

Teoria institucional e decisões colegiadas: novos parâmetros de análise

Institutional theory and collective decisions: new analysis parameters

Igor De Lazari(1); Carlos Bolonha(2)

1 Universidade Federal do Rio de Janeiro. Técnico Judiciário da Justiça Federal da 2ª Região.

E-mail: igorlazari@outlook.com

2 Doutor em Direito. Professor da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

E-mail: bolonhacarlos@gmail.com

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 3, p. 97-117, Set.-Dez., 2017 - ISSN 2238-0604

[Received/Recebido: Set. 10, 2016; Accepted/Aceito: Dez. 05, 2017]

DOI: <https://doi.org/10.18256/2238-0604.2017.v13i3.1552>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui/click here!](#)

Resumo

Este artigo possui por objeto, a partir de abordagem multidisciplinar, a investigação das decisões colegiadas, das premissas que incentivam sua instituição, dos problemas que podem provocar e dos requisitos necessários para que realmente produzam melhores resultados. Pretende-se, a partir disso, indicar as precauções e informações que deverão adotadas e antevistas para a prescrição de desenhos institucionais apropriados para que decisões mais racionais sejam produzidas. Busca-se, pois, discutir as perspectivas teóricas que recomendam irrefletidamente instituições colegiadas sem a adequada reflexão do desenho institucional dos incentivos internos e institucionais dos agentes. Tem-se, assim, que a hipótese se baseia na demonstração de que colegiados nem sempre decidirão melhor por imperfeição dos desenhos institucionais, e, nestes casos, a agregação de indivíduos, inclusive de juízes, não produzirá benefícios, podendo, inclusive, produzir piores resultados.

Palavras-chave: Decisões colegiadas. Desenho institucional. Incentivos.

Abstract

This paper has as its object, from a multidisciplinary approach, the investigation of collegiate decisions, assumptions that encourage their institution, problems they may cause and necessary requirements for they really produce better results. It is intended thereby indicate the precautions and information to be considered for prescribing institutional designs appropriate for making more rational decisions. The paper intends to discuss the theoretical perspectives that recommend thoughtlessly collegiate institutions without proper reflection of institutional and incentives of agents. The hypothesis is based on evidence that collegiate bodies not always take better decision because of the imperfection of institutional designs, and in these cases aggregating individuals, including judges, have no benefit and may have worse results.

Keywords: collegiate decisions. Self-centered decisions. Institutional design.

1 Introdução

Dedicar-se à análise do comportamento é comum na psicologia, notadamente no *behaviorismo* e noutras áreas do conhecimento. Por isso, no Direito, a análise da ação de seus operadores (juízes, promotores, advogados, servidores) perpassa por noções multidisciplinares. Porém, a mais aparente contribuição ao Direito parece ter sido realizada pela Economia. Etimologicamente, Direito e Economia não se relacionam; mas na Economia identificam-se preceitos¹ - introduzidos aprioristicamente por Adam Smith², Jeremy Bentham³, Gary Becker⁴, Richard Coase⁵, Guido Calabresi⁶ - incorporáveis à análise das ações dos operadores, na prática e literatura jurídicas⁷, que servem para a prescrição e previsão de suas ações⁸. Modelos puramente econômicos podem fracassar por presumir que pessoas serão “racionais” no sentido suposto pela Economia. Mas isso não significa que as pessoas sejam imprevisíveis, sistematicamente irracionais, aleatórias. Identificar, porém, padrões para sua atuação não prescinde de análises multidisciplinares.

Esta interação produtiva multidisciplinar ocorreu no domínio da análise econômica do Direito⁹, reputada, não apenas por seus adeptos, o mais influente¹⁰

- 1 Esta análise é afeta essencialmente à microeconomia, que “estuda o comportamento das unidades econômicas básicas: consumidores e produtores e o mercado no qual interagem”. VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval. *Economia: Micro e Macro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 17.
- 2 SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Random House, 1937.
- 3 BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.
- 4 BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *The Journal of Political Economy*, v. 76, 1968.
- 5 COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost”. *Journal of Law and Economics*, vol. 3, 1960.
- 6 CALABRESI, Guido. “Some Thoughts on Risk Distribution and The Law of Torts”. *Yale Law Journal*, v. 70, 1961.
- 7 POSNER, Richard; LANDES, William. “The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study”. *Chicago Law & Economics Working Paper*, n. 9, 1992; LEFF, Arthur. “Economic Analysis of Law: some Realism about Nominalism”. *Virginia Law Review*, v. 60, 1974. p. 452 (“It is a matter of common knowledge that economic analysis of the type Posner’s book exemplifies is growing ever more popular among legal scholars”).
- 8 “The economic analysis of law, as it now exists not only in the United States but also in Europe, which has its own flourishing law and economics association, has both positive (that is, descriptive) and normative aspects. It tries to explain and predict the behavior of participants in and persons regulated by the law. It also tries to improve law by pointing out respects in which existing or proposed laws have unintended or undesirable consequences, whether on economic efficiency, or the distribution of income and wealth, or other values”. POSNER, Richard. “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 53, 1998. p. 2. Cf. POSNER, Richard. “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”. *Harvard Law Review*, v. 100, 1987.
- 9 Para abordagem histórico-descritiva do desenvolvimento da análise econômica do Direito, cf. POSNER, Richard. “Some Uses and Abuses of Economics in Law”. *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979.
- 10 Ronald Coase, professor de Chicago que influenciou a criação do *law & economics* disse, no

avanço do pensamento jurídico após a ruína do *realismo* nos anos iniciais da década de 1940¹¹, que se ampara nas seguintes máximas: (i) que membros do sistema jurídico se comportam como maximizadores racionais dos seus interesses; (ii) que o sistema jurídico se preocupa com a promoção de *eficiência econômica* (e.g. introdução do processo judicial eletrônico, instituição do procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais) e (iii) que a análise econômica pode ser relevante para a realização de reformas do sistema jurídico¹². Influente ou não¹³, a análise econômica do Direito superou pessimismos acadêmicos e persistiu nas décadas recentes. Referem-se William Landes & Richard Posner, no seu *estudo quantitativo da influência da Economia no Direito* a artigo de 1980 de Morton Horwitz. Nele Horwitz afirmava, ironicamente, que “a análise econômica do Direito minguou como a mais recente moda no mundo acadêmico jurídico e [...] próximos historiadores jurídicos precisarão exercitar sua imaginação para compreender porque tantas pessoas levaram-na tão a sério”¹⁴.

Passadas décadas dos comentários de Horwitz, porém, a análise econômica do Direito preserva o mesmo entusiasmo acadêmico. Muitas noções inconfundivelmente econômicas são adequadas ao Direito. Não se propõe, por meio desta afirmação, instituir algum modelo de decisão ou incorporar acriticamente máximas não jurídicas ao estudo do Direito, mas apenas analisar o comportamento de seus operadores, sobretudo dos juízes, a partir de referenciais acadêmicos inseridos, sobretudo, no domínio da análise econômica do Direito¹⁵, pois se pretende apontar incentivos¹⁶

pronunciamento de premiação do prêmio Nobel, que “I now turn to that other article cited by the Swedish Academy, The Problem of Social Cost, published some 30 years ago. I will not say much here about its influence on legal scholarship which has been immense but will mainly consider its influence on economics, which has not been immense, although I believe that in time it will be”. COASE, Ronald. “Prize Lecture: The Institutional Structure of Production”. *Nobelprize.org*, Singapura, 29 jan. 2016. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html>. Acesso em 21 jul. 2015.

11 LANDES, William; POSNER, Richard. “The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study”. *Chicago Working Paper In Law & Economics*, n. 9, 1992. p. 1.

12 POSNER, Richard. “Economic Approach to Law”. *Texas Law Review*, v. 53, 1975. p. 763-764.

13 Estudo acerca da influência da doutrina da análise econômica do Direito pode ser encontrada em POSNER, Richard; LANDES, William. “The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study”. *Chicago Law & Economics Working Paper*, n. 9, 1992.

14 LANDES, William; POSNER, Richard. “The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study”. *Chicago Working Paper In Law & Economics*, n. 9, 1992. p. 4.

15 “a economia é, acima de tudo, uma ciência feita para medir. Possui um conjunto incrivelmente eficiente e flexível de ferramentas capaz de acessar de maneira confiável uma variedade de informações a fim de identificar o efeito de qualquer fator isolado ou mesmo o efeito integral”. LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. *Freakonomics & Superfreakonomics*. Tradutor: Regina Lyra; Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 25-26.

16 Define-se incentivo como “something that induces a person to act, such as the prospect of a punishment or a reward”. MANKIOW, Gregory. *Principles of Macroeconomics*. 6th edition. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 7. Diz-se, a propósito, que “os incentivos são a pedra

institucionais -- axiais na Economia -- nos processos de decisão¹⁷.

Isto porque, assevera Cass Sunstein, a análise do Direito deveria estar ligada àquilo que se aprendeu na economia sobre comportamento humano e decisão, nas suas tarefas positiva (dedicada às previsões), prescritiva (definidora das maneiras ideais do provir na busca por objetivos) e normativa (preocupada com as realizações do sistema jurídico)¹⁸. Estas referências, que incorporam máximas econômicas na análise das instituições, são aproveitados na Teoria das Instituições, que objetiva analisar agentes (inclusive os juízes) nos seus processos decisórios. Decerto, podem-se analisar comportamentos noutros domínios acadêmicos: realistas clássicos, por exemplo, apresentaram uma Teoria Jurisprudencial sobre a legitimação de decisões judiciais a partir de conjunturas psicológicas¹⁹.

Por isso, nada obstante a Economia – que se apresenta não apenas como o conjunto de percepções sobre a produção e o consumo, mas ainda como ciência do comportamento²⁰ – ajude a compreender o comportamento dos agentes, inclusive dos juízes²¹, adota-se neste artigo a abordagem institucionalista²², que aglomera e inspira

de toque da vida moderna”. Destaque-se que “incentivos não passam de meios para estimular pessoas a fazer mais coisas boas e menos coisas ruins” e “a economia é, em essência o estudo dos incentivos”. LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. *Freakonomics & Superfreakonomics*. Tradutor: Regina Lyra; Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 26; 30. Neste mesmo sentido, Michael Sandel afirma que “a economia não diz respeito apenas à produção, à distribuição e ao consumo de bens materiais, mas também à interação humana em geral e aos princípios que regem a tomada de decisões pelos indivíduos”. Isto se justifica porque “em todas as esferas da vida, o comportamento humano pode ser explicado partindo-se do princípio de que as pessoas decidem o que fazer sopesando os custos e benefícios das opções à sua frente e escolhendo aquela que acreditam ser capaz de lhes proporcionar maior bem-estar ou que tenha maior utilidade”. SANDEL, Michael. *O Que o Dinheiro Não Compra: Os Limites Morais do Mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. p. 50; 85.

17 EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 30.

18 SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 2.

19 EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 3.

20 BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

21 De acordo com Richard Posner, “rational judges pursue instrumental and consumption goals of the same general kind and in the same general way that private persons do. There is no mystery as to what they maximize. They maximize a utility function whose principal components are readily observable in the behavior of such familiar participants in the social enterprise as nonprofit firms, voters, and theatergoers”. POSNER, Richard. A. “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Things Everyone Else Does)”. *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper*, v. 15, 1993. p. 25.

22 “Do ponto de vista epistemológico, essa é a maior contribuição que o institucionalismo, apoiado no instrumental da teoria econômica, pode oferecer ao Direito. Tendo em conta que o Direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano, os instrumentos analíticos importados do institucionalismo suprem, em alguma medida, esta carência e auxiliam na explicação, sobre outra

as disciplinas que integram as ciências sociais (ciência política, sociologia, economia, psicologia etc)²³ na sua aplicação à análise dos padrões de comportamento²⁴. É, portanto, o institucionalismo²⁵ o mais recomendado marco teórico para investigar decisões multidisciplinarymente. Embora Gary Becker aponte que *a abordagem econômica seja singularmente poderosa porque pode integrar amplo campo de investigação do comportamento humano*²⁶, o institucionalismo melhor desempenha a tarefa²⁷.

Posto isto, a partir da premissa institucional, analisar-se-ão analiticamente os processos de decisão coletiva, indicando suas principais precariedades e problemas oriundos dos desenhos institucionais. Defende-se, por hipótese, que as decisões são diretamente influenciadas pelos desenhos institucionais, que podem, inclusive, se precários e incompletos, refutar o otimismo relativo às decisões colegiadas. Metodologicamente, realizar-se-á revisão doutrinária das análises sobre decisões colegiadas e suas especificidades.

ótica, da própria razão, por exemplo, de existência de determinada norma jurídica, ensejando a identificação, a previsão e a mensuração das consequências normativas produzidas pelo impacto institucional”. SEPÚLVEDA, Antônio. “As diferentes estratégias interpretativas e a influência institucional sobre o intérprete” (no prelo), p. 12.

23 GOODIN, Robert E. “Institutions and Their Design”. In: GOODIN, Robert E. (ed.). *The Theory of Institutional Design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 2.

24 “Although few persons would dispute the distinctiveness of an economic approach, it is not easy to state exactly what distinguishes the economic approach from sociological, psychological, anthropological, political, or even genetical approaches”; “definitions of sociology and other social sciences are of equally little help in distinguishing their approaches from other”. BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 3-4.

25 Institucionalismo pode ser definido como o ramo do conhecimento que pretende compreender as práticas internas das instituições, que, por sua vez, podem ser definidas como padrão recorrente de comportamentos sociais. Indivíduos não são instituições, mesmo que possuam padrões de comportamento recorrentes. Nisso se incluem instituições presentes no âmbito da Economia, da Política e da cultura popular. GOODIN, Robert E. “Institutions and Their Design”. In: GOODIN, Robert E. (ed.). *The Theory of Institutional Design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 22. Portanto, amplamente, o novo institucionalismo define instituições como “formal and informal rules that constrain individual behavior and shape human interaction”. BARTON, Benjamin. “Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?” *The University of Tennessee College of Law Legal Studies Research Paper Series*, n. 1, 2007. p. 7.

26 BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990. p. 3-4.

27 Mesmo Becker admite que “just as many noneconomic variables are necessary for understanding human behavior, so too are the contributions of sociologists, psychologists, sociobiologists, historians, anthropologists, political scientists, lawyers, and others” e “although I am arguing that the economic approach provides a useful framework for understanding all human behavior, I am not trying to suggest that the economist’s are more important”. BECKER, Gary. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 14; “understanding the source, structure, and evolution of a legal system is the kind of project that requires skills that are possessed but not monopolized by economists”. STIGLER, George. “Law or Economics?”. *Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2, 1992. p. 467.

2 Incentivos institucionais e decisões

É sabido que agentes privados²⁸ e públicos são influenciados por múltiplos incentivos. Estas influências impactam significativamente suas decisões e explicá-las pressupõe a incorporação de noções apartadas do Direito, não jurídicas. Decisões judiciais não podem ser satisfatoriamente compreendidas por meio da análise reducionista da interpretação de normas jurídicas, sem realizar considerações institucionais – sobretudo afetas às capacidades institucionais e aos efeitos sistêmicos.²⁹ Mais que isso, juízes frequentemente afastam-se dos limites normativos por razões não afetas à norma sem que percebamos³⁰. Juízes, afinal, não são apenas *políticos de toga*³¹,

28 Exemplo desta influência pode ser identificado no artigo de Huaye Li & Yasuaki Sakamoto, que demonstra que nossas opiniões em sites de relacionamento são influenciadas por outros usuários. LI, Huaye; SAKAMOTO, Yasuaki. “The Influence of Collective Opinion on True-False Judgment and Information-Sharing Decision”. *Howe School Research Paper*, n. 8, 2013.

29 “This blindness to institutional considerations creates serious problems for the underlying theories. The problems are illustrated with discussions of many disputed issues, including the virtues and vices of formalism; the current debate over whether administrative agencies should have greater interpretive freedom than courts; and the roles of text, philosophy, tradition, and tradition in constitutional law. In many cases, an understanding of institutional capacities and dynamic effects should enable diverse people, with different views about ideal legal interpretation, to agree on what actual legal interpretation should entail”. SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, n. 28, 2002. p. 1. Neste sentido, ainda: “a noção central propugnada pelos neoinstitucionalistas diz que os arranjos institucionais, relativamente estáveis e rotineiros, estruturam em grande medida não só o comportamento dos julgadores administrativos, mas também a conduta de todos aqueles - v.g., servidores públicos e sujeitos passivos da obrigação tributária - que estejam situados sob o influxo dos mecanismos institucionais instalados no contexto das delegacias especializadas em julgamento. A ideia defendida é que a ação individual (e colegiada) é forjada e circunscrita pela influência exercida pela instituição, uma vez que o controle das ações e o monitoramento dos indivíduos não é algo que se obtenha a partir da espontaneidade individual (ou colegiada)”. SEPÚLVEDA, Antônio. *O Papel das Delegacias Receita Federal do Brasil de Julgamento: Uma Análise sob a Perspectiva dos Desenhos Institucionais*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

30 Recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos reformou regulação da Agência de Proteção Ambiental (Environmental Protection Agency), porque, conquanto normativamente correta, a agência não considerou relevante para a regulação a superveniência de despesas decorrentes do controle de emissões superiores aos benefícios econômicos quantificáveis dela decorrentes. ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Autor: Michigan. Réu: Environmental Protection Agency. Julgado nº 576. Washington DC, 29 de junho de 2015.

31 “many conventional legal scholars, abetted by judges, have promoted an unrealistic but influential theory of judicial behavior in which careerism and ideology play no role in judicial decisions, while some social scientists and some journalists have sponsored the opposite but also unrealistic conception of judges as merely politicians in robes”. EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 2. Neste mesmo sentido: “In recent years there has been an increasing focus on judicial decision-making processes and the behavior of judges. At its

mas sendo de carne e osso, sujeitam-se às mesmas emoções e fraquezas humanas que afetam outros membros da espécie³². Neste sentido, afirmam Cass Sunstein & Adrian Vermeule que a maioria das discussões proeminentes sobre interpretação – incluindo-se, por exemplo, as discussões realizadas por Jeremy Bentham, Willian Blackstone, Herbert L. A. Hart, Henry Hart, Albert Sacks, Ronald Dworkin, William Eskridge, John Manning, Richard Posner e, poderíamos acrescentar, Friedrich Hayek – são incompletas, porque pretendem analisar como se deve interpretar, atribuindo-se a juízes e legislaturas capacidades quase heroicas, preterindo-se, assim, aspectos relacionados aos atributos institucionais destes sujeitos e das instituições que integram³³.

Não se pode desprezar, na análise do comportamento, que agentes (incluindo-se juízes), individual ou coletivamente, perseguem seus interesses num contexto colegiadamente constrangido³⁴. Entre as muitas formas de constrangimento ou incentivo nos processos de decisão³⁵, a mais significante é aquela materializada nas instituições.³⁶ Por isso, deve-se realizar análise das decisões de juízes a partir de noções

heart this study can be summarized thusly: Judges are people too. They are driven by the same combination of incentives, experiences and cognitive biases that drive the rest of us. In this vein, political scientists study the “attitudinal model,” which argues that political ideology is the single best predictor of judicial decisions. Cognitive psychologists study judicial heuristics. Economists wonder what incentives control judicial behavior... Judges, as a defined group and “institution,” respond to the world, and particularly to judicial decisions, as lawyers... Judges thus approach their work with a prescribed set of heuristics, behaviors, and notions about the world.” BARTON, Benjamin. “Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?” *The University of Tennessee College of Law Legal Studies Research Paper Series*, n. 1, 2007. p. 5; 7.

32 ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Parte: Estado do Michigan. Parte: Environmental Protection Agency. Julgado nº 576. Washington, DC, 29 de junho de 2015. “Judges are human and experience emotion when hearing cases. Judges regularly are angered by misbehaving lawyers and litigants. They routinely encounter disturbing evidence that can provoke not just anger but disgust... But judges also experience more pleasant emotions. They may feel joy when a needy child is placed with a family, or hope when a drug court defendant completes treatment and promises to turn his life around.⁸ Even crafting a tightly reasoned, well-written opinion can generate feelings of pride”. MARONEY, Terry. “Emotional Regulation and Judicial Behavior”. *California Law Review*, v. 99, n. 1481, 2011. p. 1483-1484.

33 SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, n. 156, 2002. p. 2-3.

34 Neste artigo os termos “incentivo”, “constrangimento” e “estímulo” serão adotados indistintamente.

35 Refere-se aqui apenas aos incentivos relacionados aos processos de decisão, porque muitos outros poderão ser identificados para motivar outras ações de juízes e.g. para a aposentadoria. Para análise sobre as motivações – insatisfação com a carreira, idade, salário inadequado – para o abandono da carreira de Juízes Federais americanos cf. BURBANK, Stephen; PLAGER, S. Jay; ABLAVSKY, Gregory. “Leaving the Bench: the Choices Federal Judges Make, What Influences those Choices and their Consequences”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 1, 2012.

36 GOODIN, Robert E. “Institutions and Their Design”. In: GOODIN, Robert E. (ed.). *The Theory of Institutional Design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 20.

multidisciplinares relacionando-as a duas categorias de incentivos³⁷: (i) (des)incentivos dos pares³⁸; e (ii) (des)incentivos da instituição³⁹. Isto porque, reportando-se a James Gibson, decisões dos juízes são o produto do que juízes preferem decidir (modelo atitudinal), moderados pelo que pensam que deveriam decidir (modelo do papel a desempenhar), porém constrangidos pelo que percebem ser capazes de decidir (modelo institucional). Juízes são influenciados nas suas decisões por seus pares, pela instituição e, ocasionalmente, pelo meio⁴⁰, nele destacando-se a opinião pública.⁴¹

Estas categorias misturam-se ocasionalmente, porque o desenho da instituição – o projeto de ações e procedimentos criado para obter resultados positivos num contexto

37 “a judge conceive of as a participant in a labor Market can be understood as being motivated and constrained, as others workers are, by costs and benefits both pecuniary and nonpecuniary, but mainly the later: nonpecuniary costs such as effort, criticism, and workplace tensions, nonpecuniary benefits such as leisure, esteem, influence, self-expression, celebrity (that is, being a public figure), and opportunities for appointment to a higher court; and constrained also by professional and institutional rules and expectations and by a “production function” the tools and methods that the worker uses in his job and how he uses them”. EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013. p. 5.

38 “Relations with coworkers are an important influence on workplace behavior – and remember that we’re treating courts as workplaces”. EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013, p. 8. Interessante pesquisa sobre o modo como a pressão social influencia nossa própria opinião pode ser encontrada em ASCH, Solomon. “Opinions and Social Pressure”. *Scientific American*, v. 193, n. 5, 1955. Em relação à influência dos pares nos processos de decisão cf. FISCHMAN, Joshua. “Estimating Preferences of Circuit Judges: A Model of Consensus Voting”. *Journal of Law and Economics*, v. 54, n. 4, 2011.

39 Definida como instituição de Estado (órgão, divisão) que agrega agentes.

40 “What judges prefer to do and what they think they ought to do are not necessarily compatible with what they are encouraged or allowed to do... Judges’ decisions are a function of what they prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do. Individuals make decisions, but they do so within the context of group, institutional, and environmental constraints”. GIBSON, James. L. “From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior”. *Political Behavior*, v. 5, n. 1, 1983. p. 27; 32.

41 “A detailed literature attempts to show that the Supreme Court’s decisions are generally in line with public opinion and that, in light of the Court’s actual practices, the “countermajoritarian difficulty” is far less difficult than it might seem. To this extent, a degree of “popular constitutionalism,” captured in a measure of public control of constitutional meaning, seems to be alive and well. The Court rarely embarks on courses of action that are wildly out of step with the strongly held views of citizens as a whole. But there can be no question that the Court’s decisions can provoke public outrage, and that the Court sometimes works to reduce the likelihood and intensity of that outrage”. The most famous example is *Naim v. Naim*, in which the Court refused to rule on the constitutionality of a ban on racial intermarriage, largely because it feared that its ruling would provoke outrage, in a way that might diminish the Court’s own authority”. SUNSTEIN, Cass. “If People Would Be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?”. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 332, 2007. p. 2.

determinado⁴² – pode intensificar, porventura, os incentivos dos pares. Porém, isto não prejudicará a sua compreensão individualizada na análise dos aspectos institucionais que influenciam Juízes nas suas decisões, a partir da abordagem realista dos processos de decisão, que serve para demonstrar que decisores, incluindo-se os juízes, são afetados diretamente por seus pares e pelo meio institucional, sendo que as melhores decisões dependerão da precisa instituição de desenhos e da previsão de incentivos.

3 Decisões colegiadas e razão coletiva

Decisões colegiadas amparam-se na premissa aristotélica⁴³ de *wisdom*⁴⁴ of *the crowd*, a presunção de que grupos decidirão melhor, por razões agregativas, de aritmética simples⁴⁵. Esta razão pode ser definida como acurácia epistêmica no julgamento, ou, simplesmente, o julgamento que procura a resposta acertada.⁴⁶ Nossa espécie sempre decidiu em grupo. Modernamente, preservamos a sistemática agregativa de decisão: decidimos no ínterim de órgãos colegiados de decisão sociais e políticos - nossos Tribunais, legislaturas, conselhos (e.g. conselho da República),

42 GOODIN, Robert E. "Institutions and Their Design". In: GOODIN, Robert E. (ed.). *The Theory of Institutional Design*. New York: Cambridge University Press, 1996. p. 22.

43 "For the many, of whom each individual is but an ordinary person, when they meet together may very likely be better than the few good, if regarded not individually but collectively, just as a feast to which many contribute is better than a dinner provided out of a single purse. For each individual among the many has a share of virtue and prudence, and when they meet together they become in a manner one man, who has many feet, and hands, and senses; that is a figure of their mind and disposition. Hence the many are better judges than a single man of music and poetry; for some understand one part, and some another, and among them, they understand the whole". ARISTOTLE. *Politics*. Tradução de Benjamin Jowett. Oxford: Clarendon Press, 1920. p. 121-123.

44 Por razões lexicais, *wisdom* (sabedoria) e inteligência se inserem, na concepção grega, na razão, portanto não diferem em natureza, mas apenas se aplicam a diferentes domínios de competência. Portanto, razão, sabedoria e inteligência serão adotados indistintamente neste artigo. Cf. ANDLER, Daniel. What has collective wisdom to do with wisdom? In: LANDERMORE, Hélène; ELSTER, Jon (eds). *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

45 SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston-MA: Harvard Business Review Press, 2015. p. 16.

46 VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". *Harvard Public Law Working Paper*, n. 8, 2008. p. 2. Para Jon Elster, na sua definição moralista, não adotada neste artigo, a *razão* combina dois elementos: (i) motivação imparcial e (ii) construção racional das assunções. Rejeita-se ainda a concepção de *razão* de Christian List, que a adiciona a coerência. Essas definições não serão adotadas neste artigo pelas razões apresentadas no artigo referenciado nesta nota. Pelo contrário, adotar-se-á a *baseline conception* de Adrian Vermeule, de *razão* como acurácia epistêmica, que pode ser aplicada a indivíduos e colegiados indistintamente.

agências⁴⁷, são órgãos multi-membro⁴⁸, porque presumimos⁴⁹, a princípio, que sejam capazes de obter melhores resultados⁵⁰. Diz-se, popularmente, que *duas cabeças pensam melhor do que uma*, e, se isto estiver correto, logo três cabeças deveriam pensar melhor que duas. Portanto, se membros do grupo realmente interagirem entre si, podem, afirma-se, aprender e decidir melhor.⁵¹

Esta presunção otimística, portanto, ampara-se, sobretudo, na (i) agregação de informação⁵² (perspectiva ou estatística⁵³); e na (ii) agregação de legitimidade⁵⁴. Esta primeira modalidade possui três principais suposições: (i.a) os colegiados são

- 47 De acordo com o art. 4º da Lei nº 9.986/00, “as Agências serão dirigidas em regime de colegiado, por um Conselho Diretor ou Diretoria composta por Conselheiros ou Diretores, sendo um deles o seu Presidente ou o Diretor-Geral ou o Diretor-Presidente”. BRASIL. Lei nº 9.986 de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9986.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.
- 48 Mencionem-se ainda a administração colegiada da seguridade social (art. 194, VII, CF); a participação da sociedade nas ações e serviços públicos de saúde (art. 198, III, CF), nas ações na área de assistência social (art. 204, II, CF) e no sistema nacional de cultura (art. 216-A, X, CF). BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.
- 49 Recentemente, o senador Wellington Fagundes (PR-MT) afirmou, durante discussões para aprovação dos novos diretores da ANTT, que “estamos perseguindo isso: ter as agências completas, para tomar decisões mais maduras, já que tudo é feito em colegiado”. ALTAFIM, Iara. “Indicações para diretoria da ANTT aprovados na Comissão de Infraestrutura”. *Senado Notícias*, Brasília, jun. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/17/indicacoes-para-diretoria-da-antt-passam-na-comissao-de-infraestrutura>>. Acesso em: 19 jan. 2016.
- 50 No ano de 2015, a propósito, a Presidente Dilma Rousseff reuniu-se *en banc* com Ministros por mais de seiscentas ocasiões, (da Fazenda e da Casa Civil, sobretudo). Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-o-planalto/agenda/agenda-da-presidenta/2015-12-06?month:int=12&year:int=2015>>. Acesso em: 10 jan. 2016.
- 51 SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston-MA: Harvard Business Review Press, 2015. p. 4
- 52 RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap Press, 1971. p. 358-359. Neste mesmo sentido: “where there is a right answer, somehow defined, the average of multiple independent estimates will tend to converge on the truth”. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 154.
- 53 Esta agregação estatística se ampara na Lei dos Grandes Números, que influencia o Teorema do Juri de Condorcet, que sustenta que, quando o colegiado possuir duas alternativas e seus membros possuírem preferência mínima pela resposta correta, a probabilidade de que o voto majoritário seja correto aproximar-se-á da certeza à medida que o colegiado aumenta. Por outro lado, a agregação perspectiva envolve a agregação de múltiplas perspectivas dos membros do colegiado, que possuem, individualmente, parte da resposta para alguma questão. Cf. VERMEULE, Adrian. “Collective Wisdom and Institutional Design”. *Harvard Public Law Working Paper*, n. 8, 2008. p. 6-7; VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 167-168.
- 54 “a second opinion may provide extra legitimacy to the decision or raise the decision maker’s certainty that it is correct – at least so long as the second opinion coincides with the first”. VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 156.

equivalentes a seus melhores membros, isto é, a deliberação permite que o colegiado convirja para o julgamento do mais sábio dos seus membros; (i.b) o colegiado é a soma dos seus membros, isto é, a deliberação poderia ajuizar membros a compartilhar a informação que possuem o que levaria o colegiado a possuir mais informação agregada que qualquer de seus membros; (i.c) o colegiado supera a soma das suas partes (sinergia), isto é, as discussões colegiadas podem selecionar informações e perspectivas de modo que o colegiado descubra soluções inovadoras para determinado problema.⁵⁵

Depreende-se, aparentemente, que grupos não precisam ser dominados por pessoas surpreendentemente inteligentes para serem astutos; mesmo que a maioria das pessoas que participam de determinado colegiado não sejam racionais⁵⁶, mas parcialmente ignorantes – ou, no jargão econômico, racionalmente ignorantes -- poderiam ainda assim alcançar resultados sábios.⁵⁷ Demonstrou-se, inclusive, que adicionar membros cuja competência é pior que a média pode surpreendentemente, em alguns casos, aumentar a performance do grupo⁵⁸. Para James Surowiecki, isto é positivo porque não somos, individualmente, perfeitos decisores, mas *limitadamente racionais*.⁵⁹

Ele afirma, ainda, que grupos, amplamente considerados, suficientemente grandes e diversos, alcançarão decisões acerca de materiais de interesse comum intelectualmente superiores às decisões individuais⁶⁰, independentemente dos

55 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institutions”. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, n. 156, 2002. p. 25-26.

56 Definem-se racionais as pessoas “who systematically and purposefully do the best they can to achieve their objectives, given the available opportunities”. MANKIWI, Gregory. *Principles of Macroeconomics*. 6th edition. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 6. Para Simon, “rationality denotes a style of behavior that is appropriate to the achievement of given goals, within the limits imposed by given conditions and constraints”. SIMON, Herbert. *Theories of Bounded Rationality*. In: McGUIRE, Charlie; RADNER, Roy (eds.) *Decision and Organization*. New York: American Elsevier, 1972. p. 161.

57 SUROWIECKI, James. *The Wisdom of Crowds*. New York: Anchor Books, 2005, p. XIII. Exemplificativamente, Francis Galton publicou na revista Nature, no. 1949, de 1907, pesquisa que apontava a capacidade da pequena população da cidade de Plymouth de acertar com ampla precisão a “massa do boi”, na competição local de adivinhação.

58 LADHA, Krishna. “The Condorcet Jury Theorem, Free Speech, and Correlated Votes”. *American Journal of Political Science*, v. 36, n. 3, 1992.

59 Para Simon, a racionalidade pode submeter-se a algumas limitações, dentre as quais: (i) “risco e incerteza”; (ii) “incompleta informação sobre as alternativas”; e (iii) “presunções de complexidade limitadoras da capacidade de adotar o melhor curso de ação”. SIMON, Herbert. *Theories of Bounded Rationality*. In: McGUIRE, Charlie; RADNER, Roy (eds.) *Decision and Organization*. New York: American Elsevier, 1972. p. 163-164. Cf. DA SILVA, Virgílio Afonso. “Deciding Without Deliberating”. *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013. p. 562 (“In order to understand how deliberation may attenuate the effects of bounded rationality, the same excerpt from Sieyès may again be useful, but with the emphasis added in a different place: “When we get together, it is to deliberate, to know the opinions of each other, to benefit from reciprocal enlightenment... When problems are complex, individual ideas, even if shared, may not lead to an optimal decision. What is needed is an intense exchange of arguments, a “reciprocal enlightenment,” so that new ideas may emerge”).

60 Ressalva, porém, que “the group’s guess will not be better than that of every single person in the group

níveis de informação e inteligência do melhor indivíduo, porque nos casos em que nossos imperfeitos julgamentos são agregados adequadamente nossa razão coletiva é comumente excelente⁶¹. Isso pode ser denominado *milagre da agregação*⁶²: mesmo que os membros sejam todos ignorantes, a decisão de inúmeros membros não será necessariamente ignorante⁶³. Isso justifica porque Democracias não são necessariamente *crenças patéticas na sabedoria coletiva da ignorância individual*⁶⁴.

Entretanto, a mesma aritmética que explica a performance superior dos colegiados também explica por que podem ser insensatos.⁶⁵ É equivocado presumir que colegiados sempre decidirão melhor⁶⁶. Para que se alcancem melhores resultados,

each time. In many (perhaps most) cases, there will be a few people who do better than the group. This is, in some sense, a good thing, since especially in situations where there is an incentive for doing well (like, say, the stock market) it gives people reason to keep participating. But there is no evidence in these studies that certain people consistently outperform the group... Over the ten experiments, the group's performance will almost certainly be the best possible. The simplest way to get reliably good answers is just to ask the group each time. SUROWIECKI, James. *The Wisdom of Crowds*. New York, NY: Anchor Books, 2005. p. 5.

61 SUROWIECKI, James. *The Wisdom of Crowds*. New York: Anchor Books, 2005. p. XIV-XVII.

62 "100% ignorance leads to disaster. Can 99% ignorance be significantly better? The surprising answer is yes. The negative effects of voter ignorance are not linear. Democracy with 99% ignorance looks a lot more like democracy with full information than democracy with total ignorance... This result has been aptly named the "Miracle of Aggregation." It reads like an alchemist's recipe: Mix 99 parts folly with 1 part wisdom to get a compound as good as unadulterated wisdom. An almost completely ignorant electorate makes the same decision as a fully informed electorate—lead into gold, indeed!". CAPLAN, Bryan. *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*. Princeton: Princeton University Press, 2006. p. 8-9.

63 "As James Surowiecki in his engaging and illuminating book, "The Wisdom of Crowds", the average answer, which we might describe as the answer of a statistical group, is often accurate, where accuracy is measured by reference to objective facts... In light of these findings, many groups might want to answer questions not through deliberation, but simply by consulting people and selecting the average response... For now, let us simply note that statistical groups often do better than deliberating groups, because the former rigorously incorporate all the information that their members have". SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015. p. 32.

64 Famosa afirmação de Henry Mencken, jornalista Americano. Cf. LIST, Christian; GOODIN, Robert. "Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem". *Journal of Political Philosophy*, v. 9, 2001.

65 SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston-MA: Harvard Business Review Press, 2015. p. 16.

66 Há inclusive ressalvas desta natureza no âmbito do Teorema do Juri de Condorcet. Este Teorema afirma que colegiados são mais propensos que qualquer indivíduo a optar pela "melhor" das duas alternativas disponíveis quando há incerteza sobre qual delas é preferível, a depender, porém, das circunstâncias. AUSTEN-SMITH, David; BANKS, Jeffrey. Information Aggregation, Rationality, and the Condorcet Jury Theorem. *The American Political Science Review*, v. 90, n. 1, 1996. É implicação ainda deste modelo que o julgamento colegiado se aproxima da infalibilidade à medida que o colegiado aumenta. GROFMAN, Bernard; OWEN, Guillermo; FELD, Scott. "Thirteen Theorems in Search of the Truth". *Theory and Decision*, v. 15, n. 264, 1983.

são necessários requisitos mínimos numerosos, mormente relacionados ao desenho dos processos de decisão e de inclusão de membros⁶⁷ - os principais Teoremas que pretendem afirmar a competência superior dos colegiados a partir (i) da capacidade individual dos seus membros, (ii) do processo de deliberação adotado e (iii) do número de membros dependem de pressupostos inafastáveis⁶⁸ muito críticos. Por isso, colegiados não remediam, mais comumente, desacertos individuais, mas, inversamente, os amplificam – processo denominado por Cass Sunstein *some garbage in, much garbage out*; além disso, decisões por colegiados majoram os custos de decisão, porque muitas pessoas são abrangidas, além dos custos de erro, porque julgamentos colegiados podem aumentar a amplitude da *mançada* se alcançarem decisões não acertadas⁶⁹.

Mesmo Surowiecki, que aponta inúmeros atributos dos colegiados, indica alguns de seus problemas: problemas de cognição; problemas de coordenação; problemas de cooperação⁷⁰. Pode-se dizer, portanto, que grupos são melhores nas condições ideais. Porém, a ação coletiva ocorre, de regra, nas segundo-melhores condições⁷¹, que se relacionam com os efeitos sistêmicos⁷². Mecanismos alegadamente capazes de produzir a razão de multidões aparentam, nos casos relevantes, mal definidos e precários,

67 Exemplo disso pode ser identificado na pesquisa de Baharad et. al., que indica os arranjos e condições necessárias para que grupos aleatórios alcancem respostas mais acertadas. BAHARAD, Eyal; GOLDBERGER, Jacob; KOPPEL, Moshe; NITZAN, Shmuel. “Distilling the Wisdom of Crows: Weighted Aggregation of Decisions on Multiple Issues” (no prelo). No mesmo sentido: BAHRAMI, Bahador; OLSEN, Karsten; LATHAM, Peter; ROEPSTORFF, Rees; FRITH, Chris. “Optimally Interacting Minds”. *Science*, v. 329, 2010; KORIAT, Asher. “When Are Two Heads Better than One and Why?” *Science*, v. 336, 2012.

68 Incluem-se aqui o Teorema do Júri de Condorcet e a Regra de Decisão Ótima de Bayes. Cf. GROFMAN, Bernard; OWEN, Guillermo; FELD, Scott. “Thirteen Theorems in Search of the Truth”. *Theory and Decision*, v. 15, 1983.

69 SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015. p. 2; 6 (“group judgements increase the costs of decisions, because many people are involved. And such judgments can increase, rather than decrease, the number and the size of errors (and hence the error costs), if the group ends up making decisions worse”).

70 SUROWIECKI, James. *The Wisdom of Crowds*. New York, NY: Anchor Books, 2005. p. XVII-XVIII.

71 Teoria do Second-Best foi primeiramente desenvolvida, em 1956, por Richard Lipsey e Kelvin Lancaster, no artigo “The General Theory of the Second Best”. Esta Teoria estabelece que o ótimo Second-Best assim se define porque ele é alcançado sujeitando-o a algum constrangimento que, por definição, impede a obtenção do ótimo de Pareto: “the optimum situation finally attained may be termed a second best optimum because it is achieved subject to a constraint which, by definition, prevents the attainment of a Paretian optimum”. LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kelvin. “The General Theory of Second Best”. *Review of Economic Studies*, v. 24, n. 11, 1956. p. 11. Este ótimo de Pareto (eficiência de Pareto), inspirado no italiano Vilfredo Pareto, se obtém quando não existe possibilidade de se alcançarem melhores resultados sem prejudicar qualquer outro agente econômico. Estes conceitos são absorvidos da ciência econômica.

72 VERMEULE, Adrian. “System Effects and the Constitution”. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, v. 642, 2009. p. 10-11.

sendo aplicáveis somente em situações relativamente limitadas⁷³. Isto é, a ação colegiada pode⁷⁴, mas não necessariamente produzirá melhores resultados.⁷⁵ Existem momentos, inclusive, nos quais a agregação de indivíduos provocará decisões coletivas profundamente irracionais⁷⁶.

Portanto, propõe-se que, para a obtenção de melhores resultados no íterim de processos de decisão colegiados, deverão ser instituídos desenhos institucionais que incentivem a deliberação sincera⁷⁷, a diversidade⁷⁸, a colegialidade⁷⁹, a imparcialidade

73 VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". *Harvard Public Law Working Paper*, n. 8, 2008. p. 1.

74 Estudos empíricos que demonstram a possibilidade de julgamentos melhores por agregados de indivíduos podem ser encontrados na pesquisa de Robert Thorndike, que, porém, não despreza alguns pressupostos e.g. a ocorrência de vieses constantes. THORNDIKE, Robert. "The Effect of Discussion upon the Correctness of Group Decisions, when the Factor of Majority Influence is Allowed For". *The Journal of Social Psychology*, vol. 9, no. 3, 1938; "we don't want to leave the impression that every judgment bias is amplified by groups... The larger point, however, is that individual biases are not systematically corrected at the group level and the often get worse". SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, p. 53.

75 LE BON, Gustav. *The Crowd: a Study of the Popular Mind*. Mineola, NY: Dover, 2002. p. 9. Cf. SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000. p. 1.

76 MACKAY, Charles. *Extraordinary Popular Delusions and the Madness of Crowds*. Vermont: Fraser Publishing Company, 1932.

77 Cf. DA SILVA, Virgílio Afonso. "Deciding Without Deliberating". *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11, No. 3, 2013.

78 Exigências de diversificação da composição de Tribunais são relevantes porque "requirements of this sort trade off some scientific competence, at the margin, for greater representation of affected interests and reduced correlation of errors at the group level...; balanced panels of this sort can create overall gains by sacrificing some expertise for a reduce chance that the biases of any one affected interest will dominate". VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 172-173; VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". *Harvard Public Law Working Paper*, n. 8, 2008; VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 169.

79 VERMEULE, Adrian. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014. p. 173. De acordo com Silva, "supreme or constitutional courts are always collegiate, in the sense that decisions are made by a group of persons, but this does not mean that collegiality is also a cogent feature of these courts", sendo que "collegiality implies, among other things, (i) the disposition to work as a team; (ii) the absence of hierarchy among the judges (at least in the sense that the arguments of any and all judges have the same value); (iii) the willingness to listen to arguments advanced by other judges (i.e. being open to being convinced by good arguments of other judges); (iv) a cooperativeness in the decision-making process; (v) mutual respect among judges; (vi) the disposition to speak, whenever possible, not as a sum of individuals but as an institution (consensus seeking deliberation)". DA SILVA, Virgílio Afonso. "Deciding Without Deliberating". *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013. p. 563.

e autonomia dos Juízes⁸⁰, além da supressão dos potenciais desacertos dos colegiados⁸¹. Isto porque, reitera-se, as propriedades individuais submetem-se a inúmeros incentivos e constrangimentos institucionais que alteram seu alcance. *Had every Athenian citizen been a Socrates, every Athenian assembly would still have been a mob*, previram os Federalistas⁸². Por isso, se os desenhos não puderem ser perfeitamente implementados, a não se podem obter benefícios da agregação de indivíduos, incluindo-se os juízes.

4 Considerações finais

Pretendeu-se, no presente artigo, investigar decisões colegiadas, as premissas que incentivam sua instituição, os problemas que podem provocar e os requisitos necessários para que realmente produzam melhores resultados. Nota-se que a precisa realização deste propósito não prescinde da análise multidisciplinar, que pode ser melhor realizada no íterim da Teoria Institucional. Esta análise permite a investigação ampla das instituições, além dos seus limites normativos.

Depreendeu-se da análise que os colegiados, integrados por *pessoas normais* ou *experts*, submetem-se a múltiplos problemas, que podem reduzir os benefícios da agregação de indivíduos. Esta agregação pode, inclusive, provocar resultados perversos, piores que aqueles que poderiam ser obtidos por meio de decisores individuais. Isto significa que a só agregação de indivíduos não significa *ipso facto* a obtenção de melhores decisões e não se justifica retoricamente pela premissa aristotélica de *wisdom of crowds*.

80 “the broader lesson is that if groups are able to benefit from having diverge views, people will quickly learn that their own position is not universally held, and hence the bias is reduced. In these cases, group deliberation supplies an important corrective. Note that we’re less likely to get that corrective if the group consists of like-minded people, where egocentric bias might be amplified”. SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015. p. 55.

81 Exemplo simplório disso, que pode significar aumento da qualidade decisória do colegiado por meio do desenho institucional, se identifica no art. 135 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que determina que *concluído o debate oral, o Presidente tomará os votos do Relator, do Revisor, se houver, e dos outros Ministros, na ordem inversa de antiguidade*. Pretende-se, por meio disso, que Ministros mais modernos não sejam influenciados por Ministros mais antigos. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 27 de outubro de 1980. Estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Setembro_2015-versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

82 “Ainda que cada cidadão de Atenas tivesse sido um Sócrates, nem por isso a Assembléia dos Atenienses deixaria de ser tumultuosa”. Federalista 55. “human beings do not generally consult a freestanding “preference menu” from which selections are made at the moment of choice; preferences can be a product of procedure, description, and context at the time of choice”. SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000.

Portanto, para que núcleos colegiados de decisão possam decidir melhor, os desenhos das instituições colegiadas, incluindo-se os Tribunais judiciais, deverão identificar adequadamente os riscos de agregação, prever mecanismos que incentivem a deliberação sincera, a divulgação de informações privadas, a supressão de cascatas, a diversidade dos seus membros. Entretanto, se os desenhos não servirem aos presentes propósitos, a agregação de juízes não possuirá quaisquer benefícios, podendo, inclusive, produzir resultados piores.

Referencias

ALTAFIM, Iara. “Indicações para diretoria da ANTT aprovados na Comissão de Infraestrutura”. *Senado Notícias*, Brasília, jun. 2015. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/06/17/indicacoes-para-diretoria-da-antt-passam-na-comissao-de-infraestrutura>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

ANDLER, Daniel. What has collective wisdom to do with wisdom? In: LANDERMORE, Hélène; ELSTER, Jon (eds). *Collective Wisdom: Principles and Mechanisms*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

ARISTOTLE. *Politics*. Tradução de Benjamin Jowett. Oxford: Clarendon Press, 1920.

ASCH, Solomon. “Opinions and Social Pressure”. *Scientific American*, v. 193, n. 5, 1955.

AUSTEN-SMITH, David; BANKS, Jeffrey. Information Aggregation, Rationality, and the Condorcet Jury Theorem. *The American Political Science Review*, v. 90, n. 1, 1996.

BAHARAD, Eyal; GOLDBERGER, Jacob; KOPPEL, Moshe; NITZAN, Shmuel. “Distilling the Wisdom of Crows: Weighted Aggregation of Decisions on Multiple Issues” (no prelo).

BAHRAMI, Bahador; OLSEN, Karsten; LATHAM, Peter; ROEPSTORFF, Rees; FRITH, Chris. “Optimally Interacting Minds”. *Science*, v. 329, 2010.

BARTON, Benjamin. “Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?” *The University of Tennessee College of Law Legal Studies Research Paper Series*, n. 1, 2007.

BECKER, Gary. “Crime and Punishment: An Economic Approach”. *The Journal of Political Economy*, v. 76, 1968.

_____. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Kitchener: Batoche Books, 2000.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2015.

BRASIL. Lei nº 9.986 de 18 de julho de 2000. Dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 18 jul. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9986.htm>. Acesso em: 20 nov. 2015.

BURBANK, Stephen; PLAGER, S. Jay; ABLAVSKY, Gregory. “Leaving the Bench: the Choices Federal Judges Make, What Influences those Choices and their Consequences”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 1, 2012.

CALABRESI, Guido. “Some Thoughts on Risk Distribution and The Law of Torts”. *Yale Law Journal*, v. 70, 1961.

CAPLAN, Bryan. *The Myth of the Rational Voter: Why Democracies Choose Bad Policies*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

COASE, Ronald. "Prize Lecture: The Institutional Structure of Production". *Nobelprize.org*, Singapura, 29 jan. 2016. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-lecture.html>. Acesso em 21 jul. 2015.

_____. "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics*, v. 3, 1960.

DA SILVA, Virgílio Afonso. "Deciding Without Deliberating". *International Journal of Constitutional Law*, v. 11, n. 3, 2013.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. *The Behavior of Federal Judges: A Theoretical and Empirical Study of Rational Choice*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Autor: Michigan. Réu: Environmental Protection Agency. Julgado nº 576. Washington DC, 29 de junho de 2015.

ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Parte: Estado do Michigan. Parte: Environmental Protection Agency. Julgado nº 576. Washington, DC, 29 de junho de 2015.

FISCHMAN, Joshua. "Estimating Preferences of Circuit Judges: A Model of Consensus Voting". *Journal of Law and Economics*, v. 54, n. 4, 2011.

GIBSON, James. L. "From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior". *Political Behavior*, v. 5, n. 1, 1983.

GOODIN, Robert E. "Institutions and Their Design". In: GOODIN, Robert E. (ed.). *The Theory of Institutional Design*. New York: Cambridge University Press, 1996.

GROFMAN, Bernard; OWEN, Guillermo; FELD, Scott. "Thirteen Theorems in Search of the Truth". *Theory and Decision*, v. 15, n. 264, 1983.

KORIAT, Asher. "When Are Two Heads Better than One and Why?" *Science*, v. 336, 2012.

LADHA, Krishna. "The Condorcet Jury Theorem, Free Speech, and Correlated Votes". *American Journal of Political Science*, v. 36, n. 3, 1992.

LANDES, William; POSNER, Richard. "The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study". *Chicago Working Paper In Law & Economics*, n. 9, 1992.

LE BON, Gustav. *The Crowd: a Study of the Popular Mind*. Mineola, NY: Dover, 2002, p. 9.

SUNSTEIN, Cass. *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000.

LEFF, Arthur. "Economic Analysis of Law: some Realism about Nominalism". *Virginia Law Review*, v. 60, 1974.

LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. *Freakonomics & Superfreakonomics*. Tradutor: Regina Lyra; Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LI, Huaye; SAKAMOTO, Yasuaki. "The Influence of Collective Opinion on True-False Judgment and Information-Sharing Decision". *Howe School Research Paper*, no. 8, 2013.

LIPSEY, Richard G.; LANCASTER, Kelvin. "The General Theory of Second Best". *Review of Economic Studies*, v. 24, n. 11, 1956.

LIST, Christian; GOODIN, Robert. "Epistemic Democracy: Generalizing the Condorcet Jury Theorem". *Journal of Political Philosophy*, v. 9, 2001.

- MACKAY, Charles. *Extraordinary Popular Delusions and the Madness of Crowds*. Vermont: Fraser Publishing Company, 1932.
- MANKIWI, Gregory. *Principles of Macroeconomics*. 6th edition. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2011.
- MARONEY, Terry. "Emotional Regulation and Judicial Behavior". *California Law Review*, v. 99, n. 1481, 2011.
- POSNER, Richard. "Economic Approach to Law". *Texas Law Review*, v. 53, 1975.
- _____. "Some Uses and Abuses of Economics in Law". *The University of Chicago Law Review*, v. 46, n. 2, 1979.
- _____. "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987". *Harvard Law Review*, v. 100, 1987.
- _____. "Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law". *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 53, 1998.
- _____. "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Things Everyone Else Does)". *Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper*, v. 15, 1993.
- POSNER, Richard; LANDES, William. "The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study". *Chicago Law & Economics Working Paper*, n. 9, 1992.
- RAWLS, John. *A Theory of Justice*. Cambridge: Belknap Press, 1971.
- SANDEL, Michael. *O Que o Dinheiro Não Compra: Os Limites Morais do Mercado*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SEPÚLVEDA, Antônio. "As diferentes estratégias interpretativas e a influência institucional sobre o intérprete" (no prelo).
- _____. *O Papel das Delegacias Receita Federal do Brasil de Julgamento: Uma Análise sob a Perspectiva dos Desenhos Institucionais*. Rio de Janeiro, 2012. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.
- SIMON, Herbert. *Theories of Bounded Rationality*. In: McGUIRE, Charlie; RADNER, Roy (eds.) *Decision and Organization*. New York: American Elsevier, 1972.
- SMITH, Adam. *The Wealth of Nations*. New York: Random House, 1937.
- STIGLER, George. "Law or Economics?". *Journal of Law and Economics*, v. 35, n. 2, 1992.
- SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. *Wiser: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter*. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015.
- SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, n. 156, 2002.
- SUNSTEIN, Cass. "If People Would Be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?". *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper*, n. 332, 2007.
- _____. *Behavioral Law & Economics*. New York: Cambridge University Press, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de 27 de outubro de 1980. Estabelece a composição e a competência dos órgãos do Supremo Tribunal Federal, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República e a disciplina dos seus serviços. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Setembro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

SUROWIECKI, James. *The Wisdom of Crowds*. New York, NY: Anchor Books, 2005.

THORNDIKE, Robert. “The Effect of Discussion upon the Correctness of Group Decisions, when the Factor of Majority Influence is Allowed For”. *The Journal of Social Psychology*, v. 9, n. 3, 1938.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval. *Economia: Micro e Macro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VERMEULE, Adrian. “Collective Wisdom and Institutional Design”. *Harvard Public Law Working Paper*, no. 8, 2008.

_____. “System Effects and the Constitution”. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series*, v. 642, 2009.

_____. *The Constitution of Risk*. New York: Cambridge University Press, 2014.