

EFEITOS SISTÊMICOS NAS DECISÕES JURISDICIONAIS COLEGIADAS: UMA ABORDAGEM A PARTIR DE ESTUDOS DE ADRIAN VERMEULE E ROBERT JERVIS¹

SYSTEMIC EFFECTS IN COLLEGIATE JUDICIAL DECISIONS: AN APPROACH FROM ADRIAN VERMEULE AND ROBERT JERVIS STUDIES

ROBERTO CARLOS ROCHA KAYAT²
IGOR DE LAZARI³

RESUMO: O presente trabalho investiga a ocorrência de efeitos sistêmicos em decisões jurisdicionais colegiadas. Tais efeitos consubstanciam-se na diferença entre as propriedades do sistema e as das partes que o compõem, bem como nas interações entre estas partes. Inicialmente, o trabalho foca pesquisas realizadas a respeito do assunto em diversas áreas do conhecimento como filosofia, economia e sociologia, de modo a trazer instrumentos importantes para a posterior investigação do fenômeno em colegiados jurisdicionais, a qual se deu pelo estudo de dois casos concretos. Ao final, discorre-se a respeito de aspectos correlatos ao tema: o papel do observador dos efeitos sistêmicos, a questão da propriedade emergente e a possibilidade de uma fundamentação institucional.

Artigo recebido em 13.12.2012. Pareceres emitidos em 18.06.2013 e 25.06.2013.

Artigo aceito para publicação em 25.06.2013.

¹ “Este artigo, baseado na dissertação de mestrado do primeiro autor, sob orientação da Professora Margarida Maria Lacombe Camargo, foi elaborado no âmbito do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI), vinculado à Faculdade Nacional de Direito e ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, financiado pela Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), no âmbito da concorrência do Edital nº 9 de 2011 (Processo nº E-26/111.832/2011), e pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) no âmbito da concorrência do Edital Universal nº 14/2011 (Processo nº 480729/2011-5)”.

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o comportamento das Instituições (LETACI), vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ. Advogado da União. Professor de Direito Constitucional da Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro/RJ. *roberto.kayat@agu.gov.br*

³ Graduando em Direito da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário da Justiça Federal da 2ª Região (SJRJ/TRF2). *igorlazari@ufRJ.br*

PALAVRAS-CHAVE: Sistema; Efeitos Sistêmicos; Decisões Jurisdicionais Colegiadas.

ABSTRACT: This study investigates the occurrence of systemic effects in collegial judicial decisions. Substantiate such effects on the difference between the properties of the system and its component parts, as well as on the interactions between these parties. Initially, the work focuses on research conducted on the subject in various fields of knowledge such as philosophy, economics and sociology, in order to bring important tools for further investigation about the phenomenon in collegiate courts, which took place in the study of two specific cases. At the end, talks are about aspects related to the topic: the role of observer of systemic effects, the question of emerging ownership and the possibility of an institutional fundamentation.
KEYWORDS: System; Systemic Effects; Collective Judicial Decisions.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Efeitos Sistêmicos; 1.1 Sistema e Efeitos Sistêmicos: contexto e identificação; 1.2 Efeitos Sistêmicos, Deliberações em Sistemas Constitucionais de Primeiro e Segundo Níveis e o Papel do Observador; 2. O Recurso Especial nº 982033; 3. A Apelação com Revisão nº 1068035-0/6; Conclusão; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Introduction; 1. Systemic Effects; 1.1 System and Systemic Effects: context and identification; 1.2 Systemic Effects, Deliberations on Constitutional Systems of the First and Second Levels and the Role of the Observer; 2. The Special Appeal nº 982033; 3. The Appeal and Review nº 1068035-0/6; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O crescente papel institucional do Poder Judiciário impõe aos pesquisadores análise cada vez mais profunda da atuação das cortes. Aspecto importante, e olvidado pela doutrina jurídica brasileira, consubstancia-se na investigação a respeito de eventuais efeitos sistêmicos verificáveis nas decisões tomadas por órgãos jurisdicionais colegiados. Este trabalho propõe-se a contribuir para o estudo da questão, na medida em que podemos indagar a relação existente entre o julgamento individual e o coletivo; entre a vontade de um e a vontade de todos os julgadores no âmbito das cortes. Consubstanciam-se os efeitos sistêmicos em fenômeno que merece ser analisado, na busca de melhor conhecimento acerca da dinâmica decisória dos tribunais, o que será feito pelo exame da jurisdição não somente sob a ótica do direito e do marco teórico advindo do trabalho de Adrian Vermeule⁴, mas também com apoio em estudos de outros ramos do conhecimento acerca de tomadas de decisão em âmbito coletivo, mormente aqueles desenvolvidos por Robert Jervis⁵.

A hipótese a ser investigada indica que efeitos sistêmicos operam em decisões jurisdicionais colegiadas e, em decorrência, acórdãos nem sempre traduzem a vontade real dos ministros ou desembargadores votantes – principal problemática abordada pelo estudo presente – como evidenciam os julgados

⁴ VERMEULE, Adrian. "Foreword: System Effects and the Constitution". *The Supreme Court 2008 Term*.

⁵ JERVIS, Robert. *System Effects: Complexity in Political and Social Life*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997.

do STJ, no Recurso Especial nº 982.033, e do TJ/SP, na Apelação com Revisão nº 1068035-0/6, que, não obstante exemplificativos, subsumem-se cabalmente na proposta de apreciação dos efeitos sistêmicos em cortes colegiadas, razão que motiva a individualização de ambos.

Compreendem-se os efeitos sistêmicos como produto do exercício institucional das cortes, de resultados positivos ou negativos, cuja amplitude e natureza sujeitam-se ao traquejo daquelas, sobretudo às respectivas capacidades institucionais⁶.

O estudo dos efeitos sistêmicos abrange, ao lado das capacidades institucionais, hodierna inclinação da Teoria Constitucional, mais especificamente da Teoria das Instituições, referência teórica que serve de orientação aos nossos estudos⁷.

1. EFEITOS SISTÊMICOS

O presente tópico apresenta noções importantes a respeito dos efeitos sistêmicos e o modo de sua operação – não propriamente no âmbito jurídico, mas sim em áreas como filosofia, economia e sociologia. Trata-se de trazer, aqui, ferramentas importantes para a compreensão, mais à frente, do fenômeno no tocante aos tribunais jurisdicionais.

1.1 Sistema e Efeitos Sistêmicos: contexto e identificação

Uma definição de sistema suficiente aos propósitos deste estudo é oferecida por Joël de Rosnay: “(...) *um sistema é um conjunto de elementos em interação dinâmica, organizados em função de um objetivo*”⁸. Tal definição retrata bem o funcionamento de um tribunal, ou mesmo do Poder Judiciário como um todo, cujos componentes atuam de modo coordenado e direcionado à entrega da prestação jurisdicional. Assim, os efeitos sistêmicos serão analisados relativamente aos julgamentos proferidos por órgãos jurisdicionais colegiados, considerados aqui como sistemas. Reputa-se por resultado operacional, ou objetivo do sistema, a deliberação final do colegiado e, como elementos do sistema, os pronunciamentos – votos – dos respectivos membros.

Efeitos sistêmicos ocorrem em duas dimensões distintas. Primeiro, quando verificamos ser possível, a um sistema, exibir propriedades e comportamentos diferentes dos observados nos indivíduos que o compõem⁹. De fato, o resultado operacional do somatório das partes pode vir a ser completamente diverso da atuação isolada de cada parte.

⁶ “Habilidade cognitiva” de determinada instituição compreender os efeitos sistêmicos decorrentes da sua atividade, atuando não pela mera avocação de atribuições, mas desempenhando-as legal e legitimamente, com plena racionalidade e ciência acerca daquilo que, constitucional e democraticamente, é suposta a fazer.

⁷ Cf. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *University of Chicago Public and Law Research Paper*, nº 28, 2002.

⁸ ROSNAY, Joël de. “The Macroscopic”. Disponível em: <<http://pespmc1.vub.ac.be/macroscopic/chap2.html>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

⁹ VERMEULE, Adrian. “Foreword: System Effects and the Constitution”. *The Supreme Court 2008 Term*, p. 6.

Segundo, quando estas partes estão interligadas de forma que mudanças experimentadas por uma ou algumas delas, ou em suas relações, produzem modificações em outras partes do sistema¹⁰. Assim, quando um elemento é alterado, muitas vezes outro ou outros elementos do sistema modificam-se também, o que indica a influência recíproca entre os seus componentes.

As proposições acima – diferença entre as propriedades do sistema e as propriedades das partes integrantes; influência que cada parte exerce sobre outras partes do sistema – são visualizadas, figurativamente, através do chamado Paradoxo de Condorcet, no qual três ou mais hipotéticos eleitores elencam suas ordens de preferência a respeito de três ou mais alternativas¹¹, e do Dilema do Prisioneiro, no qual dois prisioneiros, decidindo simultaneamente e secretamente, incorrem em distintas penas, relativamente à combinação das decisões individuais.

No paradoxo de Condorcet, a transitividade – e a racionalidade – verificáveis no indivíduo não são observadas quando contabilizamos as opções dos três eleitores em conjunto. Vislumbra-se, assim, a diferença entre as propriedades do sistema e as propriedades das partes integrantes. E a alteração da ordem de escolhas de um só elemento atesta a influência que cada parte exerce sobre outras partes do sistema. Em outras palavras, fazem-se presentes efeitos sistêmicos.

A ocorrência de efeitos sistêmicos é verificável, igualmente, no conhecido Dilema do Prisioneiro. Trata-se de uma espécie de “jogo” (constitui a chamada Teoria dos Jogos) inventado em 1950 por Merrill Flood e Melvin Dresher, que,

¹⁰ JERVIS, Robert, *op. cit.*, p. 6.

¹¹ O Paradoxo de Condorcet é uma construção teórica proposta por Marie Jean Antoine Nicolas de Caritat, o Marquês de Condorcet, matemático e filósofo francês (1743-1794). Pode ser esquematicamente reduzido à situação na qual um primeiro eleitor prefere um hipotético candidato A a um candidato B, e B a um terceiro candidato C; um segundo eleitor prefere B a C, e C a A; e um terceiro eleitor prefere C a A, e A a B. Veja-se que integram os eleitores um sistema. Cada eleitor, individualmente considerado, tem uma ordem de preferências que respeita o princípio da transitividade. Vale dizer, o primeiro eleitor, por exemplo, prefere a opção A à opção B, e prefere a opção B à opção C; e, em decorrência lógica (transitividade) de sua sequência de escolhas, prefere a opção A à opção C. Isto vale também para as opções dos eleitores segundo e terceiro. E, se a maioria prefere A a B (primeiro e terceiro eleitores) e B a C (primeiro e segundo eleitores), seria de se esperar que a maioria, no conjunto dos três eleitores, preferisse também A a C, repetindo a transitividade e a racionalidade verificadas nos eleitores individuais. Mas não é o que ocorre: no conjunto dos três eleitores, a maioria prefere A a B e B a C, mas não prefere A a C, eis que segundo e terceiro eleitores preferem C a A. Há, no conjunto, propriedades diferentes das apresentadas pelos indivíduos, já que, naquele, a escolha é intransitiva e irracional (preferir A a B e B a C, mas não preferir A a C). Por outro lado, uma alteração na ordem de escolha do segundo eleitor (ao invés de preferir B a C e C a A, preferir B a A e A a C) faz com que o conjunto dos eleitores passe a apresentar propriedades iguais às das partes individualmente consideradas. Vale dizer, o conjunto e seus componentes passam a operar conforme o princípio da transitividade, ou seja, de modo racional. Dessa forma, a modificação de um só elemento harmonizou não somente as características deste com as do conjunto, mas também as características dos demais elementos com as do conjunto, o que salienta a influência que a alteração de uma parte exerce sobre outras partes do sistema.

posteriormente, recebeu de Albert W. Tucker este nome e foi referência, nas últimas décadas, para estudos em vários campos da ciência e da filosofia¹².

Uma versão do Dilema do Prisioneiro, dada por Nozick e mencionada por Pimentel¹³, é a abaixo apresentada:

Um delegado oferece a dois prisioneiros que aguardam julgamento as seguintes opções (a situação é simétrica para os prisioneiros; eles não podem se comunicar para coordenar as ações, em resposta à proposta do delegado, ou, se puderem, eles não têm nenhum meio para forçar qualquer acordo que possam desejar): se um prisioneiro confessar e o outro não, o primeiro é liberado e o segundo recebe a pena máxima de 12 anos; se ambos confessarem, cada um recebe pena de dez anos de prisão; se nenhum confessar, cada um recebe pena mínima, de 2 anos.

Destarte, no Dilema, ocorre uma substancial diferença entre as propriedades do conjunto e as dos elementos que o compõem. Considerado o conjunto dos dois prisioneiros, fica claro que o comportamento cooperativo (não confessar) é o mais eficiente, pois resultará na menor das penas *para ambos* (2 anos), ao passo que, para cada prisioneiro individualmente considerado, a estratégia não cooperativa (confessar) é probabilisticamente superior, tendo em vista a indeterminação do comportamento do outro prisioneiro (0 ou 10 anos de prisão, na hipótese de opção não cooperativa, qual seja, confessar; ou 2 ou 12 anos, na hipótese de opção cooperativa, qual seja, não confessar). Por outro lado, caso um dos prisioneiros mantenha sua estratégia não cooperativa (confessar), será estupidamente beneficiado por eventual adoção, pelo outro prisioneiro, da estratégia cooperativa (não confessar), já que, nesse caso, a alteração do comportamento do segundo beneficiará o primeiro com a liberdade.

Tanto no Paradoxo de Condorcet como no Dilema do Prisioneiro percebe-se, de um lado, a diferença entre as propriedades do conjunto e as dos indivíduos que o compõem; de outro, a interligação entre as partes, de modo que modificações em uma delas repercutem nas outras. Ou seja, em ambos os casos operam efeitos sistêmicos que corroboram o conjunto dos eleitores e a dupla de prisioneiros como sistemas (conjunto de elementos em interação dinâmica, organizados em função de um objetivo). Destas características resulta que as relações entre os componentes do sistema, quanto aos resultados operacionais de suas interações, não podem ser compreendidas através da simples soma, subtração ou modificação das unidades integrantes, ou de suas relações; e que muitos dos produtos das

¹² PIMENTEL, Elson L. A. *Dilema do Prisioneiro: da Teoria dos Jogos à Ética*. Belo Horizonte: Argumentum, 2007, p. 61. Muitas informações e reflexões aqui trazidas acerca do Dilema do Prisioneiro foram extraídas desta excelente obra sobre o tema.

¹³ *Idem*, p. 61-62.

ações são involuntários¹⁴. Assim, sistemas operam muitas vezes de modo contraintuitivo ou não linear¹⁵.

Inicialmente, contudo, esperamos que o produto final do sistema seja qualitativa e quantitativamente proporcional à atuação de seus integrantes. No entanto, quanto ao aspecto qualitativo, no Paradoxo de Condorcet a saída ou o resultado operacional do sistema, consubstanciado numa deliberação coletiva irracional, não guarda consonância com as entradas no sistema, traduzidas pelas escolhas individuais racionais de cada um dos três eleitores. Do mesmo modo, no Dilema do Prisioneiro, a saída ou resultado operacional revelou a pior escolha coletiva possível, não obstante as entradas no sistema tenham sido as melhores escolhas possíveis do ponto de vista individual¹⁶. No tocante ao aspecto quantitativo, imaginamos, à guisa de ilustração, que uma pequena ajuda estrangeira gere um pequeno aumento do crescimento econômico em algum país pobre da África, e esperamos, intuitivamente, que uma ajuda estrangeira em dobro acarrete crescimento econômico em dobro neste mesmo país¹⁷. Mais uma vez, o resultado final, como mostra Terry O'Brien, pode contrariar nossa expectativa, já que, num sistema, uma variável pode operar de modo não linear, quando então o incremento substancial de ajuda ao país pode redundar num aumento medíocre do seu crescimento, ou mesmo estagnação, devido a outras variáveis que serão exacerbadas com um volume de recursos maior, como má governança e corrupção¹⁸.

¹⁴ JERVIS, Robert, *op. cit.*, p. 6.

¹⁵ Robert Jervis traz um exemplo bastante claro: produzir navios petroleiros de casco duplo parece oferecer maior proteção contra vazamentos de óleo no oceano. Mas a existência de interconexões entre as partes do sistema pode fazer com que o efeito óbvio e imediato da soma deste novo elemento (adoção obrigatória do casco duplo) não seja o dominante, no que diz respeito aos resultados finais da medida, pois, no sistema, as constantes interações entre seus componentes acarretam que, introduzida a nova variável, necessariamente tal modificação repercutirá em outras partes deste sistema. Considerar como medida eficaz, quanto à segurança, somente a adição, pura e simples, dos navios petroleiros de casco duplo significa pressupor tudo o mais constante no sistema. Mas, em um sistema, todo o resto não permanecerá constante, em se introduzindo a nova variável, tendo em vista as interações entre os componentes do sistema. Na exemplificação dada, as companhias de navegação, obrigadas a comprar os navios mais caros, de casco duplo, podem ser compelidas a cortar gastos com outras medidas de segurança. Por outro lado, o custo relativo dos meios alternativos de transporte de petróleo diminuiria, acarretando maior probabilidade de derrames de óleo nos mares, em zonas atravessadas por oleodutos, que passariam a ser bem mais utilizados, talvez com sobrecarga do equipamento. E, ainda, mesmo os derrames advindos de petroleiros com casco duplo talvez não diminuíssem, já que seus capitães poderiam ficar tentados a tirar proveito da segurança adicional proporcionada pelo casco duplo, navegando mais rápido e por atalhos mais perigosos para os navios e, assim, provocando mais acidentes. Com isso, a tentativa de fortalecimento da segurança do sistema redundará em possível decréscimo da segurança de vários componentes do sistema. *Idem*, p. 7.

¹⁶ Viu-se também ser possível a obrigatoriedade de utilização de navios petroleiros de casco duplo, teoricamente mais seguros contra vazamentos, acarretar um resultado oposto ao desejado pela medida, aumentando o número de derrames de petróleo, em vez de diminuir. *Vide* nota anterior.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 35.

¹⁸ O'BRIEN, Terry. The Bottom Billion: Why the Poorest Countries are Failing and What Can be Done About It: Some Insights for the Pacific? Disponível em: <http://www.treasury.gov.au/documents/1304/PDF/05_The_Bottom_Billion.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.

Aprofundando a análise das interligações entre as partes num sistema, Robert Jervis elenca e caracteriza três tipos de interação¹⁹. Mostra, em primeiro lugar, que o efeito de uma variável depende de sua combinação com outra ou outras variáveis; que o agente, no sistema, muitas vezes procura agir antecipando qual será o comportamento dos outros agentes; e, por fim, que o comportamento dos agentes modifica o meio em que atuam.

Na linha exemplificativa de Jervis, os agentes, em um sistema, muitas vezes observam e procuram agir conscientemente, tomando por base o comportamento presumido dos outros agentes. Vale dizer, antecipando o que acham que os outros irão fazer, e comportando-se estrategicamente de acordo com isso. Assim, o Congresso pode aprovar a isenção de um imposto, ou a redistribuição de recursos, justamente por antecipar que o Presidente da República terá de vetar a medida depois, tendo em vista restrições orçamentárias que o obrigam a isso. Ficam os congressistas com os louros políticos da desoneração, e o Presidente com o desgaste frente à opinião pública²⁰.

O comportamento humano também propicia mudanças no meio político e social. Muitos líderes falham ao não compreenderem que suas ações irão não apenas buscar o resultado almejado, mas também modificar o próprio entorno. Dado este último tipo de interação, entre elemento e meio, sistemas podem criar efeitos circulares, em que agentes interferem no meio e este meio, por eles modificado, irá interferir nos agentes²¹. Na política internacional, um bom exemplo disso é o chamado Dilema de Segurança, ou seja, a tendência de o esforço de um país em se tornar mais seguro pela via do rearmamento acarretar insegurança a outros países, que se sentirão ameaçados e também se rearmarão. Ao final, todos estarão em pior situação, em termos de segurança, ainda que o objetivo inicial do primeiro país a empreender a corrida armamentista tenha sido aumentar sua própria proteção.

A diferença entre as propriedades do sistema e as de seus elementos, bem como as interconexões entre tais elementos, ficaram aqui evidenciadas como os caminhos pelos quais se apresentam os efeitos sistêmicos e que nos revelam a operação muitas vezes contra-intuitiva dos sistemas, do ponto de vista qualitativo e/ou quantitativo, característica ressaltada ainda mais pelo exame dos tipos de interações entre os seus componentes.

1.2 Efeitos Sistêmicos, Deliberações em Sistemas Constitucionais de Primeiro e Segundo Níveis e o Papel do Observador

Adrian Vermeule propõe a divisão dos sistemas afetos à ordem constitucional em sistemas de primeiro e de segundo níveis²². Sistemas de primeiro nível são aqueles em que indivíduos compõem um grupo ou instituição:

¹⁹ JERVIS, Robert, *op. cit.*, p. 39-60.

²⁰ GRABER, Mark. "The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary". *Studies in American Political Development*, nº 7, 1993, p. 37.

²¹ JERVIS, Robert, *op. cit.*, p. 60.

²² VERMEULE, Adrian, *op. cit.*, p. 15.

associados de um sindicato; associados de uma ordem profissional; cidadãos de um país; membros de um partido político. Sistemas de segundo nível, por sua vez, são os que abraçam as interações entre tais grupos ou instituições (a título ilustrativo, temos as relações entre o STF e um Tribunal de Justiça estadual; entre o STF, o Congresso e o Poder Executivo; ou as relações travadas entre países diversos).

As deliberações coletivas a serem estudadas no presente item são as que se desenrolam em sistemas constitucionais de primeiro nível, demandando o exame do comportamento dos indivíduos frente à instituição ou grupo a que pertencem.

As relações no âmbito de sistemas de primeiro nível (entre os indivíduos pertencentes a determinado grupo, e deles com o grupo) prestam-se a apreciações diversas, dependendo da direção do olhar do observador. Mais especificamente, um mesmo aspecto a respeito da interação de indivíduos em grupo pode gerar conclusões em sentido oposto, em vista dos diferentes focos de análise. À guisa de ilustração, serão abordadas duas teorias contrárias entre si quanto à avaliação do resultado coletivo de um comportamento individual centrado no autointeresse. A primeira visualiza os efeitos sistêmicos decorrentes disto sob uma perspectiva positiva, e a segunda traz uma nuance negativa do fenômeno. Trata-se de comparação proposta por Adrian Vermeule e que demonstra bem o peso do observador nessa avaliação²³.

Análise positiva a respeito do resultado coletivo de comportamentos individuais centrados tão somente no autointeresse é encontrada na “mão invisível” de Adam Smith²⁴. O resultado final para a sociedade, decorrente da livre iniciativa econômica individual de seus integrantes, é o melhor possível, segundo Smith, ainda que nenhum destes integrantes almeje tal objetivo coletivo. É que cada cidadão economicamente ativo busca maximizar seu

²³ *Ibidem*, p. 9-11. É importante frisar que a comparação proposta pelo autor entre as abordagens de Adam Smith e Mancur Olson presta-se tão somente a demonstrar o papel do observador de um efeito sistêmico. Não é objeto do trabalho presente a teoria da escolha racional, abordada por Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, George Stigler e pelo próprio Mancur Olson, dentre outros.

²⁴ “Portanto, assim como todo indivíduo se esforça o mais possível para investir seu capital na manutenção da atividade interna e com isso dirigir essa atividade de modo que sua produção tenha o máximo valor, todo indivíduo necessariamente também se empenha para tornar o rendimento anual da sociedade o maior possível. É verdade que em geral não tem a intenção de promover o interesse público, nem sabe quanto o está promovendo. Ao preferir sustentar a atividade interna em detrimento da atividade estrangeira, ele tem em vista somente a própria segurança; ao dirigir essa atividade de modo que sua produção tenha o maior valor possível, não pensa senão no próprio ganho, e neste, como em muitos outros casos, é levado por uma mão invisível a promover um fim que não era, em absoluto, sua intenção promover. Além disso, nem sempre é pior para a sociedade que não tivesse intenção de promover esse fim. Ao buscar seu interesse particular, não raro promove o interesse da sociedade de modo mais eficaz do que faria se realmente se prestasse a promovê-lo. Jamais soube de algum bem que tenham praticado os homens que afetam comerciar pelo bem público”. SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 567.

próprio interesse, utilizando, para tanto, toda sua diligência e gerindo seus negócios de modo eficiente, aumentando sua renda, o que, numa escala social, acarretará o bem comum, pelo incremento da riqueza nacional. Verifica-se claramente, dentro deste ponto de vista, a diferença entre as propriedades das partes e do grupo, uma vez que o autointeresse daquelas contrasta com o bom resultado coletivo deste.

Smith, na mesma obra²⁵, expõe ainda o conceito hoje conhecido como “lei da oferta e da procura”, ao discorrer acerca da formação do preço das mercadorias. Inicialmente, quando a quantidade de certa mercadoria posta no mercado é insuficiente para satisfazer a demanda efetiva, nem todos os que estão dispostos a arcar com os custos de produção daquela mercadoria, e com o lucro pretendido pelo produtor ou comerciante, poderão prover-se da quantidade desejada. Mas, em vez de dispensar o consumo da mercadoria, alguns se disporão a pagar mais. Logo, uma concorrência se estabelecerá entre os consumidores, e o preço de mercado se elevará acima do preço natural, conforme o grau de carência da mercadoria, a riqueza e o consumismo dos competidores. Inversamente, quando a quantidade de mercadoria posta no mercado excede a demanda efetiva, torna-se impossível vendê-la integralmente aos que se dispõem a arcar com os custos de produção e com o lucro pretendido pelo produtor ou comerciante. Contudo, considerando a necessidade de se afastar o prejuízo total representado pela não venda de parte das mercadorias, torna-se necessário que esta parte seja vendida aos que se dispõem a pagar menos, e o baixo preço pago por estes reduz necessariamente o preço da quantidade total. Nesta sociedade idealizada pelo autor, composta de indivíduos dotados de livre iniciativa econômica, ficam claras suas interligações, de modo que alterações no comportamento de um ou alguns deles repercutem no comportamento de outros, formando-se, assim, o preço das mercadorias.

Pode-se dizer que a *mão invisível* e a *lei da oferta e da procura*, de Smith, procuram demonstrar um efeito sistêmico coletivo benéfico, originado das relações econômicas dos cidadãos de uma nação, consistente no incremento da renda nacional e no estabelecimento do preço natural dos produtos e serviços, a despeito de aqueles membros buscarem exclusivamente seus próprios interesses individuais. Em outras palavras, o sistema apresenta característica positiva e desejável, embora seus componentes atuem de modo egoístico.

Em sentido oposto, Mancur Olson²⁶, traz uma apreciação desfavorável a respeito do resultado coletivo dos comportamentos individuais centrados no autointeresse, ao apresentar uma perversa característica inerente a grupos

²⁵ *Ibidem*, p. 70-72.

²⁶ OLSON, Mancur. *Lógica da Ação Coletiva: Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais*. São Paulo: EDUSP, 1999.

sociais muito numerosos, em busca de benefícios de natureza coletiva²⁷. Conforme esclarece Olson, aceitamos intuitivamente a premissa de que um grupo de indivíduos com interesses comuns age em prol desses interesses tanto quanto os indivíduos, isoladamente, trabalham a favor dos mesmos. Tal premissa decorreria do comportamento racional, pois se os membros do grupo têm um objetivo comum e se todos eles ficarão em melhor situação alcançando aquele fim, parece lógico que todos os indivíduos do grupo procurarão atingi-lo, em sendo pessoas racionais e dedicadas aos seus próprios interesses. Mas não é isso o que naturalmente ocorre em agrupamentos humanos muito numerosos. A menos que haja alguma espécie de estímulo particular ou coerção, os indivíduos deste grupo numeroso não agirão para promover seus interesses comuns na obtenção de benefícios de natureza coletiva²⁸.

O tamanho do grupo seria o fator primordial para explicar o sucesso ou fracasso do mesmo no tocante a sua eficiência em atingir seus objetivos²⁹. Grupos compostos por poucos indivíduos tenderiam a ser mais exitosos do que grupos grandes³⁰.

²⁷ Benefício de natureza coletiva é aquele que, uma vez obtido, será desfrutado por todos os membros da coletividade, independentemente de terem ou não contribuído para tanto.

²⁸ *Ibidem*, p. 13-16.

²⁹ *Ibidem*, p. 33.

³⁰ Tal assertiva pode ser demonstrada pela fórmula seguinte, proposta pelo autor, em que o custo (C) é uma função da taxa ou nível (T) de obtenção do benefício coletivo: $C = f(T)$. Suponha-se o seguinte exemplo, elaborado com base na equação acima e que coloca uma situação aferível em dinheiro, para melhor visualização:

$$\begin{aligned}C &= f(T) \\C &= 0,1 (10000) \\C &= 1000\end{aligned}$$

A função acima mostra que um nível de benefício coletivo total do grupo equivalente a R\$ 10.000,00 seria obtido a um custo total de R\$ 1.000,00. Num grupo constituído por apenas quatro membros, a cada um deles caberia uma fração de benefício coletivo correspondente a R\$ 2.500,00 (10.000/4). Logo, um custo total de R\$ 1.000,00 acarretará, para cada um dos quatro membros do grupo, uma fração de benefício coletivo correspondente a R\$ 2.500,00 (150% maior que o custo total). Em suma, será altamente vantajoso para o membro do grupo trabalhar em prol da obtenção do benefício coletivo, ainda que arque sozinho com a totalidade dos custos necessários para tanto, já que terá um lucro líquido correspondente a R\$ 1.500,00. Porém, adicionando-se um quinto membro ao grupo, a vantagem de cada um em arcar sozinho com o custo total diminui sensivelmente. Com efeito, mantidas as demais condições acima, caberia, a cada um dos cinco membros, uma fração de benefício coletivo equivalente a R\$ 2.000,00 (10.000/5), em face do mesmo custo total de R\$ 1.000,00, lucrando o provedor individual R\$ 1.000,00. A fração individual do benefício coletivo será 100% maior do que o custo total, no grupo com cinco membros; ao passo que, no grupo com quatro membros, será 150% maior. Numa terceira hipótese, consideremos um grupo com cem membros. Aqui, a fração de benefício coletivo cabível para cada um seria equivalente, em grandeza monetária, a R\$ 100,00 (10.000/100), e o custo total ficaria nos mesmos R\$ 1.000,00. Logo, já não compensaria a um membro do grupo prover, sozinho, o custo total, visto que teria sensível prejuízo. Nesse caso, os cem membros do grupo necessariamente teriam de agir de modo coordenado em prol do benefício coletivo, rateando, desde o início, o custo total de R\$ 1.000,00 (R\$ 10,00 para cada um), dificultando-se, portanto, a obtenção do aludido benefício. Isso ocorre não somente em virtude da maior complexidade de

Se determinada quantidade de benefício coletivo puder ser obtida a custo suficientemente baixo, em relação às vantagens que trará, a ponto de um membro do grupo obter expressivo ganho, mesmo arcando sozinho com todo o custo, então há uma boa probabilidade de que o benefício coletivo seja alcançado pelo grupo, já que é muito mais simples um integrante agir do que todos em conjunto. Isto significa que o benefício coletivo total seria tão grande, em face do custo total, que mesmo a fração de benefício coletivo cabível a um único membro do grupo superaria largamente aquele custo total.

Olson enumera três fatores independentes, mas cumulativos³¹, que contribuem para que o grupo grande seja menos eficiente em promover seus interesses. Em primeiro lugar, como vimos acima, quanto maior o grupo, menor a fração do ganho total coletivo a que fará jus cada integrante. Em outras palavras, menor a *recompensa* por agir em favor do grupo. Em segundo lugar, dada a pequena fração do benefício coletivo reservada a cada membro do grupo numeroso, é pouco provável que cada indivíduo repute compensador prover os custos necessários para a obtenção do benefício. Por fim, quanto maior o grupo, maiores os custos iniciais de organização do mesmo, e, assim, maior o tempo necessário para compensar tais custos com os benefícios. Em decorrência das premissas apresentadas, o autor propõe uma classificação³² dos grupos humanos em três espécies, a seguir delineadas.

O grupo privilegiado é aquele no qual cada membro, ou ao menos um deles, tem incentivo suficiente para prover o benefício coletivo, mesmo arcando com o custo total disso, dado o reduzido número de integrantes. Daí, pode-se presumir que, no grupo privilegiado, o benefício será alcançado sem necessidade de coerção, incentivos adicionais ou arranjos grupais.

Já no grupo intermediário, nenhum membro consegue um ganho individual que compense a ele arcar sozinho com o custo total. Todavia, por outro lado, não se trata de um grupo excessivamente numeroso e, então, cada componente consegue identificar se os outros estão ou não ajudando no esforço comum de atingir o benefício coletivo. Aqui, o benefício poderá ou não ser alcançado, mas certamente não o será sem algum tipo de organização ou arranjo grupal.

Por fim, temos o grupo latente. Trata-se do agregado muito numeroso em que, além de não ser compensador ao membro arcar sozinho com o custo total, a atuação deste, no sentido de estar ou não colaborando com o grupo,

concatenar as atividades de cem pessoas diferentes (uns poderiam estar viajando, outros hospitalizados, etc.), mas também por considerar que o correspondente lucro líquido de cada um seria baixo (R\$ 90,00), mesmo em relação ao lucro líquido obtido pelos provedores do custo total, nos grupos acima. Haveria, portanto, bem menos interesse de agir por parte de cada componente. Assim sendo, grupos pequenos serão mais eficientes em prover-se de benefícios coletivos, sem a necessidade de recorrer a qualquer espécie de coerção sobre seus integrantes, ou a algum estímulo individualizado além da proporção vantajosa entre a parcela do benefício coletivo cabível ao membro do grupo e o custo total de obtenção daquele benefício. *Ibid.*, p. 35.

³¹ *Ibidem*, p. 60.

³² *Ibidem*, p. 62-64.

não será percebida pelos demais, em vista do grande número de componentes. Por mais valioso que seja o benefício coletivo, o indivíduo, aqui, simplesmente não tem nenhum estímulo natural para agir. Ao contrário: ver-se-á tentado a atuar, sem ser notado, como um *free-rider* ou caronista, vale dizer, esperando que os outros provejam os custos da obtenção do benefício coletivo, o qual, uma vez obtido, será desfrutado também pelo caronista, em função da própria natureza coletiva do bem em comento – imagine-se, por exemplo, vinte mil proprietários de casas cotizando-se para asfaltar o bairro ou distrito em que ficam as moradias: a residência do caronista, no mesmo bairro, será beneficiada de igual modo. Contudo, ainda que estejamos lidando com um grupo grande composto também de pessoas altruístas, a situação não se modifica quanto ao resultado final. Segundo Olson, o indivíduo desprendido, mesmo com toda a disposição de agir pelo grupo, logo verá que sua ação individual é completamente diluída no gigantismo daquele agregado de homens (já que não será notada), pouco ou nada contribuindo, *per se*, para a obtenção do resultado coletivo. Por isso, tenderá igualmente à inércia, não por egoísmo, mas sim por puro bom senso.

Para vencer a natural tendência à inércia do grupo grande e latente, defende Olson que somente por meio da coerção, ou da concessão de incentivos seletivos diversos do benefício coletivo, haverá a mobilização dos membros, quando então teremos um grupo latente *mobilizado*³³. Dá como exemplos o sucesso, no século XX, dos grandes sindicatos norte-americanos³⁴ (pela via da coerção) e da *American Medical Association* – AMA (decorrente da concessão de benefícios seletivos)³⁵.

Decorre da teoria de Olson que *grandes grupos humanos apresentam propriedades diferentes das de seus integrantes*. Com efeito, na medida em que cresce, em número, o grupo, decresce o número de componentes individuais dispostos a, efetivamente, contribuir em favor do esforço coletivo. Daí, para conseguir mobilizar o grande grupo latente, são necessárias a coerção e/ou a concessão de benefícios individualizados e seletivos. No exemplo da *American Medical Association*, a publicação no *journal* da entidade e o

³³ *Idem*, p. 63.

³⁴ No caso dos grandes sindicatos, a coerção consubstanciou-se, basicamente, na afiliação compulsória, provendo-se então as entidades de contribuições em escala suficiente para desenvolver suas atividades a contento. Evitou-se, ainda, a atuação caronista de trabalhadores não sindicalizados, os quais se beneficiariam, por exemplo, de um aumento salarial, para a respectiva categoria, tanto quanto os empregados sindicalizados, mas sem nada contribuir para o sindicato. Fechando as portas ao comportamento caronista, a afiliação compulsória garantiu aos sindicatos, ao longo dos anos, o suprimento de recursos indispensáveis à consecução de suas finalidades e o seu contínuo fortalecimento.

³⁵ Quanto à *American Medical Association* – AMA – o fator decisivo de mobilização foi o conjunto de benefícios seletivos oferecidos aos médicos associados, vale dizer, vantagens individualizadas ao lado dos benefícios coletivos angariados pela associação para a classe como um todo. Pode-se mencionar, como exemplos de tais vantagens, a defesa judicial contra ações de indenização por erro médico, a licença para publicar artigos no prestigiado *journal* da entidade, bem como o recebimento do mesmo e de outros periódicos técnicos editados pela organização.

recebimento do mesmo, acrescido ao de outros periódicos importantes de ordem técnica, funcionam como benefício individualizado. Além disso, dado o prestígio das publicações, passam a funcionar como uma espécie de *vitrine* para a classe, constituindo-se, assim, em critério de peso para a avaliação dos médicos uns pelos outros. Com o advento da *internet*, os serviços seletivos da AMA amplificaram ainda mais sua utilidade para o profissional, o que pode ser visto na impressionante lista de benefícios individualizados para membros em sua *homepage*³⁶. Tudo isso se traduz em uma *modificação nas relações profissionais* entre as partes componentes do sistema de primeiro nível representado pela associação, *modificação esta que repercutirá em outra parte do sistema*: atrairá novos afiliados e estimulará os já associados a permanecerem na entidade, fortalecendo-a com suas contribuições.

Nas obras de Smith e Olson, estão expostas teorias sobre agrupamentos humanos que se enquadram na concepção de sistema constitucional de primeiro nível, atinentes às relações entre indivíduos travadas no interior do grupo a que pertencem. Por outro lado, restam presentes, em ambos os estudos, as características fundamentais de identificação de efeitos sistêmicos, quais sejam, a possibilidade de diferença entre as propriedades do grupo e as de seus componentes, assim como a interligação entre os integrantes, de forma que mudanças experimentadas por um ou alguns deles, ou em suas relações, produzem modificações em outras partes do conjunto. O mais interessante, no entanto, é que um mesmo aspecto – a resultante coletiva de comportamentos individuais centrados no autointeresse – é apreciado de maneira inversa pelos autores, quanto aos seus resultados operacionais. Tal diferença decorre fundamentalmente do vetor de observação de cada autor. Smith busca os resultados econômicos globais da interação em grupo de indivíduos que buscam apenas seus próprios interesses, chegando a uma conclusão positiva quanto ao resultado; Olson avalia o mesmo fenômeno, mas com foco na obtenção de benefícios de natureza coletiva, e não em resultados econômicos globais; em decorrência disso, vislumbra um aspecto negativo. Observe-se que os sinais opostos das análises trazidas pelos autores mantêm-se ainda que o grupo grande e latente de Olson venha a ser o total de cidadãos de um país, ou seja, o mesmo grupo apreciado por Smith. Toda a população de um Estado auferir benefícios de natureza coletiva advindos deste Estado, como, por exemplo, segurança interna (polícia) e externa (forças armadas), propícios à atuação do caronista ou *free-rider*, já que, uma vez obtidos, serão desfrutados por todos, tenham ou não contribuído para tanto. O grande grupo latente representado pela população do país não se mobilizará espontaneamente para a obtenção destes benefícios coletivos, sendo necessária a coerção, representada fundamentalmente pelos impostos³⁷.

³⁶ Disponível em: <<http://www.ama-assn.org/ama/pub/membership/membership-benefits.page>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

³⁷ *Ibidem*, p. 25-28.

O papel decisivo do observador, conforme acima delineado, terá fundamental importância no tocante ao estudo dos órgãos jurisdicionais colegiados sob a ótica dos efeitos sistêmicos – especificamente quando o sistema exibir propriedades e comportamentos diferentes dos observados nos indivíduos que o compõem. Quando verificada tal situação, a avaliação positiva ou negativa do fenômeno dependerá, em grande parte, do que busca o pesquisador. Assim, se o acórdão não corresponder aos votos dos integrantes do tribunal, os efeitos sistêmicos, sob o prisma exclusivo da legitimação³⁸, serão considerados de maneira desfavorável. Por outro lado, se os votos juridicamente errôneos dos magistrados, combinados entre si, resultarem em um acórdão correto, do ponto de vista normativo, os efeitos sistêmicos serão positivamente avaliados, quanto à correção³⁹ na aplicação do direito. E ainda: se o que se busca é a previsibilidade das decisões judiciais, dificilmente os efeitos sistêmicos serão bem vistos, em razão da involuntariedade e da não linearidade operacional que muitas vezes caracterizam os tribunais enquanto sistemas.

2. O RECURSO ESPECIAL Nº 982033

No Recurso Especial nº 982033, julgado pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, temos um exemplo concreto de não correspondência entre o acórdão final e os votos dos Ministros que julgaram o caso, a acarretar o problema da legitimação acima exposto. Cuida-se de denúncia por homicídio simples, em desfavor de acusado que, à época dos fatos (15.06.1989), exercia o cargo de juiz de direito, razão pela qual a ação penal tramitou diretamente perante o TJ/PR, dado o foro por prerrogativa de função. Em 13.04.1992, o tribunal local rejeitou a denúncia. Houve recurso especial, provido, em 18.05.1993, pelo STJ, que determinou o recebimento da denúncia pelo tribunal paranaense. Posteriormente, em razão da aposentadoria do magistrado réu, o feito passou a tramitar na vara criminal de Ortigueira/PR. O réu foi pronunciado, em 1º grau, aos 08.07.2004, e, contra a pronúncia, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, improvido pelo TJ/PR. Rejeitados os declaratórios e não admitidos os posteriores recursos especial e extraordinário, foram manejados os respectivos agravos de instrumento, e o recurso especial em comento subiu ao STJ, por força do Agravo de Instrumento nº 853.298/PR.

Contra a pronúncia, o réu recorreu ao TJ/PR, alegando excesso de linguagem, mas não teve sua pretensão recursal acolhida pela corte local. Como acima relatado, o recurso especial do réu subiu ao STJ, por força do agravo interposto, e, na corte superior, diante do resultado da votação, os ministros adotaram, no acórdão, aquilo que consideraram o voto médio: acolhimento da alegação de excesso de linguagem na pronúncia, mas sem anulação da mesma, e determinação de envelopamento da pronúncia, para

³⁸ Legitimação, aqui, entendida exclusivamente como a correspondência entre os votos dos magistrados e o acórdão resultante.

³⁹ Correção sob o ponto de vista estritamente formal: adequação do julgado ao direito positivo. Foge aos propósitos deste trabalho o estudo da correção sob óticas diversas.

que esta corresse apensada aos autos, mas lacrada, para evitar contato dos jurados com seu teor.

O réu, inconformado, aforou o *habeas corpus* nº 103037, perante o Supremo Tribunal Federal, e a corte constitucional decidiu, com razão, que o envelopamento e lacre, determinados pelo STJ, feriam, ao impedir o contato dos jurados com o teor da pronúncia, o artigo 472, parágrafo único, do Código de Processo Penal⁴⁰.

Além disso, o STF considerou também que o STJ, em seu julgado, violou o artigo 5º, inciso XXXVIII, da Constituição, que impõe a soberania dos veredictos do júri. Não poderia, por força deste comando constitucional, ter sido vedado o acesso dos jurados ao texto da pronúncia. Em decorrência, o STF anulou a pronúncia e determinou seu refazimento, sem excesso de linguagem.

No equivocado julgamento da sexta turma do STJ, proferido no Recurso Especial nº 982033, fica clara a desconformidade entre o resultado final, expresso no acórdão, e os votos dos ministros, na forma resumida abaixo:

Og Fernandes ⁴¹	Nem Desentranhamento, nem Envelopamento da Pronúncia
Celso Limongi ⁴²	Pelo Desentranhamento da Pronúncia
Nilson Naves ⁴³	Pelo Desentranhamento da Pronúncia
Maria Thereza ⁴⁴	Pelo Envelopamento da Pronúncia
Haroldo Rodrigues ⁴⁵	Pelo Envelopamento da Pronúncia

Tabela 1 - Voto dos Ministros do STJ (tabela elaborada pelo autor)

⁴⁰ “Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo. Parágrafo único. **O jurado, em seguida, receberá cópias da pronúncia** ou, se for o caso, das decisões posteriores que julgaram admissível a acusação e do relatório do processo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008). (grifou-se)”.

⁴¹ “Afastado o excesso de linguagem, por consequência, também não se vislumbra a contrariedade ao art. 74, § 1º, da Lei Adjetiva Penal. Isso porque o Julgador não usurpou a competência dos juízes naturais da causa. Ao revés, limitou-se a firmar as razões de seu convencimento com base nas provas existentes, deixando ao Tribunal popular o exame definitivo da questão”.

⁴² “Em face do exposto, dou provimento ao presente recurso especial e determino o desentranhamento da decisão de pronúncia, outra devendo ser proferida, com os requisitos legais”.

⁴³ “Não vou escrever mais, já terrivelmente difícil esse exercício. Ao cabo, quero então, com a vênio do Relator, acompanhar o Desembargador convocado Celso Limongi”.

⁴⁴ “Ante o exposto, pedindo vênio ao nobre relator, acompanho a divergência e dou parcial provimento, para reconhecer o excesso de linguagem, contudo, não anulo o processo, mas, apenas, determino o desentranhamento da pronúncia, envelopando-a junto aos autos, de tal forma a evitar que os jurados tenham contato com seus termos, certificando-se a condição de pronunciado do recorrente, prosseguindo-se o processo”.

⁴⁵ “Essas são as razões que me levam a acompanhar a divergência para dar provimento ao recurso especial, sem, contudo, anular a decisão de fls. 1.902/1.931, mas determinar a restrição de sua publicidade na fase do *iudicium causae*”.

Não alcançada inicialmente a maioria absoluta dos votos, foi convocado para compor o colegiado o Ministro Haroldo Rodrigues (artigo 181 e parágrafos do RISTJ⁴⁶). Mas, ao final, dos cinco ministros participantes, apenas dois votaram pela solução *contra-legem*, ou seja, pelo envelopamento e vedação do acesso dos jurados ao teor da sentença de pronúncia. Contudo, na composição do acórdão, considerou-se o voto da Ministra Maria Thereza, pelo envelopamento e lacre da pronúncia, como voto médio, o que se revelou equivocado: *dos cinco julgadores, apenas dois determinaram o envelopamento e lacre*, como pode ser visto na tabela acima. Não houve correspondência entre o produto final da operação do sistema – o acórdão – e os elementos do sistema – os votos. Assim, do sistema resultou uma propriedade diversa da apresentada pelos seus elementos, tomados um a um, já que, na composição do voto médio, os julgadores decidiram, erroneamente, que o voto médio foi o da Ministra Maria Thereza. Eis a certidão do julgado no STJ:

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEXTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“Prosseguindo no julgamento após o voto do Sr. Ministro Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ/CE) dando parcial provimento ao recurso especial e submetida ao Colegiado a questão sobre qual voto deveria prevalecer, **decidiu a Turma pela prevalência do voto da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura**. Vencido, neste ponto, o Sr. Ministro Nilson Naves. No mérito, a Turma, pelo voto médio, deu parcial provimento ao recurso especial. Vencido o Sr. Ministro Relator e, em parte, o Sr. Ministro Nilson Naves que votou pela prevalência do voto do Sr. Ministro Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP). Lavrará o acórdão a Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura.”

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Nilson Naves (grifou-se).

Além da incorreção na aplicação do direito e da incongruência entre votos e acórdão, a gerar o problema da legitimação, este julgado do STJ traz, também, um exemplo de imprevisibilidade dos efeitos sistêmicos: não se espera que medida errônea e agasalhada por apenas dois dos cinco votos de um colegiado vá prevalecer como “voto médio” deste mesmo colegiado. Conforme exposto no item 3.1 supra, percebe-se aqui a operação contra-intuitiva ou não linear da sexta turma enquanto sistema.

3. A APELAÇÃO COM REVISÃO Nº 1068035-0/6

Trataremos agora da apelação com revisão nº 1068035-0/6, julgada pela 26ª câmara de direito privado do TJ/SP. O recurso foi interposto contra sentença

⁴⁶ “Art. 181. A decisão da Turma será tomada pelo voto da maioria absoluta dos seus membros. § 1º O Presidente da Turma participa dos seus julgamentos com as funções de relator, revisor e vogal. § 2º Não alcançada a maioria de que trata este artigo, será adiado o julgamento para o fim de ser tomado o voto do Ministro ausente. § 3º Persistindo a ausência, ou havendo vaga, impedimento ou licença, por mais de um mês, convocar-se-á Ministro de outra Turma (art. 55)”.

que julgou parcialmente procedentes embargos à execução aforados em primeiro grau de jurisdição. A apelante – Panificadora Carmela LTDA. – pleiteou a apreciação do agravo retido e, no mérito, sustentou ser da ora apelada – Eletropaulo S/A – a obrigação legal de apresentar os valores devidos.

No julgado, tratou-se de questão processual somente, a respeito da admissibilidade do apelo manejado por Panificadora Carmela LTDA. O relator sorteado, desembargador Felipe Ferreira, assim votou:

“Do recurso não se pode conhecer, por inexistir nos autos representação processual da apelante.

Com efeito, os advogados da apelante, às fls. 316/318, comunicaram a renúncia ao mandato, com a advertência que só se responsabilizariam sobre a demanda por até 10 dias contados da assinatura do documento.

Esta não cuidou de constituir novo advogado nos autos, sem o qual não pode procurar em juízo (artigos 36 e 37), não incidindo na via recursal o artigo 13, do Código de Processo Civil, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, nestes termos:

“Não cabe aplicar, na fase recursal, o comando estatuído no art. 13 do CPC.” (R.E. 198.353-1-SP, Rel. Ministro Néri da Silveira, J. 23.02.1996, DJU de 09.05.1997, p. 18.145, vide RTJ 151/1.005).

Assim, se o advogado deixa o processo e a apelante não o substitui, o seu desinteresse há de ser interpretado como aceitação tácita da sentença, por impossível a existência de recurso sem advogado que o sustente perante o Tribunal, conforme hialina interpretação do parágrafo único, do artigo 503, do Código de Processo Civil.

Veja-se o seguinte aresto:

“Não se pode conhecer de recurso subscrito por advogado que não esteja regularmente constituído nos autos.” (JTJ 165/103).

Ante o exposto, não se conhece do recurso.”

O relator sorteado, portanto, não admitiu o recurso de apelação, visto que considerou inexistente, nos autos, representação processual da apelante, ante ausência de advogado constituído, e teve por inaplicável, em segundo grau, o disposto no artigo 13 do Código de Processo Civil⁴⁷.

Solução outra albergou o relator designado, desembargador Andreatta Rizzo⁴⁸: considerou plenamente aplicável o art. 13 do CPC em segundo grau

⁴⁷ “Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber: I - ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo; II - ao réu, reputar-se-á revel; III - ao terceiro, será excluído do processo”.

⁴⁸ “Ao relatório do voto do ilustre Relator sorteado, acrescento que os autos vieram-me conclusos, por força do disposto no artigo 455, do Regimento Interno deste Tribunal. Era o que cumpria relatar. O culto Desembargador Felipe Ferreira não conheceu do recurso “por inexistir nos autos representação processual da apelante. Dissentiu dessa conclusão o 3º Desembargador,

de jurisdição e votou pela conversão do julgamento em diligência, de modo a oportunizar-se à Panificadora Carmela LTDA prazo para que a mesma constituísse novo advogado.

Finalmente, o terceiro desembargador, Norival Oliva, conheceu do apelo, dissentindo, portanto, dos outros dois julgadores.

Aplicada ao caso a solução então preconizada pelo art. 455⁴⁹ do RITJSP, tivemos, esquematicamente, a seguinte situação:

Acórdão (tido como voto médio dos três desembargadores, ante a regra então em vigor do art. 455 do RITJSP):	Converteu o julgamento em diligência, de modo a oportunizar-se ao apelante prazo para constituir novo patrono, conforme art. 13 do CPC
Voto do Desembargador Andreatta Rizzo	Converteu o julgamento em diligência, de modo a oportunizar-se ao apelante prazo para constituir novo patrono, conforme art. 13 do CPC
Voto do Desembargador Felipe Ferreira	Não conheceu do apelo, ante ausência de advogado constituído nos autos
Voto do Desembargador Norival Oliva	Conheceu do Apelo.

Tabela 2 – Acórdão e posição de cada Desembargador (tabela elaborada pelo autor)

O julgado diferencia-se do anteriormente trazido, na medida em que, aqui, o resultado final, consubstanciado em uma propriedade emergente do sistema (porquanto albergado tão somente por um dos três votos) revelou-se juridicamente correto, ante o ordenamento jurídico vigente, ao conceder prazo ao recorrente para sanar vício de representação. Com efeito, considerar o artigo 13 do CPC inaplicável ao segundo grau de jurisdição e não conhecer do apelo implica interpretação excessivamente formal da lei, nega o caráter intrinsecamente instrumental do processo civil e desdiz o comando inserto no art. 5º, inciso LV, da Carta de 88, que assegura ampla defesa aos litigantes.

para conhecer do recurso. Prevaleceu, contudo, o voto intermediário, deste Revisor, a fim de se facultar à apelante, no prazo razoável de quinze dias, oportunidade para regularização da sua representação processual. É bem verdade que não cuidou, ela, após a renúncia dos seus advogados, de constituir novos patronos. Todavia, ao revés do respeitado entendimento esposado, nem por isso haveria de se lhe impedir, na via recursal, o atendimento do comando do artigo 13 do Código de Processo Civil. Realmente, em face da sistemática processual o defeito de representação ou ausência dela não surtirá as penalidades que lhe reserva a lei, sem que seja dada à parte faltosa a oportunidade de suprir a irregularidade. Como já decidiu, ao propósito, o Superior Tribunal de Justiça “nas instâncias ordinárias, tanto no primeiro como no segundo grau de jurisdição, há que se oportunizar à parte, antes de qualquer providência, o suprimento da falta de procuração nos autos, nos moldes do artigo 13 do Código de Processo Civil” (Resp. 199.529, 6ª Turma, Rel. Ministro Fernando Gonçalves). Daí, antes de ser exarado o juízo de admissibilidade, ou não, do apelo, nada obstante a divergência dual da turma, impõe-se a conversão do julgamento em diligência, intimando-se, pela via própria, a parte para o fim já explicitado. Do exposto, o meu voto converte o julgamento em diligência”.

⁴⁹ “Art. 455. Quando, na votação de questão indecomponível, ou de questões distintas, se formarem correntes divergentes de opinião, sem que nenhuma alcance a maioria exigida, prevalecerá a média dos votos ou o voto intermediário.” A regra foi repetida pelo art. 135 do atual RITJSP.

Mas, por outro lado, reputar perfeito o recurso interposto, quando o recorrente litigava sem a devida capacidade postulatória, fora das exceções legais em que dispensável o advogado, olvida o art. 133 da Carta⁵⁰, a Lei 8.906/94 (art. 1º)⁵¹, o decidido pelo STF, na ADI 1127/DF⁵², e a Lei 9.099/95 (art. 9º)⁵³. A solução mais acertada foi a abraçada pelo acórdão, ao reputar como voto médio o declarado pelo desembargador Andreatta Rizzo, no sentido de converter o julgamento em diligência, para que o apelante constituísse, dentro do prazo dado, novo advogado.

Portanto, em que pese dois dos três desembargadores terem chancelado solução contrária ao ordenamento, o resultado operacional do sistema – o acórdão – abraçou solução de acordo com o ordenamento. Configurou-se, então, uma propriedade emergente.

É de ser ressaltado que o artigo 13 do CPC é regra de legislação federal, cuja guarda e uniformização compete precipuamente ao STJ, que tem decidido o assunto no mesmo sentido do acórdão do TJ/SP (v.g., REsp 1269254/MG; REsp 247593/SP; REsp 373586/RJ). Assim, no caso em exame, os votos juridicamente errôneos da maioria dos magistrados, combinados entre si e com o voto minoritário correto, resultaram em um acórdão correto, do ponto de vista normativo, ante o desenho institucional da Corte paulista dado no referido artigo 455 de seu Regimento Interno. Aqui, portanto, os efeitos sistêmicos serão positivamente avaliados, quanto à correção na aplicação do direito, não obstante verificar-se, novamente, o funcionamento contra-intuitivo ou não linear de um colegiado jurisdicional, já que o produto de sua operação consubstanciou-se em solução albergada por apenas um de seus três componentes.

CONCLUSÃO

Uma análise que englobe todas estas nuances passará pelo exame da possibilidade de se considerar o tribunal em si como um juiz monocrático, dotado de vontade própria, visto que, nos exemplos dados, não se pode atribuir aos votos dos magistrados o resultado final do acórdão, pois tal resultado

⁵⁰ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

⁵¹ “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juzizados especiais; (...)”.

⁵² O Tribunal, examinando os dispositivos impugnados na Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994: a) por unanimidade, em relação ao inciso I do artigo 1º, julgou prejudicada a alegação de inconstitucionalidade relativamente à expressão “juizados especiais”, e, por maioria, quanto à expressão “qualquer”, julgou procedente a ação direta, vencidos os senhores Ministros Relator e Carlos Britto; b) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao § 3º do artigo 2º, nos termos do voto do relator; c) por maioria, julgou parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da expressão “ou desacato”, contida no § 2º do artigo 7º, vencidos os senhores Ministros Relator e Ricardo Lewandowski; d) por unanimidade, julgou improcedente a ação direta, quanto ao inciso II do artigo 7º, nos termos do voto do Relator.

⁵³ “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

decorreu de uma avaliação errônea do que teria sido o voto médio, no primeiro exemplo, e do critério utilizado pelo regimento interno do tribunal para resolução de divergências qualitativas, no segundo exemplo.

Se o resultado final não decorreu dos votos dos desembargadores, qual o fundamento do acórdão então? Para começar a responder tal questionamento, podemos considerar que uma decisão judicial proferida por um juiz singular pode, a exemplo de uma decisão colegiada, ser ou não ser dotada de legitimação, correção ou previsibilidade e é resultante de um conjunto de raciocínios levados em conta pelo magistrado monocrático – sendo que nem sempre prevalece o mais acertado deles. Algumas vezes nem mesmo se impõe o entendimento que o próprio juiz individual considera correto, dado que, não raramente, embargos de declaração com efeitos infringentes e juízos de retratação em agravos ocorrem no dia a dia forense. Será possível então considerar cada desembargador ou ministro que compõe um tribunal da mesma maneira que cada raciocínio desenvolvido na mente do juiz singular? E, por extensão, o próprio tribunal pode ser tido como um juiz monocrático, ao lavrar seus acórdãos? Se tais acórdãos apresentarem características substancialmente diferentes das observadas nos votos dos magistrados, é possível conceber uma linha de pensamento que aflore do próprio tribunal como entidade? Ou a legitimação – correspondência exata entre votos e acórdão – deve ser sempre perseguida, ainda que o acórdão, em decorrência dos efeitos sistêmicos, seja juridicamente mais acertado que os votos? Em suma, é possível conceber uma *fundamentação institucional* para os acórdãos, oriunda do somatório dos votos dos respectivos membros, ou de suas interações, mas completamente diversa da fundamentação destes votos, tomados um a um?

Os dois casos analisados mostraram que o acórdão, resultado final da operação do sistema (colegiado jurisdicional), nem sempre condiz com os votos, ou com a maioria dos votos, que são os elementos ou partes daquele sistema, de forma análoga àquela demonstrada figurativamente através do “Paradoxo de Condorcet” e do “Dilema do Prisioneiro”. A análise desta dimensão do fenômeno decorre substancialmente do que busca o observador (legitimação, correção ou previsibilidade), bem como da sua escala de valores. Assim, eventual incongruência entre votos e acórdão não pode, abstrata e absolutamente, ser considerada como algo negativo ou indesejável, já que um acórdão em desacordo com os votos pode revelar-se mais acertado, juridicamente falando, do que estes votos, o que foi demonstrado na análise da apelação com revisão nº 1068035-0/6, oriunda da 26ª Câmara de Direito Privado do TJ/SP.

Contudo, impõe-se concluir que, em ambos os exemplos, a fundamentação do julgado não decorre nem da argumentação nem da interpretação jurídicas levadas a cabo nos votos, ou na maioria dos votos, visto que o acórdão *não condiz* com os votos, ou com a maioria dos votos. Observada tal incongruência,

o acórdão *decorrerá do desenho institucional do tribunal*. No primeiro caso analisado, no âmbito do STJ, ficou claro o erro na apuração do voto médio dos ministros e a insuficiência da regra constante no artigo 181 e parágrafos do Regimento Interno do STJ. No segundo caso, vislumbra-se o papel decisivo da regra para resolução de divergências qualitativas insculpida no então vigente artigo 455 do Regimento Interno do TJ/SP.

Assim, pode-se conceber uma linha de pensamento que decorra do próprio colegiado como entidade ou instituição. Vale dizer, uma propriedade *surgida* no sistema, ou da operação do sistema, mas não advinda das partes (dos votos) isoladamente – *uma propriedade emergente*. Diante da ocorrência desta propriedade emergente, é possível visualizar uma *fundamentação institucional* para os acórdãos, advinda do desenho institucional da Corte.

Por outro lado, no que respeita à ideia de uma fundamentação institucional – oriunda do próprio tribunal e não dos seus membros – ser ou não condizente com o paradigma constitucional brasileiro, esta é uma indagação além dos objetivos do presente trabalho e que demandará pesquisa a ser empreendida no futuro. Pode-se, entretanto, concluir, desde já, que, caso se entenda incompatível com o ordenamento constitucional a noção de fundamentação institucional, deverão ser criados mecanismos de desenho das instituições aptos a evitar a não correspondência entre os votos dos julgadores e o resultado final dos acórdãos, uma vez que, conforme demonstrado, o fenômeno acontece no dia a dia dos tribunais pátrios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASHBY, W. Ross. *Principles of the self-organizing System*. Disponível em: <<http://csis.pace.edu/~marchese/CS396x/Computing/Ashby.pdf>>. Acesso em: 06 maio 2012.

CONDORCET, Marquis de. "Essay on the Application of Mathematics to the Theory of Decision-Making". In: BAKER, Keith Michael (ed.). *Condorcet Selected Writings*, 1976.

EDWARDS, Harry T. *The Effects of Collegiality on Judicial Decision Making*. Disponível em: <http://www.ncsconline.org/WC/Publications/KIS_AppCtsCollegiality.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2012.

GRABER, Mark. "The Nonmajoritarian Difficulty: Legislative Deference to the Judiciary". *Studies in American Political Development*, nº 7, 1993.

HARDIN, Russell. "The Free Rider Problem". In: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (2003). Disponível em: <<http://plato.stanford.edu/archives/fall2009/entries/free-rider>>. Acesso em: 23 maio 2012.

JERVIS, Robert. *System Effects: Complexity in Political and Social Life*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 1997.

O'BRIEN, Terry. *The Bottom Billion: Why the Poorest Countries are Failing and What Can be Done About It: Some Insights for the Pacific?* Disponível em: <http://www.treasury.gov.au/documents/1304/PDF/05_The_Bottom_Billion.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2011.

OLSON, Mancur. *Lógica da Ação Coletiva: Benefícios Públicos e uma Teoria dos Grupos Sociais*. São Paulo: EDUSP, 1999.

PIMENTEL, Elson L. A. *Dilema do Prisioneiro: da Teoria dos Jogos à Ética*. Belo Horizonte: Argumentum, 2007.

ROSNAY, Joël de. “*The Macroscope*”. Disponível em: <<http://pespmc1.vub.ac.be/macroscope/chap2.html>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SUNSTEIN, Cass; VERMEUELE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *University of Chicago Public and Law Research Paper*, nº 28, 2002.

VERMEULE, Adrian. “Foreword: System Effects and the Constitution”. *The Supreme Court 2008 Term*.