouxe consigo:

- (i) um contrato de compra e venda assinado por ambos (f_{A1});
- (ii) o comprovante da entrega do objeto contratado (f_{A2}); e
- (iii) argumentou que não houve o pagamento devido (f_{A3}).

O réu, por seu turno, afirmou apenas que (f_{R1}) o objeto contratado não fora cumprido a contento.

Seguindo o art. 357/CPC, após a fase petítória, após apreciar os argumentos de ambas as partes, o juiz declara que apenas f_{A2} e f_{R1} estão controversos e, conseqüentemente, f_{A1} e f_{A3} são incontroversos, eis que não foram impugnados. Nesse caso, temos que:

$$\begin{aligned} \overrightarrow{F_A} &= (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}), \\ \overrightarrow{F_R} &= (f_{R1}), \\ \overrightarrow{F_{total}} &= \overrightarrow{F_A} + \overrightarrow{F_R} = (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}, f_{R1}). \end{aligned}$$

Ademais, em seu despacho saneador, o juiz informou às partes sua apreciação preliminar sobre o processo, o que pode ser traduzido vetorialmente para:

$$\vec{C} = (c_{A1}, c_{A2}, c_{A3}, c_{R1}),$$

$$\vec{C} = (0,1,0,1)$$

Desse modo,

$$\overrightarrow{F_{cont}} = \overrightarrow{F_{total}} \times \vec{C}$$

$$\overrightarrow{F_{cont}} = (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}, f_{R1}) \times (0,1,0,1)$$

$$\overrightarrow{F_{cont}} = (0, f_{A2}, 0, f_{R1})$$

E, como corolário,

$$\overrightarrow{F_{inc}} = \overrightarrow{F_{total}} - \overrightarrow{F_{cont}}$$

$$\overrightarrow{F_{inc}} = (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}, f_{R1}) - (0, f_{A2}, 0, f_{R1})$$

$$\overrightarrow{F_{inc}} = (f_{A1}, 0, f_{A3}, 0)$$

Assim, após o despacho saneador, tanto o autor quanto o réu sabem que devem envidar esforços para provar e refutar apenas os elementos não nulos de $\overrightarrow{F_{cont}}$, ou seja, f_{A2} e f_{R1} . Investigaremos, agora, as condições para que um investimento na redução dos fatos a serem provados implica em um ganho de eficiência social.

Postule $\overrightarrow{E_{total}}$ uma função vetorial que represente o esforço social total das partes para provar $\overrightarrow{F_{total}}$, tal que $\overrightarrow{E_{total}} \in \mathbb{R}^{n+m}$ e $\overrightarrow{E_{total}} = \overrightarrow{E(F_{total})} = (e_{A1}, e_{R1}, \dots, e_{An}, e_{Rm})$.

Postule, agora, $\overrightarrow{J_{total}}$ como uma função vetorial que represente o esforço do juiz para analisar a controvérsia de cada elemento de $\overrightarrow{F_{total}}$, tal que $\overrightarrow{J_{total}} \in \mathbb{R}^{n+m}$ e $\overrightarrow{J_{total}} = \overrightarrow{J(F_{total})} = (j_{A1}, j_{R1}, \dots, j_{An}, j_{Rm})$.

Postule, por fim, $\overrightarrow{V_{total}}$ uma função vetorial pertencente a $\mathbb{R}^{n+m}$ que represente o esforço do juiz J para analisar e valorar cada prova produzida pelas partes, tal que $\overrightarrow{V_{total}} = \overrightarrow{V(F_{total})} = (v_{A1}, v_{R1}, \dots, v_{An}, v_{Rm})$.

Se o juiz incorresse no custo de estudar previamente o processo e seguisse o comando do art. 357/CPC, então, ele revelaria os valores da função $\vec{C}$ no despacho saneador que, como já demonstrado acima, reduzirá o número de fatos/argumentos a serem provados pelas partes. Nesse caso, se $\overrightarrow{E_{total}}$ é o esforço para provar $\overrightarrow{F_{total}}$, então $\overrightarrow{E_{cont}}$, que representa o esforço de provar apenas os fatos controversos $\overrightarrow{F_{cont}}$, será dado por:

$$\overrightarrow{E_{cont}} = \overrightarrow{E(F_{cont})}$$

$$\overrightarrow{E_{cont}} = \overrightarrow{E(F_{total} \times \vec{C})}$$

$$\overrightarrow{E_{cont}} = \overrightarrow{E(F_{total})} \times \vec{C}$$

$$\overrightarrow{E_{cont}} = \overrightarrow{E_{total}} \times \vec{C} \quad \text{Equação 4-2}$$

Da mesma maneira, se $\overrightarrow{V_{total}}$ é o esforço para valorar todos os elementos de $\overrightarrow{F_{total}}$, então, $\overrightarrow{V_{cont}}$, que representa o esforço de valorar apenas as provas produzidas para os fatos controversos $\overrightarrow{F_{cont}}$, será dado por:

$$\begin{aligned} \overrightarrow{V_{cont}} &= \overrightarrow{V(F_{cont})} \\ \overrightarrow{V_{cont}} &= \overrightarrow{V(\overrightarrow{F_{total}} \times \vec{C})} \\ \overrightarrow{V_{cont}} &= \overrightarrow{V(\overrightarrow{F_{total}})} \times \vec{C} \\ \overrightarrow{V_{cont}} &= \overrightarrow{V_{total}} \times \vec{C} \end{aligned} \quad \text{Equação 4-3}$$

Haverá, portanto, um claro ganho de eficiência para a sociedade se a soma dos esforços $\overrightarrow{E_{cont}}$, $\overrightarrow{J_{total}}$ e $\overrightarrow{V_{cont}}$ for inferior a $\overrightarrow{E_{total}}$ somado ao esforço $\overrightarrow{V_{total}}$ aplicado à todas as provas produzidas pelas partes, ou seja, é socialmente eficiente que J invista $\overrightarrow{J_{total}}$ para elaborar $\vec{C}$ se

$$\begin{aligned} \overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}} &> \overrightarrow{E_{cont}} + \overrightarrow{J_{total}} + \overrightarrow{V_{cont}} \\ \overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}} &> \overrightarrow{E_{total}} \times \vec{C} + \overrightarrow{J_{total}} + \overrightarrow{V_{total}} \times \vec{C} \\ \overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}} &> (\overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}}) \times \vec{C} + \overrightarrow{J_{total}} \\ \overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}} - (\overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}}) \times \vec{C} &> \overrightarrow{J_{total}} \\ (\overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}}) \times (1 - \vec{C}) &> \overrightarrow{J_{total}} \end{aligned} \quad \text{Equação 4-4}$$

Interpretando o resultado acima, temos dois cenários limites importantes. Primeiramente, se todos os fatos forem considerados controversos, ou seja, $\vec{C} = (1, 1, \dots, 1)$, então, o esforço $\overrightarrow{J_{total}}$ não terá valido a pena, já que o magistrado terá de valorar todas as provas do mesmo jeito ($\overrightarrow{V_{total}} = \overrightarrow{V_{cont}}$), salvo casos em que o esforço do magistrado⁴ seja mínimo, ou seja, $\overrightarrow{J_{total}} \approx 0$.

Por outro lado, se todos os fatos forem considerados incontroversos, ou seja, $\vec{C} = (0, 0, 0, \dots, 0)$, então o esforço $\overrightarrow{J_{total}}$ valerá a pena sempre que for inferior à soma do esforço total para produzir todas as provas com o esforço para valorar todas as provas, ou seja, $(\overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}}) > \overrightarrow{J_{total}}$. Considerando, contudo, que o juízo de valoração das provas é mais profundo e definitivo do que o esforço de verificação de controvérsia dos fatos ($\overrightarrow{V_{total}} > \overrightarrow{J_{total}}$), a desigualdade se verificará mesmo na hipótese em que o esforço probatório total for próximo de zero ($\overrightarrow{E_{total}} \approx 0$).

⁴ Importante lembrar que não se trata, exatamente, de uma escolha do magistrado, mas de um comando legal. Porém estamos analisando, também, se a regra eficiente.

Por mera manipulação algébrica, também é possível reescrever a inequação acima da seguinte forma:

$$\begin{aligned}
 (\overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}}) \times (1 - \vec{C}) &> \overrightarrow{J_{total}} \\
 \overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}} - (\overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}}) \times \vec{C} &> \overrightarrow{J_{total}} \\
 \overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}} - \overrightarrow{E_{cont}} + \overrightarrow{V_{cont}} &> \overrightarrow{J_{total}} \\
 \overrightarrow{E_{inc}} + \overrightarrow{V_{inc}} &> \overrightarrow{J_{total}}
 \end{aligned}
 \tag{Equação 4-5}$$

Assim, se o esforço para exercer o juízo de controvérsia $\overrightarrow{J_{total}}$ for inferior a soma do esforço adicional de produzir e valorar provas para fatos incontroversos, então é socialmente eficiente realiza-lo. Se essa última condição for verdade, portanto, um despacho saneador completo e adequado evita que as partes desperdicem seus recursos diligenciando e produzindo provas desnecessárias, otimizando, também, o trabalho do juiz.

Desse modo, nossa conclusão é que, excetuados os casos em que todos os casos são incontroversos, considerando que, na maior parte dos casos, o esforço para valorar provas é maior do que o esforço para analisar a sua controvérsia, atender ao art. 357/CPC, não apenas é um dever do magistrado, mas é socialmente eficiente. Por seu turno, nos casos em que todos os fatos são incontroversos, é bem provável que o esforço para chegar a essa conclusão é baixo, o que satisfaz o primeiro cenário descrito no parágrafo anterior.

Vejamos a aplicação do modelo no exemplo do tópico anterior. Suponha que para provar a legitimidade do contrato de compra e venda (f_{A1}) fosse necessária a realização de uma perícia que custaria R\$ 5.000,00. Já para provar que o objeto adquirido foi entregue (f_{A2}) seria necessário o depoimento de uma testemunha a um custo de R\$ 500,00 (deslocamento, dia de trabalho perdido, etc.). Já a prova de que não houve o pagamento devido (f_{A3}), por ser impossível (diabólica), possuiria um custo próximo de infinito ∞ e, por essa razão, o juiz inverteria o ônus de modo que o réu é quem teria de apresentar o comprovante de pagamento. Trata-se de uma prova de custo trivial, que postularemos em R\$ 1,00. Por fim, a prova de que o objeto do contrato não fora cumprido a contento (f_{R1}) custe R\$ 50,00 para demonstrar o descompasso entre objeto entregue e o objeto contratado. No nosso exemplo, $\vec{C} = (0,1,0,1)$. Assim:

$$\begin{aligned}
 \overrightarrow{E_{cont}} &= \overrightarrow{E_{total}} \times \vec{C} \\
 \overrightarrow{E_{cont}} &= (e_{A1}, e_{A2}, e_{A3}, e_{R1}) \times (0,1,0,1) \\
 \overrightarrow{E_{cont}} &= (5000,500,1,50) \times (0,1,0,1) \\
 \overrightarrow{E_{cont}} &= (0,500,0,50)
 \end{aligned}$$

Explicando melhor, como J usou, efetivamente $\vec{C}$, o esforço social total que (5000,500,1,50) que as partes teriam de exercer para provar todos os fatos arguidos em suas peças foi reduzido para apenas (0,500,0,50).

Por seu turno, simplificando a mensuração do custo do juiz em horas de trabalho, suponha que esse juiz gaste cerca de 1 hora para ler um laudo pericial (v_{A1}), 1 hora para colher o depoimento de uma testemunha (v_{A2}), 3 minutos para ler um comprovante de entrega (v_{A3}) e 10 minutos para

comparar o objeto contratado com o objeto entregue (v_{R1}). Considere, ademais, que a hora do juiz custa, aproximadamente, R\$ 100,00⁵ Assim:

$$\begin{aligned}\overrightarrow{V_{cont}} &= \overrightarrow{V_{total}} \times \vec{C} \\ \overrightarrow{V_{cont}} &= (v_{A1}, v_{A2}, v_{A3}, v_{R1}) \times (c_{A1}, c_{A2}, c_{A3}, c_{R1}) \\ \overrightarrow{V_{cont}} &= (100, 100, 5, 17) \times (0, 1, 0, 1) \\ \overrightarrow{V_{cont}} &= (0, 100, 0, 17)\end{aligned}$$

Como se viu, o custo do esforço para produzir provas e valorá-las caiu de R\$ 5.773,00 para R\$ 667,00, explicitando o ganho de eficiência para as partes. Contudo, para verificar se há um ganho social, é importante verificar se $(\overrightarrow{E_{total}} + \overrightarrow{V_{total}}) \times (1 - \vec{C}) > \overrightarrow{J_{total}}$.

Considerando que, para verificar se um fato está, ou não, controverso, o juiz que leia os fatos narrados na inicial, verifique quais deles foram impugnados em contestação e quais argumentos trazidos na contestação foram impugnados em réplica (arts. 341 e 437 do CPC). Para tanto, postulemos que o juiz demore cerca de 5 minutos para verificar quais fatos estão controversos. Nesse caso:

$$\begin{aligned}\overrightarrow{E_{inc}} + \overrightarrow{V_{inc}} &> \overrightarrow{J_{total}} \\ (5000, 0, 1, 0) + (100, 0, 5, 0) &> \overrightarrow{J_{total}} \\ 5106 &> \overrightarrow{J_{total}}\end{aligned}$$

Como são 4 fatos que o juiz deve exercer o juízo de controvérsia, temos que $\overrightarrow{J_{total}}$ custa cerca de R\$ 333,33, validando a desigualdade acima e demonstrando o ganho social.

Apliquemos, agora, a teoria a um caso concreto, analisando o despacho saneador do processo no 210566-9/11 disponibilizado no Diário de Justiça Eletrônico do dia 05.07.2012. Trata-se de uma ação ajuizada contra uma clínica e dois médicos em que o autor pleiteou indenização por danos materiais e morais decorrentes de possível erro médico. O autor trouxe as seguintes alegações: (f_{A1}) sofreu parada cardíaca (f_{A2}) decorrente de possível choque anafilático e, em consequência, (f_{A3}) teve severas sequelas neurológicas e motoras.

A defesa, por seu turno, arguiu, em suma, (f_{R1}) a inexistência de erro médico e (f_{R2}) denexo causal e que (f_{R3}) toda a cautela necessária foi tomada para garantir a saúde do autor.

Intimados, inicialmente, para especificação de provas, o autor A pleiteou a produção de prova pericial e a juntada de novos documentos. A defesa R também requereu a produção de prova

⁵ Um salário de R\$ 20.000,00, divididos por 22 dias úteis de 8 horas de trabalho daria pouco mais de R\$ 113,00. EALR, V.9, n° 3, p. 191-207, Set-Dez, 2018

pericial e testemunhal de forma genérica. O comportamento de ambos denota dois possíveis cenários: i) que ambos atribuíram probabilidades subjetivas de sucesso aos argumentos que trouxeram (P_A e P_R), respectivamente; ou ii) que ambos preferiram não arriscar o valor de $\vec{C}$.

Contudo, como visto acima, se P_A e P_R fossem baixos, o mais provável é que uma ação não fosse ajuizada ou que um acordo fosse atingido mais facilmente, dado que o pequeno hiato de expectativas. Assim sendo, o mais provável é que tenham considerado todos os fatos como controversos e, por segurança, peçam para produzir prova para todos eles. Desse modo,

$$\vec{F}_A = (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}),$$

$$\vec{F}_R = (f_{R1}, f_{R2}, f_{R3}),$$

$$\vec{F}_{total} = \vec{F}_A + \vec{F}_R = (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}, f_{R1}, f_{R2}, f_{R3}).$$

Porém,

$$\vec{C} = (c_{A1}, c_{A2}, c_{A3}, c_{R1}, c_{R2}, c_{R3})$$

$$\vec{C} = (1,1,1,1,1,1)$$

Desse modo, todos os fatos serão considerados controversos:

$$\vec{F}_{cont} = \vec{F}_{total} \times \vec{C}$$

$$\vec{F}_{cont} = (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}, f_{R1}, f_{R2}, f_{R3}) \times (1,1,1,1,1,1)$$

$$\vec{F}_{cont} = (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}, f_{R1}, f_{R2}, f_{R3})$$

$$\vec{F}_{cont} = \vec{F}_{total}$$

Ademais,

$$\vec{E}_{total} \times \vec{C} = \vec{E}_{cont}$$

$$(e_{A1}, e_{A2}, e_{A3}, e_{R1}, e_{R2}, e_{R3}) \times (1,1,1,1,1,1) = \vec{E}_{cont}$$

$$(e_{A1}, e_{A2}, e_{A3}, e_{R1}, e_{R2}, e_{R3}) = \vec{E}_{cont}$$

$$\vec{E}_{total} = \vec{E}_{cont}$$

Desse modo, as partes pedirão para produzir todas as provas possíveis, não havendo nenhuma redução de esforço. Do mesmo modo, também não haverá nenhuma redução do esforço valorativo por parte do juiz:

$$\overrightarrow{V_{cont}} = \overrightarrow{V_{total}} \times \vec{C}$$

$$\overrightarrow{V_{cont}} = (v_{A1}, v_{A2}, v_{A3}, v_{R1}, v_{R2}, v_{R3}) \times (1,1,1,1,1,1)$$

$$\overrightarrow{V_{cont}} = (v_{A1}, v_{A2}, v_{A3}, v_{R1}, v_{R2}, v_{R3})$$

$$\overrightarrow{V_{cont}} = \overrightarrow{V_{total}}$$

Porém, posteriormente, como o juiz J fixou como pontos controvertidos a existência de erro médico (f_{R1}), a participação dos réus para o resultado final (f_{R2}) e a existência e extensão dos danos (f_{A3}) no despacho saneador, temos $\vec{C} = (0,0,1,1,1,0)$. Desse modo,

$$\overrightarrow{F_{cont}} = \overrightarrow{F_{total}} \times \vec{C}$$

$$\overrightarrow{F_{cont}} = (f_{A1}, f_{A2}, f_{A3}, f_{R1}, f_{R2}, f_{R3}) \times (0,0,1,1,1,0)$$

$$\overrightarrow{F_{cont}} = (0,0, f_{A3}, f_{R1}, f_{R2}, 0)$$

Assim,

$$\overrightarrow{E_{total}} \times \vec{C} = \overrightarrow{E_{cont}}$$

$$(e_{A1}, e_{A2}, e_{A3}, e_{R1}, e_{R2}, e_{R3}) \times (0,0,1,1,1,0) = \overrightarrow{E_{cont}}$$

$$(0,0, e_{A3}, e_{R1}, e_{R2}, 0) = \overrightarrow{E_{cont}}$$

Como, $\overrightarrow{E_{cont}} < \overrightarrow{E_{total}}$, percebe-se que houve um ganho de eficiência no que ao esforço total dispendido pelas partes. Do mesmo modo, verifica-se que o esforço total para valoração das provas produzidas também é reduzido, eis que $\overrightarrow{V_{cont}} < \overrightarrow{V_{total}}$:

$$\overrightarrow{V_{cont}} = \overrightarrow{V_{total}} \times \vec{C}$$

$$\overrightarrow{V_{cont}} = (v_{A1}, v_{A2}, v_{A3}, v_{R1}, v_{R2}, v_{R3}) \times (0,0,1,1,1,0)$$

$$\overrightarrow{V_{cont}} = (0,0, v_{A3}, v_{R1}, v_{R2}, 0)$$

Assim, as partes sabem que, para o juiz, é incontroverso que o autor sofreu uma parada cardíaca e que os réus diligenciaram todos os esforços para garantir a sua saúde. Sabem, entretanto, que devem dirigir esforços para estabelecer ou negar o nexo causal entre as ações dos réus e os danos do autor, bem como para definir a extensão desses danos. Porém, para saber se houve um ganho de eficiência social, é importante verificar se a economia de esforço das partes para produzir as provas referentes aos eventos $\overrightarrow{E_{inc}}$ e para o juiz exercer o esforço $\overrightarrow{V_{inc}}$ é superior ao seu investimento em $\overrightarrow{J_{total}}$, ou seja:

$$\overrightarrow{E_{inc}} + \overrightarrow{V_{inc}} > \overrightarrow{J_{total}}$$

$$(e_{A1}, e_{A2}, 0, e_{R1}, e_{R2}, 0) + (v_{A1}, v_{A2}, 0, v_{R1}, v_{R2}, 0) > \overrightarrow{J_{total}}$$

Porém, como já discutimos acima, em regra, $\overrightarrow{V_{total}} > \overrightarrow{J_{total}}$. Como $\overrightarrow{V_{total}} > \overrightarrow{V_{inc}}$, essa desigualdade se verificará ainda que o esforço probatório dos fatos tidos como incontroversos fosse próximo de zero ($\overrightarrow{E_{inc}} \approx 0$), demonstrando o ganho social em se investir em um despacho saneador $\vec{C}$ completo.

5. Conclusões

Como demonstramos acima, o Código de Processo Civil estabelece no art. 357/CPC que, após a fase petítória, se não for possível realizar um julgamento expresso do caso ou as partes chegarem a um acordo, o juiz deve reduzir a assimetria de informação entre as partes por meio do despacho saneador. Nele, o juiz deve informar a regra jurídica que será aplicada ao caso concreto (art. 357, inc. IV/CPC) e, a partir dessa decisão, quais são os fatos que ainda precisam ser provados ou que são controversos (art. 357, inc. II/CPC) e a quem incumbe o ônus de prová-lo (art. 357, inc. III/CPC). Essa regra é eficiente, mas não é usada o que levanta uma perplexidade.

A razão pela qual essa regra não é usada é porquê ela demanda do magistrado que ele estude o processo logo após a fase petítória, identificando a questão *sub judice* e definitivamente julgando – nesse momento processual – qual o direito será aplicado. Diante da carga de trabalho hercúlea a que estão submetidos os juízes nos dias de hoje, é natural que eles posterguem esse esforço (custo) para o final do processo, quando terão de estudar para julgar o caso de qualquer forma.

O que essa prática não leva em consideração, é que o trabalho de estudar o caso no momento do saneador e após a instrução é o mesmo e, portanto, está sendo apenas antecipado. Por outro lado, o manuseio correto do despacho saneador para reduzir os pontos controversos e, portanto, os atos e a extensão da instrução probatória pode não apenas incentivar acordos nessa etapa, como também diminuir os custos para o próprio magistrado e para as partes, tornando-se uma prática eficiente.

6. Bibliografia

- ARAKE, H. H. **A lógica do processo: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro**. Brasília: Universidade Católica de Brasília, v. (Dissertação), 2012.
- ARAKE, H.; GICO JR., I. T. De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça. **Economic Analysis of Law Review**, 5, 2014. 166-178. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/5%20EALR%20166>>.
- ARMOR, D. A.; TAYLOR, S. E. Situated Optimism: specific outcome expectancies and self-regulation. **Advances in Experimental Social Psychology**, 30, 1998. 309-379.
- BAR-GILL, O. The Evolution and Persistence of Optimism in Litigation. **The Journal of Law, Economics, and Organization**, 22(2), 8 Oct. 2006. 490-507.
- BURGER, J. M.; BURNS, L. The illusion of unique invulnerability and the use of effective contraception. **Personality and Social Psychology Bulletin**, 14, 1988. 264-270.
- DANZON, P. M.; LILLARD, L. A. Settlement out of Court: The Disposition of Medical Malpractice Claims. **The Journal of Legal Studies**, 12 (2), Jun. 1983. 345-377.

- GICO JR., I. T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, 1, Jan-Jul 2010. 7-33.
- GICO JR., I. T. Anarquismo Judicial e Teoria dos Times. **Economic Analysis of Law Review**, 2013. 269-294.
- GICO JR., I. T. O Capital Jurídico e o Ciclo da Litigância. **Revista Direito GV**, São Paulo, jul-dez. 2013. 50-62.
- GICO JR., I. T. A Tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, 267, 2014. 163-198. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46462/44453>>.
- GICO JR., I. T. Anarquismo Judicial e Segurança Jurídica. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, 5, 2015. 479-499.
- GICO JR., I. T. A Função Social do Judiciário. **Mimeo**, Brasília, 2017. 1-32.
- GICO JR., I. T. Como os Juízes Devem Decidir? **Mimeo**, Brasília, 2017. 1-26.
- GOULD, J. P. The Economics of Legal Conflicts. **The Journal of Legal Studies**, 2 (2), Junho 1973. 279-300.
- LANDES, W. M. An Economic Analysis of the Courts. **Journal of Law and Economics**, 14 (1), Abril 1971. 61-107.
- LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. **NBER Working Paper Series**, Agosto 1976. 1-69. Conference on the Economics of Politics and Regulation.
- MCKENNA, F. P.; STANIER, R. A.; LEWIS, C. Factors underlying illusory self-assessment of driving skill in males and females. **Accident Analysis & Prevention**, 23 (1), Feb. 1991. 45-52.
- POSNER, R. A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. **The Journal of Legal Studies**, 2 (2), Junho 1973. 399-458.
- POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law**. 7th. ed. New York: Aspen Publishers, 2007. ISBN 978-0-7355-6354-4.
- PRIEST, G. L. Measuring Legal Change. **Journal of Law, Economics, & Organization**, 3 (2), Outono 1987. 193-225.
- PRIEST, G.; KLEIN, B. The selection of disputes for litigation. **The journal of legal studies**, 13, n. 1, 1984. 1-55.
- ROSS, H. L. **Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment**. Revised 2nd. ed. Hawthorne: Aldine Publishing, 1980.
- SHAVELL, S. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge: Harvard University, 2004.