

## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E O ARTIGO 85, §11, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Rodrigo Canella Gabbi<sup>1</sup>

### RESUMO

Muito se fala hoje em dia sobre o novo Código de Processo Civil e seus reflexos para os litigantes. Neste contexto o novo Código de Processo Civil, que entrou em vigor em 18 de março de 2016, reforçou alguns métodos alternativos de resolução de conflitos, como a conciliação, arbitragem e a mediação. Ainda, reforçou a ideia de celeridade processual e instituiu a existência dos honorários sucumbenciais recursais. O objetivo deste artigo é verificar se este último novo instrumento servirá como ferramenta de inibição de interposição de recursos protelatório e descabidos. Para mensurar tal estudo, aplicaremos os métodos e teorias da Ciência Econômica, estudando o Direito através da Análise Econômica do Direito. No primeiro capítulo será abordada a relação entre Direito e Economia e a Análise Econômica do Direito. No capítulo subsequente será apresentada a Teoria Econômica da Litigância. No terceiro capítulo será analisada a racionalidade do litigante durante uma eventual lide. No quarto capítulo estudaremos o possível efeito que o artigo 85, §11, do novo Código de Processo Civil (sucumbência recursal) trará aos litigantes. Por fim, no último capítulo, a conclusão.

Palavras chave: código de processo civil, sucumbência, recurso, sucumbência recursal, direito, economia, análise econômica do direito.

**Sumário:** 1. A relação o entre direito e economia e a análise econômica do direito; 2. Premissas básicas sobre a teoria econômica da litigância; 3 A racionalidade dos litigantes em uma eventual lide; 4 O artigo 85, § 11, do novo código de processo civil e os seus efeitos sobre os litigantes; 5. Conclusão; 6 Referências.

---

<sup>1</sup> Rodrigo Canella Gabbi é advogado, bacharel em direito pela Universidade Ritter dos Reis.

## 1 A RELAÇÃO ENTRE O DIREITO E ECONOMIA E A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O Direito é, de certa forma, ciência social que tem como objetivo a regulação do comportamento humano na sociedade. A Economia é a ciência que estuda como o ser humano toma as suas decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos.<sup>2</sup>

Assim, como as demais ciências humanas, o Direito também pode ser estudado e analisado através de instrumentos teóricos e empíricos econômicos. O estudo do Direito através da Economia se denomina: Análise Econômica do Direito.

Por evidente, o Direito pode ser estudado a partir das escolhas dos indivíduos: considerando o ordenamento jurídico como regrador do comportamento humano e este, incentivado por preferências, é possível analisar o dinamismo social com base nos interesses de seus membros, que ponderam custos e benefícios na tomada de decisões em um ambiente de escassez de recursos.<sup>3</sup>

Por sua vez, a Law and Economics - Análise Econômica do Direito AED - é o estudo que tem como fim empregar as mais variadas ferramentas teóricas e empíricas econômicas para expandir a compreensão e o alcance do Direito, bem como aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com a relação às suas consequências.<sup>4</sup>

Para Ivo Gico Jr, a análise econômica do direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial a microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar

---

<sup>2</sup>TIMM, Luciano Benetti; GICO JR, IVO; et al. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

<sup>3</sup>BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. Breves Considerações Acerca da Análise Econômica do Processo Judicial.

<sup>4</sup>TIMM, Luciano Benetti; GICO JR, IVO; et al. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1.

compreender, explicar e prever a implicações fática do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico.<sup>55</sup>

A análise econômica do direito busca oferecer um padrão sistemático e analítico de reflexão sobre o regramento jurídico, as expectativas de adoção naquilo que as normas legais impõem e a busca por soluções jurídicas realmente eficientes.

Quando usamos o termo análise econômica do direito, portanto, estamos nos referindo à aplicação do ferramental econômico justamente às circunstâncias a que normalmente não se associam questões econômicas. Por exemplo: o estudo da AED pode reduzir a litigância, pode ajudar a reduzir um número significativo de recursos protelatórios, também pode ajudar a compreender porque algumas leis “pegam” e outras não, ou até mesmo porque é tão difícil comprar ou alugar um imóvel no Brasil.

Também é óbvio que não é possível discutir ou operar direito concorrencial e regulatório sem um conhecimento razoável do ferramental econômico.

Denota-se que, através da análise econômica do direito, fica claramente fácil compreender que Direito e Economia estão umbilicalmente interligados.

Desta forma, é indiscutível a interação entre Direito e Economia.

## **2 PREMISSAS BÁSICAS SOBRE A TEORIA ECONÔMICA DA LITIGÂNCIA**

Não é novidade que o risco é inerente à vida em sociedade, eis que esta pressupõe a interação entre indivíduos que nem sempre possuem os mesmo interesses.

Assim, problemas surgem a todo o momento, a grande maioria deles sendo resolvidos imediatamente pelas partes envolvidas. Entretanto, muitos problemas necessitam, para a sua resolução, da intervenção do Estado e de seu poder coativo, exercido através do Judiciário.

---

<sup>55</sup>TIMM, Luciano Benetti; GICO JR, IVO; et al. **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

Quando uma questão envolvendo direito e obrigações necessitam de tal intervenção, então surge um litígio. O litígio, por sua vez, é regulado através de um procedimento, que denominamos de Código de Processo Civil.

Litígio, a rigor, se refere a uma controvérsia ou discussão formada em juízo, ou seja, perante o Poder Judiciário.

O objetivo primordial deste capítulo é apresentar o modelo básico de litigância sobre a ordem da abordagem da análise econômica do direito.

Conforme apontam Cotter e Rubinfeld (1989, p. 1068), as disputas judiciais são resolvidas através de vários estágios de um processo sequencial de tomada de decisão, na qual as partes têm informações limitadas e agem de acordo com o seu próprio interesse.

Posner (2007, p. 593) entende que o objetivo de tais regras seria minimizar os custos dos erros judiciais e dos demais custos diretos, alcançando, desta forma, a melhor eficiência. A melhor eficiência seria alcançada quando determinado arranjo fosse obtido de forma a desperdiçar a menor quantidade de recursos.

No caso das regras processuais, haveria um determinado arranjo eficiente que, alternando os incentivos privados, levaria a um nível ótimo de litigância. Este, em teoria, minimizaria os custos sociais envolvidos e permitiria que a decisão judicial fosse a melhor possível, proferida dentro de um tempo razoável.

Neste contexto, as regras processuais são um conjunto de leis que dizem respeito aos métodos, procedimentos e práticas usadas na litigância e, por tal razão, afetam o comportamento das partes.

Assim, o termo litígio está relacionado ao caminho percorrido por um processo judicial, desde a ocorrência do fato danoso até a resolução da questão.

Geralmente, apesar das diferenças existentes entre os sistemas judiciais dos diversos países, o processo judicial é composto pelas seguintes fases: a) formação do processo; b) resposta/contestação; c) conciliação; d) instrução, e) julgamento; f) recurso; g) julgamento final; h) liquidação da sentença; i) execução da sentença; j) pagamento da condenação; h) arquivamento do processo.

Cabe ao judiciário, acionado como última instância na busca de reparação a um direito violado, solucionar tais disputas. Ocorre que a busca pela reparação (ou compensação/declaração) do direito deve obedecer a certas regras. Tais regras dizem respeito ao andamento de uma disputa judicial, desde o seu ajuizamento até a sua solução.

Shavell (2004, p. 445) refere-se as regras processuais (ou processo judicial) como o conjunto de regras que governam o exercício dos direitos substantivos das partes e a maneira pela qual a parte contrária se defende.

Por outro lado, pode-se pensar em soluções de litígios através de dois métodos centrais, a saber: a) soluções cooperativas (mediação e conciliação); e b) solução não-cooperativas ou impositivas (processo judicial e arbitragem).

A abordagem da análise econômica do direito, além de estudar leis substantivas, também se ocupa com as regras processuais, e como estas afetam o comportamento das partes.

Ademais, alterando o comportamento dos agentes as regras processuais são fortemente responsáveis pelo elevado nível de litigância, influenciando inclusive na alocação dos custos sociais e privados e na eficiência do sistema judicial.

Ocorre que, mesmo em tais casos, a eficiência parece ser a melhor saída, uma vez que dentre as várias alternativas diferentes, tal critério definirá aquela que maximizará os ganhos conjuntos.

Desta forma, a teoria econômica da litigância pode ser entendida como a utilização das ferramentas da análise econômica para o estudo das disputas judiciais, principalmente em relação às ações das partes e o efeito de certas regras substantivas e procedimentais em seu comportamento.

Mais do que a análise das regras processuais, a teoria econômica da litigância tem como objeto todo o processo que se desenvolve, desde o primeiro momento em que um indivíduo decide exercer o seu direito de ação e busca um advogado para tanto, até a resolução da disputa.

### **3 A RACIONALIDADE DOS LITIGANTES EM UMA EVENTUAL LIDE**

Uma das premissas básicas da análise econômica do direito sustenta que a racionalidade econômica dos indivíduos impulsiona-os a agirem sempre visando a maximização do seu bem-estar, ou seja, sopesando entre vantagens e desvantagens de uma postura racional, o indivíduo/litigante preferirá a escolha mais proveitosa (ou útil) em detrimento da menos lucrativa.

Outras ferramentas da ciência econômica, como a teoria dos jogos, a teoria dos preços, métodos como a estatística e a econometria, além da própria matemática e a microeconomia, são fortes instrumentos que possibilitam a medição empírica do comportamento de um litigante.

Na construção do paradigma da reflexão sobre o Direito mediante o uso de instrumentos econômicos, a análise econômica do direito sustenta que é possível, hipoteticamente, examinar qualquer comportamento humano a partir de duas premissas principais:

1. O comportamento maximizador dos indivíduos, considerando que as pessoas tendem a escolher a opção mais vantajosa; e
2. A existência de mercados, com recursos escassos, que coordenem as ações dos diferentes participantes.

Não obstante o entendimento acerca do conteúdo da análise econômica do direito, todos os estudos apontam para uma primeira suposição para que a teoria possa ser utilizada como instrumento de análise do direito: a racionalidade.

Segundo tal princípio, cada indivíduo age de acordo com o seus interesses, de forma a buscar escolher aquilo que deseja ou invés do que não deseja. O indivíduo racional tem um objetivo claro e emprega os meios disponíveis para alcançá-lo, com o menor desperdício de recursos possíveis.

As partes conflituosas, assim, devem analisar o seu contexto e, diante das variadas probabilidades de escolha da solução da celeuma, devem decidir pela qual atingirá o objetivo de minimizar os custos diretos do conflito e das decisões judiciais.

É o que se denomina de racionalidade individual, que indica que o indivíduo somente escolherá determinada alternativa se verificar que será beneficiado do modo esperado.

Surgem então, outros fatores vinculados aos custos dos processos e que são relevantes à análise econômica do direito/processo: a perspectiva do benefício (que é a probabilidade de se alcançar o valor envolvido em uma lide) e a chance de sucesso.

Tais fatores oferecem o que se denomina valor esperado da demanda (VED), calculado a partir do produto entre o valor envolvido (B) e a chance de êxito (V), reduzindo os custos do processo (CP). Assim, tem-se:  $VED = (B \times V) - CP$ .

Na hipótese de o resultado da equação for positivo, há o incentivo racional para a litigância. Caso seja negativo, é improvável que o indivíduo escolha pelo litígio.

Feita as observações supramencionadas, cabe trazer tais considerações para o contexto da litigância.

Em linhas gerais, o processo judicial contempla uma série de atos complexos, coordenados e ordenados, voltados à produção de uma decisão, qual seja a judicial. A ideia advinda de tal definição é que o processo flui linearmente durante o transcurso do tempo.

Na literatura da análise econômica do direito, contudo, a referência ao processo judicial, apesar de também considerar a questão temporal no seu fluxo, é tratada como um leque de escolhas, as quais delinearão as preferências dos envolvidos na disputa judicial. A cada configuração contextual e andamento do processo, abrem-se novas possibilidades de escolhas aos envolvidos, tornando o instrumento jurídico um arranjo único de preferências.

Na tentativa de teorizar o procedimento fático, são diversas as formulações do processo judicial propostas pelos teóricos da análise econômica do direito. Cooter e Rubinfeld (1989, p. 1069-1070), por exemplo, ao estabelecer o fluxo do processo judicial, indicam a existência quatro estágios: 1) ocorrência de um evento danoso; 2) decisão de inicial ou não a disputa; 3) o estabelecimento de um jogo de barganha entre as partes; 4) o julgamento da disputa.

Observando-se empiricamente o curso de um processo judicial, desde a cogitação de seu ajuizamento até a decisão imutável e, ainda, o cumprimento de tal determinação, pode-se notar a existência de diversos fluxos processuais. As peculiaridades de cada processo, portanto, relacionam-se, no caso em

concreto, com elementos objetivos (decisões, prazos) e subjetivos do caso (indivíduos).

Os arranjos possíveis na dinâmica do andamento processual são reflexos de muitas variáveis, especialmente no que afetam as preferências das partes litigantes: iniciar ou não uma disputa judicial; realizar ou não um acordo antes do julgamento; revelar ou não determinada informação, recorrer ou não de uma decisão.

Na trilha do posicionamento da análise econômica do direito, a utilização do processo judicial deve primar pela satisfação de metas de ordem econômica: diminuir os custos envolvidos da deflagração de um processo e minimizar a quantidade de erros nas decisões judiciais.

Como tal conquista, o processo judicial refletirá o equilíbrio entre custos e benefícios e, nesse ponto, apresentar-se-á como eficiente.

A eficiência, aqui, é outra categoria operacional utilizada pela análise econômica do direito e possui variadas acepções. No sentido mencionado, o termo refere-se à eficiência de Pareto, que se guia à maximização de benefícios e a minimização de custos: ou seja, um processo será considerado racionalmente eficiente se for possível aumentar os benefícios sem também aumentar os custos.

As preferências (racionalidade) das partes litigantes consubstanciam, dessa forma, importante relevância na consideração do fluxo processual e estão intimamente imbricadas com os custos do processo judicial e sua eficiência, entendidos os que envolvem tempo, esforço e, especialmente, despesas financeiras.

#### **4 O ATIGO 85, §11, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E OS SEUS EFEITOS SOBRE OS LITIGANTES**

O processo judicial poder ser examinado como uma sequência não linear de atos, representada pela ação dos litigantes, a qual, por sua vez, indicam as escolhas feitas e sob quais informações está se pautando.

Nesse sentido, a demanda judicial pode ser expressa, teoricamente, por uma árvore, em que os pontos de bifurcação indicam as possibilidades de

decisão e as possíveis escolhas. Por conseguinte, cada escolha direciona-se a um novo ponto, com a apresentação de novas possibilidades.

Em tal situação, o autor e réu buscam a maximização de seus benefícios: o primeiro, com a expectativa do valor pretendido; o segundo, com a minimização do custo de esperado de sua responsabilidade.

Assim, especificamente, no lado de responsabilidade ou por ausência de provas, caso o custo esperado de uma decisão for inferior ao pedido do autor, o réu poderá agir racionalmente respondendo à ação, por meio de contestação.

Em outra hipótese, caso o pedido do autor seja inferior ao custo esperado da decisão, a melhor escolha é não contestar a ação e tentar uma conciliação, pagando o valor da indenização pretendida. Ainda, se, por ventura, o valor da indenização postulada for igual ao custo esperado do processo, a postura racional do réu será de diferença entre contestar ou não a ação.

Como visto, igualmente como no caso da escolha do acordo, a litigância contempla, em seu modelo ideal, a informação, a todos os envolvidos, sobre os benefícios e custos envolvidos, assim como das probabilidades atreladas a cada evento.

Diante do explanado, um indivíduo em um conflito escolherá ajuizar uma ação quando o valor esperado da demanda for positivo – o que será previsto quando o benefício que ele espera obter é maior do que o custo do processo.

Ultrapassada estas premissas básicas, se faz imperioso trazer a tona um dos principais pontos de discussão do presente artigo: o art. 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil <sup>6</sup> (sucumbência recursal) servirá como ferramenta de inibição de interposição de recursos protelatório e descabidos? O art. 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil, dará maior celeridade ao processo?

---

<sup>6</sup>Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. (...)

§ 11. O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento.

(...)

Não é novidade que no Brasil, a organização do Poder Judiciário é muito complexa, fragmentada, pouco uniforme e pouco conhecida.<sup>7</sup>

A falta de agilidade do processo judicial é considerada por muitos como o principal problema do Judiciário brasileiro, seguindo do custo de acesso (despesas e custas) e a falta de previsibilidade (insegurança jurídica).

A falta de agilidade, ou morosidade, causa dois tipos diversos: 1) o grande número de casos levados aos tribunais, por pessoas, empresas e grupos de interesses, não só para lutar por um direito, mas, até mesmo, para adiar o cumprimento de uma obrigação; e 2) a carência de recursos (propriamente dinheiro), deficiência na legislação e problemas relacionados à atuação de juízes e de outros operadores do Direito.

Outro ponto que convém destacar como problema da morosidade, são as muitas possibilidades existentes de se protelar uma decisão judicial, com a interposição de um número excessivo de recursos.

Mas é exatamente aí que o art. 85, § 11, do Novo Código de Processo Civil entra como figurante. Os operadores do direito (propriamente os advogados), e as partes, agora se deparam com esse novo instrumento processual que, ao mesmo tempo em que recompensa a atuação do advogado perante o tribunal, inibi a interposição de um recurso protelatório, ou até mesmo de um recurso com fraca fundamentação jurídica.

Na maioria das vezes, é possível calcular o valor econômico do de uma decisão judicial, e, para tanto, muitas vezes é possível estimar as chances de êxito ou perda em determinada demanda.

Por evidente, se a preocupação do litigante é a manutenção do baixo custo do processo, quanto mais alto for o seu custo, seja para dispender valores para ajuizamento da ação ou para a interposição de recurso, menor será a taxa de apresentação.<sup>8</sup>

Desta forma, o legislador, ao trazer a sistemática dos honorários recursais no novo Código de Processo Civil, normatizou uma forma de desestimular o prolongamento do litígio.

---

<sup>7</sup> Márcio Thomaz Bastos – 1935 a 2014. Advogado e Ex-Ministro da Justiça do Brasil.

<sup>8</sup> Índice quantitativo de ajuizamento de processos.

## 5 CONCLUSÃO

Com o presente estudo, tem-se que ao lado da solução judicial dos conflitos, é de suma importância o fomento dos meios alternativos de conflitos, tais como a conciliação, mediação e a arbitragem. Isto porque, minimizam o custo social do processo.

Dentre as possibilidades de escolhas da pacificação da lide, a alternativa melhor dependerá do exercício racional a ser desenvolvido pelo indivíduo litigante.

Diante da morosidade e do inchaço do Poder Judiciário brasileiro, é indiscutível que os envolvidos no litígio, ainda antes do ajuizamento do processo, ponderem se, de fato, existe a necessidade de levar tal litígio para o juiz.

Diga-se isto, pois, além do desgaste emocional que um processo judicial poderá trazer ao litigante, ainda existe o elevado custo financeiro, que por sua vez, muitas vezes é ignorado.

Com incentivo à ação racional, a análise econômica do direito, aplicada tanto ao processo judicial como nos conflitos extrajudiciais, traduz quais os principais custos e vantagens a serem verificados em cada cena decisória.

E é neste sentido que se observa sua relevância: com o escopo de solucionar o conflito através do mínimo desgaste possível, o contexto particular de cada lide é examinado, juntamente com os dados teóricos jurídicos relevantes, a fim de que seja fornecido aos envolvidos a probabilidades de escolhas possíveis para a resolução de um caso.

Com efeito, a análise econômica do direito pode auxiliar, estrategicamente, o comportamento dos litigantes em um dado processo, eis que fornece projeções de riscos, custos e eventuais benefícios, que moldam respectivos comportamentos.

Tal análise, por óbvio, deve ser realizada mediante a consideração do objetivo do cliente, e de seu menor desgaste, seja ele financeiro, temporal, físico e emocional, levando em conta, ainda, a ética profissional.

Pela análise econômica do direito aplicada a solução de conflitos, analisa-se economicamente o problema e o contexto para que se formule uma

ação estratégica que vinculará a relação entre a possibilidade de ganho, o valor do ganho pretendido e os custos envolvidos.

Ainda, conclui-se que a possibilidade de haver fixação de novos honorários em função do recurso interposto, exigirá uma maior reflexão quanto à utilização do expediente, pois onerará financeiramente à parte que interpuser recurso protelatório ou descabido.

De fato, ainda é cedo para saber se esse instrumento processual acarretará uma verdadeira inibição de interposição de recursos, entretanto, levando em consideração a abordagem da análise econômica do direito, tudo indica que tal instrumento assegurará uma melhor compreensão das partes no ato da interposição do expediente.

Enfim, aguarda-se, com isso, uma maior reflexão no momento da utilização dos recursos.

## **6 REFERÊNCIAS**

ARANHART, Fernando Santos. **A Análise Econômica da Litigância: teoria e evidências**. 2009. Monografia (Curso de Ciências Econômicas). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

ARAÚJO, Fernando. **Análise Econômica do Direito: programa e guia de ensino**. Coimbra: Almedina, 2008.

BAGGENSTOSS, Grazielly Alessandra. **Breves Considerações Acerca da Análise Econômica do Processo Judicial**.

COOTER, Robert; ULEN, Thomaz. **Direito e Economia**. Tradução: Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COOTER, Robert; RUBINFELD, Daniel. Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution. **Journal of Economic Literature**. Pittsburgh: American

Economic Association, v. 27, n. 3, p. 1067-1097, seo. 1989. Disponível em <http://www.jstor.org/stable/2726775>>. Acesso em 13 abril de 2016.

DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Análise Econômica do Processo Civil**. Revista Quaestio Juris – UERJ. Rio de Janeiro, v.1, n. 1, p. 171-203, 2005.

PATRICIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Litigância**. Coimbra: Almedina, 2005.

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

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law e Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SHAVELL, Steven. **Foundations of Economic Analysis of Law**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

TIMM, Luciano Benetti (org). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

ZYBERSZTAJN, Décio; SZTAJN Rachel; et al. **Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevir: 2005.