XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

MARIA DOS REMÉDIOS FONTES SILVA

NEFI CORDEIRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Maria Dos Remédios Fontes Silva, Nefi Cordeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-197-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

Apresentação

O XXV Encontro Nacional do CONPEDI, foi realizado em Brasilia-DF, em parceria com os Programas de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Brasília, da Universidade Católica de Brasília e do Centro Universitário do Distrito Federal, no período de 06 a 09 de julho de 2016, sob a temática Direito e Desigualdades:diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo.

O Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I desenvolveu suas atividades no dia 07 de julho/16, na sede da Universidade Federal de Brasília, e contou com a apresentação de vinte e cinco trabalhos que, por seus diferentes enfoques e fundamentos teóricos, oportunizaram acalorados debates acerca dos seus conteúdos.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos.

Os escritos que tratam dessa instigante temática compreendem a discussão do processo como meio de justiça e de cidadania, desde formas alternativas de soluções de conflitos, à necessidade de transparência e aprofundamento das decisões judiciais, às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário para, com celeridade e qualidade, realizar o justo social.

Há também, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, as críticas já surgidas e os elogios às influências que devem gerar para um processo mais eficiente e mais comprometido com os reclamos sociais.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça I, agradecem aos autores dos trabalhos, pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a

elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-¬graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Profa. Doutora Maria dos Remédios Fontes Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Doutor Nefi Cordeiro - Universidade Católica de Brasília

Coordenadores do Grupo de Trabalho

DECISÕES COLEGIADAS E DESENHOS INSTITUCIONAIS

COLLECTIVE DECISIONS AND INSTITUTIONAL DESIGN

Igor de Lazari Barbosa Carneiro [1]
Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha [2]

Resumo

Este paper possui por objeto a investigação das decisões colegiadas e dos requisitos necessários para que produzam melhores resultados. Pretende-se, a partir disso, indicar as precauções que deverão ser adotadas para a prescrição de desenhos institucionais apropriados e rediscutir a recomendação irrefletida de instituições colegiadas sem a adequada reflexão do desenho institucional. Destacam-se, particularmente, as decisões autocentradas, que menosprezam a colegialidade e privilegiam a individualidade do decisor, mas que poderão revelar-se segundo-melhores decisões. Tem-se, assim, que a hipótese se baseia na demonstração de que colegiados nem sempre decidirão melhor, e, nestes casos, as decisões autocentradas serão a segundo-melhor decisão.

Palavras-chave: Decisões colegiados, Decisões autocentradas, Desenho institucional

Abstract/Resumen/Résumé

This paper has as its object the investigation of collegiate decisions and necessary requirements for they produce better results. It is intended thereby indicate the precautions to be considered for prescribing appropriate institutional designs and discuss the thoughtlessly recommendation of collegiate institutions without a proper reflection of institutional designs. The self-centered decisions that despise collegiality and emphasize the individuality of the decision makers are noteworthy, but they shall be the second-best decisions. The hypothesis is based on evidence that collegiate bodies not always take betters decisions, and in these cases self-centered decisions will be the second-best decisions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Collegiate decisions, Self-centered decisions, Institutional design

---

[1] Mestrando em Direito na UFRJ. Técnico Judiciário da Justiça Federal do Rio de Janeiro. Membro do Laboratório de Estudos Teóricos e Analíticos sobre o Comportamento das Instituições (LETACI).

[2] Professor Adjunto da Faculdade Nacional de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRJ. Diretor do Centro de Documentação e Pesquisa da OAB, Subseção Rio de Janeiro.

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 preceitos[1] - introduzidos aprioristicamente por Adam Smith[2], Jeremy Bentham[3], Gary Becker[4], Richard Coase[5], Guido Calabresi[6] – incorporáveis à análise das ações dos operadores, na prática e literatura jurídicas[7], que servem para a prescrição e previsão de suas ações[8]. 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 Direito[9], reputada, não apenas por seus adeptos, o mais influente[10] avanço do pensamento jurídico após a ruína do *realismo* nos anos iniciais da década de 1940[11]. Influente ou não[12], a

---

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**, vol. 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**, vol. 70, 1961.

7 POSNER, Richard; LANDES, William. "The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study". **Chicago Law & Economics Working Paper,** no. 9, 1992; LEFF, Arthur. "Economic Analysis of Law: some Realism about Nominalism". **Virginia Law Review,** vol. 60, 1974, p. 452.

8 POSNER, Richard. "Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law". **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper,** no. 53, 1998, p. 2. *Cf.* POSNER, Richard. "The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987". **Harvard Law Review,** vol. 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**, vol. 46, no. 2, 1979.

10 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, no. 9, 1992, p. 1.

12 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,** no. 9, 1992.

análise econômica do Direito superou pessimismos acadêmicos e persistiu nas décadas recentes[13]. 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 Direito[14], pois se pretende apontar incentivos[15] institucionais -- axiais na Economia -- nos processos de decisão[16].

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)[17]. Estes referencias, 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.

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 comportamento[18] –ajude a compreender o comportamento dos agentes, inclusive dos juízes[19], adota-se a abordagem institucionalista[20], que aglomera e inspira as disciplinas que integram as ciências sociais (ciência política, sociologia, economia, psicologia etc)[21] na sua aplicação à análise dos padrões

---

13 LANDES, William; POSNER, Richard. "The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study". Chicago Working Paper In Law & Economics, no. 9, 1992, p. 4.

14 "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.

15 Define-se incentivo como "something that induces a person to act, such as the prospect of a punishment or a reward". MANKIW, Gregory. **Principles of Macroeconomics**. 6th edition. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2011, p. 7. *Cf.* LEVITT, Steven; DUBNER, Stephen. **Freakonomics & Superfreakonomics.** Tradutor: Regina Lyra; Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 26; 30; SANDEL, Michael. **O Que o Dinheiro Não Compra:** Os Limites Morais do Mercado. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, pp. 50; 85.

16 *Cf.* 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.

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

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

19 *Cf.* POSNER, Richard. A. "What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Things Everyone Else Does)". **Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper**, vol. 15, 1993, p. 25.

20 *Cf.* SEPÚLVEDA, Antônio. "As diferentes estratégias interpretativas e a influência institucional sobre o intérprete" (no prelo), p. 12.

21 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.

de comportamento[22]. É, portanto, o institucionalismo[23] o mais recomendado marco teórico para investigar decisões multidisciplinarmente. Embora Gary Becker aponte que *a abordagem econômica seja singularmente poderosa porque pode integrar amplo campo de investigação do comportamento humano*[24], o institucionalismo melhor desempenha a tarefa[25]. Não se realizará, por isso, análise *juridicamente pura* das decisões de juízes. Isso não significa, porém, praticar erros metodológicos.

É sabido que agentes privados[26] 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 intepretação de normas jurídicas, sem realizar considerações institucionais – sobretudo afetas às capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos.[27] Mais que isso, juízes frequentemente afastam-se dos limites normativos por razões não afetas à norma sem que percebamos[28]. Juízes, afinal, não são apenas *políticos de toga*[29], mas *sendo de carne e osso, sujeitam-se às mesmas emoções e*

---

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

23 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. 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.*Cf.* BARTON, Benjamin. "Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?" **The University of Tennessee College of Law Legal Studies Research Paper Series**, no. 1, 2007, p. 7.

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

25 *Cf.* BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior.** Chicago: The University of Chicago Press, 1990, p. 14; STIGLER, George. "Law or Economics?". **Journal of Law and Economics**, vol. 35, no. 2, 1992, p. 467.

26 Exemplo desta influência pode ser identificado no artigo de Huaye Li & Yasuaki Sakamoto. LI, Huaye; SAKAMOTO, Yasuaki. "The Influence of Collective Opinion on True-False Judgment and Information-Sharing Decision". **Howe School Research Paper**, no. 8, 2013.

27 *Cf.* SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". **Public Law and Legal Theory Working Paper**, no. 28, 2002, p. 1. Neste sentido, ainda, *cf.* 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.

28 Recentemente, a Suprema Corte dos Estados Unidos reformou regulação da Agencia 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.

29 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 *cf.* BARTON, Benjamin. "Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?" **The University of Tennessee College of Law Legal Studies Research Paper Series**, no. 1, 2007, pp. 5; 7.

fraquezas humanas que afetam outros membros da espécie[30]. Neste sentido, afirmam Cass Sunstein & Adrian Vermeule que a maioria das discussões proeminentes sobre interpretação 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 integram[31].

Não se pode desprezar, na análise do comportamento, que agentes (incluindo-se juízes), individual ou coletivamente, perseguem seus interesses num contexto colegiadamente constrangido[32]. Entre as muitas formas de constrangimento ou incentivo nos processos de decisão[33], a mais significante é aquela materializada nas instituições.[34] Por isso, pretende-se realizar análise das decisões de juízes a partir de noções multidisciplinares relacionando-as a duas categorias de incentivos[35]: (i) (des)incentivos dos pares[36]; e (ii) (des)incentivos da instituição[37]. 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 meio[38], nele destacando-se a opinião pública.[39]

---

30 ESTADOS UNIDOS. United States Supreme Court. Parte: Estado do Michigan. Parte: Environmental Protection Agency. Julgado nº 576. Washington, DC, 29 de junho de 2015; MARONEY, Terry. "Emotional Regulation and Judicial Behavior". **California Law Review,** vol. 99, no. 1481, 2011, pp. 1483-1484.

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

32 Termos "incentivo", "constrangimento" e "estímulo" serão adotados indistintamente.

33 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 o abandono da carreira. *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,** vol. 161, no. 1, 2012.

34 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.

35 *Cf.* 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.

36 "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, Soloman. "Opinions and Social Pressure". **Scientific American,** vol. 193, no. 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,** vol. 54, no. 4, 2011.

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

38 GIBSON, James. L. "From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior". **Political Behavior**, vol. 5, no. 1, 1983, pp. 27; 32.

39 *Cf.* SUNSTEIN, Cass. "If People Would Be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?". **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper**, no. 332, 2007, p. 2.

Neste artigo, adotar-se-ão os parâmetros de análise da Teoria Institucional para se sustentar 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. Para isto, analisar-se-ão as decisões denominadas autocentradas nos processos de decisão de órgãos colegiados, que se subdividem nas decisões adesivas ("sigo o relator") e nas decisões insulares ("decisões ilha"), normalmente reprovadas por desprezarem processos deliberativos e privilegiarem a individualidade do decisor, desconstruindo, por isso, as premissas de *wisdom of crowds*. Defende-se, porém, por hipótese, que as decisões autocentradas poderão ser opções *segundo-melhor* para desenhos institucionais precários e incompletos, aqui definidos como desenhos incapazes de prever e prevenir os incentivos a que se submetem os agentes e que influenciam negativamente seu processo decisório. Metodologicamente, realizar-se-á revisão doutrinária das análises sobre decisões colegiadas e suas especificidades.

2 DECISÕES COLEGIADAS E RAZÃO COLETIVA

Decisões colegiadas amparam-se na premissa aristotélica[40] de *wisdom*[41] *of the crowd*, a presunção de que grupos decidirão melhor, por razões agregativas, de aritmética simples[42]. Esta razão pode ser definida como acurácia epistêmica no julgamento.[43] 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), agências[44], são órgãos multi-membro, porque presumimos, a princípio, que sejam capazes de obter melhores resultados[45]. Diz-se, popularmente, que *duas cabeças pensam melhor do que uma*, e, se isto estiver correto, logo três

---

40 *Cf.* ARISTOTLE. **Politics.** Tradução de Benjamin Jowett. Oxford: Clarendon Press, 1920, pp. 121-123.

41 Para se designar *wisdom* razão, sabedoria e inteligência serão adotados indistintamente. *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.

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

43 VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". **Harvard Public Law Working Paper,** no. 8**,** 2008, p. 2. Rejeitam-se neste artigo a noção de razão de Jon Elster e de Christian List. Essas definições não serão adotadas pelas razões apresentadas no artigo referenciado nesta nota. Pelo contrário, adotar-se-á a *baseline conception* de Adrian Vermeule, de *razão* como acurácia epistêmica.

44 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.

45 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).

cabeças deveriam pensar melhor que duas. Portanto, se membros do grupo realmente interagirem entre si, podem, afirma-se, aprender e decidir melhor.[46]

Esta presunção otimística, portanto, ampara-se, sobretudo, na (i) agregação de informação[47] (perspectiva ou estatística[48]); e na (ii) agregação de legitimidade[49]. Esta primeira modalidade possui três principais suposições: (i.a) os colegiados são 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 colegiados podem selecionar informações e perspectivas de modo que o colegiado descubra soluções inovadoras para determinado problema.[50]

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 racionais[51], mas parcialmente ignorantes – ou, no jargão econômico, racionalmente ignorantes -- poderiam ainda assim alcançar resultados sábios.[52] Demonstrou-se, inclusive, que adicionar membros cuja competência é pior que a média pode surpreendentemente, em alguns casos, aumentar a performance do grupo[53]. Para

---

46 SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. **Wiser:** Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston-MA: Harvard Business Review Press, 2015, p. 4

47 *Cf.* RAWLS, John. **A Theory of Justice.** Cambridge: Belknap Press, 1971, pp. 358-359; VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk.** New York: Cambridge University Press, 2014, p. 154.

48 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. VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". **Harvard Public Law Working Paper,** no. 8, 2008, pp. 6-7; VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk.** New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 167-168.

49 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk.** New York: Cambridge University Press, 2014, p. 156.

50 SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series**, no. 156, 2002, pp. 25-26.

51 Definem-se racionais as pessoas "who systematically and purposefully do the best they can to achieve their objectives, given the available opportunities". MANKIW, 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.

52 SUROWIECKI, James. **The Wisdom of Crowds.** New York: Anchor Books, 2005, p. XIII.

53 LADHA, Krishna. "The Condorcet Jury Theorem, Free Speech, and Correlated Votes". **American Journal of Political Science**, vol. 36, no. 3, 1992.

James Surowiecki, isto é positivo porque não somos, individualmente, perfeitos decisores, mas *limitadamente racionais*.[54]

Ele afirma, ainda, que grupos, amplamente considerados, suficientemente grandes e diversos, alcançarão decisões acerca de materiais de interesse comum intelectualmente superiores às decisões individuais[55], independentemente dos níveis de informação e intelecção do melhor indivíduo, porque nos casos em que nossos imperfeitos julgamentos são agregados adequadamente nossa razão coletiva é comumente excelente[56]. Isso pode ser denominado *milagre da agregação*[57]: mesmo que os membros sejam todos ignorantes, a decisão de inúmeros membros não será necessariamente ignorante[58].

Entretanto, a mesma aritmética que explica a performance superior dos colegiados pode explicar porque podem ser insensatos.[59] É equivocado presumir que colegiados sempre decidirão melhor[60]. Para que se alcancem melhores resultados, são necessários requisitos mínimos numerosos, mormente relacionados ao desenho dos processos de decisão e de inclusão de membros[61] - os principais Teoremas que pretendem afirmar a competência superior dos colegiados a partir (i) da capacidade individual dos seus membros, (ii) do processo de

---

54 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, pp. 163-164. *Cf.* DA SILVA, Virgílio Afonso. "Deciding Without Deliberating". **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, no. 3, 2013, p. 562.

55 SUROWIECKI, James. **The Wisdom of Crowds.** New York, NY: Anchor Books, 2005, p. 5.

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

57 CAPLAN, Bryan. **The Myth of the Rational Voter:** Why Democracies Choose Bad Policies". Princeton: Princeton University Press, 2006, pp. 8-9.

58 SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, p. 32.

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

60 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 alterativas 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,** vol. 90, no. 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,** vol. 15, no. 264, 1983.

61 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,** vol. 329, 2010; KORIAT, Asher. "When Are Two Heads Better than One and Why?" **Science,** vol. 336, 2012.

deliberação adotado e (iii) do número de membros dependem de pressupostos inafastáveis[62] muito críticos. Por isso, colegiados não remediam, mais comumente, desacertos individuais, mas, inversamente, os amplificam; 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 mancada se alcançarem decisões não acertadas[63]. Estes colegiados submetem-se ainda a *systemic effects*[64] e a *groupthink*[65].

3 PROBLEMAS DAS DECISÕES COLEGIADAS

Decisões colegiadas sujeitam-se a problemas de agregação. Estes problemas, porém, são distintos a depender da composição do colegiado, da *expertise* de seus membros e dos mecanismos de interação derivados do desenho decisório. De modo geral, porém, podem-se apontar problemas afetos a quaisquer colegiados e a colegiados integrados por *experts*, *e.g.* Tribunais judiciais.

Já se sabe que colegiados possuem problemas de agregação e interação, podendo produzir decisões não diretamente relacionados com as propriedades de seus membros e até mesmo piores. Mesmo Surowiecki, que aponta inúmeros atributos dos colegiados, indica alguns de seus problemas: problemas de cognição; problemas de coordenação; problemas de cooperação[66]. Pode-se dizer, portanto, que grupos são melhores nas condições ideais. Porém, a ação coletiva ocorre, de regra, nas segundo-melhores condições[67], que se relacionam com os efeitos sistêmicos[68]. Mecanismos alegadamente capazes de produzir a razão de multidões

---

62 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,** vol. 15, 1983.

63 SUNSTEIN, Cass R.; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, pp. 2; 6.

64 Efeitos sistêmicos -- sistemas como agregados de indivíduos - surgem quando as propriedades de agregado de indivíduos diferem das propriedades dos seus membros, individualmente considerados.

65 Trata-se de termo desenvolvido por Irving Janis para designar o modo de pensar que pessoas adotam quando a procura intensa por concordância em um grupo interno coeso o inclina a preterir a avaliação realista de cursos alternativos de ação exemplo. JANIS, Irving. Groupthink. **Psychology Today**, 1971.

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

67 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**, vol. 24, no. 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.

68 VERMEULE, Adrian. "System Effects and the Constitution". **John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Series**, vol. 642, 2009, pp. 10-11.

aparentam, nos casos relevantes, mal definidos e precários, sendo aplicáveis somente em situações relativamente limitadas[69]. Isto é, a ação colegiada pode[70], mas não necessariamente produzirá melhores resultados.[71] Existem momentos, inclusive, nos quais a agregação de indivíduos provocará decisões coletivas profundamente irracionais[72].

De início, as principais premissas abrangentes para a presunção de que colegiados se sairão melhor nos processos de decisão são contestáveis[73]. Portanto, apesar de a discussão apropriadamente estruturada ser, abstratamente, capaz de aumentar a qualidade da ação coletiva, nos processos de decisão reais a discussão normalmente leva as pessoas a decisões desacertadas e membros do colegiado são normalmente incapazes de retificar erros dos seus pares, por duas principais influências indicadas por Sunstein: *sinais informacionais* – que incentivam membros dos colegiados a não compartilhar seus juízos sobre alguma informação apresentada por outros membros – e *pressão social* – que incentiva pessoas a se silenciarem para se precaverem da potencial desaprovação dos outros membros. Este quadro pessimista, prossegue Sunstein, provoca quatro principais desacertos: (i) os colegiados não são apenas incapazes de corrigir os erros dos seus membros; podem inclusive amplifica-los; (ii) colegiados sofrem os efeitos perversos de mimetismos (*herding*) e cascatas (*cascade effects*), isto é, seus membros seguem as afirmações e ações daqueles que se pronunciam ou atuam primeiro, mesmo que aquelas afirmações e ações provoquem decisões ruins; (iii) colegiados tendem a ser mais extremados – por exemplo, quando determinado grupo de pessoas possui otimismo sobre

---

69 VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". **Harvard Public Law Working Paper**, no. 8, 2008, p. 1.

70 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.

71 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, p. 1.

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

73 Para Vermeule, as premissas (i) informacional, (ii) evolucionário, (iii) tradicional, (iv) deliberativa e (v) corretiva associam-se, respectivamente, a Condorcet, Hayek, Burke e Aristóteles. Porém, afirma, sobre os referencias apontados, o Teorema do Júri não necessariamente supõe que respostas exógenas existem e não possui necessariamente relação com agregação de informação dispersa; a perspectiva de Hayek sobre o common law como sistema evolucionário de sucesso não implica que qualquer regra do common law particularmente considerada seja eficiente ou desejável; apesar de Burke sugerir que a tradição seja o análogo coletivo da razão individual, a ideia recai em uma falácia de composição; a ideia de Aristóteles de que a agregação de perspectivas aumenta a sabedoria das multidões não possui qualquer conexão intrínseca com a multidão. VERMEULE, Adrian. "Many-Minds Arguments in Legal Theory". **Harvard Law School Public Law Research**, n. 8, 2008, p. 2.

determinado resultado, a discussão entre seus membros intensificará ainda mais aquele otimismo; (iv) membros do colegiado privilegiam informações compartilhadas em detrimento da informação não compartilhada.[74]

Por isso, colegiados normalmente são incapazes de alcançar objetivos mínimos de reparar erros individuais e agregar informações mínimas de seus membros[75]. Isto não significa que colegiados sempre amplificarão desacertos individuais; para alguns padrões de comportamento, simplesmente repetirão o erro individual; para outros, podem até mesmo minimizá-lo, a depender do desenho decisório[76]. Diz-se apenas que mais comumente não serão capazes de corrigi-los.[77] Foi afirmado que colegiados são afetados por regras perversas de agregação, cuja influência no processo de decisão dependerá do seu desenho institucional e da *expertise* de seus membros. Embora colegiados integrados por *experts* – ressaltando-se os juízes – sejam mais organizados e possuam maior qualidade epistêmica individualizada, são, ainda assim, negativamente influenciados pela agregação, pelos problemas afetos a quaisquer colegiados (*e.g.* cascatas), que podem se manifestar de maneira diversa, e pelos problemas afetos apenas aos *colegiados especializados*.

Isto porque, simplificadamente, a razão individual advém da acuidade epistêmica; a razão coletiva, porém, advém da diversidade epistêmica[78]. Entretanto, membros de *colegiados especializados*[79] possuem normalmente informações sobrepostas, não diversas, que afastam as premissas agregativas positivas principais da razão coletiva[80]: Desembargadores Federais, por exemplo, possuem instrução jurídica parecida, são majoritariamente Juízes Federais que perpassaram pelos mesmos Juízos Federais de mesmas atribuições, auxiliados por servidores identicamente "iguais". Pode-se presumir, por isso, que Tribunais Federais não possuam ampla diversidade epistêmica.

---

74 SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, pp. 15; 57; 63-66.

75 SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, pp. 24; 28 ("there is no good evidence that deliberating groups will consistently succeed in aggregating the information held by their members").

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

77 SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, pp. 53-54

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

79 Excepcionam-se aqui desenhos que prevejam a nomeação de membros de múltipla orientação institucional *e.g.* o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

80 VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". **Harvard Public Law Working Paper,** no. 8, 2008, p. 8. Pretere-se aqui o modelo evolucionário, porque não retrata precisamente o âmbito de decisão de Tribunais.

Por isso, decisões de *colegiados especializados* podem não auferir benefícios dos desenhos colegiais porque *experts* de determinada área do conhecimento (*e.g.* Direito) possuem inclinações altamente correlacionadas, preparo profissional parecido, praticam mimetismos e, ainda, simulam consensualidade para o consumo público. Isto é, à medida que a correlação de desacertos através dos membros aumenta, o benefício de se obter opiniões adicionais diminui[81]. Embora os benefícios da agregação não dependam da deliberação[82], sua inclusão nos processos de decisão colegiada pode possuir resultados ruins e profundos problemas de agregação, a depender do desenho institucional, dos incentivos e dos mecanismos de decisão.[83] Isto invariavelmente nos leva à pergunta: colegiados poderão, de algum modo, decidir melhor? Tentar-se-á responder à pergunta na próxima seção.

4 MELHORES RESULTADOS E DECISÕES COLEGIADAS

Introdutoriamente, rememora-se diálogo na decisão do STF no paradigmático caso "Raposa/Serra do Sol" (Pet 3388)[84], que introduziu parâmetros para a demarcação de Terras Indígenas. Em atípico diálogo, os Ministros Carlos Britto e Ricardo Lewandowski arguiram que, por haver uma maioria já constituída, não seria necessário aguardar o voto-vista do Ministro Marco Aurélio para se proclamar o resultado, porque, sugeriram, nada alteraria o julgamento. Por isto, o Ministro Marco Aurélio indagou ao Ministro Presidente, Gilmar Mendes, *se o Plenário ainda é um Colegiado*. Isto apenas intensifica a notória natureza mais numérico-individualista e menos deliberativa-argumentativa da integração dos membros do STF. Mas por que uma instituição desenhada para deliberar sobre as questões jurídicas mais complexas e controvertidas do país, por isso integrada por não apenas alguns, mas onze membros de notório conhecimento jurídico, publicamente pretere a não menos relevante opinião de membro da sua composição?

Isto pode ser respondido *a contrario sensu* por meio da Teoria da Mão Invisível de Adam Smith[85]. De acordo com a Teoria, sob condições ideais de competição, mercados possuirão perfeitas habilidades de produção e de alocação (eficiência de Pareto). Esta

---

[81] VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk.** New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 158; 160.

[82] VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". **Harvard Public Law Working Paper,** no. 8, 2008, p. 9.

[83] VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". **Harvard Public Law Working Paper,** no. 8, 2008, p. 10.

[84] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol [...] Petição nº 3388/RR. Requerente: Augusto Affonso Botelho Neto. Requerido: União. Relator: Ministro CARLOS BRITTO. Brasília, 25 de setembro de 2009. **RTJ,** Brasília, 25 de setembro de 2009, vol. 12, p. 49.

[85] SMITH, Adam. **The Wealth of Nations**. New York: Random House, 1937.

justificação-de-mão-invisível[86] se aplicou a institutos e instituições dos Estados modernos *e.g.* Separação de Poderes – a ambição recíproca dos Poderes se anularia, produzindo liberdade e alguma "ordem espontânea".[87] Justificações de mão-invisível possuem, sobrepostamente, a presunção de que algum bem surgirá da ação descentralizada de indivíduos: justificações de mão-invisível[88] decorrem, portanto, da combinação de (i) algum sistema de mão-invisível, (ii) alguma Teoria axiológica que identifica o benefício social derivado daquele processo e (iii) algum mecanismo que explica o modo pelo qual o processo produz aquele benefício[89]. É simples perceber, assim, que a instituição de núcleos plúrimos de decisão – ligados à premissa *wisdom of crowds* -- ampara-se num processo de mão-invisível: presume-se que membros indicados por processos pré-definidos, reunidos *en banc*, deliberarão e alcançarão resultados melhores do que quaisquer membros individualmente considerados poderiam alcançar.

Desenhos institucionais não requerem que membros de órgãos plúrimos deliberem e que alcancem determinado resultado (justificação de desenho institucional), mas a justificação de mão-invisível supõe que membros deliberarão e que disto advirão ótimas decisões. Não há, no RISTF[90], alguma disposição como: *antes de prolatar a decisão, relator e demais membros do Tribunal deliberarão amplamente sobre a matéria.* Espera-se, porém, que isso sobrevenha naturalmente, a partir de alguma justificação de mão-invisível. Para isso, porém, membros do núcleo colegiado deverão agir racionalmente, isto é, não poderão praticar falhas sistemáticas[91], deverão possuir pretensões similares e decidir autonomamente[92]. Frustram, assim, o alcance do

---

86 Justificações de mão-invisível podem ser definidas como aquelas que "explain what looks to be the product of someone's intentional design, as not being brought about anyone's intention". NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia.** New York, NY: Basic Books, 1974, p. 19.

87 VERMEULE, Adrian. "The Invisible Hand in Legal and Political Theory". **Virginia Law Review,** vol. 96, no. 1417, 2010, pp. 1418-1419.

88 Definição de justificações de mão-invisível é apresentada por Ullman-Margalit: "an invisible-hand explanation explains a well-structured social pattern or institution. It typically replaces an easily forthcoming and initially plausible explanation according to which the explanadum phenomenon is the product of intentional design with a rival account according to which it is brought about through a process involving the separate actions of many individuals who are supposed to be minding their own business unaware of and a fortiori not intending to produce the ultimate overall outcome". ULLMAN-MARGALIT, Edna. "Invisible Hand Explanations", **Synthese**, vol. 39, no. 263, 1978, p. 267.

89 VERMEULE, Adrian. "The Invisible Hand in Legal and Political Theory". **Virginia Law Review,** vol. 96, no. 1417, 2010, pp. 1422.

90 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.

91 Isso se aplica não aplica não apenas para *experts*, mas para quaisquer sistemas colegiados. CAPLAN, Bryan. **The Myth of the Rational Voter.** Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.

92 LADHA, Krishna. "The Condorcet Jury Theorem, Free Speech, and Correlated Votes". **American Journal of Political Science**, vol. 36, no. 3, 1992, p. 631.

benefício do processo de mão-invisível padrões de comportamento que não adiram a normas implícitas[93] - normas de interação, normas de colaboração – que anseiem a decisão acertada. Por isso, o padrão de interação na Pet 3388 não serve a nenhum propósito de processo de mão-invisível. Isto ocorre porque a preferência dos agentes não é, necessariamente, pública, mas pode, sistemática ou ocasionalmente, ser auto-interessada[94]. Portanto, já que a justificação de mão-invisível não oferece algum modelo abrangente para apontar a razão pela qual colegiados decidirão melhor, por não serem os agentes sempre publicamente intencionados, melhores modelo de justificação para boas decisões devem ser institucionais, mais objetiváveis e independentes das intenções individuais de membros indivíduos.

Nesta linha, Surowiecki afirma que são necessárias quatro condições iniciais para a obtenção de melhores resultados no âmbito de colegiados: (i) diversidade de opinião (cada pessoa deveria possuir alguma informação privada, mesmo que seja apenas interpretação excêntrica dos fatos conhecidos); (ii) independência (que opiniões pessoais não sejam determinadas pelas opiniões dos outros membros do grupo); (iii) descentralização (que pessoas sejam capazes de se especializar e desenvolver conhecimento); e (iv) agregação (que alguns mecanismos existam para converter julgamentos privados em decisões coletivas)[95]. Estas condições, alegadamente, aumentam a informação e minimizam os erros.[96] Estes requisitos mínimos são necessários porque o comportamento humano não é sistematizado[97]. Embora os membros do colegiado sejam profundamente qualificados, a qualidade de suas decisões dependerá, primordialmente, do desenho institucional, isto é, da maneira de agregação e arranjo dos indivíduos, qualitativa e quantitativamente.[98] Teorias relativas à análise do comportamento são multifacetárias, mas nenhuma delas rejeita a relevância do desenho institucional para o alcance de melhores resultados, independentemente das propriedades individuais dos julgadores.

Portanto, propõe-se que, para a obtenção de melhores resultados no ínterim de processos de decisão colegiados, deverão ser instituídos desenhos institucionais que incentivem

---

93 *Cf.* VERMEULE, Adrian. "The Invisible Hand in Legal and Political Theory". **Virginia Law Review,** vol. 96, no. 1417, 2010.

94 Por isso James Madison afirmou que, se os homens fossem anjos, nenhum governo seria necessário. MADISON, James. Federalist no. 51. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers.** Editado por Isaac Kramnick. London: Penguin, 1987, pp. 319-320.

95 SUROWIECKI, James. **The Wisdom of Crowds.** New York, NY: Anchor Books, 2005, pp. XIX-XX.

96 SUROWIECKI, James. **The Wisdom of Crowds.** New York, NY: Anchor Books, 2005, pp. 10-11.

97 BECKER, Gary. **The Economic Approach to Human Behavior.** Chicago, IL: The University of Chicago Press, 1990, p. 14.

98 SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, pp. 14-17.

a deliberação sincera[99], a diversidade[100], a colegialidade[101], a imparcialidade e autonomia dos Juízes[102], além da supressão dos potenciais desacertos dos colegiados[103]. Isto porque, reitere-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 Federalistas (Federalistas 55). Por isso, se os desenhos não puderem ser perfeitamente implementados, a decisão autocentrada -- a decisão adesiva[104] e a decisão insular[105] -- revelar-se-á opção segundo-melhor satisfatória. Nas modalidades sequenciais de decisão, prevalecentes nos Tribunais, identificam-se *free riders*. Em painéis de *experts*, a manifestação de opiniões sequencialmente, por substituição à simultaneidade, propicia o *groupthink*, porque predispõe as cascatas, os mimetismos[106] e, ainda, sequelas de balizamento (*framing effects*[107]). Portanto, idealmente *experts* deveriam julgar simultaneamente, mas no mundo real a simultaneidade não pode ser obtida de maneira simples: normalmente, discussões anteriores às decisões permitirão a identificação do posicionamento do julgador. Por isso, por razão das dificuldades referentes à instituição de desenho institucional ideal, as decisões adesiva e insular serão, *prima facie*, não ruins.

---

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

100 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk.** New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 169; 172-173; VERMEULE, Adrian. "Collective Wisdom and Institutional Design". **Harvard Public Law Working Paper,** no. 8, 2008.

101 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk.** New York: Cambridge University Press, 2014, p. 173; DA SILVA, Virgilio Afonso. "Deciding Without Deliberating". **International Journal of Constitutional Law**, Vol. 11, No. 3, 2013, p. 563.

102 SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, p. 55.

103 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.

104 É comum nos órgãos colegiados de decisão, judiciais e administrativos, a opinião retórica "sigo o relator", "acompanho o relator", "com o relator", nominada, neste trabalho, "opinião adesiva". Trivialmente, significa *adesão à decisão anterior*.

105 Diz-se comumente, que o STF se compõe de onze ilhas. MENDES, Conrado Hübner. "Onze Ilhas". **Os Constitucionalistas**, Brasília, set. 2010. Disponível em: Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 27 dez. 2015.

106 VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk.** New York, NY: Cambridge University Press, 2014, p. 172

107 SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, p. 48.

Embora sejam desaprovadas por meio de argumentos pautados na argumentação e deliberação jurídicas[108], as decisões autocentradas não significam, necessariamente, a conversão dos Tribunais em *júri de crianças*[109]. Derivam de inúmeros aspectos do processo de decisão e podem ser justificadas por muitas razões. Por isso, Teorias normativas implicitamente sugerem que juízes, integrantes de algum Tribunal, deveriam se comportar como juízo monocrático[110]. Pode-se afirmar, assim, que, já que (i) colegiados podem, mas não necessariamente decidirão melhor; que (ii) colegiados podem, inclusive, majorar incorreções; que (iii) não há algum modelo abrangente sobre melhores decisões colegiadas; e que (iv) decisões colegiadas melhores podem ser justificadas apenas a partir de argumentos de desenho institucional, a decisão autocentrada não será necessariamente uma decisão ruim, mas poderá ser uma decisão segundo-melhor.

5 CONCLUSÃO

Pretendeu-se 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 ínterim 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.*

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

---

[108] Teoria do direito demonstra particular apreço pelos procedimentos deliberativos como instrumentos de legitimidade democrática dos sistemas de decisão jurídica. *Cf.* MENDES, Conrado H. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2013.

[109] Em Górgias, Socrates previu que seu julgamento seria equivalente àquele de um médico acusado por um cozinheiro, ante um júri de crianças.

[110] KORNHAUSER, Lewis. "Deciding together". **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper,** 13-65, 2013, p. 1; VERMEULE, Adrian. **The Constitution of Risk.** New York: Cambridge University Press, 2014, pp. 183; SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. **Wiser**: Getting Beyond Groupthink to Make Groups Smarter. Boston, MA: Harvard Business Review Press, 2015, p. 67.

membros. Entretanto, se os desenhos não servirem aos presentes propósitos, decisões que desprezem a colegialidade e privilegiem a individualidade poderão ser consideradas decisões *segundo-melhor*. Por isso, *decisões adesivas* e *decisões ilha* podem ser consideradas decisões racionais e justificáveis, de acordo com a Teoria do *segundo-melhor*. Preferências por órgãos colegiados, portanto, não devem ser irrestritas, mas racionalizadas e diretamente associadas ao desenho institucional, que devem promover suas maiores *virtudes* e suprimir seus maiores *vícios.*

6 REFERÊNCIAS

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, Soloman. "Opinions and Social Pressure". **Scientific American,** vol. 193, no. 5, 1955.

AUSTEN-SMITH, David; BANKS, Jeffrey. Information Aggregation, Rationality, and the Condorcet Jury Theorem. **The American Political Science Review,** vol. 90, no. 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,** vol. 329, 2010; KORIAT, Asher. "When Are Two Heads Better than One and Why?" **Science,** vol. 336, 2012.

BARTON, Benjamin. "Do Judges Systematically Favor the Interests of the Legal Profession?" **The University of Tennessee College of Law Legal Studies Research Paper Series**, no. 1, 2007.

BAZERMAN, Max; MOORE, Don. **Processo Decisório.** Tradução de Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

BECKER, Gary. "Crime and Punishment: An Economic Approach". The **Journal of Political Economy**, vol. 76, 1968.

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

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

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,** vol. 161, no. 1, 2012.

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

CAPLAN, Bryan. **The Myth of the Rational Voter.** Princeton, NJ: Princeton University Press, 2006.

_____. **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,** vol. 3, 1960.

DA SILVA, Virgilio Afonso. “Deciding Without Deliberating”. **International Journal of Constitutional Law**, vol. 11, No. 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.

FISCHMAN, Joshua. “Estimating Preferences of Circuit Judges: A Model of Consensus Voting”. **Journal of Law and Economics,** vol. 54, no. 4, 2011.

GIBSON, James L. “From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior”. **Political Behavior**, vol. 5, no. 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,** vol. 15, no. 264, 1983.

JANIS, Irving. Groupthink. **Psychology Today**, 1971.

KORNHAUSER, Lewis. “Deciding together”. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series Working Paper,** 13-65, 2013.

LADHA, Krishna. “The Condorcet Jury Theorem, Free Speech, and Correlated Votes”. **American Journal of Political Science**, vol. 36, no. 3, 1992.

LANDES, William; POSNER, Richard. “The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study”. **Chicago Working Paper In Law & Economics**, no. 9, 1992.

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

LEFF, Arthur. “Economic Analysis of Law: some Realism about Nominalism”. **Virginia Law Review,** vol. 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**, vol. 24, no. 11, 1956.

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

MADISON, James. Federalist no. 51. In: MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **The Federalist Papers.** Editado por Isaac Kramnick. London: Penguin, 1987.

MANKIW, Gregory. **Principles of Macroeconomics**. 6. ed. Mason, OH: South-Western Cengage Learning, 2011.

MARONEY, Terry. “Emotional Regulation and Judicial Behavior”. **California Law Review,** vol. 99, no. 1481, 2011.

MENDES, Conrado Hübner. **Constitutional Courts and Deliberative Democracy.** Oxford: Oxford University Press, 2013.

_____. “Onze Ilhas”. **Os Constitucionalistas**, Brasília, set. 2010. Disponível em: Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/onze-ilhas>. Acesso em: 27 dez. 2015.

NOZICK, Robert. **Anarchy, State and Utopia.** New York, NY: Basic Books, 1974.

POSNER, Richard. “Economic Approach to Law”. **Texas Law Review,** vol. 53, 1975.

_____. “Some Uses and Abuses of Economics in Law”. **The University of Chicago Law Review**, vol. 46, no. 2, 1979.

_____. “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”. **Harvard Law Review,** vol. 100, 1987.

_____. “Values and Consequences: An Introduction to Economic Analysis of Law”. **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper,** no. 53, 1998.

_____. “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Things Everyone Else Does)”. **Coase-Sandor Institute for Law and Economics Working Paper**, vol. 15, 1993.

POSNER, Richard; LANDES, William. “The Influence of Economics on Law: a Quantitative Study”. **Chicago Law & Economics Working Paper,** no. 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**, vol. 35, no. 2, 1992.

SUNSTEIN, Cass. "If People Would Be Outraged by Their Rulings, Should Judges Care?". **Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper**, no. 332, 2007.

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

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

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. "Interpretation and Institutions". **Public Law and Legal Theory Working Paper**, no. 28, 2002.

SUROWIECKI, James. **The Wisdom of Crowds.** New York: 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,** vol. 9, no. 3, 1938.

ULLMAN-MARGALIT, Edna. "Invisible Hand Explanations", **Synthese**, vol. 39, no. 263, 1978.

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.

_____. "Many-Minds Arguments in Legal Theory". **Harvard Law School Public Law Research**, n. 8, 2008.

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

_____. "The Invisible Hand in Legal and Political Theory". **Virginia Law Review,** vol. 96, no. 1417, 2010.

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