

A CLÁSSICA DICOTOMIA NA CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE REPARTIÇÃO DE CUSTAS NO PROCESSO CIVIL: SISTEMA INGLÊS X SISTEMA NORTE-AMERICANO

João Furtado Guerini¹

Marcelo Fernando Quiroga Obregon²

Fecha de publicación: 01/07/2018

Sumário: Introdução; 1. Classificação dos sistemas de repartição de custas no processo civil; 1.1 Sistema inglês (loser pays all); 1.2 Sistema norte-americano (each pay his own); - Conclusão parcial 2. Análise dos sistemas inglês e norte-americano sob a perspectiva da análise econômica; - Considerações finais; - Referências.

Resumo: O presente artigo tem por objeto de estudo a análise de dois sistemas de repartição de custas no Processo Civil, com base nas lições de Mathias Reimann e James Maxeiner, considerados paradigmáticos na classificação dos demais sistemas ao redor do mundo, quais sejam, o sistema norte-

¹ Graduando da Faculdade de Direito de Vitória – FDV.
joaoguerini@gmail.com

² Doutor em Direito .Direitos e Garantias Fundamentais na Faculdade de Direito de Vitória - FDV, Mestre em Direito Internacional e Comunitário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Política Internacional pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo, Graduado em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo, Coordenador Acadêmico do curso de especialização em Direito Marítimo e Portuário da Faculdade de Direito de Vitória - FDV -, Professor de Direito Internacional e Direito Marítimo e Portuário nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV.
mfqobregon@yahoo.com.br

americano, cuja máxima é a de que “cada parte é responsável pelos seus custos” – “*each pay his owns*”, e, doutro lado, com escopo e regramento antagônicos, o sistema inglês, cuja máxima é a de que “o perdedor é responsável pelo pagamento de todos os custos” – “*loser pays all*”. Após a explicitação destes dois sistemas, analisa-se, com supedâneo na metodologia da Análise Econômica do Direito, com base nas lições de Steven Shavell, as consequências geradas pela adoção desses sistemas, especialmente no que tange à decisão de ingresso em juízo por potenciais litigantes, o que, por conseguinte, gera o aumento ou a diminuição no número de demandas ajuizadas, dentre outras possíveis consequências.

Palavras-chave: Processo Civil; Repartição de custas; Análise Econômica do Direito; Sistema inglês; Sistema norte-americano.

INTRODUÇÃO

Os custos que envolvem o Processo Civil, desde o ingresso em juízo pelo autor, passando pela defesa do réu, e culminando na infraestrutura necessária ao Poder Judiciário para que julgue tais causas, é tema de altíssima relevância e que tem relação direta com a questão do acesso à justiça.

Desta forma, os sistemas de repartição de custas do Processo Civil entre as partes litigantes é tema que desperta muito interesse, uma vez que a adoção de determinada disciplina legal pode ter inúmeras consequências, inclusive quanto ao aumento ou à diminuição do número de processos judiciais, ou até mesmo em relação ao filtro no que tange às demandas de baixa ou alta probabilidade de êxito.

Sendo assim, serão analisados os dois principais sistemas de repartição de custas no Direito Processual Civil tidos como paradigmáticos nesta seara: o sistema norte americano e o sistema inglês, que possuem regras antagônicas, com regramento e escopos distintos.

Após a explicitação acerca do funcionamento destes dois sistemas, com supedâneo em elementos da metodologia da Análise Econômica do Direito, serão tecidas considerações acerca das consequências no que tange à adoção de um ou outro sistema, com foco, especialmente, na influência que cada uma tem na decisão de ingresso em juízo por potenciais litigantes.

A partir dessa análise, por fim, serão feitas considerações acerca das consequências gerais que ambos os sistemas tendem a exercer sobre aspectos a sociedade em que são aplicados, como os (des)estímulos de ingresso em juízo de demandas com baixa ou alta probabilidade de êxito, a tendência de diminuição ou aumento do número de processos e a mudança de comportamento de empresário a afim de evitar condenações judiciais.

1 CLASSIFICAÇÃO DOS SISTEMAS DE REPARTIÇÃO DE CUSTAS NO PROCESSO CIVIL

Tradicionalmente, a doutrina⁵ aponta a existência de duas espécies-modelo de sistemas de repartição de custas no processo civil: o sistema inglês, associado ao princípio “*loser pays all*” e o sistema norte-americano, associado ao princípio “*each pay his owns*”.

Esclareça-se, porém, que existem diversas outras classificações quanto aos sistemas de repartição de custas para além dos sistemas inglês e norte-americano, conforme aponta Patrício:⁶

[...] sistema continental, no qual o perdedor paga os seus custos e uma fracção das despesas do vencedor; 2) o denominado sistema Quayle, no qual o perdedor paga os seus custos e paga ao vencedor um valor equivalente a esses custos; 3) o denominado sistema Marshall, no qual o vencedor paga os seus custos e os do perdedor!; e 4) o denominado sistema Matthew, no qual o vencedor paga os seus custos e paga ao perdedor um valor (calculado previamente) numa certa proporção dos custos do vencedor.

Todavia, justamente por constituírem-se como modelos-tipo de sistemas de repartição de custas, e, por isso mesmo, serem considerados pontos de

⁵ Sobre tal dicotomia, na doutrina comparada, ver: “*Comparative lawyers often think about cost and fee allocation in quasi Shakespearean terms: “to shift or not to shift?”. They then tend to divide the world into the systems that shift the winner’s litigation costs to the loser – “the English rule” (“costs follow the event”) – and the systems that make each side bear its own costs – “the American rule”.* (REIMANN, Mathias. *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis*. Cost and Fee Allocation in Civil Procedure, 2012: 3-56. p. 9); “There are two dominating cost allocation regimes in the world, namely the American rule (AR) and the English rule (ER). While under the AR each party has to bear their own fees, the ER is based on the premise, that the losing party should cover the legal expenses of the winning party. The loser is therefore not only responsible for his own fees but is also required to pay court fees and reimburse the attorney’s fees of the winner.” (SCHWAB, Christian; TANG, Hin-Yue Benny; WINTER, Stefan. “Free Choice of Legal Fee Shifting Rules?”. *European Journal of Law and Economics*, v. 37, n. 2, p. 299-324, abr./jun. 2014. p. 300). Também nesse sentido tal dicotomia é vista, na doutrina nacional, em: ARENHART, Fernando Santos. *A análise econômica da litigância: teorias e evidências*. 2009. Monografia (Curso de Ciências Econômicas). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. p. 52; DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009. p. 64; NETO, Max Paskin; POLTRONIERI, Fernanda Maria. Honorários advocatícios sucumbenciais à luz do Direito Comparado e seu papel como um dos fatores da Jurisdicionalização excessiva dos conflitos no Brasil. *JusBrasil*. Disponível em: <<https://maxpaskin.jusbrasil.com.br/artigos/118679456/honorarios-advocaticios-sucumbenciais-a-luz-do-direito-comparado-e-seu-papel-como-um-dos-fatores-da-jurisdicionalizacao-excessiva-dos-conflitos-no-brasil>>. Acesso em: 14 set. 2017.

⁶ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise econômica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005. p. 93-94

partida em boa parte da literatura a respeito desta área de pesquisa, o foco aqui será conferido apenas aos referidos sistemas inglês e norte-americano.

1.1 SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE CUSTAS INGLÊS (*LOSER PAYS ALL*)

O regime financeiro do Processo Civil inglês, em relação à repartição dos custos processuais entre as partes litigantes, baseia-se no princípio intitulado “*the loser pays all*”, reduzida normalmente à própria denominação de “regra inglesa”.

Tal regime tem como princípio que a parte vencida, ao final do processo, seja responsável por restituir à parte vencedora todas as despesas necessárias ao reconhecimento de seu direito em juízo.⁷ Isto é, indeniza-se a parte contrária com pelas despesas financeiras que lhe foram imputadas injustamente, uma vez que se sagrou vencedora.

Dentre tais despesas estão as custas judiciais, e aquelas provenientes da produção de provas na fase instrutória, assim como os honorários advocatícios contratuais fixados entre a parte vencedora e seu advogado.⁸

Todavia, em que pese normalmente ser atrelado ao princípio “*the loser pays all*”, a *contrario sensu*, na Inglaterra nem todas as despesas são restituídas pela parte vencida à vencedora, mas apenas uma parcela, vez que os honorários advocatícios contratuais raramente são indenizados em sua integralidade.

Atribui-se tal fato à discricionariedade⁹ com que atuam os juízes ingleses na fixação do montante a ser ressarcido à parte vencedora quanto aos honorários contratuais dispensados junto ao seu advogado.

⁷ “CPR (Civil Procedure Rules) (2) If the court decides to make an order about costs – **(a) the general rule is that the unsuccessful party will be ordered to pay the costs of the successful party [...]**”. [Grifou-se] Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-44-general-rules-about-costs>>. Acesso em 30 set. 2017.

⁸ CPR (Civil Procedure Rules): ‘**costs**’ includes fees, charges, disbursements, expenses, remuneration, reimbursement allowed to a litigant in person under rule 46.5 and any fee or reward charged by a lay representative for acting on behalf of a party in proceedings allocated to the small claims track;. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-44-general-rules-about-costs>>. Acesso em: 30 set. 2017.

⁹ CPR (Civil Procedure Rules): 44.2 (1) **The court has discretion as to** – (a) whether costs are payable by one party to another; (b) the amount of those costs; and (c) when they are to be paid. Disponível em: <<https://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part-44-general-rules-about-costs>>. Acesso em: 30 set. 2017.

1.2 SISTEMA DE REPARTIÇÃO DE CUSTAS NORTE-AMERICANO (EACH PAY HIS OWN)

O regime financeiro do Processo Civil norte-americano, em relação à repartição dos custos processuais entre as partes litigantes, baseia-se na regra intitulada “*each pay his owns*”, reduzida normalmente à própria denominação de “regra americana”, mas que alguns preferem intitular de prática da “não indenização”.¹⁰

Essa regra determina que cada parte litigante deva arcar com seus próprios custos decorrentes do acionamento do sistema judiciário. Portanto, no caso do autor, este será responsável pelas despesas que dispensou para que tivesse sua pretensão julgada, enquanto o réu responderá pelas despesas que dispensou para que se defendesse em juízo. Como se percebe, tudo isso independente do resultado do julgamento.

Todavia, também aqui a associação entre o princípio do “*each pay his owns*” e o regime financeiro processual civil norte-americano não se mostra totalmente acertada. Isso ocorre porque, a “prática da não indenização” diz respeito tão somente aos honorários contratuais, mas não abrange a taxa cobrada à título de administração da justiça, cujo pagamento será de responsabilidade da parte vencida.

Ou seja, em relação às custas que envolvem a taxa de administração da justiça prevalece a regra da indenização (*loser pays*), assim como no sistema inglês e na maior parte do mundo civilizado, uma vez tratar-se de regra de evidente razoabilidade.¹¹

Um dos motivos pelo qual muita das vezes generaliza-se a regra americana no sentido de correspondência ao princípio “*each pay his own*” é explicado

¹⁰ Quanto à denominação de “prática da não indenização”, em contraponto à “regra da não indenização”, segue explicação: “*The practice of not indemnifying prevailing parties for their attorneys’ fees is known in the United States as the ‘American rule’. It is not a true rule, since rarely is the practice compelled by statute or by court decision; it is a practice that continues to exist because no general law compels the contrary. In order to avoid suggesting that it is a rule, I use different terminology to identify what others call the American rule. I call it the ‘no-indemnity practice’.*” (MAXEINER, James R. Cost and Fee Allocation in Civil Procedure. *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, n. 1, p. 195-221. 2010. p. 195)

¹¹ “*Court costs in American civil procedure are allocated to the loser (“loser pays”) as elsewhere in the civilized world. As Theodor Sedgwick, America’s first expert on damages opined, it is matter of inherent justice that the party found in the wrong should indemnify the party in the right for the expenses of litigation. Yet attorneys’ fees are not allocated this way in the United States: they are allowed to fall on the party that incurs them (the “American rule,” better, the American practice).*” (MAXEINER, James R. Cost and Fee Allocation in Civil Procedure. *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, n. 1, p. 195-221. 2010. p. 195)

pelo fato de que as custas judiciais, única despesa restituível, constituir-se como parcela ínfima financeiramente em relação as despesas com honorários advocatícios contratuais, estes sim, normalmente de alto valor.¹²

Frise-se, ainda, que no sistema norte-americano existem exceções à prática do “*each pay his owns*”, com variações em que se adota o princípio do “*loser pays all*”, no sentido de que os honorários contratuais dispensados pela parte vencedora com seu advogado devem ser restituídos pela outra.¹³

Importante destacar que tais exceções são sempre em favor da parte autora, no sentido de que apenas esta terá os honorários advocatícios ressarcidos em caso de pleito vitorioso, enquanto ao réu, mesmo que a demanda seja julgada improcedente, não terá direito à tal ressarcimento. Chama-se tal regra de “*one shifting way*”.¹⁴

¹² “The United States legal system by and large actually enforces the principle that each side bears its own litigation expenses. To be sure, court costs are routinely shifted to the loser, but in practical (i.e., financial) terms, that hardly matters: the use of the courts is very cheap while lawyer time is very expensive. As a result, court costs usually constitute such a trivial fraction of the overall litigation expenses that their shifting is often overlooked altogether. It is also true that some evidence costs can be shifted to the losing party but, again, these usually involve rather insignificant amounts. What really matters in the United States is the general rule that the winner cannot recover lawyer fees which can be, and often are, enormous”. (REIMANN, Mathias. *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis*. Cost and Fee Allocation in Civil Procedure, 2012: 3-56. p. 15).

¹³ “Portanto, há hipóteses previstas em legislaturas específicas, nos EUA, que preveem e permitem o pagamento de custas processuais, taxa judiciária e honorários de sucumbência (attorney fees) à parte vencedora. Um exemplo é o Federal Rules of Civil Procedure 54[10], que se aplica no âmbito do Federal District court e Court of Appeals (primeiro e segundo grau de Jurisdição, respectivamente, no âmbito Federal). No âmbito federal são mais comuns as previsões legislativas que autorizam o pagamento de honorários sucumbenciais, ou seja, que excetam o American rule e adotam o English rule, podendo ser citadas: a) as ações coletivas; b) as que discutem direitos e garantias fundamentais (Civil Rights – Attorney’s Fees Award Act of 1976); c) mandado de Injução (Freedom of Information Act violations); d) Direitos afetos à propriedade industrial; e) demandas Antitrust (proteção à concorrência e controle desleal do mercado); f) demandas que versam sobre garantia legal (lemmon law), muito comum em causas de proteção ao consumidor (consumer protection laws) e; g) demandas contra o governo federal.” (NETO, Max Paskin; POLTRONIERI, Fernanda Maria. Honorários advocatícios sucumbenciais à luz do Direito Comparado e seu papel como um dos fatores da Jurisdicionalização excessiva dos conflitos no Brasil. *JusBrasil*. Disponível em: <<https://maxpaskin.jusbrasil.com.br/artigos/118679456/honorarios-advocaticios-sucumbenciais-a-luz-do-direito-comparado-e-seu-papel-como-um-dos-fatores-da-jurisdicionalizacao-excessiva-dos-conflitos-no-brasil>>. Acesso em: 30 set. 2017).

¹⁴ “Como é tradicional no sistema da Common Law, essa exceção não opera de forma racional e sistematizada, mas casuística. Muitas leis americanas que prevêm o fee shifting têm o seu âmbito extremamente restrito, limitando-se a apenas uma pretensão legal; outras leis são mais amplas e se referem a uma esfera mais abrangente do Direito. Existem mais de 150 leis,

Todavia, a regra geral continua sendo a de que as despesas com advogados ficam por conta de cada parte, independente do resultado da demanda, sendo este um dos principais traços característicos do regime legal-processual norte americano no que tange à decisão de ingresso em juízo.

Outro importante aspecto do sistema legal norte-americano diz respeito à forma com que os contratos de honorários fixados entre parte e advogado são pactuados, vez que em sua maioria estão condicionados ao sucesso da demanda¹⁵. Ou seja, os honorários só serão pagos ao advogado em caso de êxito processual.

Tal modalidade de contrato é denominada, em terras norte-americanas, de “*contingency fee agreement*” e “*no win no Money*”. Já no Brasil seria chamado de contrato de honorários de risco, ou mesmo “honorários de êxito”, mais comumente vistos em demandas trabalhistas.

Ainda a título de informação, observe que nesses contratos de “*contingency fee agreements*”, adotados em sua maioria no sistema legal norte-americano, denominador comum diz respeito à fixação dos honorários contratuais em caso de vitória no percentual de 33% do valor da causa envolvida¹⁶.

Conclusão Parcial

Ante o exposto, conclui-se, portanto, que nem no regime financeiro inglês as despesas processuais são ressarcidas, pelo vencido ao vencedor, em sua integralidade, assim como nem no ordenamento norte-americano as despesas ficam integralmente a cargo de cada parte, independente do resultado, uma vez que as custas judiciais, embora ínfimas, são sempre atribuídas à parte perdedora.

Outrossim, no próprio sistema norte-americano, conforme trazido acima, existe, excepcionalmente, a possibilidade ainda de que, além das custas

somente na esfera federal, que prevêem essa exceção. Na grande maioria dessas leis, a regra de que o perdedor paga os honorários do vencedor é interpretada de forma assimétrica, somente beneficiando a parte autora (*one-way fee shifting*). O réu, ao contrário, somente poderá recuperar tais despesas em caso de pretensão frívola ou má-fé do autor”. (GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: RT, 2007, p. 473.)

¹⁵ The General Report observes that contingent fee agreements are widely considered “a hallmark of the US-American legal system.” The essence of a contingent fee agreement is that the lawyer’s fee is due if, and only if, the lawyer achieves a favorable result. (MAXEINER, James R. “The American Rule: Assuring the Lion His Share.” *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure* (2012): p. 297.)

¹⁶ “The fee is usually a percentage of the amount recovered. Typically that amount is 33%.” (MAXEINER, James R. “The American Rule: Assuring the Lion His Share.” *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure* (2012): p. 297.)

judiciais, também os honorários contratuais da parte vencedora sejam ressarcidos, se aproximando do princípio do “*loser pays all*”, e consequentemente do sistema inglês, maior expoente do mesmo.

Ressalte-se que, na realidade, não há nenhum sistema jurídico conhecido as despesas são totalmente atribuídas ao perdedor, ou, doutro lado, ficam totalmente por conta de cada parte, independente do resultado do processo¹⁷.

Essa é justamente a razão pela qual a classificação por meio da clássica, mas simplística, dicotomia entre regra inglesa, associada ao princípio do “*loser pays all*” e regra americana, associado ao princípio do “*each pay his owns*” não é totalmente acertada, uma vez que são tidas de forma absoluta, como extremos, não correspondendo à realidade dos sistemas processuais atuais.¹⁸

Todavia, deve ser ressaltado que tais críticas, no sentido de que tais regras não são absolutas e não condizem integralmente com os regimes processuais civis dos países em questão, serão relativizadas neste momento para fins didáticos.

Outrossim, em que pese não corresponderem em sua integralidade, ainda assim os sistemas inglês e norte-americano são considerados como paradigmas no que tange à adoção das regras, respectivamente, do “*loser pays all*” e “*each pay his owns*”.

Isto é, não obstante tais regras não correspondem integralmente aos sistemas adotados, ainda assim são norteadoras de tais regimes legais no que tange à repartição de custas entre as partes litigantes, o que justifica, portanto, a sua comparação em termos das consequências da adoção de

¹⁷ “(...) no system makes the winner completely whole (although some come very close), and even in the United States, some costs are shifted to the loser (although usually only a very small part); most jurisdictions operate somewhere in between.” (REIMANN, Mathias. “*Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis*.” *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, 2012: 3-56. p. 9)

¹⁸ “Perhaps the most fundamental finding of this study is that such a dichotomy is hopelessly simplistic as well as virtually useless. It is hopelessly simplistic because the reality is much more complex: no system makes the winner completely whole (although some come very close), and even in the United States, some costs are shifted to the loser (although usually only a very small part); most jurisdictions operate somewhere in between. The usual dichotomy is virtually useless because what basic principle a legal system proclaims says little about which costs (and which amounts) are actually shifted to the loser: some jurisdictions announcing the “*loser pays*” rule arguably charge the loser for no more than in the United States.” (REIMANN, Mathias. “*Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis*.” *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure*, 2012: 3-56. p. 9)

cada uma no que tange à decisão de ingresso em juízo por potenciais litigantes, o que será feito a seguir.

2 ANÁLISE DOS SISTEMAS INGLÊS E NORTE-AMERICANO SOB A PERSPECTIVA DA ANÁLISE ECONÔMICA

Na medida em que os dois modelos-tipos no que tange ao regime de repartição de custas entre as partes litigantes são normalmente identificados como, de um lado, a regra inglesa, e doutro lado, a regra americana, seguem considerações da doutrina sobre as suas principais diferenças encontradas sob a metodologia da análise econômica.

Portanto, num primeiro momento, as diferenças entre tais sistemas serão delimitadas a partir das consequências da adoção de cada modelo quanto à decisão de ingressar em juízo por parte de um potencial autor.

Importante frisar que as considerações feitas se baseiam, como foi dito, em tipos-ideais, representados pelo princípios da “*loser pays alls*”, identificado como a regra inglesa, e do “*each pay his owns*”, identificando a regra inglesa.

Sob a perspectiva do modelo americano, o potencial litigante ingressará em juízo caso a probabilidade de êxito multiplicado pelo valor da causa for maior ou igual que os custos que terá de arcar em caso de derrota. Assim, a fórmula encontrada será¹⁹:

$$P.V > Ca^{20}$$

Exemplificativamente: no caso de uma eventual demanda ter a probabilidade de êxito (P) fixada em 70%, sendo o valor da causa (V) R\$100.000,00, e os custos fixos com a demanda (Ca) R\$25.000,00, a fórmula ficará:

$$0,7 \times 100.000,00 > 25.000,00$$

$$70.000,00 > 25.000,00$$

Daí, extrai-se que o autor, ao analisar a viabilidade econômica da demanda como um agente racional, concluirá que a mesma deverá ser proposta.

¹⁹ Equação esta trazida por Shavell, (SHAVELL, Steven. "Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs." *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 55-82, jan./jun. 1982) e já consolidada na literatura internacional.

²⁰ P= probabilidade êxito; V= valor da causa; Ca= custo fixo com advogado do autor mais custas judiciais.

Assim, isolando o elemento P (probabilidade de êxito), a fórmula, sob o prisma do sistema norte-americano, quanto à viabilidade da demanda a ser proposta fica da seguinte maneira:

$$P > Ca/V$$

Desta forma, a demanda só será viável economicamente, se a probabilidade de êxito for superior à divisão dos custos fixos com a demanda dividido pelo valor da causa. No exemplo em questão, ficaria assim:

$$P > 25.000/100.000$$

$$P > 0,25$$

Tem, então, que um agente racional decidirá pelo ingresso em juízo no caso de a probabilidade de êxito da ação ser superior a 25%, o que, a priori, se mostra um valor pequeno, que poderia caracterizar-se, inclusive, como uma demanda frívola.

Já sob a perspectiva do modelo inglês, o potencial litigante ingressará em juízo caso a probabilidade de êxito da demanda multiplicado pelo valor da causa seja maior ou igual que o inverso da probabilidade de êxito (ou seja, a probabilidade de derrota) multiplicado pela soma dos custos processuais dispensados pelo autor e pelo réu²¹. Assim, a fórmula encontrada será²²:

$$P.V > (1-P) . (Ct)^{23}$$

Assim, com os dados do exemplo anterior, incluindo os custos incorridos pelo réu (Cr) como sendo também de 25.000,00, observe que a fórmula ficará da seguinte forma:

$$0,7 \times 100.000,00 > 0,3 \times (25.000,0 + 25.000,0)$$

$$70.000,00 > 15.000,00$$

²¹ Isso porque nesta regra o perdedor é responsável pelo pagamento tanto do seu advogado, quando do advogado da parte contrária, além das custas judiciais, conforme explicitado anteriormente no corpo do artigo.

²² Equação esta trazida por Shavell (SHAVELL, Steven. "Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs." *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 55-82, jan./jun. 1982), e já consolidada na literatura internacional.

²³ P= probabilidade êxito; V= valor da causa; C t= custos totais com a demanda, incluindo os custos o advogado do autor, do réu e custas judiciais.

Portanto, isolando o elemento P (probabilidade de êxito), a fórmula, sob o prisma do sistema inglês, quanto à viabilidade da demanda a ser proposta fica da seguinte maneira:

$$P.V > (1-P) \times (Ct)$$

$$V > (1/P - 1) \times Ct$$

$$V/C > (1/P - 1)$$

$$V/C + 1 > 1/P$$

$$P > 1/[V/C + 1]$$

$$P > 1/[100000/50000 + 1]$$

$$P > 1/3$$

$$P > 0,33$$

Conclui-se, portanto, que sob o prisma da regra inglesa, a probabilidade de êxito da ação que justifica o ingresso em juízo é de no mínimo, 33%. Isto é, percentual bem superior àquele percentual de 25% que justificaria o ingresso em juízo sobre o prisma do sistema norte-americano. Ou seja, é exigido um percentual maior de probabilidade de êxito da ação, na regra inglesa, para que a demanda tenha viabilidade econômica, em comparação ao exigido na regra norte-americana.

Ressalte-se que os custos com a taxa judiciária foram aqui desconsiderados, assim como os custos com produção de provas, uma vez que variam de casuisticamente, além do fato de que são ínfimos em relação aos custos com advogados. Outrossim, tal opção, didática, a fim de simplificar as situações hipotéticas trazidas, não prejudica em nada o estudo e as considerações a serem feitas.

Ante o exposto, acerca das diferenças entre as fórmulas da decisão de litigar sob as regras inglesa e americana, conclui-se que: a regra inglesa, em contraponto à americana, estimula o ingresso de ações com alta probabilidade de êxito, enquanto desestimula as de baixa probabilidade.

Isso porque, pela regra inglesa, perder fica mais caro do que perder sob a regra americana, na medida em que o perdedor arcará tanto com seus custos quanto de seu adversário, enquanto na americana, apenas com os seus custos.

Tal conclusão, já sedimentada na doutrina, pode ser observada a partir dos seguintes trechos, de diferentes trabalhos científicos:

The intuition behind the conventional result is well known: Under the English rule, the lower a plaintiff's probability of prevailing, the more likely it is that he will bear not only his own costs at trial but also the defendant's legal costs. Under the American rule, in contrast, he never has to pay the defendant's legal costs. Consequently, there will be some low probability plaintiffs who will be deterred from bringing suits under the English rule, but who will sue and go to trial under the American rule (Grifou-se).²⁴

Most studies of American cost and fee allocation conclude that low costs and no-indemnity practice compared to loser pays encourage lawsuits of low merit and discourage lawsuits of substantial merit (Grifou-se).²⁵

Comparing the two systems, it is apparent that the frequency of suit will be greater under the British system when the plaintiff believes the likelihood of prevailing is sufficiently high--above "critical" level--and the frequency will be greater under the American system when the likelihood is below the critical level (Grifou-se).²⁶

Conclui-se, portanto, que a doutrina é uníssona no sentido de que a adoção do sistema inglês de repartição de custas no processo civil, com a máxima “o perdedor paga tudo”, teria como principal consequência a redução de demandas frívolas e, por outro lado, o incentivo de ingressar em juízo com demandas de alta probabilidade de êxito.

Outra consequência interessante da adoção do sistema inglês seria a de que os empresários teriam maior interesse no cumprimento da legislação, uma vez que eventuais condenações em juízo tornar-se-iam mais custosas, o que, por conseguinte, também diminuiria o número de processos no já saturado Poder Judiciário.

Já a adoção da regra americana teria por consequência o estímulo de ingresso em juízo com demandas de baixa probabilidade de êxito, chamadas de “demandas frívolas”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo, buscou-se, inicialmente, demonstrar que os sistemas de repartições dos custos entre as partes litigantes do processo civil são

²⁴ POLINSKY, A. Mitchell; DANIEL L. Rubinfeld. Does The English Rule Discourage Low Probability Of Prevailing Plaintiffs? *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, no. 2, 1998, pp. 519–535, p. 524.

²⁵ MAXEINER, James R. Cost and Fee Allocation in Civil Procedure. *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, n. 1, p. 195-221. 2010. p. 206)

²⁶ SHAVELL, Steven. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 55-82, jan./jun. 1982, p. 60.

classificados tendo como base a clássica dicotomia entre o sistema inglês e o sistema norte-americano.

Quanto ao primeiro, foi visto que é identificado com a máxima “the loser pays all”, que traduz a ideia de que a parte considerada ao final do processo como perdedora deverá arcar não só com os custos de seu advogado, as custas judiciais, mas também os custos incorridos pela parte contrária na contratação de seu advogado.

Já em relação ao sistema norte-americano, este é identificado com a máxima “each pay his own”, que traduz a ideia de que as partes, independente do resultado da demanda, serão responsáveis pelos custos dispensando para o acionamento da Justiça, no caso do autor, e para a sua defesa, no caso do réu.

Também foi exposto que tais sistemas, em que pese de fato serem norteados por tais “máximas” expostas acima, não possuem correspondência absoluta com as mesmas, existindo peculiaridades que as distanciam de tais conceitos “absolutos”, mas que não anulam seu valor teórico.

Numa segunda parte do artigo, com supedâneo na metodologia da Análise Econômica do direito, foi explicitado as diferenças na adoção do sistema norte-americano e do inglês no que tange à decisão de potenciais litigantes de ingresso em juízo.

A partir disso, foram tecidas algumas considerações, as quais se destacam: (i) o sistema inglês (“*loser pays all*”) tende a incentivar demandas de alta probabilidade de êxito, ao mesmo tempo que desestimula e reprime as demandas frívolas (de baixa probabilidade de êxito); (ii) no inverso da conclusão anterior, o sistema norte-americano (“*each pay his own*”) tende a incentivar demandas frívolas; (iii) o sistema inglês tem por consequência um maior planejamento por parte dos empresários no que tange à aplicação correta da lei, uma vez que eventuais condenações judiciais se tornam mais caras.

Deste modo, conclui-se que, não obstante cada país ter uma cultura que molda suas normas jurídicas, a princípio o sistema inglês, cuja máxima se traduz no bordão de que “o perdedor paga tudo” é mais vantajoso para a sociedade, uma vez que tende a filtrar demandas frívolas, incentivar a aplicação da lei por parte dos empresários e, conseqüentemente, diminuir o número de processos postos à apreciação do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Fernando Santos. *A análise econômica da litigância: teorias e evidências*. 2009. Monografia (Curso de Ciências Econômicas). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- DIAS, Jean Carlos. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo, RT, 2007
- MAXEINER, James R. Cost and Fee Allocation in Civil Procedure. *American Journal of Comparative Law*, vol. 58, n. 1, p. 195-221. 2010.
- MAXEINER, James R. *The American Rule: Assuring the Lion His Share*. Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (2012): 287-303
- NETO, Max Paskin; POLTRONIERI, Fernanda Maria. Honorários advocatícios sucumbenciais à luz do Direito Comparado e seu papel como um dos fatores da Jurisdicionalização excessiva dos conflitos no Brasil. *JusBrasil*. Disponível em: <<https://maxpaskin.jusbrasil.com.br/artigos/118679456/honorarios-advocaticios-sucumbenciais-a-luz-do-direito-comparado-e-seu-papel-como-um-dos-fatores-da-jurisdicionalizacao-excessiva-dos-conflitos-no-brasil>>. Acesso em: 30 set. 2017.
- PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. *Análise económica da litigância*. Coimbra: Almedina, 2005.
- POLINSKY, A. Mitchell; DANIEL L. Rubinfeld. “Does The English Rule Discourage Low-Probability-Of-Prevailing Plaintiffs?” *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, no. 2, 1998, pp. 519–535
- REIMANN, Mathias. *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A-Synthesis*. Cost and Fee Allocation in Civil Procedure (2012): 3-56.
- SCHWAB, Christian; TANG, Hin-Yue Benny; WINTER, Stefan. “Free Choice of Legal Fee Shifting Rules?”. *European Journal of Law and Economics*, v. 37, n. 2, p. 299-324, abr./jun. 2014
- SHAVELL, Steven. Suit, Settlement, and Trial: A Theoretical Analysis under Alternative Methods for the Allocation of Legal Costs. *The Journal of Legal Studies*, v. 11, n. 1, p. 55-82, jan./jun. 1982.