



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

**A REMESSA NECESSÁRIA E O ESCANTEIO NO FUTEBOL:
a AED e a AEP como instrumentos críticos ao “duplo grau obrigatório” e à
autonomia dos advogados públicos**

ALEXANDRE FREIRE RIBEIRO

Brasília/DF

2020

ALEXANDRE FREIRE RIBEIRO

**A REMESSA NECESSÁRIA E O ESCANTEIO NO FUTEBOL:
a AED e a AEP como instrumentos críticos ao “duplo grau obrigatório” e à
autonomia dos advogados públicos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título no programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, sob a orientação do professor Doutor Ivo Teixeira Gico Júnior.

**Brasília
2020**

FICHA CATALOGRÁFICA

RIBEIRO, Alexandre Freire. A REMESSA NECESSÁRIA E O ESCANTEIO NO FUTEBOL: a AED e a AEP como instrumentos críticos ao “duplo grau obrigatório” e à autonomia dos advogados públicos. Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título no programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, sob a orientação do professor Doutor Ivo Teixeira Gico Júnior.

Dissertação defendida e aprovada em:

Banca Examinadora:

Professor Doutor Ivo Teixeira Gico Júnior (Orientador)
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB)

Professor Doutor Jefferson Carús Guedes
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) - Examinador

Professora Doutora Andrea de Quadro Dantas
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB) - Examinador

AGRADECIMENTO

A realização do presente trabalho se deve ao esforço e dedicação de várias pessoas que me ajudaram nessa caminhada difícil. As poucas palavras a seguir querem traduzir enormemente o meu agradecimento a essas pessoas que puderam tornar esse trabalho possível. Antes de mais ninguém agradeço à Sabrina, minha esposa e companheira que, com muita paciência e dedicação, foi fundamental para alcançar esse objetivo. À minha mãe, cuja luta diária nos primeiros passos da minha instrução, sempre apontava para a retidão e compreensão do que importa na vida.

Aos meus professores, principalmente meu orientador Doutor Ivo Teixeira Gico Júnior, que tornou simples essa difícil tarefa ao demonstrar a objetividade e clareza argumentativa. Gostaria de agradecer também ao professor Doutor Jefferson Carús Guedes, que fomentou a ideia inicial para que eu pudesse me aventurar nesse tema.

À Maurílio Ferreira, que, além de muita saudade, nos deixou o exemplo de quão longe chegam os que persistem no caminho do saber, e, é claro, à Ivania Paes Ferreira, que é parte importante na realização desse trabalho.

Especialmente à minha tia Iracema, presente nos primeiros anos da minha caminhada acadêmica, e à minha sogra Sônia pelo constante apoio ao longo dessa jornada.

Aos colegas de mestrado, em especial à Carol Tigo, cujas risadas e brincadeiras durante esse período tornaram mais leve essa árdua caminhada. Ao meu amigo Ivo Icó pelo auxílio no início dessa jornada.

RESUMO

Valendo-se dos conceitos da Ciência Econômica, o Direito pode refinar a sua percepção do mundo no qual as regras processuais atuam, para longe dos conceitos meramente formais repetidos ao longo da experiência jurídica material e processual. É a ciência econômica a viabilizadora e capaz de dar o medir a eficiência da norma jurídica processual. Assim, avaliando os fenômenos jurídicos e os casos em que foi possível catalogar os desfechos de milhares de processos, formatamos um direcionamento eficiente para o trato do instituto processual remessa necessária, e de que forma pode compor a base para uma solução eficiente no sistema jurídico. Como metáfora, comparamos a baixa eficiência da remessa necessária, enquanto instrumento de revisão obrigatória que impede o prosseguimento das fases subsequentes do processo judicial contra a Administração Pública, ao escanteio ou 'tiro esquinado', definido como a oportunidade de reposição da bola em jogo, no futebol, toda vez que ela sai de campo, pela linha de fundo, com toque de jogador da equipe que sofria o ataque. O que tentaremos demonstrar no referido estudo é a baixa eficiência da remessa necessária, como forma de reversão das decisões condenatórias da Fazenda Pública.

ABSTRACT

Using the concepts of Economic Science, the Law can refine its perception of the world in which the procedural rules operate, far from the merely formal concepts repeated throughout the material and procedural legal experience. Economic science is the enabler and capable of measuring the efficiency of the procedural legal norm. Thus, evaluating the legal phenomena and the cases in which it was possible to catalog the outcomes of thousands of cases, we formatted an efficient direction for dealing with the necessary procedural remittance institute, and how it can compose the basis for an efficient solution in the legal system. As a metaphor, we compared the low efficiency of the necessary referral, as an instrument of mandatory review that prevents the continuation of the subsequent phases of the judicial process against the Public Administration, to the corner or 'corner kick', defined as the opportunity to replace the ball in play, in football, every time she leaves the field, through the bottom line, with the touch of a player of the team that suffered the attack. What we will try to demonstrate in the referred study is the low efficiency of the necessary remittance, as a way of reversing the condemnatory decisions of the Public Finance

Palavras-chave: Análise econômica do direito; Remessa necessária; Otimização do processo judicial, Código de Processo Civil/2015.

Keywords: Economic analysis of the law; Shipment Required; Optimization of the judicial process, Code of Civil Procedure/2015

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO 1 – REMESSA NECESSÁRIA À LUZ DA DOUTRINA	12
1.1 Origem da remessa necessária.....	12
1.2 Justificativa sobre a sobrevivência do instituto.....	18
1.3 Justificativa sobre a extinção do instituto.....	25
1.4 Conclusão parcial.....	31
CAPÍTULO 2 – ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO	34
2.1 Análise econômica do processo.....	33
2.2 Análise econômica do recurso de apelação e de remessa necessária	41
2.2.1 A apelação e o modelo brasileiro.....	44
2.2.2 O Duplo Grau de Jurisdição.....	48
2.2.3 Há necessidade do Duplo Grau de Jurisdição?.....	49
2.3 A eficiência como elemento hermenêutico.....	56
2.4 Análise da Racionalidade do instituto.....	63
2.5 Conclusão parcial.....	66
CAPÍTULO 3 - A REMESSA NECESSÁRIA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	68
3.1 O custo social do processo.....	72
3.2 O bem estar econômico como critério normativo.....	74
3.3 Conclusão parcial.....	75
CAPÍTULO 4 - REMESSA NECESSÁRIA EM NÚMEROS	77
4.1 O fim dos escanteios no futebol.....	78
4.2 Dados X Teoria.....	84
4.3 A Advocacia Pública e a Remessa necessária.....	90
4.3.1 Supremacia dos interesses da Fazenda Pública x eficiência e razoável duração o processo.....	92
4.3.2 Atuação da Advocacia Pública Federal (AGU) e Advocacia Pública dos demais entese o instituto Remessa necessária.....	93
4.3.3 A defesa da Fazenda Pública em Juízo.....	95
4.4 Conclusão parcial.....	97

CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
REFERÊNCIAS	104
ANEXOS	106
ANEXO 1 - Pesquisa Realizada sobre processo enviados em Remessa Necessária TJDFT 2018.....	109
ANEXO 2 - Pesquisa Realizada Sobre Processo Enviados em Remessa Necessária TJMG 2017.....	110
ANEXO 3 - Resultado de pesquisa realizada sobre processo enviados em Remessa Necessária TRF5 2019.....	111
ANEXO 4 - Resultado de pesquisa sobre tema Remessa Necessária no <i>site da</i> Justiça Federal - TRF1.....	112
ANEXO 5 - Julgamento com provimento parcial Remessa Necessária.....	113
ANEXO 6 - Solicitação de pesquisa AGU.....	114

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva expor que a postura do Judiciário na aplicação de determinados institutos, pode assumir, para muitos casos, atividade completamente inócua ou ineficiente. Em certa medida, o Judiciário não tem como apartar-se de regra que o obriga a seguir determinada postura, todavia, em certos momentos a menção nos julgados à ‘inofensividade’ de certos institutos pode chamar a atenção para determinado problema. Assim, para verificar a condição desse sistema, tomamos emprestados alguns conceitos da ciência econômica do direito com o objetivo de apontar como o Judiciário poderia ser capaz de trabalhar com eficiência à luz dos critérios daquela ciência. Trouxemos estudos que demonstram a aplicabilidade do instituto da remessa necessária e os casos em que o referido instituto realmente opera com a finalidade que lhe foi pensada, para dentro desse enquadramento refletirmos sobre a sua utilidade. Algumas pesquisas realizadas em Tribunais motivaram o presente estudo, cujo objetivo é apontar a ineficiência pelo método adotado de solução do erro¹ em determinados processos.

É característica de uma sociedade complexa a existência de conflitos, e o Estado é quem possibilita os instrumentos para reestabelecer a ordem. Todavia o Estado conta com estrutura limitada para o seu atuar, e ao elaborar disposições, no nosso caso processual civil, sobre o tema remessa necessária, um estudo da universalização da aplicação da regra dentro da estrutura do Judiciário pode aclarar o funcionamento desse instrumento, e entender se a resposta que o Estado quer é a que vivenciamos, ou apenas está saturando por não ver o sistema com o olhar cientificamente mais aprofundado, e assim deixa de prestar resposta em tempo hábil.

O tema deste estudo localiza-se na identificação de diversos processos enviados à segunda instância por meio da remessa necessária, associada à Análise Econômica do Direito (AED) e da Análise Econômica do Processo (AEP), verificaremos em que medida o instituto contribui para assegurar a proteção aos cofres públicos ou contribui de forma diversa, à medida em que aumenta os gastos com a proliferação de mais ações, procedimentos, etapas, mais trabalho, impedindo

¹ Erro nesse contexto é em relação à remessa ser também um mecanismo de evitar a perpetuação de um julgamento equivocado na primeira instância, mais adiante verificamos que o custo em evitar o erro é mais caro que o erro propriamente dito, podemos colocar - apontar a ineficiência do instituto – e retirar a parte “pelo método.

que o Estado preste com agilidade resposta às ações pelos métodos que a pesquisa pretende demonstrar.

Assim, buscamos nesse trabalho fundamentos para que componham o instituto da remessa necessária como uma possibilidade jurídica viável, no que diz respeito à eficiência. Vamos aqui demonstrar o papel que esse instituto realiza e como isso repercute no Judiciário e quanto ocupam o Judiciário financeiramente e que, para reapreciar as demandas de ofício, não é novidade que, pela quantidade, engrossa a fila dos processos, o que pode ser traduzido em deixar de prestar a contento resposta ao jurisdicionado. Embora essa abordagem não carregue conteúdo jurídico, gasto financeiro do Judiciário, é parte da motivação que inspira o trabalho.

Pretende-se responder aos seguintes questionamentos: A remessa necessária é instrumento que contribui para o Estado? É a remessa necessária instrumento de correção de erros do Judiciário? Quais os mecanismos jurídicos disponíveis que poderiam ser utilizados? Tais respostas serão elaboradas com auxílio dos conceitos e de ferramentas da AED e da AEP.

CAPÍTULO 1 - REMESSA NECESSÁRIA À LUZ DA DOUTRINA

1.1 Origem da remessa necessária

Inicialmente se fará uma breve descrição histórica da remessa necessária, não necessariamente para se compreender a sua evolução e o enquadramento do referido instituto nos dias atuais no ordenamento processual civil. Na verdade, o instituto é relativamente simples e sempre atuou ao longo da história como forma de proteção de determinado bem. Em um primeiro momento o bem era a própria vida e hoje em dia atua como proteção do Erário, e é aqui que será concentrado o foco: como ele exerce essa proteção, do Erário ou não exerce?

Apenas para a compreensão da sua importância, mesmo que ainda remota e historicamente falando, é conveniente destacar que a remessa necessária teve sua origem no direito romano e lá, no direito romano, operou em dois momentos. Em um primeiro momento para oportunizar um segundo julgamento, julgamento esse composto pelo senado e pelo povo, e, em outro momento, para frear a competência do julgador que, àquela altura, já extrapolava os seus deveres, respectivamente Roma República e Roma Império.² Mais adiante, no direito medieval, para proteger os réus condenados à pena de morte, e na revolução francesa para garantir a manutenção da democracia, podemos rastreá-lo na legislação criminal portuguesa até sua incorporação à legislação brasileira³. Como dito acima, é apenas uma breve noção histórica para unicamente se atentar que, sobre o instituto emergem basicamente uma

² MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 1998. p. 7.

³ GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras. In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 313. "7.1 - Origens do reexame necessário e importância política diante da expansão da advocacia pública - Esse instituto do reexame necessário tem origens nas leis criminais de Portugal do século XIV, normas de inspiração inquisitorial que influenciaram as Ordenações Manuelinas (em 1521) e depois as Ordenações Filipinas (em 1603). De instituto do direito processual criminal português foi incorporado às leis brasileiras, com objetivo de defesa diante das ameaças de "descalabros contra o erário". Esse sentido protetivo dos bens públicos foi erigido sob a influência de uma tibia atuação do Estado, em sua defesa. Enquanto, o Estado fosse frágil na defesa de seu patrimônio e na defesa de seus interesses, deveria e deve ser mantido um sistema (auxiliar) que contribuísse à preservação dos bens públicos. Por isso é que se justifica, ainda, a imprescritibilidade de imóveis públicos, por exemplo. Tal proposição vem declinando em importância, perante, principalmente, a efetiva atuação do Estado e a expansão da advocacia pública, que permite o acompanhamento dos feitos de interesse da Fazenda Pública em todas as suas esferas (municipal, estadual e federal), por todos os meios administrativos e judiciais, era todas as instâncias recursais."

finalidade, controle do erro. Hoje essa proteção destina-se a resguardar os cofres públicos. Lá no direito romano ou medieval a irreversibilidade de um erro em se julgar alguém atribuía muita importância ao instituto, hoje sem dúvida a proteção aos cofres públicos é algo que mereça muita atenção, sem dúvida temos que a remessa necessária ao criar essa revisão de julgado evita, em tese, o erro, e em última análise resguarda o Erário⁴ em proteção da sociedade.

Assim é sabido que no passado a justificativa do instituto remessa necessária era o controle dos amplos poderes que tinha o magistrado quando da vigência do processo penal inquisitório, aqui é o de amparar a Fazenda Nacional evitando prejuízos decorrentes de erros no julgamento do processo.⁵

No Código de Processo Civil de 1939 o referido dispositivo foi destinado para verificar a sentença quando o objeto se tratava de anulação de casamento e também homologatória de desquite, artigo 822, I, CPC 1939, veja que aqui, igualmente nas edições anteriores a proteção e à família. Nesse código de processo civil contemplava também as ações julgadas procedentes contra a União, Estado e Município. Posteriormente, a Lei 10.352/2001 excluiu o cabimento da remessa necessária no caso de nulidade de casamento e homologatória de desquite, e para fazer incluir as autarquias, fundações públicas e do Distrito Federal. Isso se deu com as leis nºs 9.469/97 e 10.352/2001, e, conseqüentemente, é a remessa necessária, como é conhecida hoje, atualizada pelo CPC 2015, que nos capítulos seguintes será analisada⁶.

Todavia, cabe ainda mencionar um julgado, também já mais próximo da atualidade, o julgado de embargos de divergência em Resp. Nº 1.036.329 – SP revela que era possível “nova revisão”, de julgado em que a Fazenda fosse sucumbente. O que se quer dizer é que, em caso de a Fazenda entender que se equivocará na aceitação da sentença e confirmação em segundo grau, poderia manejar outro recurso, no caso Resp., frente ao acórdão que confirmou a sentença. Tal

⁴DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 13. ed. v.3, Salvador: Jus Podivm, 2016.

⁵ Embargos de Divergência em RESP Nº 1.036.329 - SP

⁶Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>.

entendimento se alinha a sistemática de se buscar sempre a proteção do Erário⁷, todavia, ao longo desse estudo, se tentará demonstrar em que medida essa proteção, se traduz em segurança ao Erário. Veremos, nas tabelas abaixo, se os números que se relacionam com o instituto remessa necessária sustentam a manutenção desse dispositivo, ou se a manutenção desse dispositivo se assenta no entendimento da fragilidade processual como pensam alguns doutrinadores. Sobre esses e outros pontos que serão abordadas as questões sobre o atuar da remessa necessária no procedimento civil.

Para finalizar e ainda dentro desse contexto histórico, em que pese a sua importância ou não para o sistema processual civil, o STJ, aplicando analogicamente o art. 19 da lei de ação popular, que admite o reexame necessário, informa que tal medida é cabível: 1) nas ações de improbidade e 2) cabíveis nas ações civis públicas, o que demonstra a ampliação da sua aplicação, ou seja, tudo leva a crer que a sua ampliação, analogicamente falando, é expressão de sua eficiência. Por essa razão, nesse objeto de estudo, será observado o resultado da sua aplicabilidade traduzida em números.

Objetivamente falando, a remessa necessária, que não é recurso, é o envio da sentença proferida contra União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, para o segundo grau, TJ'S ou TRF'S, para que, após esse envio, e certamente confirmada ou não a sentença, ela, sentença, produza seus efeitos⁸. Paralelo a isso, há, no instituto remessa necessária, a intenção de evitar o erro no julgamento de primeiro grau, em prejuízo à Fazenda Pública. Dessa sorte o instituto é um garantidor de que qualquer revés processual

⁷ GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau ou duplo exame e a atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras – In: NERY JUNIOR, Nelson; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e outros meios de impugnação às decisões judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.300. “Contudo, sempre foi defendida a preservação do reexame necessário sob o fundamento de que nas causas a ele sujeitas é preciso a sucessão de decisões, pelo perigo contido num só julgamento, seja pelo resguardo do interesse público ou pela proteção diferenciada a outro interesse. Além da lei processual geral, o reexame necessário está previsto em diversas leis esparsas relacionadas à desapropriação, ao mandado de segurança, à ação civil pública, à nacionalidade, ao poder econômico (ação popular), à anulação de registros públicos, à tutela de urgência.”

⁸ Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Belo Horizonte, MG - Brasil Ano 1, n. 1, 1965-2002 - *Apelação ex officio*, trata-se apenas de prerrogativa concedida ao ente público (União, Estados e Municípios, autarquias e fundações públicas), em ver a sentença que lhe foi desfavorável submetida ao exame do colegiado de segundo grau, visando apenas corrigir eventuais distorções e/ou ofensas à ordem legal. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream>>.

daqueles entes acima citados, antes de fazer valer no mundo jurídico, a sentença passará pelo crivo do Tribunal, porém, em que medida essa proteção opera em favor da Fazenda ou contribui apenas para o acúmulo de processos em segundo grau? Ou melhor, ainda que houvesse uma quantidade massiva de envio de processos à segunda instância, levada à reanálise por meio do referido instituto, quanto desses processos têm revertido o seu conteúdo decisório? O que é essencial aqui é enquadrar o dispositivo no foco de finalidade justificando a sua presença no ordenamento jurídico.

Ao se focar a quantidade de processos enviados à segunda instância e observar as decisões revertidas ou confirmadas, conforme veremos nas pesquisas abaixo, pode-se fazer um diagnóstico da necessidade ou não do instituto no CPC. Se ao contrário, ou seja, se o diagnóstico apontar para sua inutilidade ele atua justamente de forma diversa para a qual foi criado, ou seja, a sua existência está condicionada apenas a enviar processo à segunda instância sem nenhum resultado prático. Pode-se concluir que o acúmulo de processos em segunda instância colabora para dilapidar o Erário à medida que se ocupa uma parcela da máquina judiciária para não alterar as decisões dadas em primeiro grau.

No Código de Processo Civil 2015 o dispositivo está localizado no Título I, Capítulo XIII, da sentença e da coisa julgada, seção III, da remessa necessária. O artigo 496 do CPC, que trata dos processos envolvendo a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, esses entes, quando condenados, deveram ter seus processos remetido ao tribunal antes que a sentença possa surtir efeito. Além dessas especificações, esse dispositivo traz alguns filtros para que o processo apenas seja enviado à segunda instância, via remessa necessária, obedecendo a determinados valores. Esses valores estão relacionados com cada um dos entes acima citados, como por exemplo, no § 3º que informa que:

Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a 1.000 salários mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público; 500 salários mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público, e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

100 salários mínimos para todos os demais municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público⁹.

Assim, por esse critério, os demais casos que não se alinham a ele, não estariam sujeitos ao reexame necessário. Para comparar, abaixo segue o instituto no antigo Código de Processo Civil. Percebam que a alteração dos valores referentes ao piso trata de quantias superiores aos valores que se encontravam no então vigente art. 475 do CPC/73. Podemos comparar facilmente em relação aos critérios acima, ou seja, aumentou-se o obstáculo para a remessa necessária levar processo ao segundo grau. O CPC, Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973, informava, no seu artigo 475 que estava sujeito ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo Tribunal. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001), no seu parágrafo 2º, informava que não se aplicava o disposto naquele artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. (Incluído pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)¹⁰

No dispositivo do CPC 2015 percebe-se que o legislador escalona os valores, certamente preocupado com a capacidade de pagamento de cada ente federativo, e isso parece ser adequado. Mas junto a isso é importante considerar que quis se instituir uma espécie de barreira para os processos, o que parece também correto intuir, é que talvez o objetivo seja mais filtrar a quantidade de processos em reexame do que a capacidade de pagamento dos entes federativos. Se se pensar por esse critério, capacidade de pagamento de cada ente federativo, o direcionamento talvez tivesse que ser outro, pois muitas cidades do estado de São Paulo poderiam superar a renda de capitais do norte do país, aí ter-se-ia mais uma análise para ser feita em relação ao dispositivo de remessa necessária, todavia não é este o objeto. De todo modo, o que interessa é se o filtro criado está sendo capaz de dar mais utilidade à remessa necessária ou mais trabalho ao Judiciário.

Contudo, parece correto afirmar que o critério no CPC 2015 foi ampliado para que o instituto levasse ao segundo grau processos em que o valor, objeto da

⁹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.

¹⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>.

demanda, seja consideravelmente alto, o que em um primeiro olhar parece querer traduzir que o Judiciário se dedicaria a revisar, em segunda instância, processos que, pelo seu valor, tenham mais relevância. Esse argumento será mais bem visualizado quando colocado em oposição os números que se relacionam com essa realidade, que terá lugar no capítulo 4, com o fim de se estabelecer o que pretende a referida regra processual e o que ocorre de fato nos Tribunais.

Há um segundo filtro que está relacionado em razão da matéria do processo, artigo 496, §4º, e, se o objeto tratado no processo já tem entendimento firmado em instâncias superiores, para tanto não será enviado em remessa necessária os processos em que estiverem fundados em:

- 1) Súmula de Tribunal Superior; 2) Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; 3) Entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; ou 4) Entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.¹¹

Esses são os critérios, objetivamente falando, que estabelecem a possibilidade do envio ou não de processo para o reexame necessário, e pode-se perceber que com essas barreiras criadas para os processos, a reanálise em segunda instância tende a diminuir. Isso não significa dizer que as reversões de sentenças tendam a aumentar, ainda que tenha se estreitado o caminho de acesso ao segundo grau. Outro ponto que é importante observar é o que debatem os doutrinadores sobre o tema em relação a importância do instituto remessa necessária no ordenamento jurídico.

Para além da segurança ou prevenção de erro que o instituto quer revelar no ordenamento processual é importante salientar que nesse último filtro pode-se entender a preocupação de fortalecer o sistema de precedentes no processo civil brasileiro e, assim, teríamos um sistema de precedentes fortalecido, quanto na adoção de obstáculos processuais e o comprometimento com a celeridade, que é medida de grande importância no sistema processual atual.

¹¹ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>.

Deve-se destacar que os valores estabelecidos pelo artigo, remessa necessária, estão atrelados à sua liquidez, ou seja, a liquidez é nada mais do que o valor que se pode, desde já, considerar, no processo, sem a necessidade de outra prova¹².

Não tendo dúvida que os valores estão em acordo à norma processual, sendo vencida a Fazenda, remetem-se os autos à instância superior.

1.2 Justificativas sobre a sobrevivência do instituto

No item 1.1 se fez um apanhado histórico a respeito da remessa necessária, sua origem e os elementos que a fizeram surgir no cenário jurídico. Assim, e já consolidado esse instituto, passar-se-á a analisar nesse e nos próximos capítulos os argumentos que dão ou não sustentação a esse instituto. Não é nenhuma novidade informar a divisão doutrinária sobre o tema, ela se divide, logicamente, em relação à manutenção do instituto ou não no bojo do CPC. Uns defendem que sua eficiência na proteção dos cofres públicos é motivo para sua manutenção, ou que a retirada desse dispositivo da legislação processual civil pode, em última análise, prejudicar os municípios, que é quem mais sofreriam com eventuais erros do Judiciário, e também considerando que muitos dos municípios não contam com o aparelhamento moderno para auxiliar na realização do trabalho diário. Há, ainda, os que defendem a manutenção do dispositivo remessa necessária em razão da desconfiança no sistema processual brasileiro.

Já os que argumentam pela sua inutilidade, invocam o privilégio dos entes públicos no processo, confrontando isonomia processual entre as partes, Fazenda Pública e cidadão. No processo, a parte, no caso o cidadão, argumentam os defensores da referida tese, não contam com os mesmos recursos da Fazenda e mesmo assim, para ficar só em uma questão, o cidadão teria o exercício do seu direito retardado, por vezes injustificadamente, por não poder dar início ao cumprimento de sentença em um processo que tenha saído vencedor, face ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Assim divergem as opiniões também ao argumento, de que, o Estado brasileiro se assenta nos pilares da isonomia e as leis editadas não podem confrontar a ordem

¹² DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 11. ed. 2009. p. 611.

jurídica, tão pouco confrontar as normas fundamentais. Dessa forma, alguns doutrinadores estabelecem que a norma processual, oriunda desse mecanismo isonômico, subordinado à Constituição Federal, não poderia fazer com que partes na relação processual, tenham tratamento desigual. Por essa razão, o instituto da remessa necessária, ao privilegiar a Fazenda Pública, fere o Princípio Constitucional da Isonomia e, por tal motivo não deveria existir no ordenamento processual brasileiro pela iniquidade da norma editada.¹³

É perceptível que, seja a favor ou contra a manutenção da remessa necessária, em cada um dos posicionamentos externados o encadeamento das ideias atreladas aos dispositivos constitucionais, guardam muita pertinência, são bem fundamentados. Todavia, a sua sustentação carece de qualquer elemento empírico de funcionalidade do instituto remessa necessária, em outras palavras, o que ele realiza no mundo real?

Quando não, a discussão concentra-se em determinar a natureza do instituto, a fim de verificar se tal instituto é realmente um recurso ou não, e se tem natureza de recurso passa a listar suas características para dar ou não validação à referida norma.

O que se tem de certo é que, majoritariamente, o entendimento é pela exclusão do instituto remessa necessária do CPC. Inclusive, decisões do STJ mencionam a inutilidade do instituto, claro, sem também apontar elementos empíricos para dar suporte à decisão. De toda forma as decisões de algumas procuradorias e tribunais já apontaram nesse sentido.

Todavia, há um debate sobre a sua natureza constitucional na defesa do interesse público, o que significa dizer que os defensores pleiteiam a manutenção do instituto remessa necessária pela proteção que dá aos cofres públicos, sendo esse o grande trunfo do instituto existir no mundo jurídico. Contudo, sem os doutrinadores revelar em que medida essa proteção ocorre. Há que se verificar se o instituto não está operando em desfavor ao Erário, e, de outro lado, se sua exclusão se dará pela falta de isonomia constitucional e aos privilégios da Fazenda como fundamento¹⁴.

¹³GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia Azevedo. A Inconstitucionalidade do Artigo 475 do Código de Processo Civil: violação aos princípios da isonomia, proporcionalidade e efetividade do procedimento *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. VI, ano 4, p. 428-474, jul./dez. 2010.

¹⁴Em verdade, o instituto traduz uma deformação cultural, herdada de nossas origens: a falta de confiança do Estado em seus agentes e a leniência em sancionar quem pratica atos ilícitos em detrimento do interesse público. Se o Juiz ou Advogado do Estado é desidioso ou prevaricador, outros

Outro argumento que se pode destacar é o de que a Fazenda tem isenção de custas e dispõe de grande quantidade de funcionários. São elementos para justificar a ineficiência do instituto, uma vez que a Fazenda com a aparelhagem moderna que hoje dispõe pode facilmente administrar os seus processos, assim não seria necessário o envio do processo para revisão. Há quem apoie a extinção do instituto em razão da burocracia para que o cidadão, que venceu a ação, possa receber o valor que a princípio tem direito. Defende-se até que pelo vulto do seu orçamento a Fazenda não necessitasse de tal benefício. Mas parece que é certo o desconhecimento do que o instituto realiza no mundo real, nada que se aprofunde em relação ao resultado do instituto em números. A doutrina se posiciona de forma muito distante da finalidade da remessa necessária, como se o visse do alto. É necessário aprofundar no seu resultado no mundo real, o que o instituto remessa necessária causa ao processo e ao Judiciário.

Àqueles que se posicionam a favor há uma justificativa quanto ao falho aparelhamento do Estado. O argumento é simples, o Estado não comporta condição de contar com um bom aparelho judicial e o instituto serve como segurança aos cofres públicos.

Como se pode perceber de maneira mais elaborada, ou não há um posicionamento, e que no fundo faz do instituto da remessa necessária uma injustiça processual, ou uma garantia do bem público, assim tem-se que, nesse sentido de bem público, analisar o que representaria a exclusão da referida medida e o impacto nos municípios segundo entendimento doutrinário. O entendimento é basicamente o seguinte: os municípios são a base da pirâmide do estado e que aí se realiza a convivência obrigatória dos indivíduos, e ali é que se dão as relações entre os sujeitos pertencentes ao Estado. É o núcleo menor da formação do país, é nele que as pessoas vão ao trabalho que se implementam as políticas de meio ambiente e é nele que os serviços públicos são prestados diretamente ao cidadão, é onde nascem e morrem¹⁵.

povos o afastariam da magistratura. Nós, não: criamos uma compilação processual, pela qual, violentando-se o princípio do dispositivo, obriga-se o juiz a recorrer. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 29.800-7/MG da 1ª Turma*. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros, 16 de dezembro de 1992.)

¹⁵ Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-reexame-necessario-como-condicao-de-eficacia-das-sentencas-proferidas-contra-a-fazenda-publica,33272.html>>.

Parte do entendimento doutrinário sobre a remessa necessária, para aqueles que defendem a sua manutenção no sistema processual civil, é em razão de o erro judicial ter o potencial de causar danos ao Erário. E quando isso ocorresse no município, o cidadão sentiria de imediato, pois, por estarem tão próximos na relação Estado e administrado, a retirada do instituto da remessa necessária do ordenamento jurídico retiraria a proteção que o instituto confere ao Estado, ou seja, poderia levar o município a experimentar um eventual prejuízo de uma condenação judicial equivocada que, em última análise, seria o cidadão propriamente dito a amargar, sofrer as consequências da medida, por exemplo, o município não poderia implementar as suas políticas. Dessa forma, garantindo essa segurança por meio do instituto, o município estaria protegido de eventuais prejuízos por atuações judiciais desastrosas e isso se traduziria em segurança e estabilidade de uma forma direta ao cidadão.

O que está em jogo nesse debate é a importância de se ter resguardado, por meio da legislação, algo que é fundamental para o implemento de todas as políticas pensadas pelo Estado. O desfalque ao Erário prejudicaria a boa administração ao cidadão, ou seja, há o entendimento de que à Fazenda Pública cabe a administração da coisa pública. Não é apenas um órgão, um mero aglomerado de pessoas, e pela difícil missão de administrar a coisa pública é certo que a ela sejam dadas certas regalias processuais, o que justificaria a manutenção do instituto de remessa necessária.

Aqui já se percebe, por tudo que foi dito acima, que o Estado, ou mais precisamente o município, não pode falhar no trato com os seus administrados, pois estão de mãos dadas nessa parcela da divisão de competência, sendo peça importante no funcionamento da política administrativa do Estado. Assim se tem a preservação do Erário como medida de boa administração e, como já dito, passa pela barreira do instituto da remessa necessária, para que o município, não sofra um revés que o prejudique financeiramente, tem que existir o instituto para que se possa garantir de forma estável os direitos sociais fundamentais.

Todavia, essa garantia de direitos fundamentais é levada à cabo na prevalência do interesse público sobre o privado, e aqui destaca-se a seguinte situação; há quem afirme que a manutenção do instituto remessa necessária fere a

paridade, a igualdade processual e os direitos consagrados na constituição conforme acentuamos acima. Há os que defendem que o instituto remessa necessária deve permanecer no ordenamento jurídico. Afirmam que a Fazenda, ao atuar, faz jus à prerrogativa frente ao particular, sem com isso ferir a igualdade entre as partes. A justificativa é que a Fazenda não estaria atuando em busca do seu próprio interesse, e sim ao interesse público.

Os artigos científicos que tratam do tema, de uma maneira geral, seguem a linha dos doutrinadores citados, como por exemplo, o artigo publicado por Vinício Silva Lemos, em dezembro de 2018, disponível no [researchgate.net](https://www.researchgate.net)¹⁶, trata da remessa necessária no CPC 2015 e seus aspectos sobre a natureza jurídica, cabimento, a relação com o recurso de apelação, sem contudo verificar empiricamente o instituto. No mesmo sentido, o artigo publicado por Morvan Meirelles¹⁷ em janeiro de 2019, disponível no mesmo portal, trata da remessa no processo tributário se valendo da mesma fundamentação. Essa e outras buscas foram necessárias para posicionar o tema em um lugar que ainda não foi explorado.

Algo interessante e na linha do objeto desse estudo é a defesa da otimização da remessa necessária constante do artigo publicado por Caio Gama Mascarenhas¹⁸, que visa otimizar o referido instituto como, por exemplo, com extensão das dispensas do §4º do art. 496 Código de Processo Civil à remessa necessária prevista no §1º do art. 14 da Lei de Mandado de Segurança, Lei nº 12.016/2009, e com a adição com fundamento jurisprudencial e de orientação administrativa. Entende ser medida que

¹⁶LEMOS, Vinicius Silva. *A remessa de ofício e o novo CPC*. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/search>>.

¹⁷MEIRELES, Morvan. *A remessa de ofício no direito tributário*. Disponível em: <<https://www.researchgate.net/search>>.

¹⁸MASCARENHAS, Caio Gama. *A constitucionalidade da dispensa econômica de remessa necessária do CPC 2015*. A substância do artigo é tratar sobre a ingerência de normas nos estados, DF e municípios destacando que: "...O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidades de julgar determinados atos normativos editados pela União como inconstitucionais. Em tais oportunidades, julgaram-se inconstitucionais atos normativos da União que, a pretexto de editarem normas gerais, configurem verdadeira ingerência na autonomia financeira dos entes federativos. Defende-se, neste trabalho, que a norma processual que alterou os limites de remessa necessária extrapolou os limites da norma processual, acarretando uma possibilidade real de gradação das dívidas de precatórios dos Estados, DF e Municípios "Quanto à eficiência"...defende-se a extensão das dispensas do § 4º do art. 496 Código de Processo Civil à remessa necessária prevista no §1º do art. 14 da Lei de Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009). O rito especial do mandado de segurança estabelece que haverá a remessa necessária nos casos de concessão de segurança. A adição das dispensas com fundamento jurisprudencial e de orientação administrativa seria uma medida que atenderia aos princípios da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional. Disponível em: <<https://www.researchgate.net>>.

atenderia aos princípios da celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, no que toca o filtro do § 3º do artigo 496 do Código de Processo Civil em uma situação em que cada ente poderia legislar sobre os seus limites. Poderia ser uma situação de otimização, todavia, a discussão do referido artigo assenta-se sobre a constitucionalidade ou não do instituto remessa necessária por ingerência da legislação da União, de toda sorte, o que nos toca é a percepção da ineficiência do instituto remessa necessária e o requerimento por mais eficiência.

Desse modo, os pesquisadores e doutrinadores que se filiam a favor do dispositivo remessa necessária estabelecem diferença entre prerrogativas e privilégio, assentando essa diferença na vantagem justificada ou não na relação processual. Assim, a Fazenda faz jus às vantagens e os defensores dessas vantagens afirmam que assim deve ser, pois essa igualdade, entre as partes no processo, deve observar o sentido aristotélico de tratar os iguais de forma igual e os desiguais de maneira desigual, e finalizam informando que dentre as prerrogativas processuais conferidas à Fazenda Pública, encontra-se a remessa necessária¹⁹.

Como se não bastasse a tese da manutenção do instituto remessa necessária sob o argumento da fragilidade do sistema processual, conforme mencionado acima, há quem entenda que a sua manutenção é necessária por existir nos bastidores do Judiciário uma realidade diversa da boa prática no trato com a administração pública. No caso específico, uma sentença exarada em prejuízo da Administração ou que ainda ante aos incontáveis números de processos e sentenças produzidas por atacado, sem a prudente revisão e análise, muitas vezes elaboradas por estagiários, o instituto mereça lugar no ordenamento processual civil para evitar o erro.

Firme na ideia de que a legislação civil pura e simplesmente serve para todo mal, há quem reforce a manutenção do instituto baseado nas influências por grupos de interesses cuja pressão para que determinado caso tenha o desfecho pretendido pelo opressor careça de revisão por meio da remessa necessária para, ao fim a decisão, atender aos interesses sociais e não a interesse particular.

¹⁹LUCK, Alan Saldanha. As Prerrogativas da Fazenda Pública em Face do Princípio da Isonomia Processual. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás*, v.25. 2010. Acesso em: 10 abr. 2019.

As discussões, sejam contra ou a favor da manutenção do instituto, tomam um viés doutrinário e pouco pragmático, não que a discussão doutrinária seja inócua, é que são conceitos que não revelam a real importância do instituto da remessa necessária ou revele a sua completa inutilidade. Essa análise será confrontada a partir de pesquisa empírica realizada em tribunais para se ter uma dimensão do que faz o instituto da remessa necessária nos Tribunais para, a partir daí, conseguir dar um passo em direção à eficiência da norma dentro do ordenamento jurídico, ainda que se estabeleça que a segurança financeira do município se dê por meio do instituto de remessa necessária e que possibilita que sejam levados a cabo todos os programas sociais e ambientais daquele município como medida de garantia social.

O argumento por si só não se sustenta, pois, se olharmos para o tribunal e verificarmos que todas as sentenças contra aquele município foram confirmadas pela segunda instância, ou seja, o instituto não está evitando nenhum erro senão acumulando processos, por essa razão importante verificar os números que veremos no capítulo 4. Da mesma forma o argumento que o dispositivo remessa necessária é na verdade a materialização do desequilíbrio processual entre as partes, ferindo assim a norma constitucional, e por essa razão deve ser excluído do sistema processual civil, também não guarda fundamentação empírica.

Se fizermos uma análise empírica e perceber que um alto grau de sentenças têm sido revertidas, estaríamos em um cenário em que o instituto remessa necessária estaria evitando a concretização do erro na decisão de primeira instância, então pouco vai importar o argumento do equilíbrio entre as partes se a realidade atua em favor do Erário e do administrado no final das contas.

À medida que se aproxima de conceitos tão amplos, a análise do instituto se aparta da realidade²⁰. É inegável que a função do município frente aos seus administrados é a de promover seu bem-estar, isso faz parte da realidade de qualquer administração. O menor núcleo que realmente estabelece contato com o cidadão levando a cabo toda a ideologia pensada pelo governo que o administra e esse

²⁰ GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *Direito e economia no Brasil*. 3. ed. Coordenador Luciano Benetti Timm. São Paulo: Atlas, 2019. O abandono da ideia de ciência jurídica, emprestando conceitos da filosofia em detrimento de outras formas de conhecimento humano, retirou dos juristas o instrumental analítico mais robusto para descrever a realidade.

governo também é o responsável por pensar normas que cuja implementação vai de encontro a um melhor serviço prestado pelo Estado.

1.3 Justificativas sobre a extinção do instituto

No item anterior, foi apresentada a fundamentação dos defensores do instituto em análise no presente estudo, remessa necessária, e, é claro que serão apresentadas as divergências sobre a eficiência do referido artigo fazendo um contraponto. O argumento que sustenta a inviabilidade do instituto fundamenta-se no fato de que o instituto não observa a paridade processual entre as partes.

Todavia, não há uma discussão mais aprofundada sobre a efetividade do Instituto propriamente dito e sobre o seu reflexo no mundo jurídico. Se o instituto se presta a proteger o Erário. Interessante seria verificar a ocorrência desse fenômeno ao longo da existência do instituto, e se ele efetivamente resguardou e vem resguardando os cofres do Estado de uma perda financeira ou, de outra banda, se o instituto da remessa necessária pouco foi capaz de fazer para reverter as sentenças de primeiro grau. A sua ausência no ordenamento processual civil pouco alteraria a relação que poderia haver de prejuízo ao município? E em última análise em relação ao cidadão?

A doutrina mais tradicional, autores como, Marinoni e Humberto Teodoro Jr., em regra, tratam apenas de classificar o instituto remessa necessária descrevendo a sua funcionalidade no ordenamento processual civil. Por muito apontam a diferença do instituto de remessa necessária ao do Código de Processo Civil anterior, sem, contudo, destacar o seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro. Os posicionamentos acima citados, ainda que no plano das ideias, trazem elementos mais contundentes para a permanência ou não no instituto da remessa necessária no Código de Processo Civil. Veja-se, a seguir, os posicionamentos.

Marinoni se posiciona, em um contexto geral, descrevendo onde tem lugar a remessa necessária e constitui condição inarredável, diz o autor, para que se dê o trânsito em julgado, assim não transita em julgado sentença por haver omitido o recurso ex officio, que se considera interposto ex lege²¹. Informa, ainda, que a

²¹MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Anotado*. Revista dos Tribunais, 2016. p. 102.

remessa necessária não tem natureza recursal, pois, segundo o autor, lhe falta a voluntariedade, que é requisito inerente ao recurso e que o instituto da remessa necessária se trata de condição para a eficácia da sentença e para a formação da coisa julgada.

Segue ainda, o referido autor, informando que o reexame necessário também comporta a parcela de honorário quando por óbvio a condenação tiver que ser suportada pela Fazenda Pública, destacando a Súmula 325, STJ. E aqui a exemplo do que defendem alguns doutrinadores acima citados, de maneira simples, ele confere ao instituto a defesa dos interesses da Fazenda Pública em juízo, talvez tenha aqui um resquício na opção pela manutenção do instituto da remessa necessária.

Marinoni, no seu código de processo civil comentado, descreve quem está sujeito à remessa necessária e, como já visto acima, são as sentenças proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município e as respectivas autarquias e fundações de direito público, fazendo as exceções às sentenças proferidas contra as empresas públicas e contra as sociedades de economia mista e as sentenças de mérito que apenas homologatória, por exemplo, reconhecimento jurídico de pedido procedido pela Fazenda Pública (art. 487, III, *a*, CPC) ou transação entre as partes (art. 487, III, *b*, CPC), destacando que assim o são por não se caracterizarem como sentenças proferidas contra a Fazenda Pública.

O Autor menciona os embargos à execução fiscal movidos para satisfação de crédito da Fazenda Pública (Lei 6.830/1980), e o acolhimento, total ou parcial, do pedido do embargante dá lugar à remessa necessária (art. 487, II, CPC).

Ressalta ainda o Autor o procedimento no qual o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação. Não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los (art. 496, § 1.º, CPC). A circunstância de ter o juiz se omitido na remessa oficial não gera preclusão. Enquanto não avocados os autos pelo presidente do tribunal, é cabível a remessa necessária pelo órgão jurisdicional de primeiro grau.

Fala o Autor da dispensa à luz de entendimento já firmado, conforme acima tratado, fala sobre o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 496, CPC, em que preveem hipóteses em que há dispensa de remessa necessária e sobre o art. 496, §3º do CPC, que, excepciona a necessidade de remessa necessária em função do valor da condenação ou do proveito econômico envolvido no litígio.

Na sequência, aborda o art. 496, § 4º, que excepciona a necessidade de remessa necessária em função da existência de precedentes judiciais (incisos I e II), de jurisprudência vinculante (inciso III) ou de orientação administrativa (inciso IV). Nesse passo, informa que objetiva o legislador compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, velando pela unidade retrospectiva do direito brasileiro, além de racionalizar a própria atividade de defesa da Fazenda Pública em juízo.

Por fim, fala Marinoni sobre o julgamento. Que segue as mesmas regras que disciplinam o julgamento da apelação. Podendo o relator, por exemplo, julgar monocraticamente a remessa oficial (art. 932, CPC, Súmula 253, STJ: “o art. 557 do CPC, que autoriza o relator a decidir o recurso, alcança o reexame necessário” – a alusão ao art. 557, Código anterior, deve ser lida como alusão ao art. 932, do novo Código) ²².

Elpidio Donizetti,²³ por sua vez, descreve o instituto a partir do duplo grau de jurisdição informa que o instituto remessa necessária assegura às partes a submissão da matéria já apreciada e decidida pelo juízo originário a novo julgamento por órgão hierarquicamente superior. Ressalta que essas possibilidades se aplicam quando a Fazenda se torna sucumbente a decisão para ter efeito precisa percorrer, necessariamente, esse caminho, ainda que não haja recurso por parte do ente público.

Segue, ainda, o autor, informando que o instituto da remessa necessária não é considerado um recurso por não deter diversos requisitos básicos inerentes ao recurso e passa a descrever que a remessa necessária carece de necessidade de fundamentação, interesse de recorrer, preparo, tempestividade, e por assim ser a remessa necessária tem condição de dar eficácia à sentença, não se relacionando com os recursos previstos na legislação processual. Ainda sobre o instituto processual, segue o autor descrevendo os valores para cada ente envolvido em que será obrigatória a remessa dos autos às instâncias superiores e aponta que esse escalonamento de valores se deve ao fato do aparelhamento de cada ente, ou seja, quem estiver melhor aparelhado não precisa desse privilégio.

²²MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil Anotado*. Revista dos Tribunais, 2016.

²³DONIZETTI, Elpidio. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2.ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017. p .402.

Interessante notar a colocação da palavra privilégio, por que, de certa forma, para os que defendem a extinção do instituto remessa necessária, um dos pontos do argumento que o instituto é um privilégio da Fazenda, portanto revelar-se-ia em desigualdade processual entre as partes no processo, cidadão e Fazenda Pública, de toda sorte aqui a colocação da expressão privilégio parece ser aleatória.

Por fim, o autor discorre sobre a forma em que esses valores serão apurados em cada um dos processos, ou seja, aqueles que não dependem de outras provas para saber a certeza desse valor e os processos que dependerem de liquidação de sentença continua sendo obrigatória a remessa e ressalta o autor que já era esse o entendimento do STJ.

Por seu turno, Nelson Nery Junior²⁴, inicia a sua abordagem sobre o instituto remessa necessária chamando a atenção para a natureza jurídica informando que se trata de condição de eficácia de sentença e que esta sentença só terá validade após sua confirmação pelo tribunal. Trata também de apontar que tal instituto não é recurso faltando as características peculiares como, tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse de recorrer e preparo, acentuando serem essas as características essenciais do recurso. Pontua que, enquanto a sentença não for avaliada pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado. Pede-se licença para, nesse ponto, fazer uma pequena intervenção, pois é importante para o objeto do presente estudo, que seria em que medida essa avaliação feita pelo Tribunal é necessária.

Segue o autor, e aqui parece que não apenas descreve o instituto, mas tece críticas à sua utilização, e é quando argumenta que o dispositivo foi muito criticado ainda na vigência do antigo CPC anterior, em razão da aplicação que lhe é dada, fazendo referência ao instituto e sua inconstitucionalidade e pela mitigação legislativa²⁵ que o instituto deixou de ser aplicado em inúmeros casos e conclui que o

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery. -16. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 1269 a 1278.

²⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. 16. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 1269 a 1278. "o controvertido instituto, não poucas vezes, (e não sem razão, pela aplicação que se lhe tem dado), acominado de inconstitucionalidade, sofreu na vigência do CPC 1973, mitigação legislativa, (v.g.L1052/01,LJEFed.13) deixando de incidir em numerosos casos, razão bastante para orientar o interprete a restringir sua aplicação quando isso lhe mostrar favorável."

intérprete deve restringir sua aplicação quando isso lhe mostrar razoável²⁶. Aqui o autor realmente analisa a real aplicação do dispositivo remessa necessária e seus efeitos práticos, ainda que de uma forma não tão aprofundada, como tentar-se-á demonstrar no presente trabalho. Segue ainda informando que o novo CPC operou algumas mudanças no instituto ao argumento que essa restrição foi para impedir o uso em excesso do instituto por parte da Fazenda e dar maior garantia de satisfação para quem vence a ação.

O autor delimita, ainda, que estão sujeitos ao duplo grau as sentenças de mérito fazendo distinção das decisões, acórdãos, no caso de competência originária²⁷, nesse último caso não se teria a aplicação do instituto da remessa necessária.

O autor Cassio Scarpinella²⁸ traz um comparativo entre a legislação anterior e a do novo Código de Processo Civil, e acentua a modificação no valor relativo a cada ente e o fundamento empregado em relação a eficácia dos precedentes. Também traz alguns enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, como o enunciado nº 164 que informa que a sentença arbitral não está sujeita à remessa necessária e o enunciado nº 311, que descreve as regras a respeito de quando vigente a regra sobre a remessa necessária, sendo essa aquela vigente no tempo da sentença sem prejudicar os reexames estabelecidos no regime do art. 475 CPC/1973. Contudo sem analisar com mais detalhes o instituto.

Os autores que trazem estudos comparativos do antigo e novo CPC chamam²⁹³⁰ atenção para as alterações em relação aos valores envolvidos no objeto da ação para fazer com que o processo tenha que passar por esse duplo grau de jurisdição, e de acordo com cada ente envolvido e o impedimento de revisão de

²⁶Ibidem, p. 1269 a 1278.

²⁷ Não há reexame de decisões contrárias à Fazenda Pública proferidas em ações de competência originária de tribunais (exemplo: mandado de segurança contra atos de determinadas autoridades; ação rescisória etc.). Aqui se trata de orientação pacífica. Tal conclusão não se funda apenas no argumento literal, no sentido de que os pronunciamentos nos tribunais são "acórdãos" e não "sentenças". Mais que isso, há a constatação de que a causa já está sendo julgada por órgão que normalmente delibera de forma colegiada e é formado, em tese, por julgadores mais experientes.

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015 p. 330 e 331.

²⁹*Processo Civil – Leis e Legislação*. Brasil I. CURIA, Luiz Roberto II. CÉSPEDES, Livia. III, ROCHA, Fabiana Dias da.p. 164 e 165.

³⁰*Novo Código de Processo Civil Comparado*. Coordenação: Jefferson Carús Guedes; Felipe Camilo Dall'Alba; Mauro Luciano Haushild. Organização Daniela Barbosa de Lima; Carina Lentz Dutra – Brasília: Pactum Editora, 2015. p. 179 e 180.

sentença via remessa necessária quando a sentença se alinha a entendimento de tribunais superiores, o que resulta no fortalecimento da formação dos precedentes.

Didier Jr. e Cunha lecionam as novas nomenclaturas que o novo CPC emprestou para o instituto remessa necessária que pode ser chamada, de reexame necessário, de remessa obrigatória ou de duplo grau de Jurisdição obrigatório. Os autores descrevem que, partindo do pressuposto de que provocação e impugnação são o que caracteriza o recurso, e considerando haver esses dois elementos na remessa necessária, embora careça a voluntariedade, há provocação, portanto, para os autores é recurso. A voluntariedade não seria elemento do conceito de recurso, o que parece concluir que a remessa necessária tem natureza de recurso interposto pelo juiz, segue ainda afirmando que a remessa necessária constitui condição para a formação de coisa julgada e que incorre em equívoco quem a define pelos seus efeitos, e não pelo que é o instituto remessa necessária.

Acentuam ainda, os autores, sobre a impossibilidade de acordo processual que seja objeto a remessa necessária, e que, para tal situação ser possível a negociação entre as partes envolvendo remessa necessária, necessário seria uma previsão em lei, pois se trata de matéria sujeita à reserva legal, e não no âmbito de disponibilidade das partes. Os autores ainda esclarecem a impossibilidade, em razão de o instituto ser criado em favor da Fazenda, quando da sua ocorrência não pode prejudicá-la.³¹

Também Theodoro Junior³², a exemplo dos demais doutrinadores, leciona sobre a remessa como sendo o possibilitador da validade da sentença e a sua natureza não recursal.

Autores como Pontes de Miranda, ao abordar o instituto remessa necessária, informam a sua característica ressaltando que na situação em que o dispositivo é acionado quem o faz é o juiz, portanto o juiz é recorrente no processo sem ser parte, o impulso de recorrer lhe é atribuído sendo a apelação necessária apelação sem apelante.

Quanto a Alfredo Buzaid, ao falar sobre o Código de Processo Civil de 1939, aponta que a doutrina já se dedicava à natureza do referido recurso e o seu

³¹ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3, Salvador: Juspodivm, 2016.

³² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. Rio de Janeiro: Forense.

reconhecimento como tal e, indo um pouco mais adiante, afirma que “a *apelação necessária não é um recurso, mas mera providência, ditada por motivo de ordem pública.*” Que a sua construção obedece a um viés político e não jurídico³³. Sugere ainda o Ministro que a utilização do instituto se dá de maneira a se estabelecer um limite para a utilização do instituto, sendo o Ministro, Alfredo Buzaid, o responsável, no Código de 1973, pela realocação do instituto o retirando da antiga *apelação ex officio* do capítulo referente aos recursos e o alocando como simplesmente condição da eficácia da sentença.

Wellington Moreira Pimentel se alinha ao pensamento de que o instituto remessa necessária obedece a uma construção política e não jurídica para a submissão da sentença proferida sobre certa matéria, ou contra determinadas pessoas jurídicas de Direito Público, tendo que passar pelo crivo do Tribunal para a apreciação do recurso que como já visto, não tem característica de recurso. Segue o autor dizendo que a remessa necessária não se confunde com os recursos, uma vez que lhe faltam inúmeras características próprias destes, tais como a tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo³⁴, a rigor nesse ponto todos os autores tendem a concordar.

Rogério Lauria Tucci³⁵ afirma que a eficácia da sentença, igual as demais, está vinculada à regra determinante de sujeição da decisão de primeira instância, ao duplo grau de jurisdição.

1.4 Conclusão parcial

De uma maneira geral, se pode perceber que a primeira discussão doutrinária, estabelecida no início desse capítulo, teve mais profundidade teórica para sustentar a manutenção ou não do dispositivo remessa necessária no ordenamento processual civil brasileiro. Os autores aqui por último mencionados, em seus manuais apenas descrevem o artigo, seus parágrafos e incisos e lhes emprestam validade constitucional. É claro que não há nenhum equívoco nessa abordagem, mas, para,

³³Disponível em:

<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/51489/012_veiga.pdf?sequence=1>.

³⁴PIMENTEL, Wellington Moreira, In: *Comentários ao Código de Processo Civil*. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, p. 592. Disponível em:<<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>>.

³⁵NERY JUNIOR, op. cit., p.1279.

além disso, tentar-se-á realizar uma engenharia reversa na utilização desse dispositivo, verificar o seu impacto no final da cadeia, retroceder e verificar se algum argumento dos acima expostos, ou nenhum deles, dão fôlego ao instituto ou revelem a sua ineficiência.

Permita fazer uma analogia com algo do nosso cotidiano. Recentemente, nas partidas de futebol o árbitro, que pode ser nesse exemplo o julgador de primeiro grau, tem o auxílio de 3 (três) assistentes de vídeo que ficam, providencialmente para o exemplo, em uma posição mais elevada fisicamente no estádio do que o árbitro de campo. Esses Árbitros/juízes de “segundo grau” revisam as decisões ou os fatos ocorridos em campo. Se pegássemos todas as decisões tomadas em um determinado campeonato e percebêssemos que ao final daquela disputa os árbitros de vídeo foram acionados “X” vezes e que apenas 10% dessas vezes a decisão do árbitro de campo estava equivocada, se poderia, desde já, perceber que a utilização do mecanismo, árbitro de vídeo, só está contribuindo para deixar o jogo de futebol mais lento à medida que tem que se interromper para revisar cada decisão. Nesse exemplo, o jogo de futebol propriamente dito pode ser o Judiciário, o VAR (Video Assistant Referee), nesse cenário está contribuindo ou não para o resultado de um jogo sem erros? E o instituto remessa necessária, vem em auxílio do Judiciário?

No caso do VAR (Video Assistant Referee), e das partidas de futebol, vamos admitir um seguinte exemplo, que no Brasil há um cenário de 1.000 (mil) jogos de futebol e, em apenas 100 (cem) jogos, o vídeo foi acionado e funcionou, ou seja 10%. Dos outros 900 (novecentos) jogos, 90% tiveram paralização desnecessária, ou seja, resultando em revisão inutilmente, atrasando sistematicamente a partida em 5 (cinco) a 10 (dez) minutos, causando, em um futuro próximo, um desinteresse do público por tal procedimento VAR (Video Assistant Referee) e talvez até mesmo altere a apreciação do público pelo futebol. E o gol no final da partida? Que tem sua revisão acerta pelo VAR (Video Assistant Referee)? Em se tratando de futebol e final de campeonato o acerto aproveitaria apenas os poucos torcedores das equipes envolvidas, prejudicando outros tantos torcedores e outros tantos jogos anos após anos que eventualmente não estariam presentes na disputa final onde se justificaria, em tese, a permanência do VAR. E em sede de AED? Em sede de AED são 900 (novecentos) procedimentos inúteis, isso está exatamente oposto ao conceito de eficiência da AED. Se substituirmos VAR por segunda instância e torcida por

jurisdicionado, já começamos a ter uma percepção do que enfrentaremos nas páginas a seguir.

CAPÍTULO 2 - ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO

2.1 A análise econômica do processo

Buscar na economia soluções para melhor compreender o mundo não é idéia nova, na Europa já ocorriam movimentos para unir direito e economia, essa interação é dividida em três estágios: precursores (período anterior à década de 1830), primeira “onda” (período de 1830 a 1930) e segunda “onda” (período posterior à década de 1930). A relação entre Direito e Economia remonta ao Direito natural e, posteriormente, no Séc. XVIII, ao utilitarismo, que constituiu o fundamento para a moderna Teoria Econômica. David Hume, Cesare Beccaria, Adam Smith e Jeremy Bentham, são seus principais precursores, já relacionavam as duas Ciências em seus estudos.

A primeira “onda” de Direito e Economia iniciou-se na Europa, no período compreendido entre 1830 e 1930, identificando-se, especialmente com a Escola Histórica Alemã e atingiu os EUA por meio do movimento institucionalista. Além disso, recebeu influências da ideologia marxista, da escola austríaca, do realismo jurídico norte-americano e do pensamento econômico neoclássico³⁶.

O atual movimento tem origem nos Estados Unidos, considerada por alguns como sendo a corrente intelectual que mais influenciou o direito nas últimas décadas. Esse movimento liga-se a duas correntes antecedentes, sendo a primeira o uso das ferramentas de análise econômica fora do campo tradicional da ciência econômica, analisando fenômenos políticos, famílias, discriminação e a outra seria o movimento chamado de realismo jurídico que considera que a ciência econômica e a sociologia eram não apenas disciplinas conexas, mas que, de alguma forma, faziam parte do direito³⁷.

O avanço importante ocorre na Universidade de Chicago a partir de 1958, que se torna o centro das discussões para difundir as incursões dos economistas ou teses econômicas, na área do direito. Assim, são empreendidos esforços para alavancar cada vez mais essa teoria no campo jurídico para que os juristas tomem conhecimento

³⁶Economic Analysis of Law Review. Disponível em: <<https://portalrevistas.ucb.br/index.php>>.

³⁷MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito*. Ejan Mackaay, stéphane Rousseau. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

desses fundamentos, aparecendo, assim, os primeiros esforços de inserir os conceitos da ciência econômica no direito, como por exemplo, Calabresi publica em seus estudos, *O custo dos acidentes*, e Tulloka *Lógica da lei*. Essas obras não receberam um olhar mais atento da comunidade científica até que Richard A. Posner, de maneira acessível aos estudantes de direito, publica a análise econômica do direito que vai ganhar repercussão nas faculdades de direito, inclusive coleções de textos especialmente voltadas para o ensino jurídico, se estendendo a toda área do conhecimento jurídico. Essa disseminação se deve ao fato da nova ferramenta se mostrar simples e de bom desempenho.

Inúmeros artigos são publicados capturando essa nova ótica jurídica para precisar ou aprofundar as ideias dos pioneiros se pondo entre as melhores faculdades de direito norte-americanas como vetor principal do pensamento jurídico e como fonte de renovação do pensamento jurídico. Os professores da época acreditavam não poder se limitar ao direito positivo, mas necessário dar alguns instrumentos econômicos se o direito está adequado a preencher suas funções³⁸. Assim, a análise econômica do direito se apresenta como um instrumento capaz de enfrentar o saber tradicional e analisar a efetividade da teoria do direito.

Diante da propagação de diversas escolas a se dedicarem sobre o pensamento, que naquela oportunidade era atual, duas principais escolas se dedicam ao tema análise econômica do direito, quais são, a Escola de Chicago e a Escola de Yale (New Haven).

A Escola de Chicago, após o surgimento da teoria e amplas discussões sobre o tema, cujo principal responsável é o professor Richard Posner, é rotulada por tratar o tema análise econômica do direito de forma radical, ao defender eficiência como fundação ética do direito, de outra sorte o conceito de eficiência que nos servirá tem outro entendimento.

Nessa perspectiva, a determinação no caso concreto do que seria eficiente é pré-requisito da interpretação das normas jurídicas. Assim, a justiça da norma seria avaliada de acordo com sua capacidade de atingir a maior eficiência ou de maximizar da melhor forma a riqueza no caso concreto.

³⁸MACKAAY, Ejan. *Análise econômica do direito*. Ejan Mackaay; stéphane Rousseau. Tradução de Rachel Sztajn. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

Conforme se compreende, a Escola de Chicago equipara os conceitos de justiça e eficiência na aplicação das normas jurídicas e, diante da apresentação dessa teoria, o professor Dworkin³⁹ apresenta críticas a este pensamento, o que fez Posner mudar de opinião anos mais tarde, passando a se filiar ao pragmatismo jurídico. Dessa forma, ao abandonar a ideia de eficiência ou maximização de riquezas como fundação ética do direito e passar a considerar outros valores a serem levados em conta, para a obtenção da justiça, Posner se torna um pragmático. Nesse contexto, o pragmatismo jurídico vai rejeitar o conservadorismo político na forma como são associadas as ideologias liberais (como o direito de propriedade), e vai defender a ideia de que a norma jurídica não é um fim em si mesmo, devendo funcionar como um incentivo para atingir objetivos (mais eficientes) perseguidos pela noção de justiça. Sendo assim, diante do caso concreto, o juiz vai analisar as consequências e tomar a decisão que, considerados os valores que regem o ordenamento jurídico, alcancem a maior eficiência⁴⁰.

Diante do exposto, o recorte deste estudo está presente no segundo momento da compreensão do professor Posner sobre a AED, quando a norma jurídica não é um fim em si mesma, isso é fundamental ao tratarmos da repercussão do instituto enquanto eficiência e não eficiência enquanto fundação ética do direito.

Outra escola é a Escola de Yale (New Haven) que tem como principal representante o italiano Guido Calabresi. Um dos objetivos dessa escola é compreender como o sistema jurídico pode contribuir na diminuição dos custos de acidentes⁴¹.

Dessa forma, a noção de custos e benefícios contribuiria para alcançar a melhor forma de justiça, ou seja, o direito, como forma de regulação das relações

³⁹DWORKIN, Ronald. Is wealth a value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, 1980. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/2/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf>.

⁴⁰SALAMA, B. M. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos de Direito GV – caderno 22*, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>>.

⁴¹ Em seu estudo, Calabresi contribuiu para a discussão da eficiente alocação dos custos dos acidentes, sustentando que deve haver proporção entre o preço dos bens e os custos totais de produção e que as atividades de risco devem arcar com as perdas delas decorrentes. A partir de suas ideias, o sistema de responsabilidade civil passou a ser visto como real forma de controle das externalidades negativas.

humanas e concretização de políticas públicas, utilizaria conceitos da economia para perseguir as noções de justiça oferecidas pelo ordenamento⁴².

Nesse sentido, Calabresi relaciona o objetivo das normas jurídicas aos custos dos acidentes, entendendo que “*primeiro, elas [as normas] devem ser justas; segundo, elas devem reduzir os custos dos acidentes.*”

Calabresi, em sua obra “*The cost of accidents*” ressalta a importância dos instrumentos econômicos para reduzir os custos de acidentes, porém questiona até que ponto as pessoas estariam dispostas a salvar vidas e reduzir acidentes. Segundo o autor, a resposta a essa questão não poderia ser estritamente econômica, tendo em vista que a noção de justiça depende de outras variáveis, não sendo esta a única resposta possível, conforme pregava a Escola de Chicago⁴³.

Apesar de ser natural associarem-se ao conceito, por exemplo, apenas questões relacionadas aos efeitos à política econômica adotada pelo governo ou de eventual aumento ou baixa de impostos sobre os salários ou, ainda, os efeitos destes sobre o índice de emprego no país, a economia também está relacionada a questões do dia a dia em que, dadas algumas alternativas, o indivíduo que se pressupõe racional toma a decisão que maximiza sua satisfação.⁴⁴

Especificamente, nesse estudo, é tratado um dispositivo encartado no Código de Processo Civil e que, por óbvio, não pode realizar escolha, todavia os conceitos podem se relacionar com o seu atuar no mundo jurídico para verificar se é apenas uma norma e, enquanto norma tem a eficiência esperada.

Conforme já dito, essa revolução do instituto AED ocorreu com mais proximidade do nosso tempo, principalmente na América do Norte e, é claro, não parou por aí, continua sendo importante a matéria e seus conceitos, obviamente ainda são objetos de controvérsia, esse ramo da ciência é pouco difundido no Brasil.

Aos juristas, especialmente às academias brasileiras, é desde cedo ensinada a dogmática e hermenêutica como forma de interpretação de textos jurídicos e, como

⁴²SALAMA, B. M. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos de Direito GV – caderno 22*, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>>.

⁴³CALABRESI, G. *The cost of accidents – a legal and economic analysis*. New Haven: Yale University Press, 1970. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>>.

⁴⁴GICO JUNIOR., IvoTeixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, jan. /jun. 2010.

se pode perceber nas doutrinas trazidas, esses métodos de ensinamentos nas academias jurídicas podem correr o risco de se afastarem da realidade imaginada nos bancos acadêmicos. Percebam que as análises feitas na introdução desse trabalho, sobre a compreensão da repercussão do instituto remessa necessária, parece que se afastam do mundo real, em outras palavras, não há uma verificação na causa final do instituto, o que significa dizer que, na maioria das vezes não se verifica na prática o impacto do implemento de alguma medida legal. Nesse sentido, perceber o comportamento da norma após a sua edição ou até mesmo prever o seu impacto, antes mesmo da sua edição, é fundamental.

Veja-se um exemplo em que se pode analisar o impacto de uma norma jurídica antes mesmo da sua entrada em vigor. A criação de pagamento de 40% de FGTS aos empregados domésticos, em princípio poderia até parecer uma medida de justiça em equiparar as classes trabalhadoras, o que do ponto de vista da retórica é absolutamente válido, todavia sabendo-se que família não dá lucro, e esses 40% pesam no orçamento, a norma ao seu final vai acabar por extinguir a profissão⁴⁵. Diante desse cenário, cabe ao legislador verificar se a norma atende a finalidade para qual foi criada, se era essa a sua meta, reduzir e extinguir a profissão de doméstica. A norma, ao fim, atingirá o seu objetivo. Mais adiante será tratada a eficiência no plano da AED, assim o exemplo aqui dado refere-se à norma editada na seara trabalhista, todavia a referida análise é cabível seja na área jurídica que for. No caso em estudo será o processual civil no que toca o instituto remessa necessária.

Aqui a análise econômica vem aproximar o instituto remessa necessária da realidade, a realidade aqui é simplesmente o que o instituto faz dentro dos tribunais. O que acontece com os processos quando submetidos ao rito da remessa necessária? Diante desse quadro é possível mostrar ao operador do direito a verdadeira face do instituto que se avalia. Assim, a análise econômica além de observar a norma editada e sua função no mundo jurídico, pode ser instrumento também, conforme exemplo da norma trabalhista, para auxiliar a própria elaboração legal.

Ao final, se a elaboração de um dispositivo é fruto da análise econômica, é devido ao fato de a AED verificar a realidade com mais capacidade interpretativa, o

⁴⁵GICO JUNIOR, op. cit.

dispositivo criado tende a atuar de maneira eficiente no mundo jurídico. Se tratará de eficiência no campo da economia mais adiante.

O discurso jurídico puro e simples, nos casos trazidos no primeiro capítulo, sejam eles a favor ou contra o instituto da remessa necessária, pode induzir a escolha pela manutenção ou não do dispositivo legal. Podemos eleger um argumento muito bem estruturado a favor e outro contra ou até quem não diga substancialmente nada, ainda que bem fundamentado sem rigor de raciocínio, tudo isso está fora dos limites da AED⁴⁶.

A ciência econômica é ciência que estuda comportamento humano. No âmbito jurídico a ciência econômica converge para prever o comportamento das partes em razão das estruturas de incentivos que lhe são dados de acordo com o cenário apresentado. Embora popularmente atrelada apenas às finanças e mercado, a economia busca objetivar o comportamento humano, e no direito não é diferente. Se você sabe o resultado de um ato praticado por você, pode determinar-se a praticar tal ato ou não já que sabe a consequência. Então temos o direito com normas de previsão de comportamento e a economia também atuando na previsão do comportamento humano, e assim se completa. Só que a economia conta com auxílio matemático, e aqui o rigor e formalismo matemático lapidam as previsões emanadas do direito e compreendem, com mais precisão, as normas já estabelecidas, sem dar margem a ambiguidades, que é o caso em analisar à luz da AED o instituto remessa necessária.

No capítulo primeiro desse trabalho procurou-se esgotar os entendimentos dos principais autores a respeito do instituto remessa necessária. Naquele capítulo pôde-se observar com clareza as opiniões em favor da manutenção do instituto remessa necessária no ordenamento jurídico e os que defendem a sua inutilidade para o sistema processual brasileiro. Também se pôde perceber que alguns autores apenas descrevem o instituto sem entrar no mérito da sua importância ou não para o direito do ponto de vista da AED. O certo é que ninguém aborda a sua funcionalidade no dia a dia do direito, ou seja, qual o impacto do instituto da remessa necessária na prática,

⁴⁶GICO JR, Ivo Teixeira. In: *Direito e economia no Brasil*. Coordenador Luciano Benetti Tim, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019, "O direito é a forma mais objetiva de regular o comportamento humano, a ciência da economia por sua vez objetiva o comportamento humano em um mundo de recursos escassos, nesse contexto a AED emprega ferramentas teórica e empírica para expandir o alcance da norma jurídica e consequentemente o seu desenvolvimento, sobretudo em relação aos seus efeitos".

em números, para ser mais preciso, pois, se focarmos o olhar para essa realidade e nos apartarmos das subjetividades de cada uma das opiniões, sejam a favor ou contra o instituto da remessa necessária, haverá elementos mais contundentes para eleger o destino do referido artigo.

A pergunta é: o instituto remessa necessária cumpre a finalidade para qual foi criado? Pode minimizar ou evitar os erros nos julgamentos e, em última análise, proteger o Erário ou é apenas um potencializador eficaz de quantidade de processo enviados para o segundo grau sem necessidade? Nesse ponto, e em falando de aumento de quantidade de processo, a teoria econômica, fundamental é o trato que dá ao tema “escassez”. O tema é oportuno, pois, se se vai analisar a implicação do instituto no mundo jurídico, um dos elementos importantes é a eficiência da legislação em prol da melhor prestação jurisdicional. Portanto, se forem emprestados ao instituto os conceitos da análise econômica do direito, ao final se poderá percebê-lo de maneira empírica e não só conceitual. Dessa forma, se o instituto remessa necessária leva à segunda instância uma quantidade X de processos e apenas uma pequena parte das decisões analisadas são revertidas, é certo que o instituto esteja consumindo irracionalmente recurso escasso, recurso esse que é a prestação jurisdicional.

Nesse sentido, e se se considerar que a essência da análise econômica é optar pela melhor escolha, ou pelo menos umas das suas principais características, se pode, nesse quesito, entender que o instituto remessa necessária faz uso injustificado do recurso escasso prestação jurisdicional, o que nos leva a duvidar da utilidade do instituto no sistema processual civil brasileiro. Ainda sobre “escassez”, é conveniente ressaltar que, dada a impossibilidade de o Judiciário atender a todos, e estabelecendo o confronto entre o que é possível ser realizado com os recursos disponíveis, se verá que a remessa necessária contribui de maneira injustificável para o consumo do recurso prestação jurisdicional.

Para explicar, por escassez⁴⁷ se deseja dizer que o Judiciário sofre com a superlotação de processos e tal afirmação careceria até mesmo de dados como os

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. O primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, por conseguinte, aquele que presta serviços judiciários mais aquém da qualidade desejada. Dados do Relatório Justiça em Números 2018 revelam que dos 80 milhões de processos que tramitavam no Judiciário brasileiro no ano de 2017, 94% estão concentrados no primeiro grau. Nesta instância estão, também, 85% dos processos ingressados no último triênio

que se traz abaixo do CNJ 2019, face à evidência do problema vivido diariamente pelos operadores do direito e servidores do Judiciário. E então, quando se faz referência à escassez é em razão da já complicada situação do Judiciário ser agravada por não ter feito uma melhor análise das consequências da aplicação dos dispositivos no ordenamento jurídico.

É importante lembrar que outros elementos ainda contribuem para a superlotação do Judiciário⁴⁸, o que faz com que a análise do instituto ganhe em importância, uma vez que retiraria uma boa parcela de ações do trâmite judicial, sabendo-se ser o Estado o maior litigante.

Considere também, que o acesso facilitado ao Judiciário, constitucionalmente garantido, contribui para o congestionamento do Judiciário, gerando incentivos para a sobreutilização. A falta de capital jurídico confere ao Judiciário um lugar de incerteza onde, de alguma maneira, toda demanda independente de decisão anterior sobre o mesmo caso pode ser “tentada”. O recorte dessa realidade é importante à medida que a remessa necessária é potencializador desse caos ao levar ao Judiciário causas desnecessárias⁴⁹.

(2015-2017); 84% dos servidores lotados na área judiciária, 69% do quantitativo de cargos em comissão, 61% em valores pagos aos cargos em comissão, 75% do número de funções comissionadas e 66% dos valores pagos pelo exercício das funções de confiança. O percentual de servidores da área judiciária no primeiro grau de jurisdição deveria seguir a proporção dos casos novos, ou seja, de 87%. No entanto, o percentual em 2017 foi de 85,3%, com aumento de 0,4 ponto percentual em relação ao ano de 2016, restando, ainda, avançar em 1,7 ponto percentual para atingir a equivalência. Tal diferença implica em uma necessidade de transferência de 6.414 servidores do 2º para o 1º grau, ainda por ser realizada. Além disso, é a instância mais congestionada. Enquanto a taxa de congestionamento do 2º grau é de 54%, no 1º grau é de 20 pontos percentuais a mais: 74%. A carga de trabalho do magistrado é o dobro (7.219 no 1º grau e 3.531 no 2º grau) e os Indicadores de produtividade dos servidores e dos magistrados são maiores na primeira instância. Esses dados, por tribunal e segmento de justiça, estão apresentados no Relatório Justiça em Números 2018.

⁴⁸GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário* / Ivo Teixeira Gico Junior. – 2012. O problema da sobreutilização do Judiciário decorrente da insegurança jurídica é ainda mais provável quando consideramos que, via regra, as políticas públicas de livre acesso ao Judiciário, como a assistência judiciária gratuita (AJG), defensoria pública, criação de juizados especiais, custas processuais subsidiadas, aumento do número de advogados (e esperado decréscimo no valor médio dos honorários advocatícios) atuam no lado direito da Inequação 4-4, isto é, diminuem o termo $(C_o + C_n) - (A_o + A_n)$. Como quanto mais barato litigar, mais demanda haverá pelos serviços públicos adjudicatórios, as políticas públicas inclusivas, de forma isolada (i.e. mantidas, todas as demais variáveis constantes), apenas contribuem para a sobreutilização do Judiciário.

⁴⁹GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. “Sem a formação de capital jurídico, a insegurança jurídica poderá levar a um incremento do uso do Judiciário e, ao fim e ao cabo, a sua sobreutilização. Velhas questões serão litigadas de novo e de novo e de novo, em um círculo vicioso que se realimenta e, cada vez mais, gera insegurança e, portanto, (sobre)utilização do Judiciário.”

Outro ponto que se mostra importante destacar é a eficiência do instituto, seu conceito será tratado adiante. Mais uma vez será emprestado um conceito da análise econômica do direito ao instituto remessa necessária a fim de ver como ele se comporta. Já se viu que o instituto falhou ao lidar com o recurso que é a prestação jurisdicional, uma vez que ele a desperdiça recurso jurídico. Agora o conceito de eficiência está à sua disposição. O campo da análise econômica do direito confere ao intérprete mais elementos para se aproximar do que é justo, extraindo essa justiça do texto legal, é claro, com um olhar à maior eficiência. A AED se apresenta como uma ferramenta de análise, e, como já dito, essa análise aproxima-se do que é mais vivenciado para além da dogmática, em seu núcleo está, por exemplo, verificar a melhor alocação de recursos, se isso for transportado para a aplicação ou interpretação da norma.

Em se tratando de decisões de segunda instância que se tenham por finalidade evitar o equívoco da prestação jurisdiciária de primeiro grau, ocorrendo decisões que revertam substancialmente possíveis erros judiciais, a eficiência do instituto remessa necessária apresenta-se com efeitos esperados em razão da natureza que foi criada, sendo outra a realidade estamos assim distantes dos contornos de eficiência almejados pela AED.

Assim, e diante dos números que abaixo apresentaremos, a legislação em análise, instituto remessa necessária, concorre contra a eficiência conforme entendimento da AED, e certamente não apenas ineficiente, mas em certa medida concorre como provedora da demora na prestação jurisdicional, à medida que a apreciação de tantos outros processos deixa de ser realizada à medida que se julga os processos via remessa necessária. A análise econômica do direito é instrumento para se atingir objetivos de eficiência⁵⁰. O instituto usa mal o recurso à sua disposição.

2.2 Análise econômica do recurso de apelação e de remessa necessária

Conforme já mencionado, o art. 496 funciona sempre que a Fazenda for condenada e os valores para cada ente descrito no dispositivo estiverem dentro dos patamares ali determinados. Assim, da sentença, automaticamente caberá “apelação”

⁵⁰ COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.

necessária, ou seja, da sentença em que for condenada a Fazenda, faz operar o instituto da remessa necessária. A “interposição” automática prolonga o resultado final do processo e, conforme se verificará mais abaixo no capítulo dedicado à pesquisa, a remessa necessária devolve milhares de processos para a análise em segunda instância, para reapreciação quando então a sentença pode ser mantida ou reformada.

Na análise econômica do recurso o objetivo é sempre tornar o julgamento final do caso mais exato, mais rente à realidade dos fatos e do direito, diminuindo os impactos sociais do possível erro judicial, e certamente isso tem um custo. Esse objetivo se realiza por completo quando o custo do recurso é inferior ao custo do erro que foi por ele eliminado; assim o processo preserva recursos públicos os utilizando corretamente em acordo às necessidades sociais⁵¹, aumentando, assim, o bem-estar geral. Assim tem-se que o foco da análise econômica do recurso, em outras palavras, é evitar gastar recursos analisando processos que, por exemplo, por um precedente judicial não precisariam de análise ou até não analisando processos cuja análise é mais cara do que o valor envolvido no objeto do processo. Esse último tópico faz mais sentido se o afrontarmos com a quantidade de processos levados à segunda instância, em remessa necessária, cujos resultados dos julgamentos sistematicamente permanecem os mesmos em absoluta maioria. No plano da análise econômica do direito, essa realidade é absolutamente contraditória.

Há um instrumento de cooperação entre as partes que nesse contexto, buscam o provimento de mérito justo, efetivo e concedido em tempo razoável. Assim se o recorrente particular recorre, prorroga o trânsito em julgado e o início do cumprimento de sentença e, quando envolvidas partes particulares, elas podem cooperar para ter uma resposta mais imediata e justa do Estado. Isso não ocorrer quando o processo sobe involuntariamente por remessa necessária.

Para a Economia, a justificativa do duplo grau de jurisdição é a diminuição do erro a um custo que seja inferior ao erro que se pretende evitar, e aqui é importante pensar é que, se apenas uma minoria dos processos que vão à segunda instância por

⁵¹WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do processo Civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. Editora Revista dos Tribunais, fev. 2019.

meio de remessa necessária são revertidos, conforme veremos nas tabelas abaixo, o custo de análise que parece ser maior do que o custo que se pretende evitar.

A doutrina mais recente na teoria geral dos recursos sequer vem reconhecendo o segundo grau de jurisdição como garantia constitucional.⁵²

Há certamente o interesse do Estado e social na eliminação dos erros no julgamento, pois a busca da precisão da decisão judicial depende da postura das partes e do juiz quanto às questões de fato e de direito levadas ao processo. Assim, um processo com mais chances de dilação probatória das partes e analisado por um colegiado tende a ser mais preciso, todavia todos esses procedimentos acabam por tornar o processo mais moroso e com custo maior para as partes. As partes, quando demandam, esperam que as decisões sejam as mais corretas possíveis, uma vez que a expectativa da parte é de que o Judiciário, através do processo, possa detectar os fatos violadores do direito e aplicar a lei com precisão. Daí deflui o valor social da precisão do processo e de todo o sistema de Justiça, e assim, a busca desse valor depende de alocação de recursos pelas partes e pelo Estado. Em um sistema perfeito, se o cidadão sabe que a Justiça proferirá decisões adequadas, ele terá maiores incentivos para respeitar a lei, o que fomentará por parte do cidadão atitudes lícitas e cuidadosas e, dessa forma, evitaremos ingressos de ações sem fundamento. A detecção de movimentos inúteis também é medida que se impõe no caso de análise do instituto remessa necessária. Não se está diante de uma situação de derrota e vitória necessariamente, mesmo porque, como dito no capítulo anterior, o instituto remessa necessária não escolhe a conveniência de sua atuação ou não. Ela é obrigada a ser enviada quando algumas das condições descritas no referido artigo ocorrem, contrariando assim a previsão do insucesso da sua atuação, e a isso podemos dar o nome de derrota do ponto de vista da análise econômica do recurso.

⁵² NERY JUNIOR, Nelson. Princípios cit.p. 231 – 232; LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. Edição São Paulo. WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do processo Civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. fev. 2019. Editora Revista dos Tribunais, p. 627.

2.2.1 Apelação e o modelo brasileiro e seus estímulos

O professor Erik Navarro⁵³ traz em seu livro o seguinte exemplo para analisar a eficiência das apelações no Brasil: Uma demanda buscando condenação em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) (Ua), a título de indenização, perante um Tribunal de Justiça do estado do Rio de Janeiro, o valor das custas R\$ 1.500,00 reais com honorários de sucumbência fixados em 10% sobre o valor dado à causa, sendo que no exemplo informado foram arbitrados honorários contratuais de R\$ 3.000,00 (três mil reais) e demais custos administrativos em R\$ 1.000,00 (mil reais).

Para cada parte, taxas e honorários foram considerados custos de litigância (Ct), enquanto os honorários contratuais foram incluídos na rubrica dos custos administrativos (Ca), por compartilharem da característica de não serem reembolsáveis. Quando a probabilidade de vitória do autor (Pa), multiplicado pelo valor do pedido (Ua) era superior aos custos esperados do processo para esse mesmo autor, satisfazia-se a condição de litigância que pode ser assim representada: $Pa \cdot Ua \geq Ca + C1 \cdot (1 - Pa)$, isolando a probabilidade de vitória $Pa \geq \frac{Ca + C1}{Ua + C1}$, segue no exemplo, mantendo Pa como variável e aplicando às demais todos os números assumidos para o exemplo se chega ao percentual de 18% de chances de vitória como justificador mínimo para o ajuizamento da ação.

Agora, ao estudar a eficiência no modelo atualmente vigente para interposição de apelação, partindo da mesma premissa e fórmula, utilizando matemática semelhante e inicialmente a mesma estrutura de custas do TJRJ, Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.

Para o modelo em relação à apelação, o autor traça algumas diferenças a serem consideradas, (i) por Ua devemos considerar o valor total pago pelo sucumbente caso ele não apele, o que inclui o valor do pedido original e os custos de litigância. E dessa soma chegar ao valor total do pedido de apelação; (ii) nos custos de litigância de apelação, devem ser consideradas as custas relativas ao preparo exigidas pelo tribunal e os honorários recursais, que serão estipulados aos já determinados. Em caso de derrota, os custos administrativos da apelação incluíram

⁵³WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do processo Civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. Editora Revista dos Tribunais, fev. 2019. p. 633.

eventuais novos contratos de honorários, para o recurso, além do prolongamento do processo.

Segue o exemplo informando que o réu-apelante sucumbiu *in totum* (pedido do autor julgado totalmente procedente), o valor total a ser por ele pago ao autor inclui os R\$ 50 mil do pedido principal, além do reembolso das custas de R\$ 1.500 reais e de honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa, que no caso é igual a R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Portanto, a soma desses valores será igual a R\$ 56.500,00. Assim, U_a é igual a R\$ 56.500,00 (cinquenta e seis mil e quinhentos reais).

Considerando que o advogado cobrará o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais) para apelar da sentença condenatória e que os demais custos da apelação serão iguais a R\$ 500,00, assim os custos administrativos não reembolsáveis serão iguais a Ca R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais).

Por fim, as custas de preparo para apelação no tribunal serão iguais à R\$ 300,00 (trezentos reais).

Quanto aos honorários recursais, estes em 5%, em caso de derrota na apelação, o que acresceria a R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), os custos de litigância seria $Cl = 300 + 2.500 = R\$ 2.800$ (dois mil e oitocentos reais).

Na posse desses dados se pode calcular qual o percentual mínimo de possibilidade de provimento (P_a) que essa apelação tem de ter no TJRJ, para que sua interposição valha a pena do ponto de vista do sucumbente.

Para tanto temos $P_a \geq Ca + Cl / U_a + Cl$; $P_a \geq 1.500 + 1.800 / 56.500 + 2.800$ $P_a \geq 4.300 / 59.300 = 0,0725$.

Nesse exemplo conclui-se que vale apenas apelar da sentença sempre que suas chances de provimento forem iguais ou superiores a 7,25%. Pode-se argumentar que o valor do preparo no RJ é extremamente baixo, (o do DF é R\$15), e que por essa razão encontra-se percentual tão ínfimo, apesar de ser caro para ingressar com ação e barato para recorrer, todavia essa mesma equação aplicada no tribunal de São Paulo, o percentual encontramos um P_a igual a 9,8%. Probabilidades assim tão baixas têm um efeito pernicioso no sistema.⁵⁴

⁵⁴WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do processo Civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. Editora Revista dos Tribunais, fev. 2019. p. 635.

Assim, é muito pouco provável que um tribunal consiga uma taxa de precisão superior a 90% de acerto na reapreciação das sentenças de primeiro grau. Como já é sabido, os desembargadores têm contato apenas indireto com determinados meios de prova, além disso, o acúmulo de trabalho impossibilita que o magistrado analise sistematicamente as diversas provas de um determinado processo e os argumentos tecidos ao longo da ação que ali foram acrescentados aos poucos e teria, em tese, que fazê-lo de uma só vez. Portanto, é muito provável que a decisão em relação a esses inúmeros processos assente-se em uma breve leitura das razões e contrarrazões da apelação, além de uma oitiva, não muito interessada, das sustentações orais nos dias de sessão de julgamento. Dessa forma, parece muito conservador admitir que os tribunais brasileiros cometam erros na apreciação dos fatos ou direito em ao menos 10% dos casos em análise. Isso significa dizer que o tribunal, de 100 casos, alterará 90 processos com sentenças equivocadas e reformará 10 sentenças corretas.

Isso implica em afirmar que nessa corte uma apelação de uma sentença defeituosa terá 90% de chances de procedência, enquanto que uma apelação de sentença correta terá 10% de chances de procedência. Nessa linha de raciocínio, se os custos do processo envolvidos na interposição da apelação exigem mais de 10% de chance de procedência para que valha a pena apelar apenas os sucumbentes que sabem que a sentença está errada apelaram, os demais não vão apelar, exatamente porque a taxa de erro do tribunal é inferior à mínima probabilidade de provimento que as custas recursais exigem de um apelante racional. Ou seja, se os custos envolvidos com o ato recursal não recomendam que se apele quando as chances de provimento são inferiores a 10%, sucumbentes que sabem que esta sentença está correta não vão apelar, pois a taxa de erro do tribunal é inferior a esse limite. Significa dizer que somente sentenças erradas serão atacadas por apelação e serão devidamente corrigidas em 90% dos casos.

Todavia, se os custos envolvidos na interposição dos recursos exigirem menos de 10% de chance de procedência para que valha a pena apelar, podemos prever que todos os sucumbentes apelarão, pois sempre haverá, ao menos, 10% de chances de que a apelação seja provida. É esse o caso do exemplo acima.

Ficou evidente que no TJRJ, com apenas 7,25% de chances de provimento, vale a pena apelar se o percentual de erro desse tribunal for superior a esse número (no exemplo de 10%). Pode-se prever que todos os sucumbentes apelarão, mesmo aqueles que sabem que a sentença está materialmente e formalmente correta. Apelar de sentença que se sabe estar correta não é um comportamento cooperativo, pois prolonga o tempo do processo desnecessariamente. Obviamente, por vezes, a decisão de recorrer está fundamentada em absolutamente nenhuma razão que se entenda viável do ponto de vista jurídico, podendo ser para ganhar tempo ou até mesmo irritação sem nenhum respaldo jurídico. Esses comportamentos se afastam dos objetivos de cooperativismo exigido no artigo 6º do novo CPC.

A separação dos litigantes que recorrem com fundamento é acreditar estar realmente enfrentando uma decisão equivocada daqueles que recorrem por motivos nada nobres, todavia, conforme exemplos acima citados, sempre que o valor da apelação (Ua) multiplicado por sua chance de provimento (Pa) for superior a todos os custos envolvidos com sua interposição, a via recursal será utilizada sem distinção entre litigantes sinceros e litigantes não cooperativos.⁵⁵

Assim, para melhorar essa situação, aponta a solução no exemplo dado pelo professor Erik Navarro, que seria elevar o custo dos recursos e qualidade (precisão) do julgamento nos tribunais.

A rigor, a demonstração do método de como funcionam os incentivos que viabilizam recorrer ou não, que aponta ao autor as suas chances na segunda instância não parecem se relacionar com o tema uma vez e, como já dito, o instituto remessa necessária funciona de forma “automática”. O instituto não faz esse exercício de probabilidade para apurar a sua sorte, simplesmente envia os autos ao segundo grau. Talvez enquanto procurador dos entes federativos essa equação surta mais efeito, todavia, o que é importante destacar é o cenário de incentivo ao recurso e que a ele se somam outros tantos enviados por remessa necessária, contribuindo para a má prestação jurisdicional, demora no processo, bem como os conceitos de bem-estar social, que é função importante quando a legislação se concretiza no mundo jurídico.

⁵⁵WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do processo Civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. Editora Revista dos Tribunais, fev. 2019, p. 640.

2.2.2 O Duplo Grau de Jurisdição

Conforme dispõe o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Assim, o devido processo legal é a proteção contra qualquer arbitrariedade e instrumento na condução da justiça. Agora, até onde vai essa proteção? Com as informações disponíveis hoje em dia e todo o aparelhamento das instituições, por exemplo, as procuradorias informatizadas, talvez o devido processo legal não mais se encontre na quantidade de julgamentos e sim na qualidade das decisões. Para tanto as normas das quais emanam as decisões devem também refletir o interesse social como alguma das tantas razões que são editadas as normas, no caso em questão, a processual, lembrando também que o nosso Código é de 2015, no nosso sistema *civil law*, a lei é fonte para o intérprete aplicar o direito.

Já se verificou aqui que os conceitos da análise econômica do direito podem vir em socorro até mesmo na criação do instituto e sendo ou não sendo utilizados na sua criação, podendo ser verificado o seu atuar no J udiário. Fala-se aqui, especificamente, do instituto remessa necessária, e esse diagnóstico empírico revela a sua validade, o real sentido da sua existência e se sua existência se justifica.

Já se sabe, portanto, que os recursos metodológicos da AED são ferramentas avançadas para esse diagnóstico a ponto de demonstrar que, o fato de determinados processos não percorrerem o duplo grau de jurisdição, não acarreta em afronta ao princípio estabelecido. Tudo com o objetivo final de estancar o incontrolável envio de processos, obviamente por meio de remessa necessária.

E aqui, nesse ponto, basta atentarmos aos dados coletados para entender que os números refutam qualquer afronta ao princípio, se se considerar o baixo grau de reversibilidade. O processo civil não pode se valer de dogmas pouco utilitários para o seu fim. A máxima eficiência pode sim transformar o Instituto em medida de justiça, conceitos a serem privilegiados como duração razoável do processo e bem-estar social.

A norma, nesse contexto, deve ser medida pelo seu grau de eficiência priorizando a concepção da justiça. A baliza para esse implemento é o bem-estar social. Assim, a validade da norma é aferida pelo seu procedimento, se sabemos que os recursos são escassos. A norma deve ter um comportamento racional

pautada na teoria da “escolha” racional, que se vale de institutos econômicos, conforme já apresentados, para explicar o processo de tomada “decisão”.

A medida legislativa que se imaginava eficiente, e até com certa razão em um passado distante, hoje se mostra inútil e potencialmente problemática. Além de contribuir para a morosidade do trâmite dos processos; como já dito, os processos de remessa necessária fazem companhia a outros tantos levados às segundas instância, por diversas razões, como já visto, pelos incentivos em recorrer, por exemplo, assim trazendo prejuízos à celeridade e prejuízo ao Estado e à sociedade.

Essas distorções entre o imaginário legislativo e a realidade que faz a norma no sistema Judiciário reafirmam a conclusão de que a escolha legislativa não representa a solução mais benéfica para a sociedade. Sem instrumento capaz de fazê-lo, que, no princípio, o instituto era justamente para proteger o Erário e, conseqüentemente, a sociedade de possíveis falhas no sistema Judiciário e hoje atua em prejuízo. Nesse sentido, a necessidade de se proceder a análise a respeito das possíveis conseqüências de qualquer ato normativo, como é o caso desse estudo, que tem o fim de verificar o impacto da remessa necessária. Dessa forma, concretizar a proteção é o caminho que deve chegar à qualidade da incidência normativa sobre as situações que envolvam os cidadãos.⁵⁶

2.2.3 Há necessidade do Duplo Grau de Jurisdição?

De outra banda, a defesa da justificativa para existência do duplo grau de jurisdição assenta-se na falibilidade do julgamento humano, nesse sentido pode ensejar decisões equivocadas ou injustas. Talvez essa defesa esteja direcionada a casos muito específicos e, como já dito, a instrumentalidade dos órgãos da Fazenda Pública e do Judiciário deixa cada vez menos margem para essa falibilidade.

De toda forma, na defesa desse argumento, no próprio site da AGU, na Revista da AGU, reproduz artigo de Adriano Sat’Ana Pedra, membro da carreira que justifica “*como todo ser humano é falível, e errar é humano*,”⁵⁷ não seria razoável esperar que os juízes fossem imunes de falhas. Por tais razões e, considerando a possibilidade de

⁵⁶Disponível em: <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/uma-analise-economica-do-duplo-juizo-de-admissibilidade>>.

⁵⁷Disponível em:<<https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/412931>>.

erros no exercício da magistratura, a perpetuação desse equívoco resultaria em cristalização da injustiça em prejuízo ao que se entende sobre o direito, e como já foi dito, indo contra ao bem-estar social em última análise. Por tal razão, o duplo grau de jurisdição garante melhor solução para os litígios à medida que é duplamente analisado sanando qualquer equívoco e proporcionando segurança, diferente do que seria a decisão exarada em única e última instância. Levou-se em consideração aqui a equação menor tempo e insegurança X maior tempo e segurança.

Considerando a liberdade dada ao magistrado que deixa de ser um mero aplicador da lei para ter total liberdade na interpretação do dispositivo e, também, em certa medida, não obediente às decisões de segundo grau, pautando as decisões em acordo à sua consciência jurídica.

Existe também quem defenda o duplo grau de jurisdição pautada em evitar eventuais abusos de poder por parte do juiz, que pelo fato de que suas decisões seriam revistas, haveria mais cautela⁵⁸. O que em certa medida faz do segundo grau o “pai a castigar o filho desobediente”, E não é essa a lógica, como dito acima, não há necessidade de revisão por revisão e nem por medo, o que há é a necessidade de decisões com qualidade.

Quando se afirma que a previsão de Montesquieu sobre a possibilidade de o magistrado tornar-se despótico ao saber que não haveria controle algum sobre as suas decisões, esse argumento talvez guardasse sentido há alguns séculos. O que também não parece medida para se justificar o envio de processo à segunda instância, o que é prudente é analisar a incidência de erros e acertos no Judiciário para se justificar ou não. De toda forma, não é exatamente esse o objeto do presente estudo.

O duplo grau de jurisdição não pode estar a serviço de satisfazer unicamente a inconformidade do ser humano, a bem da verdade, a sua inexistência satisfaria os vencedores dos processos contra a Fazenda. As decisões desfavoráveis para o Autor não significam dizer que o Autor tem uma segunda oportunidade em novo julgamento, assim, ainda que se considerasse o julgamento único, como dito, não é necessariamente a segunda instância que vai chancelar a garantia fundamental de justiça.

⁵⁸Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/412931>>.

Ao argumento de que a decisão proferida por órgão colegiado, ela está revestida de maior segurança⁵⁹, há um debate e amadurecimento das ideias concernentes ao caso sob estudo. Nesse sentido, o argumento por si só não se basta se confrontado com estatísticas que revelam a realidade. Não por experiência ou por quantidade de juízes em segunda instância a participar do julgado. Significa dizer que a decisão de segundo grau será mais acertada, a falha pode ocorrer em reformar a sentença acertada, por essa razão é importante o levantamento dos equívocos cometidos por meio de dados coletados.

O princípio do duplo grau de jurisdição não deveria ser e, principalmente no estudo do instituto remessa necessária, o consumidor de tempo e recursos apenas sob o argumento de segurança jurídica, elevando injustificadamente o número de recursos judiciais ao conhecimento da instância superior. Nesse caso o bem-estar está longe de ser alcançado conforme ensinamentos do professor Luiz Fux⁶⁰.

O duplo grau de jurisdição já foi visto como uma forma dos desembargadores- no caso se referiu ao Judiciário francês- poderem exercer poder de mando sobre os magistrados de primeiro grau. Dessa forma, e por razões diversas das expostas aqui, estabeleceu-se que as decisões da justiça civil eram definitivas, sem o cabimento de qualquer tipo de recurso ou reclamação. Certamente houve a modificação por meio da Constituição francesa de 22 de agosto de 1795 restabelecendo o duplo grau de jurisdição vigente até os dias de hoje na maioria dos países⁶¹.

⁵⁹Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/412931>>.

⁶⁰FUX, Luiz. *Processo Civil e Análise Econômica*. Forense. p. 152-153. Edição do Kindle. “Sob a perspectiva da análise econômica do Direito, o sistema recursal é um modo eficiente de correção de erros judiciais em comparação com o investimento (de tempo e recursos) na fase de conhecimento de cada processo instaurado perante o Judiciário. Utiliza-se o conhecimento privado das partes (no caso, recorrentes) sobre a ocorrência de erros em decisões judiciais para concentrar os investimentos apenas nos casos recorridos, a fim de reduzir a incidência de injustiças a um custo relativamente baixo. Noutras palavras, o legislador poderia adotar apenas um grau de jurisdição, composto por custosos e exaustivos atos de postulação, instrução e cognição, e obter certo nível de redução de erros judiciais; o mesmo nível, entretanto, pode ser alcançado por meio de um processo menos exaustivo em primeiro grau, cuja decisão apenas alcançará o também dispendioso grau recursal no subgrupo de casos nos quais as partes interpuserem impugnação. Do contrário, os custos com o processo de primeiro grau mais moroso e exauriente ocorreriam em todos os processos. Um sistema recursal promove o bem-estar social quanto mais erros cometidos em primeiro grau forem corrigidos e quanto menor for o seu custo.”

⁶¹Disponível em: <<https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/412931>>.

Todavia, entre outras fundamentações aqui já apresentadas, existe a que a revisão da decisão deve se dar, segundo Cintra, Grinover e Dinamarco⁶², pois nenhum ato estatal pode ficar imune aos controles, especialmente se considerarmos que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, e o controle popular sobre o exercício da função jurisdicional é incipiente em nosso ordenamento jurídico. É necessário então que se exerça ao menos o controle interno sobre a legalidade e a justiça das decisões judiciais.

Em definição sobre a manutenção do grau de jurisdição trazida pelos professores Elio Fazzalari,⁶³ Cintra, Grinover e Dinamarco,⁶⁴ em suma referem-se ao segundo grau de jurisdição, fase do processo que conduz a uma nova cognição e a uma nova pronúncia. O duplo grau de jurisdição consiste na possibilidade de a decisão ser reapreciada por outro órgão de jurisdição, normalmente de hierarquia superior àquele que a proferiu. Seguem informando que o princípio do duplo grau de jurisdição indica a possibilidade de revisão, por via de recurso, das causas já julgadas pelo juiz de primeiro grau (ou primeira instância), garantindo um novo julgamento por parte de um órgão de segundo grau (ou de segunda instância). Assim, as causas decididas por um órgão do Poder Judiciário poderão ser revistas por outro órgão desse Poder, a fim de dar mais certeza ao direito pleiteado, ou seja, a justificativa se assenta em dar mais certeza ao direito pleiteado. Não parece de uma maneira geral, um órgão colegiado conferir mais certeza a um julgado, e tão pouco, a justificativa basear-se nessa premissa.

Já o professor José Joaquim Gomes Canotilho⁶⁵ entende por duplo grau de jurisdição, em seu sentido mais estrito, a possibilidade de obter o reexame de uma decisão jurisdicional, em sede de mérito, por outro juiz pertencente a um grau de jurisdição superior.

⁶²CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁶³ FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996.151 a 156

⁶⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 99,

⁶⁵CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Na defesa do reexame, no dizer de Djanira Maria Radamés de Sá:⁶⁶

Trata-se da possibilidade de reexame, de reapreciação da sentença definitiva proferida em determinada causa, por outro órgão de jurisdição que não o prolator da decisão, normalmente de hierarquia superior, vindo dessa circunstância a utilização do termo grau, na denominação do princípio, a indicar os níveis hierárquicos de organização judiciária.

Segundo Oreste Nestor de Souza Laspro⁶⁷ "*o duplo grau de jurisdição parte do pressuposto de que uma lide é mais bem decidida quando passa por dois juízes diferentes de cognição, sendo certo que o segundo se sobrepõe ao primeiro*".

Francesco Carnelutti aponta que poderá ser o juiz de mesma hierarquia, ao que chama de "duplo exame". Entende Carnelutti⁶⁸ que a função está em submeter a lide a um segundo exame para oferecer maiores garantias ao novo pronunciamento por outro órgão judicial, não necessariamente de hierarquia superior. De toda forma, sendo o duplo grau de jurisdição um princípio constitucional, ainda assim não poderia se sobrepor a outro princípio, mas, indo ainda mais longe, o princípio não pode se sobrepor a dados. Dessa forma, o princípio da celeridade processual não é mais importante do que a constatação das decisões em segunda instância confirmadas em aproximadamente 90%.

Aqui, especificamente adentrando ao tema, vamos verificar como se estrutura a argumentação do duplo grau de jurisdição em relação à remessa necessária. É importante destacar, que não se está defendendo se o instituto da remessa necessária é substancialmente recurso ou não, entende-se que esse distanciamento ficou claro nas primeiras linhas. De toda forma, esse instituto faz o processo necessariamente ser analisado em segundo grau e, o que interessa, é confrontar a necessidade desse envio traçando um paralelo aos estudos empíricos realizados e cotejando também, conforme as linhas acima, e as justificativas teóricas para a sua manutenção.

Dessa forma, o duplo grau de jurisdição, conforme dito, se efetiva quando a parte interessada apresenta recurso contra a decisão que lhe foi desfavorável. Já foi

⁶⁶SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1999.

⁶⁷LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: RT, 1995.

⁶⁸CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. v. II. Tradução de Adrian Sotero De Witt Batista, São Paulo: Classic Book, 2000.

falado aqui algumas vezes que, ainda que o instituto da remessa necessária não esteja munido dessa escolha, a instância superior será provocada sem que a parte expresse vontade no referido recurso que é o que já se sabe tratar-se de reexame necessário, remessa necessária ou devolução oficial. Os desembargadores terão que se manifestar, caracterizando assim, o duplo grau obrigatório que vem acompanhando esse instituto remessa necessária de todos os princípios e necessidades acima expostos.

Já sabido também, nas primeiras linhas, que esse reexame necessário viabilizando a revisão pelo órgão *ad quem* de decisão inferior segundo os parâmetros de sucumbência da Fazenda Pública e a cada ente da federação, assim há a obrigatoriedade de revisão para produzir os seus efeitos.

Uma pequena recapitulação, o duplo grau também é exercido em leis extravagantes, como o parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 1.533/51 (sentença que concede o mandado de segurança) ou, ainda, o artigo 19 da Lei nº 4.717/65 (sentença que conclui pela carência ou pela improcedência da ação popular). Ou seja, são alguns dispositivos que viabilizam a remessa necessária e levam ao reexame uma quantidade considerável de processos.

Para a AGU⁶⁹ a permanência do referido instituto tem sua importância, ainda que não seja substancialmente caracterizado como recurso, por fazer ou condicionar a eficácia da sentença ao duplo grau de jurisdição. Dessa forma, a sentença só poderia produzir efeito depois de revisada por órgão superior, que cancelaria a sua autenticidade do ponto de vista jurídico material.

A remessa necessária submete o caso a duas análises para os casos que a legislação processual exige, exigindo a manifestação sucessiva de dois órgãos do poder Judiciário, primeiro e segundo graus de jurisdição. A partir dessa segunda fase, a sentença vencida pelo autor frente à Fazenda começa a surtir seus efeitos para fim de cumprimento, sendo a partir de então um ato jurisdicional pronto e acabado. Nesse sentido, parece entender-se que o procedimento existe apenas por existir, que é preciso ser cancelado na segunda instância antes de ter plena validade; só aí estaríamos diante do requisito para a eficácia da sentença. Antes da confirmação pelo

⁶⁹Disponível em: <<https://agu.gov.br/page/download/index/id/640100>>. EAGU – Doutrina e Revista. – Texto de Adriano Sant’ana Pedra. Acesso em: 18 jun. 2019.

tribunal, a sentença de primeiro grau não é um ato jurisdicional perfeito. Assim, como normalmente seria, a sentença contra um particular já tem validade imediata. Na remessa necessária é a sentença apenas uma parte do provimento jurisdicional que só se completará quando concluída sua segunda fase, que é a confirmação pelo Tribunal.

Pode-se afirmar que o duplo grau de jurisdição é obrigatório para as entidades públicas beneficiadas com o instituto da remessa necessária. É visto como medida de proteção ao interesse público, sobre esse ponto, demonstrada a ineficiência do instituto, os gastos com esse procedimento ineficaz atuam contra o Erário.

Um bom argumento de justificativa ao “duplo grau obrigatório”, nas causas em que sejam parte a União, os Estados e os Municípios são devido à indisponibilidade da coisa pública, que impede o Procurador, que os representa, dispor do direito recursal, devendo a causa ser apreciada necessariamente pelo Tribunal. À medida que se observa que a manutenção do instituto é mais danosa, talvez devesse caber ao procurador essa decisão, agora como um privilégio à coisa pública, ainda que esse dispositivo não esteja expressamente encartado na Constituição da República e no novo ordenamento processual civil⁷⁰.

⁷⁰FUX, Luiz. *Processo Civil e Análise Econômica*. Forense. p. 152. Edição do Kindle. “A Constituição brasileira e o Código de Processo Civil de 2015 não contemplam expressamente o direito a um duplo grau de jurisdição. Nada obstante o silêncio do direito positivo interno, há quem sustente a existência da garantia do duplo grau de jurisdição no Brasil. O primeiro argumento dessa vertente é o de que a Constituição contempla a existência de diversos Tribunais, o que sugeriria implicitamente a existência de um direito a recorrer. No âmbito do processo penal, seria aplicável o art. 8º, 2, ‘h’, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, que assim dispõe: “Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: (...) h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Sob o ponto de vista consequencialista, afirma-se genericamente que o duplo grau de jurisdição aprimora a qualidade da prestação jurisdicional, pois juízes serão mais cuidadosos sabendo que suas decisões podem ser revistas. Além disso, como “ninguém é bom juiz de si mesmo”, seria conveniente permitir o recurso a órgão hierarquicamente superior para corrigir eventuais erros. Em sentido contrário, é possível sustentar que a Constituição, ao definir a competência dos tribunais, contempla a possibilidade de julgamento de causas em caráter originário, sem recurso para órgão superior. Assim, o silêncio do constituinte quanto ao duplo grau de jurisdição denotaria mesmo a intenção de não contemplar essa garantia no ordenamento pátrio. Sob a ótica pragmática, desde Ulpiano já se afirmava que a decisão que reforma pode ser pior que a reformada: reformada: “Nonnum quam bene latas sententias in pejus reformant” (Digesto, XLIX, “De appellationibus et relationibus”). Também é comum o argumento de que o duplo grau de jurisdição “desvaloriza” o processo de primeiro grau e seria uma opção política de cada sistema jurídico. A existência do direito ao duplo grau de jurisdição no âmbito criminal foi debatida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos embargos infringentes na Ação Penal nº 470 (caso “mensalão”). Na oportunidade, o plenário admitiu embargos infringentes contra condenação proferida pelo próprio tribunal pleno. Os votos vencedores mencionaram expressamente ser o direito ao duplo grau de jurisdição uma garantia supralegal, pois prevista no Pacto de San José. Entretanto, há decisões

Um ponto interessante trazido na obra do professor Luiz Fux em seu livro, “*Processo civil e a análise econômica do direito*”, que se entende conveniente apresentar, é a possibilidade de conferir à segunda instância a discricionariedade de julgar ou não determinado processo, e de uma maneira geral, aponta a possibilidade de eleger entre três categorias de recurso, e que para o nosso estudo o recorrente é o papel do procurado⁷¹.

2.3 A eficiência como elemento hermenêutico

Antes de qualquer coisa, cabe aqui uma breve menção ao que vem a ser eficiência⁷². Deve-se tomar o conceito de eficiência para o ramo do direito tal qual o seu entendimento na seara econômica tendo como base a eficiência produtiva. Assim, nesse caso, a eficiência produtiva significa dizer produzir mais com os mesmos recursos ou produzir o mesmo com menos recursos, o que traduz em eficiência do ponto de vista produtivo. Assim, qualquer desperdício de recurso é indesejável em adotando a metodologia agora expressada sabendo, pois, que essa formatação de entendimento foi nos dada com a edição do artigo 37 da Constituição da República⁷³ que informa que Administração Pública deve atuar de forma eficiente. Certamente é um comando que é destinado aos poderes integrantes do Estado e, em especial, em razão do objeto do presente estudo, o Judiciário é o que mais nos interessa no desempenho de suas funções, onde o objetivo final é a melhora da prestação do

posteriores da Corte refutando a existência do direito ao duplo grau como um componente da cláusula *due process of law*”.

⁷¹FUX, Luiz. *Processo Civil e Análise Econômica*. Forense. p. 155, Edição do Kindle. “Outro tipo de discussão na análise econômica do Direito diz respeito ao desenho da fase recursal para a segunda instância: é mais eficiente conferir discricionariedade ao Tribunal para escolher quais recursos irá julgar ou simplesmente submeter todos os recursos interpostos ao julgamento de mérito? Steven Shavell afirma que há três tipos de recursos: (i) aqueles com probabilidade baixa de sucesso, cujo conhecimento não justificaria os custos com o sistema recursal; (ii) os que têm alta probabilidade de provimento, e por isso devem ser submetidos diretamente a julgamento (*direct appeal*); e (iii) os que possuem probabilidade intermediária de sucesso, os quais deveriam passar por um crivo discricionário de conhecimento ou não conhecimento (*discretionary review*). O próprio recorrente possui informações sobre as chances de sucesso do seu recurso, ao passo que o Tribunal precisaria exercer algum tipo de cognição para ter acesso a essa informação, incorrendo em custos. Em razão disso, Shavell propõe que o recorrente tenha o direito de optar entre a análise discricionária e a submissão direta do recurso a julgamento. Caso realize a primeira opção e o seu recurso seja discricionariamente não conhecido, o recorrente pouparia as despesas recursais.”

⁷²LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia. *O princípio da eficiência na jurisprudência do STF*.

⁷³Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.

serviço em relação aos seus administrados e redução de custos na concretização desse processo.

Dessa forma, positivado tal conceito, a Administração Pública aponta para a gestão eficiente em gerar mais benefícios à sociedade com o pouco recurso que o Estado tem à sua disposição frente à grande necessidade social. Aqui se faz um recorte sobre a atuação do Judiciário, uma vez sabido que a normativa editada preza a utilização rigorosa pelo Estado dos seus recursos sem que haja desperdício. Ao se analisar pontualmente o trâmite do instituto remessa necessária no ordenamento jurídico, e claro, o seu local dentro do conceito de eficiência, se pode verificar que o instituto não age em acordo ao modelo descrito na norma constitucional. O impacto do instituto na Administração Pública é exatamente o inverso, pois abarrotava o Judiciário de processos que não necessitariam de nova análise em sede de remessa necessária, como será demonstrado adiante. É importante afirmar a importância do entendimento do conceito eficiência e, mais do que isso, perceber se determinado instituto ou procedimento se alinham com os conceitos de eficiência ora traçados.

O que se fez aqui foi um levantamento de processos remetidos ao segundo grau por meio da remessa necessária, pesquisa realizada em 2017 a 2018, e verificou-se que a baixa taxa de reversibilidade das ações, o que indica que o instituto não se alinha a nenhum dos elementos que traduzem o critério de eficiência aqui apresentado. Eficiência no sentido de se tornar relevante a sua menção cotejando os seus conceitos à realidade que se apresenta e não apenas como um termo inócuo no sistema Judiciário.⁷⁴ A seleção do estudo “*O princípio da eficiência na jurisprudência do STF*”, dos autores, Danielle Cristina Lanius, Ivo Teixeira Gico Junior e Raquel Maia Straiotto, ganham importância no presente trabalho para compreendermos o que o órgão máximo do Judiciário entende por eficiência através do conteúdo das suas decisões.

⁷⁴ “No entanto, mais significativo ainda é o fato de não se ter encontrado um único caso em que os ministros tenham efetivamente debatido o conteúdo do princípio da eficiência, quiçá divergido sobre seu significado. Nossa expectativa inicial era de que ao menos em alguns casos o princípio tivesse sido debatido, mas os dados frustram essa expectativa e a verdade é que apesar de o STF ter aplicado intuitivamente o princípio da eficiência como fundamento em alguns casos sua articulação jurídica ainda é bastante a técnica e, às vezes, contraditória” Danielle Cristina Lanius, Ivo Teixeira Gico Junior, Raquel Maia Straiotto – O princípio da eficiência na jurisprudência do STF.

É sabido que o Judiciário padece em razão da grande quantidade de processos e não é exclusividade dos dias atuais.

Há tempos já se noticiava que, para tornar o Tribunal da Relação da Bahia mais eficiente ou desafogar o número de processos, foi criada em 1734, a Relação do Rio de Janeiro. A relação contaria com o mesmo número de desembargadores da relação anterior e também com competência recursal e originária para ações cíveis e criminais e do patrimônio estatal⁷⁵.

Assim, ao contrário de se ampliar a quantidade de processos, já que o instituto remessa necessária determina o envio às instâncias superiores obrigatoriamente, um mecanismo que aja com eficiência não pode promover a apreciação pelo Judiciário de milhares de processos inutilmente. Uma vez sabido o seu resultado, é bem verdade que o CPC 2015 trouxe critérios para o instituto remessa necessária, conforme se observa no escalonamento apresentados no Capítulo 1, e por essa razão os critérios deveriam contribuir para, ainda que o envio de processos fosse igual em quantidade, o resultado da sua aplicação deveria corresponder a uma taxa maior de reversibilidade. Do contrário, a atualização do instituto remessa necessária nada adiantou, quis-se dar maior eficiência em relação aos casos analisados e na prática a taxa de reversão permaneceu a mesma. Se já é sabido o resultado do processo, não há razão para o envio da ação, em outras palavras, é a busca da eficiência usando padrões econômicos para avaliar a possibilidade de aplicação do instituto. Seria muito mais prudente delegar essa função ao patrono da causa, no caso o advogado⁷⁶ público, que avaliaria a viabilidade da discussão da matéria por meio de recuso manejado por ele.

Essas breves considerações obviamente são hipóteses da racionalidade maximizadora, fruto de aplicação do dispositivo em estudo, visto em um primeiro

⁷⁵“Para desafogar o excesso de processos na Relação da Bahia, é criada, em 1734, a Relação do Rio de Janeiro, também com dez desembargadores, mas começa a funcionar, em 1751, com competência recursal e originária para ações cíveis e criminais e do patrimônio estatal” Disponível: <<https://www.antoniopeessoacardoso.com.br/2015/06/primeiro-tribunal-do-brasil.html>>.

⁷⁶ Não se considerou, no presente estudo, o custo do advogado público X o custo da remessa necessária em conjunto com a taxa de reversibilidade, se se considerou que o advogado público já está contratado, todavia caso o custo apresenta-se elevado, em relação ao advogado público, essa análise pode mudar.

momento como protetor no trâmite de ações cujo objeto seja em face da Fazenda Nacional e negativo o julgamento.

Contudo, parece fugir da racionalidade quando se verifica que há caminho aberto para procedimentos ineficientes, sobre racionalidade no campo da AED se tratará logo abaixo. Seria razoável pensar que qualquer dispositivo que sua formulação não está dentro do parâmetro de eficiência, deve ser descartado do sistema jurídico.

Por tudo, verificar o funcionamento da máquina judiciária, movimentada pelo instituto remessa necessária, diante de um cenário de escassez de recursos e de um resultado pouco eficiente, torna a relação desse conceito com o instituto remessa necessária muito apropriada, uma vez que é possível identificar na decisão de primeiro grau e na decisão de segundo grau seus efeitos no campo dos julgamentos modificados, o que trará um quadro para uma análise mais precisa.

É certo que o referido instituto não permite escolha ao advogado público, ou seja, ele é ativado automaticamente sendo a Fazenda sucumbente. De toda forma, o legislador assim optou e toda escolha pressupõe alternativas possíveis e excludentes – ou seja, aquelas que serão preteridas. Como consequência, pode-se dizer que a alternativa que não foi escolhida é o ônus – o custo – daquela que o foi, pois é algo que poderia ter ocorrido, mas não vai. É o chamado *trade off* da escolha⁷⁷.

Assim, em um cenário normal, diante das possibilidades, eleger-se-ia, entre o custo/benefício, aquela que apresenta melhores resultados, deixando de lado aquela que lhe é menos benéfica, certo? Nesse caso não, esse pensamento não foi transportado para a interpretação da norma, e em uma análise empírica e dentro dos resultados obtidos, eleger-se-ia aquele que possui a maior eficiência. No caso de um sujeito racional, de posse das estatísticas, o mais correto seria não “recorrer em remessa” se o cenário futuro assim o sugerisse.

Caso o sujeito racional, ao analisar a viabilidade da remessa necessária, estivesse alheio à pesquisa empírica e a ele fossem apresentados outros tipos de elementos hermenêuticos, gramatical, histórico e este conferisse mais importância à

⁷⁷ GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. *Economic Analysis of Law Review – EALR*, v.1, nº 1, 2010.

análise gramatical, poderia eleger a remessa necessária, é uma questão de escolha entre as interpretações possíveis⁷⁸.

Todavia, a eficiência como forma interpretativa da decisão tomada deve apontar para melhor situação futura analisando sua eficiência. Desta feita, a se evitar uma quantidade de apreciações de processos em que não há necessidade de julgamento. No caso em questão, não há sujeito racional verificando o caminho mais eficiente para trilhar, o caminho já está previamente escolhido e é ineficiente, todavia quem apontou foi a AED, pois a dogmática ou hermenêutica não teria como apresentar dados que traduzam eficiência.

Então há um elemento mais próximo da realidade para nos municiarmos, a interpretação é condição primária para aplicar o direito. Sem antes interpretá-lo, a letra crua da lei positivada não indica imediatamente ao jurista qual o comando legal previsto pelo legislador. É preciso, antes, extrair do texto a verdadeira norma jurídica, assim essa correta leitura da norma jurídica pode ser encontrada pelo método da AED. A concretização das finalidades contidas na norma, denominada eficiência, deve ser sempre um objetivo do intérprete, de modo que o comando legal se torne algo factível e com amplo alcance em benefício da sociedade.

Sob o aspecto da Análise Econômica do Direito, dentre possibilidades interpretativas distintas, o jurista escolhe a mais adequada de acordo com critérios econômicos. A metodologia para uso da eficiência como elemento hermenêutico é simples, dependendo dos métodos utilizados o intérprete chegará a conclusões distintas sobre qual é a norma contida no texto. A partir destas conclusões, aplicam-se os critérios econômicos de eficiência.

Propõe-se que quanto mais eficiente a interpretação, maior a eficiência da norma. A eficiência incorporada pela Análise Econômica do Direito é uma importante aliada naquilo que a ciência da interpretação deve primar, que é a máxima eficiência da decisão.

Assim, a existência do instituto remessa necessária é um desfavor ao sistema Judiciário.

⁷⁸Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6caf88727c2cacf3>>.

É sempre bom lembrar que economia é ciência social e prevê comportamentos, sequências de atos característicos de um proceder humano. Daí pode-se entender que as pessoas envolvidas em determinado contexto tenham que fazer escolhas que resultarão em um curso de ação em busca de bem-estar. Só que, especificamente nesse caso, o instituto remessa necessária age “automaticamente”, não considera as vantagens em ser utilizado ou não, pois já vimos que, sendo a Fazenda condenada, o processo deve ser remetido ao tribunal e, claro, respeitando aqueles parâmetros descritos no capítulo anterior, assim sendo improvável a análise de cada caso a ser enviado ao Tribunal. Não há hipóteses de racionalidade se cotejarmos o sucesso esperado proporcional ao comportamento, o comportamento já está previsto e já é sabido que não é a melhor escolha. Esse assunto voltará a ser tratado no capítulo onde se falará da Advocacia Pública e a remessa necessária.

Para fazer um contraponto ao entendimento apresentado acima de AED e eficiência, há uma crítica a fazer sobre a utilização do conceito de eficiência econômica na forma e no modelo no que diz respeito ao estabelecimento da aplicação do direito a partir da utilização da AED⁷⁹, como um facilitador na compreensão e aplicação da norma. Nesse caso, o autor Buchanan argumenta que, além de a lei não ter como função maximizar riquezas, o que seria algo intrínseco à ciência econômica, os juízes também não têm formação adequada (em economia) para aplicar corretamente os postulados e as teorias econômicas nos casos concretos, o que não nos parece, em um primeiro olhar, tratar do caso em questão. Na verdade, a sistemática econômica facilita a compreensão do instituto sem necessariamente carecer de um conhecimento profundo da ciência econômica. Salvo melhor entendimento, a percepção do desperdício já confere a uma norma, por exemplo, a condição de desnecessária, ou seja, se a norma cumpre mínima porcentagem do potencial esperado, a conta é simples e flagrante o desperdício de recurso⁸⁰, veremos a tabela no capítulo 4.

⁷⁹BUCHANAN, J. M. Buena economía. Mal derecho. In: Roemer, A. (org.). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>.

⁸⁰GICO JR. Ivo Teixeira. In: *Direito e economia no Brasil*. Coordenador Luciano Benetti Timm – 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. “A AED é incapaz de dizer o que é justo o que é certo ou errado, uma vez que essas categorias estão à cargo do mundo dos valores, de outro lado para um juseconomista o que importa é a eficiência, nesse contexto não existe análise de certo é errado, no campo do subjetivismo, o que deve ocorrer é que essa dada política se realize sem que ocorra desperdício, assim e se

Ainda sobre eficiência, há a “Eficiência de Pareto”. Para o conceito de Pareto, só haverá eficiência em uma determinada relação se for impossível melhorar a situação de uma pessoa sem piorar a de outra. Dessa forma, um cenário em que todos os recursos estivessem concentrados nas mãos de um único *player* seria Pareto-eficiente, uma vez que qualquer mudança nessa alocação de recursos prejudicaria aquele único detentor.

Conforme ensinamento de Sen⁸¹, um Estado em que algumas pessoas vivem na mais absoluta miséria e outras em uma vida luxuosa e de ostentação pode ser Pareto-eficiente se os miseráveis não puderem melhorar a sua condição social sem haver uma mínima piora na situação dos abastados.

Já a Eficiência de Khaldor-Hicks estabelece o critério na tentativa de melhorar a eficiência de Pareto. Baseia-se na premissa de que haverá eficiência, ainda que alguém tenha sua situação piorada, desde que seja possível (teoricamente) compensá-la (mesmo que isso não ocorra)⁸².

Por mais que permita a realização de mudanças com muito mais facilidade do que o critério de Pareto, o critério de Khaldor-Hicks também é alvo de inúmeras críticas, por exemplo, o fato de que, assim como o critério de Pareto, ele só visa à maximização de riquezas, não se preocupando com sua justa distribuição. Além do que, o valor marginal do dinheiro varia de pessoa para pessoa, de modo que um indivíduo pobre valoriza mais R\$ 1,00 do que um indivíduo rico. Some-se a isso a noção de que a aferição de eficiência é feita em um determinado momento, podendo o que hoje é tido como eficiente não mais sê-lo amanhã, caso apenas um indivíduo mude seus gostos ou preferências⁸³.

considerarmos a escassez de recursos e necessidade humana ilimitada a injustiça se assenta no desperdício.”

⁸¹SEN, A. K. *Sobre ética e economia*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/direito_P_BD.pdf>.

⁸²POSNER, R. Usos y abusos de lateoría económica em El derecho. In: Roemer, A. (coord.). *Derecho y economía: una revisión de la literatura*. Mexico: Fonde de Cultura Económica, 2000. Economic analysis of law. 6. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003. Disponível em: <https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/3685/2/A%20an%C3%A1lise%20econ%C3%B4mica%20do%20direito_P_BD.pdf>.

⁸³SALAMA, B. M. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos de Direito GV – caderno 22*, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>

Após a exposição desses conceitos básicos, pode-se definir a análise econômica do direito como uma metodologia fortemente influenciada por um pragmatismo filosófico e por uma lógica consequencialista, de maneira que o foco de estudo passa a ser não mais a investigação do fato causador, mas sim os resultados que se pretende obter e os meios necessários para tanto. Valoriza-se, acima de tudo, a experiência, rejeitando-se dogmas e o formalismo jurídico⁸⁴.

2.4 A análise da racionalidade do instituto

A racionalidade, em análise econômica do direito, consiste em eleger a melhor escolha procurando identificar as possíveis consequências para poder determinar-se em relação à opção elegida, ou ainda, por tudo que já foi visto, ser o direito ligado à ciência econômica e a ciência econômica é dotada de racionalidade em busca do resultado eficiente.

Na teoria da escolha racional em AED o indivíduo age sempre na busca da maximização do seu bem-estar, dessa forma, o indivíduo sabedor de suas preferências dentro de várias opções elegerá a que lhe melhor for útil. Geralmente essas proposições são colocadas diante de um indivíduo, seja ele o aplicador da lei ou uma parte em um processo onde essa parte está analisando a viabilidade de não recorrer e ganhar menos *versus* as consequências de eventual recurso e, por exemplo, sendo sucumbente ganhar menos. Nesse último caso, supondo que ela pesquisasse todos os julgamentos iguais aos seus e percebesse que apenas 10% dos recursos iguais aos dela são providos, aí já se teria um direcionamento da opção racional dessa hipotética autora, certo?

No entanto, nesse objeto de estudo se está analisando um artigo do Código de Processo Civil, e esse dispositivo não pode determinar-se em relação a uma escolha. Todavia é um artigo que é acionado “automaticamente” e aqui se verificará que ele sempre elege a pior escolha, pois quando forem tratados os impactos do instituto remessa necessária no âmbito do Judiciário se verá que apenas 13,7% dos recursos enviados à segunda instância têm revertida sua decisão. Assim 86,3% dos processos

⁸⁴ REZENDE LARA, F. T. A análise econômica do direito como método e disciplina. *E-Civitas, Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH*, v. 1, n. 1, p. 12, nov. 2008. Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas>.

voltam como foram, com as sentenças confirmadas. Em um primeiro olhar, apenas de posse dos dados, não precisaríamos do auxílio da ciência econômica para verificar a ineficiência do instituto remessa necessária e nem da economia em socorro ao direito, é flagrante a taxa de insucesso do citado dispositivo. Como dito, o dispositivo é “automático” e diante dos dados apresentados sempre optará pela pior escolha, é claro, lembrando-se dos parâmetros apresentados no capítulo primeiro sobre valores limites para entrar em atividade a remessa necessária.

Certo que o instituto não tem poder de escolha, poderia-se voltar a atenção para quem poderia fazê-lo. Aqui estamos diante do intérprete do instituto ou até mesmo do elaborador da norma. O Procedimento Civil passou, recentemente, por uma grande reforma e estaria aí a oportunidade de analisar os institutos desse diploma à luz da análise econômica do direito. Todavia, ainda é recente o estudo dessa matéria no direito brasileiro, pois, se confrontados com os conceitos da economia alguns institutos, como o presente, remessa necessária poderia ser descartada do código em benefício do Judiciário.

Não é demais estendermos o conceito da AED para, ao fim, a norma editada ou interpretada emprestar racionalidade na aplicação do direito na elaboração do direito por tudo que foi visto. Ou seja, a função da AED era abrir os olhos do sistema como um todo de tal forma a fazer escolhas mais bem fundamentadas e provadas empiricamente, procurando identificar as possíveis consequências de cada decisão e tomar como melhor a mais benéfica para a sociedade.

No momento em que se tem elementos para avaliar as implicações do instituto processual no mundo real podemos apontar para conclusões em que se assentam o problema. Essas conclusões se alinham com o estudo empírico que são completamente apartadas do que entendem, por muitas vezes, o elaborador da norma, ou seja, a boa intenção não traduz eficiência.

Assim, como já dito anteriormente, são os conceitos econômicos em auxílio à norma. Dessa forma, cabe trazer aqui que existem basicamente duas concepções básicas de economia⁸⁵, uma que considera o estudo dos mercados e outra que vê a

⁸⁵POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles Pedro Sette - Câmara; - São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

aplicação do modelo do agente racional ao comportamento humano. Nesse sentido, no mundo real o homem racional é raro, por consequência a norma emanada do fruto da sua percepção não carrega ao aperfeiçoamento que a ciência econômica pode oferecer. Por vezes normas são elaboradas levando em conta fatores emocionais. Não raro, o clamor social legisla em contrariedade à razão, que é a antítese natural da racionalidade, assim é dever do direito aproximar-se da coerência da ciência econômica.

A visão do direito, enquanto neutralizador das emoções deve ser deixada de lado, pois as disputas jurídicas, por exemplo, são intensamente emocionais, o que em muitos casos afeta a percepção jurídica, até mesmo do julgador, sobre o que entende como justo. Essa reflexão também se aplica no elaborar da norma, no caso em estudo, por exemplo, se pode afirmar que o instituto remessa necessária foi concebido para evitar que o erro no julgamento de dado processo termine por prejudicar o Erário. Então, munido dessa preocupação/emoção, de que o Erário não podia sofrer perdas em razão de eventuais erros, elaborou-se a referida norma. Assim, após a sua elaboração e essa norma ter produzido seus efeitos no mundo jurídico, a pesquisa empírica demonstrou que o resultado daquela norma era inócuo, não servia para o propósito para qual foi criada. Na verdade, pode-se dizer que atua, em certa medida, em contrariedade à natureza que fora criada, assim a racionalidade do instituto concorre para que ele não seja necessário no mundo jurídico.

Portanto, em economia, a racionalidade é se valer da teoria econômica e de técnicas de econometria para maximizar riquezas (alocando os recursos da forma mais eficiente possível). Encaram-se as instituições legais não como elementos alienígenas do sistema econômico, mas sim como variáveis a ele pertencentes e analisam-se os efeitos que as alterações nessas variáveis provocam na economia como um todo⁸⁶.

Segundo Robert Cooter e Thomas Ulen⁸⁷, a economia forneceu uma teoria científica que pode prever os efeitos das sanções legais no comportamento dos

⁸⁶MARISTELLO PORTO, A. J. *Análise Econômica do Direito (AED)*. Apostila do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Colaborador Guilherme Mello Graça. Segundo semestre de 2013.

⁸⁷COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & Economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

indivíduos, pois as sanções se assemelham aos preços de tal modo que as pessoas reagem àquelas da mesma forma que a esses.

De uma maneira geral o “comportamento” normativo é sempre a escolha do pior cenário, não há solução senão as dadas pela economia há 60 (sessenta) anos.

No entanto há quem entenda que o ser humano não deve ser tratado como mercadoria, mas com dignidade. Nessa linha, a questão é o imperialismo econômico por querer submeter a complexidade da sociedade à racionalidade econômica a fim de concluir que a economia que deve estar a serviço do homem. Há críticas em relação à AED por ela desprezar as demais ciências sociais na tomada de decisão jurídica e converter a economia no único conhecimento relevante e justificação última de toda decisão. Desta forma, ela reformula a função do direito, passando este a mero instrumento de produção e reprodução da racionalidade material de tipo econômico⁸⁸.

2.5 Conclusão parcial

Assim, se pode questionar, ainda, sobre vários temas nesse capítulo tratados, sobre a importância do princípio do duplo grau de jurisdição em casos das mais diversas naturezas, e, certamente, a dificuldade de se ter em um juízo de primeiro grau a perfeição do julgamento, requisito que também estará ausente na segunda instância. Todavia, para as causas que guardam semelhanças, como parece ser a do objeto em questão, a necessidade de uma reavaliação é latente, ainda mais quando se verifica o que ocorre com o sistema jurídico impulsionado pelo instituto remessa necessária. Não seria apropriado abordar esse tema sem, contudo, dedicar algumas linhas ao duplo grau de jurisdição e seu papel, sobretudo nesse estudo. Também não se pode deixar de fora o entendimento da AGU e atuação da Advocacia Pública, se se vai fazer referência ao referido instituto. Verdade é que as estruturas, como já dito, das procuradorias e do Judiciário estão fazendo necessária a revisão de alguns procedimentos processuais.

Com a adoção trazida pelas aplicações de precedentes, certamente a divergência entre as decisões tendem a diminuir. Certamente isso é tema para

⁸⁸EULÁLIO CARVALHO, João Henrique. Racionalidade Econômica No Direito. Citando Hans Küng e Pedro Mercado Pacheco. Disponível em: <[HTTP://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/arti/](http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/arti/)>.

algumas dissertações. Todavia, nesse sentido, em se falando na redução de divergência entre decisões judiciais, não caberá mais afirmar o duplo grau de jurisdição como princípio constitucional, com o fito de combater as injustiças. De outro lado e com menos dificuldade, estando munido das observações sobre o instituto da remessa necessária nos tribunais, não nos parece absurdo intuir a desnecessidade de uma segunda avaliação.

Assim, as exigências estipuladas pelo legislador podem ser mitigadas ou suprimidas se confrontadas à realidade latente.

De toda sorte, o contraponto funda-se basicamente no ponto em que não é defeito resumir a complexidade social para exatamente simplificar a solução, e é melhor que se faça isso com o auxílio de apenas um método (ciência), do contrário concorreríamos em prejuízo da própria definição do que se pretende resolver e com que mecanismo.

Tendo em mente esses conceitos do que se propõe a Análise Econômica do Direito e dos conceitos de eficiência e racionalidade, se pode compreender onde o objeto do estudo, remessa necessária, está inserido. Especificamente no capítulo 4 (quatro) se enfrentará o instituto, os conceitos aqui apresentados e a pesquisa empírica em relação aos temas aqui propostos.

CAPÍTULO - 3 A REMESSA NECESSÁRIA À LUZ DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

No Capítulo 1 foram abordadas as diversas opiniões sobre o instituto da remessa necessária, as opiniões conflitantes acerca da sua manutenção ou não no sistema jurídico brasileiro. Naquela oportunidade os argumentos tanto contra ou a favor da sua permanência ou não no CPC/ 2015 foi justificada, tomando por base os seus defensores, argumentos retóricos basicamente à luz da Constituição da República.

Na divisão de posicionamento em relação à manutenção do instituto ou não, no bojo do CPC. Foram abordadas algumas teorias que defendem o instituto em sua eficiência na proteção dos cofres públicos, sendo este o motivo para sua manutenção, ou que a retirada desse dispositivo da legislação processual civil pode, em última análise, prejudicar os municípios que é quem mais sofreria com eventuais erros do Judiciário. A observação de que o Município é mais frágil em sua defesa é certa, o problema de o prejuízo ao Erário ocorrer no Município é que esse é que se relaciona com o administrado, o que é uma preocupação justa, mas carente de qualquer comprovação. E assim seguem os defensores de uma ou de outra corrente.

Como dito pelos doutrinadores, há também os que sustentam a manutenção do dispositivo alheios a qualquer amparo legal, como, por exemplo, a manutenção do dispositivo da remessa necessária em razão da desconfiança no sistema processual brasileiro, o que talvez não seja o argumento jurídico mais apropriado.

Assim, e também como descrito no Capítulo 1, os que argumentam pela extinção do referido artigo do Código de Processo Civil alegam que o instituto empresta à Fazenda Pública privilégios entres os participantes da relação processual, confrontando assim, um princípio processual de paridade de armas, Art. 7º CPC 2015. Só que dessa vez, o princípio atua em favor dos que militam pela retirada do instituto remessa necessária do Código de Processo Civil.

Ainda sobre as disparidades de armas entre a Fazenda Pública e cidadão, no processo contra a União e outros entes, o cidadão não conta com os mesmos recursos da Fazenda, incorrendo também, na disparidade entres as partes do processo. Além disso, sustenta que o autor vencedor da ação, na qual Fazenda foi sucumbente, teria

o exercício do seu direito retardado, injustificadamente, por não poder dar início ao cumprimento imediato da sentença, face ao “duplo grau de jurisdição”, que nesse caso é obrigatório. Assim, e como destacado acima, esses elementos afrontam os pilares da isonomia de leis que são editadas sem a observância dos preceitos constitucionais que, no caso, seria a lei, ou melhor, o dispositivo remessa necessária, pois a elaboração dessa norma é uma afronta às normas fundamentais e à ordem jurídica constitucional.

Diante desses argumentos jurídicos a favor e contra a manutenção do artigo remessa necessária no CPC, o argumento puro e simples, não nos ajuda, no caso, o argumento contra a permanência do artigo, analisando que a norma não é eficiente à luz da AED, e que não exerce o papel para a qual foi criada, foi o que o direito tomou por empréstimo na ciência econômica.

Tornar-se perceptível, independente do argumento, seja ele a favor ou contra a manutenção da remessa necessária -em cada um dos posicionamentos externados, o encadeamento das ideias, atreladas aos dispositivos constitucionais, guardam muita pertinência - são bem fundamentados, todavia a sua sustentação carece de qualquer elemento empírico de funcionalidade do instituto remessa necessária. Em outras palavras, o que ele realiza no mundo real?

Como foi mencionado no Capítulo 1, um exemplo da dimensão dada ao dispositivo na seara jurídica, conforme entende o STJ⁸⁹, que menciona a inutilidade do instituto, claro, sem também apontar elementos empíricos para dar suporte à decisão.

O que está em jogo nesse debate é a importância de se ter resguardado, por meio da legislação, algo que é fundamental para o implemento de todas as políticas pensadas pelo Estado, revertidas em bem-estar à população. Agora, para que isso aconteça, é necessário identificar o problema, e o problema é identificado com o auxílio da ciência econômica tendo a possibilidade de mostrar com mais clareza onde e qual o tamanho do reparo a ser feito.

⁸⁹ Súmula 490 do STJ: "A dispensa do reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas"

É claro que o desfalque ao Erário prejudicaria a boa administração ao cidadão, ou seja, há o entendimento de que à Fazenda Pública cabe a administração da coisa pública, não sendo, a Fazenda Pública, apenas um órgão com um mero aglomerado de pessoas, conforme já dito. E pela difícil missão de administrar a coisa pública é certo que a ela sejam dadas certas regalias ou vantagens processuais, o que justificaria a manutenção do instituto de remessa necessária.

Aqui já se percebe, por tudo que foi dito acima, que o Estado, ou mais precisamente o Município, não podem falhar no trato com os seus administrados, pois estão de mãos dadas nessa parcela da divisão de competência, sendo peça importante no funcionamento da política administrativa dos entes estatais. E assim se tem a preservação do Erário como medida de boa administração e, como já dito, passa pela barreira do instituto da remessa necessária, ou seja, para que o Município não sofra um revés que o prejudique financeiramente, que possa garantir de forma estável os direitos sociais fundamentais ainda que existam políticas concorrentes do Estado.

As discussões, sejam contra ou a favor da manutenção do instituto, tomam um viés puramente doutrinário e pouco pragmático. Não que a discussão doutrinária seja inócua, mas são conceitos que não revelam a real importância do instituto da remessa necessária ou revele a sua completa inutilidade. Essa análise será confrontada a partir de pesquisa empírica realizada em Tribunais estaduais e permite ter uma dimensão do que faz o instituto da remessa necessária para, a partir daí, conseguirmos dar um passo em direção à eficiência da norma dentro do ordenamento jurídico, ainda que se estabeleça que a segurança financeira dos entes menores como o Município se dê por meio do instituto de remessa necessária e que possibilita que sejam levados a cabo todos os programas sociais e ambientais daquele município como medida de garantia social.

A análise econômica vem em auxílio ao direito como instrumento capaz de analisar com mais proximidade da realidade se afastando da retórica, que não tem maiores preocupações empíricas, o bojo desse auxílio está na definição do que é eficiente na relação entre a norma e seu real impacto no mundo jurídico.

Já foi estabelecido nas páginas anteriores o que a doutrina dedica em relação ao instituto remessa necessária. Portanto, se conseguiu determinar que parte da

doutrina elege o instituto como uma espécie de barreira contra eventuais equívocos cometidos pelo Judiciário em prejuízo aos cofres públicos. Assim o Erário sempre estaria protegido face à revisão obrigatória de demandas em que a Fazenda fosse sucumbente. Além dessa proteção há justificativas constitucionais que, segundo os doutrinadores, fortalecem a manutenção do instituto remessa necessária nas leis processuais passando a descrever as garantias constitucionais que o Estado tem frente ao particular. Assim como esse, outros argumentos surgem, sem nenhum dado coletado, principalmente no lugar onde o instituto remessa necessária atua, que é o Judiciário.

Os argumentos ganham reforços unicamente teóricos. Do outro lado, e munidos também de argumentos elaborados está quem defende a extinção do instituto remessa necessária. Para tanto, entre outros argumentos, apresentam a desigualdade no equilíbrio processual que a referida lei leva ao processo, privilegiando a Fazenda Pública em prejuízo dos seus administrados, sendo esse um dos viabilizadores da extinção do dispositivo. Ainda há, em manuais de processo aqueles que apenas descrevem o instituto quanto ao seu funcionamento no mundo jurídico afastando-se de qualquer preocupação quanto a sua eficiência ou não.

Viu-se, também, o conceito de eficiência, que foi tratada aqui como forma de aproveitar de maneira ótima os recursos disponíveis, sendo assim caracterizado pela eficiência produtiva o que está em alinhamento à definição de eficiência na seara econômica, que é a que importa. Em outras palavras, uma política pública, por exemplo, será eficiente se além de alcançar os fins que se propõem maximizar os seus efeitos com os recursos disponíveis.⁹⁰ Conforme exemplo anteriormente citado de um determinado município para erradicar o analfabetismo, devesse atender 60 (sessenta) crianças por ano, o prefeito poderia construir duas escolas que comportassem 50 (cinquenta) alunos, a medida seria eficaz, todavia construindo uma que comportasse 60 (sessenta) a medida seria eficiente⁹¹.

A pergunta permanece: O que faz o instituto remessa necessária no mundo jurídico? Segundo a análise econômica do direito e o conceito de eficiência de

⁹⁰LANIUS, Danielle Cristina; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira; STRAIOTTO, Raquel Maia *O princípio da eficiência na jurisprudência do STF*.

⁹¹Ibidem.

antemão se pode concluir que o instituto remessa necessária concorre na sua natureza com os princípios norteadores da AED e com os conceitos de eficiência. Isso porque, na concepção do referido instituto, o legislador tinha em mente evitar qualquer dano ao Erário, fruto de um equívoco de uma decisão judicial. Foi visto no início do presente estudo que o instituto remessa necessária não é novidade no ordenamento processual civil⁹², e da sua elaboração ainda no primeiro código poder-se-ia considerar a sua relevância. Se considerarmos a dificuldade na apuração de diferentes decisões que envolviam a Fazenda Pública e certamente um eminente prejuízo ao Erário advindo de uma sentença equivocada, podemos com certo esforço considerar essa uma boa razão para a criação do dispositivo remessa necessária. Infelizmente não há dados, que se encontrem com certa facilidade, de processos revertidos ou não revertidos em razão da aplicação do artigo em estáticas nos Tribunais em meados de 1939 e para estabelecermos como critério. Todavia, a verdade é que em 2015 o operador do direito e elaborador da norma processual já contavam com informações sobre a eficiência do dispositivo remessa necessária no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, no nosso exemplo da escola, o dispositivo “construiu” uma escola para milhares de alunos e que é frequentada apenas por algumas dezenas. Ou seja, ao segundo grau são levados milhares de processos para uma “confirmação” da sentença, onerando o Estado e desperdiçando o recurso escasso que é a prestação jurisdicional.

Assim, não há razão para a manutenção da remessa necessária no ordenamento jurídico pois contribui para os cenários de má prestação jurisdicional na medida em que, como será demonstrado no Capítulo 4, reservado à pesquisa do instituto, proporciona trabalho inútil na análise de inúmeros processos.

3.1 O custo social do processo

O excesso de processos é um problema a ser combatido no âmbito do Judiciário. O Judiciário padece de pouca agilidade no exame das ações, a utilização

⁹²Rogério Tadeu Romano – Remessa Obrigatória - No Brasil independente, a chamada “apelação *ex officio*” surgiu em 1831, artigo 90, onde se determinava ao juiz a remessa necessária ao tribunal superior de sua sentença proferida contra a Fazenda Nacional. O CPC de 1939 manteve o instituto no artigo 822. O CPC de 1973 ditou a matéria no capítulo de recursos não dando a ele o nome de “apelação *ex officio*”, determinando a remessa da sentença ao tribunal superior, em casos que taxativamente enumerou. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/62860/remessa-obrigatoria>>.

de recursos de forma equivocada revela um Judiciário com poucas chances de uma prestação adequada, avocando para si uma grande quantidade de processos e impossibilitando seu melhor funcionamento.

Para um melhor funcionamento da máquina judiciária, conforme visto anteriormente, é necessário que haja um direcionamento e a adoção de um critério com base na lógica custo-benefício. No caso em questão, a demonstração do custo benefício do instituto remessa necessária, cujas consequências representariam um desfavor ao sistema jurídico, não faz com que o atual instituto tenha proveito jurídico e econômico.

Essa análise deve encontrar amparo na verificação custo-benefício, conforme será tratado no capítulo seguinte, e assim se poderá verificar o resultado negativo da utilização do referido instituto.

A hermenêutica jurídica tem por objetivo reproduzir o sentido dado pelo legislador no momento de elaboração da lei e, como já visto aqui, a análise econômica do direito vem em amparo tanto na interpretação da lei, quanto na elaboração do próprio comando legal, se se vale dos instrumentos da AED. Assim, verificar-se-ia a aplicação do texto em abstrato, e, conseqüentemente, a extinção do próprio comando legal cotejando a teoria e esse estudo.

Conforme veremos mais adiante, e com mais detalhe, segundo informações do CNJ, no ano de 2016 tramitaram no Judiciário 102 milhões de processos para um total de 17.338 magistrados.⁹³ Isso se relaciona com o tempo do processo, é uma questão que importa nesse estudo em razão da demora da parte vitoriosa, no processo em relação à Fazenda Pública, ter acesso ao valor que ganhou, mas se o processo tem que obrigatoriamente percorrer o segundo grau de jurisdição o final desse processo e retardado, considerando que tem que concorrer com outras demandas, o que caracteriza desperdício de recurso público.

As normas são feitas para o benefício social e estruturada pensando no sistema para que funcione de maneira a proporcionar aos cidadãos uma melhor resposta do Estado. Vimos o que é eficiência e, em contrapartida, os custos do Estado por conta

⁹³ Disponível em:<cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2018>.

desse desarranjo e, para evitar tal situação, a qualidade das leis deve verter em bem-estar social.

Assim teríamos como forma de análise legislativa a verificação dos efeitos da lei em um determinado cenário, ou seja, no caso específico, quando da elaboração do instituto remessa necessária pensou-se em proteção ao Erário, na medida em que erros contra a Fazenda seriam minimizados se houvesse um “duplo grau de jurisdição obrigatório.” E tal medida vinha cumprindo o seu papel até que se verificou, pelos dados coletados, que a sua manutenção não se justifica, sobretudo que, com o aparelhamento das procuradorias e do Judiciário é perfeitamente possível verificar com facilidade cada decisão exarada em qualquer lugar do país. Por essa razão já não seria mais tão necessária a remessa do processo para “conferir” a decisão do juízo de primeiro grau, e se somasse a isso o custo do procedimento. Se adicionarmos a baixa reversibilidade, e que o instituto contribui para a duração de mais processos no Judiciário, esses argumentos por si só bastariam para invalidar a utilidade da remessa necessária. Assim, o instituto exerce outra função distinta da qual foi criada.

3.2 O bem-estar econômico como critério normativo

O que é o bem-estar social? O bem-estar social é indicado pelo grau de satisfação da pessoa e é chamado de utilidade, o conteúdo dessa satisfação é determinado a depender da análise jurídica que se queira fazer, assim tudo que possa fazer bem ao indivíduo entra nessa composição. Podemos colocar em números essa utilidade das situações a serem analisadas. Dessa forma, considerando que um determinado indivíduo tenha em mente que a situação x é preferível à situação y e que y é preferível à situação z, poderíamos considerar $x=10$ $y=5$ $z=2$ para aquele indivíduo. Assim uma situação é melhor quando a utilidade sobe, por exemplo, de y para x. Deste modo, considerando o indivíduo e o seu nível de satisfação e relacionando a esse exemplo a um eventual processo, em que esse indivíduo seja o autor, e tenha sido vitorioso nessa ação, salvo melhor juízo, a situação do indivíduo tende a regredir na escala de satisfação apresentada. Demonstrando que essa queda da utilidade contribui para a afirmação do insucesso da norma, seja pelo aspecto do indivíduo considerado, seja pela coletividade ou pelos dados empíricos coletados, o que traduz que o instituto carece de qualquer legitimação.

Segundo Shavell e Kaplow⁹⁴ a fixação do parâmetro normativo tem que estar atrelada ao bem-estar social, para tanto, não se podendo desviar dessa finalidade, ainda que para contemplar questões abstratas de justiça. Assim, muitas escolhas fundadas unicamente em princípios (jurídicos, por exemplo) acabam se afastando da realidade e concretizando seu atuar às custas do bem-estar social. Para esse caso, em específico, tratando de remessa necessária, se traçou uma linha que foi a de verificar o posicionamento doutrinário a respeito do tema, identificando, assim, os posicionamentos a favor e contra a manutenção desse instituto no nosso código. Nesse ponto, se verifica que, os que se posicionavam a favor da norma, fundamentavam seus argumentos nos princípios jurídicos e os que defendiam a extinção do instituto jurídico de uma maneira geral também fundamentavam os seus argumentos em outros princípios jurídicos.

De posse desses posicionamentos, foi verificado em que a análise econômica pode objetivamente amparar esse ou aquele posicionamento, considerando primordialmente dados empíricos para que essa ou aquela tese de defesa ou não do instituto remessa necessária possa mostrar-se socialmente útil. Nesse tópico, um contribuinte dessa análise é a verificação do bem-estar social como verificador da norma, ou seja, ao mesmo tempo em que o instituto remessa necessária possibilita livre acesso às cortes superiores, inviabilizando o seu funcionamento pela quantidade de “recursos” retardando a satisfação do resultado do processo em prejuízo ao cidadão. A verificação do atuar da norma é o instrumento da análise econômica normativa fundada no bem-estar, só que, no caso em questão, a percepção é até mais fácil de visualizar em razão da pesquisa empírica realizada que veremos adiante.

Na medida em que se verificam os números, sabe-se que o instituto remessa necessária atrasa o recebimento do processo por parte do autor, demorando anos para receber um valor que já em tese teria direito, mas tem que aguardar o seu processo ser revisado em segundo grau para poder receber.

⁹⁴WOLKART, Erik Navarro. Análise Econômica do processo Civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Editora Revista dos Tribunais, fev. 2019. Harvard Law Review sob forma de artigo - KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Fairness versus Welfare. *Harvard Law Review*, v. 1114, n. 4, fev. 2001.

Agora, se o bem-estar é componente de análise e validação da norma, nesse cenário ela se mostra em desarmonia, pois sabido que o tempo médio de um processo é calculado em anos de tramitação e é questão notória que representa grave prejuízo à sociedade brasileira. Está-se diante de uma legislação que não reflete as concepções de bem-estar. Como já foi dito acima, os argumentos de defesa em relação à manutenção do instituto ou sua retirada do ordenamento jurídico não pode apenas ser argumentativa, à custa do bem-estar do indivíduo; não se pode preferir o argumento jurídico à custa do sacrifício do indivíduo, isso é inverter a função de cada um deles.

3.3 Conclusão parcial

O que se destacou nesse capítulo é o objetivo da norma, qual seja, a norma é feita para o benefício social e estruturada pensando no sistema para que funcione de maneira a proporcionar aos cidadãos uma melhor resposta do Estado. A análise econômica pode objetivamente amparar esse ou aquele posicionamento que se queira arquitetar, considerando, primordialmente, dados empíricos para que qualquer das teses, seja em defesa ou não do instituto remessa necessária possa prosperar. A manutenção do instituto ou sua retirada do ordenamento jurídico não pode apenas ser argumentativa e à custa do bem-estar do indivíduo. Não se pode preferir o argumento jurídico sem a análise do seu alcance no mundo real, isso, é inverter a função do propósito normativo.

CAPÍTULO 4 – ESTATÍSTICA E RESULTADOS DA REMESSA NECESSÁRIA

Certamente após a revolução científica, nos foi apresentada uma fórmula para a percepção do mundo onde vivemos com maior rigor do que se tinha anteriormente. Quando a percepção do mundo se dava pela compreensão ou interpretação das Escrituras, a lógica estava no texto sagrado, e a fórmula proposta pela ciência de então era muito diferente. Para o conhecimento era necessário: Conhecimento = Dados empíricos X Matemática. Para avaliar o verdadeiro tamanho da terra observava-se o sol, a lua e os planetas através de vários lugares do mundo, de suas posições; uma vez acumulados esses dados usava-se a trigonometria para afirmar que a terra era redonda. Na prática isso permite dizer que o conhecimento científico demanda muita observação, levantamento de dados empíricos, uso de ferramentas matemáticas. Antes dessa metodologia, as respostas para as questões deveriam ser consultadas na Bíblia, ou seja, em Jó 38,13, está escrito que “Deus poderia agarrar as beiradas da terra e os iníquos seriam dela sacudidos”, portanto na equação: Conhecimento = Escritura x Lógica, “beirada” e agarrar denotaria que a terra é um quadrado. Outro ‘sábio’ rechaçaria essa conclusão quando nas escrituras Isaías 40,22, diz que Deus “senta-se no trono acima do círculo da terra” sendo prova de que a terra é redonda.⁹⁵

Assim a teoria científica sólida, seja ela qual for ou qualquer conceito que se queira defender, na forma mais operativa da filosofia proposta por Karl Popper, que de acordo com o modo de pensar uma teoria científica, ela nada mais é que um modelo matemático que descreve e codifica as observações que fazemos.⁹⁶

O que se quer demonstrar com os argumentos a favor e contra é que a retórica simplesmente acaba por confundir a nossa percepção do real. Por mais consagrado que seja o autor sobre determinado tema jurídico que se queira debater, o argumento não pode se sustentar sem uma verificação mínima da realidade do que se tenta demonstrar.

A metodologia adotada para a referida pesquisa assentou-se na forma de coleta de dados de todos os processos julgados pelos tribunais (TJMG e TJDF) em

⁹⁵HARARI, Yuval Noah – **Homo Deus – Uma Breve História do Amanhã**; tradução Paulo Geiger Paulo. Companhia da Letras, 2016. p. 242.

⁹⁶ HAWKING, S.W (Stephen W). **O universo numa casca de noz**. (Ed. Especial). Rio de Janeiro Nova Fronteira 2012. p. 43.

relação à remessa necessária. Assim, no universo de processos enviados à segunda instância por meio do instituto remessa necessária, verificou-se quantos daqueles processos tiveram seus resultados alterados, ou seja, aqueles em que a sentença de primeiro grau foi reformada pelo juízo superior. De posse desses dados, passou-se ao cálculo da mediana do número total dos processos para que se pudesse ter a visão da eficiência concreta ou prática da remessa necessária.

Importante acrescentar que entre os dados coletados nos dois Tribunais de Justiça, não foram tomados objetos ou pontos específicos de nenhum dos processos. Foram coletados para este estudo todos e quaisquer processos, que por razão da sucumbência da Fazenda Pública foram remetidos à segunda instância em razão da remessa necessária. Não se discriminou o conteúdo do processo, nem por objeto nem por valores.

Uma vez familiarizado com os conceitos que se relacionam com o tema remessa necessária, no que diz respeito à AED, faremos a verificação dos dados coletados para o referido estudo. Conforme acentuado anteriormente, as ferramentas da AED se aproximam ou fazem com que o instituto remessa necessária possa ser avaliada no mundo real, quanto à sua concreta eficiência. Assim, os dados abaixo são essenciais para confirmarmos ou não os argumentos até aqui expostos.

4.1 - O fim dos escanteios no futebol

Antes de apresentarmos os dados já indicados acima, pode-se antecipar que mostram uma realidade distante da que imaginávamos existir. Veja-se por exemplo o livro intitulado “Os números do jogo”, obra criteriosa e divertida o autor nos provoca informando de início que tudo que você sabe sobre futebol está errado! A questão é, o que exatamente um trabalho estatístico sobre futebol se relaciona com um estudo sobre um instituto processual e sua eficiência no ordenamento brasileiro? A verdade, e segundo nossa opinião, tudo! Vejamos, no presente trabalho nós inicialmente elencamos o que os doutrinadores falam a despeito do instituto remessa necessária e nesse ponto, ao colher as diversas opiniões, verificamos que as diferentes correntes se assentam apenas em argumentos baseados em outros argumentos de autoridade anteriores àqueles, e por essa razão tem-se aí concretizada uma teoria sobre o instituto da remessa necessária. Pouco se sabe de sua eficiência.

Em seguida, verificamos o instituto nos valendo de instrumentos trazidos pela AED, como uma forma de avaliar a norma à luz da eficiência, ou seja, desvendar o instituto e entender para o que ele realmente serve. Quando iniciamos esse capítulo com o título que remete ao futebol e fazendo uma analogia com o instituto, nos perguntamos sobre a relevância desse propósito, o futebol assim como os institutos do CPC é objeto de opiniões fundamentadas em outras opiniões e que por muitas vezes sem o cuidado de uma análise mais criteriosa. O que o estudo dos estatísticos do futebol informa é que apenas 0,4%⁹⁷ dos escanteios cobrados resultam em gol, esse trabalho foi realizado ao longo de 10 anos no campeonato inglês, um dos mais disputados e assistidos no mundo, ou seja, um procedimento corriqueiro repetido muitas e muitas vezes, e ninguém nunca percebeu que era tão ineficiente, aí que me parece o argumento servir tanto para os escanteios, como para a remessa necessária.

Quando surgiu o tema sobre a eficiência da remessa necessária, o que se pode pensar em um primeiro momento é a segurança jurídica, o duplo grau de jurisdição, a proteção dos cofres públicos, conforme já mencionado nos capítulos anteriores. O que nunca nos deparamos foi exatamente com os números dessa realidade conforme apresentados na tabela abaixo, é importante destacar que foram incluídos o total de processos, e desse total tratamos os dados dos processos improvidos *versus* provido/parcialmente provido, para chegar à porcentagem de eficiência da remessa necessária.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL⁹⁸

PROCESSOS QUE TRAMITAM (RAM) EM MEIO FÍSICO:
Classe - Remessa Necessária - Foram contabilizados:
8.843 processos autuados. Destes:
a) 382 processos foram providos; e
b) 335 parcialmente providos.

⁹⁷ Chris Anderson e David Sally. **Os números do Jogo**: Porque tudo o que você sabe sobre futebol está errado. Tradução André Fontenelle.

⁹⁸ Não se considerou, na pesquisa, o valor de cada causa envolvida em cada processo, nem o objeto que trata cada demanda, se se considerou apenas o número de ações enviadas em 2º grau e a porcentagem de reversibilidade.

Total de 8.843 processos destes 382 providos 335 parcialmente providos, total igual a 717 Provido/Parcialmente providos.
$717 \times 100/8.843 = 8,10\%$ Provido/Parcialmente providos
PROCESSOS QUE TRAMITAM (RAM) EM MEIO ELETRÔNICO:
Classe - Apelação/Reexame Necessário – Foram contabilizados:
986 processos autuados. Destes:
a) 129 processos foram providos; e
b) 62 foram parcialmente providos.
986 Processos destes 129 providos 62 parcialmente providos, total igual a 191 Provido/Parcialmente providos.
$986 \times 100/986 = 19,3\%$ Provido/Parcialmente providos
Classe - Reexame Necessário – Foram contabilizados
342 processos autuados. Destes:
a) 5 processos foram providos; e
b) 5 foram parcialmente providos.
342 Processos destes 5 providos 5 parcialmente providos, total igual a 10 Provido/Parcialmente providos.
$10 \times 100/342 = 2,92\%$ Provido/Parcialmente providos
fonte TDFT 2018 ⁹⁹

Os dados foram tratados da seguinte forma: foram contabilizados os processos em meio físico no TJDFT, e calculada a taxa de provimento e também parcialmente providos; dos quais verificou-se a porcentagem de reversão e manutenção da sentença, após foram tratados os dados dos processos em meio eletrônico em que

⁹⁹ A pesquisa foi realizada apenas no TJDFT e TJMG pois os 27 (vinte e sete) Tribunais, aos quais foram solicitadas tal pesquisa (qual a porcentagem de reversão de processos enviados à segunda instância em remessa necessária?) apenas os TJDFT e TJMG responderam a solicitação após duas solicitações para cada um dos 27 (vinte e sete) Tribunais Estaduais e 5 Tribunais Federais. A confirmação dos dados está nos anexos do presente trabalho, TJDFT e TJMG e reposta do TRF 5 que não tem tais dados.

houve apelação/remessa necessária e calculada a taxa de provimento e parcialmente providos, dos quais verificou-se a porcentagem de reversão e manutenção da sentença. Por fim, os que tramitaram em meio eletrônico e em apenas remessa necessária e calculada a taxa de provimento e parcialmente provido, dos quais verificou-se a porcentagem de reversão e manutenção da sentença.

Assim podemos perceber que em um universo de 8.843 (oito mil oitocentos e quarenta e três) processos apenas 717 (setecentos e dezessete) foram providos e parcialmente providos, aproximadamente **8,11%** de provimento e parcial provimento.

Por meio eletrônico, dos 986 (novecentos e oitenta e seis) processos e, desses processos, apenas 191 (cento e noventa e um) tiveram a remessa necessária provida e/ou parcialmente provida, ou seja, menos de 20% (**19,37%**), de provimento e parcial provimento.

ReE em reexame necessário 342, e desses apenas 10 providos (menos de 3%) (**2,92%**), de provimento e parcial provimento¹⁰⁰.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS¹⁰¹

1) Listamos os julgamentos das apelações cíveis e das remessas necessárias:				
Apelação Cível e Remessa Necessária Julgamentos em 2017				
Apelação Cível 76433				
Apelação Cível/Remessa Necessária 6348				
Remessa Necessária Cível 1861				
Total 84642				
2) Resultados de julgamento das remessas necessárias:				

¹⁰⁰ O cálculo utilizado para chegar à porcentagem foi o número de revertidos e parcialmente revertidos X 100, o resultado, dividido pela quantidade de processos para se chegar à porcentagem. A tabela sofreu uma alteração estética apenas para melhor visualização dos dados e da fórmula utilizada, por óbvio os dados são rigorosamente os mesmos.

¹⁰¹ Não se considerou, na pesquisa, o valor de cada causa envolvida em cada processo, nem o objeto que trata cada demanda, se se considerou apenas o número de ações enviadas em 2º grau e a porcentagem de reversibilidade.

Remessa julgamentos	Necessária	Resultado dos				
Reformada sentença 529						
Demais resultados 1332¹⁰²						
8.209 processos destes 529 providos 1332 parcialmente providos igual a 1871 Provido/Parcialmente providos.						
$1.871 \times 100/8209 = \mathbf{22,67\%}$ Provido/Parcialmente providos ¹⁰³						
Fonte TJMG ¹⁰⁴						

Os dados, tal qual a tabela acima, foram tratados da seguinte forma: foram contabilizados os processos que tramitaram no TJMG, via remessa necessária e remessa necessária/apelação, e calculada a taxa de provimento e parcialmente provido, dos quais verificou-se a porcentagem de reversão e manutenção da sentença.

Assim, apenas 1.861 dos 8.209 processos, ou seja aproximadamente 20% (**22,67%**) de reversibilidade e parcial reversibilidade.

Percebam que estamos falando de um recorte temporal de um ano, 2018 primeiro quadro, 2017 segundo quadro, em apenas dois Tribunais do país, isso já com o filtro trazido pelo novo CPC, que reduziu a aplicação da remessa necessária, em relação ao reexame do CPC anterior.

¹⁰² Consideramos esse valor de “demais resultados” de 1.332 processos como processos parcialmente providos.

¹⁰³ O cálculo utilizado para chegar à porcentagem foi o número de revertidos e parcialmente revertidos X 100, o resultado, dividido pela quantidade de processos para se chegar à porcentagem. A tabela sofreu uma alteração estética apenas para melhor visualização dos dados e da fórmula utilizada, por óbvio os dados são rigorosamente os mesmos.

¹⁰⁴ A pesquisa foi realizada apenas no TJDF e TJMG pois os 27 (vinte e sete) Tribunais, aos quais foram solicitadas tal pesquisa (qual a porcentagem de reversão de processos enviados à segunda instância em remessa necessária?) apenas os TJDF e TJMG responderam a solicitação após duas solicitações para cada um dos 27 (vinte e sete) Tribunais Estaduais e 5 Tribunais Federais. A confirmação dos dados está nos anexos do presente trabalho TJDF e TJMG e reposta do TRF 5 que não tem tais dados.

Para tanto temos a mediana¹⁰⁵ de 13,7% de reversibilidade dos processos que ascendem aos tribunais por conta da remessa necessária, calculada da seguinte forma (2,9, **8,10**, **19,3** e 22,7), sendo a mediana o valor médio da soma dos números do meio, a média seria igual a **13,2%**. Percebe-se que as porcentagens de reversibilidade são todas baixas, nos Tribunais, mas diferentes resultados foram extraídos de cada um dos quadros acima. Observou-se o cálculo mediano considerando cada uma das realidades, pois o cálculo mediano, em teoria é o mais indicado para porcentagens tão distintas por se aproximar da realidade, todavia a contrário senso, a média ficou menor do que a mediana 13,2%, ou seja, a média de reversibilidade do instituto remessa necessária é baixa, pouco importa a equação que se queira utilizar.

Portanto, optou-se por utilizar a mediana, para que o resultado se aproximasse mais da realidade que esses casos requerem, e nesse sentido conseguimos ter uma perspectiva da realidade do instituto (eficiência); na verdade a mediana é utilizada para que um valor não fique distorcido por bordas extremamente altas ou baixas. Em estudos estatísticos sobre renda familiar ou outros ativos voláteis, a média pode ser distorcida por um pequeno número composto por amostra de valores extremamente altos ou baixos. A ideia de mediana aparece em distribuições por ser menos suscetível a valores excepcionalmente altos ou baixos. A mediana pode ser uma melhor indicação de tendência central que a média aritmética de valor, uma vez que é fácil de calcular e simples de entender, e fornece uma medida mais robusta.

Assim, a equação que se pretende apresentar é absolutamente simples.

Pelos exemplos acima demonstrados é possível admitir que se um processo custa “X”, e se da totalidade de processos enviados à segunda instância, são

¹⁰⁵ Mediana é o valor que separa a metade maior e a metade menor de uma amostra, uma população ou uma distribuição de probabilidade. Em termos mais simples, mediana pode ser o valor do meio de um conjunto de dados. No conjunto de dados {1, 3, 3, 6, 7, 8, 9}, por exemplo, a mediana é 6. Se houver um número par de observações, não há um único valor do meio. Então, a mediana é definida como a média dos dois valores do meio. A mediana é uma medida comum das propriedades de conjuntos de dados em estatística e em teoria das probabilidades, com importância central na estatística robusta. A estatística robusta é mais resistente, com ponto de ruptura de 50%. A mediana não fornece resultados arbitrariamente grandes desde que mais da metade dos dados não esteja contaminada. A vantagem da mediana em relação à média é que a mediana pode dar uma ideia melhor de um valor típico porque não é tão distorcida por valores extremamente altos ou baixos. Em estudos estatísticos sobre renda familiar ou outros ativos voláteis, a média pode ser distorcida por um pequeno número de valores extremamente altos ou baixos.

‘aproveitados’ ou sofrem reversão somente 13,7%, considerando o universo de 100%, temos que 86,3% dos processos analisados como forma de capital subaproveitado em razão do funcionamento do instituto. Assim, é visivelmente desnecessária a utilização do instituto no ordenamento processual civil. Sempre pode haver o questionamento se esses 13,7% pudessem representar um valor tão considerável que ainda assim se justificaria a manutenção da remessa necessária. A justificativa da criação do instituto desde o princípio foi o de proteção ao Erário, tempo em que se tinha o Estado e o Judiciário ainda carentes de instrumentos de avaliação modernos. Todavia, com o aparelhamento do Estado e com recentes campos de Administração Pública é possível verificar com precisão tais resultados ou mesmo os resultados de cada dispositivo no âmbito do Judiciário.

Não parece servir como fundamento, para a manutenção da remessa necessária, o argumento dos valores envolvidos em cada processo, no caso em que o surgimento de eventual processo bilionário, entre os 13,7%, fizesse com que a reversão da sentença desse processo bilionário faça valer a pena anos de desperdício de recursos públicos, como se o instituto se revertesse em uma espécie de “deixa aí que às vezes funciona”, em sede de AED qualquer desperdício é injustiça¹⁰⁶, ademais, ainda que superadas essas observações, um processo desse vulto certamente teria toda a atenção do advogado público com o fim de evitar qualquer equívoco. Para os processos de alto valor existe o recurso voluntário, a apelação ou outro, que permita o exame com clara manifestação de interesse em recorrer e em reverter a decisão adversa.

Não se considerou o custo do advogado público X o custo da remessa necessária em conjunto com a taxa de reversibilidade, pela razão do advogado público já está contratado, em caso de verificação de valores muito elevados em relação ao pagamento do advogado nesse panorama, essa análise poderia mudar.

¹⁰⁶ GICO JR. Ivo Teixeira. In: *Direito e economia no Brasil*. Coordenador Luciano Benetti Timm – 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019. “A AED é incapaz de dizer o que é justo o que é certo ou errado, uma vez que essas categorias estão à cargo do mundo dos valores, de outro lado para um juseconomista o que importa é a eficiência, nesse contexto não existe análise de certo e errado, no campo do subjetivismo, o que deve ocorrer é que essa dada política se realize sem que ocorra desperdício, assim e se considerarmos a escassez de recursos e necessidade humana ilimitada a injustiça se assenta no desperdício.”

Voltando ao futebol, a solução testável para os escanteios, segundo o referido livro, foi melhor aproveitar-se daquela oportunidade, ou seja, ficando com a bola para tirar proveito da sua posse, ao invés de simplesmente lançar a bola na área. No nosso caso, e veremos no capítulo próximo as intervenções da Advocacia Pública, cabe a eleição ou não o recurso de apelação, com os seus riscos intrínsecos, mas que podem transformar o instituto em medida de eficiência.

Essa análise, é importante dizer, foi feita a partir do novo filtro do CPC/2015, pois na vigência do CPC antigo o elevador do reexame necessário no Judiciário comportava muito mais processos.

4.2 Dados x Teoria

Quanto aos dados coletados, é sempre bom frisar que apenas dois Tribunais Estaduais disponibilizaram as informações para o presente estudo, nenhum Tribunal Federal forneceu qualquer informação, dessa forma foi feita uma pesquisa processo a processo no TRF1¹⁰⁷, conforme anexo 5, onde foi verificada a baixa reversibilidade das demandas enviadas à segunda instância por meio da remessa necessária, o foco foi analisar o percurso do instituto quanto à sua eficiência e como modular a sua atuação, como já informado. Não se considerou o custo do advogado público X o custo da remessa necessária em conjunto com a taxa de reversibilidade, pela razão do advogado público já está contratado, em caso de verificação de valores muito elevados em relação ao pagamento do advogado nesse panorama, essa análise poderia mudar.

Também, e como já dito no início desse capítulo, ao se iniciar o presente trabalho foram cotejadas as diversas opiniões sobre o tema com a finalidade de verificar em que se fundava essa ou aquela tese. Como já dito, todas carecem de um instrumento

¹⁰⁷ A pesquisa foi realizada em 15 de agosto de 2019 no site do TRF1.JUS.BR o processo em comento tem a numeração 2008.01.99.013730-2/MG. A pesquisa foi realizada sob o assunto remessa necessária no campo jurisprudência do referido site, os resultados pesquisados página por página tomando por amostragem 100 (cem) processos na sequência que apareceram na referida data até encontrar um processo com reversão da decisão que foi o 100º, para verificar do valor que se tratava a reversibilidade da decisão que deu parcial provimento para excluir da condenação o pagamento das custas conforme decisão no anexo 5.

empírico para dar-lhes suporte, ou seja, referir-se o argumento à Constituição da República não empresta a tese, nesse específico, a análise que ele merece. Assim pelos números acima coletados, verificou-se que a estatística é o maior argumento em desfavor do instituto.

A defesa do instituto em sua eficiência em relação à proteção dos cofres públicos, conforme dados trazidos, concorre para a sua retirada da legislação processual civil. Parecem evidentes os gastos desnecessários em obediência à própria proteção do Erário.

Ainda os que militam pela extinção do referido instituto, ao afirmarem que o instituto empresta à Fazenda privilégio entres os participantes da relação processual e que tal sistema afronta os princípios constitucionais, ou quando apontam a disparidade de armas entre a Fazenda e o cidadão. Acertam apenas no requerimento de exclusão do dispositivo, todavia, apartados dos dados, os argumentos de uma ou outra vertente tem igual valor, por essa razão importante a coleta das informações que nos mostram como atua o instituto no mundo real.

Assim como afirmado anteriormente, as discussões que tomam um viés doutrinário e pouco pragmático se distanciam da realidade, por essa razão buscou-se na AED melhor compreender o instituto, conforme ensinamento do professor Luiz Fux¹⁰⁸.

Ainda olhando para os dados das tabelas acima se pode empregar os conceitos de eficiência tal qual a eficiência produtiva e, num simples olhar para os números trazidos, se percebe que do ponto de vista da eficiência produtiva em que qualquer desperdício de recurso é indesejável, e ainda que a Administração Pública deva atuar

¹⁰⁸Fux, Luiz. *Processo Civil e Análise Econômica*. p. 8 a 10. Forense. Edição do Kindle. O método científico, em qualquer área do conhecimento, abrange dois tipos de análise igualmente importantes: a elaboração de proposições sobre a realidade observável e o teste da capacidade explicativa ou preditiva dessas proposições em confronto com evidências empíricas. (...) O emprego do raciocínio matemático possibilita a formalização do raciocínio adotado, evitando confusões por ambiguidades semânticas e truques de linguagem, pois cada passo do raciocínio deve ser fundamentado de forma explícita. (...) A matemática possui pretensão de universalidade, possibilitando provar que determinada conclusão será sempre verdadeira desde que mantidas as premissas em que o modelo se baseia. A matemática é mais que uma linguagem, é um método de raciocínio estruturado de cujo rigor resulta a confiabilidade das conclusões, obtidas pela rigorosa derivação de consequências lógicas.

de forma eficiente, por certo a remessa necessária desempenha papel inverso ao dos objetivos da sua concepção, onde o objetivo final é proteção do Erário e melhor prestação. Ao invés de gerar mais benefícios à sociedade com o pouco recurso, gera pior prestação com desperdício.

Feito o levantamento de processos remetidos ao segundo grau, por meio da remessa necessária, conforme tabelas acima, e comprovada a baixa taxa de reversibilidade das ações, houve o cuidado de analisar os números com cada um dos conceitos trazidos ao logo do estudo e os números nos mostram uma realidade distinta do que a princípio entende-se do dispositivo remessa necessária.

Ciente da quantidade de processos que o nosso Judiciário tem que lidar ano após ano, a remessa necessária faz crescer esse número, por essa razão deveria haver um juízo que pese as consequências de eventual recurso. Assim, como debatido nos capítulos anteriores, quando se falou de racionalidade, era emprestar à norma a possibilidade de recorrer ou não com a análise de eventual recurso, o próprio advogado verificaria a pertinência do recurso, e com os números aqui demonstrados parece fácil concluir que o índice de recurso seria mínimo.

Como as breves considerações da racionalidade maximizadora, já comentada nos capítulos anteriores, o dispositivo foi comparado a fim de verificar se sua formulação está ou não alinhada ao conceito de eficiência e, claro, não estando, não deveria prevalecer no mundo jurídico em sede de AED. Assim, foi deixada a confirmação dessa assertiva para esse capítulo, onde se tentará confrontar a teoria e a realidade expressada pelos números, esses números mostram o funcionamento da máquina judiciária quando o instituto remessa necessária é acionado.

De posse dos conceitos de escassez de recursos e de resultados nada eficientes a relação do conceito racionalidade é apropriada para iluminar o instituto remessa necessária. Aqui se busca emprestar ao instituto uma condição de análise e, como já foi dito, é certo que o referido instituto não permite escolha ao advogado público, ou seja, ele é “ativado automaticamente” sendo a Fazenda sucumbente. Mas o legislador o fez assim, sem, contudo, e talvez por falta de instrumentos que lhe aclarasse a mente, ignorou o fato de que toda escolha pressupõe alternativas possíveis e excludentes. Então aqui e mais uma vez diante dos números, observamos que diante de um cenário normal onde as possibilidades se apresentam, eleger-se-ia,

entre o custo/benefício, aquela que apresenta melhores resultados, deixando de lado aquela que lhe é menos benéfica. E, ao se analisar o dispositivo sobre esse prisma conclui-se que esse pensamento não foi transportado para o funcionamento da norma, ou seja, um sujeito racional, de posse das estatísticas, não elegeria “recorrer em remessa necessária” após apresentado o cenário acima.

Todavia, e é esse o contraponto, o faria, ou seja, recorreria se a ele fossem apresentados elementos hermenêuticos, gramatical, e aí, se se confere mais importância à análise gramatical do que as tabelas representativas da realidade, o caminho será diverso do caminho da prudência. Por essa razão é importante ter ferramentas que nos aproximem da realidade como condição da aplicação do direito de forma eficiente, ao menos no que toca esse instituto de remessa necessária.

A legislação está impregnada de sentidos diversos das quais se queiram atribuir, no nosso caso, se pensarmos na possibilidade de manutenção ou não dos dispositivos, tomando por base os argumentos contra e a favor acima descritos, não chegaríamos a uma conclusão do ponto de vista da eficiência, pois ninguém até então olhou para a realidade para sustentar seu argumento. Qual a implicação dessa situação? Se se chega a conclusões distintas sobre qual é a razão da existência da norma e também distintas as conclusões sobre a atuação do referido artigo, o único critério são os dados que avaliam a eficiência.

Quando se fala aqui de racionalidade sabe-se que tal faculdade não pode ser exercida pela norma senão pelos seus elaboradores, e quando se menciona a racionalidade é apenas para se avaliar a norma também no seu processo de “escolha”, isso parece importante quando, sobretudo no capítulo se atribui a eleição da utilização ou não do instituto ao advogado público. De toda forma o instituto é falho em qualquer cenário, em qualquer medida de contribuição ao direito. Conforme já visto, nem mesmo obedece a natureza de sua criação, que é a proteção ao Erário. Assim, na seara de eleger a melhor escolha, o instituto não é dotado dos conceitos de racionalidade, e não produz resultado eficiente.

O instituto não tem poder de escolha, a escolha lhe foi dada pelo legislador. Não vemos margem para incorporar na remessa necessária a condição de escolha, salvo se o instituto trouxesse no seu bojo a expressão de que se remeteria à segunda instância, após aval do advogado público os processos em que a união foi

sucumbente. Dessa forma, emprestar-se-ia ao dispositivo a percepção da realidade, abrindo-se a todas as teorias de funcionalidade características da AED.

Em certa medida ainda é recente o estudo dessa matéria no direito brasileiro, como revelado nos capítulos anteriores, pois o sistema como um todo carece perceber e identificar empiricamente o resultado de uma norma jurídica com o fim de resultar em benefício ao cidadão, pois nesse cenário acima traçado parece-nos que o regramento remessa necessária existe apenas por existir, sem auxílio ao poder Judiciário nem ao Erário e tão pouco ao cidadão.

Assim, esses dados são importantes para apresentar ao operador do direito e ao elaborador da norma que a boa intenção, como já afirmado, não traduz eficiência.

Certamente a ineficiência tem um custo, e, quando comentado no capítulo sobre a análise econômica do recurso, tratou-se de como se evitar gastar recursos públicos analisando processos em grau de recurso. E quando falado da quantidade de recurso, recurso nesse caso valor financeiro, viu-se na tabela que há uma quantidade enorme de processos levados à segunda instância em remessa necessária cujos resultados dos julgados sistematicamente permanecem os mesmos. Assim, e por essa razão, se afirma que, no plano da análise econômica do direito, essa realidade é absolutamente contraditória. Aqui e indo um pouco mais longe, pode-se afirmar que para a economia a justificativa do duplo grau de jurisdição é a diminuição do erro a um custo que seja inferior ao erro que se pretende evitar, ou seja, há uma discussão em relação ao próprio recurso em que os valores para recorrer não fossem compensatórios. E como avaliar a remessa necessária nesse cenário?

Dessa forma, tem-se aqui, embora pareça ser tema para outro estudo, que na verdade o segundo grau de jurisdição como garantia constitucional não traduz mais sentido do que como o segundo grau como garantia financeira.

É claro que o interesse do Estado e também da sociedade é a eliminação dos erros em busca do menor índice de falha possível. Já é sabido que o instituto remessa necessária não escolhe a conveniência de sua atuação, e também já se sabe que as sentenças das quais ele se insurge estão 86,3% certas, o que caracteriza um grande revés do ponto de vista da análise econômica do recurso.

Se se questiona a própria eficiência do recurso de uma maneira geral, ou seja, qualquer recurso manejado pelo cidadão, no ponto específico de remessa necessária, não parece haver espaço para dúvida quando à sua ineficiência.

Devem se levar em consideração outros aditivos que viabilizam a recorribilidade. Quando mencionado que o instituto remessa necessária é ineficiente não significa dizer que ele é o principal responsável pelo engarrafamento do Judiciário, representa talvez uma centena de carros às 18h na estrada parque (EPTG). De toda sorte é importante desafogar esse fluxo de recursos à segunda instância, porque também existem outros potencializadores de recursos enviados à segunda instância, vale a pena apelar da sentença nos exemplos que trouxemos acima. Se verificou que sempre que suas chances de provimento forem iguais ou superiores a 7,25%, o que é muito baixo, pode-se apelar, no exemplo trazido é o do TJRJ. O valor é pequeno em Brasília – DF, custa R\$15 (quinze reais) e, conforme exemplo, ainda que seja caro para ingressar com ação é barato para recorrer. Assim, a redução desse mecanismo de recorribilidade, que é objeto desse estudo, fica à cargo da análise dos critérios aqui lançados, a possibilidade de redução trona-se evidente.

Então o cenário atual é que todos apelem e, além das apelações em razão dos baixos custos, temos as “apelações” por meio de remessa necessária e as dos juizados que são de graça, e, aqueles que apelarão mesmo sabendo que a sentença está materialmente e formalmente correta, apelar é uma paixão nacional, fazendo mais uma analogia com o futebol.

No entanto, esse excesso tem um custo e esse excesso de processos é um problema que deve ser combatido no Judiciário. Como já é sabido, o Judiciário carece de agilidade e utiliza os recursos de forma equivocada. Como já visto, e com legislações mal formuladas, como é o caso da análise do instituto remessa necessária e outros facilitadores acima mencionados, avocam para si uma grande quantidade de processos, o que impede o Judiciário de conseguir um melhor funcionamento.

O critério do custo benefício em análise, com os dados apresentados, aponta para um direcionamento equivocado de custos e força de trabalho dos órgãos do Judiciário, nos dados acima, nas tabelas dos Tribunais, não foi contemplado o valor da causa que envolve cada processo, nem o objeto que trata cada demanda, se se considerou apenas o número de ações enviadas em 2º grau, conforme já dito, e a

porcentagem de reversibilidade, todavia caso o custo de cada demanda, em referência aos 13,7% superar o custo dos 86,3% estaríamos diante de outra análise. Apenas com a intenção de visualizar um parâmetro, segundo dados do CNJ, um processo de execução fiscal custa ao Judiciário R\$ 4.300,00 (quatro mil e trezentos reais).¹⁰⁹ Certamente não é o valor exato de um processo de remessa necessária, mas apenas para colocar em perspectiva os danos aos cofres públicos que um procedimento inócuo pode ter e, se admitirmos esse valor como sendo os valores envolvidos em remessa necessária certamente a conclusão é de uma alta porcentagem de desperdício de recurso público, o que também é realidade nas execuções fiscais¹¹⁰.

Portanto se poderá verificar o resultado negativo da utilização do referido artigo. Assim, enquanto a hermenêutica jurídica tem por objetivo reproduzir o sentido dado pelo legislador no momento de elaboração da lei, a análise econômica do direito vem apresentar a verdadeira atuação do instituto.

Informações do CNJ é que no ano de 2016 tramitaram no Judiciário 102 milhões de processos para um total de 17.338 magistrados. No ano de 2018 cada magistrado julgou 1.819 processos, ou 7,2 casos por dia útil, sem descontar períodos de férias e recessos.¹¹¹ É importante verificar a saturação do sistema para entender o quão grave qualquer má utilização do recurso do Judiciário pode causar ao sistema. Esses dados são anualmente publicados pela justiça em números do CNJ e as mudanças, quando existem, são sensíveis. Pode ser que ocorra uma melhora quanto ao tempo de duração de cada processo, com a implementação do processo eletrônico, todavia, como é quase certo, a facilidade em manejar uma ação quase sempre tende a aumentar a quantidade de litigantes. Todavia, quanto ao tempo do processo, é uma

¹⁰⁹Disponível em: <<http://cnj.jus.br/noticias/cnj/56622-processo-de-execucao-fiscal-custa-em-media-r-43-mil>>.

¹¹⁰De acordo com a pesquisa, a Justiça Federal gasta – excluindo embargos e recursos aos tribunais – R\$ 4,3 mil por processo. Deste custo, a mão de obra que faz parte de toda tramitação processual representa R\$ 1,8 mil. O congestionamento do processo – que tramita, em média, oito anos – é o grande responsável pelos custos adicionais, revela a pesquisa. De acordo com Luis Fernando Bandeira Melo Filho, consultor jurídico do Ministério da Previdência Social, a dívida ativa da União é de R\$ 168 bilhões e, em 2010, foi arrecadado apenas 0,68% deste montante. “Faz tempo que é necessário que o processo de execução fiscal seja revisto, e esta pesquisa é a oportunidade de se ter uma fotografia da realidade atual para traçarmos políticas públicas”, diz Fernando Luiz Albuquerque Faria, vice Advogado-Geral da União.

¹¹¹ Disponível em:<cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2018>.

questão que importa a este estudo em razão da demora da parte vitoriosa no processo, em relação à Fazenda Pública, ter acesso ao valor que ganhou no processo. Mas, se o processo tem que obrigatoriamente percorrer o segundo grau de jurisdição, o final desse processo ganha mais um capítulo, o que faz com que esse e mais outros tantos casos de remessa necessária aguardem a confirmação do julgado de primeira instância pelos desembargadores.

É importante destacar, também, o tempo. E para ampliar esse panorama, estão tramitando no Judiciário processos fadados ao insucesso por carência de ação ou ausência de pressupostos, e que percorrem longos caminhos até o trânsito em julgado. Tudo isso é desperdício de recurso público, ou seja, o processo que não deveria estar em juízo, pois não conta com nenhuma chance de êxito. Em esmagadora maioria dos casos, todas essas circunstâncias somadas contribuem para a má prestação do sistema jurídico, assim a demonstração da ineficiência do referido instituto tem a finalidade de retirar do sistema esse catalisador da ineficiência estatal.

Se a norma é feita visando o benefício social, conforme já dito, deve a norma suprir a necessidade dos cidadãos por meio de uma melhor resposta do Estado. Em uma equação eficiência X os custos do Estado. Isso só pode ser alcançado pela qualidade das leis, que com o auxílio da AED vai verter, a lei, cumprir seu objetivo.

4.3 A Advocacia Pública e a remessa necessária

No primeiro tópico desse artigo fizemos uma breve descrição do instituto remessa necessária no intuito de demonstrar a sua evolução histórica e enquadrar esse instituto em acordo à realidade jurídica atual, ressaltando a importância do instituto, em um aspecto geral. A sua intenção é a proteção da Fazenda Pública, em relação ao Erário, porquanto se evitem erros do juiz de primeiro grau, sendo no final da cadeia favorecendo o cidadão. Esse tópico vai tratar da relação desse instituto com a Advocacia Pública e é importante retomarmos a esse conceito, que vincula toda a justificativa que empresta à remessa necessária um caráter de eficiência, embora já mencionado anteriormente, convém reafirmar que não se considerou o custo do advogado público, uma vez que o advogado público já está contratado, isso caso haja a possibilidade de se querer fazer um contraponto entre o custo da remessa necessária e taxa de reversibilidade X custo do advogado público.

Ao verificarmos os processos que o referido dispositivo leva à segunda instância e verificarmos os dados de reversibilidade apresentados, a remessa necessária revela-se um instituto que atua justamente de forma diversa para o qual foi criado e apenas envia processo à segunda instância com baixíssimo ou sem nenhum resultado prático. Podemos voltar aqui na analogia dos escanteios de futebol, pois *“apenas envia processo à segunda instância sem nenhum resultado prático”*. Se trocarmos processo por bola e segunda instância por área, será essa a conclusão que chegaremos, que é a mesma que chegaram os estatísticos após 10 (dez) anos de coleta de dados sobre o futebol, pois apenas jogar a bola para área apresenta pouca alteração do resultado anterior.

Foi destacado que o filtro do CPC/2015 fez diminuir a quantidade de processos em reexame levados à segunda instância, ou seja, só sobem agora demandas cujo valor seja consideravelmente alto. Já falamos também da divergência doutrinária sobre o tema e o fato de a doutrina não revelar a funcionalidade do instituto no mundo real. Por essa razão fomos buscar na Economia o olhar que o instituto carecia, para confrontá-lo com a metáfora esportiva.

Desvendado o atuar do referido instituto, poderiam haver hipóteses em que a racionalidade do seu “funcionamento” pudesse permitir que o procurador de Estado emprestasse à remessa o quesito da sua escolha racional, da manifestação da vontade autônoma em não aceitar o prolongamento inútil do procedimento. Neste caso, por manifestação expressa, o Estado (o procurador) diria que o processo deve subir por remessa, acompanhado ou não de recurso voluntário. Dito de outro modo, e não havendo recurso de ofício (apelação), poderia o procurador manifestar-se pelo interesse ou desinteresse na remessa necessária, fazendo transitar em julgado nos casos de desinteresse na remessa. Obviamente essa manifestação de vontade encontra obstáculo hoje na interpretação literal do art. 496, *caput*, que impede o trânsito em julgado da decisão, bem como na jurisprudência que mereceriam novas interpretações.¹¹² Aqui não se considerou todo o debate sobre a natureza jurídica recursal, de impulso oficial, de ato complexo, de condição para a eficácia ou mesmo

¹¹² Súmula nº 423 do STF: "Não transita em julgado a sentença por haver omitido o recurso "ex-officio", que se considera interposto "ex-lege".

de condição suspensiva *ex lege*, travado há décadas na doutrina e sintetizado na obra de Jorge Tosta,¹¹³ porquanto seja tema extenso para estreiteza desta proposição.

É bom voltarmos aos dados, ou seja, se a norma cumpre aproximadamente 13,7% do potencial esperado, a conta é simples. A racionalidade, conforme dito acima, determinaria a melhor escolha dentre as possíveis consequências na busca dos resultados eficientes; portanto a teoria da escolha racional age na maximização do resultado, proporcionando ao indivíduo o melhor resultado.

4.3.1 Supremacia dos interesses da Fazenda Pública x eficiência e razoável duração do processo

Em abril de 2019 foi publicado uma decisão TRF1, relatada pelo desembargador Jamil de Oliveira, na qual afirma que somente serão caso de remessa necessária, nas ações de revisão de aposentadoria, casos “muito excepcionais”. O que talvez valha a pena o destaque, é a expressão “muito excepcional”, que parece traduzir uma realidade já vislumbrada por parte dos julgadores de 2º Grau.¹¹⁴

No voto o relator não conhece da remessa necessária. No caso, a barreira contra o conhecimento é a improbabilidade de ultrapassarem o valor limite de 1.000 SM. Mas vale a atenção para um outro detalhe trazido no voto e no acórdão. Afirma o relator que: “Assim, especialmente nos casos de aposentadoria por idade ou por incapacidade, auxílios-doença, salário-maternidade, benefício assistencial, seguro desemprego, auxílio-acidente, pensão por morte e nos casos em que se pronuncia a prescrição quinquenal de prestações mensais de benefícios de prestação continuada, não se conhece da remessa de ofício, salvo se presumível que o valor a ser obtido pelo segurado ou seu dependente possa alcançar o valor mínimo de 1.000 (mil) salários mínimos.”

Muitos processos tramitam por anos até que um beneficiário tenha seu processo revisado em segunda instância e seu benefício deferido, remetendo a um caos de prestação jurisdicional ao cidadão. Na legislação anterior não existia o

¹¹³ Ver: TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 146-150.

¹¹⁴ Ao analisar o caso, o relator, desembargador federal Jamil de Jesus Oliveira, destacou que, em matéria previdenciária, cujos benefícios são iguais ao do salário mínimo, e máximos cerca de seis vezes o mínimo, só haverá sentença sujeita à revisão de ofício em casos muito excepcionais, pois a generalidade dos casos são de prestação de benefício mínimo ou de percepção de diferenças de benefícios, de modo que na maioria dos casos não há falar em remessa necessária. Processo nº: 0017971-11.2016.4.01.3900/PA.

escalonamento do § 2º do art. 496 e salva a hipótese dos Juizados especiais Federais, aplicável aos demais processos que tramitavam nas Varas Federais, subiam todos os processos com valores acima de 60 SM.¹¹⁵ Com a nova regra do art. 496 do CPC/2015 se evita muitas *remessas desnecessárias*, em razão dos valores mínimos, escalonados para os entes da federação.

O custo desse novo procedimento reverbera na sociedade e recursos públicos são economizados com os novos limites do art. 496 do CPC/2015. Contudo, ainda há gastos feitos na contramão das necessidades sociais, gastos sem sentido, por serem levados à segunda instância processos em com resultados estatisticamente baixos. Se a remessa necessária e o duplo grau de jurisdição por ela proporcionado se relaciona com a prevenção do erro, afirmamos até que se relaciona mais com a prevenção de erro do que com a garantia constitucional, os números indicam a sua eficiência e desnecessidade.

Diante desse cenário, e sabendo que a garantia constitucionalmente assegurada é mecanismo para evitar lesão ou perigo de lesão de forma efetiva, é possível perceber dois elementos que se voltam contra a sociedade. O *primeiro* é que o instituto remessa necessária contribui para o acúmulo de processos em um cenário de escassez; o *segundo* é a interferência no resultado útil do processo para aquele cidadão vencedor da demanda que tarda em receber. A prerrogativa da remessa necessária é para proteção do Erário e não da Fazenda Pública em si, que não existe para si mesma, mas para os fins sociais do Estado que devem ser a defesa da sociedade.

4.3.2 Atuação da Advocacia Pública Federal (AGU) e Advocacia Pública dos demais entes e o instituto Remessa necessária

Conforme exposto nos capítulos anteriores, no exemplo do professor Erik Navarro¹¹⁶ foi analisada a eficiência das apelações no Brasil, e, em um dos exemplos, chega-se ao percentual de 18% de chances de vitória para justificador mínimo para o ajuizamento da ação. Agora, tendo em mente o quadro com o percentual de processos

¹¹⁵ Súmula 490 do STJ: "A dispensa do reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas"

¹¹⁶WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do processo Civil – Como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*. Editora Revista dos Tribunais. fev. 2019. p. 633.

revertidos por meio de remessa necessária, não se justificaria a referida “apelação”, uma vez que nessa analogia o percentual demonstrado no capítulo 4 está abaixo do que se espera.

Todavia, os dados nos servem de forma analógica, no que, de uma maneira geral, são os processos levados à segunda instância por remessa necessária têm poucas chances de sucesso, ou melhor, não deveriam passar por uma segunda análise e é carecedor de qualquer razoabilidade na reapreciação do seu mérito, de toda sorte há que se analisar, que o acúmulo de trabalho acaba por inviabilizar uma análise mais detalhada sobre os casos que realmente tem importância.

E, como já se sabe, o instituto não consegue perceber essas probabilidades com o intuito de verificar se é viável recorrer ou não, simplesmente o faz. É claro que esse sistema sobrecarrega também as procuradorias, que de uma maneira geral têm que somar ao seu trabalho os processos via remessa necessária.

Com as procuradorias e o sistema Judiciário informatizado, torna-se menos penosa a tarefa de dedicar tempo para cumprir essa tarefa improdutiva. Há que se mencionar que na defesa do reexame há argumento de que uma lide é mais bem decidida quando passa por dois juízes diferentes de cognição, oferece maiores garantias o novo pronunciamento por outro órgão judicial. A AGU¹¹⁷ informa a permanência do referido instituto para condicionar a eficácia da sentença ao duplo grau de jurisdição, como visto. Dessa forma, a sentença só poderia produzir efeitos depois de revisada por órgão superior, que cancelaria a sua autenticidade do ponto de vista jurídico material. A pergunta que fazemos é: se após olhar o panorama das tabelas 1 e 2, onde esses conceitos teriam lugar em sede de AED?

Há necessidade da liturgia da remessa necessária? Aqui entendeu que a legislação existe para um fim, e no início do trabalho se verificou a necessidade do instituto como meio de proteção e segurança em relação ao erro, o perigo desses efeitos não parece existir. Como já afirmado, o procedimento existe apenas por existir, a realidade pode nos fornecer base para melhores argumentos.

¹¹⁷Disponível em: <<https://agu.gov.br/page/download/index/id/640100>>. EAGU – Doutrina e Revista – Texto de Adriano Sant’ana Pedra. Acesso em: 18 jun. 2019.

Assim, se pode concluir que os processos que tramitam com o procedimento remessa necessária vão chegar ao gabinete do desembargador aos montes, e os servidores, já sabendo a matéria vinculada aos autos, apenas trocam o nome da parte e número do processo e colam a mesma decisão, isso sistematicamente durante o dia de trabalho. Isso leva tempo e é um procedimento desnecessário.

O estudo tinha como objetivo verificar como é o funcionamento da AGU no seu dia a dia em relação a esses processos de remessa necessária, pensou-se como forma de complementar o estudo, todavia não houve resposta daquele órgão. (ANEXO 6).

4.3.3 A defesa da Fazenda Pública em juízo

A literatura que aborda o instituto remessa necessária não é numerosa, e, quando se encontra análise a respeito do instituto é de uma maneira geral histórica ou as implicações do instituto em sede constitucional lhe emprestando validade ou não para sua manutenção. Buscar nos *sites* artigos que revelem alguma preocupação relevante para a manutenção do instituto, é forma de enriquecer este estudo, e confrontar os argumentos aos dados aqui apresentados. Assim, se tomou conhecimento de um artigo que trata do reexame necessário no anteprojeto do CPC, cujo argumento conclusivo remete à tradição do dispositivo luso-brasileiro¹¹⁸, sem precedente no mundo, que visa resguardar o patrimônio público, e já foi visto que não. O instituto está diametralmente oposto à presente pesquisa.

Já falado aqui, que por alguma razão essa margem de aproximadamente 13,7% seria tão significativa que se justificaria a manutenção do referido dispositivo, embora se tenha comentado que a natureza da existência de uma norma jamais pode ser por casualidade, ainda mais em sede de AED. Não se pode conceber uma norma

¹¹⁸ “[...] Feitas essas breves considerações sobre o reexame necessário no anteprojeto do novo CPC, é preciso salientar que se trata de instituto de tradição no direito luso-brasileiro e sem correspondente no direito comparado cujo objetivo é resguardar o patrimônio público de eventuais equívocos de julgamento que possam ter ocorrido nos casos *sub judice*. A rigor, o valor de *mil salários mínimos* que dispensa a remessa obrigatória constante na redação do §2.º do art. 478 do anteprojeto é deveras elevado e merece reparos de forma a amparar o Erário público. Espera-se que o assunto seja debatido com a devida atenção no âmbito do Congresso Nacional no sentido de modificar o texto contemplado pelos trabalhos da Comissão. No atual cenário jurídico nacional, a proteção aos interesses defendidos em juízo pela Fazenda Pública através do duplo grau obrigatório continua se mostrando relevante também em ações de valor inferior ao montante previsto no dispositivo.” Disponível em <https://jus.com.br/artigos/15062/o-reexame-necessario-no-anteprojeto-do-novo-cpc>

e os gastos de sua tramitação para que surta efeito ou não em momento incerto. Enquanto não revertermos a causa de 1 (um) bilhão a norma passa a ser ineficiente, após a reversão, voltamos a contar do zero, cabe mencionar que um processo que contasse com valor bilionário certamente haveria interesse do advogado público em acompanhá-lo e manejar todos os recursos possíveis para reverter a decisão em favor da Fazenda Pública.

Com o intuito então de verificar o que esses 13,7% representam, foi pesquisado no *site* do TRF1¹¹⁹, na aba destinada à jurisprudência, o título “remessa de ofício”. Foram apresentados 1.815 (mil oitocentos e quinze) julgamentos que se relacionam com esse tema no mecanismo de pesquisa (anexo 4).

Aqui é preciso fazer uma pausa, e retornar ao ponto onde se falou sobre a pesquisa e os números nas tabelas sobre remessa necessária. Os dados coletados e os números representados na tabela acima são coletados através de um sistema do próprio tribunal que identifica tais demandas, as quantidades e o resultado do julgamento, na falta de uma melhor expressão seriam uma pesquisa mais aprofundada do que as que o CNJ apresenta. Por que essa afirmação? As pesquisas do CNJ obviamente têm sua importância, ocorre que dados tão específicos não são e nem têm como ser tratados por eles. O que se encontra no CNJ, apenas para exemplificar, é que existem 100 milhões de processos tramitando no Brasil, e que o Estado com maior número de processos é o estado de São Paulo, cuja capital comporta 10 milhões de processos e que destes, 2 milhões são processos cíveis, deste 2 milhões, 1 milhão tramita no TJSP, desses, 1 (um) milhão de processos tramitam na segunda instância e vamos considerar que 500 mil tenham sido por apelação. O CNJ não informa se é por remessa necessária, isso explica a referência de um pouco mais profunda a pesquisa. Assim, qualquer dado que se queira obter com essa especificidade, tem que ser procurado um por um.

Voltando à pesquisa realizada no site do TRF1¹²⁰, após encontrados quase 2.000 (dois) mil processos, foi encontrado 1 (um) que tinha um provimento parcial via

¹¹⁹ Disponível em: <<https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>>.

¹²⁰ A pesquisa foi realizada solicitando aos 5 TRF'S dados sobre remessa necessária, apenas o TRF5 respondeu informando não ter os dados (Anexo 3).

remessa necessária, cuja reforma tratava-se de pagamento de custas¹²¹ (anexo 5). A pesquisa foi feita verificando processo por processo e analisando o que havia provimento em favor da remessa necessária¹²².

É claro que deve haver processos com quantias vultosas e que são reformados em favor da Fazenda, todavia, não foi o caso com o parâmetro utilizado.

O instituto do reexame necessário não se limita nas hipóteses de AED aqui expostas e pode ter consequências como esse exemplo acima exposto, pelo tempo e valores gastos na referida ação.

O CPC 2015, conforme já afirmado, tem a missão de simplificar os procedimentos processuais. No que se refere ao reexame necessário, parece que não é, por essa razão, o empenho em pesquisar o que ocorria nos 13,7%, ou, de uma maneira geral, nos processos que eram providos via remessa necessária.

4.4 Conclusão parcial

Por tudo, conclui-se que o parâmetro normativo tem que estar atrelado ao bem-estar social. Para esse fim, a norma deve ser verificada se o seu atuar se dará à custa da sociedade. Para o caso específico, foi traçada uma linha para analisar o posicionamento doutrinário a respeito do tema remessa necessária, questionando se há eficiência no referido instituto. Foram colocados lado a lado cada posicionamento e suas justificativas em relação a sua permanência no ordenamento por meio dos princípios jurídicos que cada um se filiou. De posse desses posicionamentos, se verificou que a análise econômica pode objetivamente amparar esse ou aquele posicionamento, considerando primordialmente dados empíricos nas tabelas apresentadas. Dessa forma, foi possível traçar um atuar do instituto no ordenamento processual civil brasileiro, e que o instituto, a pretexto de proteção do Erário, realiza

¹²¹ “9. Diante do exposto, dou parcial provimento à remessa oficial, reformando a sentença apenas para excluir da condenação a condenação ao pagamento das custas, mantendo a sentença em seus demais termos”.

¹²² A pesquisa foi realizada em 15 de agosto de 2019 no site do TRF1.JUS.BR o processo em comento tem a numeração 2008.01.99.013730-2 /MG. A pesquisa foi realizada sob o assunto remessa necessária no campo jurisprudência do referido site, os resultados pesquisados página por página tomando por amostragem 100 (cem) processos na sequência que apareceram na referida data até encontrar um processo com reversão da decisão que foi o 100º, para verificar do valor que se tratava a reversibilidade da decisão que deu parcial provimento para excluir da condenação o pagamento das custas conforme decisão no anexo 5.

em sede de uma análise econômica normativa fundada no bem-estar social. O que pareceu de fácil visualização, por meio da pesquisa empírica realizada, que se pode evidenciar que o instituto remessa necessária atrasa o recebimento de eventuais valores de êxito em processo por parte do autor, demorando anos para receber um valor que já, em tese, teria direito. Todavia, tem que aguardar o seu processo ser revisado em segundo grau para poder receber, algo já sabidamente ganho.

Percorrido esse caminho, e já sabendo que o bem-estar social é indicado pelo grau de satisfação da pessoa, o conteúdo dessa satisfação, nesse cenário apresentado, destoa, e o instituto carece de qualquer legitimação.

De posse da pesquisa e verificando o funcionamento do instituto no ordenamento jurídico, qual seria uma solução testável para melhorar o instituto? Em que medida o instituto poderia reverter-se em mecanismo de eficiência dentro do sistema processual garantindo a segurança aos cofres públicos? A solução para essa pergunta é como o advogado público pode se encarregar do manejo desse instituto, se valendo de conceitos já compartilhados nesse trabalho, como o da racionalidade.

De modo geral, não se lida mais com evitar erros no julgamento do Judiciário, tal procedimento agora parece operar em desfavor da eficiência e do cidadão. Os números foram apresentados a fim de verificar o que eles nos dizem a respeito do dispositivo e, uma vez desvendado, se pode, de uma forma intuitiva, concluir o desperdício de recursos no Judiciário. A norma cumpre 13,7% do potencial esperado. Já há entendimento voltado para essa realidade para amenizar os custos, e mais que isso, o tempo de trâmite de cada processo. No decorrer desse estudo, foram analisados os argumentos que versam sobre o tema, os conceitos de AED que analisam o instituto e os números que se relacionam com o dispositivo. O instituto existe por ele próprio, não há necessidade da liturgia da remessa necessária, e com um agravante, enquanto o vencedor da demanda aguarda o resultado na segunda instância, o valor sofre correção o que faz aumentar o prejuízo da Fazenda Pública a cada dia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tentou-se, neste trabalho, fazer uma relação entre a adoção dos institutos da análise econômica do direito como medida para solução de procedimentos que contribuem para uma má prestação jurisdicional. Ou seja, ainda que o referido instituto aporte no Judiciário uma quantidade relativamente baixa de processos, se assim considerarmos, todo e qualquer alívio no cenário caótico de quantidade de processos que tramitam nos tribunais brasileiros representa um passo rumo à eficiência na prestação jurisdicional pelo Estado, à medida que se recorta procedimentos ultrapassados e sem sentido do ordenamento processual civil.

No todo, o estudo pretende implementar uma conduta de reanálise de sentença, deixando a cargo do procurador da fazenda tal desiderato, analisando a pertinência do ajuizamento ou não do recurso, evitando o acesso desnecessário de milhões de ações com resultados já previstos e, nesse caso, para evitar gastos desnecessários da máquina pública e, considerando principalmente, o custo social e a utilização racional do acesso à justiça.

É importante fazer a seguinte observação, não se verificou o valor do trâmite de cada processo no âmbito do Judiciário e também não se analisou o custo da atuação do Procurador da Fazenda, eventualmente em cada um dos processos¹²³. O estudo voltou-se para análise da remessa necessária no sistema processual civil à luz da AED, no que toca a sua eficiência, certamente estudos complementares, nesse sentido acima mencionado, o valor de trâmite de processos e o custo de atuação do Procurador, podem vir em auxílio em um futuro estudo.

Assim, conclui-se que quanto maiores forem ponderadas as regras do jogo, com o amparo da AED, menor será a taxa de apresentação de demandas, e melhor a resposta do resultado da ação. Em especial aquele cidadão que teve seu pedido deferido mais protocolarmente deve aguardar mais alguns anos para ter de fato a sua pretensão atingida.

¹²³ Não se considerou, no presente estudo, o custo do advogado público X o custo da remessa necessária em conjunto com a taxa de reversibilidade, se se considerou que o advogado público já está contratado, todavia caso o custo apresenta-se elevado, em relação ao advogado público, essa análise pode mudar.

Cabe ressaltar que, com a adoção das medidas trazidas pelo CPC 2015, no artigo 8º, a eficiência é modo operante do referido diploma. Essa análise, em relação ao instituto remessa necessária, é uma “exigência” do próprio diploma legal. Assim, não são permitidas aventuras processuais, o que certamente acarretaria na diminuição dos gastos da máquina pública, a medida em que não estaria diante do Judiciário a apreciação de repetidos processos com mesmo objeto, e sujeito a decisões iguais.

Conforme dados do CNJ, “no ano de 2015, as despesas totais do Poder Judiciário somaram R\$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7% e, considerando o quinquênio 2011-2015, um crescimento médio na ordem de 3,8% ao ano. Essa despesa equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, ou a 2,6% dos gastos totais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.¹²⁴”

A Justiça Estadual, que segundo dados do CNJ “é o segmento mais representativo, e que abarca 80% dos processos em tramitação, onde estão alocadas 56,4% das despesas.¹²⁵”

Assim, a melhor alternativa dependerá do exercício da racionalidade a ser desenvolvido pelos operadores do direito, no caso os advogados públicos, e por racionalidade deveremos entender a verificação dos prós e contras dentro dos critérios de AED sobre as vantagens de se recorrer de uma decisão sobre determinada matéria. A prestação jurisdicional é bem escasso e deve ser usada com consciência pelos operadores do direito.

É importante destacarmos os limites da pesquisa. Tal como informado acima, trata-se de uma verificação de apenas dois Tribunais Estaduais e um Tribunal Federal. Embora a pesquisa seja restrita, é inegável o atuar ineficiente do instituto remessa necessária. Certamente novas análises podem contribuir para melhor adequação do presente tema. Também, como esclarecido acima, nas tabelas dos Tribunais, o valor da causa de cada processo não foi considerado, por impossibilidade de obtê-los, o objeto de cada demanda também não foi considerado, se se considerou apenas o número de ações enviadas em 2º grau, conforme já dito, e a porcentagem de

¹²⁴ Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>.

¹²⁵ Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbfff344931a933579915488.pdf>>.

reversibilidade, todavia caso o custo de cada demanda, em referência aos 13,7% superar o custo dos 86,3%, em futuro estudo, estaríamos diante de outra análise.

De toda sorte, é a análise econômica do direito capaz de vislumbrar as implicações jurídicas de uma opção normativa, em sede de remessa necessária, e por tudo que foi exposto, pode-se concluir que o presente trabalho revela a identidade do instituto e seu potencial de desperdício¹²⁶.

¹²⁶TIMM, Luciano Benetti. *Direito e economia no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

REFERÊNCIAS

- ARENHART, Fernando Santos. **A análise econômica da litigância**: Teorias e evidências. 2009. 118 p. Monografia (Curso de Ciências Econômicas). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica**: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BUCHANAN, James Mc Gill. Buena economía. Mal derecho. In: Roemer, A. (org.). **Derecho y economía**: una revisión de la literatura. México: Fondo de Cultura Económica, 2000 Disponível em http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BUZAID, Alfredo. **Da apelação ex officio no sistema do Código do Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1951.
- CALABRESI, Guido. **The cost of accidents a legal and economic analysis**. New Haven: Yale University Press, 1970. [http:// bibliotecadigital.fgv.br](http://bibliotecadigital.fgv.br).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5.ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. vol. II, tradução Adrian Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. **Direito e Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil**, v. 2. São Paulo: Saraiva, 2004.

- ANDERSON, Chris e SALLY, David - **Os Números do Jogo**. Porque Tudo o Que Você Sabe Sobre Futebol Está Errado. (Versão Kindle)
- DANIELLE Cristina Lanus, Ivo Teixeira Gico Junior, Raquel Maia Straiotto. **O princípio da eficiência na jurisprudência do STF**. Disponível em bibliotecadigital.fgv.com.br
- DIAS, Jean Carlos. **Análise econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Método, 2009.
- DIDIER Jr., Fredie. Eficácia do novo CPC antes do término do período de vacância da lei. **Revista de Processo Civil**, n. 236 São Paulo, 2014.
- DIDIER Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3, Salvador: Juspodivm, 2016.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 11ª edição. 2009.
- DWORKIN, R. Is wealth a value? **The Journal of Legal Studies**, v. 9, 1980. Disponível em www.bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/direito_P_BD.pdf
- FAZZALARI, Elio. **Istituzioni di diritto processuale**. 8.ed. Padova: CEDAM, 1996.151 a 156.
- FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- GALDINO, Flavio. Introdução à análise econômica do processo civil (I). **Revista Quaestio Juris. UERJ**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 171- 203, 2005.
- GICO Júnior, Ivo Teixeira. Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, jan.-jun. 2010.
- GICO Júnior, Ivo Teixeira. A Tragédia do Judiciário: **Subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário**. Ivo Teixeira Gico Junior (Org), 2012
- GOMES, Magno Federici; MARTINS, Márcia Azevedo. A Inconstitucionalidade do Artigo 475 do Código de Processo Civil: violação aos princípios da isonomia, proporcionalidade e efetividade do procedimento **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro, v. VI, ano 4, p. 428-474, jul./dez. 2010.

- GUEDES, Jefferson Carús. Duplo grau e duplo exame e a atenuação do reexame necessário nas leis brasileiras. **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. Org. Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GUEDES, Jeffeson Carús; DALL'ALBA, Felipe Camilo; HAUSCHILD, Mauro Luciano. **Novo Código de Processo Civil Comparado**/Coordenação: Organização Daniela Barbosa de Lima; Carina Lentz Dutra. Brasília: Pactum, 2015.
- HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus – Uma Breve História do Amanhã**. Tradução Paulo Geiger 1ª Edição – São Paulo – Companhia da Letras, 2016.
- HAWKING, Stephen. **O universo numa casca de noz**. (Ed. Especial) – Rio de Janeiro: Nova Fronteira 2012.
- LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LUCK, Alan Saldanha. As Prerrogativas da Fazenda Pública em Face do Princípio da Isonomia Processual. **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado de Goiás**. v. 25, 2010. Acesso em 10 de abril 2019.
- CARVALHO, João Henrique Eulálio. Racionalidade Econômica no Direito. **Arquivo Jurídico**, v. 1, n. 1, jul/dez 2011.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais 2015.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**, 2. ed. tradução Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARISTELLO, Porto Antônio. **Análise Econômica do Direito (AED)**. Apostila do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Colaborador Guilherme Mello Graça. Segundo semestre de 2013.
- MIRABETE, Júlio Fabbrine. **Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 1998.

- NERY JUNIOR, Nelson, Rosa Maria de Andrade Nery. **Código de Processo Civil Comentado**, 16. ed. rev., atualizada e ampliada. São Paulo: Revistas dos Tribunais. 2016.
- PEDRA, Adriano Sant'Ana. **A natureza principiológica do duplo grau de jurisdição**. Disponível em <www.bibliotecadigital.fgv.br>
- POSNER, Richard A. **Fronteiras da teoria do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva, Jefferson Luiz Camargo, Paulo Salles Pedro Seette-Câmara; São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- POSNER, Richard. Usos y abusos de la teoría económica en el derecho. In: Roemer, A. (coord.). **Derecho y economía: una revisión de la literatura**. Mexico: Fondo de Cultura Económica, 2000. Economic analysis of law. 6. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2003 bndes.gov.br/bib/jspui/bitstream/ecodireito.
- REZENDE LARA, F. T. A análise econômica do direito como método e disciplina. **ECivitas, Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH**, v. 1, n. 1, p. 12, nov. 2008. Disponível em: <www.unibh.br/revistas/ecivitas>.
- SÁ, Djanira Maria Radamés de. **Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?** Cadernos de Direito GV. caderno 22, v. 5, n. 2, mar. 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>
- SEN, Amartya. **Sobre ética e economia**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O que é isto**. O precedente judicial e as súmulas vinculantes? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo Código de Processo Civil Anotado**, 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- TOSTA, Jorge. **Do reexame necessário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TIMM, Luciano Benetti. **Direito e economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012.

WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, **Comentários ao Código de Processo Civil**,
Revista dos Tribunais, v. III, São Paulo, 1975.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do processo Civil**. Como a economia,
o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. Revista dos
Tribunais, 2019.

ANEXOS

ANEXO 1 - PESQUISA REALIZADA SOBRE PROCESSOS ENVIADOS EM REMESSA OFÍCIO TJDFT 2018



Poder Judiciário do União
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

CGSIS
COORD. GESTÃO DOS SISTEMAS DE SEGUNDA INSTÂNCIA

REF: Processo SEI 0022497/2018

À ACS, para conhecimento;

À OVG, para prosseguir.

Em resposta ao Memorando 375 da OVG (0680856), temos a informar:

Processos que tramitam(ram) em meio físico:

Classe *RMO - Remessa Obrigatória* - foram contabilizados 8.843 processos autuados. Destes:

- a) 382 processos foram providos; e
- b) 335 parcialmente providos.

Processos que tramitam(ram) em meio eletrônico:

Classe *AplRee - Apelação/Reexame Necessário* - foram contabilizados 986 processos autuados. Destes:

- a) 129 processos foram providos; e
- b) 62 foram parcialmente providos.

Classe *Ree - Reexame Necessário* - foram contabilizados 342 processos autuados. Destes:

- a) 5 processos foram providos; e
- b) 5 foram parcialmente providos.

ANEXO 2 - PESQUISA REALIZADA SOBRE PROCESSO ENVIADOS EM REMESSA OFÍCIO TJMG 2017


Pesquisar e-mail

Escrever

Caixa de entrada

- Com estrela
- Adiados
- Enviados
- Rascunhos
- Mestrado
- Mais

1) Listamos os julgamentos das apelações cíveis e das remessas necessárias:

Apelação Cível e Remessa Necessária	Julgamentos em 2017
Apelação Cível	76433
Apelação Cível/Remessa Necessária	6348
Remessa Necessária Cível	1861
Total	84642

2) Resultados de julgamento das remessas necessárias:

Remessa Necessária	Resultados de julgamentos
Reformada sentença	529
Demais resultados	1332
Total	1861

Cordialmente

Mauro Marques
 Gerência do Centro de Informações de Resultados
 Segunda Instância TJMG
 31- 3232.2638

ANEXO 3 - RESULTADO DE PESQUISA REALIZADA SOBRE PROCESSO ENVIADOS EM REMESSA OFÍCIO TRF5 2019

 **Timbre**
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO

Resposta

Informo que o TRF5 utiliza uma ferramenta de BI para geração de relatórios, contudo, entre os relatórios existentes, nenhum consegue atender ao solicitado.

Informo, ainda, que o Tribunal e as Seções estão desenvolvendo vários relatórios prioritários e não é possível atender ao solicitado em virtude do custo no seu desenvolvimento.

 Documento assinado eletronicamente por **TELMA ROBERTA VASCONCELOS MOTTA, DIRETOR** logotipo **DE SECRETARIA**, em 12/08/2019, às 19:29, conforme art. 1º, III, "b", da Lei 11.419/2006.

 A autenticidade do documento pode ser conferida no site http://sei.trf5.jus.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 informando o QRCode Assinatura código verificador **1106333** e o código CRC **FF174857**.

ANEXO 5 Julgamento com provimento parcial Remessa de Ofício(Parte final da decisão)

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO
Numeração Única: 0012694-06.2008.4.01.9199
REEXAME NECESSÁRIO N. 2008.01.99.013730-2/MG

datada de 1971 (fl. 09) e Certificado de aprovação no curso primário na Escola Rural de Morro Agudo, datado de 1953 (fls. 10).

5. Cabe ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou orientação no sentido de que, diante da dificuldade do segurado especial na obtenção de prova escrita do exercício de sua profissão, o rol de documentos hábeis à comprovação do exercício de atividade rural, inscrito no art. 106, parágrafo único, da Lei 8.213/1991, é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissíveis outros documentos além dos previstos no mencionado dispositivo.

6. A prova testemunhal se mostra convincente ao afirmar que o autor laborou na roça durante o período de 1967 a 1972, conforme se depreende do disposto às fls. 61/63 dos autos, reforçando o início probatório documental acostado.

7. Não merece qualquer censura, a sentença proferida no Juízo *ad quem*, quanto ao mérito da pretensão.

8. Quanto aos acréscimos, verifico que os honorários foram fixados em valor módico, necessário para remunerar com razoabilidade o advogado do Autor. Foi, porém, o INSS condenado nas custas, das quais é isento conforme a legislação do Estado de Minas Gerais.

9. Diante do exposto, dou parcial provimento a remessa oficial, reformando a sentença apenas para excluir da condenação a condenação ao pagamento das custas, mantendo a sentença em seus demais termos.

É como voto.

JUIZ FEDERAL MARCELO MOTTA DE OLIVEIRA
RELATOR CONVOCADO

ANEXO 6 - SOLICITAÇÃO DE PESQUISA AGU

Alexandre Freire Ribeiro <freireribeiroadv@gmail.com>

Remessa de ofício

2 mensagens

Alexandre Freire Ribeiro <freireribeiroadv@gmail.com>
Para: pru1@agu.gov.br

15 de agosto de 2019 10:47

Prezado,
Boa tarde!

Estou concluindo uma dissertação do mestrado cujo o tema é a remessa de ofício sob o enfoque da análise econômica do direito. Qualquer breve resposta já é suficiente.
Realizei uma pesquisa em alguns tribunais do país e verificamos a taxa de reversibilidade da remessa de ofício e comparamos os dados aos conceitos de eficiência da Análise Econômica do Direito.

Gostaria se possível contar com o auxílio dos senhores (as), no sentido de informar:

Existem muitas demandas em 2º grau via remessa de ofício?

Esses processos ocupam a carga de trabalho considerável? É uma pequena porcentagem?

Há diversidade nas ações via remessa de ofício ou geralmente se concentram em algumas matérias?

Acha importante a manutenção do instituto no sistema processual?

Desde já agradeço a atenção.

Abraço
Alexandre

—
Alexandre Freire Ribeiro - Mestrando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília/DF - UniCeub.
Setor de Autarquias Sul Qd.04, Lote 9/10
Ed. Victoria Office Tower, Sala 228
CEP: 70.070-938 Brasília - DF
(61) 99318-4913/98171-0329

PRU1 - Procuradoria Regional da União da 1ª Região <pru1@agu.gov.br>
Para: Alexandre Freire Ribeiro <freireribeiroadv@gmail.com>

15 de agosto de 2019 14:18

Prezado Alexandre,

Sua solicitação foi direcionada aos setores competentes, que analisarão a possibilidade de atender o pedido.

Atenciosamente,

Gerly Tenório de Magela

Divisão de Análise – PRU 1ª Região

[Texto das mensagens anteriores oculto]