

Sucumbência recursal no Novo CPC

Uma análise econômica

MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO
DIEGO CAETANO DA SILVA CAMPOS

Sumário

1. Introdução. 2. Por que análise econômica do direito. 3. Contornos da sucumbência recursal no Anteprojeto do Novo CPC. 3.1. Disciplina. 3.2. Duplo grau de jurisdição e acesso à justiça. 4. Apontamentos sobre os pressupostos teóricos fundamentais para compreensão do método da Análise Econômica do Direito aplicado aos institutos processuais. 4.1. Apresentação. 4.2. Escolha racional. 4.3. Direito: indutor de condutas. 4.4. Custos de transação e eficiência. 5. Poder Judiciário e sistema processual: papel no funcionamento da economia de mercado. 6. Análise Econômica da sucumbência recursal. 7. Conclusão.

1. Introdução

O Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil brasileiro – trabalho elaborado por uma comissão de juristas nomeados pelo Senado Federal, com vistas à substituição do Código de Processo Civil de 1973 – prevê, entre as diversas mudanças propostas à sistemática processual civil, a condenação da parte vencida ao pagamento de honorários advocatícios em favor do advogado da parte contrária, caso interponha recurso que não seja admitido ou venha a ser desprovido por unanimidade de votos. Trata-se da implementação, em termos de lei processual civil geral, da *sucumbência recursal*, ou seja, da imposição de novo ônus de sucumbência para a parte vencida que, em sede de recurso, deixa de obter êxito.

A eventual incorporação da sucumbência recursal pode, em tese, representar um marco no sistema legal brasileiro, permitindo que seja considerada, de um lado, uma forma de desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios – uma norma que desestimularia

Marcia Carla Pereira Ribeiro é doutora em Direito pela UFPR. Professora de Direito Empresarial da UFPR e PUC-PR. Estágio de Pós-Doutorado na Edesp/ FGV (2005/2006). Procuradora do Estado.

Diego Caetano da Silva Campos é mestrando em Direito pela PUC-PR, pesquisador e advogado.

determinadas medidas processuais, no âmbito recursal (logo, regra de desestímulo ao recurso com poucas possibilidades de sucesso) – assim como, por outro lado, uma suposta restrição a preceitos constitucionais, como o do duplo grau de jurisdição, ou, mais genericamente, o de acesso ao Poder Judiciário.

O artigo pretende demonstrar que a análise da modificação legislativa pode dar-se mediante a aplicação de preceitos de análise econômica, de forma a se aquilatar o papel que o recurso desempenha na estrutura de administração da justiça e a possibilidade de se obter maior eficiência e, conseqüentemente, de garantir-se de forma adequada o direito de efetivo acesso à justiça, restringindo-se condutas protelatórias ou de fraca possibilidade de ganho.

Assim, inicia-se o presente trabalho com breves apontamentos sobre a escolha do método da análise econômica do direito. Depois, aborda-se a disciplina jurídica da sucumbência recursal, tal como delineada no Anteprojeto do Novo CPC, cotejando-a com a previsão constitucional de duplo grau de jurisdição e do acesso à justiça, a fim de permitir o enfrentamento da tese de inconstitucionalidade do instituto. Ultrapassado o argumento de inconstitucionalidade, passa-se à investigação da conveniência da adoção da sucumbência recursal, a partir da ótica econômica. Para tanto, parte-se da corrente da Nova Economia Institucional, liderada por Oliver F. Williamson e Douglas C. North. Tomando-se por base as diretrizes do método, debruça-se sobre o papel do Poder Judiciário como instituição relevante do ponto de vista econômico, bem como sobre os atributos que devem permear a tutela jurisdicional para que ela possa induzir comportamentos desejáveis na perspectiva econômica e social.

Fixadas tais premissas, passa-se a analisar o instituto da sucumbência recursal, adotando-se como instrumento de análise os pressupostos da análise econômica do Direito, com o propósito de verificar quais seriam os prováveis efeitos concretos decorrentes da adoção dessa ferramenta processual. Na seqüência, a partir dos resultados obtidos, confrontam-se os prováveis efeitos da sucumbência recursal com os atributos que devem orientar a atuação jurisdicional, a fim de se revelar o posicionamento dos autores quanto à conveniência ou não da previsão da sucumbência recursal no novo CPC.

2. Por que análise econômica do direito

A iniciativa produz verdadeira inovação nas regras processuais, pois o sistema estabelecido pelo Código de Processo Civil vigente não prevê semelhante imposição, limitando-se ao estabelecimento de condenação ao pagamento de honorários advocatícios (ônus de sucumbência) por

fixação do magistrado de primeira instância, no momento em que profere a sentença. Não há qualquer disposição legal geral¹ que alicerce a condenação da parte sucumbente em ônus adicional, em caso de insucesso de eventual recurso por ela interposto².

Acerca da modificação legislativa proposta há posicionamentos dissonantes na doutrina. De um lado, há a corrente favorável à sucumbência recursal, como instrumento para evitar o manejo de recursos protelatórios, de modo a colaborar para a celeridade processual (GRECO, 2010, p. 47). Por outro lado, alguns doutrinadores mostram-se contrários ao instituto da sucumbência recursal, entendendo que a nova condenação ao pagamento de honorários em grau de recurso seria inconstitucional, por violação à garantia do duplo grau de jurisdição, além de dificultar o acesso à justiça pela via recursal (SOARES, 2010, p. 69-75).

Nesse debate (sobre a conveniência da mudança legislativa), uma análise do instituto pela perspectiva econômica – a partir da metodologia da Análise Econômica do Direito – pode contribuir para a avaliação dos efeitos da sucumbência recursal sobre o sistema processual civil e, consequentemente, seus efeitos sobre a atuação do Poder Judiciário nessa seara.

Conforme será explorado no decorrer do trabalho, o Poder Judiciário é uma organização jurídica fundamental ao desempenho econômico, na medida em que é um dos principais responsáveis por garantir a propriedade, o cumprimento dos contratos e conferir segurança e previsibilidade às relações de cunho econômico. Sendo assim, é importante que os institutos processuais que impactam a atuação do Poder Judiciário sejam examinados também sob a perspectiva econômica, de modo a verificar sua correspondência com a função econômica da instituição. A análise dos efeitos concretos dos institutos jurídicos indica uma visão realista do fenômeno jurídico (realismo jurídico), que afasta a análise meramente formal do direito (FREIRE, 2010, p. 21-30).

A Análise Econômica do Direito pode agir em pelo menos três frentes, pois oferece ferramentas que permitem aquilatar: a eficiência da lei, o porquê de sua existência e, especialmente para fins deste artigo, que leis

¹ No procedimento delineado pela Lei 9.099/95, aplicável às causas que tramitam perante os Juizados Especiais Cíveis, há previsão de condenação do recorrente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios (art. 55), em caso de desprovimento de recurso inominado por ele intentado. No entanto, o sistema é diferente do previsto no Anteprojeto do novo CPC, já que, ao contrário deste, não há cumulação entre o ônus de sucumbência de primeira instância com o ônus de segunda instância, haja vista que, na primeira instância do Juizado Especial Cível, em regra, não há condenação em honorários ou em custas processuais.

² Existe a possibilidade de condenação por litigância de má-fé, em caso de manejo de recurso com intuito manifestamente protelatório (art. 17, VII, do CPC). No entanto, somente se justifica tal condenação caso fique demonstrado cabalmente o dolo em protelar a demanda via recurso, segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

devem existir. Destas, a última das vocações é a que mais polêmica suscita (FRIEDMAN, 2000, p. 24).

O regramento jurídico, visto em sua condição de instituição (NORTH, 1994, p. 359-368), tem a vocação de indução ou de coibição de condutas a partir de um juízo valorativo. Ao se tomar a Economia como uma ciência que está diretamente relacionada ao estudo do comportamento humano (NUSDEO, 2005, p. 43-44), seus instrumentos são poderosos para a prospecção dos comportamentos dos agentes frente às diversas prescrições do ordenamento jurídico.

Por outro lado, como dito, a ferramenta econômica pode ser manejada antes da implementação normativa – tal qual a sucumbência recursal – e permite avaliar se a criação dessa normativa seria adequada aos ditames econômicos e sociais previstos na Constituição Federal de 1988. Sob esse prisma, destaque-se que o escopo que orienta este estudo é a busca de um sistema processual que permita ao Poder Judiciário atuar em consonância com os anseios econômicos e sociais, a fim de atender ao seu papel no funcionamento da economia de mercado, a partir da premissas derivadas do ordenamento jurídico vigente. A análise econômica do direito mostra-se especialmente útil para o cumprimento do intento.

3. Contornos da sucumbência recursal no Anteprojeto do Novo CPC

3.1. Disciplina

O instituto da sucumbência recursal está previsto no § 6º do art. 73 do Anteprojeto do Novo CPC e consiste em nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios em favor do advogado da parte contrária – cumulado com multas ou outras sanções processuais –

caso a parte vencida recorra de sentença ou acórdão, e seu recurso não seja conhecido ou seja desprovido por unanimidade de votos. Significa dizer que, existindo sucumbência recursal, a parte que não teve sua pretensão acolhida por sentença ou acórdão está sujeita, em caso de interposição de recurso, a sofrer nova condenação em honorários advocatícios, se o recurso porventura não for conhecido ou for desprovido unanimemente.

No sistema processual civil vigente, não há semelhante previsão, pois, a teor do art. 20, *caput* e § 1º, do CPC, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios ocorre no momento da prolação da sentença, não havendo previsão de acréscimo de verba honorária em caso de insucesso da parte vencida nas instâncias recursais. Desse modo, não sendo caso de insurgência sobre o *quantum* dos honorários advocatícios, não haverá qualquer acréscimo no valor dos honorários em virtude de eventual fracasso da parte na esfera recursal, permanecendo o valor arbitrado na sentença independentemente do desacolhimento da pretensão recursal.

O percentual limite à condenação ao pagamento de honorários advocatícios, conforme fixado no § 7º do art. 73 do Projeto, é de 25% (vinte e cinco por cento), ou seja, a nova condenação em grau de recurso não pode, somada à originalmente determinada, ultrapassar o percentual legal. Além disso, os § 8º e § 9º do mesmo artigo preveem duas hipóteses nas quais o ônus de sucumbência em grau de recurso não se aplica. A primeira, prevista no § 8º, diz respeito à hipótese de provimento do recurso especial e recurso extraordinário. Nesse caso, a regra é o afastamento do honorários decorrentes de sucumbência recursal em segundo grau. A segunda, delineada no § 9º, refere-se à inaplicabilidade da sucumbência recursal quando “a questão jurídica discutida no recurso for objeto de divergência jurisprudencial”.

Em linhas gerais, essa é a disciplina normativa que rege a sucumbência recursal, estabelecendo limite percentual e hipóteses de não incidência que denotam flexibilização do instituto em determinadas hipóteses nas quais a comissão de elaboração do Anteprojeto do Novo CPC entendeu incompatível a nova condenação em honorários em sede de recurso.

3.2. Duplo grau de jurisdição e acesso à justiça

Embora o foco do trabalho não seja exatamente o debate acerca da conformação do instituto da sucumbência recursal aos ditames da Constituição Federal de 1988, é inevitável tecer algumas considerações a respeito do tema, pois é uma questão prejudicial à própria temática específica deste estudo. De fato, não há sentido em se discutir a conveniência de qualquer instituto jurídico se ele apresentar vício de inconstitucionalidade, uma vez que, nessa hipótese, não poderá subsistir no ordenamento jurídico por contrariar as normas que são o fundamento de validade das demais normas do sistema. Destarte, antes da análise econômica do instituto, volta-se a atenção aos contornos do princípio do duplo grau de jurisdição e do princípio do acesso à justiça e sua relação com a sucumbência recursal.

Sob a ótica do princípio do duplo grau de jurisdição, toda sentença deveria ser, em tese, passível de revisão por um órgão jurisdicional de grau superior. Para alguns, a ideia defendida é que, basicamente, o duplo grau de jurisdição constituiria uma garantia constitucional e seria fundamental para a boa administração da justiça (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 487), alicerçada no disposto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal (“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contradi-

tório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”) e, implicitamente, pela previsão da possibilidade de interposição de recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 488-489). Além disso, a obrigatoriedade de revisão das decisões de primeira instância teria como sustentáculo a necessidade de controle da atividade judicial e a boa influência psicológica causada no juiz, em virtude de estar ciente de que sua decisão será reapreciada (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 488-489).

Conquanto a sucumbência recursal não impeça a interposição de recurso – tanto que sua aplicação pressupõe ter havido recurso –, parte da doutrina entende que sua previsão no sistema processual violaria a garantia constitucional do duplo grau de jurisdição. Essa é a posição de Leonardo Oliveira Soares (2010, p. 74), que sustenta que a sucumbência recursal limita a possibilidade do exercício do direito de recorrer, contrariando o devido processo legal. Defende o autor que as partes, ao iniciar o processo, devem “dispor de idêntica possibilidade de recorrer da decisão, futura e incerta, que venha a ser dada ao conflito” (SOARES, 2010, p. 74), razão pela qual não se poderia aplicar a sucumbência recursal ao sistema processual civil brasileiro.

Para refutar o argumento de inconstitucionalidade material da sucumbência recursal, destaque-se que não se pode identificar a imposição de novo ônus financeiro à parte que fracassa em sua pretensão recursal como um óbice para o exercício do direito de recorrer ou ao acesso à justiça de um modo geral. Adotar posicionamento em sentido contrário seria afirmar que o próprio ônus de sucumbência vigente no sistema processual civil configuraria uma limitação ao acesso à justiça e ao devido processo legal, visto que também impõe às partes o risco de serem condenadas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, em caso

de insucesso de suas pretensões, e, nessa medida, representaria – segundo a linha de raciocínio defendida por Soares (2010) – uma limitação ao direito de provocar a tutela jurisdicional.

Perceba-se que a sucumbência recursal nada mais é do que a imposição à parte vencida de um risco de agravamento da condenação ao pagamento de honorários advocatícios, caso seu recurso não seja conhecido ou seja desprovido por unanimidade de votos, assemelhando-se ao risco que o ônus de sucumbência vigente representa às partes antes de ingressarem em juízo. No mais, se o risco de pagamento do ônus de sucumbência e da sucumbência recursal representar verdadeiro obstáculo ao alcance da tutela jurisdicional, por não dispor a parte de condições financeiras para suportá-los sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família, o benefício da justiça gratuita (Lei nº 1.060/50) estaria à disposição dos que dela necessitarem, superando a suposta ofensa ao acesso à justiça e ao direito de recorrer.

Em segundo plano, cumpre registrar que, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o duplo grau de jurisdição não é garantido pela Constituição Federal. Conforme manifestação plenária no RHC 79785 da relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, “(...) não é possível, sob as sucessivas Constituições da República, erigir o duplo grau em princípio e garantia constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária, já na área cível, já, particularmente, na área penal” (BRASIL, 2002). Além dos fundamentos do acórdão, é possível verificar, a partir das lições de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2007), alguns fundamentos que alicerçam a tese de inexistência de uma garantia constitucional ao duplo grau de jurisdição: (i) o controle da atividade judicial é realizada por instrumentos próprios, por meio das corregedorias, não se prestando o recurso para tal desiderato; (ii) é fantasioso o argumento de que os magistrados de segunda instância, por serem mais experientes, teriam melhores condições de julgar os conflitos; (iii) em observância ao princípio da oralidade e da imediação, é vantajoso que a causa seja julgada pelo juízo de primeira instância, sem necessidade de reapreciação do mérito pelo Tribunal; (iv) a previsão de recurso especial na Constituição Federal não garante ao litigante recurso contra toda e qualquer decisão proferida em primeira instância, eis que a previsão de recursos aos tribunais superiores não implica, necessariamente, garantir o duplo grau de jurisdição; (v) a ampla defesa não impõe a possibilidade de recurso contra todas as decisões, não sendo necessário quando, a partir de critério de razoabilidade, não seja imprescindível a reapreciação do mérito para a garantia de participação no processo; (vi) havendo causas nas quais a apreciação em única instância é suficiente para garantir a participação

(ação e defesa), não faz parte do devido processo legal a existência de duplo grau de jurisdição; (vii) deve ser observado o direito dos jurisdicionados à prestação jurisdicional efetiva, não havendo como garantir o duplo grau quando se mostre contrário à efetividade da tutela de direito material (ARENHART; MARINONI, 2007, p. 489-497).

Assim, mesmo que a sucumbência recursal implicasse obstáculo ao exercício do direito de recorrer, não se poderia falar em inconstitucionalidade, já que o duplo grau de jurisdição não configura garantia constitucional. Ultrapassada a suposta barreira constitucional, retoma-se a temática da análise econômica do direito

4. Apontamentos sobre os pressupostos teóricos fundamentais para compreensão do método da Análise Econômica do Direito aplicado aos institutos processuais

4.1. Alguns ajustes

Embora seja comum incluir todos os estudos que se dedicam à análise do Direito a partir da perspectiva econômica em um grande e geral movimento da *Law and Economics* (Análise Econômica do Direito), dentro desse movimento há várias correntes que divergem entre si, a partir de diferentes ângulos de análise (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 85). Entretanto, a inclusão de todas elas como integrantes do movimento da Análise Econômica do Direito justifica-se por partirem de pressupostos similares, com escopo comum de permitir o diálogo entre a teoria econômica e a teoria jurídica (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 53). Basicamente, o movimento da Análise Econômica do Direito caracteriza-se pelo estudo do fenômeno jurídico a partir dos princípios econômicos, trazendo para o Direito noções eminentemente econômicas, tais como eficiência, redução de custos, valor e utilidade.

Para a adequada compreensão do método de análise que se propõe no presente trabalho, passa-se a abordar as premissas fundamentais da Análise Econômica do Direito – exclusivamente no que é aplicável à análise da sucumbência recursal –, com ênfase na corrente teórica da Nova Economia Institucional, a qual, por se relacionar mais especificamente com a análise econômica das instituições jurídicas, se coaduna melhor com o estudo sobre os efeitos concretos da criação do instituto da sucumbência recursal.

4.2. Escolha racional

O ponto de partida para a compreensão do arcabouço teórico utilizado pela Análise Econômica do Direito é entender o pressuposto de

racionalidade das condutas humanas. Na perspectiva da teoria econômica clássica, a conduta individual é pautada pela avaliação racional de benefícios e prejuízos decorrentes da ação ou da omissão. Assim, ao se deparar com mais de uma escolha possível, o ser humano avaliará que opção lhe oferece maior benefício, considerando os prejuízos, e optará pela que lhe for mais benéfica (COASE, 1988, p. 27). Vale dizer: o ser humano, ao escolher suas condutas, atua de acordo com a busca de maximização dos seus interesses, escolhendo a opção que lhe ofereça a maior satisfação possível. Nesse sentido, Pinheiro e Saddi, ao destacarem as premissas fundamentais que são mais ou menos uniformes para a análise econômica do direito, registram: “O ser humano sempre procura aquilo que considera ser o melhor para si, preferindo mais a menos satisfação. Formalmente, diz-se que os agentes econômicos agem de maneira racional, procurando maximizar sua utilidade.” (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 89).

Na perspectiva das correntes de análise econômica mais modernas – dentre elas a Nova Economia Institucional – a racionalidade na escolha de condutas tem natureza limitada (WILLIAMSON, 2005, p. 21-22). Significa dizer que nem sempre a avaliação de vantagens e desvantagens realizada pelo agente corresponderá à realidade. Nesse sentido, North (1994) afirma que está no plano ideal que os agentes racionalmente conheçam seus interesses e saibam como agir de acordo com tais interesses. O autor destaca que a história demonstra que as ideias, as ideologias, os mitos, os dogmas são relevantes para a formulação das escolhas dos agentes, não havendo garantia de que estas escolhas, orientadas por tais fatores, serão adequadas aos resultados que se esperam, inclusive no que tange aos resultados econômicos (NORTH, 1994, p. 362). A avaliação de tais atributos é subjetiva, de acordo com o conhecimento e valores de cada agente, não havendo como ter certeza se a escolha realizada corresponderá concretamente à efetiva maximização da satisfação de seus interesses.

Cumprir destacar que, pelo enfoque da análise econômica, o ser humano adota seus comportamentos conforme seus interesses individuais, não visando, em princípio, ao bem-estar geral da coletividade (FORGIONI, 2005, p. 248). Portanto, nessa ótica, os agentes agem na sociedade de acordo com a finalidade de maximização de seus interesses egoísticos, escolhendo as condutas que lhes parecem mais adequadas a tal escopo³.

Tal concepção é importante para entender a lógica que orienta os comportamentos dos indivíduos no campo econômico e nas demais esferas sociais. Entendendo essa lógica, há maior possibilidade de se prever

³ Paula A. Forgioni, ao comentar o pressuposto de racionalidade desenvolvido pela análise econômica do direito, destaca que “(...) as decisões individuais dos agentes econômicos são marcados pelo desejo egoístico de satisfação de suas necessidades(...)” (FORGIONI, 2005, p. 248).

o comportamento dos indivíduos frente a situações que lhes imponham uma escolha de conduta, como uma norma jurídica que vede determinada conduta – há opção entre cumprir a norma, abstendo-se de praticar a conduta regulada, ou descumpri-la, realizando a conduta prevista. Nessa hipótese, segundo a teoria econômica, a escolha do indivíduo dependerá das vantagens e desvantagens relacionadas ao cumprimento e ao descumprimento da norma, prevalecendo a que apresentar o melhor benefício sob a ótica do agente.

4.3. Direito: indutor de condutas

Sob o ponto de vista da análise econômica, o ordenamento jurídico caracteriza-se como uma estrutura de incentivo com poder de influenciar a conduta dos agentes. Segundo Forgioni, um dos postulados da análise econômica do direito é a premissa fundamental de que as “normas jurídicas nada mais são que incentivos ou não incentivos a que os agentes econômicos atuem de determinada forma. A sanção é simplesmente um preço que será valorado pelo agente econômico conforme a lógica do custo/benefício de seus possíveis comportamentos” (FORGIONI, 2005, p. 248). Nesse passo, North afirma que as instituições – inclusive as jurídicas – formam “*the rules of the game*” [as regras do jogo] (NORTH, 1994, p. 361).

Assim, as normas jurídicas consubstanciam comandos que se apresentarão como indutores dos comportamentos individuais, por meio de estruturas de estímulo e desestímulo. Pode-se afirmar que, de uma maneira geral, o Direito influencia a conduta das pessoas valendo-se tanto de instrumentos de sanção como de instrumentos de caráter premial (PINHEIRO; SADDI, 2005, p. 13).

A influência no comportamento das pessoas está atrelada à capacidade que a norma jurídica tem de incrementar ou diminuir os custos e as vantagens vinculadas à determinada conduta, aliada à característica de racionalidade do ser humano. Para exemplificar essa relação, pode-se aventar a situação de um motorista conduzindo seu automóvel em via pública. Em princípio, é possível que o motorista escolha livremente em qual velocidade conduzirá seu veículo nas vias urbanas. No entanto, a existência de uma norma estabelecendo o limite de sessenta quilômetros por hora em determinada via, sob pena de multa pecuniária e a possibilidade de perda da licença para dirigir, modifica a situação inicial, pois o custo para se dirigir acima do limite permitido pela norma se elevou: risco de pagamento do valor da multa e, ainda, risco de ser privado da carteira de habilitação. Assim, em situações de normalidade, o motorista – exercendo sua racionalidade (maximização dos benefícios) – chegará

a conclusão de que é mais vantajoso respeitar o limite de velocidade, ao invés de desrespeitá-lo, em razão dos custos envolvidos na adoção do comportamento de desrespeito à norma de trânsito, razão pela qual mais frequentemente tenderá a adotar uma postura conforme o comando normativo.

O que economia tem a ver com Lei, não é uma questão de dinheiro, mas de implicações da escolha racional, revelando-se os efeitos da norma legal sobre o comportamento (FRIEDMAN, 2000, p. 8-9).

Portanto, a capacidade das normas jurídicas de influenciar as condutas individuais está diretamente relacionada ao acréscimo de custos ou de vantagens vinculados ao comportamento regulado e à capacidade analítica racional dos seres humanos. Quanto mais certeza o indivíduo tiver de que a aplicação da norma jurídica aumentará o dispêndio de seus recursos (dinheiro, matéria prima, tempo...), maior o impacto da norma sobre seu comportamento, pois, sendo ele racional, pautará suas condutas pela busca da opção que lhe seja mais benéfica, considerando vantagens e desvantagens.

Essa visão do Direito – como indutor de condutas – afasta-se da concepção dogmática tradicional, por pressupor que a efetividade social da norma está mais vinculada a uma análise egoística dos custos pelos indivíduos (avaliação de benefícios e prejuízos atrelados ao descumprimento do comando normativo), do que ao imperativo decorrente da mera subsunção do fato à norma (ser e dever-ser).

4.4. Custos de transação e eficiência

Finalmente, outro pressuposto fundamental à análise do instituto da sucumbência recursal sob o enfoque econômico é extraído da teoria dos custos de transação e relaciona-se à eficiência.

Os custos de transação são todos os custos envolvidos na concretização de uma relação econômica (trocas ou comércio). Não há fluxo econômico que não demande custos⁴, pois nem a mais simples transação econômica pode ser concretizada sem que haja gasto de recursos, seja para se deslocar e buscar a mercadoria, seja para achar o vendedor ou, mesmo, para executar o contrato, em caso de inadimplemento. Williamson, em seu estudo sobre os custos de transação e o impacto das instituições na esfera econômica, faz um paralelo entre os custos de transação nas relações econômicas e atrito nos sistemas da Física. Explica o autor que os custos de transação são os custos para movimentar o sistema econômico, diferenciando-se dos custos de produção – relacionados a matéria-prima e mão de obra (WILLIAMSON, 1985, p. 18-19).

Cooter e Ulen dividem os custos de transação em três espécies. Basicamente, na classificação dos autores, trata-se dos custos atrelados a cada uma das fases que, geralmente, fazem parte do *iter* até a concretização de um negócio: custos com a busca de outrem que esteja interessado no negócio; despesas para negociação e para formalizar a transação; e custos para fiscalizar e tomar as medidas cabíveis, caso haja descumprimento contratual (COOTER; ULEN, 2010, p. 105).⁵ Na mesma linha, Williamson afirma a

⁴ Este pressuposto de custo de transação positivo é um marco teórico na evolução do pensamento da AED, superando a concepção manifestada pela teoria econômica clássica, que se baseava em modelos ideais que desconsideravam a existência de custos nas transações. Segundo Pinheiro e Saddi (2005, p. 61), a opção por negar a relevância prática dos custos de transação e do impacto das instituições na economia é útil para entender muitos conceitos, porém não se presta à compreensão de situações nas quais os custos de transação são a principal explicação para o objeto em análise.

⁵ Na mesma linha, Oliver E. Williamson (1985, p. 20-21) afirma a existência de custos de transação *ex ante* e *ex post*, sendo os primeiros os custos de escolha, negociação e para salvaguardar o acordo, e os segundos, os custos de uma contrato mal adaptado, os custos atrelados à estrutura de governança, inclusive as disputas levadas ao Judiciário.

existência de custos de transação *ex ante* e *ex post*; os primeiros são os custos de escolha, negociação e salvaguarda do acordo; e os segundos, os custos de um contrato mal adaptado, os custos atrelados à estrutura de governança, inclusive as disputas levadas ao Judiciário (WILLIAMSON, 1985, p. 20-21). Em todas as fases, sempre estarão presentes custos, de modo que se mostra infactível a eliminação completa dos custos atrelados às relações econômicas.

Diante da impossibilidade de eliminação dos custos de transação, o papel do Direito – das instituições jurídicas – volta-se à redução dos custos envolvidos nas relações econômicas, para, nas palavras de Paula A. Forgioni (2005, p. 247), azeitar o fluxo econômico. Não se pode desconsiderar que a promoção do desenvolvimento econômico é um dos pilares dos Estados Modernos.

No caso do Brasil, a busca do desenvolvimento econômico e social está prevista na Constituição Federal como um dos objetivos do Estado brasileiro e como uma das diretrizes da ordem econômica. Assim, cabe ao Estado, a partir da expressão de um juízo valorativo, optar por intervir ou não nas trocas, de forma a contribuir para a diminuição dos custos de transação, incrementar as trocas econômicas e, por consequência, o desempenho econômico.

O escopo de redução dos custos de transação – como ferramenta para o desenvolvimento econômico – está diretamente relacionado com a busca de uma maior eficiência na esfera econômica.

Eficiência é um dos conceitos basilares da teoria econômica. Vários modelos teóricos foram confeccionados para conceituar a eficiência econômica. Para o modelo teórico do ótimo de Pareto, por exemplo, a eficiência ocorre quando não é possível melhorar a situação de uma das partes envolvidas sem piorar a situação de outra parte (FRIEDMAN, 2000, p. 25). Por outro lado, pelo modelo de Kaldor-Hicks, a eficiência ocorre quando o prejuízo causado a determinado agente é menor do que o ganho geral, de modo que esse prejuízo possa ser compensado pelos ganhos, gerando um excedente.

O presente artigo tomará o termo eficiência como o resultado esperado dos arranjos contratuais e institucionais, observável a partir da constatação da redução dos custos de transação com vistas à maximização dos ganhos num universo real, no qual devem ser ponderadas as externalidades sociais relacionadas aos princípios jurídicos consagrados em determinada sociedade organizada.

Feitas essas considerações sobre alguns dos fundamentos da ferramenta econômica aplicável ao Direito, já é possível tratar do papel do Poder Judiciário na esfera econômica, como elemento relevante para a redução dos custos de transação.

5. Poder Judiciário e sistema processual: papel no funcionamento da economia de mercado

Como visto, uma constatação que guiou o método da análise econômica do direito foi o reconhecimento de que o desempenho econômico sofre influência direta das instituições, sejam elas de caráter formal ou informal⁶. Essa concepção destacou o papel das instituições desenvolvidas pelas sociedades humanas ao longo do tempo e seus correspondentes reflexos em termos de *performance* econômica.

Entre as instituições formais com impactos econômicos destacam-se as jurídicas, pois estão associadas ao poder normativo estatal, o qual, além de editar normas formais, detém o monopólio da força e, portanto, os instrumentos de efetivação dos comandos normativos. Como se comentou, as normas jurídicas compõem a estrutura de incentivo ao comportamento das pessoas, influenciando diretamente as condutas dos agentes econômicos. Nessa medida, não há como desvincular a análise econômica do ambiente institucional no qual essa economia se desenvolve, pois é esse ambiente que, de forma preponderante, induzirá as condutas dos agentes no mercado, produzindo reflexos diretos nos resultados econômicos.

Não somente o arcabouço legal (dimensão estática, formal) tem impacto sobre a esfera econômica. A atuação do Poder Judiciário compõe o complexo integrado pelas instituições jurídicas e tem papel fundamental para o desenvolvimento do mercado, em razão de responder pela aplicação concreta da lei nas controvérsias que lhe são apresentadas⁷. Em *ultima ratio*, é o Judiciário que garante a imperatividade das normas jurídicas, pois detém os instrumentos para sancionar e corrigir eventuais condutas que contrariem os comandos normativos estatais⁸. Assim, é intuitivo concluir que a forma pela qual a tutela jurisdicional é distribuída aos jurisdicionados influencia o comportamento das pessoas e, dessa maneira, tem diversos impactos sociais e econômicos.

⁶ Douglas C. North sustenta que as instituições formais (regras, leis, constituições...) e as instituições informais (normas de comportamento, convenções, códigos de conduta,...), com suas características próprias de *enforcement*, formam a estrutura de incentivo das sociedades e das economias, sendo essenciais na determinação dos custos de transação (NORTH, 1994, p. 360).

⁷ Marcelo Roseno de Oliveira afirma que o Poder Judiciário – detentor do monopólio do poder de decidir conflitos – assume papel estratégico no Estado Neoliberal, considerando que a economia de mercado é essencialmente conflitiva e, nesta medida, demanda atuação constante do Poder Judiciário, em especial no que toca à recuperação do crédito (OLIVEIRA, 2008, p. 269).

⁸ Neste sentido, Cristiane Albuquerque de Sá (2001, p. 35) registra que o Judiciário é fundamental para o equilíbrio social, pois é o órgão responsável por manter a segurança nos negócios jurídicos, o respeito aos direitos, deveres e liberdades de cada um, em uma proporção de igualdade.

Economicamente, é indiscutível que a atuação do Poder Judiciário – embora não seja o único – é instrumento garantidor dos institutos jurídicos que formam a base da economia de mercado: o direito de propriedade e o contrato. Com efeito, conflitos decorrentes de inadimplemento contratual, descumprimento de cláusulas, desrespeito ao direito de propriedade, entre outros, são frequentemente levados à apreciação do Poder Judiciário, e, na tradição brasileira, de forma mais frequente do que a procura de vias alternativas de resolução dos conflitos (arbitragem, mediação e conciliação). Nesse sentido, Arrunãda e Andonova (2005, p. 200) afirmam que os tribunais têm papel essencial do ambiente legal dado que preenchem as lacunas contratuais e fazem atuar as regras referentes à execução forçada dos contratos, contribuindo, portanto, para a redução dos custos de execução dos contratos.

Considerando que, em última análise, a autoridade soberana na interpretação das normas jurídicas é o juiz, não é difícil verificar a importância da tutela jurisdicional, em especial no campo econômico. Para exemplificar a afirmação, basta imaginar uma comunidade na qual o órgão encarregado de aplicar o Direito aos casos concretos reiteradamente se posiciona de maneira favorável ao locatário nas ações de despejo, obstando a desocupação forçada do imóvel, mesmo quando o inadimplemento esteja cabalmente comprovado. Aplicando os pressupostos da análise econômica a esse exemplo hipotético, o efeito imediato desse modo de atuação do Judiciário, nas lides envolvendo despejo, seria uma potencial redução do número de contratos de locação, ou o aumento do preço do aluguel, ou até mesmo o desaparecimento dessa modalidade de contrato, na medida em que os locadores, agindo racionalmente, verificariam que o custo para execução do contrato seria muito elevado em caso de inadimplemento –

grande lapso temporal para reaver o imóvel, diante dos reiterados precedentes neste sentido –, situação geradora de prejuízos, a partir da consagração da utilização do bem sem a correspondente contraprestação. Assim, diante do aumento do custo, elevando o risco atrelado ao negócio, haveria reflexo direto nos preços ou na própria existência do contrato, como uma reação do mercado ao incremento de custos e de risco.

O exemplo apresentado demonstra que as decisões judiciais produzem efeitos na esfera econômica, para além da alocação direta das pretensões individuais. A esse respeito, Ribeiro e Galeski (2009) lecionam que a proteção conferida pela lei e pelo Judiciário induzem os agentes econômicos à cooperação. Segundo os autores, quanto maior a possibilidade de exigir o cumprimento do contrato, maior será a probabilidade de cooperação entre as partes (atitude de buscar o cumprimento das promessas) (RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2009, p. 130-131). Desse modo, os precedentes judiciais funcionam como balizadores do grau de definição do direito de propriedade, quando ameaçado, assim como o grau de respeito aos acordos, em caso de inadimplemento contratual. Forgioni (2003), valendo-se dos ensinamentos de Piero Pajardi, aduz que a própria credibilidade dos ordenamentos jurídicos modernos, no que tange ao direito material e à eficiência da jurisdição, está atrelada à capacidade concreta de tutelar eficientemente o crédito, em razão da importância do crédito para o funcionamento do mercado (FORGIONI, 2003, p. 11).

Porém, não são somente os precedentes – entendimentos manifestados reiteradamente pelos órgãos judiciais – que gozam de importância sob a ótica econômica. A forma de atuação do Poder Judiciário na resolução dos conflitos também é essencial para o bom desenvolvimento do mercado, apoiada em que-

sitos como segurança, previsibilidade, rapidez e agilidade.

Para Jobim (1997), o Poder Judiciário deve ser visto também como instrumento de desenvolvimento, na medida em que o acesso à justiça, a previsibilidade das decisões judiciais, as decisões sendo proferidas em tempo adequado e a existência de vias processuais adequadas são pré-requisitos para o desenvolvimento, considerando que “ninguém vem investir, a longo ou médio prazo, em áreas de risco e de imprevisão”, salvo especuladores (JOBIM, 1997, p. 17). De fato, tais atributos são essenciais para o bom funcionamento do mercado na medida em que implicam diminuição dos custos de transação, minoração dos riscos e, conseqüentemente, estímulo ao fluxo econômico, pois os agentes, utilizando-se da racionalidade que lhes é própria, sentem-se mais estimulados a negociar em um ambiente estável e ágil do que em um ambiente de incertezas, no qual seus recursos estão muito mais expostos a riscos.

Por outro lado, caso a atuação do Poder Judiciário seja marcada por incertezas e pela demora na solução dos conflitos, a partir da racionalidade econômica se podem antever efeitos econômicos negativos, visto que a falta de segurança e de rapidez nas decisões judiciais torna duvidosa a eficiência da tutela jurisdicional na promoção da segurança institucional, aumentando significativamente os custos e o riscos na esfera econômica (MORA-SANGUINETTI, 2010, p. 212).

Além disso, o tardar do pronunciamento judicial estimula a conduta oportunista daqueles que se beneficiam com a demora no julgamento das demandas, mediante a adoção de uma postura litigante de desrespeito à lei e aos contratos. Nessa linha, Lucon (1999) afirma que a morosidade da tutela jurisdicional representa um desestímulo ao cumprimento da lei, porque “as pessoas se vêem desestimuladas a cumprir

a lei, quando sabem que outras a descumprem reiteradamente e obtêm manifestas vantagens, das mais diversas naturezas” (LUCON, 1999, p. 877-878). Destaca a vantagem econômica auferida pelos devedores frente à demora nas soluções das demandas, pois, neste contexto, passa a ser mais vantajoso, na perspectiva patrimonial, aguardar uma eventual decisão favorável do que adimplir pontualmente suas obrigações (LUCON, 1999, p. 877-878).

Portanto, a atuação do Poder Judiciário é adequada, na perspectiva econômica, a partir do momento em que seus pronunciamentos: *(i) se coadunam com a adequada proteção do direito de propriedade e do direito contratual; (ii) conferem segurança e previsibilidade às relações econômicas, de modo que as partes saibam, de antemão, quais as conseqüências de suas condutas; (iii) resolvem os conflitos de forma célere e ágil, obstando o comportamento oportunista dos devedores e conferindo maior dinamicidade ao mercado.*

Para que a tutela jurisdicional atenda a esses parâmetros, é essencial um sistema processual compatível. Não se pode esquecer que são as normas processuais que orientam a atuação do Judiciário na resolução dos conflitos. A aplicação concreta da lei pressupõe um processo, conformado por um procedimento consistente em uma seqüência ordenada de atos que culminarão em decisões que resolvem a controvérsia em análise. Dessa forma, o Poder Judiciário somente pode atuar de acordo com atributos economicamente desejáveis se houver um sistema processual que lhe permita fazê-lo, dado que não há pronunciamento judicial não precedido do processo⁹. Em suma, a estrutura formada pelas normas processuais é determinante para que

⁹ Segundo pesquisa realizada por Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 256-257), a maioria dos magistrados brasileiros que participaram de pesquisa (51,1%) apontaram a legislação processual como causa da morosidade do

a atuação do Poder Judiciário possa ocorrer de maneira célere, segura e previsível (MARTINS, 2001, p. 55).

Verificado o papel econômico desempenhado pelo Poder Judiciário, como instituição essencial para o funcionamento da economia de mercado, e a consequente relevância econômica das normas processuais – pois orientam a forma pela qual se presta a tutela jurisdicional – é possível constatar a importância de se considerar, na formulação dos institutos processuais, os efeitos econômicos dela decorrentes. Um sistema processual estruturado em descompasso com os imperativos econômicos de rapidez, agilidade, segurança e previsibilidade, influencia diretamente a atuação do Poder Judiciário, tornando mais frágil a coerção (*enforcement*) das normas jurídicas, o que enseja um ambiente institucional que não favorece o fluxo econômico.

Partindo dessa perspectiva, o que se busca no presente trabalho é justamente verificar se a sucumbência recursal é instituto processual compatível com a finalidade de adequação da atuação do Judiciário às diretrizes econômicas, com vistas ao bom funcionamento da economia de mercado. A utilização das bases conceituais abordadas permite prever os prováveis efeitos da criação da sucumbência recursal sobre o sistema processual e, conseqüentemente, prospectar se esse instituto está afinado com os atributos em que se pauta a atuação do Poder Judiciário do ponto de vista econômico, na resolução dos conflitos.

No entanto, antes de prosseguir, cumpre frisar que a opção por analisar a conveniência da criação da sucumbência recursal sob o enfoque econômico não significa que o sistema processual e judicial devam somente buscar

eficiência econômica, ou atender a objetivos econômicos, deixando em segundo plano os demais escopos que permeiam a tutela jurisdicional. Conforme mencionado, trata-se de uma opção de cunho metodológico que se justifica em razão do importante papel exercido pela atividade jurisdicional no funcionamento da economia de mercado. Melhor explicitando: se o Judiciário exerce uma função relevante para o desenvolvimento da economia, é intuitiva a necessidade de se avaliar se os institutos processuais que regem sua atuação se conformam com as características que, do ponto de vista da teoria econômica, são essenciais para o bom funcionamento do mercado. Sem essa avaliação, o sistema processual distancia o Poder Judiciário do cumprimento de seu papel no mercado, causando efeitos econômicos negativos que se contrapõem à diretriz de busca do desenvolvimento econômico delineada na Constituição Federal e que impactam negativamente o desenvolvimento social (partindo do pressuposto de que a existência e o aumento das condições materiais são essenciais para o desenvolvimento social). Assim, o aspecto econômico deve somar-se a outros a serem considerados na formulação do sistema processual. Esse enfoque é salutar, ainda mais ao se considerar que, no Brasil, há pouca tradição de avaliação dos efeitos econômicos antes da formulação das normas jurídicas – inclusive processuais – o que, não raro, culmina em um Poder Judiciário que – obedecendo a normas processuais desajustadas – presta a tutela jurisdicional de forma morosa, imprevisível e custosa, causando efeitos econômicos e sociais negativos.

6. Análise Econômica da sucumbência recursal

Conforme apontado, no sistema processual previsto pelo CPC vigente, a condenação em

Judiciário, denotando que o sistema processual tem efeitos diretos sobre a atuação do Judiciário.

honorários advocatícios somente ocorre por ocasião da sentença de primeiro grau. Eventual interposição de recursos não enseja nova condenação ao pagamento de honorários em favor do patrono da parte vencedora, mesmo que não sejam admitidos ou sejam desprovidos, diante da ausência de previsão legal. Nessa medida, o custo a ser despendido pela parte recorrente, em caso de insucesso de sua pretensão recursal, limita-se aos honorários já fixados anteriormente – que deveriam ser pagos mesmo se não houvesse o recurso –, e o valor das custas do recurso (preparo).

Analisando-se tal sistema a partir dos conceitos da Análise Econômica, verifica-se que, para a parte que obteve uma sentença ou acórdão desfavorável, o custo para mover novamente a máquina judiciária com a interposição de recurso se apresenta diminuto, considerando que o valor do preparo não tem valor expressivo. Em decorrência do baixo custo, há estímulo para que a parte vencida maneje recursos, mesmo que saiba de antemão que sua tese dificilmente terá êxito, pois o risco decorrente de sua interposição (valor do preparo) é menor do que os benefícios que a parte vencida pode obter com o manejo do recurso¹⁰ (como a protelação do pagamento dos valores da condenação). A essa conclusão se chega a partir da compreensão do pressuposto de racionalidade que orienta o comportamento dos seres humanos: a escolha da conduta depende dos benefícios e prejuízos atrelados, prevalecendo aquela que, aos olhos do

agente, maximize a satisfação dos seus interesses individuais (maior benefício/menor custo). Assim, se a interposição dos recursos aparentemente traz maior vantagem, com menor custo, esta será a estratégia dominante das partes que integram a demanda, formando uma tendência ao comportamento oportunista.

A esse respeito, dados do Conselho Nacional de Justiça apontam a existência de 38 (trinta e oito) instituições financeiras entre os 100 (cem) maiores litigantes do Brasil. Esse dado é um forte indício da vantagem econômica decorrente da estratégia do “recorrer em todas as hipóteses de inconformismo” no sistema processual atual, considerando que as instituições financeiras geralmente detêm um intenso controle gerencial de suas demandas judiciais, traçando sua estratégia predominantemente em função dos custos envolvidos com cada opção.

Essa estratégia dominante de interposição de recursos (recorrer em todas as hipóteses de inconformismo) produz reflexos diretos sobre a atuação do Poder Judiciário. Induz ao aumento do número de recursos a serem julgados pelos tribunais de segunda instância e pelos tribunais superiores, o que implica maior morosidade, necessidade de elevação dos gastos com a máquina judiciária (estrutura e pessoal) e tendência de decréscimo da qualidade das decisões, em face da redução do tempo disponível para reflexão sobre os temas. Tais reflexos afastam atributos importantes para a economia, especialmente no que diz respeito à solução dos conflitos de maneira célere e ágil. E diante da insatisfatória prestação jurisdicional, o efeito econômico reflexo é a redução dos investimentos na esfera econômica, na medida em que, sendo o Poder Judiciário o órgão do Estado encarregado de conferir estabilidade ao ordenamento jurídico, se sua resposta às violações não são apresentadas com rapidez e celeridade, gera-se um elemento de instabilidade e insegurança

¹⁰ Vale registrar o posicionamento de Rachel Sztajn e Érica Gorga, no sentido de que o sistema de sucumbência adotado no sistema processual do CPC atual – pagamento das despesas processuais pela parte vencida –, por si só, contribui para a diminuição no número de litígios judiciais, diante do aumento do risco atrelado ao processo judicial (risco de arcar com o débito acrescidos de custas e honorários advocatícios) (GORGA; SZTAJN, 2005, p. 178). No entanto, não se vislumbra que o sistema de atribuição do ônus de sucumbência à parte vencida se preste a desestimular o manejo de recursos, pois o ônus recai sobre a parte vencida, independente se manejou recurso ou não.

institucional, aumento dos riscos, dos custos de transação e, conseqüentemente, diminuição potencial dos investimentos. Conforme ensinam Cooter e Ulen (2010, p. 95-98), se o ambiente institucional – com destaque para o Poder Judiciário – não traz a pronta resposta às transgressões, a tendência é que os recursos que poderiam ser investidos na atividade produtiva sejam realocados para suprir a ineficiência das instituições, pois os custos para garantir a proteção dos direitos (de propriedade, contratual etc.) aumentam nessas condições.

Para minimizar os efeitos negativos de um sistema processual que estimule as partes à interposição de sucessivos recursos – independentemente de acreditarem ou não na procedência de suas pretensões –, uma opção a partir da análise econômica é criar um sistema que aloquem, sobre a parte que geralmente se beneficia com a demora na prestação jurisdicional, os custos e o risco da interposição de recursos, tornando-a menos vantajosa, em razão do aumento de custos/risco, a estratégia do recorrer em todas as hipóteses de inconformismo. A ideia é que o sistema jurídico processual induza a uma maior prudência da parte no manejo de seus recursos, mediante o aumento das despesas atreladas ao fracasso em sede recursal. Assim, valendo-se do sistema normativo, o Direito pode criar uma estrutura de incentivo que provoque na parte vencida (e em seu advogado), a necessidade de uma análise de risco após a prolação de uma sentença desfavorável, na qual se avaliem probabilidades de êxito em sede de recurso, para verificar se elas são compatíveis com o risco de aumento do montante a ser pago à parte recorrente.

Nesse sistema insere-se a sucumbência recursal¹¹. A partir do momento em que a ver-

¹¹ A sucumbência recursal é uma das alternativas para tal desiderato. A mesma finalidade poderia ser atingida,

ba honorária a ser paga pela parte recorrente é sopesada, em razão da inadmissão ou do desprovimento unânime do recurso, passa a representar um desestímulo à apresentação de recursos cuja parte recorrente considera que provavelmente possam ser rejeitados ou desprovidos. A sucumbência recursal coloca sobre a escolha da parte vencida um risco: o de sofrer nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios. Desse modo, a estratégia egoística de recorrer em todos os casos de inconformismo, independentemente da probabilidade de êxito, passa a não ter um óbice, em razão do risco de aumento dos custos pela aplicação do instituto da sucumbência recursal.

Nessa linha de raciocínio, a sucumbência recursal presta-se ao combate dos comportamentos oportunistas das partes envolvidas em demandas regidas pelo sistema processual civil, em consonância com os ensinamentos de Axelrod, que sustenta a necessidade de o sistema normativo diminuir a recompensa atrelada ao comportamento oportunista, para induzir a que as pessoas adotem uma conduta cooperativa (AXELROD, 2010, p. 125-126). Essa conduta cooperativa, no caso, seria recorrer somente nos casos em que fosse possível antever uma probabilidade real de sucesso da pretensão recursal.

Com a criação da sucumbência recursal, é possível prospectar uma diminuição no número de recursos de apelação, recursos especiais e recursos extraordinários, em especial nas demandas que discutam matérias já sumuladas, ou já pacificadas na jurisprudência dos tribunais – como a grande maioria das discussões envolvendo contratos bancários. Com efeito, o

por exemplo, pela criação de uma multa automática à parte vencida que tenha seu recurso inadmitido ou desprovido por unanimidade de votos. Em outros termos, o cerne da questão, para análise econômica, é criar risco para a parte a quem beneficia a interposição do recurso, independente se a destinação será para o advogado da parte contrária, ou para a própria parte recorrida.

aumento do custo da estratégia – muito utilizada pelas instituições financeiras – de recorrer em todos os casos de não acolhimento de sua pretensão, deve ensejar uma nova política das diretorias jurídicas dos bancos que leve em conta uma análise de probabilidade de êxito nos recursos, a fim de minimizar o risco de novas condenações, em escala, ao pagamento de honorários advocatícios.

No entanto, um entrave à efetividade da sucumbência recursal, como fator de desestímulo à atitude irresponsável de recorrer em todas as hipóteses possíveis, pode ser o limite legal de 25% (vinte e cinco por cento). Em termos absolutos, o percentual limite previsto no Anteprojeto do Novo CPC ultrapassa somente em 5 (cinco) pontos percentuais o limite percentual de fixação dos honorários advocatícios previsto no CPC vigente (art. 20º, § 3º). Diante disso, o perigo é que o aumento de custos atrelados à estratégia de recorrer em todos os casos não seja suficiente para coibir essa prática. Em outras palavras, se o aumento nos custos não for significativo, haverá grande probabilidade de que as recompensas do comportamento oportunista permaneçam superiores aos respectivos custos e riscos, e, nessa hipótese, a indução ao comportamento pretendido ficaria prejudicado, na medida em que a avaliação benefício-custo continuaria a pender em favor da estratégia de sempre recorrer.

Por outro lado, a não aplicação da sucumbência recursal nos casos em que a matéria discutida no recurso é objeto de divergência jurisprudencial, denota que o escopo do instituto é aumentar os custos e os riscos exclusivamente para coibir o comportamento irresponsável de recorrer sem maiores preocupações com a probabilidade de êxito, e não tornar mais custoso o ato de recorrer. Dessa forma, mesmo que o recurso venha a ser desprovido por unanimidade de votos, se a matéria em debate apresentar

divergência jurisprudencial, não haverá nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios em sede recursal.

A celeridade e agilidade no julgamento das controvérsias coaduna-se com os atributos que devem permear a atividade jurisdicional sob o ponto de vista da análise econômica, a fim de formatar um ambiente institucional que transmita eficiência e segurança aos agentes econômicos, contribuindo para a diminuição dos custos e dos riscos envolvidos no fluxo econômico. Se o instituto da sucumbência recursal está em consonância com o escopo de imprimir maior rapidez e agilidade na prestação da tutela jurisdicional, pode-se concluir que a Análise Econômica posicionar-se-á a favor de sua criação no sistema processual civil brasileiro, como instrumento para orientar a atuação do Judiciário, em conformidade com as expectativas sociais e as necessidades do mercado.

7. Conclusão

Ao contrário do que sustentam alguns juristas, a sucumbência recursal não padece de vício de inconstitucionalidade material, visto que a imposição de nova condenação ao pagamento de honorários advocatícios em desfavor da parte vencida, em caso de não conhecimento ou desprovisionamento do recurso por unanimidade de votos, não impede a interposição do recurso. Além disso, segundo a jurisprudência do STF, o duplo grau de jurisdição não representa uma garantia constitucional, tampouco integra o devido processo legal, razão pela qual não há que se falar em inconstitucionalidade do instituto da sucumbência recursal por contrariedade ao devido processo legal ou por limitar o exercício do duplo grau de jurisdição.

Considerando o papel econômico desempenhado pelo Poder Judiciário, como instituição essencial para o funcionamento da economia de

mercado, e a conseqüente relevância econômica das normas processuais – uma vez que orientam a forma pela qual se presta a tutela jurisdicional – é possível constatar a relevância de se considerar, na formulação dos institutos processuais e os efeitos econômicos dela decorrentes. Nessa tarefa, para avaliar a conveniência da adoção da sucumbência recursal no sistema processual civil brasileiro, ganha relevo a análise do instituto a partir dos postulados da Análise Econômica do Direito.

Sob a perspectiva da Análise Econômica, a criação da sucumbência recursal no sistema processual civil brasileiro mostra-se conveniente, na medida em que desestimularia o comportamento de se recorrer de todas as decisões desfavoráveis – estratégia utilizada por muitas empresas –, induzindo uma conduta mais responsável na escolha entre interpor ou não o recurso. Desestimulando o comportamento oportunista, a sucumbência recursal contribui para que o Poder Judiciário possa atuar de modo mais célere e ágil na resolução dos conflitos, o que contribui para reduzir a quantidade de recursos nos tribunais, para abreviar o tempo de duração das demandas para que a tutela jurisdicional seja prestada de acordo com o que dela se espera para o bom funcionamento da economia de mercado.

Referências

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ARRUÑADA, Benito; ANDONOVA, Veneta. Instituições de mercado e competência do judiciário. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

AXELROD, Robert. *A evolução da cooperação*. Tradução de Jusella Santos. São Paulo: Leopardo, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus 79785/RJ, de 29 de março de 2000. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, Seção 1, 22 nov. 2002.

COASE, Ronald. *The firm, the market, and the law*. Chicago: Chicago University, 1988.

COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução de Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bokman, 2010.

FORGIONI, Paula A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, v. 130, p. 7-38, abr./jun. 2003.

_____. Análise econômica do direito (AED): paranóia ou mistificação? *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 44, n. 139, p. 242-256, jul./set. 2005.

FREIRE, Alonso Reis. Odisseu ou Hércules? Sobre o Pragmatismo e a Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner. *Revista Eletrônica do Curso de Direito – PUC Minas Serro*, Minas Gerais, n. 3, p. 21-30, 2010.

FRIEDMAN, David D. *Law's order: what economics has to do with law and why it matters*. Princeton: Princeton University, 2000.

GORGA, Érica; SZTAJN, Rachel. Tradições do Direito. In: ZYLBERSTAJN, Décio; STAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

GRECO, Leonardo. Princípios de uma teoria geral dos recursos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, jan./jun. 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br/edicao_05.htm>. Acesso em: 18 maio 2011.

JOBIM, Néelson Azevedo. *As tendências do direito e do poder judiciário no Brasil e no mundo*. Brasília: Conselho de Justiça Federal, 1997.

LAUDA, Bruno Bolson. A análise econômica do direito: uma dimensão da crematística no direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, Santa Maria, v. 4, n. 1, p. 1-30, mar. 2009.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Abuso do exercício do direito de recorrer. In: NERY JÚNIOR, Nelson et al (Org.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS, Daniele Comin. *Morosidade da justiça: causas e soluções*. Brasília: Consulex, 2001.

MORA-SANGUINETTI, Juan. A characterization of the judicial system of spain: analysis with formalism indices. *Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 210-240, jul./dez. 2010.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NORTH, Douglas. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Nahville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

OLIVEIRA, Marcelo Roseno de. A previsibilidade das decisões judiciais como condição para o desenvolvimento econômico no estado neoliberal brasileiro. In: POMPEU, Gina Marcílio (Org.). *Estado, constituição e economia*. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SÁ, Cristiane Albuquerque de. *O desequilíbrio da balança*. In: SVEDAS, Andréia Mendes et al. *Morosidade da justiça: causas e soluções*. Brasília: Consulex, 2001.

SOARES, Leonardo Oliveira. Primeiras considerações sobre a denominada sucumbência recursal no estado de direito transnacional. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 66, p. 69-75, jul./ago. 2010.

WILLIAMSON, Oliver E. *The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting*. Nova York: The Free, 1985.

ZYLBERSTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.