



ANÁLISE ECONÔMICA DO SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO¹

ECONOMIC ANALYSIS OF BRAZILIAN APPEALING JUDGMENT SYSTEM

*Luiz Fux*²

*Antonio Ali Brito*³

RESUMO: Artigo destinado a analisar os contornos teóricos e práticos do sistema recursal brasileiro, estudado à luz da Análise Econômica do Direito (AED), Escola do Pensamento Jurídico que se vale de conceitos da economia, notadamente o da eficiência, para moldar e incrementar as condições de operabilidade dos sistemas jurídicos ao redor do mundo. Seu objetivo é contribuir com soluções e reflexões que auxiliem na construção de um sistema recursal mais estável, previsível, confiável e seguro, que inspire maior legitimidade na aplicação do Direito pelos tribunais, além de constituir um atrativo para fomentar o ambiente de negócios no Brasil, de acordo com os parâmetros fornecidos pelo Ranking *Doing Business*, elaborado pelo Banco Mundial. Inicialmente, são estudados os conceitos fundamentais dos recursos, fornecidos pela doutrina estrangeira, especialmente a italiana, e os seus reflexos na doutrina brasileira, traçando parâmetros e premissas de interpretação inicial, a fim de melhor compreender o desenvolvimento do instituto no mundo e no Brasil. O recurso, nessa esfera de exame, é visto como importante mecanismo de aprimoramento da capacidade institucional do Poder Judiciário, expressando a busca pela melhor decisão possível. O seu exame pelo prisma da Análise Econômica do Direito corrobora com a noção de que a inafastabilidade da prestação jurisdicional e o acesso à justiça só poderão ser plenamente efetivados quando concretizados em uma conjuntura de previsibilidade, estabilidade e eficiência, máxime pela garantia de um prazo razoável. Esse direito fundamental, positivado com a inclusão, no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988, do inciso LXXVIII, enseja a necessidade de conceber mecanismos de mensuração dos incentivos de que dispõem as partes para recorrer no processo civil brasileiro — considerando dados, estatísticas e estudos comportamentais — como forma de contribuir

¹ Artigo recebido em 14/05/2024 e aprovado em 17/05/2024.

² Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF). Ex-Presidente do Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Professor Titular de Direito Processual Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Doutor e Livre-Docente em Direito Processual Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Membro da Academia Brasileira de Filosofia. E-mail: gabineteluizfux@stf.jus.br.

³ Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Assessor no Supremo Tribunal Federal (STF). E-mail: antonio.p.brito@stf.jus.br.



para o desenvolvimento de estratégias eficazes visando conter a prodigalidade recursal. Ao longo do texto, é extraída a conclusão de que a Análise Econômica do Direito tem se demonstrado uma importante aliada na mencionada tarefa, considerando todo o seu instrumental, que se busca examinar no presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema recursal; Análise Econômica do Direito; eficiência; segurança jurídica; previsibilidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the theoretical and practical contours of the Brazilian appellate system, studied in light of Law and Economics, a school of legal thought that employs economic concepts, notably efficiency, to shape and enhance the operability of legal systems worldwide. Its goal is to contribute solutions and reflections that assist in building a more stable, predictable, reliable, and secure appellate system, inspiring greater legitimacy in the application of law by the courts, and constituting an attraction to foster the business environment in Brazil, according to the parameters provided by the Doing Business Ranking, elaborated by the World Bank. Initially, the fundamental concepts of appeals provided by foreign doctrine, especially Italian, and their reflections in Brazilian doctrine are studied, tracing parameters and premises of initial interpretation in order to better understand the development of the appealing litigation worldwide and in Brazil.

The appeal, in this sphere of examination, is seen as an important mechanism for improving the institutional capacity of the Judiciary, expressing the pursuit of the best possible decision. Its examination through the lens of Law and Economics corroborates the notion that the access to justice and the indefeasibility of judicial relief can only be fully realized when achieved in a context of predictability, stability, and efficiency, especially through the guarantee of a speedy trial. This fundamental right, enshrined with the inclusion in the list of the Brazilian Federal Constitution of 1988, in Article 5, section LXXVIII, entails the need to conceive mechanisms for measuring the incentives available to parties to appeal in the Brazilian civil procedure — considering informative data, statistics, and behavioral studies — as a way to contribute to the development of effective strategies aimed at containing appellate profligacy. Throughout the text, the conclusion is drawn that Law and Economics has proven to be an important ally in the aforementioned purpose, considering all its instrumental, which is sought to be examined in the present work.

KEYWORDS: Appellate judgment system; Law and Economics; efficiency; legal certainty; predictability.



1. INTRODUÇÃO.

O relatório Justiça em Números 2023, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, ao discorrer sobre o índice de recorribilidade das decisões no Brasil, expôs o impressionante dado de que “chegam aos Tribunais de segundo grau 25% das sentenças de primeiro grau de conhecimento e 10% das sentenças de primeiro grau de execução”; e, de outra sorte, que “chegam aos tribunais superiores, 27% das decisões de segundo grau”, variando os números “significativamente entre os segmentos de justiça”.⁴

Considerando, de acordo com o relatório, o alarmante número de que existem mais de 81,4 milhões de processos atualmente em tramitação no país⁵, haveria de se indagar, pela relevância do diagnóstico realizado: como poderemos elaborar estratégias para desestimular os incentivos dos litigantes na irresignação de demandas frívolas⁶, tornando o sistema recursal brasileiro mais *eficiente*?

Trata-se de fenômeno cuja abordagem não pode ser dissociada do estudo da Análise Econômica do Direito (AED), que se utiliza de instrumental fornecido pela economia, notadamente o imperativo da *eficiência*, para moldar e incrementar as condições de operabilidade dos sistemas jurídicos ao redor do mundo.

A Análise Econômica do Direito não é uma mera divagação acadêmica, na linha do que alerta o Professor Simeon Djankov, ao recordar que o ranking *Doing Business*, realizado pelo Banco Mundial, avalia a confiabilidade do sistema judiciário de cada país a fim de mensurar sua aptidão para receber investimentos.⁷

A confiabilidade de um sistema judiciário reside, primordialmente, na sua capacidade de produzir resultados previsíveis e estáveis, prezando pela segurança jurídica, ao passo que

⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2023. Brasília: CNJ, 2023, p. 200.

⁵ *Ibid.*, p. 92.

⁶ “ (...) *So long as there are no barriers to bringing suit, it will generally be the case that some proportion of suits are frivolous. The reason for this is that if there were no frivolous suits brought, defendants would find it in their interest to offer substantial amounts in settlement. Such high offers, however, encourage the bringing of strike suits. Moreover, the number of frivolous suits as a proportion of all suits is unaffected by the frequency of genuine claims in the population of potential plaintiffs.*” (KATZ, Avery. The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation. In: International Review of Law and Economics, n. 10, 1990, p. 25).

⁷ DJANKOV, Simeon. The Doing Business project: how it started. In: Journal of Economic Perspective, vol. 30, n. 1, Winter 2016, p. 247, 248.



infirmar a ideia de uma jurisprudência lotérica. Nesse cenário, estima-se que as partes, sabendo deste grau de previsibilidade, seriam estimuladas a interpor recursos idôneos, porque convencidas das desvantagens resultantes da sua irresignação protelatória em demandas consideradas frívolas.

Com o intuito de desenvolver esta reflexão, através de revisão bibliográfica e análise documental, o argumento proposto será dividido em três partes: (i) uma exposição inicial do sistema recursal brasileiro, à luz de conceitos fundamentais fornecidos pela doutrina nacional e estrangeira, com base nas quais foi idealizado; (ii) uma abordagem de tal sistema sob o prisma da Análise Econômica do Direito, examinando as experiências levadas a efeito nos Estados Unidos e, especialmente, no Brasil; (iii) conclusão, com a exposição das premissas e das sugestões extraídas do presente estudo.

Pretende-se, com isso, contribuir com o desenvolvimento de soluções para o aperfeiçoamento do sistema recursal brasileiro.

2. SISTEMA RECURSAL BRASILEIRO: CONCEITOS FUNDAMENTAIS.

A ideia de recurso remete-nos à existência de uma pluralidade de graus de jurisdição, porquanto “podem, em regra, conhecer da mesma causa diversos juízes sucessivamente, isto é, em instâncias ou graus diversos”.⁸

Chiovenda⁹, ao explicitar a *ratio* da sua lição citada acima, aponta que essa pluralidade representa a busca pela melhor decisão possível, máxime por permitir que seja esta revisada por instâncias posteriores. Visa impedir, assim, que eventuais vícios se mantenham pela resistência de juízes influenciados pelos próprios erros.

Para o ilustrado catedrático de Roma, são consideráveis as vantagens desse primado secular: a) a inspiração de maior confiança da opinião pública; b) o estímulo dos juízes de primeiro grau para melhor julgarem; c) a importância econômica e jurídica de discriminar as causas mais importantes para apreciação pelos órgãos superiores; d) a promoção do

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009, p. 617.

⁹ Ibid., p. 618-620.



equilíbrio de poder no sistema judicial; e) maior probabilidade de julgamento imparcial e equitativo.¹⁰

De fato, como assenta Manoel Gonçalves Ferreira Filho¹¹, o controle do poder é preocupação fulcral onde se faz opção pelo seu exercício não totalitário, daí porque necessária a sua adoção por intermédio da fixação de competências, capacidades e limitações. Afinal, consoante recorda José Levi Amaral Júnior, a recíproca limitação do poder é a finalidade última do dos Estados Constitucionais de Direito — através do constitucionalismo — tendo como parâmetro mais evidente o art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.¹²

Consectariamente, no contexto processual, o exercício deste ideal de recíproca limitação dos poderes — ora exercidos pelos juízes — assume feição eminentemente *dialética*.

Assim o sustentou Calamandrei, na seminal obra *Proceso y Democracia*, ao assinalar que “*proceso no es un monólogo sino un diálogo, una conversación, un cambio de proposiciones, de respuestas y de réplicas, un cruzamiento de acciones y de reacciones, de estímulos y de contraestímulos, de ataques y de contraataques*”.¹³

Conforme já anotamos alhures¹⁴, essa carga axiológica reflete fenômeno percebido, na primeira metade do século XX, por clássicos como Eduardo Juan Couture, no Uruguai; Leonardo Prieto Castro e Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, na Espanha; e o já citado Piero Calamandrei, na Itália. Trata-se da releitura do Direito Processual à luz dos valores constitucionais, o que fora especialmente concebido depois de diversas tentativas de imposição de ideologias autoritárias nas legislações processuais ao redor do mundo, na quadra histórica de então.

¹⁰ *Ibid.*, p. 618.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder e seu controle. In: Revista de informação legislativa, v. 21, n. 84, out./dez. 1984, p. 91.

¹² AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de Constituição. In: Revista Direito Público, v. 18, n. 98, 2021, p. 716.

¹³ CALAMANDREI, Piero. Proceso y democracia. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960, p. 150.

¹⁴ FUX, Luiz. A constitucionalização do processo e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: A Constituição da democracia em seus 35 anos. Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Coords.). Belo Horizonte: Fórum: 2023, p. 92 e seguintes.



Essa tendência foi captada, no Brasil, por José Frederico Marques, que, ainda em 1952, na tese de concurso para Professor Catedrático da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, com declarada inspiração nos autores acima aludidos, já vislumbrava as normas fundamentais do processo como consectários do Direito Constitucional.¹⁵

O mencionado autor, em obra diversa, ressalta que o conceito de recursos — de “atos processuais que têm por finalidade a obtenção de novo exame, total ou parcial, de um ato judiciário” — encontra atinência lógica com princípios constitucionais de longa tradição pátria, como o duplo grau de jurisdição, ou seja, a possibilidade de fazer transitar uma causa pela apreciação de dois órgãos jurisdicionais sucessivos.¹⁶ *Compreende-se, desse modo, que os recursos, no Brasil, são institutos com fundamento constitucional.*

Na linha do que propõe o Professor José Carlos Barbosa Moreira, líder da Escola Processual de Copacabana, da mesma forma que o exercício do direito constitucional de ação é *condicionado* pelas condições da ação¹⁷, o exercício do direito constitucional de recorrer é *conformado* pelo exame de “dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação”; a outra, que é “subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário.”¹⁸

É a distinção clássica entre o juízo de admissibilidade, “àquele em que se declara a presença ou a ausência de semelhantes requisitos¹⁹”, e o juízo de mérito, “àquele em que se apura a existência ou inexistência de fundamento para o que se postula, tirando-se daí as consequências cabíveis, isto é, acolhendo-se ou rejeitando-se a postulação”.²⁰

¹⁵ MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária. Edição revista, atualizada e ampliada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.

¹⁶ MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 19.

¹⁷ FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 189 e seguintes.

¹⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 261.

¹⁹ São eles: a legitimidade do recorrente, o interesse em recorrer, o cabimento, a inexistência de fato impeditivo do direito de recorrer, a tempestividade, o preparo do recurso e a regularidade formal. Para exame aprofundado, cf. FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 926 e seguintes.

²⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 261.



Deveras, os recursos representam, a um só tempo, um direito e um ônus. Um direito, porque a sua condição de instrumento voluntário²¹ outorga a prerrogativa àquele que sucumbiu em determinada lide de discutir o conteúdo da decisão recorrida na mesma relação processual²²; um ônus, porque as partes, para não conviverem com aquela decisão que lhe foi lesiva, tem de utilizar tal instrumento para afastar o prejuízo que lhes foi trazido.

Também possuem os recursos três finalidades precípua, no impedimento da formação de coisa julgada (art. 502 CPC/2015): 1) a substituição da decisão recorrida, nos limites da impugnação²³, em havendo erros de julgamento (*error in iudicando*); 2) possibilidade de cassação²⁴ da decisão recorrida, em havendo erros na adoção do adequado procedimento (*error in procedendo*); 3) correção da decisão recorrida, permitindo que melhor se compreenda o *iter* do raciocínio lógico utilizado pelo magistrado, como se observa nos casos de embargos de declaração (art. 1022 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015).

De outra sorte, a visão sistemática do quadro recursal brasileiro, ora proposta, reside na incontornável premissa de que, em regra, para *cada decisão recorrível há um recurso cabível*. Tal princípio, denominado de unicidade ou unirecorribilidade dos recursos, denota certa ideia de tipicidade, que expressa o cabimento sucessivo, e não simultâneo, dos instrumentos de impugnação.²⁵

²¹ Como exceção à voluntariedade, recordemos dos casos de remessa necessária, disciplinados pelo art. 496 do Código de Processo Civil de 2015, que dispõe: “Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público; II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.”

²² Nisto diferem-se das impugnações autônomas às decisões, que instauram nova relação processual, como a ação rescisória e o mandado de segurança.

²³ Trata-se do efeito devolutivo, que poderá ser visto sobre dois diferentes prismas: 1) a extensão, pela qual se delimitam as questões controvertidas no pedido recursal, solucionadas, ou não, pela decisão recorrida; e a 2) profundidade, dizendo respeito à possibilidade de analisar todos os fundamentos jurídicos e fáticos concernentes às questões delineadas. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de direito processual civil, vol. 3. 18ª ed. Salvador: Juspodvim, 2021, p. 233.

²⁴ Excepcionam-se os casos de aplicação do efeito suspensivo do recurso, quando, ao invés de cassada, a “a eficácia da sentença poderá ser suspensa pelo relator se o apelante demonstrar a probabilidade de provimento do recurso ou se, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação” (art. 1.012, § 4º do CPC/2015).

²⁵ É necessário, entretanto, pontuar que, em “parte, o Direito brasileiro mitigou o princípio da unirecorribilidade após a Carta de 1988, ao dicotomizar o recurso extremo em recurso extraordinário, para as hipóteses de violação da ordem constitucional, e recurso especial, para a infringência à ordem infraconstitucional. Considerando que uma decisão pode ser violadora de forma bifronte às duas ordens federais, admite-se a interposição simultânea de ambos os recursos, sendo certo que o extraordinário



Esse diálogo sistemático entre os diversos institutos atinentes à disciplina dos recursos permite inferir a existência de um *sistema* recursal no Brasil, observando os pressupostos conceituais explicados por Edvaldo Brito: sistema é “um conjunto de partes ou elementos integrados entre si. Por isso mesmo, é um conjunto ordenado, lógico e racional. E porque é assim, todo sistema traduz-se num conjunto de princípios os quais estabelecem um corpo de doutrina”.^{26,27}

A funcionalidade de qualquer sistema — especialmente um sistema processual — dependerá, sobremaneira, da sua aptidão para ser operado com o atingimento dos *resultados* a que se propõe.²⁸

Destarte, faz-se mister a leitura de propostas de abordagem das relações jurídicas processuais que, mercê de ultrapassarem a cultura do formalismo, concebem instrumentos para conferir *eficiência* ao funcionamento do sistema processual brasileiro.

É o caso da Análise Econômica do Direito, que se vale da *eficiência* para maximizar o alcance de resultados com proporcional diminuição de expedientes e artifícios dispendiosos.

Como já se disse alhures²⁹, a Análise Econômica do Direito, quando aplicada ao processo civil, permite enxergar novos paradigmas ao estudo do fenômeno processual,

endereçado ao Supremo Tribunal Federal fica sustado até a decisão do recurso especial, pela objetiva razão da superposição da Corte Suprema aos demais tribunais do país, inclusive ao Superior Tribunal de Justiça, guardião da ordem infraconstitucional que, ao decidir, pode, eventualmente, ferir a Carta Maior.” FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 920.

²⁶ BRITO, Edvaldo. Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 73.

²⁷ Um exemplo concreto da praticidade deste sistema é o princípio da fungibilidade recursal, que consiste no aproveitamento de recurso incabível como se cabível fosse — superando o óbice da utilização de *nomen juris* inadequado — desde que constatada a ausência de erro grosseiro ou emprego de má-fé.

²⁸ PISANI, Proto. L’effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all’attuazione della sentenza di condanna. In: Rivista di Diritto Processuale, v. 30/1975.

²⁹ “Por meio desse paradigma, é possível analisar diversas manifestações do processo, considerando os incentivos e desincentivos que o ordenamento jurídico e suas normas processuais oferecem aos atores do processo. Com efeito, tomando as partes, o processo e o procedimento como integrantes de um modelo básico de litigância civil, uma análise econômica de tais manifestações sugere a subdivisão do litígio em diversas fases principais, as quais podem ser estudadas também mediante um cotejo entre os institutos do CPC e o instrumental teórico da AED. Exemplificativamente, essas fases podem ser a decisão sobre a propositura da ação; a decisão sobre a conciliação do litígio; ou a ausência de solução consensual e o próprio julgamento da demanda. Em relação à primeira fase mencionada (a decisão sobre a propositura da demanda), importantes contribuições econômicas advêm do instrumental econômico, que ajudam a entender algumas das diretrizes no CPC. De início, a propositura de uma ação necessariamente envolve custos, de ordem material e imaterial (honorários advocatícios contratuais e sucumbenciais, custas, multas, tempo de duração etc.). Nesse ponto, a adoção do instrumental oferecido pela análise econômica do direito estabelece como premissa básica que o



contribuindo para o seu desenho normativo e o aprimoramento de seus institutos. Essa análise é conveniente em diversos momentos da relação jurídica processual: a decisão sobre a propositura ou não de uma ação, a definição das custas judiciais, a fixação dos honorários advocatícios e sua majoração ao longo do processo, a fixação do montante da indenização, a imposição de multas processuais por condutas indignas ou recursos protelatórios, mecanismos de indução e coerção indireta para o cumprimento de decisões judiciais etc.

Sob essa ótica complementar aos tradicionais e imprescindíveis estudos do processo civil, a formulação das políticas judiciárias e das normas processuais devem também ser consideradas como mecanismos de incentivos, desincentivos e reforços aos comportamentos dos sujeitos processuais. Dessa forma, permite-se o ajuste dessas normas e dos institutos processuais fundamentais, conforme o modelo de processo civil que se queira desenvolver. Será esta Escola do Pensamento Jurídico abordada no tópico seguinte.

3. UMA LEITURA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

3.1 A tradição norte-americana.

Conceberam os norte-americanos a tradição cultural do “*one day on court*” para designar a ideia de que, aos jurisdicionados, bastaria um dia nos tribunais para exaurirem as suas demandas judiciais. Expressam, assim, o ideal de eficiência e prontidão na administração da justiça, refletindo não apenas uma abordagem pragmática do processo, mas também uma visão pautada pela incessante busca da rápida resolução de litígios. É a sua forma de pensar a promoção de uma prestação jurisdicional acessível e equitativa.

Charles M. Cameron e Lewis A. Kornhauser, no estudo *Appeals mechanisms, litigant selection, and the structure of judicial hierarchies*³⁰ analisam as repercussões de tal ideal na

autor – considerado um agente racional, ainda que diante de informações limitadas – apenas proporá a demanda se os custos totais do processo forem inferiores aos benefícios dele decorrentes. Iniciar uma relação jurídica processual, sob esse prisma, deve revelar um resultado positivo na análise do custo e do benefício dessa investida.” FUX, Luiz. Curso de direito processual civil. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 35-37.

³⁰ CAMERON, Charles M.; KORNHAUSER, Lewis A. *Appeals mechanisms, litigant selection, and the structure of judicial hierarchies*. In: *Institutional Games and the U.S. Supreme Court*, University of Virginia Press, 2005.



seara recursal, porquanto transportam para essa esfera de discussão acadêmica a mencionada cultura da eficiência na prestação jurisdicional.

Deveras, construíram um modelo comportamental simples, sem maiores sofisticções, a partir de circunstâncias consideradas presumíveis, no contexto de um sistema judiciário cuja organização seja marcada pela pluralidade de instâncias de jurisdição, consoante já mencionado em tópico anterior. Em tal estrutura, apontaram que as motivações para possíveis interposições de recursos permitiram extrair um conjunto impressionante de (des)incentivos às partes, de aproveitável estudo sob o prisma da Análise Econômica do Direito.

Em primeiro lugar, estimam que, se uma parte sabe que perdeu indevidamente, terá ela um forte incentivo para interpor algum recurso, máxime se o tribunal de apelação, considerando as probabilidades atreladas ao seu histórico, estiver propenso a corrigir o erro do órgão anterior.

Consectariamente, o incentivo para recorrer de um julgamento errôneo é alto em qualquer nível hierárquico judicial abaixo do mais alto; o mesmo raciocínio aplica-se para quem vence corretamente e tem um forte incentivo para contestar recursos ditos "impróprios" de quem perde corretamente.

Ao menos em termos triviais, reputam que a parte que perde corretamente tem poucos incentivos para recorrer, partindo da premissa de que o arcabouço anglo-americano de apelações posiciona implicitamente as partes em recíproca e constante oposição, quando as estimula a fiscalizar os recursos "impróprios" das respectivas adversárias. É defendido, por isso, que o mencionado aparato estadunidense disponha de técnicas para condicionar sistematicamente a conduta das partes na esteira da estrutura de incentivos que narramos acima.

À mesma conclusão chegaram Andrew Daughety e Jennifer Reinganum³¹, utilizando-se de métodos axiomáticos e bayesianos para condensar informações e revelar um protótipo de tomada de decisões, considerando o mesmo contexto de organizações judiciárias moldadas pela pluralidade de graus de jurisdição.

³¹ DAUGHETY, Andrew e REINGANUM, Jennifer. *Appealing Judgments*. In: *Rand Journal of Economics* v. 31/2000, p. 502-525.



Ressaltam a importância da previsibilidade para construir um chamado “valor de corte”, sinalizando caminhos recomendáveis a serem adotados pelos sucumbentes, no cenário em que, apenas para aqueles com sinais iguais ou abaixo do valor de corte, seria razoável recorrer. Um lastro probatório e jurídico a ensejar a melhoria da situação processual no julgamento do recurso aumentaria o valor de corte, enquanto maiores custos de transação e a menor probabilidade de provimento recursal diminuiriam tal valor.

A visão doutrinária destes mecanismos de aferição qualitativa dos recursos refletiu-se, igualmente, nos estudos seminais do Professor Steven Shavell³², catedrático de *Law and Economics* na *Harvard Law School*, que percebeu o sistema recursal norte-americano como um *instrumento de correção de erros*.

A correta utilização destes padrões de operabilidade resultaria, para o mencionado autor, nas seguintes vantagens: uniformização de entendimentos, prevenção de erros, e legitimação do processo através da adequada aplicação da lei pelo Estado.

Desenvolvendo seu raciocínio, explica que o sistema recursal é socialmente útil quando há um nível de investimento provocando o seguinte quadro: o custo de um recurso — somado ao dano esperado decorrente da falha em reverter um erro do órgão anterior — torna-se menor do que o dano certo decorrente do erro que seria sofrido na ausência da interposição desse recurso.

Assinala, também, que a fórmula ideal de recursos interpostos sob indicadores comportamentais satisfatórios residiria no seguinte silogismo: a) é interposto se os litigantes irrisignados forem vítimas de *error in judicando* ou *in procedendo*, aferíveis com o menor custo possível; b) não é interposto, quando constatado o intuito de retardar resultado que se sabe desvantajoso para o recorrente. Trata-se, na linha do exposto pelo autor, do modelo de incentivos a que se devem induzir as partes por meio da utilização de ferramentas processuais.

Além disso, menciona que, mercê de ser reconhecida a qualificação técnica dos órgãos de instância inferiores, ainda seria desejável corrigir os erros que eventualmente

³² SHAVELL, Steven. The Appeals Process and Adjudicator Incentives. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 35/2006.

SHAVELL, Steven. The Appeals Process as a Means of Error Correction. In: *The Journal of Legal Studies*, v. 24/1995.



possam ocorrer nos seus julgamentos. Destarte, é oferecido, nesses termos, um ambiente de previsibilidade para a sociedade ao estabelecer padrões de interpretação normativa, resultando na correção de decisões recorridas que sejam dissonantes desses padrões.

Richard Posner, explicitando a visão da *Law and Economics*, cultivada na *University of Chicago Law School*, sugere a existência de três custos de transação na sistemática recursal: 1) as custas judiciais; 2) o atraso na satisfação da demanda existente no recurso; 3) o limite do valor estabelecido pelo tribunal para apreciação da demanda. Entende serem estes os fatores necessários para consideração do Poder Judiciário, enquanto expedientes possivelmente utilizados para desestimular a interposição desenfreada de recursos.

Nesse cenário, para o autor, as Cortes se ocupariam, majoritariamente, do julgamento de recursos em que as partes (i) poderiam pagar os custos judiciais caros, (ii) integrariam casos envolvendo grandes somas de dinheiro e, (iii) no cerne de tais casos, estaria uma questão controvertida não impactada por possíveis atrasos.³³

Diante de tais elementos, é de se refletir: como poderíamos analisar o caso brasileiro, *com todas as peculiaridades sociais e culturais que lhe são inerentes*, à luz deste aparato conceitual estrangeiro? É o que se verá a seguir.

3.2 O caso brasileiro.

Ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, o Professor Barbosa Moreira, ao fazer uma análise sobre o quadro geral dos remédios contra decisões judiciais, dizia que, “conforme a diretriz de política legislativa predominante na época, tais remédios veem-se prodigalizados ou, ao contrário, comprimidos em doses parcimoniosas”, anotando que a “oscilação entre uma e outra tendência marca a evolução histórica de todos os grandes sistemas jurídicos do chamado mundo ocidental.”³⁴

³³ POSNER, Richard. *The federal courts: crisis and reform*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p. 130 e seguintes.

³⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 229.



Deveras, defende-se, de há muito,³⁵ a busca pelo ideal da eficiência no sistema recursal brasileiro, com inspiração na lição de Mauro Cappelletti: *impor-se a uma parte que litigue uma vida inteira também é uma injustiça social*.³⁶

Partia-se, naquelas circunstâncias, da asserção de que a existência em si dos recursos revelava um sistema inabólvél, em confronto com a efetividade. O que se impunha, destarte, era uma regulação da própria atividade do tribunal, no sentido de tornar mais eficiente e mais justa a prestação jurisdicional, mercê da possibilidade de manifestação da irresignação pelas partes.

Nesse sentido, com a Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004, popularmente conhecida como “Reforma do Judiciário”, foram alterados diversos dispositivos da Constituição de 1988, visando modernizar a administração da Justiça brasileira, para combater o diagnóstico de que esta seria “cara, morosa e eivada de senões que são obstáculos a que os jurisdicionados recebam a prestação que um Estado democrático lhe deve”.³⁷ Foi incluído, no rol do art. 5º do texto constitucional, o inciso LXXVIII, dispondo que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

Diante das influências acima narradas, adotou-se, no Brasil, a ideia da razoável duração dos processos em sua feição moderna, adverte Arruda Alvim, “como uma necessária resposta ao imenso volume de trabalho dos tribunais, que resulta quase que inescapavelmente na tramitação lenta dos processos.”³⁸

Analisando o conteúdo deste direito fundamental, o autor lembra que “o processo não precisa correr, sob risco de serem esquecidas ou abandonadas as garantias do devido processo legal”, já que o propósito de tal garantia é assegurar “que o procedimento dure apenas, e tão somente, o tempo necessário.”³⁹

³⁵ FUX, Luiz. Recurso de apelação e a teoria da efetividade. In: Anais do II Congresso Nacional de Direito Processual Civil, Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1993, p. 63-67.

³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de masa. In: Proceso, Ideologías, Sociedad. Buenos Aires: EJE, 1974, p. 133.

³⁷ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Exposição de Motivos – Emenda Constitucional 45, de 2004. In: Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 1/5/1992, Página 7849.

³⁸ ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 20ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021, p. 255.

³⁹ *Ibid.*, p. 255.



José Carlos Barbosa Moreira, na mesma direção, ensina que a efetividade quantitativa na celeridade dos processos não se confunde com a efetividade qualitativa do seu julgamento:

é mais do que hora de nos compenetrarmos da superlativa dificuldade, para não dizer da impossibilidade, de conciliar de modo perfeito o ideal da celeridade processual e a preservação de certas garantias básicas para as partes, que a consciência jurídica e a ética de nosso tempo não tem como relegar a plano secundário. [...]

Se uma Justiça lenta demais é decerto uma Justiça má, daí não se segue que uma Justiça rápida seja necessariamente uma Justiça boa. O que todos devemos querer é que a prestação jurisdicional venha a ser melhor do que é. Se para torná-la melhor é preciso acelerá-la, muito bem. Mas não a qualquer preço.⁴⁰

Destarte, como assentou o mencionado líder da Escola Processual de Copacabana, em estudo diverso, duas consequências primaciais do inciso ora em comento são, de logo, extraídas: 1) “será incompatível com a Carta da República, e portanto inválida, qualquer lei de cuja aplicação haja de decorrer claro detrimento à garantia instituída no texto”; 2) “a violação da norma, por parte do Poder Público, acarretará a responsabilidade deste pelos danos patrimoniais e morais ocorridos.”⁴¹

Realça, também, que advento da EC 2004/45 trouxe outras duas disposições, na Constituição, com vistas ao asseguramento do “funcionamento ininterrupto, sem soluções de continuidade, da máquina judiciária”: 1) o art. 93, XII, “que proíbe férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau”; 2) o art. 93, XV, “que faz obrigatória a ‘distribuição imediata de processos’, em todos os graus de jurisdição”.⁴²

Em recente julgamento de 2023, o Supremo Tribunal Federal protagonizou uma afirmação histórica do direito à duração razoável dos processos, ao fixar o seu âmbito de incidência para “*qualquer procedimento estatal*”, além conferir-lhe três sentidos distintos: 1) “garantir à definição da situação jurídica de arguidos perante os procedimentos sancionatórios estatais, evitando a prorrogação do contexto de incerteza”; 2) “conferir

⁴⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: Temas de direito processual (nona série). São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 380.

⁴¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Emenda Constitucional nº 45 e o processo. In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, vol. 23/2006, p. 168.

⁴² *Ibid.*, p. 168.



estabilidade às relações jurídicas dos envolvidos, fundamento do próprio Estado”; 3) “proporcionar condições de apuração da verdade em lapso temporal que impeça a degradação da integridade probatória, nem dificulte excessivamente a atividade defensiva”, já que “acusações remotas tendem a impedir ou prejudicar demasiadamente o exercício da ampla defesa”.⁴³

Igual espírito imbuíu a comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto que veio a se tornar o Código de Processo Civil de 2015, em cuja exposição de motivos já se encontra o propósito de resolver o problema da complexidade do sistema recursal então existente, máxime diante das sucessivas reformas do diploma de 1973.

Para tal finalidade, considerou-se fundamental levar a efeito a simplificação do mencionado sistema, sem infirmar o direito de defesa das partes, mas conferindo “maior rendimento a cada processo individualmente considerado.”⁴⁴

Deveras, no bojo do Código, já se prevê, em suas normas fundamentais, “o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa” (art. 4º).

Na disciplina do processo nos tribunais, máxime no julgamento de recursos, uma demonstração desse propósito de economicidade é a possibilidade de o relator, de acordo com a previsão do art. 932: a) “não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida” (inc. III); b) “negar provimento a recurso que for contrário” a “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”, “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos” ou “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (inc. IV); c) “depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária” a “súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal”, “acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em

⁴³ Rcl 44.398 AgR, Rel. Min. Edson Fachin, red. p/acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 05 jun.2023.

⁴⁴ BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília: Edições do Senado, 2010, p. 32.



juízo de julgamento de recursos repetitivos” e “entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência” (inc. V).

Além de prezar pela harmonia, uniformização e estabilidade da jurisprudência (art. 926 do CPC/2015), criam-se importantes desestímulos às partes que tenham eventual intenção de interpor recursos meramente protelatórios, porquanto dissonantes do Direito pronunciado pelos tribunais. Cria-se, igualmente, legítima expectativa de *segurança jurídica* e *previsibilidade* na sociedade, partindo da premissa de que não se admitirá uma jurisprudência lotérica.

De todo modo, o Código garante a proteção dos direitos de defesa dos litigantes, nos casos de *error in iudicando* ou *in procedendo* por parte do relator, quando oportuniza a interposição de agravo interno, justamente, contra suas decisões monocráticas (art. 1.021 do CPC/2015). Nada obstante, ainda se pode afirmar, com base na análise de estudos de caso, que o aumento na utilização das decisões monocráticas enseja uma drástica diminuição no tempo médio de julgamento das apelações e agravos de instrumento, porque também se afiguram diminutos os casos questionados pela parte sucumbente em agravo interno⁴⁵.

Compartilhando de semelhante desiderato, Ivo Teixeira Gico Junior e Henrique Haruki Cavalcante Arake propugnam o emprego, pelos jurisdicionados, de: 1) *taxas de recorribilidade*, “a razão entre a quantidade de recursos interpostos contra decisões judiciais pelo total de decisões proferidas por uma determinada instância ou órgão julgadores” a fim de “descobrir a relação (proporção) entre as sentenças proferidas que são apeladas e as não apeladas”; e 2) *taxas de reversibilidade* “a razão entre a quantidade de decisões judiciais revertidas pelo total de decisões recorridas de uma determinada instância ou órgão julgador”, com o fim de “descobrir a relação (proporção) entre as sentenças apeladas que são reformadas e as que não são reformadas”.⁴⁶ Trata-se de crucial aparato informativo, de relevante utilidade para as partes na elaboração de estratégias processuais que maximizem resultados com proporcional diminuição de custos.

⁴⁵ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 154-155.

⁴⁶ GICO JR., Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki Arake Cavalcante. *Taxa de Recorribilidade, Taxa de Reversibilidade e Eficiência Judicial*. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 1, 2019, p. 12-13.



O CPC/2015, nessa linha, também positiva outras ferramentas de desestímulo à interposição de recursos meramente protelatórios, tais como: 1) o art. 85, § 11, estabelecendo que “o tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal”; 2) o art. 1.021, § 4º, determinando aplicação de multa de 1% a 5% do valor atualizado da causa, “quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime”; 3) o art. 1.026, § 5º, dispondo que, nos casos de “reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa”; 4) o art. 1.015, que racionaliza as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, impedindo que seja este interposto com finalidade retardatária.⁴⁷

São, enfim, sugestões de importantes instrumentais na mensuração dos incentivos de que dispõem as partes para recorrer — considerando dados, estatísticas e estudos comportamentais — como forma de contribuir para o desenvolvimento de métodos eficazes visando conter a prodigalidade recursal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente trabalho, buscou-se demonstrar a existência de uma interseção possível entre a Análise Econômica do Direito (AED) e o sistema recursal brasileiro.

O jurista da atualidade não pode desprezar os instrumentos fornecidos pela economia, valendo-se deles para tornar o Direito mais eficiente.

O mesmo se aplica aos recursos: em um sistema processual marcado pela prodigalidade recursal, faz-se mister a concepção de incentivos para garantir maior satisfação às partes na resolução de suas demandas — a partir da identificação de seus vieses cognitivos e padrões comportamentais — visando impedir o assoberbamento dos tribunais de apelação e dos tribunais superiores com o julgamento de recursos resultantes de irresignações imotivadas. Nesse cenário, viu-se que a AED tem se demonstrado uma

⁴⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo Civil e Análise Econômica*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 155.



importante aliada na mencionada tarefa, considerando todo o seu instrumental narrado ao longo deste trabalho.

Todo o raciocínio direcionado para tal propósito deve ser realizado de maneira muito cautelosa, porquanto a utilização temerária do primado da eficiência poderia ensejar a supressão de garantias processuais de que dispõem as partes.

Não é essa, evidentemente, a finalidade da abordagem aqui engendrada: os direitos fundamentais de inafastabilidade da jurisdição e do acesso à justiça só poderão ser plenamente efetivados quando concretizados em uma conjuntura de previsibilidade e estabilidade, máxime pela garantia de um prazo razoável. Afinal, como enunciava Rui, “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, a lesa no patrimônio, honra e liberdade*”.⁴⁸

Trata-se, em última análise, de um imperativo de *segurança jurídica*.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 20^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.
- AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Constitucionalismo e conceito de Constituição. In: Revista Direito Público, v. 18, n. 98, 2021.
- BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019.
- BRASIL. Congresso Nacional. Exposição de motivos – Emenda Constitucional 45, de 2004. In: Diário do Congresso Nacional - Seção 1 - 1/5/1992.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Justiça em números 2023. Brasília: CNJ, 2023.
- BRASIL. Senado Federal. Anteprojeto do novo código de processo civil. Brasília: Edições do Senado, 2010.
- BRITO, Edvaldo. Reflexos jurídicos da atuação do estado no domínio econômico. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

⁴⁸ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2019, p. 58.



-
- CALAMANDREI, Piero. *Proceso y democracia*. Trad. Hector Fix Zamudio. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1960.
- CAMERON, Charles M.; KORNHAUSER, Lewis A. Appeals mechanisms, litigant selection, and the structure of judicial hierarchies. In: *Institutional Games and the U.S. Supreme Court*, University of Virginia Press, 2005.
- CAPPELLETTI, Mauro. El proceso como fenómeno social de masa. In: *Proceso, Ideologías, Sociedad*. Buenos Aires: EJEA, 1974.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capitanio. 4ª ed. Campinas: Bookseller, 2009.
- DAUGHETY, Andrew; REINGANUM, Jennifer. Appealing Judgments. In: *Rand Journal of Economics* v. 31/2000, p. 502-525.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*, vol. 3. 18ª ed. Salvador: Juspodvim, 2021.
- DJANKOV, Simeon. The Doing Business project: how it started. In: *Journal of Economic Perspective*, vol. 30, n. 1, Winter 2016.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O poder e seu controle. In: *Revista de informação legislativa*, v. 21, n. 84, out./dez. 1984.
- FUX, Luiz. A constitucionalização do processo e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: *A Constituição da democracia em seus 35 anos*. Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Álvaro Ricardo de Souza Cruz (Coords.). Belo Horizonte: Fórum: 2023.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.
- FUX, Luiz. Recurso de apelação e a teoria da efetividade. In: *Anais do II Congresso Nacional de Direito Processual Civil*, Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, 1993.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- GICO JR., Ivo Teixeira; ARAKE, Henrique Haruki Arake Cavalcante. Taxa de Recorribilidade, taxa de reversibilidade e eficiência judicial. In: *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 14, n. 1, 2019.



-
- KATZ, Avery. The effect of frivolous lawsuits on the settlement of litigation. In: International Review of Law and Economics, n. 10, 1990.
- MARQUES, José Frederico. Ensaio sobre a jurisdição voluntária. Edição revista, atualizada e ampliada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.
- MARQUES, José Frederico. Instituições de direito processual civil, vol. IV. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A Emenda Constitucional nº 45 e o processo. In: Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, vol. 23/2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria. In: Temas de direito processual (nona série). São Paulo: Editora Saraiva, 2007.
- PISANI, Proto. L'effettività dei mezzi di tutela giurisdizionale con particolare riferimento all'attuazione della sentenza di condanna. In: Rivista di Diritto Processuale, v. 30/1975.
- POSNER, Richard. The federal courts: crisis and reform. Cambridge: Harvard University Press, 1985.
- SHAVELL, Steven. The Appeals Process and Adjudicator Incentives. In: The Journal of Legal Studies, v. 35/2006.
- SHAVELL, Steven. The Appeals Process as a Means of Error Correction. In: The Journal of Legal Studies, v. 24/1995.