

JOGOS OCULTOS E TUTELA COLETIVA DE DIREITOS: REFLEXÕES SOBRE OS SISTEMAS BRASILEIRO E ESTADUNIDENSE

NESTED GAMES AND COLLECTIVE RIGHTS GUARDIANSHIP: REFLECTIONS ON THE BRAZILIAN AND NORTH AMERICAN SYSTEMS

Guilherme Bonato Campos Caramês¹
Analyse Reis de Melo Navarro²

Resumo: O presente artigo, através de instrumentos do Direito Comparado, realiza abordagem qualitativa ponderando os institutos de tutela coletiva do sistema jurídico brasileiro com o fenômeno da *entrepreneur-litigation* no contexto do sistema norte-americano. O marco teórico utilizado é a teoria dos jogos ocultos, de Tsebelis, pela qual é possível arguir que a estrutura da tutela coletiva de direitos no sistema brasileiro, por não considerar fator relevante a escolha racional econômica de seus participantes (interessados, legitimado, integrante da classe, advogados, empresa), desestimula a cooperação entre tais agentes e desequilibra as forças em favor das empresas acionadas em tais demandas, o que acaba por comprometer a efetividade da tutela jurisdicional buscada em favor da coletividade e desencorajar o ajuizamento de ações coletivas, notadamente aquelas que possuem como objeto a defesa de direitos individuais homogêneos.

Palavras-chave: Direito comparado. Teoria dos jogos ocultos. Tutela coletiva de direitos.

1. Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Servidor do Judiciário lotado em assessoria de Desembargador. E-mail: guilhermebonatocarames@gmail.com

2. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Faculdade CERS. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Servidora do Judiciário lotada em assessoria de Desembargador. E-mail: anereism@gmail.com

Abstract: This article, through instruments of Comparative Law, performs a qualitative approach, considering the collective rights guardianship institutes of the Brazilian legal system with the phenomenon of entrepreneur litigation in the context of the North American system. The theoretical framework used is the nested games theory, by Tsebelis, through which it is possible to argue that the structure of collective rights guardianship in the Brazilian system, for not considering as a relevant factor the economic rational choice of its participants (interested, legitimate, member of the class, lawyers, company), weakens cooperation between such agents and unbalances the forces in favor of companies brought in such demands, which ends up compromising the effectiveness of the judicial protection sought in favor of the collectivity and discouraging the filing of class actions, not ably those whose object is the defense of homogeneous individual rights.

Keywords: Comparative law. Nested games theory. Collective rights guardianship.

1 INTRODUÇÃO

Com suporte da teoria dos jogos ocultos desenvolvida por Tsebelis, o presente artigo tem por objetivo investigar, a partir do pressuposto de que os indivíduos seriam estimulados pelo mecanismo da escolha racional com foco no retorno econômico, em que medida os instrumentos do sistema de tutela coletiva do Brasil e dos Estados Unidos, este último refletido no fenômeno da *entrepreneur litigation*, permitem a cooperação dos agentes da ação coletiva para fins de efetividade da referida tutela.

Para tanto, é necessário perquirir os conceitos e o instrumental analítico fornecido pela teoria dos jogos ocultos de Tsebelis. De igual modo, forçoso apresentar os alicerces fundamentais da tutela coletiva brasileira e estadunidense para fins indenizatórios, a partir do que será possível estabelecer relações com o fenômeno da *entrepreneur litigation*, caracterizado pelo protagonismo do advogado, e não da parte, na gestão da ação coletiva.

Após o estabelecimento dessas premissas, o presente artigo pretende investigar quais são os jogos existentes entre os envolvidos na ação coletiva de ambos os países, qual a influência dos jogos ocultos sobre eles, e quais as implicações dessa interação para fins de efetividade da tutela jurisdicional efetiva.

Ao fim, pretende o artigo, em suma, contribuir para a ampliação da racionalidade do sistema de tutela coletiva brasileira e, desse modo, para sua maior efetividade.

2 JOGOS OCULTOS

Na obra “Jogos ocultos: escolha racional no campo da política comparada”, o cientista político George Tsebelis busca explicar a ocorrência de eventos nos quais um indivíduo, diante de possíveis alternativas decisórias, não segue aquela que poderia ser considerada racionalmente ótima (TSEBELIS, 1998). A motivação e a finalidade do texto é a construção de um aparato teórico que seja empiricamente observável na esfera dos fenômenos políticos.

Independentemente de a pretensão do autor recair sobre a ciência política, contudo, deve-se ter em conta que o aparato analítico por si desenvolvido na referida obra pode ser aplicado em contextos dos mais diversos. Basta, para isso, tão somente que tal cenário permita a adoção do pressuposto da escolha racional, a qual, como se verá adiante, é a pedra fundamental da qual parte Tsebelis.

Os argumentos apresentados numa análise da escolha racional são formais, isto é, são construídos de acordo com as regras da matemática ou da lógica. A vantagem desse processo é que os argumentos formais (supondo-se que estejam corretos) preservam a verdade. As conclusões dos modelos apresentados trazem consigo a verdade dos pressupostos que os geraram (TSEBELIS, 1998, p. 53).

Nesse ponto, inclusive, é que recai a importância dos conceitos trabalhados pelo autor: a racionalidade, notadamente preocupada com a maximização de riqueza, é amplamente presente nos agentes envolvidos no processo de efetividade da tutela coletiva.

Por conseguinte, o presente trabalho se debruça sobre a tese de que os atores racionais, em um ambiente de informação adequada, somente deixam de escolher a aparente estratégia ótima se estiverem envolvidos nos chamados “jogos ocultos”, conceito elaborado por Tsebelis e que é composto de duas diferentes espécies: “jogos em múltiplas arenas” e “projeto institucional”.

A última – projeto institucional – envolve a possibilidade de alteração das próprias regras do jogo envolvido, ou seja, a capacidade de um dos jogadores alterar o regramento ao qual estão submetidos. Já a primeira – jogos em múltiplas arenas – reflete os jogos nos quais um dos envolvidos não está participando apenas do jogo principal, mas sim de diversos outros jogos concomitantemente, de forma tal que uma escolha ótima tomada racionalmente no jogo principal não necessariamente corresponda a uma igual escolha no conjunto de jogos, e vice-versa.

Jogos em múltiplas arenas são representados tecnicamente por jogos com *payoffs* variáveis. Os fatores contextuais determinam as variações dos *payoffs* e são refletidos por eles. O *payoff* do jogo na arena principal varia de acordo com a situação prevalecente nos outros jogos, e os atores maximizam a sua ação quando levam em conta esses *payoffs* variáveis. A expressão projeto institucional refere-se à inovação política referente às regras do jogo. Os atores escolhem entre os diferentes jogos possíveis, ou seja, entre os possíveis conjuntos de regras. Nesse caso, ampliam o seu espaço estratégico e escolhem uma opção que antes não estava disponível (TSEBELIS, 1998, p. 24).

Portanto, segundo Tsebelis, nos jogos de múltiplas arenas ocorre que o observador do jogo principal acaba por julgar o comportamento do ator como irracional ou equivocado, quando, na verdade, tal conduta seria a melhor possível dentro de uma situação mais abrangente (TSEBELIS, 1998). Os fatores contextuais, apesar de não observáveis por terceiros ou mesmo pelos demais jogadores, alteram os *payoffs* envolvidos na arena, influenciando diretamente sobre a estratégia a ser seguida. Assim sendo, pode-se inferir que nos jogos em múltiplas arenas os *payoffs* do jogo principal são variáveis na medida em que são afetados

por eventos em outras arenas, os quais devem ser considerados a partir da probabilidade de sua ocorrência.

Desta feita, as estratégias contingentes ou correlacionadas (TSEBELIS, 1998), ou seja, as que levam em consideração as probabilidades de cooperação e deserção baseadas em elementos contextuais, acabam por alterar os *payoffs* dos jogadores na medida em que as referidas variáveis de probabilidade (cooperação/instrução e deserção) se alteram, multiplicando os potenciais equilíbrios que se poderia esperar do jogo principal.

O equilíbrio de Nash é o conceito fundamental da teoria dos jogos. Os jogadores utilizam estratégias mutuamente ótimas em equilíbrio: realizam uma combinação estratégica da qual ninguém tem incentivo para desviar-se (TSEBELIS, 1998, p. 41).

Portanto, em razão dessa influência contextual, a cooperação na arena principal torna-se mais provável quando há um aumento nas recompensas para cooperação, e menos provável à medida que aumentam as recompensas para deserção. Nesse cenário, ao contrário do que acontece nos jogos simples de dois jogadores, em que não há jogos ocultos (TSEBELIS, 1998), os resultados dependem apenas do tamanho dos *payoffs*, independentemente de sua ordem, ou seja, da natureza do jogo jogado (TSEBELIS, 1998).

Inclusive, essa ideia também se confirma nos jogos iterativos. Quanto maior o número de repetições do jogo, maiores serão os *payoffs* de cooperação, mesmo naqueles jogos em que não haja jogos ocultos. Isso se dá porque, independentemente da chamada “indução retroativa” (TSEBELIS, 1998, p. 80) apontar que em todos os jogos se repetirá o equilíbrio previsto para o último, tal perspectiva não se confirma quando os jogos são repetidos em uma quantidade suficientemente grande que permita diluir esse desconto temporal diante dos *payoffs* advindos da cooperação. Em outras palavras, mesmo que em um jogo haja o equilíbrio pela deserção, independentemente de se já considerar os jogos ocultos envolvidos, há um incremento dos *payoffs* de colaboração na medida em que o jogo será reiteradamente jogado (TSEBELIS, 1998).

Feitas essas considerações, nas quais se pretendeu demonstrar o conjunto analítico trazido por Tsebelis para definir seu conceito de jogos em arenas múltiplas, cabe ainda algum esclarecimento sobre o chamado projeto institucional, a outra espécie de jogos ocultos. Afinal, apesar de o próprio autor esclarecer que o desenvolvimento do conceito de projeto institucional não seria seu objetivo maior no texto (TSEBELIS, 1998), não deixa ele de ser uma ferramenta metodológica útil para as ciências sociais e, no caso, fundamental para a análise que se pretende fazer adiante.

Assim, partindo da definição de que as regras incluiriam todas as características de um jogo, exceto seus *payoffs*, Tsebelis estabelece um critério adicional de variação: além de alterações nos *payoffs*, característica dos jogos de arenas múltiplas, o jogo também poderia variar com a alteração das regras, ou seja, do conjunto de jogadores, de movimentos permitidos, a sequência das jogadas e a informação disponível antes de cada jogada (TSEBELIS, 1998).

Essas regras formalmente estabelecidas para o jogo, as quais são abreviadas por Tsebelis por meio da utilização do termo “instituição” (TSEBELIS, 1998, p. 99), eventualmente podem ser passíveis de modificação por um dos jogadores. Um exemplo utilizado pelo autor para demonstrar essa perspectiva dos jogos ocultos, ou seja, daqueles que envolvem a alteração do projeto institucional ao qual estão submetidos os jogadores, é a proposição legislativa³.

Quando determinado jogador participa de um jogo em que há um equilíbrio para a cooperação ou deserção, define suas estratégias segundo suas expectativas de acordo com esse equilíbrio. Contudo, se após uma jogada a regra do jogo se altera, seja por meio da inclusão de uma nova possibilidade de jogo, seja pela inibição de possíveis jogadas futuras, há também uma potencial mudança do equilíbrio. Nesse sentido, pode vir a ser interessante para um dos jogadores que o Congresso promulgue uma alteração legislativa que implique a modificação das regras do jogo do qual participa. Se no jogo criado, a nova situação de

3. O próprio autor cita as leis eleitorais, apartheid, escravidão. *In*: TSEBELIS. 1998, p. 117 e 118.

equilíbrio lhe favorecer, há o interesse na modificação do projeto institucional.

Sem mais delongas, portanto, são esses os esclarecimentos teóricos imprescindíveis para a análise que se pretende fazer acerca do fenômeno estadunidense da *entrepreneur litigation* como instrumento de eficácia para a tutela coletiva, notadamente quando comparado ao sistema brasileiro de estímulo à propositura e adequado acompanhamento das ações coletivas.

3 TUTELA COLETIVA BRASILEIRA, ESTADUNIDENSE E A ENTREPENEUR LITIGATION.

O modelo de tutela coletiva indenizatória nos Estados Unidos, regulamentado eminentemente pela *Federal Rule 23*, alínea (b)(3) – da qual se parte para fins de recorte metodológico –, se conforma como um modelo de ação de classe em que três características se destacam: (a) a ação coletiva pode ser proposta por qualquer integrante da classe devidamente representado por advogado, sendo desnecessária a presença de um representante do Estado; (b) o sistema de vinculação à decisão proferida na ação coletiva se dá através do mecanismo conhecido por *opt-out*, ou seja, que vincula a todos aqueles que expressamente não se desvincularem da ação coletiva; (c) os honorários advocatícios devidos ao patrono da classe, apesar de poderem ser fixados segundo diferentes metodologias, usualmente são arbitrados a partir de um percentual do valor depositado no fundo global criado na condenação coletiva.

Portanto, no modelo estadunidense de tutela coletiva não se faz necessário que uma associação representativa dos interesses da classe, ou então o Ministério Público, proponha a demanda coletiva, tal como ocorre no Brasil, por força dos art. 5º da Lei da Ação Cível Pública (LACP) e art. 82 do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Frisa-se, aqui, que dentre as categorias de direitos coletivos *latu sensu* previstas na legislação, será objeto da presente análise tão somente a dos direitos individuais homogêneos, pois identificáveis com as hipóteses da *Federal Rule 23*, alínea(b)(3), de natureza eminentemente indenizatória.

Assim, na sistemática das *class actions* basta que um indivíduo integrante da classe afetada ajuíze a ação coletiva para dar início aos trâmites processuais. Ainda, a despeito de sua representatividade poder ser questionada em juízo, basta sua substituição por outro integrante da classe, sendo desnecessário o ajuizamento de nova ação para tanto.

Afinal, por força da vinculação através do *opt-out*, é do interesse dos demais integrantes (e não apenas do representante) que a ação seja bem-sucedida, uma vez que nesse sistema todos ficam vinculados à decisão final prolatada na ação coletiva independentemente de manifestação nos autos.

A Suprema Corte considerou que a Regra 23 (c) (2) vigente na época, em sua literalidade, exige a notificação individualizada de todos os membros ausentes, desde que possam ser identificados com razoável esforço – a redação atual da Regra 23 (c) (2) (b), que regula as notificações nas ações de tipo (b) (3) é substancialmente idêntica ao dispositivo analisado pela Suprema Corte em Eisen, de modo que a decisão permanece atual – (ROQUE, 2013, p. 286).

Assim sendo, caso a representatividade daquele que ajuizou a demanda não seja a mais adequada para toda a classe, o processo continua com sua substituição por outro integrante que também estaria vinculado pelo sistema do *opt-out*.

Esse modelo é muito diverso do modelo brasileiro de vinculação à decisão proferida na ação coletiva. Enquanto no sistema estadunidense toda a classe fica vinculada à decisão coletiva independentemente se julgada procedente ou improcedente, no Brasil tal característica somente ocorre no caso de expressa vinculação (*opt-in*), restando os demais integrantes da classe contemplados tão somente no caso de procedência da ação coletiva. A vinculação *secundum eventus litis*, como é conhecida a sistemática brasileira, depende, como se depreende da própria expressão, do resultado da demanda.

Nos termos do art. 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, a sentença proferida na ação coletiva que versa sobre direitos individuais homogêneos somente se estenderá subjetivamente a terceiros no caso de procedência do pedido. Do contrário, no caso de improcedência, não

há qualquer reserva àqueles que não intervieram como litisconsortes no processo julgado para que busquem individualmente seu direito (art. 103, § 2º, CDC). A única implicação efetivamente coletiva da decisão de improcedência, no sistema brasileiro, se dá pela impossibilidade de outros legitimados ajuizarem nova ação coletiva com idêntico fundamento, e sem nova prova.

Em relação ao estabelecimento de honorários, novamente, a sistemática também é diversa. A primeira distinção entre os dois países diz respeito à aplicação da *american rule*, nos Estados Unidos, e da *english rule*, no Brasil. Enquanto na primeira não há o dever de pagamento dos honorários pela parte vencedora, ficando cada parte responsável pelos seus próprios honorários contratuais, no segundo há a obrigação desse pagamento dentro dos termos e limites impostos pela legislação. Frisa-se, contudo, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afasta a condenação de honorários sucumbenciais quando o legitimado que ingressou com a ação civil pública for o Ministério Público ou pessoa jurídica de direito público, salvo comprovada má-fé⁴.

A segunda distinção diz respeito à ampla licitude da cláusula *quota litis* (*contingency fee*) no sistema estadunidense, a partir da qual se permite ao advogado não somente adiantar todas as despesas processuais como condicionar seu ressarcimento e o recebimento de seus honorários a uma vitória no processo ou à celebração de um acordo (ROQUE, 2013). Ao contrário, no Brasil, somente é possível condicionar o recebimento de honorários, não sendo lícita a cláusula que condicione o ressarcimento das despesas a um êxito processual.

A terceira distinção, decorrente justamente de todas as características já assinaladas, diz respeito à necessidade de arbitramento pelo juiz dos honorários do advogado da classe. Afinal, por não haver honorários sucumbenciais e por ter sido patrono de integrantes ausentes da classe, por força do sistema de *opt-out*, necessário que o magistrado resguarde

4. EREsp 895.530/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe. 18.12.2009; EAREsp 962.250/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Corte Especial, julgado em 15/08/2018, DJe. 21/08/2018; REsp 1.974.436-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 22/03/2022.

os interesses desses ausentes, conciliando-os com o valor de honorários fixado contratualmente com o representante da classe ou então em acordo. Nesse sentido, apesar de haver diversos métodos para arbitramento dos honorários, o mais utilizado é a percentagem *method* (ROQUE, 2013), que estabelece um percentual do fundo global criado a partir da condenação coletiva ou do valor global previsto para fins de acordo.

Frisa-se, ainda, que por ser ilíquida a sentença da ação civil pública brasileira, pois dependente da liquidação dos integrantes individuais do grupo, os honorários sucumbenciais são arbitrados, no caso de ação ajuizada por associações e fundações privadas, fora dos padrões percentuais mínimos estabelecidos na lei para sentenças condenatórias⁵.

Nesse contexto, como reflexo dessas características estruturais, surgiu nos Estados Unidos o fenômeno conhecido como *entrepreneur litigation*. Os escritórios de advocacia, e não mais os próprios indivíduos integrantes da classe afetada, acabaram se tornando os protagonistas das ações coletivas.

Cientes da possibilidade de “abocanhar” um percentual do fundo global criado a partir da condenação coletiva, os advogados passaram a investigar situações de danos massivos com o objetivo de localizar um integrante da classe que pudesse permitir o ajuizamento da ação coletiva em seu nome.

Assim, mesmo diante dos altos custos que teriam de incorrer em razão do adiantamento de despesas de *Discovery* (ROQUE, 2013) e de expedição de notificação aos integrantes ausentes da classe (diligência obrigatória no modelo estadunidense e que em algumas situações tem custos superior à casa dos milhões de reais), a expectativa final de recebimento de parte de um fundo criado para indenizar toda a classe acaba por superar o risco da demanda.

5. Apesar de o art. 85 do Novo CPC indicar critérios objetivos quando não houver condenação pecuniária, há ainda dúvidas sobre o arbitramento com base no valor da causa para ações declaratórias. Nesse sentido, o parâmetro indicado tem por base a jurisprudência firmada com base no art. 20 do CPC de 73.

Em *Eisen*, uma das *class actions* havia sido proposta em benefício de seis milhões de pequenos investidores na Bolsa de Valores de Nova Iorque. Devido ao alto custo da notificação individual de todos os membros ausentes, (aproximadamente US\$ 225.000,00) comparada à pretensão individual do representante (certa de US\$ 70,00) (ROQUE, 2013, p. 285).

Nesse ínterim, por evidente, não são os integrantes da classe, e tampouco o representante escolhido pelo próprio escritório, os protagonistas e maiores interessados na demanda. Sobretudo quando os valores indenizatórios individuais são ínfimos, sendo inferiores aos custos necessários para o ajuizamento da ação coletiva, o grande beneficiário da ação coletiva é o advogado da classe.

Dessa forma, e justamente em razão dos riscos envolvidos, da gestão do litígio pelo advogado, e do investimento financeiro realizado, é que esse fenômeno ficou conhecido por *entrepreneur litigation*, ou seja, advocacia empreendedora (em tradução livre).

Estabelecidas as considerações necessárias sobre a estrutura da tutela coletiva no Brasil e nos Estados Unidos, bem como do fenômeno da *entrepreneur litigation*, fruto deste último, importante que se passe a estabelecer as reflexões sobre como a teoria de Tsebelis pode auxiliar na análise da racionalidade dos mecanismos de cada sistema.

4 DA ANÁLISE DOS SISTEMAS DE TUTELA COLETIVA A PARTIR DOS JOGOS EM ARENAS MÚLTIPLAS

No processo civil individual, no qual cada parte contrata seu próprio patrono para litigar, verifica-se uma identidade de interesses entre cliente e advogado, de forma tal que se pode aferir a existência de um jogo entre ambos no qual o equilíbrio é a cooperação.

Afinal, além de usualmente os honorários contratuais preverem um percentual adicional ao advogado sobre o proveito econômico da demanda (ou integral e condicionado ao sucesso da demanda, no caso da cláusula *quota litis*), há ainda no Brasil os honorários sucumbenciais, os quais são direcionados ao advogado, e não à parte. Portanto, por esse

modelo, ambas as partes tendem a cooperar mutuamente para o sucesso da demanda.

Contudo, as perspectivas se alteram na esfera coletiva.

Quando os interesses envolvidos na ação judicial extrapolam os limites da relação firmada entre o representante da classe, ou legitimado, e o advogado contratado para a defesa desses interesses externos, o jogo estabelecido entre estes últimos passa a sofrer influências contextuais. Está montado o cenário de múltiplas arenas.

Desse modo, diante da estrutura de ações coletivas existente nos Estados Unidos, houve a manutenção do equilíbrio de cooperação entre o representante da classe e o advogado, desequilibrando-se, contudo, a vantagem auferida pelo advogado.

Com o estabelecimento dos seus honorários com base no fundo global fruto da condenação coletiva ou de um acordo, o advogado da classe passa a ser remunerado como se efetivamente estivesse advogando individualmente para cada um dos integrantes, com a vantagem de ver os custos processuais diluídos.

Assim sendo, apesar da cooperação ser interessante para o representante de classe ante o benefício individual a que terá direito com a procedência da ação, a conduta cooperativa interessa muito mais ao advogado, que colherá parte dos frutos de cada um dos integrantes, mesmo dos ausentes.

É esse contexto, somado à licitude da *contingency fee*, que explica a ascensão da *entrepreneur litigation* nos Estados Unidos. E mais, é a partir desses elementos que se pode verificar, no que diz respeito à efetividade da tutela jurisdicional, duas externalidades positivas da estrutura de tutela coletiva refletida *entrepreneur litigation*: permite o ingresso de demandas coletivas mesmo quando a pretensão individual for de baixo valor (uma vez que é o advogado que se interessa pelo resultado acumulado da demanda), e, por conseguinte, a atração de melhores advogados para atuar em defesa das classes atingidas.

Contudo, justamente por força das arenas múltiplas ampliarem de forma vertiginosa os *payoffs* dos advogados no intuito de cooperarem para os interesses da classe, até mesmo viabilizando o adiantamento

de custas, em jogos iterativos tais incentivos tendem a ser reduzidos. Afinal, variáveis como tempo de duração do processo e custo de oportunidade passam a influir de forma mais intensa sobre a arena principal.

Na prática jurídica estadunidense, os acordos são utilizados amplamente como forma de extinção de litígios. Na esfera coletiva, além de encerrar a possibilidade de rediscussão daquela causa, uma vez que a coisa julgada cobre a todos os integrantes da classe que não se excluíram expressamente da ação coletiva (*opt-out*), o acordo tem a grande vantagem de delimitar os prejuízos que eventualmente adviriam pelos danos massivos, reduzindo a incerteza da empresa quanto ao seu planejamento futuro.

Assim sendo, é notável o interesse da empresa em celebrar acordos para encerrar as demandas coletivas. E nesse ponto, as múltiplas arenas voltam a ser fundamentais para análise do equilíbrio dos jogos.

Os advogados empreendedores (aqueles que praticam a *entrepreneur litigation*) precisam investir grande volume de recursos para ajuizar ações coletivas em que os danos sejam amplamente massificados, uma vez que a legislação estadunidense obriga a notificação, dentro do possível, de todos os integrantes da classe atingida.

Assim sendo, a partir do momento em que há esse investimento, o escritório deixa de dispor não apenas de recursos humanos para o processamento da demanda, como também de recursos financeiros, tornando-se um investimento de risco cujo sucesso resta vinculado ao sucesso na demanda coletiva.

Nesse sentido, se há a expectativa de que o jogo (a ação coletiva) venha a se repetir, o custo de oportunidade da ocupação de capital humano e financeiro do escritório aumenta, reduzindo gradativamente os *payoffs* do advogado na arena principal.

Com essas alterações, o equilíbrio do jogo ainda se mantém sobre a colaboração mútua dos jogadores, mas em razão da redução dos *payoffs* do advogado no jogo principal, os patamares mínimos para celebração de acordo também são reduzidos.

Assim sendo, mesmo que o valor auferido no acordo não seja satisfatório do ponto de vista dos integrantes da classe, pode sê-lo do ponto de

vista do advogado, justamente por permitir o resgate do investimento feito, disponibilizando recursos para novos jogos, nos quais mais uma vez poderão ser encerrados rapidamente por meio de um acordo coletivo, e assim por diante.

A partir daí, diante da pressão exercida pelo advogado, cresce a possibilidade de o representante da classe aceitar os termos de um acordo precoce, até mesmo porque em muitos casos, como já ressaltado, o representante da classe é escolhido pelo próprio escritório.

Portanto, além da alteração dos *payoffs* no jogo entre representante e advogado, há também alterações no jogo entre representante e os demais integrantes da classe. Aliás, é justamente em razão da possibilidade desta última que o modelo estadunidense prevê a necessidade de notificação dos demais integrantes da classe, da prévia análise da representatividade do representante (apesar da cacofonia dessa expressão), e da atribuição ao juiz de poderes para tutelar os interesses dos membros ausentes ao processo.

O desequilíbrio nos *payoffs* em favor do advogado, motivo último do fenômeno do *entrepreneur litigation*, apesar de gerar amplo acesso à justiça mesmo para casos de danos massificados de baixo valor individual, acaba por estimular a celebração de acordos potencialmente desfavoráveis à classe, mas que sejam suficientes para remunerar o advogado a baixo custo de oportunidade, disponibilizando recursos para que esses profissionais busquem novos empreendimentos.

Aliás, é nesse sentido que se pode observar a crítica de John Coffee à estrutura de tutela coletiva atualmente vigente nos Estados Unidos, e que gera como consequência fenômenos como o *entrepreneur litigation*:

A avaliação deste livro tem sido no sentido de que a execução privada da lei por meio da advocacia empreendedora tem sido bem-sucedida para casos complexos (provavelmente melhor que do que o setor público poderia fazer mesmo com mais recursos para tanto), mas esta capacidade tem sido desviada pela tendência dos advogados da classe autora em realizar acordos em razão de seus próprios interesses. A advocacia empreendedora é hábil a punir a empresa que causa danos massivos em muitos contextos, mas há um prejuízo substancial a estes resultados nos casos de ações coletivas envol-

vendo direito acionário ou empresarial, uma vez que os advogados da parte autora são indiferentes a quem paga a indenização, e o polo passivo prefere realizar um acordo porque isto passaria o custo real da ação para os integrantes da classe. Assim construído, os resultados do sistema beneficiam seus advogados indevidamente e tutelam inadequadamente os jurisdicionados (COFFEE JR, 2015, p. 219, tradução nossa).

Esse cenário, contudo, não se repete no Brasil.

A um, porque dos legitimados do art. 82 do CDC, para a propositura de ações coletivas, apenas alguns entes públicos, as associações e as fundações privadas podem contratar advogados do mercado.

Assim sendo, no caso dos demais legitimados, inclusive o Ministério Público, a construção de *payoffs* relacionados ao patrono da ação coletiva (seja ele próprio membro do Ministério Público) é notadamente incerta, uma vez que a variável de estímulo econômico por jogo não é apurável. Cite-se, a título de exemplo, que o ajuizamento de ações por membros do Ministério Público envolve elementos distintos da apuração econômica ao final da demanda, como vocação, fama, prestígio, cobrança de produtividade etc.

Dessa forma, e por ser inerente à aplicação do arcabouço teórico de Tsebelis, a determinabilidade, ao menos em termos probabilísticos, dos *payoffs* a serem auferidos pelos jogadores, não é possível abranger esses legitimados nessa análise comparativa, mas tão somente aqueles que podem contratar advogados de mercado.

A dois, porque a estrutura alicerçada na legislação brasileira, já no recorte dos legitimados que podem contratar advogados do mercado, inviabiliza sua remuneração em função de um fundo global constituído a partir da indenização condenatória coletiva. A ação civil pública, ao ser julgada, declara ou não a existência do direito, sem haver, contudo, qualquer condenação pecuniária imediata (art. 95 CDC).

Dessa forma, a indenização, eventualmente pretendida pelos integrantes da classe atingida, somente poderá ser liquidada após reivindicação individual perante o Judiciário, momento no qual deverá ser

demonstrada sua efetiva condição de integrante da classe e qual a extensão do dano por si sofrido (art. 97 CDC).

Nesse sentido, o advogado contratado somente receberá honorários pela declaração do direito, e não por força de uma condenação pecuniária. Evidente, portanto, que ante a ausência de resultados econômicos imediatos tanto para o legitimado como para a classe, os honorários contratuais e sucumbenciais tendem a ser arbitrados em valor reduzido quando comparado ao potencial impacto da liquidação de danos por todos os integrantes da classe atingida.

Contudo, tendo em vista que o sucesso da demanda declaratória é necessário para o pagamento de honorários sucumbenciais e, usualmente, muito relevante para o dos honorários contratuais, é importante verificar que há no jogo simples constituído entre o legitimado e o advogado o equilíbrio pela cooperação. A situação, porém, se altera quando se leva em consideração as múltiplas arenas.

Fora da arena principal, a empresa é um jogador atento tanto ao legitimado quanto ao advogado, interferindo diretamente nos *payoffs*. O sistema brasileiro da coisa julgada *secundum eventus litis* implica uma assimetria de interesses entre as partes, demandando uma maior atenção da empresa. Afinal, se ação é julgada procedente, cria-se de imediato uma potencial liquidação massiva por parte dos integrantes da classe atingida, implicando um risco muito maior para a empresa que eventual benefício para o legitimado. Isso, por evidente, sem contar o risco de arbitramento de *fluid recovery* no caso de pedidos individuais de liquidação em número incompatível com a gravidade do dano (art. 100 CDC).

Dessa forma, por ter um interesse econômico potencial muito mais elevado do que o do legitimado, a empresa tende a alterar os *payoffs* tanto do próprio legitimado, favorecendo situações de conluio, como também do advogado, que poderia ter seus honorários majorados em razão do maior risco envolvido na demanda.

Assim sendo, a assimetria causada pelo sistema *secundum eventus litis*, sobretudo para o caso de ações coletivas que agregam pretensões inviáveis de serem reclamadas individualmente, acaba por ser mais fa-

vorável ao advogado da empresa, atraindo os melhores profissionais para esse polo da ação coletiva.

Tal situação, frisa-se, se intensifica quando se considera que o advogado da empresa, além de atuar na ação coletiva, não restará impedido de defender seu cliente nas potenciais ações individuais ajuizadas, multiplicando seus honorários no jogo de múltiplas arenas.

Portanto, ante a impossibilidade de condenação pecuniária em sede de ação coletiva e pela natureza *secundum eventus litis* da coisa julgada, há uma assimetria de interesses entre as partes que acaba por influenciar nos *payoffs* do jogo entre legitimado e advogado da empresa, e, também, entre legitimado e os demais integrantes da classe, potencializando situações de equilíbrio de não-cooperação.

Há, portanto, problemas estruturais no sistema brasileiro que desestimulam a efetividade da tutela coletiva no país. Destaca-se, nesse sentido, que a despeito do sistema estadunidense também apresentar potenciais problemas de efetividade pelo risco de acordos precoces, há, ao menos, a tutela parcial desses direitos.

Ao contrário, a estrutura de incentivos na tutela coletiva brasileira é desestimulante para o ajuizamento de ações de natureza coletiva, uma vez que sua estrutura não favorece a plenitude de um comportamento cooperativo entre os legitimados, classe, e eventuais advogados contratados para defesa desses interesses. Aliás, mais do que isso, pois a atual sistemática tende a favorecer, em razão do maior risco potencial imposto às empresas, o incremento de *payoffs* para os advogados que promoverem sua defesa, atraindo os melhores profissionais.

Contudo, há ainda outro problema na estrutura de tutela coletiva brasileira, que é consequência dessa assimetria.

5 REFLEXOS DA ASSIMETRIA DE INTERESSES PELA COISA JULGADA *SECUNDUM EVENTUS LITIS* A PARTIR DO PROJETO INSTITUCIONAL

Assim como para Tsebelis em sua obra, não se pretende aqui prolongar a análise quanto ao projeto institucional. De toda sorte, é um instru-

mental interessante para se fazer uma reflexão sobre o sistema de tutela coletiva no Brasil, bem como sobre suas perspectivas futuras.

Nesse sentido, impõe as severar que justamente em razão da assimetria no potencial econômico da ação coletiva para a empresa e para o legitimado, deve-se considerar ainda a influência de mudanças nas regras do próprio jogo jogado: o lobby perante o Congresso para alterar o direito material que daria suporte à pretensão da classe ou da própria estrutura de tutela coletiva, criando empecilhos para sua efetividade.

Nesse sentido, desde já, importa consignar a análise feita pelo economista italiano radicado nos Estados Unidos, Luigi Zingales, ao tratar das razões que justificariam um lobby muito mais intenso em favor de grupos de interesse beneficiados com subsídios a despeito dos contribuintes que seriam prejudicados massivamente:

Mais uma vez: por que há tão pouco dinheiro na política? [...] Todos os anos, em teoria, os contribuintes deveriam estar preparados para pagar até 11 bilhões de dólares em contribuições políticas e custos de organização para evitar serem taxados para pagar pelos subsídios agrícolas. Mas, como cada eleitor racional percebe de maneira consciente ou intuitiva, a probabilidade de suas próprias ações fazerem diferença é muito pequena, e ninguém se organiza para combater os subsídios (quando o Congresso debateu o subsídio do açúcar, não há registro de nenhuma espécie de lobby do campo contrário aos subsídios). Em comparação, os agricultores recebem um imenso benefício dos subsídios. Para eles, compensa organizar-se – e, uma vez organizados, em se tratando de compra de votos, ninguém os supera. É por isso que gastam tão pouco. Podemos lutar com uma mão amarrada nas costas quando o adversário está lutando sem os dois braços. (ZINGALES, 2015, p. 66)

A explicação de Zingales, portanto, parte do pressuposto de que, no caso no conflito entre dois grupos, resta beneficiado aquele no qual os interessados podem se articular de forma mais eficiente, justamente em razão da concentração do valor individual de sua pretensão ser hábil a romper a inércia e os custos para o lobby.

Verifica-se, desta feita, plena identidade com a situação de estímulos criada na estrutura da tutela coletiva brasileira. A ação coletiva, ao criar

um risco econômico para a empresa muito superior ao potencial benefício para o legitimado, envia o litígio no sentido de que mais recursos sejam direcionados para a defesa da empresa. Como consequência, há um fluxo maior de capitais para alterar as próprias regras do jogo firmado na ação judicial coletiva.

Assim sendo, a partir da análise de Tsebelis, e com as considerações trazidas por Zingales, verifica-se que a alteração de *payoffs* através dos jogos em múltiplas arenas implica o fomento da própria alteração das regras do jogo no qual está inserida a tutela coletiva brasileira. Pela atual estrutura desse sistema, portanto, há a potencial incidência das duas espécies de jogos ocultos relacionadas por Tsebelis: as múltiplas arenas, que alteram os *payoffs* do jogo principal; e o projeto institucional, que altera os movimentos permitidos, a sequência das jogadas, a informação disponível, enfim, as regras do jogo, em grande medida definidas em lei.

Assim sendo, além de não garantir a efetividade da tutela jurisdicional de forma adequada, notadamente para as demandas de baixa pretensão individual, a própria estrutura da tutela coletiva estimula sua potencial condenação futura. Evidente, desta feita, a necessidade do legislador brasileiro se debruçar sobre a incidência de jogos ocultos sobre os jogadores individuais (legitimado, integrante da classe, advogados, empresa), sob pena de comprometimento da própria qualidade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça.

6 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, o sistema de tutela coletiva estadunidense proporciona o equilíbrio pela cooperação entre os agentes interessados na defesa dos interesses da classe, independentemente das múltiplas arenas nas quais estariam envolvidos a classe, seu representante e o advogado.

Nesse sentido, a despeito do desequilíbrio dos *payoffs* em favor do advogado, principal razão do fenômeno da *entrepreneurlitigation* e reflexo do sistema como um todo, o modelo estadunidense, apesar do risco de favorecer acordos não muito vantajosos para a classe, gera duas

externalidades positivas do ponto de vista da efetividade da tutela jurisdicional coletiva: permite o ingresso de demandas coletivas mesmo quando a pretensão individual for de baixo valor (uma vez que é o advogado que se interessa pelo resultado acumulado da demanda), e, por conseguinte, a atração de melhores advogados para atuar em defesa das classes atingidas.

Por outro lado, o sistema brasileiro, além de não permitir uma análise racional e econômica nos casos de legitimação do Ministério Público ou de outros entes que promoveriam a ação coletiva por dever de ofício, demonstra problemas estruturais que comprometem a efetividade da tutela coletiva para os casos em que é possível esse raciocínio.

Além da estrutura de incentivo na tutela coletiva brasileira ser desestimulante para o ajuizamento de ações de natureza coletiva, ante a baixa perspectiva de *payoffs* na arena principal, ainda mais reduzidos ou anulados pela interferência das arenas múltiplas, a atual sistemática tende a favorecer o incremento de *payoffs* para os advogados que promoverem sua defesa, atraindo os melhores profissionais e, mais ainda, o *lobby* em favor das empresas.

Afinal, mais interessante do que simplesmente reduzir suas chances de perda na arena principal, interessa à empresa que gera danos de forma massiva, em verdade, acabar com o jogo da tutela coletiva, inviabilizando a tutela de danos de pequeno valor, cujo ingresso individual no Judiciário apresenta elevado custo.

Nesse sentido, portanto, deveria o legislador brasileiro incrementar o modelo de estrutura coletiva no Brasil levando-se em conta, primeiro, a racionalidade econômica dos agentes e, segundo, os jogos ocultos dos quais certamente participarão os agentes envolvidos. Dessa forma, apesar de o sistema estadunidense não representar a perfeição em termos de efetividade da tutela coletiva, nesse ponto deveria ser objeto de maior reflexão, a fim de inspirar a criação de mecanismos eficazes para a realidade brasileira.

REFERÊNCIAS

COFFEE JR, John. **Entrepreneur litigation**: its rise, fall and future. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Derecho y Economía**. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1998.

MATHIS, Klaus. **Efficiency instead of justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law, Law and Philosophy Library**. New York: Springer, 2009. v. 84

POSNER, Richard. **Economic analysis of law**. Boston: Little Brown, 1973.

ROQUE, André Vasconcelos. **Class Actions**: ações coletivas nos Estados Unidos: o que podemos aprender com eles? Salvador: Ed. JusPodivm, 2013.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no Novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 22, abr. 2005.

TSEBELIS, George. **Jogos ocultos**: escolhar racional no campo da política comparada. Tradução Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Editora da USP, 1998.

ZINGALES, Luigi. **Um capitalismo para o povo**: reencontrando a chave da prosperidade americana. Tradução (A capitalism for the people): Augusto Pacheco Calil. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

Recebido em: 29/06/2022

Aprovado em: 24/09/2022