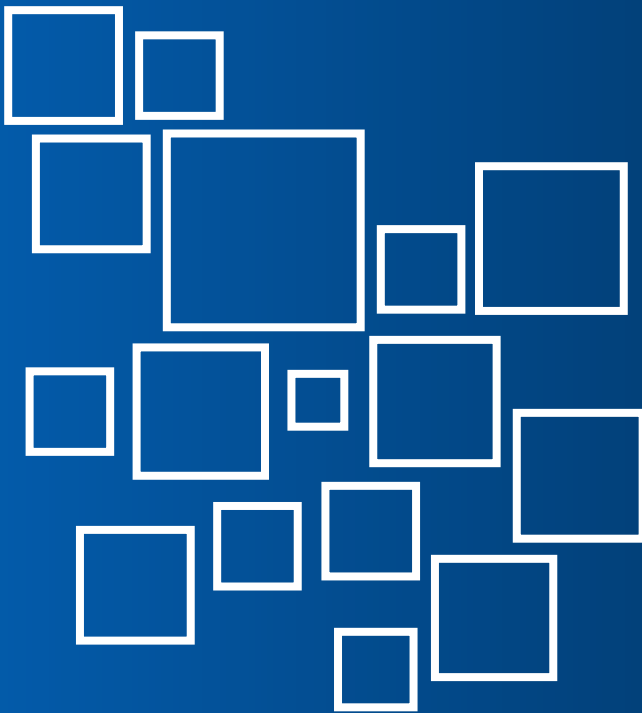


ISSN 1022-4057



Português

English

Español

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 **Universidade
Católica de Brasília**

 **EDITORA
universa**

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Quando Mais é Menos: o recurso adesivo como um desincentivo a recorrer

When Less is More: the adhesive appeal as a disincentive to appeal

Henrique Arake¹
UniCEUB

Ivo T. Gico Jr.²
UniCEUB

RESUMO

Há uma crença no meio jurídico de que o grande número de recursos manejados está diretamente relacionado ao número de hipóteses recursais. Assim, para reduzir a litigância, deveria ser diminuído o número de recursos possíveis, inclusive as hipóteses de aceitação de recursos na modalidade adesiva. Utilizando Teoria dos Jogos, o presente artigo argumenta que, ao contrário, a ampliação das hipóteses de admissibilidade do recurso adesivo pode diminuir o número de recursos interpostos.

Palavras-chave: Direito Processual, Recurso Adesivo, Teoria dos Jogos.

JEL: K0, K41

ABSTRACT

In Brazilian legal community there is a belief that the considerable number of appeals are directly connected with the number of possibilities to appeal. Therefore, in order to diminish litigation, one should also limit the ability to appeal, including the ability to adhesively appeal. Using Game Theory, the paper argues just the opposite, which is, that the increment of cases where the adhesive appeal is admitted may actually diminish the number of appeals.

Keywords: Procedural Law, Adhesive Appeal, Game Theory.

R: 15/9/15 **A:** 30/9/15 **P:** 1/10/15

¹ E-mail: henrique@arake.com.br.

² E-mail: gico@ghdadogados.com.br.

1. Introdução

Há décadas o Judiciário brasileiro está em crise (Gico Jr., 2014, p. 164). Ele é considerado lento, ineficaz e caro. Inúmeras reformas foram realizadas para tentar dar celeridade aos tribunais, mas, até agora, os resultados não foram satisfatórios. Procedimentos foram simplificados, juizados especiais criados, defensorias públicas montadas, competências constitucionais alteradas e o acesso aos serviços públicos adjudicatórios continua sendo restrito e a morosidade judicial um problema nacional.

Muitas razões já foram oferecidas para a morosidade do Judiciário. Falta de recursos materiais, complexidade dos procedimentos, baixa qualidade dos integrantes do sistema (juristas em geral), má gestão, o próprio Judiciário (Gico Jr., 2014, pp. 165 e ss.)e, até mesmo, o fato de litigantes poderem recorrer de decisões judiciais. Nesse sentido, há uma crença no meio jurídico de que o grande número de recursos manejados está diretamente relacionado ao número de hipóteses recursais³. Assim, para reduzir a litigância e mitigar a crise do Judiciário, deveria ser diminuído o número de recursos possíveis, inclusive as hipóteses de aceitação de recursos na modalidade adesiva. Não obstante, essa afirmação não é verdadeira.

Utilizando Teoria dos Jogos, o presente artigo argumenta que, ao contrário, a ampliação das hipóteses de admissibilidade do recurso na modalidade adesiva pode diminuir o número de recursos interpostos.

Para tanto, este artigo está organizado da forma. Na primeira parte, fazemos uma breve revisão dos incentivos das partes em recorrer. Na segunda parte, descreveremos a estrutura recursal de nosso sistema processual, com ênfase nos recursos adesivos. Na terceira parte, apresentaremos alguns conceitos sobre comportamentos estratégicos, para então, na quarta parte, os utilizar para analisar a estrutura recursal apresentada anteriormente. Seguem conclusões no sentido de ampliação irrestrita da modalidade adesiva de recursos.

2. Por que as Partes Recorrem?

De início, cabe uma anotação metodológica. Como já discutido (Arake e Gico Jr., 2014, pp. 167 e ss.), os juseconomistas consideram o direito enquanto um conjunto de regras que estabelecem custos e benefícios para os agentes que pautam seus comportamentos em função de tais incentivos (analisam comportamentos). Assim, a abordagem juseconômica investiga as causas e as consequências das regras jurídicas e de suas organizações na tentativa de prever como cidadãos e agentes públicos se comportarão diante de uma dada regra e como alterarão seu comportamento caso essa regra seja alterada. Nesse sentido, “a normatividade do direito não apenas não é pressuposta como muitas vezes é negada, isto é, admite-se que regras jurídicas enquanto incentivos – em algum caso concreto – podem ser simplesmente ignoradas pelos agentes envolvidos.” (Gico Jr., 2010, p. 21).

Na tradição juseconômica (e.g., Arake e Gico Jr., 2014; Gico Jr., 2014), a premissa inicial é a de que a parte que escolhe litigar realiza uma escolha racional. Uma ação judicial, para a parte litigante, seja ela autora ou ré, é uma decisão racional na qual são ponderados os custos e os benefícios esperados de se usar esse mecanismo social de resolução de conflito. Com ou sem a participação de advo-

³ A morosidade processual é uma das principais preocupações dos juristas que compõem a Comissão instituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 379/09 para redigir o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. “Como desincumbir-se da prestação da Justiça em um prazo razoável diante de um processo preñado de solenidades e recursos?”, questionou o Presidente da referida Comissão.

gados (como nos juizados especiais), as partes tentam estimar a probabilidade de sucesso, ainda que intuitivamente, bem como os custos associados à realização de um acordo ou de continuar litigando. Ambas as partes sabem que incorrem em uma margem de erro nessa estimativa.

O resultado dessas estimativas individuais determinará, em larga medida, a capacidade de as partes realizarem acordos. Como em qualquer troca voluntária, há chance de acordo quando a proposta máxima de acordo aceita pelo réu exceder ou for igual à proposta mínima aceitável pelo autor. O autor realizará um acordo quando o retorno esperado da ação for igual ou próximo do valor oferecido em proposta de acordo pelo réu, pressupondo-se a neutralidade ao risco. Já o réu realizará o acordo quando o valor esperado da ação for maior ou próximo ao valor que o autor está disposto a aceitar, também se afastando complicações relacionadas à aversão a risco. Assume-se que o custo privado conjunto de litigar é superior ao custo privado conjunto de realizar um acordo. Em um cenário como esse, o acordo apenas não ocorrerá quando as estimativas das partes não coincidirem minimamente e, por isso, não haja um excedente cooperativo a ser dividido.

Em outras palavras, a lógica de um acordo é semelhante à lógica de uma troca voluntária (contrato): só ocorrerá se houver um excedente cooperativo a ser distribuído. A mesma lógica se aplica quando as partes decidem se devem ou não recorrer de uma decisão judicial.

Do ponto de vista jurídico, a sentença é o ato por meio do qual o Juiz acolhe ou rejeita, no todo ou apenas parcialmente, o pedido formulado pelo autor (art. 459 do CPC⁴), concluindo sua função jurisdicional. Nada obstante, via de regra, todo demandante tem o direito de ver a decisão revista no que lhe for desfavorável⁵. Dito de outra forma, a parte sucumbente pode requerer uma “segunda opinião” de um órgão do Judiciário de hierarquia superior (Art. 499⁶ do CPC) por meio da interposição de um recurso. Assim, simplificando, em um processo cível comum, uma sentença pode ser revista por um colegiado de magistrados (Desembargadores) no Tribunal. Por outro lado, excepcionalmente, o acórdão do Tribunal pode ser revisto por outro colegiado de magistrados (Ministros), seja no Superior Tribunal de Justiça (matéria infraconstitucional), seja no Supremo Tribunal Federal (matéria constitucional).

No presente trabalho o termo “recurso” é utilizado para denominar todos os meios disponíveis às partes para provocar o reexame de determinada decisão judicial dentro do mesmo processo em que esta foi proferida⁷. Além disso, verifica-se que para que uma parte esteja autorizada a recorrer de uma decisão judicial, é imprescindível a existência de interesse recursal oriundo da sucumbência, parcial ou total, na ação (art. 499 do CPC e art. 909 do novo CPC⁸). Exige-se, portanto, que a parte em questão tenha sucumbido ainda que parcialmente com a decisão que pretende reformar por meio do recurso cabível, disciplinados nos arts. 496 e seguintes do CPC (arts. 907 e seguintes do NCPC).

Em sendo um direito, o ato de recorrer é optativo, i.e., não obrigatório⁹, sendo lícito à parte sucumbente conformar-se com o resultado desfavorável e deixar o processo transitar em julgado. É possível, portanto, que a parte sucumbente prefira que o processo se encerre imediatamente, do que recorrer com relação à parte da decisão que lhe foi desfavorável. É possível, ainda, que a parte recorrente prefira desistir do recurso interposto antes de seu julgamento, momento em que a sentença

⁴ Art. 459. O juiz proferirá a sentença, acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte, o pedido formulado pelo autor. Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o juiz decidirá em forma concisa.

⁵ Existem, é claro, exceções a essa regra, tais como a ação penal ajuizada contra o Presidente da República.

⁶ Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

⁷ A ação rescisória, portanto, não é considerada um recurso, mas um meio autônomo de reforma de decisão.

⁸ Doravante denominado apenas NCPC.

⁹ Não estamos tratando das hipóteses de remessa obrigatória, disciplinadas no art. 475 do CPC, pois não são recurso, mas prerrogativa do Estado de ter sentenças contra si analisadas em duas instâncias.

transitará em julgado. A desistência de seu próprio recurso não está condicionada à aceitação da parte recorrida (art. 501¹⁰ do CPC e art. 911 do NCPC).

Assim sendo, é esperado que a parte sucumbente recorra apenas se acreditar que os benefícios que obterá com o recurso (que denotaremos por $U_{Recorrer}$), caso seja provido, superem os custos irrecuperáveis de recorrer ($C_{ARecorrer}$) (tempo para que o recurso seja julgado, honorários adicionais que o advogado cobrará pelo recurso, etc.) e o prejuízo que incorrerá apenas em caso de desprovisionamento do recurso ($C_{Recorrer}$) (custas recursais, porte de retorno e remessa). Assim, denotando por r a probabilidade subjetiva de êxito desse recurso e por $1 - r$ a probabilidade subjetiva de indeferimento¹¹, podemos modelar essa decisão, lembrando que na sistemática processual brasileira, é vedado que o julgamento do recurso piore a situação do recorrente (*reformatio in pejus*):

$$r \cdot U_{Recorrer} \geq (1 - r) \cdot C_{Recorrer} + C_{ARecorrer} \quad (1)$$

Um exemplo pode tornar claros esses pontos. Suponha que a sentença tenha dado procedência total ao pedido do autor e, conseqüentemente, condenado o réu ao pagamento de R\$ 20.000,00, mais honorários fixados em 10% do valor da condenação e de custas processuais de R\$ 366,10, totalizando um prejuízo de R\$ 22.366,10. Suponha, ainda, que o advogado do réu não lhe cobre honorários adicionais para recorrer ($C_{ARecorrer} = 0$). Por fim, utilizando o regime de custas do TJDF, sabemos que o preparo da apelação é de R\$ 11,15. Substituindo esses valores na inequação **Erro! Fonte de referência não encontrada.**, temos que será para o réu racional recorrer se ele atribuir uma probabilidade de êxito de pelo menos 0,05% de reversão da sentença. Apenas a título de ilustração, essa probabilidade é vinte vezes inferior do que acertar um número na roleta:

$$\begin{aligned} r \cdot U_{Recorrer} &\geq (1 - r) \cdot C_{Recorrer} + C_{ARecorrer} \\ r \cdot 22.366,10 &\geq (1 - r) \cdot 11,15 + 0 \\ r &\geq 0,0005 \end{aligned} \quad (2)$$

Assim sendo, é esperado que a parte sucumbente recorra em duas hipóteses:

- i) Se acreditar que a probabilidade de reforma da sentença seja suficientemente alta para compensar os custos de recorrer; ou
- ii) Se os custos de recorrer forem suficientemente baixos para compensar o risco de uma probabilidade de reforma também baixa.

A parte sucumbente tem, portanto, basicamente duas decisões a tomar: i) recorrer da decisão desfavorável ou ii) não recorrer e deixar a decisão transitar em julgado. Caso recorra, a parte adversa tem, também, duas opções: i) defender-se contra os argumentos do recorrente por meio de contrarrazões, ou ii) não apresentar suas contrarrazões (inexistindo, aqui, os efeitos da revelia). Independentemente da decisão da parte recorrida, o recorrente tem, ainda, a opção de desistir do recurso interposto. Desistência esta que não está condicionada à concordância da parte recorrida. A figura abaixo ilustra as estratégias disponíveis ao sucumbente nesta etapa processual:

¹⁰ Art. 501. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

¹¹ Aplicável, também, às hipóteses de não conhecimento.

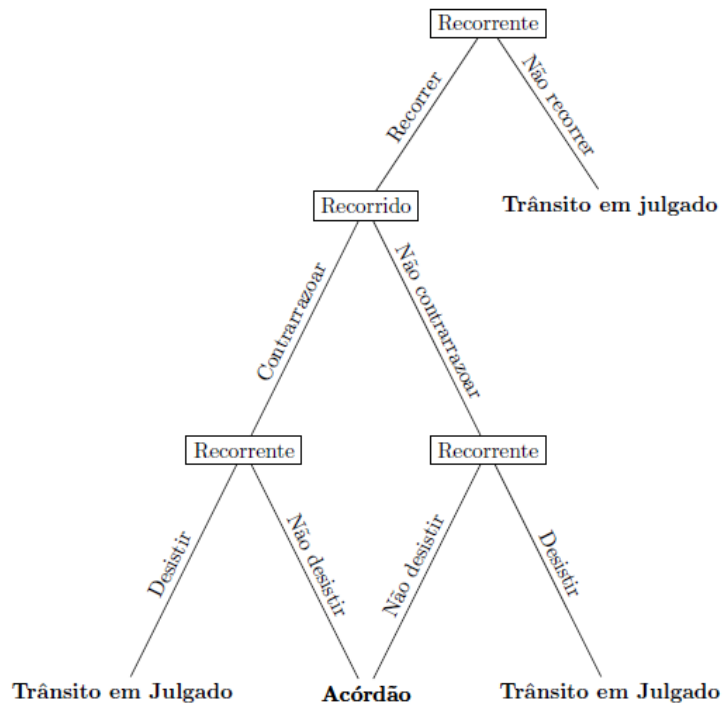


Figura 1

Não é incomum, todavia, que ambas as partes sintam-se prejudicadas por uma mesma decisão judicial. É o que chamamos de sucumbência recíproca. Suponha, por exemplo, que o autor tenha seus pedidos parcialmente deferidos. Ele é vencedor em parte e perdedor em parte. O mesmo raciocínio se aplica ao réu. Nesse caso, ambos possuem interesse recursal e comungam de prazo simultâneo e idêntico¹² para recorrer. Essa decisão, conquanto também possa ser modelada pela inequação (1), leva a uma estrutura decisional diferente da ilustrada na Figura 1, pois existe uma estratégia diferente prevista no ordenamento jurídico chamada de recurso adesivo.

O nosso sistema recursal autoriza que uma parte que tenha sucumbido parcialmente, mas não tenha recorrido originalmente possa recorrer adesivamente, se a outra parte tiver recorrido (art. 500¹³ do CPC). Essa possibilidade altera as alternativas estratégicas disponíveis (jogadas) para cada parte (jogador), bem como os retornos esperados de cada jogada (*payoff*).

A modalidade recursal adesiva é autorizada apenas nos recursos listados no art. 500, II, do CPC, ou seja, na hipótese de apelação, embargos infringentes, recurso extraordinário e especial. Não cabem, portanto, para os demais recursos existentes, por exemplo, nos casos de agravo, embargos de declaração, recursos ordinários¹⁴ e em embargos de divergência.

¹² Excetuando-se os casos em que uma das partes seja a Fazenda Pública ou litigue em litisconsórcio com advogados diversos, hipóteses em que o prazo recursal é maior.

¹³ Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:

I - será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;

II - será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;

III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.

¹⁴ Há certa controvérsia doutrinária e jurisprudencial quanto ao cabimento da modalidade adesiva do recurso ordinário, contudo, o posicionamento majoritário do Superior Tribunal de Justiça é que o rol do art. 500, II, do CPC é *numerus clausus*.

Há, ainda, uma última hipótese em que se poderia utilizar a modalidade recursal adesiva, decorrente de uma peculiaridade da organização do Poder Judiciário brasileiro. Conforme determinado nas alíneas dos arts. 102, III, e 105, III, da Constituição Federal, existe a possibilidade que um acórdão proferido por algum Tribunal tenha indeferido parte do pedido do autor com fundamento exclusivamente infraconstitucional e deferido o restante com fundamento exclusivamente constitucional. A competência para análise e eventual reforma do primeiro fundamento é do STJ e a do segundo é do STF.

Nesse caso, se o autor quiser recorrer, terá que interpor um recurso especial direcionado ao STJ. Já o réu, se quiser recorrer, terá que interpor um recurso extraordinário direcionado ao STF. Embora ambos os recursos estejam previstos no rol do art. 500, II, do CPC, o que, em tese, autorizaria a que o réu interpusse o recurso extraordinário adesivamente ao recurso especial do autor, e vice-versa, o STJ, interpretando o parágrafo único desse artigo¹⁵, vedou essa forma de interposição “cruzada” do recurso adesivo, por entender que aqueles recursos possuem natureza jurídica diversa, o que apenas reforça a impressão que a jurisprudência defensiva é no sentido de limitar a possibilidade de recursos.

Essa postura restritiva com relação às hipóteses de cabimento do recurso adesivo foi mantida pelo art. 910¹⁶ do NCPC e, ao menos aparentemente, atende à expectativa dos juristas de que a redução do número de recursos pode diminuir a litigância. Vamos agora estruturar essa questão processual do ponto de vista estratégico para tentar demonstrar que, em verdade, isto é um equívoco.

3. Estruturando o Jogo Recursal: interação estratégica

Um comportamento é considerado estratégico quando o retorno esperado (*payoff*) da conduta de um agente depende da conduta a ser tomada por outro agente, em outras palavras, quando há interdependência entre as ações de cada jogador, i.e., a decisão maximizadora depende da decisão de outros agentes (Gico Jr., 2007). Estruturando esse tipo de situação em uma linguagem da Teoria dos Jogos, temos que cada parte (jogador) tem um número determinado de ações possíveis (estratégias) e elas são escolhidas (escolha) em resposta à ação esperada de cada um dos outros jogadores. Estes, por sua vez, estão desenvolvendo o mesmo raciocínio ao escolherem que ação tomar. Assim, um jogo estratégico consiste (Osborne, 2009) de:

- (a) Um conjunto de jogadores $J = \{ 1, \dots, I \}$;
- (b) Conjuntos de estratégias (ações) S_1, S_2, \dots, S_I , um para cada jogador;
- (c) Preferências individuais sobre o conjunto de ações anteriormente definidas.

¹⁵ Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.

¹⁶ Art. 910. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir o outro.

Parágrafo único. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal, aplicando-se-lhe as mesmas regras do recurso independente quanto aos requisitos de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal, salvo disposição legal diversa, observado o seguinte:

I – será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;

II – será admissível na apelação, no recurso extraordinário e no recurso especial;

III – não será conhecido, se houver desistência do recurso principal ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.

Um jogo é dito “**simultâneo** com informação perfeita” quando a tomada de decisão entre os jogadores é feita ao mesmo tempo, mas todos sabem, exatamente, quais são as preferências dos demais. Por outro lado, um jogo é dito “simultâneo com informação imperfeita” quando a escolha é simultânea, porém ao menos um dos jogadores desconhece as preferências de um dos jogadores. Por sua vez, um jogo é dito “**sequencial** com informação perfeita”, quando todos os jogadores sabem quais são as preferências dos demais, porém as escolhas são feitas em turnos. Por fim, definimos “Equilíbrio de Nash” a situação em que, em um jogo envolvendo dois ou mais jogadores, nenhum jogador tem a ganhar mudando sua estratégia unilateralmente.

Apenas para fins de ilustração, vamos demonstrar estes conceitos em um dos jogos mais conhecidos das ciências sociais: o dilema do prisioneiro.

Dois suspeitos de um crime grave (e.g. assalto ao banco) estão presos em celas separadas sem comunicação. Há provas suficientes para condenar a ambos por um crime de menor potencial ofensivo (e.g. porte ilegal de arma), mas não para o assalto ao banco, a menos que um deles delate o outro. Se ambos permanecerem em silêncio, responderão apenas por porte ilegal de arma e permanecerão um ano na cadeia. Por outro lado, se um deles confessar e delatar o outro, o delator será solto (delação premiada) e o delatado ficará preso por três anos. Contudo, se ambos confessarem, ambos passarão dois anos na prisão. Qual a decisão racional a se tomar?

Modelando o cenário como um jogo **simultâneo** com informação perfeita, temos os seguintes elementos:

- (a) *Jogadores*: os dois suspeitos;
- (b) *Ações*: “Calar”, “Testemunhar”;
- (c) *Preferências*: ordenando as preferências de ambos os jogadores da mais preferível para a menos preferível, temos que: i) preferem testemunhar, desde que o outro fique calado; ii) preferem permanecer calados, desde que o outro também fique calado; iii) preferem testemunhar, se o outro também testemunhar; e iv) preferem permanecer calado, se o outro testemunhar.

Adotando a notação $u(\gamma, \iota)$ para ambas as partes, em que γ representa a ação do Jogador 1 e ι a ação do Jogador 2, podemos representar o cenário acima tal que, para o Jogador 1:

$$u_1(\text{test}, \text{calar}) > u_1(\text{calar}, \text{calar}) > u_1(\text{test}, \text{test}) > u_1(\text{calar}, \text{test})$$

e para o Jogador 2:

$$u_2(\text{calar}, \text{test}) > u_2(\text{calar}, \text{calar}) > u_2(\text{test}, \text{test}) > u_2(\text{test}, \text{calar})$$

Com base nessas definições, após ordenarmos as preferências em uma tabela:

Jogador 1	Anos	Jogador 2	Anos
$u_1(\text{test}, \text{calar})$	0	$u_2(\text{calar}, \text{test})$	0
$u_1(\text{calar}, \text{calar})$	1	$u_2(\text{calar}, \text{calar})$	1
$u_1(\text{test}, \text{test})$	2	$u_2(\text{test}, \text{test})$	2
$u_1(\text{calar}, \text{test})$	3	$u_2(\text{test}, \text{calar})$	3

Este jogo pode é representado da seguinte forma:

		Jogador 2	
		Test	Calar
Jogador 1	Test	(2,2)	(0,3)
	Calar	(3,0)	(1,1)

Assim, no dilema dos prisioneiros, do ponto de vista coletivo, a melhor conduta para os jogadores seria cooperar (ambos permanecerem calados, conduta que geraria a menor pena total – dois anos). No entanto, como no modelo não há mecanismo crível que garanta a cada jogador que o outro não o trairá (comportamento desviante), a estratégia dominante de cada um é adotar a conduta divergente, i.e., testemunhar, mesmo que o outro opte por cooperar, pois essa estratégia sempre lhe gerará o melhor resultado, independentemente da ação do outro. Vejamos.

Se o Jogador 2 escolher permanecer calado, a melhor resposta do Jogador 1 é testemunhar, pois não passará nenhum ano preso. Por outro lado, se o Jogador 2 escolher testemunhar, a melhor resposta do Jogador 1 também é testemunhar, pois evita o pior cenário que é passar três anos na prisão. Como esse jogo é simétrico, o Jogador 2 tem o mesmo cenário diante de si. Assim sendo, como os jogadores não podem assumir um compromisso crível de que não testemunharão, a estratégia dominante de ambos é testemunhar, verificando, desse modo, que o conjunto de escolhas (test,test) (que resulta numa soma de penas de quatro anos) é o equilíbrio não-cooperativo¹⁷ de Nash desse jogo, ainda que não resulte no melhor resultado socialmente considerado.

Apresentados esses conceitos, passaremos ao próximo tópico, em que os aplicaremos ao nosso sistema recursal para investigar se a ampliação das hipóteses de cabimento do recurso adesivo aumentará ou diminuirá o número de recursos interpostos, iniciando a análise modelando a tomada de decisão como um jogo simultâneo de informações perfeitas.

3.1. Recurso Adesivo é Vedado (Jogo com Informação Imperfeita)

Inicialmente, modelaremos o momento imediatamente posterior à publicação de uma decisão de sucumbência parcial qualquer, em que não caiba recurso adesivo, como um jogo simultâneo¹⁸ com informações imperfeitas, ou seja, as decisões de ambas as partes são tomadas ao mesmo tempo e uma parte sabe quando a outra tem ou não tem interesse recursal, mas desconhecem se elas preferem ou não recorrer. Esse jogo também é chamado de jogo Bayesiano.

Nesse contexto, podemos pensar em três cenários. Primeiro, uma parte deseja recorrer, não importa o que o *ex adverso* faça. Segundo, uma parte não deseja recorrer, não importa o que o *ex adverso* faça. E, terceiro, uma parte deseja recorrer apenas se o *ex adverso* também o fizer, isto é, a parte deseja que o processo se encerre da forma como está, mas se a outra parte recorrer, ele também deseja recorrer..

Considerando que nos cenários em que a parte prefira recorrer ou não independentemente da conduta do *ex adverso*, a existência da modalidade adesiva de recurso é irrelevante, pois não alterará a conduta dos jogadores. Logo, não interessam para a presente discussão, pois não se tratam de contextos estratégicos. Por outro lado, nos cenários em que a decisão de recorrer ou não está condi-

¹⁷ Em Teoria dos Jogos, não-cooperativo significa apenas que não é possível celebrar um contrato entre os jogadores, i.e., não é possível fazer valer um acordo por meio da força (*enforcement*).

¹⁸ Esse é um contexto verossímil, eis que, com exceção das pessoas elencadas nos arts. 188 e 191 do CPC, todas as partes possuem o mesmo prazo para recorrer.

cionada à interposição ou não de recurso pelo *ex adverso* constitui um contexto estratégico e, portanto, pode ser iluminado pela aplicação da Teoria dos Jogos.


Por exemplo: vamos supor que, em uma ação de divórcio, a cônjuge tenha perdido o pedido de indenização de R\$ 5.000,00, mas tenha ganhado o direito à integralidade de um imóvel avaliado em R\$ 150.000,00. Neste caso, o valor máximo da apelação para a cônjuge é de apenas R\$ 5.000,00. Suponha agora que a cônjuge tenha recebido uma proposta firme pelo imóvel no valor de R\$ 200.000,00. No entanto, a proposta só vale por 30 dias, pois o ofertante deseja reformar o imóvel para alugá-lo para as Olimpíadas no Rio de Janeiro em 2016 e, após esse prazo, não haveria tempo hábil para a reforma. Além disso, suponha que, após conversar com seu advogado, a cônjuge estime sua probabilidade de êxito recursal com relação ao pedido de indenização em 60%, bem como a probabilidade de êxito recursal de seu cônjuge com relação ao imóvel em 30%. O custo de recorrer é R\$ 700,00.

Postulando que a cônjuge é a autora A da ação e o cônjuge é o réu R, e denotando a ação “não recorrer” como n e “recorrer” como r, podemos ordenar as preferências de A, de modo que:

$$u_a(n, n) > u_a(r, n) > u_a(r, r) > u_a(n, r)$$

Assim, ordenando as preferências de A em relação aos resultados possíveis, temos que a **primeira opção** de A é não recorrer se R não recorrer [$u_a(n, n)$], eis que obterá os R\$ 200.000,00 resultantes da venda do imóvel, ainda que abra mão do pedido de indenização. Em **segundo lugar**, se R não recorrer, A prefere recorrer [$u_a(r, n)$], pois, apesar de perder a oportunidade de receber os R\$ 200.000,00, poderá receber a avaliação original do imóvel (R\$ 150.000,00) acrescida de até R\$ 5.000,00 da indenização. Assim, seu resultado esperado será de R\$ 152.300,00 ($150.000 + 5.000 * 0,6 - 700 = 152.300$). Apenas em **terceiro lugar** A prefere o conjunto de resultados $u_a(r, r)$, em que ambos recorrem, pois, além de perder a venda pelo preço superior, estará correndo o risco de perder os R\$ 150.000,00 do imóvel. Neste caso, o resultado esperado é R\$ 107.300,00 ($150.000 (1 - 0,3) + 5.000 * 0,6 - 700 = 107.300$). **Por fim**, o conjunto de ações menos desejável para A é a combinação $u_a(n, r)$, em que apenas o cônjuge recorre, pois, neste caso, A correrá o risco de perder o imóvel, sem que exista qualquer chance de obter a indenização. Seu resultado esperado é R\$ 105.000,00 ($150.000 (1 - 0,3) + 5.000 * 0 - 700 = 105.000$). Ordenando as preferências da autora em uma função temos o resultado apresentado na tabela abaixo:

A	Retorno Esperado
$u_a(n, n)$	R\$ 200.000,00
$u_a(r, n)$	R\$ 152.300,00
$u_a(r, r)$	R\$ 107.300,00
$u_a(n, r)$	R\$ 105.000,00



Supondo que o R também esteja em um cenário semelhante qualquer em que prefira não recorrer apenas se a A também não recorrer, mas que nem ele, nem ela saibam as preferências do outro. Temos, assim, um cenário de assimetria de informação bilateral. Como estamos considerando um cenário simétrico, conquanto os resultados efetivos possam ser diferentes, o raciocínio para ambas as partes é idêntico. Desse modo, estudaremos apenas o ponto de vista de A.

Denotando por P_{Recorrer} a probabilidade que A atribui à possibilidade de R preferir recorrer, $1 - P_{\text{Recorrer}}$ será, portanto, a probabilidade que ele prefira não recorrer. Algumas conclusões

podem ser extraídas. Dizer que A acredita que R recorrerá significa dizer que $P_{\text{Recorrer}} > 1 - P_{\text{Recorrer}}$. Desse modo, caso A tivesse certeza que R preferiria recorrer, ou seja, que $P_{\text{Recorrer}} = 100\%$, então, sua estratégia dominante seria recorrer também. Por seu turno, se tivesse certeza que R preferiria não recorrer, ou seja, que $P_{\text{Recorrer}} = 0\%$, então sua estratégia dominante seria não recorrer, como discutido acima. Todavia, como A não tem certeza, terá de adotar uma estratégia mista. Seu *payoff* será dado pela multiplicação do *payoff* de cada jogada possível por sua probabilidade respectiva.

Assim, caso decida não recorrer, seu *payoff* será dado por:

$$\begin{aligned} P_{\text{Recorrer}} \cdot u_a(n, r) + (1 - P_{\text{Recorrer}}) \cdot u_a(n, n) \\ P_{\text{Recorrer}} \cdot 105.000 + (1 - P_{\text{Recorrer}}) \cdot 200.000 \end{aligned}$$

Por seu turno, caso decida recorrer, seu *payoff* será dado por:

$$\begin{aligned} P_{\text{Recorrer}} \cdot u_a(r, r) + (1 - P_{\text{Recorrer}}) \cdot u_a(r, n) \\ P_{\text{Recorrer}} \cdot 107.300 + (1 - P_{\text{Recorrer}}) \cdot 152.300 \end{aligned}$$

Manipulando algebricamente as inequações acima, chegamos ao ponto crítico $P_{\text{Recorrer}}^* = 86,72\%$ acima do qual a estratégia dominante de A será sempre recorrer:

$$\begin{aligned} P_{\text{Rec}} \cdot 105.000 + (1 - P_{\text{Rec}}) \cdot 200000 < P_{\text{Rec}} \cdot 107.300 + (1 - P_{\text{Rec}}) \cdot 152.300 \\ 0,8672 < P_{\text{Rec}} \end{aligned}$$

Entretanto, sabe-se que, na prática, dificilmente as partes conseguem quantificar suas preferências de sorte a conseguir resolver essa inequação. Desse modo, sabendo-se que as partes não podem atribuir, com segurança, a probabilidade subjetiva de que a outra prefira recorrer e sabendo-se que os seres humanos, em média, são avessos à ambiguidade (Fox e Tversky, 1995) e não estão dispostos a investir para reduzi-la (Grou e Tabak, 2008) é esperado que prefiram recorrer para não se sujeitar ao pior resultado possível, qual seja, não recorrer e a outra parte recorrer.

A essa ambiguidade endógena, envolvendo as preferências das partes, acresce-se a ambiguidade exógena decorrente dos incentivos para que a outra parte que prefira recorrer oculte essa sua preferência, pois, ao assim se comportar, a parte viabiliza o resultado em que recorra e a outra parte não. Dito de outra forma, caso uma parte decida que sua estratégia será recorrer, ela tem incentivos para sinalizar (se possível) que não recorrerá, por exemplo, começando a discutir um acordo, pois, caso seja bem sucedida em seu artil, poderá surpreender a contraparte com um recurso.

Por fim, considerando que os custos de recorrer são desprezíveis e que a desistência do recurso é incondicionada à concordância do recorrido, a Autora tem diante de si o seguinte cenário:

- I. se recorrer e R não, pode desistir do recurso e alcançar ao resultado mais desejável;
- II. se ambos recorrerem, $u_a(r, r) > u_a(n, r)$;

Portanto, a estratégia dominante de A é recorrer sempre, ainda que recorrer não seja sua opção mais desejável. Ocorre que, como estamos estudando um cenário simétrico, o raciocínio esperado do Réu é idêntico e, portanto, espera-se que este adote a mesma estratégia.

Assim, ainda que nenhuma das partes prefira recorrer inicialmente, ambas o farão por ser a segunda melhor estratégia disponível de modo a não se sujeitarem ao pior resultado possível: deixar de recorrer enquanto a outra parte recorre. Por outro lado, uma vez interpostos os recursos, nenhum dos dois terá incentivos para desistir de seu recurso individual, o que forçará o Judiciário a julgar dois recursos que as próprias partes prefeririam não ver julgados (o terceiro resultado na ordem de preferências), como em um dilema dos prisioneiros.

Não obstante, este é o cenário sem a possibilidade jurídica de um recurso na modalidade adesiva, o que transforma o jogo recursal em um jogo de simultâneo. A estrutura de incentivos das partes é alterada quando é inserida a possibilidade jurídica de um recurso adesivo e este jogo de tomada de decisão simultânea com informação imperfeita se transforma em um jogo sequencial com informação perfeita.

3.2. Recurso Adesivo é Permitido (Jogo Sequencial com Informação Perfeita)

Consideraremos as mesmas partes A e R, com os mesmos *payoffs* discutidos no final da seção anterior, ou seja, tanto a Autora quanto o Réu preferem não recorrer se o *ex adverso* também não recorrer, mas preferem recorrer se o outro assim o fizer. Nesse caso, considerando que exista a possibilidade jurídica de se recorrer adesivamente, ambos passam a ter a opção estratégica de esperar o transcurso do prazo recursal, sem recorrer, para descobrir a preferência do adversário (preferência revelada). Se ele recorrer, a parte pode recorrer adesivamente. Se ele não recorre, ela também não recorre e o melhor resultado coletivo é alcançado [$u_a(n, n)$]. Esse novo contexto pode ser representado na seguinte forma árvore de decisão:

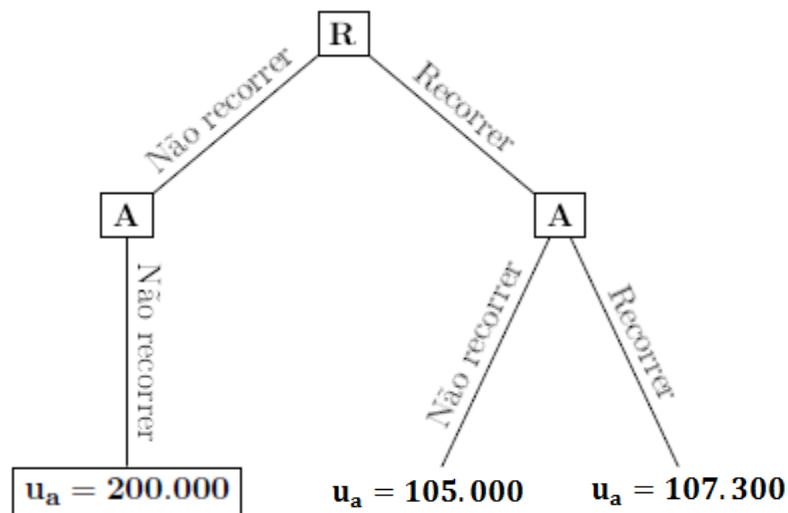


Figura 2

Explicando o raciocínio, temos a seguinte situação. Com a introdução da modalidade adesiva do recurso no mundo jurídico, a Autora agora possui a estratégia de não recorrer durante o prazo recursal normal e, assim, descobrir quais são as preferências do Réu. Em outras palavras, a modalidade adesiva de recurso permite à Autora que arrisque não recorrer em um primeiro momento e aprenda de forma confiável se o Réu deseja ou não recorrer. Ao fazê-lo, a modalidade adesiva transforma o jogo que antes era simultâneo (as partes jogavam sem saber qual será a jogada do outro) em um jogo sequencial (uma parte sabe qual foi a jogada do outro antes de escolher a sua).

É justamente a alteração do jogo recursal de simultâneo para sequencial que permite à Autora aguardar para ver a jogada do Réu, o que ela fará por ser sua estratégia dominante. Assim, agora, para A, o jogo se inicia com a movimentação de R e não mais com a sua. Nesse sentido, R tem duas opções: não recorrer ou recorrer. Caso R recorra (o que fará se, e somente se, preferir fazê-lo¹⁹), vamos para o lado direito do diagrama em que A, sabendo desse fato, reagirá a essa escolha da seguinte maneira:

- I. Não recorrer adesivamente gerará um retorno esperado de R\$ 105.000,00 para A;
- II. Recorrer adesivamente gerará um retorno esperado de R\$ 107.300,00 para A.

Em sendo o segundo resultado preferível por A ao primeiro [$u_a(r, r) > u_a(n, r)$], a conduta racional da Autora será recorrer adesivamente. Por outro lado, se R não recorrer (o que fará se, e somente se, preferir fazê-lo), não haverá recurso para A aderir e o processo terá transitado em julgado, que é justamente o resultado ótimo (mais eficiente). Na mesma linha, haverá um recurso a menos para o Judiciário julgar, o que significa que o número total de recursos diminuirá, o que também é socialmente desejável.

Note que isso é possível porque o recurso adesivo resolve o problema da sinalização crível, uma vez que a informação torna-se perfeita: ambas as partes sabem exatamente se a outra recorreu ou não dentro do prazo recursal tradicional. Assim, demonstramos que a modalidade adesiva dos recursos é um instrumento útil para reduzir a assimetria de informação que incentiva as partes a recorrer, mesmo quando prefeririam não o fazer (*second best*) o que, por si só, justificaria a ampliação irrestrita dessa modalidade de recurso.

4. Conclusão

No presente trabalho demonstramos como o recurso adesivo transforma o jogo recursal de simultâneo para sequencial e, ao fazê-lo, permite que as partes que não desejam recorrer, salvo no caso de recurso do *ex adverso*, não sejam compelidas a recorrer. A possibilidade jurídica da modalidade adesiva do recurso reduz a assimetria de informação que impede a solução cooperativa entre as partes que não desejam recorrer, mas que podem ser levadas a uma solução *second best* (ambas recorrem) pela incapacidade de descobrir ou confiar no *ex adverso*. Nesse sentido, a inserção da modalidade adesiva de recurso, ao contrário do senso comum, pode diminuir a quantidade de recursos interpostos no Judiciário, ao invés de aumentá-la, o que nos faz sugerir que a modalidade de adesiva seja estendida a todas as formas de recurso ou impugnação de decisões judiciais.

Por outro lado, há ainda outra possibilidade de interação estratégica viabilizada pela introdução da modalidade recursal adesiva. Supondo que R prefira recorrer. Nesse caso, como já discutido acima, ele recorrerá, independentemente da ação de A. Porém, se R verificar que o deferimento do recurso adesivo de A lhe colocaria numa situação pior do que a que se encontra atualmente (e.g. descobriu uma informação relevante anteriormente ignorada), R poderá desistir de seu recurso e encerrar a ação, também diminuindo o número de recursos a ser analisado pelo Judiciário. Ao que tudo indica, o modelo proposto acima pode ser sofisticado para inserir este tipo de interação sem grande alterações nos resultados encontrados.

Ambos os cenários representam, portanto, a redução do número de processos que teriam de ser julgados pelos Tribunais e, conseqüentemente, a possibilidade jurídica do recurso adesivo contri-

¹⁹ Lembre-se, este jogo é simétrico.

bui para o descongestionamento do Judiciário, o que justifica a ampliação irrestrita dessa modalidade recursal. Em outras palavras, quando o assunto é recurso adesivo, mais é menos!

5. Referências Bibliográficas

ARAKE, H. A Lógica do Processo: uma análise juseconômica do processo civil brasileiro - Dissertação de Mestrado (Mimeo). Orientador: Ivo T. Gico Jr. Brasília: Universidade Católica de Brasília, Departamento de Direito, 2012.

ARAKE, H. & GICO JR., I.T. (2014), *De Graça, até Injeção na Testa: análise juseconômica da gratuidade de Justiça*, EALR, V. 5, nº 1, Jan-Jun., p. 166-178.

GICO JR., I.T. (2007). Cartel – Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2007.

_____. (2010). Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, *Economic Analysis of Law Review*, 1, pp. 7-32.

_____. A Tragédia do Judiciário, RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 267, set./dez. 2014, pp. 163-198.

OSBORNE, M. An introduction to game theory. [S.l.]: Oxford University Press, 2009.

FOX, C.; TVERSKY, A. *Ambiguity aversion and comparative ignorance*. The Quarterly Journal of Economics, v. 110, n. 3, p. 585-603, 1995.

GROU, B.; TABAK, B. *Ambiguity aversion and illusion of control: experimental evidence in an emerging market*. The Journal of Behavioral Finance, v. 9, n. 1, p. 22-29, 2008.