

ANÁLISE ECONÔMICA DA CRISE DO JUDICIÁRIO: O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE *A QUO* COMO INCENTIVO À LITIGÂNCIA RECURSAL

ECONOMIC ANALYSIS OF THE CRISIS IN THE JUDICIARY: THE JUDGEMENT OF ADMISSIBILITY *A QUO* AS AN INCENTIVE TO THE APPELLATE LITIGATION

*Fillipe Azevedo Rodrigues*¹

*Maise Gindre Mosselina*²

RESUMO

Apresenta uma abordagem econômica do juízo de admissibilidade *a quo*, criado para promover uma análise prévia da procedência dos recursos especiais e extraordinários interpostos. Perpassa pela delimitação dos requisitos constitucionais e processuais para a proposição de tais recursos, considerando também a função do juízo *a quo* nesse procedimento. Demonstra a abrangência e a relevância da Análise Econômica do Direito (AED) no estudo dos institutos jurídicos, bem como da *teoria da escolha racional*. Destaca, como cerne da questão, a crise no judiciário e o incentivo à litigância, no que se enfatiza: os incentivos aos magistrados e o livre convencimento do juiz, os incentivos às partes e a insegurança jurídica e o juízo de admissibilidade *a quo* como incentivo à litigância recursal.

Palavras-chave: Análise econômica; litigância recursal; Juízo de admissibilidade *a quo*.

ABSTRACT

Presents an economic approach to the admissibility of judgment *a quo*, created to promote a previous analysis of the merits of the special and extraordinary appeals lodged. Permeates the delimitation of the constitutional and procedural requirements for proposing such resources, considering also the role of the court *a quo* in this procedure. Demonstrates the breadth and relevance of Economic Analysis of Law (AED) in the study of legal institutions, as well as the rational choice theory. Stands out as the core of the issue, the crisis in the judiciary and the encouragement of litigation, as emphasized: the incentives to judges and free conviction of the judge, the incentives to the parties and legal uncertainty and judgment of admissibility *quo* as an incentive to appellate litigation.

Keywords: Economic analysis; appellate litigation; admissibility judgment *a quo*.

1 INTRODUÇÃO

¹ Advogado, Consultor do Estado do Rio Grande do Norte e doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC). Possui graduação em Direito e mestrado em Direito Constitucional, ambos pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Análise Econômica do Direito, Direito Penal e Direito Administrativo.

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, atuante em ações associadas de ensino, pesquisa e extensão da UFRN.

O avanço da litigância e, sobretudo, da litigância recursal nunca surtiu efeitos tão danosos ao acesso material à jurisdição ou, em outras palavras, ao recebimento de prestação jurisdicional de qualidade, além de célere, transparente, imparcial e previsível, garantindo segurança jurídica e ordem nas relações sociais.

As alterações legislativas no campo do Direito Processual Civil, entretanto, não vêm se mostrando eficientes em solucionar tais questões, cujos efeitos instituíram verdadeira crise no Poder Judiciário brasileiro, incapaz de cumprir seu mister constitucional a contento.

Ao contrário, conforme se verá neste trabalho, algumas das transformações sofridas no Poder Judiciário, sejam elas de cunho hermenêutico ou de caráter legislativo, contribuíram ainda mais para complicar o quadro emergencial que se encontra a garantia fundamental ao acesso à justiça.

Além disso, tais inovações costumam limitar direitos fundamentais de liberdade como a ampla defesa sem, todavia, restar comprovada a sua eficiência, adequação e real necessidade (*proporcionalidade*), enquanto normas restritivas de direito.

Definida a problemática em análise, o presente trabalho será desenvolvido utilizando-se do método dedutivo-analítico, a partir de pesquisa bibliográfica na legislação, bem como em obras acadêmicas consagradas e de vanguarda, tanto de repercussão nacional como internacional.

No tocante aos objetivos, propõe-se analisar a crise do judiciário, com ênfase para a sobrecarga processual e para o instituto “juízo de admissibilidade *a quo*” no afã de demonstrar sua total ineficiência para atingir o fim pretendido por ocasião de sua concepção e aprovação legislativa, utilizando-se dos paradigmas juseconômicas da *Teoria da Escolha Racional*.

Para tanto, inicialmente serão desenvolvidas algumas considerações gerais acerca do regime jurídico-constitucional do Recurso Especial e do Recurso Extraordinário, destacando os requisitos de admissibilidade em geral e as hipóteses de cabimento de maneira mais detida.

Em um momento posterior, o trabalho passará a abordar, de maneira introdutória, o que consiste o movimento Análise Econômica do Direito, quais são seus instrumentais metodológicos úteis às ciências jurídicas, bem como a importância do paradigma do *homo economicus* para compreender tanto em caráter de prognose quanto em caráter descritivo as implicações das medidas judiciais no comportamento dos indivíduos afetados.

Por fim, sob o enfoque da *Teoria da Escolha Racional* na identificação das causas da crise do Poder Judiciário e, particularmente, dos incentivos que estimulam a litigância exacerbada para magistrados e partes, com destaque para a análise juseconômica do instituto do “juízo de admissibilidade *a quo*”.

2 RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO

O estudo das referidas espécies recursais passa, necessariamente, pelo entendimento de seus pressupostos constitucionais e processuais, bem como do sistema jurídico que as ampara. Assim, observa-se que a jurisdição, enquanto aplicação do Direito, vem ganhando conotação de meio de acesso à justiça material, ou seja, à justiça das decisões, a qual deve levar consigo os preceitos constitucionais, dentre outros, da ampla defesa e do contraditório.

Nesse sentido, o direito de defesa, garantia de participação dos sujeitos do processo na composição de uma decisão justa e equânime, precisa ser levado em consideração³. Por isso, faz-se mister compreender que os recursos são os instrumentos dessa garantia e, conforme afirmam Marinoni e Arenhart (2010, p. 509), tratam-se de “meios de impugnação de decisões judiciais, voluntários, internos à relação jurídica processual em ‘que se forma o ato judicial atacado, aptos a obter deste a anulação, a reforma ou o aprimoramento”.

Os recursos sob análise, porém, distinguem-se dos demais porquanto são voltados especialmente à defesa, em geral, da correta interpretação e aplicação dos dispositivos da Constituição ou de Lei Federal aplicados no caso concreto. Sendo assim, enfatizam-se os pressupostos trazidos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil (CPC) para a interposição desses recursos.

2.1 RECURSO ESPECIAL E RECURSO EXTRAORDINÁRIO: PRESSUPOSTOS CONSTITUCIONAIS

O Recurso Especial e o Recurso Extraordinário são espécies de recursos amparados pela Constituição Federal de 1988, em seus arts. 102, III, e 105, III, respectivamente, e direcionados aos tribunais superiores, quais sejam, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

Tais recursos destinam-se à apreciação apenas de questões de direito, não se estendendo, portanto, às questões de mérito, ao reexame de fatos ou de provas – sendo, por isso, conhecidos pela doutrina como *recursos de fundamentação vinculada*. Ainda, ao tratarem do objeto desses recursos, Fredie Didier e Leonardo Carneiro trazem a possibilidade de haver revisão da aplicação de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. *In verbis*:

³ Sobre esse assunto, Marinoni ressalta que “é a participação das partes interessadas na formação da decisão que confere legitimidade ao exercício da jurisdição. Sem a efetividade do direito de defesa, portanto, estaria comprometida a própria legitimidade do exercício do poder jurisdicional”. (2009, p. 305).

É possível, também, imaginar o controle da aplicação de *cláusula geral*, tais como a boa-fé, a função social da propriedade, o poder geral de cautela etc. É possível, por exemplo, que o STJ, ao interpretar a extensão do § 5º do art. 461 do CPC, que prevê uma cláusula geral de efetivação das decisões judiciais, entenda não ser lícita a fixação de multa horária ou de prisão civil como meio inominado de coerção indireta, desde que baseado nos fatos descritos no acórdão recorrido. (2012, p. 273).

Ademais, restam observados os pontos gerais aplicáveis aos recursos especial e extraordinário, passando-se a uma análise constitucional de suas peculiaridades, questões práticas e a matéria que compete a cada recurso.

2.1.1. Disciplina constitucional do Recurso Extraordinário

Conforme observado, o recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), é de competência do Supremo Tribunal Federal e envolve as causas decididas em única ou última instância que: contrariam disposições constitucionais; declaram a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; julgam válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição Federal; ou julgam válida lei local contestada em face de lei federal.

Diante do que dispõe a Carta Magna, extraem-se os requisitos basilares para a interposição do recurso extraordinário, quais sejam: o esgotamento das instâncias recursais e, em decorrência lógica, a necessidade de prequestionamento da matéria, bem como, o enquadramento nas hipóteses constitucionais supramencionadas e a necessidade de repercussão geral, nos termos do art. 102, § 3º, da CF/88. A despeito desses requisitos, observa-se forte construção jurisprudencial, a exemplo do julgado a seguir:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL DECIDIDO MONOCRATICAMENTE. INSTÂNCIA RECURSAL NÃO ESGOTADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 281/STF. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. O agravo é inadmissível quando interposto contra decisão suscetível de impugnação na via recursal ordinária. O esgotamento da instância é condição de acesso à via do apelo extremo. Precedentes: AI 670.775-AgR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe 17.4.2009 e AI 713.039-AgR-ED, Rel. Min. ELLEN GRACIE, 2ª Turma, DJe 25.9.2009.

2. Deveras, não foi interposto agravo regimental contra decisão monocrática proferida no recurso especial.

3. Incidência da Súmula n. 281/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando couber na justiça de origem, recurso ordinário da decisão impugnada (...).⁴

Anote-se ainda a necessidade de haver prequestionamento da matéria, ou seja, nos termos da Súmula 282 do STF, “é inadmissível o recurso extraordinário, quando não

⁴ STF - ARE: 677739 DF, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 30/10/2012, Primeira Turma.

ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada”. Contudo, a respeito de ser o prequestionamento tido muitas vezes como pressuposto para interposição desse recurso, é pertinente observar que ele se trata, “na verdade, de etapa no exame de cabimento dos recursos extraordinários” (DIDIER JÚNIOR; CUNHA, 2012, p. 275). Sendo assim, entende-se essa exigência como construção interna da Suprema Corte, que propagou sua importância por meio de sua construção jurisprudencial.

Demais disso, tem-se a repercussão geral, pressuposto acrescentado à Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004, em função do qual deve ser demonstrado pelo recorrente, em tópico específico, e que será julgado pelo pleno da Suprema Corte, só podendo deixar de ser conhecido diante da decisão de 2/3 dos seus membros. Em busca de preencher esse conceito demasiado abstrato, a Lei Federal n.º 11.418 de 2006, acrescentou o § 1º do art. 543-A do CPC, dispondo que “para efeito de repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa”.

2.1.2. Disciplina constitucional do Recurso Especial

No que concerne à disciplina do recurso especial, o Diploma Constitucional determina que é de competência do Superior Tribunal de Justiça, conforme o art. 105, III, da CF/88, julgar as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios. Ao dispor dessa maneira, o constituinte impôs restrições à interposição desse recurso, uma vez que só é permitido quando a decisão recorrida for de tribunal, “assim, certas situações, cujo exame não é levado, pela lei brasileira, a uma segunda instância [...] jamais admitirão a interposição de recurso especial, não obstante possam ser reapreciadas pelo Supremo Tribunal Federal” (MARINONI; ARENHART, 2010, p. 573)⁵.

A Lei Maior possibilitou ainda a interposição do referido recurso nas hipóteses de acórdãos que: contrariem ou neguem vigência a tratado ou lei federal; julguem válidos atos de governo local em face de lei federal; e deem, à lei federal, interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal.

Tendo-se em vista o exposto anteriormente no que diz respeito ao esgotamento das vias recursais e o prequestionamento, ressalta-se apenas, nos termos do julgado que segue, os desdobramentos constitucionais realizado pelo Tribunal superior:

⁵ Merece destaque, em consonância com o disposto, o enunciado n. 203 da súmula do STJ, o qual determina que “não cabe recurso especial contra decisão proferida por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais”.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ERRO DE CÁLCULO DO PERITO. PREQUESTIONAMENTO.

1. A questão apontada como omissa, qual seja, erro no cálculo elaborado pelo perito por falta de conversão adequada da moeda, não foi trazida na apelação, de modo que Tribunal de origem, ao julgar o apelo, não tinha que enfrentá-la.

2. Esta Corte já decidiu, a respeito de tema que não foi objeto da apelação, que o Tribunal não está obrigado a enfrentar. Desde que não se trate de "matéria de ordem pública ou de questão surgida na prolação do acórdão, não há falar em omissão do julgado no ponto".⁶

2.2 A DISCIPLINA DOS RECURSOS NO CPC E O JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE *A QUO*

O recurso extraordinário e o recurso especial são também disciplinados pelo Código de Processo Civil, o qual dispõe, entre os arts. 541 e 546, sobre a forma de interposição desses recursos. Inicialmente, foi a Lei Federal n.º 8.950, de 1995, que permitiu o retorno, ao CPC, da regulação da matéria, ao reformular a Seção II (Do Recurso Extraordinário e do Recurso Especial), criando, nessa oportunidade, o juízo de admissibilidade *a quo*.

Determinou-se que tais recursos sejam interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, contendo: a exposição do fato e do direito, a demonstração do cabimento do recurso e as razões do pedido de reforma.

Destarte, em reforma posterior, foi estabelecido que, “recebida a petição pela secretaria do tribunal, será intimado o recorrido, abrindo-se-lhe vista, para apresentar contrarrazões”, nos termos do art. 542 do CPC, com redação dada pela Lei Federal n.º 10.352, de 26 de dezembro de 2001. Dessa forma, “ao tribunal *a quo* cabe somente verificar se estão presentes os requisitos formais do RE ou do REsp. Efetiva violação da CF ou a efetiva negativa de vigência da lei federal são o mérito do recurso” (NERY JUNIOR, 2011, p. 972)

Contudo, a instituição do juízo de admissibilidade *a quo*, na tentativa de desafogar os Tribunais Superiores, trouxe, em verdade, maior prejuízo à eficiência jurídica e à celeridade do processo. Isso se dá, especialmente, em virtude da possibilidade de o recorrente, que teve seu RE ou REsp negados pelo tribunal *a quo*, interpor agravo direcionado aos próprios Tribunais Superiores, os quais julgarão em definitivo a admissibilidade e o mérito do recurso.

Criou-se, portanto, um instituto cuja eficiência é nula, na medida em que as decisões do juízo *a quo* sequer vinculam os tribunais superiores. Sendo assim, as referidas alterações realizadas no CPC agravaram não apenas a morosidade, mas, principalmente, acentuaram a litigância recursal no processo brasileiro.

⁶ STJ - AgRg no REsp: 1176201 RS 2010/0008098-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 13/08/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/08/2013

3 UMA INTRODUÇÃO À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (AED)

3.1 PRIMEIROS PASSOS DO MOVIMENTO AED

Tradicionalmente, ao pronunciar-se a palavra *lei*, tem-se em mente que se trata de um assunto atinente ao Direito, área do conhecimento cujo objeto *supracientífico* de análise, também chamado de *direito* (atenção para a inicial minúscula), é de difícil conceituação. Nas palavras de Maria Helena Diniz, “a tarefa de definir, ontologicamente, o direito resulta sempre frustrada, ante a complexidade do fenômeno jurídico” (2005, p. 242).

Essa correlação comum entre a área jurídica do conhecimento (Direito) e a *lei* se deve ao fato de que *lei* e *direito* são sinônimos em certos contextos semânticos. Muito em função do tradicionalismo jurídico arraigado à Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, além das bases fundadas pelo positivismo jurídico de Herbert Hart e Norberto Bobbio, os quais atribuíram ao Direito a autonomia científica pela noção filosófica prescritiva do *dever-ser*.⁷

Contudo, apesar do bem sucedido corte epistemológico promovido por Kelsen, as discussões quanto ao conteúdo semântico do *direito* permaneceram tanto na academia jurídica quanto em outras ciências, a exemplo da Sociologia Jurídica, da História do Direito (DINIZ, 2005, p. 242) e, sobretudo, da Economia, na linha da proposta deste trabalho.

Para a Economia, uma das *leis* – ou um dos *direitos* – mais irrefutáveis do universo é a *lei das conseqüências não intencionais*, da qual se extrai o enunciado a seguir: “as pessoas respondem a incentivos, embora não necessariamente de maneiras previsíveis” (LEVITT; DUBNER, 2010, p. xvi).

Esses incentivos existem porque as incontáveis necessidades das pessoas expandem-se indefinidamente, ao passo que os recursos para atendê-las são finitos ou, melhor dizendo, escassos. Por isso, com vistas a satisfazer suas demandas, cada um costuma reagir positivamente aos melhores incentivos e negativamente aos incentivos contrários a seus interesses, haja vista a escassez e iminência de conflito com interesses antagônicos de outros sujeitos em sociedade.

Como ciência social aplicada, a Economia se presta ao estudo da melhor alocação possível dos recursos escassos entre usos alternativos e fins competitivos, (PETTER, 2005,

⁷ “Expressão da normatividade do direito, que deve ser investigado pela ciência jurídica, que é uma ciência normativa, pois seu objetivo consiste em estudar normas que enunciam o que se deve fazer, e não o que sucedeu, sucede ou sucederá. (...). A substância da concepção de Kelsen está nessa distinção e contraposição lógico-transcendental entre ser e dever-ser, isto é, entre o mundo físico, submetido às leis da causalidade, e o mundo das normas, regido pela imputabilidade”. (DINIZ, 2005, p. 120).

p. 30) dentro de um habitat socializante. Em outras palavras, Fábio Nusdeo entende que “a atividade econômica é, pois, aquela aplicada na escolha de recursos para o atendimento das necessidades humanas. Em uma palavra: é a administração da escassez” (2001, p. 28).

Em que pese à profunda confluência dos assuntos econômicos e jurídicos, o diálogo entre as áreas ainda está muito aquém do ideal, muitas vezes em função do desconhecimento e do desinteresse mútuo pelo que se passa nos distintos departamentos acadêmicos. O divórcio científico apenas prejudica a qualidade das pesquisas, cujas conclusões, amparadas sobre frágeis referenciais teóricos da ciência diversa, não repercutem positivamente como deveriam para o mundo real. Mesmo assim, além do pouco que já foi feito, há muito que pesquisar em aberto, sem dúvida a partir de um diálogo interdisciplinar mais profícuo.

De imediato, em sendo este trabalho destinado à academia do Direito, é importante transcrever o esclarecimento aos juristas, feito por Ivo Gico Júnior:

quando falamos em economia nossa pré-compreensão nos leva automaticamente a pensar em dinheiro, mercados, emprego, inflação, juros etc. Assim, por exemplo, são consideradas questões econômicas perguntas do tipo: qual é o efeito da taxa de juros sobre o nível do emprego? Por que empresas nacionais pregam a criação de barreiras tarifárias para seus produtos? (...). Por outro lado, não são tradicionalmente consideradas econômicas perguntas do tipo: por que estupradores costumam atacar entre 5h e 8h30 da manhã ou à noite? Por que os quintais de locais comerciais são geralmente sujos, enquanto as fachadas normalmente são limpas? (...) Por que em Brasília os motoristas param para que um pedestre atravessasse na faixa, mas em outros locais do Brasil isso não ocorre? Por que os advogados passaram a juntar cópia integral dos autos para instruir um agravo de instrumento quando a lei pede apenas algumas peças específicas? (...). Para a surpresa de alguns essas perguntas são tão econômicas quanto as primeiras e muitas delas têm sido objeto de estudos por economistas ou cientistas sociais empregando o método econômico. (2011, p. 12).

Entre as questões suscitadas por Ivo Gico Júnior, há em comum a existência de *decisões* dos agentes envolvidos, afinal, se estão em jogo escolhas, todas as condutas sob análise podem se sujeitar à abordagem⁸ metodológica econômica. Em suma, conforme já foi dito, a *lei* considerada, por economistas, como a mais importante para seus estudos é a reação dos indivíduos a incentivos – jurídicos, amorosos, éticos, biológicos *et cetera* –, isto é, a diuturna tomada de decisões, típica do comportamento humano.

Parte-se, destarte, da seguinte premissa da *Teoria da Escolha Racional*: os indivíduos comportam-se em função da maximização daquilo a que atribuem o valor de utilidade. Desse

⁸ Sobre a utilização do termo abordagem para análises econômicas de fatos do cotidiano, Levitt e Dubner explicam a origem do termo: “Em vez de encarar essas histórias como ‘economia’, é melhor vê-las como exemplo de ‘abordagem econômica’. Essa expressão foi popularizada por Gary Becker, há muito tempo economista da Universidade de Chicago que recebeu o Prêmio Nobel em 1992. No discurso que proferiu quando da premiação, ele explicou que a abordagem econômica ‘não assume que os indivíduos são motivados exclusivamente por egoísmo ou ganho. Trata-se de um *método* de análise, não de uma premissa sobre determinadas motivações... O comportamento é determinado por um conjunto de valores e preferências muito mais rico”. (LEVITT, 2010, p. 12).

modo, o comportamento previsível das empresas é a maximização dos lucros, assim como o Fisco maximiza a arrecadação, o ativista ambiental maximiza a preservação do meio ambiente e o assaltante maximiza os benefícios oriundos do objeto roubado.

Isso porque a premissa utilitarista apontada consiste em considerar que a maioria das pessoas é racional, agindo tal qual *homo economicus* à procura da satisfação de seus interesses particulares.⁹

É evidente que tais modelos maximizadores operam com margens de erro, pois o comportamento previsível do indivíduo está suscetível ao fluxo de vários outros aspectos sociais e culturais, a exemplo da religião e da ética, entretanto isso não suprime seu valor e sua funcionalidade no aspecto macrocomportamental.

Ao maximizar uma situação concreta da qual se extraem várias alternativas de reação, o indivíduo, como agente econômico, toma uma decisão por aquilo que melhor lhe satisfaz com o menor esforço – ou custo – possível, trata-se de um julgamento de eficiência. Afinal, nessa ponderação, levam-se em conta, para obtenção do resultado, os custos que o precedem.

Pois bem, pode-se entender também a Economia como um *método de investigação* que “estuda o comportamento humano como uma relação entre fins e meios escassos que possuem usos alternativos” (ROBBINS, 1945, p. 16). Assim sendo, consoante o exposto por Ivo Gico Júnior, a “abordagem econômica serve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica” (2011, p. 13).

Assim como a ciência do Direito não está restrita às concepções mais convencionais do *direito*, a Economia, como método científico, não se confunde nem muito menos se propõe apenas ao estudo da atividade humana a que normalmente se chama de *economia* ou de *mercado*.¹⁰

Feitas essas considerações, o movimento interdisciplinar *Análise Econômica do Direito* (AED), também tratado como *Direito e Economia* – denominação traduzida do inglês *Law and Economics* –, propõe-se a otimizar as pesquisas científicas pertinentes tanto à área

⁹ Sobre o tema, veja-se o que disserta Richard Posner: “*The task of economics, so defined, is to explore the implications of assuming that man is a rational maximizer of his ends in life, his satisfaction – what we shall call his ‘self-interest’. Rational maximization must not be confused with conscious calculation, however*”. (POSNER, 2010, p. 4).

¹⁰ Em sua obra, Posner parte de idêntica premissa: “*Central to this book is the further assumption that a person is rational utility maximizer in all areas of life, not just in his ‘economic’ affairs, that is, not just when engaged in buying and selling in explicit markets. This idea – which is vital to economic analysis of law because so much of law concerns nonmarket behavior (such as crime, marriage and divorce, accidents, and bequests) – goes back to Jeremy Bentham in the eighteenth and early nineteenth century, but received little attention from economists until the work of Gary Becker in the 1950s and 1960s*”. (POSNER, 2010, p. 4).

jurídica como à área econômica.¹¹

Assim, consolidou-se a AED como “toda tendência crítica do realismo jurídico norte-americano, fundamentada na utilização da teoria Econômica para análise do Direito”, (STELZER; GONÇALVES, 2009, p. 35) isso de um ponto de vista amplo. Já em sentido estrito, essa nova concepção representou um novo papel instrumental-metodológico da Teoria Econômica aplicada ao âmbito jurídico, servindo-o de bases analíticas e interpretativas para seus diversos ramos, pautando-se sempre pela eficácia da norma.

3.2. TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL

Conforme já foi adiantado acima, a *Teoria da Escolha Racional* consiste em entender o comportamento humano a partir de paradigmas funcionais. Isto é, diante de um conjunto de opções dadas por uma situação concreta, o indivíduo maximizador de seu bem-estar decide por uma delas, após ponderar os custos de oportunidade (*trades off*) e os demais custos intrínsecos à escolha em conjunto com os benefícios que dela obterá (SALAMA, 2008, p. 15).

Uma escolha deriva, pois, de uma vontade individual e serve para satisfazê-la, razão pela qual se afirma que o comportamento humano costuma ter uma função precedida e motivada pela vontade do indivíduo maximizador.

A fim de melhor esclarecer o assunto, trata-se de conceitos fundamentais aplicados à *Microeconomia*, dos quais se extrai a assertiva: “toda escolha pressupõe um custo”. A esse inevitável preço a ser pago se denomina *custo de oportunidade*. De tal modo que, *exempli gratia*, caso você decida ler este trabalho, deixa de praticar outras atividades como estar com amigos, namorar, assistir televisão, exercitar-se ou dormir. Os benefícios extraídos de cada uma dessas atividades é o custo de oportunidade pago por ler este artigo. Observe-se, ademais, que a existência de um custo não se confunde, necessariamente, com um valor pecuniário. (GICO JÚNIOR, 2011, P. 22).

Reitere-se, então, que os indivíduos comportam-se em função da maximização daquilo a que atribuem o valor de utilidade; o comportamento previsível e típico da *escolha racional* é o que leva as empresas a maximizarem lucros, assim como o Fisco maximiza a

¹¹ Nessa linha: “A idéia de concatenar os estudos de Direito e de Economia é, naturalmente, bem mais antiga do que a disciplina de Direito e Economia. É que aqui tomo a expressão ‘Direito e Economia’ como uma disciplina específica cujo referencial teórico é o movimento da Law and Economics. A expressão ‘Direito e Economia’ é, portanto, tradução ao pé da letra da expressão original em inglês, ‘Law and Economics’. Essa terminologia vigora também na Alemanha (onde é comum adotar a expressão Recht und Ökonomik) e na Itália (Diritto ed Economia). Na Espanha, e também em toda a América hispânica, em geral utiliza-se Análisis Económico del Derecho, o que se deu talvez por influência da popular obra de Richard Posner, Economic Analysis of Law. Da mesma forma, em Portugal adotou-se Análise Económica do Direito. Na França, utiliza-se também a expressão ‘Economia do Direito’ (Economie du Droit)”. (SALAMA, 2008, p. 9-10).

arrecadação, o ativista ambiental maximiza a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o assaltante maximiza os benefícios oriundos do objeto roubado.

Além disso, em Economia, a ponderação algébrica dessas *escolhas maximizantes* se chama *função de utilidade*, que deve ser associada às restrições no processo de escolha, denominadas de *restrição de viabilidade*. Em síntese, “diz-se que o consumidor que vai às compras maximiza a utilidade dependendo de sua restrição orçamentária” (COOTER; ULEN, 2010, p. 37).

Outro conceito fundamental, derivado da *escolha racional*, é o de *equilíbrio* na interação entre indivíduos maximizadores. O *equilíbrio* é o padrão inaugural que se perpetua até a interferência de fatores externos à relação. A premissa na qual se baseiam os economistas é a de que as interações, alheias a interferências externas, costumam tender ao *equilíbrio*, independente se inseridas no mercado lícito, ilícito, em eleições, jogos ou até mesmo em casamentos. Analogamente, tratar-se-iam das *Condições Normais de Temperatura e Pressão (CNTPs)* da Física ao desenvolver suas teorias e empreender seus cálculos. Na Economia, *CNTPs* podem ser entendidas como *mercado*, *lato sensu*.

Relacionado a *equilíbrio*, emerge o conceito de eficiência, talvez o mais conhecido da Economia, pois resume a *Teoria da Escolha Racional*. Assim como os demais conceitos, diz-se respeito à satisfação de preferências individuais a menor custo possível. Para tanto, segundo a formulação do cientista político Vilfredo Pareto, considera-se certa situação Pareto eficiente¹² ou Alocativamente eficiente se é impossível mudá-la de forma a deixar pelo menos um indivíduo em situação mais benéfica (na sua própria opinião) sem, em consequência, deixar outro em situação pior (também em sua própria opinião).

Externalidades, por outro lado, são custos ou benefícios acidentais auferidos por terceiros em função de uma ação individual. Quando se impõem custos, fala-se em *externalidade negativa*; quando se verificam benefícios, fala-se em *externalidade positiva*. Trata-se, pois, de uma *falha de mercado* devida justamente à existência de custos e benefícios não internalizados pelo(s) agente(s) de fato envolvido(s) na atividade causadora. Um exemplo bastante lembrado de *externalidade negativa* é a poluição, haja vista que: uma atividade

¹² Mais uma concepção de eficiência merece destaque: *ótimo Kaldor-Hicks*. Trata-se de uma melhoria potencial do *ótimo de Pareto*. Da *eficiência de Kaldor-Hicks*, pode-se dizer: “é uma tentativa de superar a limitação do critério de Pareto de que só se recomendam aquelas mudanças em que ao menos uma pessoa fique em situação melhor e nenhuma fique em situação pior. Esse critério exige que os ganhadores indenizem explicitamente os perdedores em qualquer mudança. Isto é, toda mudança tem de ser feita por consentimento unânime. Isso tem desvantagens claras como orientação para políticas públicas. Em contraposição a isso, uma melhoria potencial de Pareto permite mudanças em que haja tanto ganhadores quanto perdedores e ainda ter um excedente que sobre para eles mesmos. Para uma melhoria potencial de Pareto, a indenização não precisa ser feita efetivamente, mas tem de ser possível em princípio. Na análise custo-benefício, um projeto é empreendido quando seus benefícios excedem seus custos, o que implica que os ganhadores poderiam compensar os perdedores”. (COOTER, 2010, p. 64-65).

industrial, na qual apenas *custos privados* de produção são internalizados, desconsidera os elevados *custos sociais* decorrentes dos resíduos poluentes que a indústria libera no meio ambiente. Enquanto que haverá *externalidade positiva* no eventual desenvolvimento, por um laboratório privado, de medicamento mais eficaz no combate ao vírus HIV, cujos benefícios mercadológicos e sociais serão auferidos por todos os concorrentes farmacêuticos e consumidores no mercado brasileiro, em função da quebra de patentes e da política de *genéricos*. Importa dizer que parcela dos benefícios do laboratório privado foram externalizados como *benefícios sociais e privados* de terceiros.¹³

Dito isso, apesar do *desvio* comportamental por causas culturais ou religiosas, das *falhas de mercado* e das demais variáveis do dia-a-dia separarem o *Mercado* ideal da realidade factual, a construção utilitarista do *homo economicus* e a *Teoria da Escolha Racional* não perdem seu valor e sua funcionalidade no aspecto macrocomportamental, pois, assim como os modelos físicos são desenvolvidos em *CNTPs*, os modelos econômicos são bem sucedidos utilizando-se do critério de *mercado*.

Nessa linha, respondendo às objeções quanto à influência das variáveis externas no *mercado*, Levitt e Dubner são precisos em tratá-las como exceções à regra (*mercado*). Veja-se: “Essas objeções são válidas e verdadeiras. Porém, embora toda regra tenha exceções, também é bom conhecer a norma. Em um mundo complexo, onde as pessoas podem ser *atípicas*, de infinitas maneiras, é muito importante identificar padrões”. Dito isso, concluem: “saber o que acontece em média é bom ponto de partida. Assim agindo, blindamo-nos contra a tendência de desenvolver nosso raciocínio – nossas decisões diárias, nossas leis, nossa governança – com base em exceções e anomalias, em vez de com fundamento na realidade” (LEVITT; DUBNER, 2010, p. 13).

Pois bem, a AED, tendo em vista o seu caráter interdisciplinar, aperfeiçoa os modelos econômicos comportamentais ao não prescindir de posteriores verificações empíricas, bem como ao considerar a influência crucial das instituições – onde se inserem as regras e princípios jurídicos – no (des)equilíbrio do *mercado*.¹⁴

4 CRISE DO JUDICIÁRIO E OS INCENTIVOS À LITIGÂNCIA

¹³ Segundo Ana Lúcia Pinto Silva, Bráulio Borges, Carlos Eduardo Carvalho e Cláudia Viegas, a hipotética *externalidade positiva* da quebra de patentes pode ensejar uma outra *externalidade*, derivada da primeira e, nesse caso, de caráter *negativo*. Em suas palavras, haveria “baixos incentivos para que os produtores dediquem-se à atividade de pesquisa e desenvolvimento para o lançamento de novos produtos, pois tais investimentos poderão beneficiar a todos os produtores, de maneira indiscriminada. Sem uma solução para esse efeito, o resultado final poderá ser um subinvestimento em pesquisa e desenvolvimento”. (SILVA, 2012, p. 525).

¹⁴ Para se aprofundar, veja em Posner: “Will show how the insights of the pioneers have been generalized, empirically tested, and integrated with the insights of the ‘old’ law and economics to create a comprehensive economic theory of law having explanatory power and empirical support”. (POSNER, 2010, p. 31).

4.1 INCENTIVOS AOS MAGISTRADOS E *LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ*

Antes de se proceder à análise detida do instituto processual “juízo de admissibilidade *a quo*”, sob o paradigma econômico da *Teoria da Escolha Racional*, cumpre tecer algumas considerações a respeito dos incentivos que os magistrados e as partes sofrem com efeito no aumento da litigância perante o Poder Judiciário brasileiro.

Do ponto de vista ideal, o modelo de Judiciário deve corresponder a um ente capaz de aplicar a jurisdição e solver os conflitos de maneira célere, transparente, imparcial e previsível quanto aos institutos jurídicos vigentes (sejam eles de tradição Romano-Germânica – lei em sentido formal – ou Anglo-Saxônica – consuetudinária-jurisprudencial).

O Direito brasileiro tem como tradição jurídica o sistema Romano-Germânico, também conhecido como *Civil Law*, em que a *lei* cumpre o papel de principal fonte normativa. Entretanto, o avanço de teorias alternativas à dogmática juspositivista tem aproximado nossa realidade de algumas bases teóricas típicas dos sistemas Anglo-Saxônicos ou da *Common Law*,¹⁵ em que o papel do magistrado se torna mais relevante na produção do Direito, ao ponto de a *jurisprudência* equivaler-se ou sobrepujar-se à força normativa da *lei*.

A formação dos nossos juízes e suas opiniões evidenciam tal tendência relativista da tradição jurídica brasileira. Tal afirmação condiz com a pesquisa empírica desenvolvida por Armando Castelar Pinheiro (*in* ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 249), o qual concluiu pela descrença do magistrado brasileiro a respeito de caber ao “Judiciário ser neutro na aplicação da lei, não se identificando com o papel clássico que se supõe ser o de um juiz em um sistema de *civil law*, o de intérprete de um direito produzido pelo Poder Legislativo”. Ainda quanto ao tema, afirma que, “o magistrado brasileiro acredita majoritariamente que também é seu papel ‘produzir’ o direito. E, em particular, que esse papel envolve atuar de forma a produzir justiça social”.

¹⁵ Um exemplo típico da tradição Anglo-Saxônica é a *Experiência Prática de Oliver Wendell Holmes*, cuja proposta, segundo Maria Helena Diniz, é a seguinte: “Para Holmes, a lógica não é a única força operante no conhecimento e desenvolvimento do direito, mas a *experiência*, ou seja, as necessidades de cada época, as teorias morais e políticas predominantes, as instituições que inspiram a ação política. No processo de aplicação do direito, há um tipo de razão designado *bom sentido*, que não pertence à lógica tradicional e à lógica matemática. A prática jurídica ao solucionar um caso concreto deve assentar-se em premissas corretas, sejam elas de princípio, sejam elas relativas aos fatos, sopesando as vantagens sociais e os desejos conflitantes. A experiência vital desempenha, para ele, um importante papel. O raciocínio do jurista e do aplicador é valorativo e deve levar em conta a razão vital. Com Holmes, na *common law*, houve a sociologização do direito e a consideração da conduta do órgão judicante como o fator decisivo, o mais importante elemento experimental do direito”. (DINIZ, 2009, p. 149).

Pode-se dizer, então, que a realidade jurídica do Brasil está a migrar para o sistema semelhante à *Common Law*? Tal como a provocação de Lenio Luiz Streck (2013) “Novo CPC decreta a morte da lei. Viva o common law”?

A premissa juseconômica, que orienta este trabalho, responde *não* à indagação acima e, conseqüentemente, à provocação de Streck.

Como já dito anteriormente, não há dúvida que a influência da decisão judicial no Direito pátrio ganhou relevo, entretanto as características e limitações proeminentes do sistema da *Common Law* não foram importadas juntamente com o maior papel do juiz na produção do direito. Em outras palavras, trouxeram as prerrogativas e o poder, mas esqueceram de trazer o processo e as garantias contra eventual abuso.

O próprio relativismo do nosso sistema Romano-Germânico tradicional ensejou tal invasão teórica convenientemente em parcela para a classe dos magistrados. Evadiu-se da lógica juspositivista, em essência limitadora do exercício da jurisdição além do espaço de legitimidade, para um vácuo metodológico em que a convicção extra-jurídica do magistrado é a decisão e a dogmática passa a ser apenas o subterfúgio para tanto.

A fim de ilustrar essa posição, nada mais pertinente do que o discurso de um dos magistrados decanos do STF, Ministro Marco Aurélio Mello, quanto à sua maneira de decidir: “idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar apoio” (CONJUR, 2010). O problema reside em saber o que garante ser a “solução mais justa” do Ministro a mesma dos demais magistrados, desde o primeiro aos mais elevados graus de jurisdição?

Nada garante e nada impede que divirjam da posição da Corte Constitucional, porquanto costumam se sustentar no princípio do *livre convencimento do juiz* (STRECK, 2013), transformado em um verdadeiro *coringa* para uso indiscriminado nos tribunais brasileiros, geralmente amparado em teorias relativistas da ordem jurídica formal, tal como o neoconstitucionalismo.

Em suma, emergiu o ativismo sem a cultura vinculativa dos precedentes da *Common Law*.

Sobre esse ponto em particular, Ivo Gico Júnior (2012, p. 61) desmistifica, mediante uma análise econômica, os incentivos que sofrem os magistrados para seguir ou não os precedentes dos tribunais superiores, os quais geram a correspondente função de utilidade do juiz, composta das seguintes variáveis: (i) remuneração; (ii) promoção; (iii) remoção; (iv) prestígio; (v) preferências políticas; (vi) justiça etc.

Segundo bem tratado por Ivo Gico Júnior (2012, p. 61), em sua tese doutoral, “ausente a instituição do *stare decisis* e reconhecendo que a lei não é mais um parâmetro

dominante de controle da atividade jurisdicional, a questão relevante é: que incentivos têm os magistrados para seguir a jurisprudência de um tribunal superior?” Ainda segundo Gico Júnior (2012, p. 61) e na linha do que já foi antes abordado neste trabalho, a “resposta é simples e preocupante: quase nenhum”.

A extensa lista de prerrogativas funcionais (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade dos subsídios, apenas conforme o art. 95 da Constituição Federal), associadas com o postulado cada vez mais forte do *livre convencimento do juiz* e com as teorias relativistas do Direito, “tornam cada magistrado não apenas imune às pressões políticas externas ao Judiciário, mas também imunes ao próprio Poder Judiciário” (GICO JÚNIOR, 2012, p. 61).

Afora isso, somem-se os problemas tradicionais do Judiciário brasileiro, decorrentes de “causas profundamente arraigadas – isto é, de um perfil institucional e administrativo historicamente sedimentado (...), acentuados pela instabilidade do arcabouço jurídico do país” (PINHEIRO *in* ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p. 247).

Então, presente esse contexto, quais incentivos sofrem as decisões judiciais?

Para Ivo Gico Júnior (2012, p. 59), aplicam-se tanto a *Teoria dos Times*¹⁶ como a *Teoria da Agência*¹⁷ ao contexto do Poder Judiciário, tendo em vista que ambas chamam a atenção para “a natureza independente das decisões judiciais, isto é, seu contexto estratégico. As decisões judiciais não são tomadas em um vácuo institucional, todos os agentes envolvidos estão sujeitos a restrições e reações dos demais agentes”.

Em não havendo, portanto, a vinculação à *lei* do sistema Romano-Germânico nem, muito menos, a vinculação, de fato, aos *precedentes* do sistema Anglo-Saxônico, podem-se dizer variáveis de uma função de utilidade das decisões judiciais as convicções políticas, ideológicas, religiosas e, até mesmo, os incentivos ilícitos, a exemplo de decisões judiciais

¹⁶ “A abordagem baseada na Teoria dos Times está preocupada com a organização eficiente dos indivíduos que compartilham um objetivo comum, mas controlam variáveis diversas e – potencialmente – baseiam suas decisões em informações diferentes. A aplicação dessa abordagem ao Judiciário significa que se modelam os magistrados sem quaisquer conflitos valorativos, i.e., como agentes com valores e objetivos idênticos ou suficientemente próximos e cujo objetivo comum é decidir “corretamente” a maior quantidade de casos possível em um mundo de incertezas e custos de transação positivos. Em termos econômicos, todos os agentes são modelados como se tivessem a mesma função utilidade. Tradicionalmente, essa abordagem busca verificar se características tradicionais do Poder Judiciário como o duplo grau de jurisdição, a revisão por colegiados etc. emergiriam endogenamente como decorrência natural dessa busca pelo bem-comum da organização”. (GICO JÚNIOR, 2012, p. 58).

¹⁷ “O pressuposto básico da Teoria da Agência é a presença de conflitos valorativos constantes em quaisquer organizações. A criação e a aplicação das regras, um problema tradicional de toda e qualquer organização, são ocasiões de disputa e o resultado dessas contendas determinará o poder de cada parte da burocracia. Os detalhes organizacionais e as regras procedimentais determinam o poder de cada grupo. No contexto do Judiciário, essa abordagem significa que cada decisão é uma oportunidade para um conflito político entre instâncias. Magistrados com preferências diversas e, portanto, funções utilidades distintas, deparam-se com insegurança jurídica e aprendem ao longo do tempo. Todavia, os modelos de agência tradicionais normalmente excluem a incerteza presente nos modelos de time e costumam focar as implicações decorrentes da divergência de incentivos”. (GICO JÚNIOR, 2012, p. 58).

derivadas de obtenção de vantagem indevido pelo magistrado. Afinal, impera não somente o *livre convencimento do juiz*, mas o total relativismo metodológico para fundamentar a decisão.¹⁸

4.2 INCENTIVOS ÀS PARTES E INSEGURANÇA JURÍDICA

A imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais, em função desse cenário de completo relativismo, configuram um *status* elevado de insegurança jurídica, verdadeira externalidade negativa que afeta, sobretudo, os destinatários da jurisdição imediatos, partes, e mediatos, todos os indivíduos.

Particularmente quanto às partes, a litigância recursal se avoluma enquanto tudo se espera das decisões judiciais. De outra forma, considerando que os juízes de primeiro grau não se vinculam aos precedentes dos tribunais de segundo grau, o recurso de Apelação Cível se torna lugar comum em todos os litígios.

Quanto aos recursos a tribunais superiores, o acórdão do juízo de segundo grau também não se vincula aos precedentes de tais tribunais (*e.g.*, STF e STJ), cuja única exceção diz respeito à jurisprudência sumulada,¹⁹ o que, definitivamente, não representa grande parcela da produção de precedentes judiciais no Brasil.

Assim, não é impossível de a seguinte hipótese ocorrer: o juízo de primeiro grau profere a decisão *a*; o tribunal de apelação decide *b*; o STJ confirma *b*; e o STF reforma *b* para confirmar a primeira decisão *a*. Na prática, serão alguns bons anos para se obter o acesso material à jurisdição, cujo direito objeto, justamente em função da demora, muito provavelmente já restou prejudicado ou perdido.

Com isso, há um forte incentivo para litigância recursal de ambas as partes, afinal tudo pode acontecer após a sentença.

¹⁸ “Numa palavra: seja do ponto de vista normativo, seja do ponto de vista performativo, ‘livre convencimento’ (ou livre apreciação da prova) não é o mesmo que ‘decisão fundamentada’. Isso porque da perspectiva normativa do princípio que exige a fundamentação das decisões, o juiz não tem a opção para se convencer por qualquer motivo, uma espécie de discricionariedade em sentido fraco que seja, mas deve explicitar com base em que razões, que devem ser intersubjetivamente sustentáveis, ele decidiu desta e não daquela maneira, conforme bem diz Marcelo Cattoni. É claro que nenhuma decisão se dá no vácuo, mas num contexto histórico-institucional. Todavia, na sua fundamentação, o juiz deve posicionar-se explicitamente em relação a este contexto institucional. Realmente, ser correto e decidir de forma imparcial não é fácil mesmo. Exige exercício prático, senso de dever, capacidade de se adotar uma atitude reflexiva em relação às próprias precompreensões, garantia de participação dos destinatários da decisão no processo deliberativo, aprendizado institucional e debate público. O resto é desculpa para se fugir de responsabilidades”. (STRECK, 2013).

¹⁹ Mesmo assim, segundo Ivo Gico Júnior (2012, p. 63), “não há qualquer penalidade imposta ao magistrado que desobedece a uma súmula vinculante, razão pela qual seu efeito sobre a estrutura de incentivos do magistrado tende a ser igual a uma reversão normal no julgamento de um RE ou REsp”.

As consequências previsíveis são (i) a sobrecarga do Judiciário, (ii) prestações jurisdicionais de baixa qualidade técnica e (iii) extrema morosidade. Não obstante seja evidente que a imprevisibilidade das decisões alimenta esse ciclo pernicioso da crise do judiciário, não se vislumbra a preocupação de analisar a fundo os vícios da política judiciária e da legislação para restaurar um pouco de dignidade ao indivíduo que clama pelo direito fundamental de acesso à jurisdição.

A insegurança jurídica derivada da imprevisibilidade e demora da prestação jurisdicional não representarão custo algum aos magistrados, apenas para as partes envolvidas, *a priori*, e para toda a sociedade, *a posteriori*.

4.3 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE *A QUO* COMO INCENTIVO À LITIGÂNCIA RECURSAL

Conforme já assinalado, as partes escolhem racionalmente interpor recursos aos tribunais superiores, assim como ocorre com o recurso de Apelação, pois são incentivadas para tanto, ante a imprevisibilidade das decisões, independentemente do grau de jurisdição.

A propósito, os litigantes costumam recorrer simultaneamente ao STF e ao STJ para não perderem a oportunidade de receber o provimento desejado de forma mais célere, ao contrário se tivessem recorrido apenas a uma Corte, cuja circunstância presente fosse de maior morosidade.

Entretanto, também conforme já foi tratado no Subtópico 2.2, promoveu-se alteração no CPC para contemplar o “juízo de admissibilidade *a quo*”, uma espécie de filtro a essa tendência de litigância recursal irrefreável e fruto da crise do nosso sistema judiciário e processual. De modo a funcionar ainda no âmbito do tribunal recorrido (*a quo*) a fim de se averiguar o preenchimento dos requisitos recursais extraordinários e especiais, respectivamente para o caso de recursos ao STF e ao STJ.

Ocorre que o efeito pretendido não se verificou. Afinal, não se procedeu a uma análise *consequencialista* típica do instrumental metodológico da AED, cuja prognose seria capaz de identificar os defeitos de tal medida legislativa.

Quais são, portanto, os reais efeitos verificáveis da medida? Veja-se o seguinte enredo típico do regime processual vigente:

- (i) a parte sucumbente maximiza, como agente racional, os incentivos à interposição de REsp e RE;
- (ii) o Tribunal recorrida, por sua vez, maximiza incentivos cooperativos com os tribunais superiores a fim de julgar, na maioria das vezes, não preenchidos os requisitos

recursais especiais e extraordinários e limitar, sobremaneira, o acesso aos tribunais superiores;

- (iii) a parte, irresignada, interpõe agravo de instrumento à decisão do juízo de segundo grau que negou o seguimento recursal, dirigido aos tribunais superiores e não suscetível, desta vez, ao “juízo de admissibilidade *a quo*”, tudo com o intuito de ver seu recurso de origem conhecido no STF ou STJ; e
- (iv) o tribunal superior ao qual foi dirigido o agravo:
 - (iv.1) caso o julgue procedente, determinará a subida dos autos onde constam as razões recursais e, finalmente, apreciará o mérito do recurso; ou
 - (iv.2) caso julgue improcedente o agravo, confirmará a decisão do juízo de admissibilidade *a quo* negativo, entretanto, de toda maneira, o tribunal superior não deixou de ser provocado a apreciar ao menos uma peça recursal (o agravo).

Como se viu, na hipótese do ponto (iv.1), o tribunal superior apreciará duas peças recursais em vez de uma apenas, conforme ocorria antes da criação do “juízo de admissibilidade *a quo*”; ao passo que, na hipótese do ponto (iv.2), julgará uma peça de toda maneira, justamente o agravo de instrumento não submetido ao juízo *a quo* quanto a seus requisitos. Conclusão inequívoca: “juízo de admissibilidade ‘a quo’ não serve para nada, é puro desperdício de recursos” (GICO JÚNIOR, 2013).²⁰

A inovação legislativa que se prezava positiva para reduzir o irrefreável avanço não surtiu efeito pretendido, por insignificante que fosse. Aliás, produziu efeitos reversos, ampliando inexoravelmente a demanda recursal nos tribunais superiores e limitando a ampla defesa e o acesso à jurisdição das partes em troca de absolutamente nenhum ganho de eficiência administrativa ou econômica.

5 CONCLUSÃO

Os recursos sob análise distinguem-se dos demais porquanto são voltados especialmente à defesa, em geral, da correta interpretação e aplicação dos dispositivos da Constituição ou de Lei Federal aplicados no caso concreto. Sendo assim, enfatizam-se os pressupostos trazidos pela Constituição Federal e pelo Código de Processo Civil (CPC) para a interposição desses recursos.

Restaram observados ainda os pontos gerais aplicáveis aos recursos especial e extraordinário, passando-se, inclusive, pela análise constitucional de suas peculiaridades,

²⁰ Ver mais, na obra original do autor referenciado, com ênfase para a demonstração empírica de dados que amparam tal conclusão teórica.

questões práticas e a matéria que compete a cada recurso. Estudou-se a disciplina processual do tema, destacando as reformas que trouxeram e estruturaram o juízo de admissibilidade *a quo* e as possibilidades recursais.

Introduziu-se a *Análise Econômica do Direito* (AED), movimento interdisciplinar, também tratado como *Direito e Economia* – denominação traduzida do inglês *Law and Economics* –, o qual se propõe a otimizar as pesquisas científicas pertinentes tanto à área jurídica como à área econômica.

Pois bem, a AED, tendo em vista o seu caráter interdisciplinar, aperfeiçoa os modelos econômicos comportamentais ao não prescindir de posteriores verificações empíricas, bem como ao considerar a influência crucial das instituições – onde se inserem as regras e princípios jurídicos – no (des)equilíbrio do *mercado*.

Ademais, foram tecidas considerações a respeito dos incentivos que os magistrados e as partes sofrem com efeito no aumento da litigância perante o Poder Judiciário brasileiro. Observou-se que, em não havendo a vinculação à *lei* do sistema Romano-Germânico nem, muito menos, a vinculação, de fato, aos *precedentes* do sistema Anglo-Saxônico, podem-se dizer variáveis de uma função de utilidade das decisões judiciais as convicções políticas, ideológicas, religiosas e, até mesmo, os incentivos ilícitos, a exemplo de decisões judiciais derivadas de obtenção de vantagem indevida pelo magistrado.

Afinal, impera não somente o *livre convencimento do juiz*, mas o total relativismo metodológico para fundamentar a decisão.

Sendo assim, a imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais, em função desse cenário de completo relativismo, configura um *status* elevado de insegurança jurídica, verdadeira externalidade negativa que afeta, sobretudo, os destinatários da jurisdição imediatos, partes, e mediatos, todos os indivíduos.

Portanto, diante do cenário de crise que se verifica frente ao incentivo à litigância recursal, verificou-se reforma no CPC no sentido de abranger o juízo de admissibilidade *a quo*, o qual acabou por prejudicar ainda mais o cenário, na medida em que foram criadas maiores possibilidades recursais, agravando a morosidade processual.

REFERÊNCIAS

CONJUR – Consultor Jurídico. **Marco Aurélio vê sua homenagem como “estímulo”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2010-jul-06/idealizo-solucao-justa-depois-vou-ar-normas-marco-aurelio>>. Acesso em: 12 de setembro de 2013.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DIDIER JR., Fredie, CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 10. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2005.

GICO JÚNIOR, Ivo. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira Ribeiro; KLEIN, Vinicius (coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

_____. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e economia no brasil**. São Paulo: Atlas, p. 1-33, 2011.

LEVITT, Steven David; DUBNER, Stephen. **Superfreakonomics: o lado oculto do dia a dia**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2010.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2010.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. 2 ed. Londres: Macmillan, 1945, p. 16. Disponível em: <<https://mises.org/books/robbinsessay2.pdf>>. Acesso em: 29 de abril de 2013.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em direito e economia. In: **Cadernos direitoGV**, v. 5, n.º 2, estudo n.º 22, 2008, p. 9-10. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/2811/caderno%2520direito%252022.pdf?sequence=1>. Acesso em 29 de abril de 2013.

SILVA, Ana Lúcia Silva; *et alli*. Principais conceitos econômicos. In: LIMA, Maria Lúcia L. M. Padua (coord.). **Direito e economia: 30 anos de Brasil**. Tomo 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

STELZER, Joana; GONÇALVES, Everton das Neves. Análise econômica do direito: uma inovadora teoria geral do direito. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de (coord.). **Direito econômico: evolução e institutos**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Novo CPC decreta a morte da lei. Viva a *common law*!** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-12/senso-incomum-cpc-decreta-morte-lei-viva-common-law>. Acesso em: 12 de setembro de 2013.