

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Mártin Barcellos Gawski

ANCORAGEM NA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL
Heurísticas, Vieses e o Processo Decisório do Juiz

Porto Alegre

2018

Mártin Barcellos Gawski

ANCORAGEM NA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL

Heurísticas, Vieses e o Processo Decisório do Juiz

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Eduardo Kochenborger Scarparo

Co-Orientadora: Priscila Goergen Brust-Renck

Porto Alegre

2018

Mártin Barcellos Gawski

ANCORAGEM NA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL

Heurísticas, Vieses e o Processo Decisório do Juiz

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Eduardo Kochenborger Scarparo

Co-Orientadora: Priscila Goergen Brust-Renck

Aprovada em: Porto Alegre, 9 de julho de 2018.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Pizzolatto Konzen
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof.^a Dr.^a Priscila Goergen Brust-Renck
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

A decisão de realizar este trabalho foi tomada sob muitas *incertezas*. Eram poucas as *informações disponíveis* para um estudante de Graduação em Direito que havia começado a se aventurar em domínios até então a ele pouco familiares. Em compensação, muito foi o amparo recebido, por parte de muitas pessoas, de modo que cabe aqui registrar os seguintes agradecimentos.

À minha família, em especial aos meus pais, Alóise Gawski e Denise Barcellos, aos quais tudo devo, em razão do afeto e do suporte que deles sempre recebi e recebo, e a quem também agradeço especificamente pelos incentivos e apontamentos após a leitura destes escritos.

À minha namorada, Victória Votto, por comigo ter compartilhado, com recíproco apoio, o conturbado último semestre da Faculdade.

Aos meus queridos amigos, desde aqueles dos tempos de Colégio Rosário até os que fiz nos anos de Faculdade, por proporcionarem mais cor à minha vida e ficarem ao meu lado nos mais diversos momentos.

Aos espaços que foram decisivos para o meu crescimento acadêmico e pessoal durante a Graduação. Especialmente, ao Grupo de Pesquisa “Processo & Argumento”, pelos sempre profícuos debates e pelo despertar em mim de interesse no Direito Processual, em particular, e de um olhar crítico sobre o próprio fenômeno jurídico, em geral; e ao Grupo de Mediação do SAJU, pela demonstração de caminhos mais humanos não apenas no âmbito do Direito, mas também em minhas próprias relações pessoais.

Aos meus supervisores de estágio no Ministério Público Federal, Carla Schnarndorf, Janquiel Silveira e Mauro Cichowski, por terem propiciado, sempre com muita paciência e solicitude, a melhor primeira experiência na prática jurídica que eu poderia ter tido.

Às várias pessoas que concorreram direta ou indiretamente para a elaboração deste trabalho, sobretudo algumas. Ao Gustavo Gauer e à Roberta Kretzmann, pelo auxílio (maior do que imaginam!) no direcionamento dos meus estudos sobre tomada de decisão, na disciplina de Psicologia Cognitiva, que

curvei como extracurricular. Ao Vitor de Paula Ramos, pelo incentivo no Salão de Iniciação Científica da Faculdade de Direito e pelas sugestões de pesquisa. À Caroline Pomjé e ao Matheus Pereira Rocha, pelos textos compartilhados. Ao Rafael Pinter, pela troca de ideias. À Thais Pacheco, pelo constante e incansável estímulo mesmo nas horas mais difíceis. E à Andressa Baldissera, pela rigorosa e minudente revisão destes escritos, sem, como ela mesma diz, perdoar vírgulas equivocadas.

Por fim, a todos os professores que contribuíram para a minha formação e me inspiram a seguir carreira acadêmica. Em especial, a três deles. Ao meu orientador, Eduardo Scarparo, não apenas por muito ter me auxiliado na condução dos rumos deste trabalho, mas também por ser para mim um grande exemplo de dedicação e comprometimento na profissão. À minha co-orientadora, Priscila Brust-Renck, que muito atenciosamente acolheu um estudante de Direito querendo estudar Psicologia. E ao professor Lucas Konzen, por quem sempre fui estimulado a ampliar os horizontes de estudo e de pesquisa, ao longo das diversas disciplinas que com ele tive a oportunidade de cursar.

RESUMO

O presente trabalho, de caráter exploratório, visa a debater possibilidades de incidência, no âmbito da tomada de decisão judicial no Direito Processual brasileiro, de heurísticas e vieses cognitivos, especialmente dos efeitos de ancoragem. Inicialmente, analisa duas visões opostas sobre o processo decisório do juiz existentes na história do pensamento jurídico: a visão idealista, decorrente do chamado paradigma racionalista, que logrou a transformação do Direito em Ciência Jurídica; e a visão realista, oriunda do amplo e polêmico movimento denominado de Realismo Jurídico. Esboça, na sequência, uma visão integrativa, a partir do reconhecimento de uma dupla dimensão do processo decisório do juiz, que, sem incorrer nos exageros e reducionismos do Realismo, seja aberta para debater, em abordagem interdisciplinar e empírica, a incidência dos referidos fatores extrajurídicos na tomada da decisão judicial, ignorados ou rejeitados pelo Idealismo. Utiliza-se, para tanto, de evidências obtidas desde a década de 1970 no campo de pesquisa sobre Julgamento e Tomada de Decisão da Psicologia Cognitiva, a partir do programa de investigação das Heurísticas e Vieses. Conclui haver elevada probabilidade da ocorrência de ancoragem nos seguintes contextos decisórios do sistema processual brasileiro, sobretudo no primeiro, para o qual apresenta estudo empírico próprio: (i) julgamentos colegiados, em razão do voto do relator; (ii) quantificações judiciais de indenização por Responsabilidade Civil, sobretudo quanto aos pedidos de demandantes vítimas de danos extrapatrimoniais; e (iii) condenações criminais e dosimetrias da pena, relativamente aos pedidos formulados pelo órgão acusador.

Palavras-Chave: Direito Processual. Psicologia Cognitiva. Julgamento e Tomada da Decisão Judicial. Heurísticas e Vieses. Ancoragem.

ABSTRACT

This exploratory study aims to discuss possibilities of incidence, in legal decision-making in Brazilian Procedural Law, of heuristics and cognitive biases, especially of anchoring effects. Initially, it analyzes two opposing views on the judges' decision-making process which are existent in the history of legal thinking: the idealist vision, derived from the so-called rationalist paradigm, which achieved the transformation of Jurisprudence into Legal Science; and the realist view, originated from a large and controversial movement called Legal Realism. Afterwards, it outlines an integrative view, based on the acknowledgement of a double dimension of the judges' decision-making process, which, without incurring the exaggerations and the reductionisms of Realism, is open to discuss, with an interdisciplinary and empirical approach, the incidence of those extralegal factors in legal decision-making – ignored or rejected by Idealism. For this purpose, it uses evidences obtained since the 1970s in the Judgement and Decision-Making field of Cognitive Psychology, based on the research program of Heuristics and Biases. It concludes that there is high probability of the occurrence of anchoring in the following decision-making contexts in the Brazilian procedural system, especially in the first, for which it presents its own empirical experiment: (i) collegiate trials, due to the vote of the rapporteur judge; (ii) judgments on amounts of compensation in cases of civil liability, especially regarding personal injuries compensation claims; and (iii) criminal convictions and penalty quantifications, concerning the requests made by the public prosecutor's office.

Keywords: Procedural Law. Cognitive Psychology. Judgment and Legal Decision-Making. Heuristics and Biases. Anchoring.

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

§	parágrafo
AgInt	Agravo interno
art.	artigo
CC/2002	Código Civil de 2002 (Lei n. 10.406/2002)
CNPq	Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico
CP/1940	Código Penal de 1940 (Decreto-Lei n. 2.848/1940)
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015)
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869/1973)
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
<i>et al.</i>	<i>et alii</i> (e outros)
EUA	Estados Unidos da América
<i>i. e.</i>	<i>id est</i> (isto é)
LINDB/1942	Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942)
MQ5	Modelo de questionário de R\$ 5 mil
MQ50	Modelo de questionário de R\$ 50 mil
n.	número
p. ex.	por exemplo
REsp	Recurso Especial
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ENTRE O IDEAL E O REAL: VISÕES SOBRE O PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ E SUAS RELAÇÕES COM A RAZÃO	14
1.1 O IDEALISMO E O PARADIGMA RACIONALISTA	14
1.2 O REALISMO E O CAFÉ DA MANHÃ DO JUIZ.....	28
1.3 ESBOÇO DE UMA VISÃO INTEGRATIVA DO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ.....	34
2 HEURÍSTICAS E VIESES: CONTRIBUTOS DA PSICOLOGIA COGNITIVA PARA O DIREITO PROCESSUAL	54
2.1 TEORIAS SOBRE A TOMADA DE DECISÃO	54
2.2 DUAS FORMAS DE PENSAMENTO	63
2.3 HEURÍSTICAS	72
2.4 VIESES COGNITIVOS (E A SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ)	80
3 OS EFEITOS DA ANCORAGEM	87
3.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS	87
3.2 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA NA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL	96
3.3 ESTUDO EMPÍRICO: O VOTO DO RELATOR VALE MAIS? A ANCORAGEM EM JULGAMENTOS COLEGIADOS	108
3.3.1 Metodologia	109
3.3.2 Resultados	112
3.3.3 Discussão	117
CONCLUSÕES	122
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	126
ANEXO I – QUESTIONÁRIOS APLICADOS NO ESTUDO EMPÍRICO	138
ANEXO II – APROVAÇÃO DO ESTUDO EMPÍRICO PELO COMITÊ DE ÉTICA DA UFRGS	141

INTRODUÇÃO

O juiz, antes de decidir, deve decidir-se.

No estudo do Direito, tendemos – mesmo que de modo inconsciente, por força de uma visão e de um paradigma bastante arraigados na dogmática jurídica – a compreender a decisão judicial estritamente sob uma perspectiva voltada ao *resultado* de uma atividade mental complexa. O Direito Processual, em especial, apresenta sofisticadas obras dogmáticas sobre os aspectos *jurídico-normativos* de diferentes tipos de decisão, como as sentenças, os acórdãos e as decisões interlocutórias, bem como outros pronunciamentos do juiz, como os despachos. Quanto às suas motivações, há, no máximo, preocupação com o *discurso justificativo* que deve ser explicitado pelo magistrado após o seu convencimento, seja quando da valoração das provas ou quando da prolação da decisão sobre a causa.

No entanto, apesar da inegável relevância do estudo e da sistematização teórica das referidas categorias, imprescindíveis ao estabelecimento de parâmetros para a prática processual e para o controle do poder jurisdicional, nem o jurista nem o operador do Direito costumam preocupar-se verdadeiramente em compreender os processos subjacentes à *tomada* da decisão, entendida como *atividade mental*.

Há *fatores extrajurídicos* relacionados a esse processo decisório? Podem, p. ex., processos psicológicos como *automatismos mentais* inconscientemente influenciar a tomada da decisão judicial? Em caso positivo, que processos são esses e sob quais condições se manifestam? Como os próprios mecanismos jurídico-processuais podem ser repensados para lidar com essa condição intrínseca ao pensamento humano? Esses são exemplos de indagações sistematicamente ignoradas pela dogmática jurídica tradicional, quando não expressamente desprezadas por serem supostamente alheias ao objeto da Ciência do Direito.

A expressão “a justiça é o que o juiz comeu no café da manhã” (“*justice is what the judge ate for breakfast*”), surgida no âmbito do Realismo Jurídico norte-americano, movimento que obteve seu ápice na primeira metade do Século XX,

é hoje tão célebre quanto questionada. Porém, apesar de ela atualmente ser considerada quase uma caricatura, e sem prejuízo das críticas merecidamente cabíveis à *visão realista*, são pertinentes as reflexões provocadas por várias das pautas desse movimento. Suscita-se, a partir delas, o debate sobre a impossibilidade de *plena objetividade do raciocínio jurídico* e de *total controle sobre os fatores extrajurídicos* subjacentes à tomada da decisão judicial – diferentemente do que preconizava a visão então vigente.

Nesse sentido, a *visão idealista* e o *paradigma racionalista* que estruturam o estudo do Direito (em geral) e da decisão judicial (em particular), sobretudo a partir do Século XVIII, preconizam que o juiz, ao exercer a sua atividade jurisdicional, deveria atuar como a “*boca da lei*”. Assim, seguindo o método das Ciências Exatas, *i. e.*, por meio de uma atividade puramente *racional-intelectiva* e de um raciocínio meramente *lógico-dedutivo* (na forma silogística), ele resolveria, em cada caso concreto, mediante uma solução unívoca, o “*problema algébrico*” da descoberta da “*vontade da lei*”. Ao final, caberia ao magistrado apenas *demonstrar* o resultado obtido, como um matemático que explicita os cálculos realizados em uma equação. Para tanto, precisaria atuar como um sujeito *neutro*, despido de suas ideologias, e as suas decisões deveriam ser insuscetíveis de influências internas ou externas.

Contudo, pouco a pouco essa visão, ao menos em sua feição mais radical, tem sido questionada, em razão do advento posterior de visões críticas, como o próprio Realismo Jurídico. Atualmente, já se admite tanto o *caráter hermenêutico* e o *caráter argumentativo* da atividade judicial, como o fato de a pessoa do juiz – assim como qualquer outra – ser suscetível, quando da tomada das suas decisões, à influência de *fatores extrajurídicos*, entre os quais estão não apenas *crenças pessoais* e *ideologias*, mas também processos psicológicos inerentes à mente humana, como *automatismos*.

Como exemplo, mencionam-se as chamadas *heurísticas*, espécies de atalhos mentais utilizados inconscientemente pelas pessoas a fim de facilitar os seus processos decisórios. Por vezes, esses automatismos levam a desvios sistemáticos denominados de *vieses cognitivos*. Vários deles já foram documentados cientificamente, em razão do notável desenvolvimento da Psicologia Cognitiva – e,

em especial, do seu programa de investigação conhecido como “Heurísticas e Vieses” – nas últimas décadas. Já se sabe que ninguém é imune aos seus efeitos, nem mesmo profissionais acostumados à tomada de decisões complexas, como os magistrados.

Todavia, apesar de, atualmente, também ser bastante questionada a doutrina kelseniana da *pureza* da Ciência Jurídica – decorrência da visão idealista e do paradigma racionalista –, o Direito ainda dialoga pouco com outras disciplinas do conhecimento científico, mesmo aquelas com as quais o intercâmbio de ideias deveria ser obrigatório: as das Ciências Humanas e as das Ciências Sociais. Em especial, afigura-se inconcebível estudar satisfatoriamente o processo decisório do juiz sem atentar para o desenvolvimento das teorias sobre tomada de decisão no âmbito da Psicologia Cognitiva. Trata-se de debate em voga, em algumas das referidas disciplinas, pelo menos desde a década de 1970, a partir dos estudos dos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman, mas que só nos últimos anos tem sido incorporado, ainda de modo incipiente, por alguns autores do campo jurídico.

Outrossim, ainda são empreendidas, nas academias jurídicas, especialmente nas brasileiras, poucas pesquisas empíricas, diferentemente do padrão há muito tempo adotado por outras áreas afins ao Direito, como a própria Psicologia. Em especial, as heurísticas e os vieses cognitivos só puderam ser estudados e compreendidos – e só continuarão a sê-lo – graças a esse tipo de pesquisa. Desse modo, entendemos que a Ciência Jurídica, tradicionalmente bem instrumentalizada de sofisticados estudos dogmáticos, pautados muitas vezes por análises estritamente jurídico-normativas, só obterá considerável grau de aperfeiçoamento e satisfatória capacidade de resposta aos desafios da realidade prática se passar a investir também em investigações empíricas.

Isso posto, almejamos, por meio do presente trabalho, de caráter exploratório, debater possibilidades de incidência, no âmbito de tomada de decisão judicial no Direito Processual brasileiro, de heurísticas e vieses cognitivos, especialmente dos efeitos de ancoragem, a partir de uma visão que estimule uma abordagem interdisciplinar e empírica. Não pretendemos, com isso, retomar ou apologizar correntes como o Realismo e o Psicologismo Jurídicos,

em razão dos seus reducionismos e exageros. Objetivamos, diferentemente, propor novos caminhos para o estudo do processo decisório do juiz, sem ignorar sua vinculação a parâmetros jurídicos, mas também sem descuidar da inevitável incidência de fatores extrajurídicos – como determinados mecanismos de pensamento –, ignorados ou rejeitados pelo Idealismo. Para tanto, dividiremos este trabalho em três partes principais.

Na primeira parte, investigaremos como a Ciência Jurídica, assim concebida desde o Século XVIII, tem lidado com o problema da tomada da decisão judicial. Analisaremos tanto a *visão idealista*, decorrente do paradigma racionalista, como a *visão realista*, fruto do Realismo Jurídico. Esboçaremos, na sequência, uma via intermediária por nós denominada de *visão integrativa*, a partir do reconhecimento de uma dupla dimensão do processo decisório do juiz.

Na segunda parte, trataremos do desenvolvimento histórico de teorias sobre tomada de decisão oriundas da Ciência Econômica – campo em relação ao qual, ao menos sob essa perspectiva, é possível estabelecer um paralelo com a Ciência Jurídica, em termos de influência do modo de pensar racionalista – e da Psicologia Cognitiva. Deste segundo campo científico, tendo como ponto de partida o programa de investigação denominado de Heurísticas e Vieses, inaugurado por Tversky e Kahneman na década de 1970, selecionaremos contribuições por nós consideradas pertinentes para o estudo e a compreensão do processo decisório do juiz.

Na terceira parte, analisaremos, detidamente, os efeitos da ancoragem – um dos principais fenômenos investigados sob o referido programa, definido como o peso desproporcional atribuído a uma informação inicialmente recebida ou autogerada. Além de examinarmos suas principais características, mencionaremos diversos estudos empíricos já realizados sobre a manifestação desse viés na prática. Após, também com base em evidências já obtidas, aventaremos a sua possível incidência em variados contextos decisórios do sistema processual brasileiro, relativamente a causas civis e penais. Ao final, com o intuito de reforçar a importância da pesquisa empírica, exporemos um experimento de autoria própria sobre ancoragem em julgamentos colegiados,

realizado no âmbito do Grupo de Pesquisa CNPq “Processo e Argumento”, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Por fim, esclarecemos que o presente trabalho, embora possua pretensão interdisciplinar, tem como principal público-alvo estudiosos e operadores do Direito. Por tal razão, mesmo quando analisarmos teorias e estudos desenvolvidos em áreas como a Psicologia, apresentaremos, sempre que possível, exemplos da práxis jurídico-decisória. Desse modo, pretendemos ilustrar e corroborar a utilidade prática da interdisciplinaridade aqui proposta.

1 ENTRE O IDEAL E O REAL: VISÕES SOBRE O PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ E SUAS RELAÇÕES COM A RAZÃO

O processo decisório do juiz tem sido compreendido de muitas formas ao longo da história do pensamento jurídico. Não cabe nos limites deste trabalho tentar esgotar a listagem e a análise de todas essas visões. No entanto, entendemos possível, para os fins deste trabalho, examinar brevemente duas delas, opostas em suas perspectivas: (i) a *visão idealista*, decorrente do chamado paradigma racionalista, que logrou a transformação do Direito em Ciência Jurídica a partir do Século XVIII; e (ii) a *visão realista*, oriunda do amplo e polêmico movimento denominado de Realismo Jurídico, com ápice na primeira metade do Século XX. Após, esboçaremos uma via intermediária por nós denominada de *visão integrativa*, a partir do reconhecimento de uma dupla dimensão do processo decisório do juiz.

1.1 O IDEALISMO E O PARADIGMA RACIONALISTA

Antes de analisarmos o significado de *Idealismo*, devemos nos ater ao sentido de um termo semelhante, chave para a compreensão da visão a ser aqui investigada. Trata-se da ideia de *Racionalismo*, cujas acepções mais comuns são: (i) “[m]étodo de observar as coisas baseado exclusivamente na razão, considerada como única autoridade quanto à maneira de pensar e/ou de agir”; (ii) “[d]outrina que considera ser o real plenamente cognoscível pela razão ou pela inteligência, em detrimento da intuição, da vontade [e] da sensibilidade”; e (iii) “[d]outrina que admite, quanto à origem do conhecimento, que este, em última instância, é determinado por princípios racionais, inatos ou *a priori*, ainda que se possa condicionar a validade do uso desses princípios à disponibilidade de dados empíricos” (FERREIRA, 2010, p. 1.768).

Todas essas definições captam a essência do modo de pensar que têm predominantemente pautado a Ciência do Direito desde o Século XVIII. Trata-se

do *paradigma racionalista*, de que trata o jurista Ovídio Araújo Baptista da Silva¹ (2004) a partir da ideia de *paradigma* proposta pelo físico e filósofo da ciência Thomas Kuhn (1996)²⁻³. Para Ovídio, o referido modelo

procurou fazer do Direito uma “ciência”, sujeita aos princípios metodológicos utilizados pelas matemáticas. A redução do conceito de ciência, peculiar ao pensamento moderno, que somente concebe como científicos os ramos do conhecimento humano destinados a medir, pesar e contar, fez com que o Direito se transformasse num conjunto sistemático de conceitos, com pretensão à eternidade, desvinculando-o da História. [SILVA, 2004, p. 1]

De fato, o chamado *método científico*, surgido no contexto da *revolução científica* iniciada no Século XVI, a partir de nomes como Nicolau Copérnico, Galileu Galilei e Johannes Kepler, “começava a deixar os cálculos esotéricos dos seus cultores para se transformar no fermento de uma transformação técnica e social sem precedentes na história da humanidade” (SANTOS, 1995, p. 7). O

¹ Ovídio Araújo Baptista da Silva (1929-2009) foi jurista notório sobretudo por seus escritos sobre Direito Processual Civil, com imensuráveis contribuições para a nossa dogmática jurídica e o nosso direito positivo, em temas como relações entre direito material e direito processual, jurisdição, tutelas de urgência, coisa julgada e execução. Nos seus últimos anos de vida, dedicou-se a desvendar e a questionar as raízes ideológicas, históricas e culturais informadoras justamente da doutrina e do sistema jurídico para os quais ele tanto contribuiu. Essas investigações culminaram na obra “*Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*”, uma das principais inspirações para este trabalho. Em razão da nossa impossibilidade de diálogo com ele em vida, pela ausência de coincidência geracional, não sabemos qual seria a posição do Professor Ovídio em relação à temática a que aqui nos propomos a investigar. Certo é que, na referida obra, preconiza ele, de modo expresso, a necessidade de uma visão interdisciplinar do fenômeno jurídico, com o objetivo de “superar o *dogmatismo*, fazendo com que o Direito aproxime-se de seu leito natural, como ciência da cultura, recuperando sua dimensão hermenêutica” (SILVA, 2004, pp. X e 1). Neste trabalho, pretendemos partir de premissas semelhantes para argumentarmos que o Direito, como produto da atividade de *seres humanos*, não está imune à influência das formas de *pensamento humano*, tampouco aos automatismos e vieses delas decorrentes, que desafiam a visão idealista em certa medida ainda vigente.

² Para a *Teoria dos Paradigmas*, apresentada pela primeira vez em 1962 por Kuhn (1996, pp. 1-51), um *paradigma* pode ser entendido como um modelo ou conjunto de pressupostos básicos aceitos por certa *comunidade científica* em dado momento histórico. Essas premissas, durante certo período, não costumam ser questionadas pelos cientistas; pelo contrário, o trabalho destes consiste em articular os fenômenos observados para se coadunarem com as explicações já fornecidas pelo paradigma, eliminando as indeterminações da sua forma original e tornando-o cada vez mais preciso. Os paradigmas logram tal *status* por revelarem-se (ou parecerem) mais exitosos do que os modelos conflitantes em responder determinadas questões graves, para as quais se constata não haver, até então, respostas adequadas.

³ “Como dissera Max Weber, o ‘racionalismo’ é um conceito histórico abrangente, que vai muito além de simples pressuposto para uma determinada doutrina filosófica. Todas as filosofias desse período [Século XVII], independentemente de suas recíprocas diversidades, às vezes profundas, foram racionalistas. É precisamente este caráter que nos autoriza a tratá-lo como um autêntico *paradigma*, no sentido de Thomas Kuhn.” (SILVA, 2004, pp. 73-74)

referido método, surgido inicialmente para as Ciências Naturais e as Ciências Exatas e posteriormente transplantado para as Ciências Humanas e as Ciências Sociais, apesar dos inegáveis progressos a que levou, produziu, em contrapartida, uma visão de mundo bastante reducionista, com rigorosa fragmentação do conhecimento e isolamento das suas disciplinas⁴.

O Racionalismo, principal ideologia subjacente a esse modo de conceber o conhecimento, é expresso de modo bastante visível no pensamento de outro dos expoentes dessa revolução. René Descartes (1996, p. 23), em seu clássico “*Discurso do Método*”, publicado originalmente em 1637, propõe quatro preceitos para guiar o método aplicável a qualquer ramo científico⁵: (i) nunca aceitar algo como verdadeiro sem evidências claras e indubitáveis; (ii) dividir cada uma das dificuldades apresentadas em tantas parcelas quanto sejam possíveis e necessárias para melhor resolvê-las; (iii) conduzir por ordem os pensamentos, iniciando pelos objetos mais simples e fáceis de conhecer, para subir pouco a pouco, como por degraus, até o conhecimento dos mais compostos; e (iv) fazer em tudo enumerações tão completas e revisões tão gerais, com a certeza de nada omitir. Ademais, sustenta que a verdade só poderia ser alcançada pelas ciências com demonstrações claras e evidentes, diferentemente daquelas cujas conclusões seriam no máximo prováveis:

[A]s ciências do livros, pelo menos aquelas cujas razões são apenas prováveis, e que não tem nenhuma demonstração, sendo compostas e aumentadas pouco a pouco pelas opiniões de muitas pessoas diferentes, não se aproximam tanto da verdade quanto os simples

⁴ “O homem, que aprendeu a dissecar o objeto de sua observação para entendê-lo, tornou-se um especialista em partes, mas ignorante em relação à totalidade. [...] De modo diverso do que ocorria na época dos mitos e dos deuses, a revolução galileiana do mecanicismo – fundada na aliança da Matemática moderna e da Física experimental – reduziu o universo a um conjunto de corpúsculos materiais, cujas ações e reações obedecem a leis rigorosas, cabendo ao especialista elucidá-las. [...] [A]s disciplinas foram se fragmentando, fato que pode ser encarado com símbolo da fragmentação da realidade e do surgimento de uma inteligência esquizofrênica, que impede um conhecimento abrangente de mundo.” (PRADO, 2013, pp. 31-32)

⁵ A justificativa de Descartes (1996, p. 22) para a sistematização desses preceitos seria depurar o conhecimento de outros “nocivos ou supérfluos”, que confundam, obscureçam ou embacem o espírito, em vez de construírem uma ciência que o cultive. Para tanto, faz uma analogia com as leis de um Estado: “[C]omo a multiplicidade de leis freqüentemente fornece desculpas aos vícios, de modo que um Estado é muito mais regrado quando, tendo pouquíssimas leis, elas são rigorosamente observadas; assim, em vez desse grande número de preceitos de que a lógica é composta, acreditei que me bastariam os quatro [referidos no corpo do texto], contanto que tomasse a firme e constante resolução de não deixar uma única vez de observá-los.”

raciocínios de um homem de bom senso que pode fazer naturalmente sobre as coisas que se lhe apresentam. [...]

[C]onsiderando que entre todos aqueles que até agora procuraram a verdade nas ciências, só os matemáticos puderam encontrar algumas demonstrações, isto é, algumas razões certas e evidentes, não duvidei de que deveria começar pelas mesmas coisas que eles examinaram [...]. [DESCARTES, 1996, pp. 17-24]

Foi no Século XVIII – do Iluminismo e da Revolução Francesa – que esse *cientificismo* passou a predominar no pensamento jurídico. Com a derrocada do Antigo Regime, passou-se de um Estado Absolutista a um *Estado Legislativo*⁶. Isso porque, com base na doutrina da separação de poderes de Montesquieu, o Poder Legislativo, considerado representante do povo, passou a ser o único ente legitimado para a produção do Direito⁷. Era elevado o receio das forças sociais agora hegemônicas de que textos normativos como o Código Civil Francês de 1804, grandiosa obra legislativa elaborada por outorga de Napoleão Bonaparte, fossem interpretados pelos juízes, mesmo após estes terem seus poderes praticamente esvaziados. Assim, a fim de se evitarem distorções de sentido desses textos “perfeitos”, passou a ser necessária a produção de um conhecimento científico que guiasse o magistrado em sua tarefa de mero aplicador “boca da lei”⁸.

⁶ Há variadas expressões utilizadas para designar o modelo de Estado sob o qual hoje vivemos – p. ex., Estado de Direito, Estado Democrático de Direito e Estado Constitucional. Seja como for, evidencia-se, nas sociedades ocidentais contemporâneas, um maior protagonismo do Poder Judiciário, o que é bem ilustrado por Nicola Picardi (2008, pp. 1-32) ao se referir à “vocação do nosso tempo para a jurisdição”, em alusão à “vocação para a legislação” enunciada por Friedrich von Carl Savigny no Século XIX.

⁷ Atualmente, muitos autores clamam por uma revisão da tradicional doutrina da separação de poderes – p. ex., Ovídio A. Baptista da Silva (2004, p. 318): “A preservação da jurisdição estatal, de modo a assegurar-lhe o papel de instrumento democrático, [...] exige que se abandone a ideologia da ‘separação de poderes’, ideal político do liberalismo que a História ultrapassou, tornando-o anacrônico. Mesmo porque o sonho dos revolucionários franceses pressupunha que a lei, em sua pretensa neutralidade axiológica, exerceria a simples função de ‘regra do jogo’, permitindo [...] o exercício pleno da liberdade individual. Ora, [...] a lei sob a qual se estruturou o Estado contemporâneo é um instrumento de governo, portanto politicamente comprometida.” Prossegue Ovídio, afirmando que essa ampla reforma deve envolver “não apenas um novo sistema social, mas novas estruturas de saber, em que filosofia e ciência não estarão mais divorciadas e haveremos de retornar à epistemologia única nos limites da qual buscava-se o saber, antes da criação da economia capitalista mundial” (SILVA, 2004, p. 319).

⁸ A expressão “boca da lei” (“*bouche de la loi*”) ficou célebre logo após a Revolução Francesa, como preceito segundo o qual ao magistrado era vedado interpretar os textos normativos (entendidos como normas jurídicas de aplicação imediata); caso contrário, aquele poderia modificar o sentido supostamente unívoco e apriorísticos conferido pelo legislador. Nas palavras de Montesquieu (1996, p. 175), “os juízes da nação são apenas [...] a boca que pronuncia as palavras da lei; são seres inanimados que não podem moderar nem sua força, nem seu rigor”.

Nesse contexto, a pretensão de construção e de sistematização de uma *Ciência Jurídica*, com ápice alcançado no Século XIX, tornou-se possível graças à adoção de um método de *matematização* do pensamento ou, ainda, de um raciocínio *more geométrico* (“ao modo geométrico”). Só assim seria possível “construir um sistema de pensamento que pudesse alcançar a dignidade de uma ciência” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 2).

Friedrich von Carl Savigny, um dos principais juristas do Século XIX e inquestionavelmente um dos mais influentes na formação da cultura jurídica moderna, apresenta essa apologia à matematização (ou geometrização) de modo muito evidente em seu pensamento. Ao apregoar a perfeição dos códigos legislativos – para que o Direito possa alcançar o mais alto grau de certeza e uniformidade em sua aplicação –, Savigny desestimula o estudo de casos práticos pelos juristas, dada a impossibilidade de se conhecer empiricamente todas as situações da realidade e a dificuldade em sistematizá-las por meio de regras gerais (princípios retores). Utiliza-se, para tanto, de analogia com a Geometria⁹:

[Q]uem observar com atenção casos litigiosos se dará conta facilmente de que esse empreendimento haverá de ser infrutífero, porque os casos reais apresentam diversidades para além do imaginável. Precisamente, nos códigos modernos se abandonou por completo todo o esforço em aparentar essa plenitude material, sem que se tenha tentado substituí-la por outra coisa. E, evidentemente, tal completude pode ser obtida de outra maneira, que se pode explicar mediante uma expressão técnica da Geometria. Com efeito, em cada triângulo há certos dados, de cuja combinação se inferem imediata e necessariamente todos os demais: por exemplo, mediante a combinação de dois lados e do ângulo entre eles compreendido está dado o triângulo. De modo análogo, cada parte do nosso Direito tem fragmentos dos quais se derivam os demais: podemos chamá-los de princípios retores. [SAVIGNY, 2015, p. 25, tradução livre]

Pontes de Miranda (2000, p. 49), provavelmente o maior expoente da dogmática jurídica brasileira de todos os tempos¹⁰, sustenta ser por meio da

⁹ “Não se deve, porém, ignorar o empenho de Savigny em aproximar o ensino do Direito da experiência dos tribunais, nem menosprezar sua recomendação de que o jurista se mantenha atento às diversidades dos casos individuais [...], porém o instrumento apropriado para examiná-los haverá de obedecer à metodologia matemática, único critério capaz de conseguir a tão sonhada ‘integridade material’ do sistema” (SILVA, 2004, pp. 38-39).

¹⁰ Coincidência ou não, Pontes de Miranda, influenciado por seu avó e seu pai, ambos matemáticos, inicialmente planejava cursar Matemática, em vez de Direito. Foi, porém, convencido a seguir

redução da realidade à sua expressão numérica “que progride a Ciência e que ela mesma supõe tal convicção” – *i. e.*, a de que tudo, no mundo, seria mensurável. Demais disso, Pontes, referindo-se às ciências em geral – incluindo a Ciência Jurídica –, preconiza a substituição do *qualitativo* pelo *quantitativo*, porquanto o segundo tipo de estudo seria mais simples, econômico e eficaz. Mais *científico*, em última análise:

Segundo o postulado de Cantor-Dedekind, a qualquer ponto de uma reta podemos fazer corresponder um número. Parece-nos isto aplicação de postulado geral, que justifica e permite a existência das ciências. A todos os fatos podemos convencionar que corresponda número ou expressão. [...]

A heterogeneidade de dois fenômenos não impede a que ambos se aplique a medida; nem seria mister fossem grandezas do espaço vulgar, que é o da nossa intuição, para que pudessem ser matematicamente exprimíveis. A Ciência procura algo de constante [...] – e a qualitatividade seria enorme embaraço. Foi com o substancialismo da escolástica que se estagnou a Idade Média. Assim, o que a Ciência afirma e o que é fecundo para ela é a concepção de que, no mundo, tudo é teoricamente mensurável. [...]

Na Sociologia e, conseqüentemente, na Ciência do Direito, a intervenção de métodos matemáticos, sobretudo na parte econômica, tem conseguido admiráveis efeitos. No terreno que especialmente nos ocupa será cada vez mais fácil a utilização deles, porque, à proporção que formos simplificando o governo dos povos, subordinando o indivíduo ao conjunto, e submetendo a matéria plasmática ao modo que nos aconselham a observação e as conclusões científicas, mais se tornará questão de cálculo a harmonia social e a feliz coexistência dos indivíduos. A qualidade complica a visão das coisas; a quantidade simplifica. O critério qualitativo da vigente ciência vulgar reflete-se na vida, nos fatos, nas instituições, nas regras jurídicas, que são objeto da Ciência do Direito. À medida que corrigirmos os nossos processos, demasiado empíricos, não só obterá quantitatividade o cabedal científico, como também quantitativo se tornará o material da observação. [MIRANDA, pp. 47-50]

Na dogmática jurídica, seja nacional ou estrangeira, exemplos de manifestações semelhantes são infindáveis e não poderiam ser aqui exauridos, até porque coadunados ao próprio paradigma vigente. Fato é que, sob a influência desse modelo, se produziu, como consequência, um modo *idealista* de enxergar o fenômeno jurídico, pressupondo-se “um direito positivo coerente,

carreira jurídica por sua tia, a quem dedicou a sua obra “História e Prática do *Habeas Corpus*”, de 1916 (ALVES, 2003, p. 259).

preciso, completo, não redundante, ‘decidível’ e logicamente derivável [...], sem lacunas e contradição, como forma de reassegurar ideologicamente o valor segurança” (WARAT, 1994, p. 52). Assim, por *Idealismo* compreendemos a visão que privilegia a ideia e a sua perfeição em detrimento da realidade e das suas imperfeições¹¹.

O Direito Processual não ficou imune às imposições advindas desse modo de pensar, pelo contrário¹². Se, sob a fase metodológica que se convencionou denominar de *Praxismo*¹³, predominante do período do Direito Romano até o Século XVIII, não se vislumbrava o processo como uma disciplina autônoma do Direito¹⁴, a partir do chamado *Processualismo*¹⁵, surgido no Século XIX, esse cenário radicalmente mudou:

¹¹ Tal visão remete, em última análise, à distinção de Platão entre *mundo das ideias* (inteligível) e *mundo dos sentidos* (sensível). “Solução platônica para a contradição que invade o discurso desde que ele se esforça por pensar o real, a teoria das Idéias funciona como uma espécie de purificação. [...] O pensamento aspira a refugiar-se nesse mundo abstrato do real, a fim de reencontrar aí a coerência consigo mesmo [...]. Este pensamento é caracterizado pela importância concedida ao princípio de identidade (A é A). Dado que os objetos que se tentam descrever parecem sempre escapar do domínio do pensamento, por estarem envolvidos nas redes infinitas de inter-relações contraditórias, a possibilidade de remontar a uma identidade pura, que se coloca a si mesma sem a ajuda de [qualquer] relação, aparece como a única maneira de salvar o *logos* dando-lhe um fundamento estável. [...] Quando o sensível é o lugar da contradição, podendo a identidade mostra-se aí ao mesmo tempo una e múltipla, semelhante e dissemelhante, o inteligível é, ao contrário, o lugar da não-contradição.” (ROGUE, 2005, pp. 111 e 114)

¹² Para Ovídio A. Baptista da Silva (2004, p. 1), na verdade, “o Direito Processual foi o domínio mais danificado por essa metodologia, em virtude de ser o mais próximo do mundo da vida, da prática social e que, além disso, pressupõe que o acesso a seus domínios seja alcançado através da hermenêutica, naturalmente incompatível com o pensamento dogmático”.

¹³ Considerado como a “Pré-História” do Direito Processual, o *Praxismo* consiste na visão *monista* do ordenamento jurídico por meio da qual o processo era concebido como mero “adjetivo” ou “apêndice” do Direito Material, ambos como parte de um mesmo plano. Atualmente, prepondera a visão *dualista*, que reconhece a existência de dois planos distintos (embora inter-relacionados), *i. e.*, material e processual (OLIVEIRA, 2008, p. 7).

¹⁴ Apesar disso, observa Nicola Picardi (2008, pp. 35-68) que, dos Séculos XVII e XVIII, é possível colher diversas contribuições na dogmática jurídica, geralmente ignoradas pela tradição historiográfica, para a construção da moderna noção de “processo”.

¹⁵ O *Processualismo* é considerado inaugurado pela obra “*Die Lehre von den Proceßinreden und die Proceßvoraussetzungen*” (“Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais”), de 1868, escrita pelo jurista alemão Oskar von Bülow. “A sistematização de ideias [por Bülow] em torno da relação jurídico processual conduziu às primeiras colocações do direito processual como ciência, afirmado seu método próprio (distinto do método concernente ao direito privado) e seu próprio objeto material (as categorias jurídico-processuais – jurisdição, ação, defesa e processo). Essas ideias fundamentais abriram caminho para um fecundíssimo florescer de reflexões e obras científicas, especialmente da parte de alemães, austríacos e italianos” (DINAMARCO, 2016, pp. 387-388). No Direito Processual Civil brasileiro, é possível afirmar que, em termos de fases metodológicas, sucedeu ao *Processualismo* o *Instrumentalismo*, a partir de obra de Cândido Rangel Dinamarco (2009), publicada originalmente em 1987, debatendo-se atualmente sobre a vigência de uma quarta fase (JOBIM, 2016, pp. 149-155) –

As grandes linhas do direito processual civil – enquanto disciplina autônoma – foram traçadas no processualismo, também por isso normalmente chamado de período “conceitualista” ou “autonomista”. As discussões inerentes à ação, verdadeiro polo metodológico da nova ciência, e à caracterização de inúmeros outros institutos do processo civil (por exemplo, atos processuais, litispendência, eficácia da sentença e coisa julgada), dominaram a atenção dos processualistas, crentes de que praticavam uma ciência pura, totalmente infensa a valores – uma ciência, enfim, eminentemente técnica [...]. [MITIDIERO, 2015, p. 33]

No específico plano da tomada da decisão judicial, a *visão idealista* preconiza que o juiz, ao exercer o seu ofício jurisdicional, deveria atuar como a “*boca da lei*”. Assim, seguindo o método das Ciências Exatas, *i. e.*, por meio de uma atividade puramente *racional-intelectiva* e de um raciocínio meramente *lógico-dedutivo* (na forma silogística¹⁶), ele resolveria, em cada caso concreto, mediante uma solução unívoca, o “*problema algébrico*” da descoberta da “*vontade concreta da lei*”¹⁷. Ao final, caberia ao magistrado apenas *demonstrar* o resultado obtido, como um matemático que explicita os cálculos realizados em uma equação. Para tanto, precisaria atuar como um sujeito *neutro*, despido de suas ideologias, e as suas decisões deveriam ser insuscetíveis de influências internas ou externas. Descarta-se, nessa perspectiva, “*a possibilidade de que nos atos decisórios vinculados à produção jurídica existam componentes irracionais e compromissos ideológicos*” (WARAT, 1994, p. 56, grifo do autor).

Nesse contexto, compreende-se a decisão judicial, quanto à sua natureza, como um mero ato de *inteligência* ou de *conhecimento*. Para Alfredo Rocco

que, para nós, seria o *Formalismo-Valorativo*, tendo como marco obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2010), publicada pela primeira vez em 1997.

¹⁶ O processo decisório do juiz, nesses termos idealizados, pode ser representado a partir do seguinte silogismo: (i) a premissa maior consistiria na norma jurídica aplicável; (ii) a premissa menor, nos fatos apresentados pelas partes e enquadráveis na norma; e (iii) a conclusão, na própria decisão proferida.

¹⁷ A expressão foi consagrada pelo jurista italiano Giuseppe Chiovenda (1969, pp. 3 e 40), para quem, presumindo-se a lei como “manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos”, não poderia ser a função jurisdicional outra coisa senão “a *atuação* da vontade da lei, [excluindo-se] que a possamos fazer consistir na *determinação* ou *criação* dessa vontade”. Nesse âmbito de compreensão, a possibilidade de reforma da decisão judicial por instância de hierarquia superior não é vista como decorrência da existência de mais de uma solução interpretativa plausível para o mesmo problema, sendo o recurso, em vez disso, um instrumento essencialmente *corretivo* do pronunciamento do magistrado que não logrou alcançar a referida vontade concreta – *i. e.*, “[p]orque o juiz cometeu um ‘erro’, usaremos os recursos para consertá-lo” (SILVA, 2004, p. 244).

(1944, pp. 51-57), um dos mais célebres partidários dessa visão¹⁸, o processo decisório do juiz seria essencialmente resumido a juízos lógicos, não devendo ser caracterizado por qualquer elemento volitivo – pois a única vontade manifesta seria a do legislador, quando da elaboração das normas jurídicas, estas aqui entendidas como sinônimo de textos normativos.

Ainda sob a visão idealista e o paradigma racionalista¹⁹, não se pode deixar de mencionar a *Teoria Pura do Direito* (*Reine Rechtslehre*) de Hans Kelsen, apresentada em 1934 e republicada em 1960. Trata-se de metateoria²⁰ elaborada com a pretensão de depurar a Ciência Jurídica de todos os elementos que lhe seriam estranhos – *i. e.*, aqueles de ordem empírica, axiológica e ideológica, ou aqueles relacionados a outras disciplinas do conhecimento, como a Psicologia, a Sociologia e a Ciência Política. O objeto de estudo do Direito, nessa concepção, deveria ser resumido ao exame da ordem jurídica como sistema de normas de direito positivo:

Quando ela se qualifica como uma teoria “pura” do Direito, o faz assim porque quer garantir um conhecimento dirigido apenas ao Direito e a cortar desse conhecimento tudo que não pertença ao objeto rigorosamente determinado como Direito. Isso significa: ela pretende libertar a Ciência do Direito de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Parece uma obviedade. Mas uma mirada sobre a Ciência Jurídica tradicional, tal como se desenvolveu no decorrer dos séculos 19 e 20, mostra claramente o quão longe ela está de corresponder à exigência de pureza. De modo totalmente acrítico, a Ciência do Direito tem se confundido com Psicologia e Sociologia, com Ética e Teoria Política. Essa confusão pode ser explicada pelo fato de essas ciências referirem-se a objetos que têm indubitavelmente estreita relação com o Direito. Quando a Teoria Pura do Direito empreende delimitar o conhecimento do Direito em face dessas disciplinas, não o faz, por exemplo, por ignorar ou mesmo negar essa relação, mas para tentar evitar um sincretismo de métodos, o qual obscurece a essência da

¹⁸ Alfredo Rocco (1875-1935) foi um jurista e político italiano, tendo, entre 1925 e 1932, atuado como Ministro da Justiça na Itália fascista de Benito Mussolini – informação que, por si, já revela o compromisso ideológico – autoritarismo – subjacente à sua visão sobre a atividade dos juízes.

¹⁹ Embora, para Warat (1994, p. 62), a Teoria Pura do Direito ocupe uma posição intermediária entre, como ele denomina, Racionalismo e Realismo, sendo assim uma teoria “moderada”, para nós, ideias kelsenianas como a doutrina da pureza e a rígida separação entre “ser” e “dever ser” evidenciam o seu caráter idealista.

²⁰ A metateorização está em que a *Teoria Pura do Direito* pretende, no âmbito de uma epistemologia do saber jurídico, estabelecer os fundamentos, os problemas, o objeto e o método para um modelo de Ciência do Direito.

Ciência do Direito e confunde os limites a ela impostos pela natureza do seu objeto. [KELSEN, 1960, p. 1, tradução livre]

Apesar desse intento, Kelsen (1960, pp. 346-354), no célebre capítulo final da sua obra, admite a atividade interpretativa do julgador, como um ato de conhecimento e de vontade²¹, suscetível de influência daqueles fatores não jurídicos. De todo modo, o autor salienta ser esse um problema estranho ao objeto da Ciência do Direito – provavelmente o motivo pelo qual se furta de propor critérios para a escolha entre as possibilidades interpretativas e para o controle da interpretação e da aplicação das normas jurídicas (RODRIGUEZ, 2013, pp. 158-159).

De modo geral, a dogmática jurídica, desde o Século XIX – e, especialmente a partir da enorme influência da teoria kelseniana no Século XX, com pretensão de redução do fenômeno jurídico às normas ou às relações entre normas –, como instrumento de intermediação entre o juiz e a lei, têm empreendido notório esforço de *sistematização* e *abstração*. As principais preocupações doutrinárias, nessa perspectiva, são a *completude* e a *coerência* do sistema jurídico, além da maior *precisão* possível da definição das categorias jurídicas, de modo a permitir “um processo seguro de subsunção de conceitos menos amplos a conceitos mais amplos”²² (FERRAZ JR., 2015, p. 74). Há pouco espaço para a formulação de juízos valorativos e críticos pelos juristas, enquanto cientistas *puros* – faculdade esta completamente vedada aos juízes, na condição de *obedientes* aplicadores do direito positivo.

Em especial, quanto ao estudo do processo decisório do juiz, o Direito Processual apresenta sofisticadas obras dogmáticas sobre os aspectos *jurídico-*

²¹ Todavia, ainda que Kelsen (1960, pp. 350-352) admitisse a ideia de decisão judicial como um ato de vontade, para o jurista austríaco, ela só encontraria validade jurídica ao ser autorizada por uma norma de superior hierarquia no ordenamento jurídico – *i. e.*, por situar-se dentro da moldura (*Rahmen*) de possibilidades interpretativas oferecidas pela norma superior.

²² “A Dogmática Jurídica constrói-se, assim, como um processo de subsunção dominada por uma dualidade lógica em todo o fenômeno jurídico, que o reduz a duas possibilidades: ou se encaixa ou não se encaixa, construindo-se enormes redes paralelas de seções. A busca, para cada ente jurídico, de sua natureza – e esta é a preocupação com a natureza jurídica dos institutos, dos regimes etc. – pressupõe uma atividade teórica desse tipo, na qual os fenômenos ou são de Direito Público ou de Direito Privado, um direito qualquer ou é real ou é pessoal, assim como uma sociedade é comercial ou é civil, sendo as eventuais incongruências ou tratadas por exceções ou contornadas por ficções.” (FERRAZ JR., 2015, pp. 74-75)

normativos de diferentes tipos de decisão, como as sentenças, os acórdãos e as decisões interlocutórias, bem como outros pronunciamentos do juiz, como os despachos. Quanto às suas motivações, há, no máximo, preocupação com o *discurso justificativo* que deve ser explicitado pelo magistrado após o seu convencimento, seja quando da valoração das provas ou quando da prolação da decisão sobre a causa²³.

Esse modo de conceber o pensamento jurídico ainda é bastante presente nos tempos atuais. Na nossa *dogmática jurídica*, a maior parte das obras doutrinárias, sobretudo as de maior apelo comercial – incluindo muitas de elevada credibilidade acadêmica –, costuma prescindir não apenas de interdisciplinaridade e de pesquisa empírica, mas até mesmo do exame de casos práticos²⁴:

Na literatura brasileira, o prestígio das obras institucionais de processo civil [bem como das obras dogmáticas sobre os demais ramos do Direito, acrescentamos] é diretamente proporcional ao estilo abstrato, *more geometrico*, utilizado por seus autores. Para nossos manuais universitários, a discussão de algum caso concreto é capaz de desmerecer a “pureza” do direito, maculando-o a com experiência dos práticos forenses. [SILVA, 2004, p. 37]

Sob a vigência desse paradigma, o *ensino jurídico* e a *pesquisa em Direito* também foram muito peculiarmente delineados no Brasil. Com a criação dos primeiros cursos jurídicos após o período colonial, no Século XIX, a preocupação maior foi estabelecer um modelo acadêmico pautado por abstrações científicas

²³ Michele Taruffo (2015, pp. 12 e 14) descreve o panorama da doutrina processualista sobre o tema quando da escrita da sua obra *“La Motivazione della Sentenza Civile”* (“A Motivação da Sentença Civil”), de 1975: “[A]inda era dominante a ideia, que vinha dos Iluministas, segundo a qual a estrutura da decisão judicial era de caráter silogístico, com a premissa maior representada pela norma, a premissa menor representada pelo fato e a conclusão representada pela decisão final. Não se percebia nem que isso se trata de uma simplificação excessiva, no melhor dos casos, nem que a teoria silogística não era – como nunca havia sido – uma descrição verdadeira da operação executada pelo juiz, mas uma ideologia centrada na pretensa certeza dedutiva da decisão. [...] As coisas não eram muito diferentes na outra faceta do raciocínio do juiz, ou seja, naquilo que dizia respeito às provas, à sua valoração e à formulação da decisão sobre os fatos da causa. Em todos os ordenamentos abundavam tratamentos institucionais e manualísticos das regras relativas às provas, ao seu limite de admissibilidade e às modalidades da sua produção, além, às vezes, do seu valor legal. [...] Para além da análise normativa, os problemas de ordem lógica e teórica relativos ao raciocínio decisório não eram nem ao menos percebidos ou eram deixados aos filósofos com base na difundida opinião de que o jurista deveria se ocupar das normas e nada além.”

²⁴ Casos práticos, quando muito, apresentam-se por meio de exemplos distantes da realidade e com pretensão de atemporalidade, mediante o uso de personagens fictícios e folclóricos como Caio, Mévio e Tício.

e filosóficas – resultando em um ensino excessivamente teórico e acrítico²⁵, com pouca preocupação e até mesmo certo desprezo pelo estudo da realidade forense²⁶. Por conseguinte, a pesquisa em Direito, como observa Fábio de Sá e Silva (2016, p. 26), foi, entre nós, hegemonicamente marcada pelos seguintes fatores: (i) confusão entre êxito profissional e excelência acadêmica, (ii) uso de textos legais e doutrinários como fonte quase exclusiva dos empreendimentos intelectuais, (iii) apoio em argumentos de autoridade como principais recursos analíticos; e (iv) utilização de manuais como instrumento primário para as publicações.

A *prática jurídica* brasileira, do mesmo modo, foi influenciada por essas concepções. Consolidou-se, entre nós, salienta Antonio Carlos Wolkmer (2015, pp. 114-120), um perfil ideológico bem definido de atores jurídicos, abrangendo juristas e operadores do Direito: o *bacharelismo liberal e legalista*. Detendo o monopólio do vocabulário jurídico – “pomposo, sofisticado e ritualístico” –²⁷, esses profissionais, formados para se comprometerem com a conservação da ordem político-jurídica vigente, deveriam tender à exegese meramente silogística dos textos normativos²⁸. Tal condição acentuava-se relativamente ao corpo de

²⁵ Atualmente, é possível afirmar que o foco do ensino jurídico brasileiro está não no estímulo ao pensamento crítico, mas, como ressaltam Barros e Barros (2018, pp. 35 e 48), no fornecimento de “respostas simplificadoras, bastando ao aluno repeti-las, tal como ocorre com métodos focados no preparo para exames ou concursos públicos que se utilizam de avaliações alheias aos critérios científicos de pesquisa. [...] Tal cenário se deve ao fato de que tradicionalmente se privilegia no direito brasileiro um estilo de ensino voltado às demandas do mercado de trabalho que não abrangem a formação de um pesquisador.” Assim, sustentam os autores, em termos de pesquisa em Direito, a existência de uma *lógica dos pareceres*, entendida como “a tomada das experiências práticas e rotineiras dos operadores do direito como parâmetro para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas” (BARROS; BARROS, 2018, p. 33).

²⁶ “Em nosso país, durante o século XIX, a separação entre teoria e prática, entre a ciência dos sábios professores universitários e a dos ‘práticos’ forenses, fez-se [...] de forma ainda mais radical. Algumas circunstâncias chamam a atenção. Uma delas é o desprezo pela advocacia. As Faculdades de Direito, em que dominava a mediocridade dos lentes, infecundos na produção jurídica, porém férteis literatos, especialmente poetas de má qualidade, esmeravam-se em produzir profissionais mais interessados no estudo dos grandes sistemas abstratos, do que na desprezível atividade forense.” (SILVA, 2004, p. 41)

²⁷ Trata-se do que o sociólogo Pierre Bourdieu (1989, pp. 209-254) denomina, quanto à “divisão de trabalho” do campo jurídico, de *monopólio do direito de dizer o Direito*, embasado na detenção de diversas formas de capital (p. ex., social, cultural e simbólico). Esse monopólio implica um “desapossamento” daqueles que o têm (profissionais do Direito) sobre aqueles que não o têm (“profanos”), de um lado reconhecendo capacidade de interpretação jurídica apenas nos primeiros, e de outro lado desqualificando as atribuições de sentido dos segundos.

²⁸ “Não se pode deixar de chamar a atenção para o divórcio entre os reclamos mais imediatos das camadas populares do campo e das cidades e o proselitismo acrítico dos profissionais da lei que, valendo-se de um intelectualismo [alienígena], inspirado em princípios advindos da cultura inglesa, francesa ou alemã, ocultavam, sob o manto da neutralidade e da moderação

magistrados, “expressão significativa do poder do Estado, ungido para interpretar e aplicar a legalidade estatal, garantir a segurança do sistema e resolver os conflitos de interesses das elites dominantes” (WOLKMER, 2015, p. 106). Nesse contexto, ressalta Ovídio A. Baptista da Silva (2004, p. 2), uma vez que o nosso sistema jurídico e nossas instituições nos obrigam a pensar o processo judicial como um instrumento conceitual, pressupondo que o Direito seja produzido exclusivamente pelo Poder Legislativo, “[o] resultado inevitável é tornar os juízes e, de um modo geral, os juristas, além de irresponsáveis, uma espécie de braço mecânico do Poder”.

Por fim, cabe uma ressalva a quem eventualmente alegar a completa superação da visão e do paradigma mencionados, afirmação da qual discordamos. Poder-se-ia argumentar que dificilmente algum jurista contemporâneo sustenta a restrição da Ciência Jurídica ao estudo das normas de direito positivo, ou a redução da atividade judicial a um raciocínio meramente silogístico. De fato, essas são duas ideias que, isoladamente consideradas, têm pouco ou nenhum eco no debate jurídico contemporâneo. Porém, são elas as estruturas ideológicas que, ainda hoje, subjazem à resistência – mesmo que inconsciente – de muitos juristas em admitir, no ensino e na pesquisa jurídicos, o estudo de casos, a interdisciplinaridade e a investigação empírica. Ademais, uma vez que os sistemas jurídicos – incluindo o nosso –, bem como suas categorias e institutos, foram moldados sob tais concepções²⁹, muitas vezes se torna tarefa difícil romper por completo com esses ideais. A superação de um paradigma, além disso, constitui processo lento, gradual e invisível (KUHN, 1996, pp. 62 e 136), especialmente em se tratando de um modelo amplamente difundido no

política, a institucionalidade de um espaço marcado por privilégios econômicos e profundas desigualdades sociais.” (WOLKMER, 2015, p. 115)

²⁹ Exemplos de categorias e institutos jurídicos influenciados pelo paradigma racionalista são dos mais variados. Mencionemos apenas alguns dos analisados por Ovídio A. Baptista da Silva (2004), no âmbito do Direito Processual Civil: (i) *tutelas de urgência*, em relação às quais foram enfrentadas muitas dificuldades históricas para se conceber uma tutela preventiva autêntica, pois para a sua efetivação a certeza matemática deve ceder lugar a critérios de probabilidade e a juízos de verossimilhança; (ii) *procedimentos*, em que a “ordinariedade” e a sua padronização por muito tempo suplantaram o desenvolvimento de formas diferenciadas de tutela jurisdicional, a fim de atender às particularidades do Direito Material; e (iii) *recursos*, concebidos a partir da premissa da necessidade de “correção de erros” dos juízes de primeiro grau que não conseguem descobrir e declarar a “vontade concreta da lei”.

imaginário social sobre o próprio conceito de “ciência”³⁰. Sobre os resquícios do paradigma racionalista na prática jurídica, Ovídio A. Baptista da Silva faz a seguinte advertência:

[H]oje ninguém mais tem dúvida de que o Direito é uma construção humana, não havendo uma ordem jurídica previamente inscrita na natureza das coisas; e [de que] a lei deve ser apreendida como uma proposição cujo sentido altera-se na medida em que se alterem as variantes necessidades e contingências históricas.

[...] [N]o entanto, [...] há uma significativa distância entre nosso discurso teórico e a prática forense; entre o *dizer* e o *fazer*; entre o direito dos manuais universitários e o direito que acontece no foro. [SILVA, 2004, pp. 1-2]

Em síntese conclusiva desta seção, abordamos o paradigma racionalista, que pode ser definido como o conjunto de pressupostos básicos tradicionalmente aceitos pelas comunidades científicas em geral desde a revolução científica iniciada no Século XVI, tendo como fundamento o Racionalismo, ideia que preconiza a objetividade e a neutralidade de raciocínio, em detrimento de subjetividade e de valoração por parte de seus cientistas. Afirmamos que o referido paradigma, ao lograr converter o Direito em Ciência Jurídica, produziu uma visão idealista, que privilegia a ideia e a sua perfeição em detrimento da realidade e das suas imperfeições e que foi amplamente difundida na dogmática, no ensino, na pesquisa e na prática jurídicas, fazendo crer que: (i) a Ciência do Direito constituiria o estudo exclusivo do sistema de normas jurídicas positivas, com significações unívocas e apriorísticas; e (ii) a tomada da decisão judicial consistiria em uma atividade puramente racional-intelectiva realizada a partir de um raciocínio meramente lógico-dedutivo (na forma silogística).

³⁰ Inclusive, é bem conhecida a posição de Julius Kirchmann (1802-1884), para quem o Direito sequer deveria ser considerado uma ciência. Em sua célebre conferência “O Caráter A-Científico da Chamada Ciência do Direito”, realizada em 1847, sustenta o jurista alemão ser impossível a existência de uma ciência cujo objeto estaria em perene transformação, o que impossibilitaria juízos de generalização (NOVELLI, 2006, p. 106). Devemos, porém, ter presente a visão de “ciência” para Kirchmann, baseada nos modelos das Ciências Naturais, *i. e.*, na possibilidade de estabelecimento daqueles juízos a partir da observação neutra e experimental da natureza (NOVELLI, 2006, p. 105).

1.2 O REALISMO E O CAFÉ DA MANHÃ DO JUIZ

Um dos mais notórios – e radicais – enfrentamentos da visão idealista é empreendido pelo amplo e polêmico movimento denominado de *Realismo Jurídico* (*Legal Realism*). Haja vista serem as pautas da visão realista relevantes para o desenvolvimento do presente debate, merecem elas algumas considerações específicas nesta seção.

O Realismo constitui movimento complexo, em razão da heterogeneidade de pensamento dos seus autores e mesmo dos seus distintos desdobramentos. Entre estes, os dois mais destacados são o *Realismo Jurídico norte-americano* e o *Realismo Jurídico escandinavo*³¹, ambos com ápice na primeira metade do Século XX. Em comum a eles, além do combate ao Idealismo³², é possível identificar características gerais como a defesa da empiria e da antimetáfísica. Para as finalidades aqui propostas, importa mais a análise do primeiro movimento e das suas críticas à visão idealista.

³¹ Ainda que o Realismo Jurídico escandinavo não seja aqui objeto de análise mais detida, cumpre ressaltar que se trata de movimento fundado por Axel Hägerström (1868-1939), tendo como principais expoentes Alf Ross (1899-1979), Karl Olivecrona (1897-1980) e Anders Lundstedt (1882-1955), e com as seguintes características principais: “Não obstante os pontos em comum com o realismo norte-americano, o realismo escandinavo foi uma corrente de pensamento voltada, mais detidamente, para a pesquisa teórica. [...] Alf Ross [...] via um vazio nas especulações metafísicas no campo do Direito e da moral, e para [ele] o Direito nada mais era que um conjunto de fatos sociais, reduzido a um único mundo, o da realidade empírica. Portanto, de acordo com Ross o Direito deveria ser compreendido como um fato social, cuja existência e descrição somente podem ser equacionadas em termos puramente fáticos, sensíveis e empíricos, sem necessidade de se recorrer a princípios apriorísticos, morais, racionais ou ideológicos” (STRECK, 2017, pp. 245-246).

³² Embora a contraposição ao Realismo Jurídico seja mais comumente referida como Formalismo Jurídico – p. ex., por Warat (1994, pp. 51-56), autor que também utiliza “Racionalismo” como sinônimo de “Formalismo” –, preferimos distinguir todos esses termos e endereçar a crítica da visão realista à visão idealista. Isso porque, já tendo apresentado definições de “Racionalismo” e de “Idealismo” (ver 1.1), entendemos por *Formalismo Jurídico* a posição hoje assumidamente valorativa tomada por certos juristas – com base em valores como a liberdade individual, a igualdade perante a lei e a segurança jurídica (p. ex., BARZOTTO, 2017, p. 101) –, de predileção pela interpretação textual, aquela que restringe ao máximo os limites hermenêuticos dos textos normativos, em razão da sua alegada autoridade. Nessa perspectiva, como ressalta José Rodrigo Rodríguez (2013, p. 127), dificilmente os atuais defensores do Formalismo pretendem a redução da atividade do juiz a meras operações lógico-formais, como preconiza o Idealismo.

O *Realismo Jurídico norte-americano*, tendo Oliver Wendel Holmes Jr. (1841-1935) como um de seus precursores³³ e Jerome Frank (1889-1957), Karl Llewellyn (1893-1962) e Felix Cohen (1907-1953) como seus principais representantes, pode ser caracterizado mediante os seguintes elementos: (i) o foco no *caráter dinâmico e instrumental* da ordem jurídica, a qual, portanto, além de estar em constante movimento, não seria um fim em si mesma, mas um *meio* para a consecução dos objetivos da sociedade³⁴; (ii) a incorporação de aspectos *psicológicos, sociológicos, políticos e econômicos* ao objeto de estudo do Direito³⁵; e (iii) a afirmação de uma atividade absolutamente *criativa* dos juízes, sendo os textos normativos, nessa perspectiva, incapazes de guiar comportamentos por si e constituindo, em vez disso, meras *previsões* das decisões dos tribunais³⁶ – estas sim os principais (senão únicos) componentes relevantes da ordem jurídica.

³³ Observa Bix (2004, p. 3) ser indevida, apesar de comum, a referência a Holmes Jr. como um dos representantes do Realismo Jurídico norte-americano. É que seu trabalho, embora tenha de fato influenciado os realistas, foi escrito em tempo considerado anterior ao surgimento desse movimento. Holmes Jr. (1881, p. 5, tradução livre), à época, já sustentava que “[a] vida do Direito não tem sido Lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em determinado tempo, a moral prevalente e as teorias políticas, as instituições de políticas públicas, declaradas ou inconscientes, até mesmo os preconceitos que os juízes compartilham com seus colegas, têm tido mais influência do que o silogismo na determinação das regras pelas quais os homens são governados.”

³⁴ Característica que, como observa Giovanni Tarello (1962, p. 54, tradução livre), confere um ar *utilitarista e benthaniano* à abordagem realista: “Por mais que os realistas falem de direito em termos genéricos (e realmente muito pouco), diferentemente das específicas atividades, técnicas e ideias dos advogados, dos juízes, dos legisladores e dos funcionários, eles sempre se referiram ao direito como um instrumento que é bom ou mau conforme seja mais ou menos idôneo a buscar mediatamente a utilidade geral”.

³⁵ A crítica à ausência de interdisciplinaridade no pensamento jurídico é uma marca do pensamento do realista Karl Llewellyn (2008, pp. 352-353, tradução livre): “O Direito é ainda por prática comum removido de qualquer fraterno contato com outras disciplinas. Isso se deve em parte por culpa dos advogados. ‘Questão de direito’, para os advogados, são questões sobre a interpretação doutrinariamente correta das normas jurídicas [...], e o estudo ‘do Direito’ têm sido visto mesmo pelos professores universitários como sendo primariamente o estudo das normas jurídicas, e assim por diante, até que um estranho pense haver nada no Direito exceto essas normas, estatutárias ou outras, que explicam como autoridades devem se comportar sob 2.461.879 contingências sutilmente diferenciadas.”

³⁶ “[A]qui houve, é bem verdade, uma *fratura* no movimento realista frente às divergências travadas entre Frank e Llewellyn. O primeiro (Frank) negava a possibilidade de se chegar a formulações de previsibilidade confiável, pois o juiz estaria condicionado, de maneira incontrolável, por suas próprias preferências, idiosincrasias, gostos, não só na seleção da regra ou do precedente, mas também na atribuição do significado dos fatos envolvidos [no caso concreto] [...]; já o último (Llewellyn) [...] defendia a possibilidade de efetuar racionalizações sobre o labor dos juízes que permitiram a formulação de previsões, porquanto o julgador geralmente responde a estímulos e incitações do ambiente em que vive e tende a comportar-se segundo os *patterns* estabelecidos por seus predecessores e outros componentes da sua classe, dando origem à uniformidade das decisões” (STRECK, 2017, p. 245).

Jerome Frank, em sua clássica obra “*Law and the Modern Mind*”, publicada pela primeira vez em 1930, inicia a exposição de seu pensamento negando o Direito como uma ordem normativa propiciadora de certeza, segurança e estabilidade. Pelo contrário, caracteriza-o como incerto, indefinido e sujeito a incalculáveis mudanças³⁷ – o que, sustenta, não poderia ser diferente, na medida em que “lida com relações humanas nos seus mais complicados aspectos” (FRANK, 1949, pp. 5-6). Ao longo de seu texto, Frank busca desmitificar outras concepções idealistas, entre elas a de neutralidade do julgador e de ausência de influência de fatores extrajurídicos em sua tomada de decisão:

Se o Direito consiste nas decisões dos juízes e se essas decisões são baseadas nas intuições dos juízes, então o caminho pelo qual magistrado chega a essas intuições é a chave para o processo judicial. Qualquer coisa que produza as intuições dos juízes faz o Direito.

Quais, então, são os produtores de intuições? Quais são os estímulos os quais fazem um juiz sentir que deveria tentar justificar uma conclusão em vez de outra?

As regras e princípios de Direito são uma classe desses estímulos. Mas há muitos outros, ocultos e não revelados, frequentemente não considerados nas discussões sobre o caráter e a natureza do Direito. Com a pouca frequência e a amplitude com que [...] têm sido considerados, eles têm sido usualmente referidos como “os preconceitos políticos, econômicos e morais” do juiz. [...]

Mas não são essas categorias – vieses políticos, econômicos e morais – demasiadamente amplas e brutas? Uma vez que os juízes não são uma raça distinta e uma vez que seus processos de julgamento devem ser substancialmente de tipo semelhante àqueles dos outros homens, uma análise do modo pelo qual os magistrados chegam às suas conclusões será auxiliada respondendo-se à pergunta: Quais são os fatores ocultos nas inferências e opiniões de pessoas ordinárias? A resposta é certamente que esses fatores são múltiplos e complicados, dependendo com frequência de traços individuais [...]. [FRANK, 1949, pp. 104-106, tradução livre]

³⁷ “Mesmo em uma sociedade relativamente estática, os homens nunca foram capazes de construir um conjunto de normas abrangente e eternizado, prevendo todas as possíveis disputas jurídicas e as resolvendo de modo antecipado. Mesmo em uma ordem social como essa, ninguém pode prever as futuras permutações e combinações de eventos; há situações destinadas a ocorrer as quais nunca foram contempladas quando da feitura das normas originárias. Ainda menos possível é um sistema jurídico assim congelado nos tempos modernos. Novos instrumentos de produção, novos modos de viagem e de moradia, novos dispositivos de crédito e de propriedade, novas concentrações de capital, novos costumes, hábitos, objetivos e ideais sociais – todos esses fatores de inovação tornam vã a esperança de que normas jurídicas definitivas possam ser elaboradas de modo a resolver para sempre todos problemas jurídicos posteriores. Na medida em que as relações humanas se transformam diariamente, as relações jurídicas não podem ser expressas em forma duradoura. O constante desenvolvimento de problemas sem precedentes requer um sistema jurídico capaz de fluidez e flexibilidade.” (FRANK, 1949, p. 6, tradução livre)

Ao pensamento realista norte-americano é atribuída a célebre expressão “a justiça é o que o juiz comeu no café da manhã” (“*justice is what the judge ate for breakfast*”), atualmente considerada quase uma caricatura, objeto de severas críticas³⁸. Pode-se afirmar que, no plano da tomada da decisão judicial, a sua principal objeção à visão idealista é endereçada à estrutura silogística preconizada por esta, tanto no que concerne à aplicação da norma ao fato como no que diz respeito à verificação dos fatos alegados em juízo (TARUFFO, 2015, p. 103). Isso porque, para os realistas, as razões enunciadas na fundamentação da decisão judicial não seriam sinônimo dos *reais* motivos considerados pelo magistrado para decidir. Nesse sentido, seriam elas, inclusive, irrelevantes como uma estrutura racional de discurso justificativo, por serem incapazes de captar a integralidade do processo decisório³⁹.

Apesar de diversas pautas do Realismo Jurídico norte-americano serem – a nosso ver – pertinentes por suscitarem o debate sobre a impossibilidade de *plena objetividade do raciocínio jurídico* e de *total controle sobre os fatores extrajurídicos* subjacentes à tomada da decisão judicial, o movimento realista caiu em profundo descrédito⁴⁰. Citemos algumas das críticas mais recorrentes ao movimento, a título exemplificativo.

³⁸ P. ex., é bem conhecida a crítica do juiz estadunidense Alex Kozinski (1993, pp. 993-994, tradução livre), segundo o qual fatores frívolos como um bom café da manhã e uma boa noite de sono seriam nada mais do que “estrupe de cavalo”. Prossegue: “E, como todo estrupe de cavalo, contém pequenas sementes de verdade das quais pequenos pássaros podem buscar alimento intelectual. As pequenas verdades são as seguintes: Sob o nosso direito, os juízes têm, de fato, considerável discricionariedade em certas decisões: produzir evidências fáticas; interpretar a linguagem da Constituição, das leis e dos regulamentos; determinar se oficiais do Poder Executivo abusaram da sua discricionariedade; e modelar remédios para as violações do Direito, incluindo poderes de grande extensão para garantir medidas cautelares. A maior realidade, porém, é que os juízes exercem os seus poderes sujeitos a limites bastante significativos. Eles não podem simplesmente fazer o que bem entenderem.”

³⁹ Para Frank (1949, pp. 65-66, tradução livre), p. ex., a Lógica Formal, considerada para a formulação da estrutura silogística, “é o que o seu nome indica; ela lida com forma e não com substância”, sendo assim artificial e padecedora de fraquezas quando confrontada com a realidade decisória dos tribunais.

⁴⁰ Na visão de Richard Posner (2008, p. 112), dois aspectos básicos minaram fatalmente a visão realista: (i) a insinuação de que, em última análise, haveria indeterminação na apreciação de todos os casos; e (ii) a imputação de absoluta voluntariedade aos juízes, seja por política, preconceito ou “pura teimosia”. “Isso não apenas ofendeu, como também é implausível, pois julgamentos voluntariosos são manifestas violações das regras do jogo judicial. É mais plausível que juízes, como outras pessoas que têm de tomar decisões sob incerteza, ajam de boa-fé mas dependam fortemente de intuição e também de emoção [...] como uma influência independente na tomada de decisão.” (POSNER, p. 112, 2008, tradução livre).

Lenio Streck (2017, pp. 246-248) questiona a racionalidade de um “*Direito dos juízes*”, por meio do qual o arbítrio dos julgadores prevaleceria sobre a autoridade das normas jurídicas – em detrimento de valores como a segurança jurídica e a própria autonomia da Ciência do Direito. Sob essa concepção, para o jurista, não faria sentido sequer conceber o Direito como ciência, pois as normas jurídicas, seu objeto científico, passariam a constituir, em vez de prescrições vinculantes e sistematizáveis, “descrições mais ou menos afortunadas do comportamento do juiz”:

Para os realistas, o Direito estaria muito próximo de uma técnica operacional e decorreria daquilo que o intérprete diz que ele é. Daí se dizer que o Direito se realiza pela decisão mesma. O realismo jurídico traduz-se numa forma acabada de positivismo fático que, ao buscar superar o formalismo-exegético, acabou por abrir caminho para discricionariedades e decisionismos.

Verifica-se [...] que não há nas posturas realistas, precisamente em razão de suas altas exigências morais para com o Direito, compromisso com a autonomia do Direito. O que há [...] é uma aposta no ativismo judicial por meio de uma crença no protagonismo dos juízes. Segundo tal perspectiva, o juiz, dentro de uma pluralidade de opções corretas fornecidas pelo ordenamento jurídico, estaria autorizado, mediante um ato de vontade, a escolher uma delas a partir do seu exclusivo arbítrio. [...] [O] realismo tem fundamentos pragmaticistas que favorecem o agir de predadores externos (ética, moral, economia, política) sobre a formulação do Direito, e cuja aposta mantém-se firme em um constante “estado de exceção hermenêutico”, onde o juiz funciona como protagonista, isto é, aquele que resolverá os casos a partir de raciocínios e argumentos finalísticos. [STRECK, 2017, p. 246]

Já para Luiz Alberto Warat (1994, p. 57), o Realismo, em suas versões mais extremadas, ao contestar o mito do *legislador divino* – concebido pelo Idealismo – cria outro mito, o do *juiz divino*. Não importaria, nessa perspectiva, o disposto nos textos normativos, mas tão somente o que os juízes sobre eles afirmam:

Para o realismo a atividade do juiz é basicamente um ato de vontade, devendo-se considerar como fontes dessa vontade todos os motivos que influem em seu ato de decisão. O realismo chega [...] a afirmar em suas vertentes extremas [...] que a lei é só um álibi que permite encobrir, tecnicamente, os juízos subjetivos de valor do juiz. Dito de outra forma, a lei outorgaria uma estrutura racional aos componentes irracionais que determinam a decisão do juiz.

Levada às suas últimas consequências, esta postura afirma que uma dor qualquer, a opinião da sogra do juiz, sua situação social, o clima

do tribunal [e] os meios de comunicação são, em muitas hipóteses, as causas dos processos de elaboração das decisões, normativamente disfarçadas. [WARAT, 1994, p. 57]

Finalmente, no entender de Humberto Ávila, o Realismo chega a ser *superficial* em suas análises os processos decisórios dos magistrados:

A concepção realista, de que a decisão judicial depende de aspectos frívolos, como se o juiz teve uma boa noite e tomou um bom café da manhã, é [...] totalmente irreal, pois a decisão nunca opera em um vácuo, tendo em vista, entre outros fatores, os significados intersubjetivamente assimilados à linguagem e os séculos de interpretação e de significações compartilhadas pelos operadores do Direito. [ÁVILA, 2011, p. 171]

De fato, verificam-se no Realismo Jurídico – especialmente na sua vertente estadunidense – inúmeros exageros e reducionismos, assim como no chamado Psicologismo Jurídico⁴¹. O principal deles, sem dúvida, é o de não reconhecer – ou, em o fazendo, de modo ínfimo – mínima autoridade e/ou vinculação do processo decisório do juiz aos textos normativos, à jurisprudência e à dogmática jurídica, em sentido geral, e às provas produzidas nos autos, em sentido particular. O Direito, nessa concepção, passa a ser visto como instrumento de completa arbitrariedade, insegurança e irracionalidade.

No entanto, os referidos descaminhos muitas vezes obscurecem os méritos do movimento, no contexto de crítica à visão idealista do Direito. É importante, nesse sentido, ter em mente o caráter relativamente progressista do Realismo, como observa Warat (1994, pp. 58-60), por (i) desnudar a ideologia subjacente ao pensamento idealista⁴², (ii) desmitificar a ideia então vigente de segurança jurídica, (iii) revelar as propriedades da linguagem de que os textos normativos são elaborados e (iv) possibilitar o surgimento de teorias intermediárias. Acrescentamos a esse rol outra importante contribuição do Realismo, para nós

⁴¹ O Psicologismo Jurídico consiste em “corrente jusfilosófica que, especialmente no fim do Século XIX e no início do Século XX, defendia a tese segundo a qual o Direito deveria ser entendido em termos exclusivamente psicológicos” (PRADO, 2013, p. 45).

⁴² Apesar disso, como observa Tarello (1962, pp. 238-239), contraditoriamente os realistas, em geral, negavam o caráter ideológico das suas ideias. Sustenta o jurista italiano que, mesmo que o Realismo não tenha se preocupado com uma definição geral do Direito, aspectos como a própria ausência dessa definição geral e a afirmação da atividade criativa dos juízes denotam uma dimensão ideológica.

talvez a principal: a de demonstrar não ser o juiz um sujeito neutro e insuscetível à influência de fatores extrajurídicos em sua tomada de decisão.

Ainda assim, a visão realista, a nosso ver, não se afigura adequada para a satisfatória compreensão do fenômeno jurídico-decisório, vez que, assim como a visão idealista, incide em completo radicalismo. Apenas muda o matiz: se, para o Idealismo, somente a suposta segurança do *abstrato*, representada pela estrutura silogística, pode representar o processo decisório do juiz; para o Realismo, apenas o arbítrio do *concreto*, variável conforme a incidência dos mais diversos fatores jurídicos e extrajurídicos no raciocínio do julgador, pode sê-lo.

Em síntese conclusiva desta seção, expusemos as principais pautas da visão realista, oriunda do amplo e polêmico movimento denominado de Realismo Jurídico, com ápice na primeira metade do Século XX. Reconhecemos, de um lado, que essa visão incorre em exageros e reducionismos como o de preconizar um “Direito dos juízes”, no qual a decisão judicial seria exclusiva decorrência de absoluta discricionariedade do julgador, influenciável pelos mais variados fatores jurídicos e extrajurídicos, como até mesmo o seu café da manhã. Sustentamos, de outro lado, ter essa corrente elaborado relevantes críticas à visão idealista, como a de evidenciar não ser o juiz um sujeito neutro e insuscetível à influência de fatores extrajurídicos em sua tomada de decisão, de modo a refutar a representação do processo decisório do juiz a partir de um mero silogismo.

1.3 ESBOÇO DE UMA VISÃO INTEGRATIVA DO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ

Nas seções anteriores, analisamos brevemente duas visões opostas sobre o processo decisório do juiz (e, em certa medida, sobre o próprio fenômeno jurídico): (i) a *visão idealista*, que preconiza a atividade jurisdicional como uma atividade meramente silogística (não criativa nem argumentativa) e neutra (insuscetível da influência de fatores extrajurídicos), *i. e.*, uma atividade de mero conhecimento ou de mera inteligência; e (ii) a *visão realista*, que compreende essa atividade como decorrência de absoluta discricionariedade do julgador,

influenciável pelos mais variados fatores jurídicos e extrajurídicos, *i. e.*, uma atividade exclusivamente de vontade.

Reputando insuficientes essas visões para a contemporânea compreensão do fenômeno analisado, esboçaremos, nesta seção, uma *visão integrativa* sobre o processo decisório do juiz. Ela assim se denomina porque visa a integrar duas dimensões super ou subvalorizadas por cada uma das visões anteriores – não as já bastante debatidas dimensões de conhecimento ou inteligência e de vontade, dualidade a nosso ver insatisfatória para a discussão do fenômeno⁴³, mas as dimensões do *discurso justificativo da decisão* e da *atividade mental decisória*. Em outras palavras, essa visão busca estudar o processo decisório não apenas sobre como a decisão tomada, ao final, *deve ser justificada*, mas também sobre como, primeiro, *a mente do julgador opera* para que ela seja tomada⁴⁴. Ambos os elementos e suas implicações serão brevemente explorados a seguir:

a) Na dimensão do *discurso justificativo da decisão*, a visão integrativa não nega, diferentemente da visão realista, que a decisão judicial deva ser vinculada ao Direito – e que de fato o seja na maior parte das vezes –, mas isto não constitui sinônimo de adstrição à lei ou ao texto normativo⁴⁵, nem significa que o magistrado deva ficar alheio, em seu decidir, à realidade circundante⁴⁶ e às

⁴³ A dualidade entre conhecimento (ou inteligência) e vontade, para nós, é insatisfatória para a compreensão da natureza do processo decisório do juiz pois se restringe a um debate sobre a existência ou não de um caráter hermenêutico ou interpretativo da atividade judicial – que, como veremos nesta seção, já é tema superado. Ademais, essa dualidade ignora outros aspectos relevantes da atividade mental humana, tradicionalmente não estudados pela dogmática jurídica, como aqueles que abordaremos nas seções 2.2 e 2.3.

⁴⁴ Em sentido parecido, Michele Taruffo (2005, p. 196) adota a distinção entre *raciocínio decisório* e *discurso justificativo*, “entendendo-se o primeiro como o procedimento que conduz à formulação de [certa] solução para um problema e o segundo como o procedimento dirigido a demonstrar, justificando-a, a validade dessa solução”.

⁴⁵ Sem desejarmos adentrar aqui nesse tormentoso debate, apenas consignamos que, como refere Perelman (2004, p. 203), “[o] fato de o juiz submeter-se à lei ressalta a primazia concedida ao poder legislativo na elaboração das regras de direito. Mas disso não resulta, de modo algum, um monopólio do legislativo na formação do direito. O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permitirá adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe reconhecessem tal poder, ele não poderia, sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito.” Ademais, o dogma idealista segundo o qual sempre seria dever do juiz aplicar a lei revela “uma interpretação equivocada do princípio da legalidade. Lei, no Estado Constitucional, é somente a lei válida perante a Constituição. O juiz está submetido somente à lei válida perante a Constituição.” (ZANETI JR., 2016, p. 124)

⁴⁶ O desembargador José Renato Nalini (1991, p. 225) há muito questiona a visão idealista segundo a qual o magistrado deveria constituir um ser asséptico e isolado da sociedade, a

consequências da sua decisão⁴⁷. Essa consonância com a ordem jurídica é aferível a partir de critérios de motivação ou fundamentação, em que as razões explicitadas, embora nem sempre coincidentes aquelas *realmente* utilizadas para a tomada de decisão⁴⁸, devem obedecer a uma estrutura de racionalidade⁴⁹, vez que constituem o principal modo de controle da atividade jurisdicional.

Embora o discurso justificativo da decisão não seja o foco do presente do trabalho, cumpre ressaltar que, sob essa dimensão, é imprescindível reconhecer, na atividade jurisdicional, *caráter hermenêutico* e *caráter argumentativo* – ambos rejeitados pela visão idealista.

fim de preservar a sua imparcialidade e a sua independência. Afirma, pelo contrário, que “o juiz é homem de seu tempo. O exercício de função diferenciada e com previsão constitucional é insuficiente para libertá-lo [– p. ex. –] de uma inflação em descontrolado, ou para torná-lo imune às modificações dos costumes, da moral e dos valores.”

⁴⁷ A propósito, pesquisa ampla e relativamente recente – de 2005 – realizada com cerca de 3.000 magistrados brasileiros de todas as regiões do País, ativos e aposentados, por iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), indagou-os sobre qual ou quais desses elementos devem orientar as decisões judiciais: parâmetros legais, consequências sociais e consequências econômicas. Entre os magistrados aposentados, 84,9% indicaram parâmetros legais; 64,1%, consequências sociais; e 25,4%, consequências econômicas. Já entre os juizes ativos, 87,1% apontaram parâmetros legais; 83,8%, consequências sociais; e 40,5%, consequências econômicas (SADEK; BENETI; FALCÃO, 2006, p. 47). Tal pesquisa, observa o então presidente da AMB, Rodrigo Collaço, “[d]emoliu até os estereótipos e mitos mais arraigados sobre a magistratura brasileira. Como o ‘mito do distanciamento’, muito difundido. O juiz visto como uma ostra, voltado para si mesmo, raramente expondo-se e jamais preocupado com as questões que atormentam o cidadão comum. Indiferente até com o que ocorre dentro ou envolvendo o próprio Poder Judiciário.” (SADEK; BENETI; FALCÃO, 2006, p. 7)

⁴⁸ Não estamos, aqui, aludindo a (mas também não descartando) eventuais motivos escusos e/ou mal-intencionados do julgador. A alusão é, na verdade, quanto a critérios por ele utilizados de modo inconsciente, como automatismos e mecanismos de simplificação de pensamento (ver 2.2 e 2.3). Por isso, não podemos incidir na visão idealista, p. ex., de Piero Calamandrei (2017, pp. 74-75), para quem, a fim de “se conseguir que, na formação da sentença, se produza a desejável coincidência entre a intuição que a dita e a razão que a controla (e que, por consequência, a motivação seja verdadeiramente uma leal explicação, e não um falso disfarce da decisão), é necessário que, no juiz, sentimento e razão estejam [...] em unissonância: ou seja, que aquele sentimento social vivo na consciência do juiz, pelo qual ele chega à sua decisão antes da fundamentação, seja o mesmo sentimento social com qual o legislador tratou as suas leis. Isso é que o se quer dizer quando se fala de *ratio legis*, de ‘espírito da lei’, de ‘intenção do legislador’. [...] Investigar a ‘intenção do legislador’ quer dizer precisamente mergulhar nas mesmas fontes sociais e políticas em que imergiu o legislador para entender plenamente o significado e o alcance da lei.”

⁴⁹ Para Michele Taruffo (2015, pp. 229-230), essa estrutura de racionalidade, entendida como o “contexto dos enunciados que exprimem as escolhas finais do juiz”, no plano da motivação, deve obedecer a três condições: (i) ausência de contradição entre os enunciados e os respectivos pressupostos; (ii) presença de nexos de implicação; e (iii) respeito à ordem de prejudicialidade entre as questões decididas.

O debate sobre a presença (e os limites) da *interpretação* na atividade judicial não é novo. Mauro Cappelletti salienta a atenção que o tema tem recebido da dogmática jurídica, desde o fim do Século XIX:

Especialmente no fim do século passado [XIX] e no curso do nosso [XX], vem se formando no mundo ocidental enorme literatura, em muitas línguas, sobre o conceito de interpretação. O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc. [...] [!] Interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e – no caso do juiz, não menos que no do musicista, por exemplo – reproduzi-los, “aplicá-los” e “realizá-los” em novo e diverso contexto, de tempo e lugar. É óbvio que toda reprodução e execução varia profundamente, entre outras influências, segundo a capacidade do intelecto e estado de alma do intérprete. [...] Por mais que o intérprete se esforce por permanecer fiel ao seu “texto”, ele será sempre [...] *forçado a ser livre* – porque não há texto musical ou poético, nem tampouco legislativo, que não deixe espaço para variações e *nuances*, para a criatividade interpretativa. Basta considerar que as palavras, como as notas na música, outra coisa não representam senão símbolos convencionais, cujo significado encontra-se inevitavelmente sujeito a mudanças e aberto a questões e incertezas. [CAPPELLETTI, 1993, pp. 21-22]

Em uma perspectiva histórica, ao próprio Kelsen, um dos símbolos da visão idealista, pode ser atribuída importante contribuição para o estudo do caráter hermenêutico da atividade judicial. É que, em sua *Teoria Pura*, o jurista austríaco, além de afirmar a *vontade* como elemento inerente à decisão judicial (ver 1.1), admite haver, para cada problema jurídico, várias soluções possíveis dentro de uma mesma *moldura*, todas elas plausíveis do ponto de vista do direito positivo (KELSEN, 1960, pp. 348-349). Assim, um dos vários méritos da obra kelseniana foi ter reconhecido, ainda que minimamente, criatividade na atividade dos juízes, em um período no qual o entendimento predominante ainda era o da objetividade do raciocínio jurídico, sendo a subsunção a única técnica legítima de aplicação do Direito – conforme preconizavam correntes do pensamento

jurídico do Século XIX como a *Jurisprudência dos Conceitos* (*Begriffsjurisprudenz*), na Alemanha, e a *Escola da Exegese* (*École de l'Exégèse*), na França⁵⁰.

Desde então, muito se escreveu sobre interpretação jurídica⁵¹. A própria teoria kelseniana sofreu críticas a respeito. Para citar um exemplo de ponto contestado, Kelsen (1961, p. 353), ao final do seu último capítulo, recomenda o abandono do entendimento de que cada norma jurídica admitiria uma única interpretação – aquela considerada “correta” –, o que seria uma ficção criada pela Ciência Jurídica tradicional para sustentar o seu ideal de segurança jurídica. Contudo, logo após, afirma ser esse ideal realizável apenas “aproximativamente”. Ou seja, Kelsen parece não apenas se conformar com a impossibilidade de realizar esse ideal de maneira plena, mas também, querendo ou não, aparenta adotá-lo como um referencial, ainda que a tentativa de atingi-lo seja sabidamente fadada ao fracasso.

Como observa José Rodrigo Rodriguez (2013, pp. 201-230), pensar “segurança jurídica” desse modo – *i. e.*, a partir da existência de respostas únicas

⁵⁰ Sobre o contexto histórico das *codificações* e a sua relação com as referidas correntes, pontua Lenio Streck (2017, p. 105): “Toda argumentação jurídica deveria tributar seus méritos aos Códigos, que passaram a possuir, a partir de então, a estatura de verdadeiros ‘textos sagrados’. Isso porque eles seriam o dado positivo com o qual deveria lidar a Ciência do Direito. [...] Com o passar do tempo, [porém,] desenvolveu-se a percepção da incapacidade de os Códigos abarcarem toda a realidade circundante [...]. Mas, então, como controlar o exercício da interpretação do Direito para que essa obra não fosse ‘destruída’? E, juntamente, como excluir da interpretação do Direito os elementos metafísicos que não eram bem quistos pelo modo positivista de ler a realidade? Num primeiro momento, a resposta [foi] dada a partir de uma análise da própria codificação: a Escola da Exegese, na França, e a Jurisprudência dos Conceitos, na Alemanha.”

⁵¹ Exemplo de relevante contribuição para esse debate é a de outro célebre teórico do Direito, Herbert Hart. Em sua obra “O Conceito de Direito”, publicada pela primeira vez em 1961, Hart (1994, pp. 127-128, tradução livre), ao reconhecer problemas de *indeterminação* inerentes a toda forma de *linguagem*, sustenta a existência de *texturas abertas* nos textos normativos, as quais confeririam margens de escolhas ao seu intérprete: “Qualquer que seja o dispositivo, precedente ou legislação, escolhido para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que lidem com a grande massa de casos ordinários, provar-se-ão, em determinado ponto no qual sua aplicação esteja em questão, indeterminados; eles terão o que tem sido chamado de uma textura aberta. Até aqui apresentamos tal, no caso da legislação, como um traço geral da linguagem humana; a incerteza na linha de fronteira é o preço a ser pago pelo uso de termos gerais classificatórios em qualquer forma de comunicação relativamente a questões de fato. Línguas naturais como o inglês, quando assim utilizadas, irreduzivelmente possuem textura aberta. É, contudo, importante apreciar por qual motivo, posto à parte dessa dependência de linguagem tal como efetivamente ocorre, não devemos estimar, mesmo como um ideal, a concepção de uma norma tão detalhada que a questão sobre sua aplicação ou não a um caso particular estivesse sempre resolvida antecipadamente, e nunca envolvesse, no ponto da sua efetiva aplicação, uma renovada escolha entre alternativas abertas. Dito brevemente, a razão é que a necessidade de tal escolha é sobre nós lançada porque somos homens, não deuses.”

e unívocas para cada problema jurídico –, além de refletir uma visão ultrapassada de separação de poderes (ver nota 7), pode gerar a impressão de que o Direito nunca funcionará a contento, assim colocando em cheque a sua própria legitimidade. Por isso, é recomendável ressignificar esse ideal, para dar conta “da realidade de um ordenamento jurídico como o brasileiro, repleto de textos normativos abertos e de juízes que, mesmo diante de textos fechados, são capazes de argumentar para criar exceções a eles” (RORIGUEZ, 2013, p. 202).

Entendimento mais contemporâneo, e a nosso ver adequado, considera a norma jurídica como resultado da interpretação do texto normativo – o qual, portanto, não seria sinônimo de norma⁵². Sob essa visão, reside a premissa de que, embora haja limites semânticos e sistemáticos a serem observados pelo intérprete, a linguagem é naturalmente caracterizada por fatores como polissemia, vagueza, indeterminação e ambiguidade. Sob esse entendimento, mesmo obras legislativas pretensamente detalhadas, exaurientes e perfeitas, como o já referido Código Napoleônico, ao contrário do que preconiza a visão idealista, nunca serão suficientemente claras e unívocas, simplesmente por serem constituídas de linguagem. Serão, pois, invariavelmente interpretadas.

Reconhecido o caráter hermenêutico da atividade judicial, é consequência lógica admitir também o seu caráter argumentativo. Se, na própria acepção kelseniana, para cada problema jurídico há várias soluções possíveis e plausíveis na perspectiva do direito positivo – podendo o juiz valer-se válida e legitimamente de qualquer uma delas –, cumpre questionar o frequente uso, no Direito, das nomenclaturas de “certo” e “errado” ou “correto” e “incorreto”, próprias das Ciências Exatas e do paradigma racionalista subjacente:

Como compreendemos o Direito através da epistemologia matemática, do “certo” e do “errado”, habituamo-nos a pensar através de categorias

⁵² “Os textos precisam ser interpretados. Não se pode mais confundir [...] texto e norma, o enunciado dispositivo e seu sentido normativo. A clareza do texto pode contribuir para a sua interpretação, mas não a elimina. [...] [O] que se *aplica* no direito são as normas, não os textos. [...] As normas são o significado extraído de uma ou mais disposições de lei ou atos normativos considerados como dispositivos, textos ou enunciados, que lhes estabelecem. A norma pode estar em um ou em muitos dispositivos de lei, um só enunciado pode conter muitas normas. A norma somente adquire o seu significado conforme a individuação pelo intérprete no momento da aplicação. Por essa razão, a doutrina fala em normas como o *resultado*, e não o *pressuposto* da atividade interpretativa.” (ZANETI JR., 2016, pp. 129-131)

jurídicas binárias. Ou o juiz aplica a “vontade da lei”, ou, do contrário, será irremediavelmente arbitrário e despótico. [...] O “termo médio” que poderia quebrar o pensamento “binário”, a figura de um juiz não arbitrário, que se valesse, no entanto, de um poder apenas “discricionário”, vai além da compreensão do sistema. [SILVA, 2004, p. 243]

A *Retórica* – por nós entendida como o uso planejado e organizado de símbolos verbais e não verbais a fim de se transmitir mensagens de modo eficiente e persuasivo⁵³ – é indissociável da comunicação humana. Está presente até mesmo no *discurso científico*. Isso porque, como afirmam Campbell, Huxman e Burkholder (2015, p. 4), mesmo “verdades não podem caminhar com suas próprias pernas, mas precisam ser carregadas por pessoas até chegar a outras pessoas, tendo de ser explicadas, defendidas e difundidas por meio da linguagem, da argumentação e do apelo”. Assim, observam os referidos autores, cientistas que asseveram não serem persuasores nem se valerem da Retórica em seus escritos, mas tão somente da Lógica, nada mais fazem do que iludir a si próprios.

A obra de Chaïm Perelman é fundamental para compreender o caráter argumentativo da Ciência Jurídica. Ao propor uma ruptura com a concepção cartesiana de razão e raciocínio, por meio da qual só seria válida a *lógica demonstrativa*, operável com base em premissas apodíticas e conclusões necessárias⁵⁴, o professor da Universidade de Bruxelas apresenta a sua *Nova*

⁵³ Semelhante definição é adotada por Campbell, Huxman e Burkholder (2015, p. 1). Há variados conceitos de Retórica, p. ex.: a clássica de Aristóteles (2005, p. 95), como “a capacidade de descobrir o que é adequado a cada caso com o fim de persuadir”; a de Chaïm Perelman (2014, p. 140), como “o estudo das técnicas discursivas que visam a *provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento*”; e a de Michel Meyer (2007, p. 25), como a “*negociação da diferença entre os indivíduos sobre uma questão dada*”. Optamos pela definição que considera a Retórica como elemento intrínseco à comunicação humana, justamente para contrapor as *visões negativas ou pejorativas* que a ela são tradicionalmente atribuídas, p. ex., de “[a]dornos empolados ou pomposos de um discurso” e de “[d]iscurso de forma primorosa, porém vazio de conteúdo” (FERREIRA, 2010, p. 1.835).

⁵⁴ “[C]onquanto não passe pela cabeça de ninguém negar que o poder de deliberar e de argumentar seja um sinal distintivo do ser racional, faz três séculos [a obra citada foi originalmente publicada no Século XX] que o estudo dos meios de prova utilizados para obter a adesão foi completamente descurado pelos lógicos e teóricos do conhecimento. Esse fato deveu-se ao que há de não-coercivo nos argumentos que vêm ao apoio de uma tese. A própria natureza da deliberação e da argumentação se opõe à necessidade e à evidência, pois não se delibera quando a solução é necessária e não se argumenta contra a evidência. O campo da argumentação é o do verossímil, do plausível, do provável, na medida em que este último escapa às certezas do cálculo. Ora, a concepção claramente expressa por Descartes, na primeira parte do *Discurso do método*, era a de considerar ‘quase como falso tudo quanto era apenas verossímil’. Foi ele que, fazendo da evidência a marca da razão, não quis considerar racionais senão as demonstrações que, a partir de idéias claras e distintas, estendiam, mercê

Retórica – relacionada “com as preocupações do Renascimento e, conseqüentemente, com as dos autores gregos e latinos, que estudaram a arte de persuadir e de convencer, a técnica de deliberação e da discussão” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 5). A proposta, assim, passa a ser o desenvolvimento das categorias da *lógica argumentativa*, baseada em premissas discutíveis e conclusões prováveis, verossímeis ou plausíveis, e consideradas as condições psicológicas e sociais inerentes a todo discurso. Como sustenta o autor, a sua aplicação ao Direito é uma necessidade de nosso tempo:

Desde a Revolução Francesa, e durante mais de um século, pondo-se no primeiro plano a legalidade e a segurança jurídica, havia-se [...] difundido a idéia de que [...] [o aspecto dedutivo do raciocínio judiciário] não se diferenciava muito do raciocínio puramente formal: esta aproximação entre o direito e as matemáticas deveria garantir o funcionamento previsível e imparcial das Cortes e dos tribunais. Este modo de ver subordinava [...] o poder judiciário ao poder legislativo e favorecia uma visão estatizante e legalista do direito.

Faz algumas décadas que assistimos a uma reação que, sem chegar a ser um retorno ao direito natural, [...] ainda assim confia ao juiz a missão de buscar, para cada litígio particular, uma solução eqüitativa e razoável, pedindo-lhe ao mesmo tempo que permaneça, para consegui-lo, dentro dos limites autorizados por seu sistema de direito. [...]

Como se trata de deixar as decisões de justiça aceitáveis, o recurso às técnicas argumentativas torna-se indispensável. Como, por outro lado, trata-se de motivar as decisões, mostrando sua conformidade com o direito em vigor, a argumentação será específica, pois terá por missão mostrar de que modo a melhor interpretação da lei se concilia com a melhor solução dos casos particulares. [PERELMAN, 2004, pp. 185-186]

Desse modo, a atividade judicial, diferentemente do que ocorre sob a visão idealista, deve deixar de ser compreendida como um conjunto de raciocínios tão somente demonstrativos (de uma suposta vontade concreta da lei ou pré-dada pelo legislador), passando a ser vista também – e, a nosso ver, principalmente – como *argumentativa*. Consequência disso é o entendimento de que, no Direito, lidamos não com respostas certas e erradas ou corretas e incorretas, mas apenas com conclusões *adequadas* e *inadequadas*, ou *prováveis* e *improváveis*.

de provas apodíticas, a evidência dos axiomas a todos os teoremas.” (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 1)

Valorizar o estudo da argumentação jurídica, ademais, significa reconhecer categorias básicas indissociáveis do discurso, como o *éthos*, o *páthos* e o *lógos*. Concebidas por Aristóteles em sua *Retórica*, significam, respectivamente: (i) a credibilidade do orador perante o seu auditório⁵⁵; (ii) o estado de espírito provocado no auditório pelo discurso⁵⁶; e (iii) o carácter racional do próprio discurso⁵⁷. Embora concordemos com autores que sustentam dever a argumentação judicial, em um plano ideal, pautar-se predominante pelo *lógos*⁵⁸, sabemos que, na prática, os dois outros elementos nunca deixarão de estar presentes em qualquer discurso, tampouco as formas de pensamento que abordaremos nas seções 2.2 e 2.3 – diferentemente do que poderiam preconizar a visão idealista e o paradigma racionalista.

Por fim, a disputa pelo melhor argumento jurídico deve ser entendida não apenas como algo normal, mas também salutar a um regime verdadeiramente democrático:

O debate de argumentos jurídicos diferentes no interior do mesmo ordenamento jurídico diferencia um sistema jurídico caracterizado como um “império do direito” de um sistema jurídico de feições autoritárias, voltado exclusivamente à normalização e à pacificação social. Imaginar que a resposta jurisdicional dada poderia ter sido diferente e ter a possibilidade de discutir as implicações da decisão tomada criticando-a abertamente e disputando o sentido das normas jurídicas são [aspectos] fundamentais para a caracterização do império do direito como tal. [RODRIGUEZ, 2013, p. 216]

Não há, aqui, a pretensão nem a possibilidade de esgotamento desses debates, mencionados de modo bastante breve. No entanto, é possível constatar que, contemporaneamente, o carácter hermenêutico e o carácter argumentativo da

⁵⁵ “Persuade-se pelo carácter quando o discurso é proferido de tal maneira que deixa a impressão de o orador ser digno de fé.” (ARISTÓTELES, 2005, p. 96)

⁵⁶ “Persuade-se pela disposição dos ouvintes, quando estes são levados a sentir emoção por meio do discurso, pois os juízos que emitimos variam conforme sentimos tristeza ou alegria, amor ou ódio.” (ARISTÓTELES, 2005, p. 97)

⁵⁷ “Persuadimos, enfim, pelo discurso, quando mostramos a verdade ou o que parece verdade, a partir do que é persuasivo em cada caso particular.” (ARISTÓTELES, 2005, p. 97)

⁵⁸ P. ex., afirma José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 77) que “a argumentação jurisdicional em um estado de direito no sentido ocidental deveria se caracterizar pelo predomínio de argumentos racionais, ou seja, do *logos*. Se empiricamente isto não ocorrer, isso significa que este padrão de legitimação não está presente ou funciona mal.”

decisão judicial são amplamente admitidos pela dogmática jurídica⁵⁹, nesta variando as atuais discussões apenas quanto aos limites desses caracteres⁶⁰.

b) Já sob a dimensão da *atividade mental decisória*, a visão integrativa busca compreender, a partir de uma abordagem interdisciplinar e empírica, os mecanismos de pensamento efetivamente subjacentes ao processo decisório do juiz⁶¹.

As principais premissas, aqui, são duas. Primeiro, a de que o juiz, antes de decidir, deve *decidir-se*, a partir de uma margem de *escolha*, vez que uma decisão “supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum” (PERELMAN, 2004, p. 3). Segundo, a de que essa atividade mental, seja realizada pelo magistrado ou por qualquer outra pessoa, opera da mesma maneira. É o que refere, de modo singular, José Joaquim Calmon de Passos:

[O] que é específico do julgamento de um magistrado? No meu modo simplório de ver as coisas, algo muito evidente. Se eu disser a alguém que ele é devedor de fulano, corro risco de levar alguns tapas, mas se eu for juiz e meu dizer estiver formalizado numa sentença, o

⁵⁹ José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 127) chega a afirmar que, “no campo da teoria do direito, a perda da centralidade da subsunção é o atual senso comum teórico entre os pesquisadores. É muito difícil encontrar um autor que defenda que a aplicação mecânica das normas jurídicas dá conta da atividade jurisdicional e, por conseguinte, da racionalidade do direito.”

⁶⁰ Discutem-se hoje os limites da interpretação e da argumentação na atividade judicial, em vez da sua própria existência. Exemplificativamente, mencionam-se duas visões bem distintas sobre o tema. De um lado, Rui Portanova (2003, p. 132) afirma que “[p]ara o exercício democrático da atividade jurisdicional criativa, o juiz precisa estar consciente da vinculação das normas processuais a que está submetido, aos valores políticos e ideológicos que as sustentam e, ao mesmo tempo, ser capaz de, pelas vias hermenêutica e jurisprudencial, abrir caminho para a elaboração de um Direito alternativo mais justo e igualitário do que o atual.” De outro lado, Humberto Ávila (2011, p. 171) assevera que “o caráter argumentativo do Direito é limitado por postulados hermenêuticos e aplicativos que diminuem, sobretudo, o âmbito decisional, como é o caso dos postulados (ou metanormas de aplicação) da proporcionalidade e da razoabilidade; e, de outro, porque o espectro em que se situam as consequências normativas alternativas é limitado por meio da prática doutrinária e jurisprudencial, que, paulatinamente, vai qualificando algumas opções de sentido como sendo as mais corretas ou as mais fortemente suportadas pelo ordenamento constitucional.”

⁶¹ Aqui, importantes distinções em relação à visão realista são no sentido de que, no Realismo, muitas vezes, inúmeros fatores extrajurídicos indicados como influenciadores da tomada de decisão do juiz são apresentados de modo superficial e sem maiores evidências, além de não haver qualquer preocupação daquele movimento com o estabelecimento de parâmetros de controle para a maximização da racionalidade do processo decisório do juiz. Já a visão integrativa, pelo contrário, busca, a partir de uma abordagem interdisciplinar e empírica, tais evidências, propondo, ao mesmo tempo, um debate sobre o aprimoramento dos próprios mecanismos jurídico-processuais a partir da incorporação dessa nova abordagem ao estudo do processo decisório do juiz.

destinatário de meu julgamento jamais ousará me dar um tapa e será devedor, mesmo que ele tenha a mais firme convicção de que jamais foi devedor de quem foi reconhecido como seu credor. Só nisso o julgamento judicial é diferente do julgamento de qualquer outro ator social. Pura falácia legitimá-lo por sua correção intrínseca. Por isso mesmo já foi civilizadamente entendido como expressão de uma violência simbólica. [PASSOS, 2016, pp. 31-32]

Remete-se, a partir dessa dimensão, ao debate sobre as próprias condições de *cientificidade* do estudo, no Direito, do processo decisório do juiz. Isso porque, conforme a visão integrativa, para que os referidos fatores extrajurídicos sejam verdadeiramente compreendidos, a doutrina kelseniana da *pureza* da Ciência Jurídica (ver 1.1), embora ainda exerça significativa influência no pensamento jurídico⁶², deve ser totalmente superada – como têm proposto diversos críticos.

Luis Alberto Warat (2005, pp. 131-301) é um exemplo de autor que analisa e desmitifica a doutrina da pureza no contexto de uma epistemologia crítica do Direito. Algumas das problematizações do jurista argentino são aqui muito relevantes para fins de menção. Primeiro, observa que os textos normativos não possuem sentido unívoco nem são axiomas de aplicação automática e que a significação jurídica tem emissores e receptores heterogêneos – constatações que, por si, já solapam a estrutura deôntica preexistente e precisa presumida por Kelsen como condição para a existência de um conhecimento científico do Direito. Segundo, ressalta que, em razão da imbricação entre conhecimento jurídico e sua função na sociedade, é insuficiente interpretar as proposições legais unicamente conforme o sistema normativo válido, devendo o processo de significação considerar também “elementos extranormativos, dinamizadores do acontecer jurídico”. Terceiro, constata que, apesar de reivindicar neutralidade avaliativa e ideológica em sua pretensa objetividade científica, a Teoria Pura

⁶² “Apesar das críticas severas que tem sofrido, a teoria de Kelsen continua a seduzir muitos espíritos lúcidos. A força lógica de sua construção, suas deduções brilhantes, conseqüentes e claras; sua linguagem clara e atrativa; o valor pedagógico da obra [...], tudo isso tem concorrido para a difusão do seu pensamento e para a persistência do poder de sedução de suas idéias, não obstante o declínio do êxito conseguido entre 1930 e 1940. Contestadas vantajosamente muitas de suas teses principais, nem por isso a idéia capital da ‘pureza’ do Direito deixou de exercer influência na categorização da ciência jurídica, contribuindo para melhor definição de seu objeto.” (GOMES, 2006, pp. 53-54)

do Direito, na medida em que opta por um modelo de relação entre ciência e sociedade, invariavelmente faz opções de valor e de ideologia⁶³.

A partir das ideias kelsenianas, o Direito, tradicionalmente reduzido ao “mundo normativo”⁶⁴, é considerado, pelos seus teóricos “puros”, independente da realidade e autossuficiente em relação a outras áreas do conhecimento científico⁶⁵. Assim como o estudo de casos (ver 1.1), a interdisciplinaridade e a pesquisa empírica costumam ser vistas como “máculas” a essa pureza. Sob tal perspectiva, as teorias jurídicas, desde que atinjam o mais alto grau de abstração, sofisticação e precisão – para não dizer beleza – conceituais, prescindem de comprovação ou verificação no mundo fático. Não é surpreendente que, como ressalta Ovídio A. Baptista da Silva (2004, p. 90), esse descaso com a prática tenha gerado, no campo do Direito Processual, um abismo entre o Direito prescrito pelos manuais e tratados e o Direito efetivamente praticado nos fóruns e tribunais⁶⁶.

Exatamente por se fechar em seu “mundo normativo”, supostamente dotado da mais elevada pureza, a Ciência Jurídica, sob a visão idealista e o paradigma racionalista, procede a uma radical separação entre *norma* (*dever-ser*, no plano deontológico) e *fato* (*ser*, no plano ontológico). Como refere António

⁶³ “[O]ptar por uma ciência liberada da ideologia é optar por certa relação entre aquela e o mundo social. Trata-se de uma opção de valor, não pela ciência enquanto tal, mas pela função que a ciência possa cumprir com respeito às práticas sociais. É, portanto, uma opção ideológica feita no interior da epistemologia. No caso da Teoria Pura do Direito, a tentativa de escudar a Ciência Jurídica com uma suposta neutralidade ideológica e política encobre o empenho, talvez inconsciente, de ideologizar esse saber, preservando, assim, seu poder.” (WARAT, 2005, p. 179)

⁶⁴ Também comumente chamado de “mundo jurídico” ou “mundo do Direito”. Trata-se, no jocoso e crítico dizer de Ovídio A. Baptista da Silva (2004, pp. 301-302), do “lugar encantado em que eles [os juristas] poderão construir seus teoremas sem importunar o mundo social e seus gestores” – alienação e confinamento que, observa Ovídio, “foram determinados por interesses políticos e econômicos da maior relevância”.

⁶⁵ Para Marcos Nobre (2004, p. 5), o isolamento do Direito em relação a outras disciplinas das Ciências Humanas, em sua opinião um dos motivos para o “atraso” da pesquisa em Direito no Brasil, pode ser explicado a partir de duas razões: (i) a maior antiguidade dos cursos jurídicos em comparação com outros cursos universitários; e (ii) a sua utilização para a consolidação das instituições políticas brasileiras, sem maiores preocupações científicas.

⁶⁶ “Nossas instituições processuais não apenas são idênticas às concebidas pela velha doutrina, como, em suas linhas mestras, reproduzem princípios, categorias e institutos praticados pelo direito romano decadente. [...] A distância entre o que se diz na Universidade e nos manuais, através da submissão à cristalizada estrutura de nossas instituições, e o que se faz no foro é escandalosa. [...] Este prodígio tornou-se possível pela redução do Direito a uma simples estrutura lógica vazia de sentido, enfim ao processo civil abstrato e conceitual.” (SILVA, 2004, p. 90)

Castanheira Neves (2015, pp. 35-36), desde que conhecido o que realmente importa sob essa concepção – *i. e.*, o direito positivo em suas normas abstratas –, ignora-se a *dimensão problemática* do fenômeno jurídico, aquela ligada à resolução de problemas, possível apenas a partir do exame de *fatos*. Assim, prossegue o jurista português, mesmo que a aplicação da norma jurídica suscite “questões lógicas ou psicológicas, relativamente ao aplicador, [...] juridicamente não haverá problema, [pois] o problema jurídico [se esgota] no conhecimento dogmático do direito positivo”.

Ora, como pode não ser pertinente à Ciência Jurídica e ao jurista estudar a *atividade mental* subjacente ao processo decisório do juiz? De que modo se podem, p. ex., aprimorar os mecanismos jurídico-processuais atentando-se apenas para a norma e descurando-se da realidade? Sob a influência da visão idealista e do paradigma racionalista, dificilmente se indaga se o tão preconizado raciocínio silogístico na aplicação das normas jurídicas realmente ocorre na prática. E, como observa, já em sua época, o realista Jerome Frank:

O processo de julgar, tal como os psicólogos nos contam, raramente começa com uma premissa da qual uma conclusão é subsequentemente descoberta. O julgamento inicia justamente do modo contrário – com uma conclusão mais ou menos e vagamente formada. Um homem ordinariamente inicia com tal conclusão e após tenta encontrar premissas que a confirmem. Se ele não conseguir, para a sua satisfação, encontrar argumentos apropriados para conectar a sua conclusão às premissas por ele consideradas aceitáveis, ele, a menos que seja arbitrário ou louco, rejeitará a conclusão e procurará outra. [FRANK, 1949, p. 100, tradução livre]

De fato, hoje há evidências, obtidas pela Psicologia Cognitiva, de que operamos com formas de pensamento que simplificam os raciocínios e selecionam informações para tentar corroborar nossas crenças anteriores (ver 2.2). Assim, uma decisão judicial pode ter aparência silogística, sendo considerada satisfatoriamente justificada do ponto de vista jurídico-normativo, caso a sua fundamentação entre outros requisitos necessários, enfrente todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador (art. 489, inciso IV, do CPC/2015). Mas sabemos que a

atividade mental empreendida pelo decisor, na prática, dificilmente terá sido silogística^{67,68}.

Também sustentando a insuficiência do modelo silogístico como representação do processo decisório do juiz – como um modelo que, além de insatisfatório⁶⁹, cumpre uma função ideológica⁷⁰ –, observa Michele Taruffo, a partir da distinção entre *raciocínio decisório* e *discurso justificativo* (ver nota 44), que o primeiro

tem características estruturais próprias: articula-se no tempo, implica síntese de diversos fatores, procede por abduções e por *trial and error*, percorre caminhos que depois são abandonados, inclui a influência de fatores psicológicos e ideológicos, implica juízos de valor e pode, ainda, compreender a participação de várias pessoas, como ocorre em todas [as] hipóteses nas quais a decisão é dada por um colégio de juízes. [...] [Já o discurso justificativo] tem características diferentes: ocorre quando a fase decisória já está de toda sorte exaurida, com a decisão final já formulada; pode ser obra de pessoas diferentes daquelas que formularam a decisão e – normalmente – de uma só dessas; não tem o escopo de formular escolhas, mas de mostrar que as escolhas feitas eram ‘boas’ [...]; é um ‘discurso’ – e, portanto, uma entidade linguística – e não um *iter* psicológico; [...] é logicamente estruturada; pode incluir inferências dedutivas e indutivas, mas não abduções, e assim por diante. [...] [A] negação da distinção entre os dois contextos leva a considerar que a motivação da sentença seja uma espécie de

⁶⁷ “[A] estrutura da argumentação que motiva uma decisão parece muito diferente da de um silogismo pelo qual passamos das premissas a uma conclusão. Enquanto no silogismo a passagem das premissas à conclusão é obrigatória, o mesmo não acontece quando se trata de passar dos argumentos à decisão: tal passagem de modo algum é obrigatória, pois se o fosse não estaríamos diante de uma decisão, que supõe sempre a possibilidade quer de decidir de outro modo, quer de não decidir de modo algum.” (PERELMAN, 2004, p. 3)

⁶⁸ “É claro que, ‘na prática’, todos sabemos que [os] juízes realmente decidem. Todavia, essas autênticas decisões, relevadoras [do] componente volitivo do ato jurisdicional, não devem ser admitidas como uma possibilidade legitimada pelo sistema [sob o paradigma racionalista]. A solução é fazer com que o juiz simule a construção de um silogismo, para dar a impressão de que seu raciocínio seguira o modelo matemático.” (SILVA, 2004, p. 115)

⁶⁹ Insatisfatório mas não completamente inútil, pois, como ressalta Jordi Ferrer Beltrán (2010, p. 299), a estrutura silogística, embora não seja um bom modelo representativo da atividade mental decisória, é útil para a construção do discurso justificativo da decisão judicial.

⁷⁰ “Falar de função ideológica da teoria silogística do juízo significa colocar em evidência que essa tende [a] acreditar em uma determinada imagem do juiz [...], destinada não tanto a delinear uma realidade concreta, mas sim a indicar como deveria ser essa realidade. Com efeito, a doutrina do silogismo judicial, mais do que descrevê-lo, constrói um modelo abstrato e ideal de juízo: parte de uma situação em que a norma é um dado pré-existente, em um ordenamento positivo[,] completo e sistematizado, cuja interpretação para aplicação ao caso concreto consiste em uma atividade essencialmente cognitiva e com natureza sistemática. [...] [Deve haver], pois, um juiz rigidamente ‘neutro’, porque neutras em relação aos interesses em jogo são tanto a norma como a lógica com que essa é interpretada e aplicada. É ainda um juiz ‘passivo’, porque a sua tarefa é tão-somente a de declarar, tornando-a explícita, a solução ideal da lide.” (TARUFFO, 2015, pp. 158-160)

registro, ou de prestação de contas, do procedimento mental com o qual o juiz chega à sua decisão, [mas] essa se trata de uma opinião que luta contra a realidade dos fatos. [...] A quem tem ao menos uma mínima experiência processual isso parece manifestamente absurdo. [TARUFFO, 2015, pp. 17-18]

Apesar de concordarmos com a natureza dessa distinção, não convergimos com o jurista italiano em ao menos dois pontos. Primeiro, preferimos denominar “raciocínio decisório” de “atividade mental decisória”, vez que o segundo termo é mais amplo e, embora também inclua “raciocínio” em sua acepção, abrange outros mecanismos de pensamento como o próprio “julgamento” e a “tomada de decisão” (ver 2.2). Segundo, dele discordamos quando afirma que “os mecanismos psicológicos que tiveram lugar na mente do juiz não interessam a ninguém” (TARUFFO, 2015, p. 19). Podem, de fato, não ser relevantes para o discurso justificativo da decisão⁷¹, mas interessam à compreensão do processo decisório do juiz e, inclusive, para o debate das questões que abordaremos na seção 2.4.

É por razões como essas que a Psicologia, em especial, tem muito a contribuir para o Direito. Entre nós, mesmo Pontes de Miranda, apesar da sua afeição racionalista pelo método matemático (ver 1.1), reconhece a importância do estudo interdisciplinar que abranja o jurídico e o psicológico. Em sua primeira e não tão conhecida obra, “*À Margem do Direito*”, ensaio de Psicologia Jurídica publicado originalmente em 1912, Pontes, após expressar profunda admiração por esse campo científico⁷² e antes de concluir ser o Direito “um produto social

⁷¹ É o que, de fato, sustenta Taruffo (2015, p. 104), quando afirma ser “absurdo exigir que a motivação espelhe os processos psíquicos do juiz [...] [– com] os múltiplos elementos de irracionalidade, ambiguidade e de incontrolabilidade [desses] processos, bem como o fato de [eles] operarem na esfera do inconsciente, situando-se par além de qualquer possibilidade de análise racional. [...] [O] juiz não pode (e ainda que pudesse seria provavelmente inoportuno) voltar a percorrer ao inverso todas as etapas de um processo psíquico que, como tal, permanece em boa medida ignorado nos seus componentes decisivos; de outro lado, uma hipotética motivação desse gênero seria inútil, porque não faz sentido falar de controle de validade e correção do *processo psíquico* mediante o qual o juiz chegou à decisão”.

⁷² “Poucas ciências, em seu crescimento, apresentaram, com tanta refulgência, lustre e porfiosa luta, que as sublima, tão grande porção de [...] [‘bons espíritos’], como a psicologia [...]. [A] psicologia ocupa, fora de dúvidas que se suscitem, o mais elevado plano, e esparze, a mancheias, sobre um grupo crescido de outros ramos, as suas luzes, ou sobre algumas ciências que ao estudo do homem emocional e intelectual se propõem [...], e sobre outras ainda, que vicejam, crescem e frutificam no terreno em que o psiquismo e o espírito coletivo se combinam e se contrastam” (MIRANDA, 2005, p. 26).

de assimilação e desassimilação psíquica” (MIRANDA, 2005, p. 150), afirma a necessidade de interdisciplinaridade:

Fundem-se, completam-se as ciências, com trocarem entre si observações e métodos; não se porfiam, não se contradizem, permeiam-se [...].

A quase todos os estudos jurídicos, em nossa estimativa, faltam-lhes, porém, a messe preciosa, o aspecto renovado e a virtualidade moderna, que a compreensão da unidade da ciência lhes poderia ministrar, se a tal desígnio se propusessem [...].

Não obstante o brilho que exalça a ciência jurídica, a profundidade de pensar dos juriconsultos, a aparência estética que a aformoseia e cinzela, e a sistematização de que ultimamente se cura, podemos examinar inúmeras lacunas e omissões desapropositadas em todos os ramos do direito. A ciência humana, em suas ramificações mais ou menos densas, “tal como do estudo das ciências particulares se forma”, sem laços intensos que fortifiquem o todo, oferece-nos a idéia de uma floresta variada [...]. Temo-la aos fragmentos. Urge completá-la, concatenar, reunir, sintetizar, pôr fim, esse livro de páginas soltas [...]. [N]ão é difícil vermos [...] fatos que apresentam lado sociológico, psicológico e jurídico. Pensar contrariamente, como fazem, não raras vezes, escritos afeitos a laborar somente no direito, é à saciedade explicável: neles, como nos poetas, chegaram as sensações a transformar em pequeno mundo, clausurar numa ciência particular apenas, todos o universo; há, entre os que assim se entrega de corpo e alma, a obsessão da especialidade, quase um delírio metafísico, donde jorram por mal o ódio, o azedume e a ironia imbecil, que às outras ciências votam. [MIRANDA, 2005, pp. 28-35]

A *interdisciplinaridade*, saliente-se, não ameaça a autonomia dos campos científicos. Em vez disso, supera-se, por meio dela, um “saber fragmentado”, ignorante em relação ao todo, predispondo “um encontro entre diferenças pontos de vista (diferentes consciências), o que pode levar, criativamente, à transformação da realidade” (PRADO, 2013, p. 32). Por conseguinte, merece rediscussão o próprio conceito de *autonomia dos campos científicos*, a partir de um ponto de equilíbrio entre a indispensável especialização do conhecimento e o necessário abandono da visão racionalista de objetividade e neutralidade da produção científica.

A Ciência Jurídica, nesse sentido, não é exceção. Admitindo-se a interdisciplinaridade no estudo do Direito, o método de investigação dogmático

denominado de *analítico*⁷³, *i. e.*, de descrição e sistematização das normas de direito positivo, não deixará de existir e não perderá relevância. Todavia, como há muito já evidenciado, o seu exclusivo uso não permite a satisfatória compreensão do fenômeno jurídico. Como refere Tércio Sampaio Ferraz Jr., trata-se de instrumento que, por si, leva à despreocupação com a realidade social:

A elaboração de uma Dogmática Jurídica com uma tendência analítica [...] prepondera no caso de sistemas sociais com relativa complexidade, em que o subsistema jurídico é utilizado como um instrumento regulador dos conflitos que lhe são trazidos, sem que seja grande a necessidade de desencadear certos efeitos sobre o seu mundo circundante. O Direito atua sobre a realidade ambiente sem se preocupar com as consequências da sua atuação. Isso significa que as sistematizações são orientadas no sentido de se oferecerem regras para a estandardização e classificação de casos, ou elementos de casos, e não como receitas para a atualização de influências. Predomina, assim, a ótica do juiz, ainda que advogados, por exemplo, possam pretender utilizar-se das construções no sentido da obtenção de resultados, limitando-se, porém, a resultados dentro do próprio sistema jurídico. [FERRAZ JR., 2015, p. 126]

Demais disso, a dogmática jurídica nunca foi neutra axiológica ou ideologicamente⁷⁴ (FERRAZ JR., 2015 p. 182); tampouco o são o Idealismo e o paradigma racionalista a ela subjacentes⁷⁵. Tais constatações, por si só, já desmitificam a pretensão de pureza da Ciência do Direito. Trata-se, na realidade, de um verdadeiro *mito* na acepção waratiana, *i. e.*, “um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências”, propiciando conformação com a

⁷³ Além do *analítico*, os outros dois instrumentos da dogmática jurídica, conforme a classificação de Ferraz Jr. (2015, pp. 116-171), seriam o *hermenêutico*, que visa à interpretação dos textos normativos, “conferindo ao intérprete uma disponibilidade que o autoriza a ampliar as incertezas sociais de um modo suportável e controlado”, e o *empírico*, por meio do qual “o pensamento jurídico se constitui como um sistema explicativo do comportamento humano, enquanto regulado por normas”.

⁷⁴ “A presença dos valores no texto dogmático faz dele um discurso eminentemente persuasivo, cuja força repousa na objetividade que pretendem manifestar. Não são os valores do autor, mas os da comunidade que estariam em jogo. Contudo, para exercer sua função persuasiva, os valores têm de ser neutralizados. Neutralização é um processo pelo qual os valores parecem perder suas características intersubjetivas na medida em que dão a impressão de valer independentemente de situações e contextos. Essa neutralização se obtém através de ideologia [...] [-] um conceito axiológico, isto é, a linguagem ideológica é também valorativa. [...] Podemos encobrir valorações quando [...] substituimos fórmulas valorativas por fórmulas neutras, como ocorre com a noção de norma fundamental em Kelsen, termo que encobre valorações fundamentais, dando ao sistema jurídico a imagem de um sistema formalmente objetivo” (FERRAZ JR., 2015, pp. 182-184).

⁷⁵ Por seu turno, subjazem à visão idealista e ao paradigma racionalista os próprios pilares ideológicos do pensamento moderno: o *Racionalismo*, no plano científico; o *Liberalismo*, no plano político; o *Individualismo*, no plano moral; e o *Capitalismo*, no plano econômico.

situação imposta socialmente e não só aceitação como também veneração das formas de poder que a criaram – resultando, por fim, em “sensação coletiva de despolarização e neutralidade, a qual permite a apresentação da força social em termos de legalidade supra-racional e apriorística” (WARAT, 1994, pp. 104-105).

Não menos importante do que a interdisciplinaridade, a *pesquisa empírica* também tem papel fundamental no estudo do Direito, em geral, e do processo decisório do juiz, em particular. Sem a pretensão de aprofundamento desse debate epistemológico, podemos afirmar a importância desse tipo de pesquisa sob diversas óticas e, sobretudo, preconizando variadas finalidades. São exemplos de fins almejados o controle do poder estatal, para “afastar a arbitrariedade e cobrar racionalidade dos órgãos responsáveis por aplicar as normas jurídicas” (RODRIGUEZ, 2006, p. 15), e a sofisticação da argumentação jurídica (XAVIER, 2015, p. 32), inclusive em constante diálogo com a dogmática jurídica e os tribunais. Em especial, no âmbito do Direito Processual, reconhecendo o processo como um fenômeno cultural (SCARPARO, 2007), devemos partir da premissa de que a pesquisa empírica, mais do que compreender uma realidade pré-existente, constitui um modo pelo qual repensamos e construímos os mecanismos jurídico-processuais – *i. e.*, a própria realidade – por meio da produção de conhecimento (TRUBEK, 2018, p. 149).

Infelizmente, ainda são empreendidas, nas academias jurídicas, em especial as brasileiras, poucas pesquisas empíricas, diferentemente do padrão há muito tempo adotado por outras áreas afins ao Direito, como a própria Psicologia. Apesar desse quadro, Fábio de Sá e Silva (2016, p. 26), em perspectiva otimista, observa que a pesquisa empírica em Direito, em razão de diversos vetores⁷⁶, tem vivido fértil momento no Brasil⁷⁷. Já José Roberto Franco Xavier (2015, p.

⁷⁶ São cinco os vetores apontados por Silva (2016, p. 27) como responsáveis pela emergência da pesquisa empírica em Direito no Brasil: (i) a exaustão do positivismo jurídico; (ii) a reforma do ensino jurídico; (iii) o chamado das políticas públicas; (iv) o advento da democracia e a apropriação do Direito por outros atores acadêmicos e sociais, diferentes dos juristas e dos outros profissionais de carreiras jurídicas; e (v) a globalização.

⁷⁷ Para Silva (2016, p. 26), são sinais da referida fertilidade: (i) o surgimento de comunidades científicas organizadas; (ii) a criação de periódicos especializados; (iii) a maior disponibilidade de recursos para projetos de pesquisa empírica, não só por iniciativa de agências oficiais de fomento em ciência e tecnologia, mas também a partir de órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário incumbidos do planejamento e da execução de políticas públicas; e (iv) a emergência de uma nova agenda de discussões, com destaque para questões relacionadas

16) destaca a crescente institucionalização da pesquisa empírica nas faculdades jurídicas brasileiras, “para além dos departamentos de sociologia do direito” – área tradicionalmente com familiaridade no campo.

Diante do exposto, percebe-se que a doutrina kelseniana da pureza não se coaduna às perspectivas e às necessidades contemporâneas da Ciência Jurídica, a qual não pode continuar a prescindir de interdisciplinaridade e de pesquisa empírica. Inclusive, nas subseqüentes seções deste trabalho, essas duas ferramentas serão utilizadas para argumentar que a decisão judicial, como produto da atividade de *seres humanos*, não está imune à influência das formas de *pensamento humano*, bem como aos automatismos e vieses delas decorrentes, que desafiam a visão idealista em parte ainda vigente.

Por fim, cabem duas ressalvas.

Primeiro, não pretendemos, a partir dessa abordagem crítica ao paradigma racionalista, a substituição da *racionalidade* pela *irracionalidade*, mas, em vez disso, a superação do *Racionalismo* no estudo e na compreensão do Direito e do processo decisório do juiz. Não há dúvidas de que ambos devam ser fenômenos *racionais*, mas, antes de nos indagarmos sobre o que isso poderia constituir, devemos questionar a tradicional visão jurídica de *racionalidade* (ver 2.4).

Segundo, não desprezamos as Ciências Exatas e Naturais e os seus métodos, nem o diálogo delas com as Ciências Sociais e Humanas – aqui incluindo o próprio Direito –, a partir de uma perspectiva igualmente interdisciplinar. O uso, de ferramentas estatísticas, p. ex., é muito útil para a metodologia de pesquisas empíricas, tanto que serão por nós utilizadas na seção 3.3. O que sustentamos é que o estudo do Direito e do processo decisório do juiz não pode ser resumido a sistemas lógicos ideais, nem, em última análise, pautar-se por um método exclusivamente destinado “a medir, pesar e contar” (SILVA, 2004, p. 1), como pretende o paradigma racionalista.

Em síntese conclusiva desta seção, esboçamos uma visão integrativa do processo decisório do juiz, a qual busque compreender esse processo tanto na

ao método e ao “questionamento dos sistemas de reconhecimento e prestígio dominantes, com um chamado à profissionalização da atividade científica”.

dimensão do discurso justificativo da decisão como na dimensão da atividade mental decisória. Essa visão, na primeira dimensão, reputa imprescindível o reconhecimento do caráter hermenêutico e do caráter argumentativo da atividade jurisdicional; já na segunda, ao refutar a doutrina da pureza da Ciência Jurídica, salienta a importância de uma abordagem interdisciplinar e empírica para a compreensão dos mecanismos de pensamento subjacentes ao processo decisório do juiz.

2 HEURÍSTICAS E VIESES: CONTRIBUTOS DA PSICOLOGIA COGNITIVA PARA O DIREITO PROCESSUAL

A tomada de decisão não é tema de estudo que interessa exclusivamente ao campo jurídico. O cotidiano dos indivíduos, nas mais variadas situações pessoais e profissionais, é repleto de decisões, das mais simples às mais complexas⁷⁸, havendo investigações sob as perspectivas de diversos campos.

Enquanto a Ciência Jurídica tem abordado a tomada de decisão sob ângulos como os mencionados, outras disciplinas das Ciências Sociais têm abordagens bastante paradigmáticas. Nesta seção, faremos um breve esboço histórico de teorias a esse respeito oriundas da Economia – campo em relação ao qual, ao menos sob essa perspectiva, é possível estabelecer um paralelo com o Direito, em termos de influência do modo de pensar racionalista – e da Psicologia Cognitiva, área em que surgiu o programa de investigação das Heurísticas e Vieses. A partir dessa análise interdisciplinar, selecionaremos possíveis contribuições sistematicamente ignoradas pela dogmática jurídica tradicional para o estudo e a compreensão do processo decisório do juiz.

2.1 TEORIAS SOBRE A TOMADA DE DECISÃO

Nas Ciências Sociais, dois tradicionais grupos de teorias podem ser distintos no âmbito dos estudos sobre tomada de decisão: as teorias normativas e as teorias descritivas⁷⁹.

⁷⁸ “Diz o pensamento popular que ‘você é o resultado de cada uma de suas escolhas’. Se [considerarmos] todas as opções que fazemos durante nosso dia, desde o levantar da cama, até o deitar, não é de admirar a ideia de que possamos tomar várias decisões em poucos segundos. Contudo, em se tratando de decisões complexas, que vão muito além de escolher o que tomar no café da manhã ou o que vestir para o trabalho, a situação [é] mais complicada. Decisões sobre eventos incertos na área pessoal – como escolher se devemos casar ou não com determinada pessoa – quando se mostram acertadas nos tranquilizam. Já uma decisão equivocada nos deixa a impressão de que erramos o passo em alguma das várias ‘bifurcações’ das estradas de nossas vidas. A acurácia das decisões profissionais também é de extrema relevância, pois muitas vezes delas dependem os destinos de outras pessoas.” (KALIL, 2005, p. 8)

⁷⁹ Esse clássico modo de classificação é utilizado, p. ex., por Kahneman e Tversky (1979). Recentemente se tem aludido a um terceiro grupo, espécie de meio termo entre as *teorias*

As *teorias normativas*, advindas especialmente da Ciência Econômica, preconizam condições ideais para a tomada de decisões racionais, através de métodos matemáticos. Para tanto, prescrevem, do ponto de vista comportamental, condutas maximizadoras da probabilidade de obtenção de resultados desejáveis e ações minimizadoras da possibilidade da ocorrência de consequências indesejáveis (HASTIE, 2001, pp. 659-660). São, em última análise, modelos que permitem a avaliação sobre a racionalidade de decisões, pressupondo a plena capacidade do ser humano de otimizá-las quando consciente sobre essas circunstâncias idealizadas.

A própria *Teoria Econômica*, clássico ponto de partida da Economia enquanto campo científico, supõe que as pessoas, por serem racionais, naturalmente tenderiam a escolher a melhor opção entre todas as disponíveis⁸⁰. Portanto, mesmo que consideremos normativos os modelos decorrentes desse modo de pensar (*i. e.*, sobre como as pessoas *deveriam tomar* decisões), pretendem eles, ao mesmo tempo, uma descrição da realidade (*i. e.*, sobre como as pessoas *realmente tomam* decisões)⁸¹.

Nessa perspectiva, John von Neumann e Oskar Morgenstern apresentaram, em 1944, sua versão da chamada *Teoria da Utilidade Esperada* (*Expected Utility Theory*), compreendendo a tomada de decisão (econômica) como um cálculo de utilidade de cada resultado possível. Para tanto, defendiam a total matematização do estudo dos padrões normatizados de comportamentos econômicos⁸²:

Os argumentos frequentemente ouvidos de que, devido ao elemento humano, a fatores psicológicos etc., ou porque não haveria –

normativas e as *teorias descritivas*, denominado de *teorias prescritivas*. Nesse sentido, *prescrições* consistiriam em tentativas de minimizar a incidência dos vieses (ver 2.4) detectados pelas *descrições* a partir dos padrões decisórios preconizados pelas *normatizações* (BARON, 2004, p. 2).

⁸⁰ Ver, por todos, Mankiw (2017, p. 6, tradução livre, grifo do autor): “Os economistas normalmente presumem que as pessoas são racionais. **Pessoas racionais** sistemática e propositadamente fazem o melhor que podem para atingir seus objetivos, dadas as oportunidades disponíveis.”

⁸¹ A contradição, desde já, é evidente. Isso porque, se as pessoas naturalmente tomassem decisões racionais o tempo todo, não seriam necessários modelos teóricos para se tentar otimizar essa racionalidade.

⁸² Apesar das críticas aqui explicitadas, não se podem negar os méritos do trabalho de Neumann e Morgenstern. Além de ser marcada pela preocupação em tornar a Economia uma disciplina mais “científica”, por reputar inadequados os seus métodos de até então, a obra é relevante por ser considerada uma das precursoras para o moderno estudo da chamada *Teoria dos Jogos* (*Game Theory*) (SOUSA, 2005).

alegadamente – mensuração de fatores importantes, a Matemática não encontraria aplicação [na Economia], podem ser todos descartados como erros absolutos. Quase todas essas objeções foram feitas, ou podem ter sido feitas, vários séculos atrás em campos onde a Matemática agora é o instrumento principal de análise [p. ex., na Física, desde o Século XVII, e na Biologia e na Química, desde o Século XIX]. [...] Há vários cientistas sociais que [...] [afirmam] não poder a Teoria Econômica tomar como modelo a Física, já que aquela, por ser uma ciência social, do fenômeno humano, teria de levar em conta a Psicologia etc. Tais afirmações são no mínimo prematuras. É sem dúvida racional buscar o que levou ao progresso em outras ciências e investigar se a aplicação dos mesmos princípios pode levar ao progresso também na Economia. [...] [S]eria muito tolo considerar qualquer outra coisa senão a busca dos problemas do modo que resultou na estabilização da Física. [NEUMANN; MORGENSTERN, 1953, pp. 3-4, tradução livre]

Na década de 1950, época em que ainda predominavam as teorias normativas, Herbert Simon apresentou a sua *Teoria da Racionalidade Limitada* (*Bounded Rationality Theory*). Para esse autor, com notáveis contribuições em diversos campos científicos⁸³, incluindo a Economia⁸⁴, as pessoas não podiam ser consideradas tomadoras de decisões completamente racionais, ao menos o tempo todo, pois – Simon já o percebia –, dadas a escassez de informações disponíveis nos ambientes e a limitação das capacidades computacionais dos indivíduos, simplificar seria algo inerente à tomada de decisão⁸⁵:

⁸³ Herbert Simon (1916-2001) pode ser considerado como um dos grandes cientistas do Século XX. Recebeu o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, em 1978, por “sua pesquisa pioneira no processo de tomada de decisão no âmbito de organizações econômicas” (tradução livre, disponível em <nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1978>, acesso em 01/01/2018). Além de para a Ciência Econômica, também contribuiu com pioneirismo, p. ex., para a Psicologia, a Teoria da Administração, a Ciência Política e as Ciências da Computação (AUGIER; MARCH, 2004, p. 6).

⁸⁴ Nada obstante, observa Richard Thaler (2016, pp. 23-24), os escritos de Herbert Simon lograram pouco impacto entre os economistas em geral, ao menos naquela época. Para o autor, esses profissionais, ao terem contato com a obra de Simon, provavelmente consideravam a ideia de racionalidade limitada um conceito “verdadeiro mas desimportante”, já que toleravam imprecisões em seus modelos matemáticos. Isso porque, ao fim e ao cabo, sendo esses erros aleatórios – conforme os economistas pensavam –, para mais ou para menos, estatisticamente eles se “compensariam”, mantendo-se assim as médias de resultados esperadas. Contudo, posteriormente a Psicologia Cognitiva demonstrou serem esses erros não aleatórios, mas *previsíveis* e *sistemáticos*, na forma de vieses cognitivos (ver 2.4).

⁸⁵ Sem dúvida, o mais notório modelo de simplificação de raciocínio proposto por Simon é o de *satisfazimento* (*satisficing*). Segundo essa hipótese, as pessoas não tenderiam a *maximizar* a utilidade de suas escolhas, o que exigiria um grau de computação para além de suas capacidades. Tenderiam, na verdade, a buscar determinados graus de *satisfação* pré-estabelecidos, conforme *níveis de aspiração*, que seriam atendimentos por escolhas não necessariamente tidas como “*ótimas*”, para a Teoria Econômica tradicional (SIMON, 1955 e 1956; GIGERENZER e TODD, 1999, pp. 12-14; BARROS, 2010, pp. 461-462).

A teoria econômica tradicional postula um “homem econômico”, que, ao ser “econômico”, é também racional. Assume-se que esse homem tenha conhecimentos de aspectos relevantes do ambiente, se não absolutamente completos, ao menos incrivelmente claros e volumosos. Presume-se que ele possua um sistema de preferências bem organizado e estável, e uma habilidade computacional que o permita calcular, para os cursos de ação alternativos que estejam disponíveis, quais deles o permitirão alcançar o mais elevado ponto atingível na sua escala de preferência.

[...] Em vez disso, devo assumir que o conceito de “homem econômico” (e, posso adicionar, do seu irmão 'homem administrativo') necessita de uma revisão bastante drástica [...].

Dito de modo geral, a tarefa é substituir a racionalidade global do homem econômico por um tipo de comportamento racional que seja compatível com o acesso a informação e as capacidades computacionais realmente possuídas pelos organismos, incluindo o homem, nos variados ambientes em que tais organismos existem. [SIMON, 1955, p. 99, tradução livre]

Paralelamente, desenvolveu-se, enquanto ciência, a moderna *Psicologia Cognitiva* – cujo “ano de nascimento” é consensualmente referido como 1956⁸⁶. O estudo da mente humana, até então, era precariamente conduzido pela *Filosofia*⁸⁷ e desprezado pelo *Behaviorismo*⁸⁸, corrente dominante da Psicologia na primeira metade do Século XX. Com essa virada epistemológica (muitas vezes aludida como *Revolução Cognitiva*⁸⁹), processos psicológicos básicos

⁸⁶ No ano em questão, como afirma o psicólogo George Miller (2003, p. 142), notórios pesquisadores publicaram diversos livros e artigos paradigmáticos sobre processos mentais ou cognitivos. Ademais, esse é considerado o ano de fundação da *Inteligência Artificial*, reconhecidamente influente para o advento da Psicologia Cognitiva, em razão da analogia feita, à época, entre computador digital e cognição humana (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2011, p. 103).

⁸⁷ Observa Thagard (2005, pp. 5-6) que, na *Filosofia*, tentativas de compreender a mente humana são observáveis desde os gregos antigos, como em Platão, defensor das *virtudes* como única forma de conhecimento, e em Aristóteles, entusiasta da *experiência empírica*; passando pelo *racionalismo* de René Descartes e de Gottfried Leibniz; pelo *empirismo* de John Locke e de David Hume; e pela *combinação de experiência com capacidades mentais inatas* proposta por Immanuel Kant.

⁸⁸ Por isso mesmo, não se deve confundir *Psicologia Cognitiva* com *Psicologia Comportamental* (sinônimo de *Behaviorismo*). Em síntese, enquanto esta investiga apenas o comportamento humano, por entender não ser a mente algo objetivamente observável, aquela, discordando de tal premissa, estuda os processos mentais ou cognitivos, como requisito para compreender a aquisição, o armazenamento, a transformação e o uso de conhecimento (MATLIN, 2012, pp. 2-3 e 6-7). Inclusive, como principal motivação para o advento da Psicologia Cognitiva, pode-se mencionar a insuficiência dos conceitos *behavioristas* até então utilizados (p. ex., estímulos, respostas e reforços) para tentar explicar processos psicológicos demasiadamente complexos (MATLIN, 2012, p. 8).

⁸⁹ A noção de *Revolução Cognitiva*, proposta a partir da ideia de revolução científica de Kuhn (ver nota 136), residiria sobretudo na premissa de completa superação da visão objetivista preconizada pelo *Behaviorismo*. Contudo, há divergências a respeito entre os próprios teóricos da Psicologia da Cognitiva: se, para alguns, houve verdadeira ruptura paradigmática nessa transição; para outros, não haveria falar propriamente em quebra de paradigma, pois, sustentam,

como julgamento, tomada de decisão, memória, linguagem, atenção e resolução de problemas passaram a receber tratamento mais adequado, do ponto de vista científico-metodológico.

A partir dessa nova perspectiva, emergiram as *teorias descritivas*, que, desenvolvidas no âmbito da Psicologia Cognitiva, mais precisamente no seu subcampo conhecido como *Julgamento e Tomada de Decisão (Judgment and Decision Making)*, buscam descrever como os seres humanos tomam decisões de fato – e não como deveriam tomar, em termos ideais. Por meio delas, a ênfase passou a recair sobre métodos de tomada de decisão baseados em informações não confiáveis e incompletas, praticados em ambientes complexos e instáveis e desenvolvidos, quantitativa e qualitativamente, sob processamento mental limitado (HASTIE, 2001, p. 660). Surgiu, assim, o programa de investigação conhecido como *Heurísticas e Vieses (Heuristics and Biases)*.

Amos Tversky e Daniel Kahneman⁹⁰, com diversos experimentos publicados a partir da década de 1970⁹¹, são os grandes expoentes históricos desse campo científico⁹². Eles evidenciaram a inadequação das teorias normativas, demonstrando empiricamente não sermos capazes de dominar a racionalidade – ao menos não nos padrões outrora concebidos –, uma vez que a maioria dos nossos julgamentos é, de fato, realizada sob incerteza e com informações reduzidas, e também porque a nossa própria capacidade cognitiva é limitada⁹³.

as bases epistemológicas do Behaviorismo teriam, em certa medida, sido mantidas na Psicologia Cognitiva (ver discussão em: NEUFELD; BRUST; STEIN, 2011).

⁹⁰ Daniel Kahneman também recebeu o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, em 2002, “por ter integrado *insights* de pesquisas psicológicas nas Ciências Econômicas, especialmente acerca de julgamento humano e tomada de decisão humana sob incerteza” (tradução livre, disponível em <nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2002>, acesso em 01/01/2018). Comenta-se que Amos Tversky também o teria recebido, caso vivo estivesse – mas falecera em 1996.

⁹¹ Os principais textos publicados pelos referidos autores durante essa época foram compilados na coletânea editada por Kahneman, Slovic e Tversky (1982).

⁹² No livro “*The Undoing Project: A Friendship that Changed our Minds*” (com tradução para a língua portuguesa: “O Projeto Desfazer: A Amizade que Mudou nossa Forma de Pensar”), o jornalista Michael Lewis (2017) aborda as histórias pessoais de Amos Tversky e Daniel Kahneman, bem como detalhes sobre a sua colaboração profissional.

⁹³ “A Teoria da Utilidade Esperada dominou a análise da tomada de decisão sob risco. Foi aceita de modo geral como um modelo normativo de escolha racional, e amplamente aplicada como um modelo descritivo de comportamento econômico, p. ex. Assim, presume-se que todas as pessoas racionais desejariam obedecer aos axiomas da Teoria, e a maioria das pessoas realmente o fazem, na maior parte do tempo. [...] [Contudo, há] muitas classes de problemas de escolha em que as preferências sistematicamente violam os axiomas da Teoria da Utilidade

Tversky e Kahneman (1974) sustentaram a existência de mecanismos de pensamento intuitivo e de simplificação de raciocínio, a fim de facilitar os nossos processos decisórios. Nesse sentido, identificaram diversas heurísticas e vieses cognitivos como fatores inconscientes a guiarem os julgamentos e as tomadas de decisão das pessoas, como se abordará adiante (ver 2.2, 2.3 e 2.4).

Relativamente à tomada de decisão econômica, Tversky e Kahneman propuseram (1979) e posteriormente desenvolveram (1992), em substituição à Teoria da Utilidade Esperada, a *Teoria Prospectiva (Prospect Theory)*. Conforme a primeira, os valores subjetivamente atribuídos pelas pessoas às suas opções econômicas poderiam ser medidos tão somente pelas probabilidades e expectativas de variações finais de riqueza. Porém, a segunda evidenciou, com base em diversos experimentos, que, em geral, as pessoas também tomam decisões econômicas tendo, inconscientemente, exagerada *aversão à perda*⁹⁴ e suscetibilidade a variados *pontos de referência*⁹⁵ e a distintos *enquadramentos* da mesma questão (ver nota 140)⁹⁶. A influência da Teoria Prospectiva na Ciência Econômica foi tamanha que contribuiu para a gênese do campo de estudos hoje conhecido como *Economia Comportamental (Behavioral Economics)*, que questiona as premissas de racionalidade da Teoria Econômica tradicional (THALER, 2016, pp. 25-34).

Esperada. [...] [Essa] teoria, como é comumente interpretada e aplicada, não é um modelo descritivo adequado [...].” (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979, p. 263, tradução livre)

⁹⁴ “No domínio positivo, o efeito da certeza contribui para uma preferência aversiva ao risco, privilegiando um ganho certo em detrimento de um ganho maior meramente provável. No domínio negativo, o mesmo efeito leva a uma preferência por busca do risco, optando por uma perda meramente provável no lugar de uma perda menor já certa. O mesmo princípio psicológico – a atribuição de peso desproporcional à certeza – favorece a aversão ao risco no domínio dos ganhos e a busca pelo risco no domínio das perdas.” (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979, pp. 268-269, tradução livre)

⁹⁵ “[A]s pessoas geralmente percebem resultados como ganhos ou perdas, em vez de como estados finais de riqueza ou bem-estar. Perdas e ganhos [...] são definidas relativamente a certos pontos de referência neutros. O ponto de referência geralmente corresponde à atual posição patrimonial, caso em que as perdas e os ganhos coincidem com montantes efetivamente recebidos ou pagos. Contudo, a localização do ponto de referência e a consequente interpretação dos resultados como perdas ou ganhos podem ser afetadas pela formulação das perspectivas apresentadas, bem como pelas expectativas do tomador de decisão.” (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979, pp. 274, tradução livre)

⁹⁶ Nada obstante, o próprio Kahneman (2011, pp. 287-288) atualmente reconhece como falha da Teoria Prospectiva o não reconhecimento da decepção e do arrependimento antecipados como fatores que podem alterar o ponto de referência do tomador de decisão. Contudo, salienta que, até o momento, nenhuma das teorias posteriormente apresentadas para corrigir essas insuficiências logrou maior aceitação do que a sua, uma vez que todas, segundo ele, pecaram por desnecessária complexidade.

Richard Thaler⁹⁷ e Cass Sunstein, ao aludirem a essa mudança de paradigma nos estudos sobre tomada de decisão, distinguem dois modos de perceber as pessoas em seus processos decisórios, do ponto de vista econômico: (i) como *Econs*, “homens econômicos” idealizados pelas teorias normativas, seres infalíveis em computar, julgar e escolher entre todas as opções e cenários possíveis; e (ii) como *Humanos*, seres reais e excelentes tomadores de decisão em geral, mas suscetíveis a erros sistemáticos em seus modos de pensar.

Se você ler textos de Economia, aprenderá que o homo economicus pode pensar como Albert Einstein, armazenar tanto memória como a IBM “Big Blue” e exercitar a força de vontade de Mahatma Gandhi. Mas as pessoas que conhecemos não são assim. Pessoas reais têm problemas com divisão longa se não possuem calculadora, às vezes esquecem o aniversário de seu cônjuge ou ficam de ressaca no Dia de Ano Novo. Eles não são homo economicus: são homo sapiens [...] [N]ós vamos daqui em diante nos referir a essas espécies imaginárias e reais como Econs e Humanos. [THALER; SUNSTEIN, 2009, pp. 6-7, tradução livre]

Como se pode notar, as teorias normativas revelaram-se insuficientes para compreender de modo satisfatório o processo decisório humano – analisado sob qualquer ótica –, por se desvincularem da realidade e apegarem-se a idealismos⁹⁸. Por essa razão, sofreram críticas das teorias descritivas em termos análogos aos questionamentos enfrentados, no âmbito do Direito, pela visão idealista (ver 1.1) em face do advento de visões como a realista (ver 1.2).

Nada obstante, é possível compreender as principais razões pelas quais as teorias normativas surgiram e se sustentaram durante algumas décadas. Primeiro, de um ponto de vista *ideológico*, assim como o paradigma tradicionalmente dominante no Direito, situaram-se elas em um contexto de pensamento racionalista, de específico desdobramento que podemos chamar de

⁹⁷ Richard Thaler, considerado um dos fundadores da Economia Comportamental, foi outro pesquisador a receber o Prêmio de Ciências Econômicas em Memória de Alfred Nobel, em 2017, por suas contribuições para esse campo científico (disponível em <nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/2017>, acesso em 01/01/2018).

⁹⁸ Uma breve e espirituosa história bem ilustra a insuficiência das teorias normativas para as decisões do cotidiano: “Um filósofo estava esforçando-se para decidir se permanecia na Universidade Columbia ou se aceitava uma oferta de emprego em uma universidade rival. Outro filósofo o aconselhou: ‘Apenas maximize sua utilidade esperada – você sempre escreveu sobre fazer isso.’ Exasperado, o primeiro filósofo respondeu: ‘Pare com isso, essa é uma questão séria.’” (GIGERENZER; TODD, 1999, p. 9, tradução livre)

revolução probabilística, por meio da qual se acreditava que as leis da probabilidade seriam o modo mais preciso de descrever ou prescrever o comportamento dos seres humanos (GIGERENZER; TODD, 1999, pp. 5-6)⁹⁹. Segundo, também *ideologicamente* falando, a racionalidade ocupa papel central no estudo tradicional da Economia – campo científico em que essas teorias despontaram –, de modo que, sem as evidências posteriormente apresentadas pelas teorias descritivas, não se poderia admitir que o homem econômico, mesmo após ter dominado as ferramentas da Ciência Econômica, fosse incapaz de tomar decisões plenamente racionais, consoante o seu alvedrio¹⁰⁰.

Terceiro, em uma perspectiva *científico-epistemológica*, a incorporação de aspectos psicológicos, com novas variáveis a serem consideradas, tornaria demasiadamente complexa a Teoria Econômica, já bastante preocupada com os seus cálculos matemáticos de maximização de utilidade. Quarto, sob um prisma *econômico*, a competitividade dos mercados exige do indivíduo a racionalidade das suas escolhas, e ótimas decisões, tais como as que eram preconizadas, aumentam as chances de êxito nesse cenário (TVERSKY; KAHNEMAN, 1986, pp. 251-252).

Contudo, para que se possa verdadeiramente potencializar a efetividade da tomada de decisão – seja econômica, jurídica ou de qualquer outro campo –, a racionalidade humana deve ser compreendida *como é*, com todas as limitações inerentes (p. ex., de informações, tempo e processamento cognitivo), não *como deveria ser*, em um plano ideal e muitas vezes não alcançável. Como referem Thaler e Sunstein (2009, p. 19), isso não significa que haja algo de errado conosco enquanto humanos, mas que nosso entendimento sobre comportamento e

⁹⁹ A revolução probabilística, para Gigerenzer e Todd (1999, pp. 5-6), foi uma decorrência do modo de pensar científico que apresentou a *incerteza* da realidade em substituição à *certeza* oferecida pelos conhecimentos outrora dominantes, como os religiosos. Ser racional, assim, passou a significar “domar a incerteza da vida” – o que implicaria a necessidade de cálculos de probabilidade.

¹⁰⁰ “A maioria dos estudantes de Economia já ouviu falar sobre Teoria Prospectiva e aversão à perda, mas você provavelmente não encontrará esses termos no índice de um texto introdutório de Ciência Econômica. Essa omissão às vezes me deixa aflito, mas na verdade ela é bastante razoável, devido ao papel central da racionalidade na teoria econômica básica. Os clássicos conceitos e resultados ensinados aos graduandos são mais facilmente explicados presumindo-se que os Econs não cometem erros tolos. Essa presunção é verdadeiramente necessária e seria abalada introduzindo-se os Humanos da Teoria Prospectiva, cujas avaliações de resultados são irracionalmente obtusas.” (KAHNEMAN, 2011, p. 286, tradução livre)

pensamento pode ser aprimorado “apreciando-se como as pessoas sistematicamente erram”.

Por fim, ressaltamos ser desejável e provavelmente imprescindível a existência de modelos normativos de tomada de decisão, os quais em grande medida conferem um norte para a maximização da racionalidade de nossas escolhas¹⁰¹. No entanto, como já referido, tais modelos revelaram-se insuficientes para uma adequada *descrição* do processo decisório humano, e apenas *precisas descrições* sobre julgamento e tomada de decisão ajudam a gerar *efetivas prescrições*. É por isso que recentemente se tem aludido a um terceiro grupo, espécie de meio termo entre as teorias normativas e as teorias descritivas, denominado de *teorias prescritivas*. Nesse sentido, prescrições consistem em tentativas de minimizar a incidência dos vieses (ver 2.4) detectados pelas descrições a partir dos padrões decisórios preconizados pelas normatizações, vez que “precisamos conhecer a natureza do problema antes de tentar corrigi-lo” (BARON, 2004, pp. 2-3).

Em síntese conclusiva desta seção, distinguimos, nas Ciências Sociais, dois grandes grupos de teorias sobre a tomada de decisão: (i) as teorias normativas, que, advindas especialmente da Ciência Econômica, preconizam condições ideais sobre como decisões racionais deveriam ser tomadas, pressupondo a plena capacidade do ser humano de tomá-las quando da sua consciência sobre tais modelos; e (ii) as teorias descritivas, que, originadas no âmbito da Psicologia Cognitiva – a partir do programa de investigação das Heurísticas e Vieses, iniciado pelos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman na década de 1970 –, buscam descrever como os seres humanos tomam decisões de fato, com base em limitações mentais e de ambiente. Ressaltamos que, apesar de o segundo grupo ter demonstrado a insuficiência do primeiro para a compreensão do fenômeno decisório humano, não há

¹⁰¹ Nesse sentido, Tonetto *et al.* (2006, p. 188) sugerem a *associação* de modelos descritivos com modelos normativos: “Modelos descritivos [...], como tentativas de descrever como os seres humanos tomam decisões de fato, podem ser associados aos modelos que objetivam a maximização da racionalidade por meio da definição de normas para a tomada de decisões – os modelos normativos. Essa proposta de associação pode ser entendida como uma tentativa de minimizar as limitações de ambos os tipos de modelos, de forma que, compreendendo os vieses que usualmente se dão na tomada de decisões, torna-se viável que se possa pensar de forma mais acurada.”

completa prescindibilidade de modelos normativos, inclusive havendo falar, atualmente, em teorias prescritivas como um terceiro e intermediário grupo.

2.2 DUAS FORMAS DE PENSAMENTO

Antes apresentarmos uma definição de “pensamento”, conceituaremos, com fins instrumentais, os termos “raciocínio”, “julgamento” e “tomada de decisão” – vez que são todos fenômenos distintos, embora inter-relacionados.

A palavra “*raciocínio*” designa tanto uma atividade da mente quanto o produto dessa atividade (PERELMAN, 2004, p. 1). No primeiro sentido, “raciocinar” consiste em extrair ou inferir conclusões a partir de um conjunto de fatos (premissas). Já no segundo, tem-se um encadeamento de proposições, cujas estruturas possíveis são examinadas pela disciplina conhecida como Lógica.

Julgamento, não obstante suas corriqueiras acepções na linguagem jurídica – como o ato ou a ocasião em que a autoridade julgadora delibera sobre um pedido a ela formulado –, possui definição mais sofisticada para a Psicologia Cognitiva. Trata-se do processo de avaliação, estimativa e inferência de eventos, por meio do qual “as pessoas integram sugestões múltiplas, falíveis, incompletas e às vezes conflituosas para inferir o que ocorre no mundo externo” (HASTIE, 2001, p. 657).

Já a *tomada de decisão*, entendida como atividade mental, pode ser definida como o processo de escolha de um curso de ação entre outros possíveis (HASTIE, 2001, p. 657). Do ponto de vista do resultado, pode-se imaginar uma tipologia de diversos tipos de decisão¹⁰²: (i) *escolha em sentido amplo*, eleição de uma alternativa entre as várias disponíveis¹⁰³; (ii) *aceitação* ou *rejeição*, escolha em que apenas uma opção modificadora da realidade é conhecida pelo

¹⁰² Yates e Tschirhart (2006, p. 422) adotam semelhante classificação, utilizada como base para a sistematização aqui proposta.

¹⁰³ Na *escolha em sentido amplo*, p. ex., o juiz *escolhe* a tutela jurisdicional que reputa mais adequada ao caso – ou mais de uma –, entre as seguintes possibilidades, tomando-se como base a classificação quinária de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (2008): declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental ou executiva em sentido amplo.

tomador de decisão, cabendo a ele adotá-la, de modo a alterar o *status quo*, ou recusá-la, com isso mantendo o atual estado de coisas¹⁰⁴; (iii) *avaliação*, atribuição de valor a algo¹⁰⁵; e (iv) *criação*, construção, a partir dos recursos disponíveis, de uma solução para determinado problema¹⁰⁶. Nas chamadas *decisões sob incerteza* – foco do presente trabalho –, o indivíduo percebe perspectivas incertas ou desconhecidas para as suas escolhas; já as *decisões de risco* são aquelas em que o decisor conhece as probabilidades associadas às suas opções (TONETTO *et al.*, 2006, p. 207).

Pensamento, finalmente, é conceito ainda mais amplo, envolvendo todos os processos cognitivos anteriores. Em termos sintéticos, requer que se vá além da informação dada, a fim de se alcançar um objetivo – seja uma solução, uma crença ou uma decisão (MATLIN, 2012, p. 372).

As chamadas *Teorias do Processo Duplo* (*Dual Process Theories*), ainda que sob visões mais ou menos variadas¹⁰⁷, sustentam, de modo geral, a existência de duas formas de pensamento, decorrentes de dois processos cognitivos distintos¹⁰⁸: (i) um processo inconsciente, intuitivo e automático e (ii) outro processo consciente, reflexivo e controlado. Kahneman, que propôs a sua versão em 2003, utiliza como explicação uma metáfora segundo a qual dois

¹⁰⁴ Na *aceitação* ou *rejeição*, p. ex., o julgador, depois analisar requerimento de tutela de urgência da parte autora, pode *aceitar* ou *rejeitar* o pleito, a depender do preenchimento ou não dos requisitos para a sua concessão (art. 300, *caput*, do CPC/2015).

¹⁰⁵ Na *avaliação*, p. ex., em processo judicial envolvendo Responsabilidade Civil, caso entenda pela presença de todos os seus pressupostos, o magistrado, ao arbitrar a indenização devida, *avalia* a quantia mais adequada, haja vista fatores como a extensão do dano e a gravidade da culpa (art. 944 do CC/2002).

¹⁰⁶ Na *criação*, p. ex., diante de questão jurídica sem aparente solução legislativa ou jurisprudencial, ou com o intuito de promover a maior justiça possível ao caso, pode o julgador, porque autorizado pelo sistema (art. 4º da LINDB/1942), *criar* solução jurídica a partir de princípio geral de Direito ou de analogia.

¹⁰⁷ A rigor, há dezenas de Teorias do Processo Duplo nos termos básicos descritos, as quais, embora no geral semelhantes, muitas vezes divergem em detalhes, como aspectos terminológicos. Stanovich e West (2000, p. 659) apresentam, em sua Tabela 3, um panorama das principais teorias existentes até aquele momento – lista à qual hoje poderíamos acrescentar, p. ex., as versões de Kahneman (2003 e 2011), de Slovic *et al.* (2004) e de Strack e Deutsch (2004). No presente trabalho, adotamos como premissa teórica a de Kahneman.

¹⁰⁸ Em última análise, como observam Reyna e Brust-Renck (2014, p. 225), as Teorias do Processo do Duplo, ao estabelecerem a existência e as relações entre dois processos cognitivos distintos, denotam suas raízes no cartesianismo (contrapondo razão e emoção) e na Teoria Psicodinâmica de Sigmund Freud (contrapondo processo primário e processo secundário).

agentes, o Sistema 1 e o Sistema 2¹⁰⁹, são responsáveis, respectivamente, pelo pensamento rápido (*fast thinking*) e pelo pensamento devagar (*slow thinking*).

O *Sistema 1*, para operar de modo automático, utiliza mínimo ou nenhum esforço mental. Em termos evolutivos, acionam-se, principalmente, as áreas mais antigas do cérebro humano, tradicionalmente relacionadas aos instintos de sobrevivência, às funções biológicas básicas, às emoções e aos pensamentos intuitivos¹¹⁰. Essa forma de pensar, entre outras características, continuamente associa ideias; simplifica os raciocínios, em busca de coerência; avalia os eventos da vida como normais ou surpreendentes, conforme os hábitos do indivíduo; e gera intuições, impressões, sentimentos e impulsos, os quais, se endossados pelo Sistema 2 – e normalmente o são, como se verá –, se tornam crenças ou ações deliberadas (KAHNEMAN, 2011, p. 24).

As capacidades do Sistema 1 incluem habilidades inatas que compartilhamos com outros animais. Nascemos preparados para perceber o mundo ao nosso redor, reconhecer objetos, orientar atenção, evitar perdas e ter medo de aranhas. Outras atividades mentais tornam-se rápidas e automáticas através de prática prolongada. O Sistema 1 aprendeu associação entre ideias [...] [e] habilidades como ler e entender nuances de situações sociais. [KAHNEMAN, 2011, pp. 21-22, tradução livre]

O Sistema 1 é responsável pelas heurísticas, a serem adiante analisadas (ver 2.3), bem como por outras formas de pensamento intuitivo – cujo funcionamento

¹⁰⁹ A nomenclatura em questão, conforme Kahneman (2003, p. 698), é atribuída a Stanovich e West (2000).

¹¹⁰ Diferentemente das “aquisições neurais modernas do neocórtex, aquelas que permitem percepção refinada, linguagem e raciocínio superior”, essas estruturas neurais antigas são localizadas em regiões mais profundas do cérebro, sendo intimamente associadas à regulação da vida (DAMÁSIO, 1999, pp. 272-276, tradução livre). Contudo, com os avanços da *Neurociência*, a partir de estudos de neurocientistas como o português António Damásio, não parece mais adequado sustentar a *visão dual cartesiana* de que, enquanto o “velho cérebro” levaria a impulsos, instintos e emoções (“coisas fracas e carnis”), o “novo cérebro” deliberaria com razão, sabedoria e força de vontade: a consciência e a racionalidade parecem depender e operar com ambas as regiões cerebrais (DAMÁSIO, 1994, p. 128; 1999, pp. 272-276). Da mesma forma, parece-nos, Sistema 1 e Sistema 2 não devem ser vistos sob essa radical dualidade, haja vista, (i) serem representações teóricas elaboradas com fins didáticos, sendo os processos de julgamento e tomada de decisão em geral complexos e integradores dessas duas formas de pensar em graus bastante variados; e (ii) constituírem processos paralelos e dependentes para decisões adaptativas e eficientes no cotidiano.

não é consensualmente explicado pelos cientistas¹¹¹⁻¹¹². Fato é que as intuições, assim como as emoções¹¹³, têm sido reconhecidas como elementos essenciais para a tomada de decisões. Por fim, atribuem-se ao Sistema 1 atividades que, embora suscetíveis de controle voluntário, geralmente funcionam em “piloto automático”; bem como atividades em que há expertise do indivíduo, a partir de adequado treinamento e prática prolongada, situação em que cada vez menos atenção e esforço mental são exigidos (PASHLER, 1998, p. 357).

O *Sistema 2*, por seu turno, deliberadamente direciona atenção apenas para atividades que demandam considerável esforço mental. Atribui-se a ele a

¹¹¹ “Qual é a racionalidade subjacente a uma intuição? Até recentemente, a resposta a essa questão era largamente desconhecida. Por definição, a pessoa por meio de intuição não consegue explicar. Proeminentes filósofos argumentaram ser a intuição misteriosa e inexplicável. Pode a ciência revelar o segredo? Ou a intuição elude o alcance humano – voz de Deus, palpites sortudos ou um sexto sentido além dos limites da compreensão científica? [...] [Argumento] que a intuição é mais do que impulso e capricho; ela tem a sua própria racionalidade. [...] [C]onsiste de dois componentes: 1. simples regras de bolso, que tiram vantagem de 2. capacidades evoluídas do cérebro.” (GIGERENZER, 2007, pp. 17-18, tradução livre) Ainda, para Gigerenzer (2007, pp. 47-49), crítico da abordagem de Tversky e Kahneman sobre as heurísticas (ver 2.3), o pensamento intuitivo – responsável pelo que denomina de *inteligência do inconsciente* – é a *rápida avaliação* resultante de uma combinação de *regras de bolso (heurísticas)*, *capacidades cerebrais evoluídas* e *estruturas ambientais*.

¹¹² Já para Kahneman (2011, pp. 11-12), seguindo a linha iniciada por Herbert Simon (1992, p. 155), a intuição seria o *reconhecimento* de elementos familiares em novas situações, para nelas se agir apropriadamente. Dependeria ela de elevada *acessibilidade* do respectivo conteúdo mental – entendida como a facilidade (*i. e.*, grau de velocidade de processamento cognitivo e de esforço mental despendido) com que esse conteúdo vem à mente (KAHNEMAN, 2003, p. 699). Nesse sentido, um pensamento é considerado intuitivo se é altamente acessível, *i. e.*, se vem à mente de modo rápido e sem dispêndio de esforço mental considerável.

¹¹³ Bastante ilustrativo sobre a importância das emoções nos julgamentos e nas tomadas de decisão é o paradigmático caso de Phineas Gage (1823-1861) – operário estadunidense que, em acidente laboral envolvendo o uso de explosivos na construção de uma estrada, teve contra si violentamente projetada uma barra de ferro, que entrou por sua bochecha esquerda, perfurou o seu crânio, atravessou a parte frontal do seu cérebro e saiu pelo topo de sua cabeça. Incrivelmente, Gage sobreviveu, recuperou-se e aparentemente voltou a levar uma vida normal – mas nem tanto, do ponto de vista comportamental: antes conhecido por amigos e colegas como homem equilibrado emocionalmente e persistente na execução de tarefas, Gage agora havia se tornado um indivíduo grosseiro e instável em suas relações pessoais e profissionais e incapaz tanto de ponderar consequências para suas atitudes como de elaborar planos futuros. Pesquisas posteriores à sua morte (não diretamente relacionada ao acidente), em seu crânio, constataram ter a lesão ocorrido em seu córtex pré-frontal, parte do cérebro até então não considerada pela Ciência como relacionada ao pensamento racional. Como refere António Damásio (1994, p. xii, tradução livre), “[o]s instrumentos usualmente considerados necessários e suficientes para o comportamento racional ficaram nele intactos. Ele tinha os indispensáveis conhecimento, atenção e memória; sua linguagem era impecável; podia desempenhar cálculos; podia acompanhar a lógica de um problema abstrato. Só havia um significativo defeito que levava à falha da sua tomada de decisão: uma acentuada alteração da sua habilidade de experienciar sentimentos. Razão falha e sentimentos comprometidos sobressaíram-se juntos como consequências de uma específica lesão cerebral, e essa correlação a mim foi bastante sugestiva de que sentimentos são um componente integral do mecanismo da razão.” Para análise mais minuciosa do Caso Gage, ver: Damásio (1994, pp. 3-33).

tarefa de fornecer as respostas quando o Sistema 1 não é capaz de oferecer soluções adequadas para determinados problemas, seja pela sua complexidade ou em razão da sua novidade perante o tomador de decisão. Em outras palavras, o Sistema 2 só é mobilizado ao se detectar um evento violador do modelo de mundo mantido pelo Sistema 1 (KAHNEMAN, 2011, p. 24).

As altamente diversificadas operações do Sistema 2 têm uma característica em comum: elas requerem atenção e são interrompidas quando a atenção é desviada. [...] Ao Sistema 2 também é creditado o contínuo monitoramento do seu próprio comportamento – o controle que o mantém educado quando você está zangado, e alerta quando você dirige à noite. [...] [Uma das suas tarefas] é dominar os impulsos [e as sugestões] do Sistema 1. Em outras palavras, o Sistema 2 é encarregado do autocontrole. [KAHNEMAN, 2011, pp. 22, 24 e 26, tradução livre]

Exemplificativamente¹¹⁴, pode-se distinguir o esforço mental empreendido pelo juiz quando do julgamento de uma demanda repetitiva, envolvendo matéria que ele já esteja acostumado a apreciar, não raro diariamente, daquele despendido pelo mesmo julgador diante de uma causa absolutamente singular, sobre cuja questão jurídica, complexa, ele nunca antes havia decidido, talvez sequer cogitado enfrentar algum dia. Na primeira situação, com predominância de atividade do Sistema 1, a resolução do caso chega a ser realizada de modo mecânico, com o reaproveitamento de modelos decisórios já existentes, modificando-se apenas alguns dados, como a qualificação das partes e a data do julgamento, e, quando muito, atualizando-se os precedentes judiciais mencionados. Já no segundo cenário, tanto a complexidade como a novidade atraem a atenção do Sistema 2, sendo a atividade cognitiva demandada muito mais intensa e necessitando-se, para uma solução jurídica satisfatória, de concentração e reflexão – além de, evidentemente, minuciosas pesquisas legislativa, jurisprudencial e doutrinária.

¹¹⁴ Kahneman (2011, pp. 20-22) fornece alguns exemplos bastante elucidativos de atividades rotineiras características de um ou outro sistema, como: (i) calcular o resultado de $2 + 2 = ?$, dirigir um carro em uma rua vazia e compreender frases simples, ações geralmente a cargo do Sistema 1; e (ii) calcular o produto de $17 \times 24 = ?$, estacionar o carro em espaço apertado e checar a validade de um complexo argumento lógico, comportamentos na maioria das vezes originados do esforço mental empreendido pelo Sistema 2.

A “divisão de trabalho” entre tais sistemas é, em geral, bastante eficiente, pois minimiza o esforço mental e otimiza a performance cognitiva (KAHNEMAN, 2011, p. 25). Porém, a capacidade de processamento da mente humana é consideravelmente limitada – o que influencia significativamente na atuação conjunta desses dois sistemas. Cabe aqui breve menção a alguns exemplos:

a) Há, primeiro, que se destacar que todo tipo de esforço mental – característico das atividades controladas pelo Sistema 2 – consome uma fonte finita de *energia*, que precisamos constantemente repor. O sistema nervoso, assim como todo o organismo humano, mas em intensidade particularmente elevada, depende de *glicose* para executar as suas funções:

[O] corpo humano é inegavelmente um sistema movido a energia, e a sua própria vida depende da ingestão de energia e do posterior uso desta para abastecer as suas atividades, incluindo processos psicológicos complexos. O cérebro humano consome 20% das calorias do corpo mesmo constituindo apenas 2% da massa corporal [...]. Para a evolução ter optado por processos psicológicos tão caros do ponto de vista energético, esses processos devem ter pagado grandes dividendos adaptativos a fim de compensar tamanho custo calórico. [GAILLIOT *et al.*, 2007, p. 325, tradução livre]

Evidências apontam que, em momentos de baixa concentração de glicose na corrente sanguínea – ou de deficiências na metabolização ou no transporte –, ocorre queda de desempenho ou qualidade em atividades que demandam maior esforço mental e que, conseqüentemente, têm gasto energético mais elevado (GAILLIOT *et al.*, 2007, p. 326)¹¹⁵. Da mesma forma, observa-se, nessas situações, maior tendência de simplificação do raciocínio e de manutenção do *status quo* (ver nota 139).

¹¹⁵ “Mesmo que quase todas as atividades do cérebro consumam glicose em alguma medida, a maioria dos processos cognitivos é relativamente imune a sutis ou pequenas flutuações nos níveis de glicose dentro de uma amplitude normal ou saudável. Processos controlados e demandantes de esforço que dependem da função executiva, contudo, não são como a maior parte dos processos cognitivos, pois parecem altamente suscetíveis a variações normais de glicose. [...] Baixa glicose, portanto, parece prejudicar os processos controlados e demandantes de esforço, mas não os processos automáticos e mais simples, muito provavelmente porque processos controlados requerem mais glicose do que processos automáticos.” (GAILLIOT *et al.*, 2007, p. 326, tradução livre)

É o caso da tomada de decisão judicial. A esse respeito, cabe aludir a célebre estudo realizado com magistrados israelenses (DANZIGER *et al.*, 2011). Durante o período de 10 meses, foram analisadas 1.112 decisões proferidas por oito juízes revisores de prisões, cada um com experiência média de mais de 20 anos de atuação jurisdicional. Sem que estivessem cientes do experimento, os julgadores também tiveram monitorados os momentos do dia em que proferiram tais decisões, considerando os seus intervalos para três refeições diárias – o café da manhã, o lanche do meio da manhã e o almoço. Constatou-se que, logo após cada refeição, em média 65% das decisões eram favoráveis aos pedidos dos presos, percentual que caía para até 0% logo após duas horas de trabalho ininterrupto¹¹⁶, imediatamente antes do intervalo seguinte.

Conclui-se, assim, que juízes em jejum prolongado (e cansados) tendem a simplificar as suas decisões e a manter o *status quo* – no caso do estudo, seja denegando o pedido do preso, seja postergando a sua análise, o que também é uma forma de conservar o estado de coisas. Curiosamente, o polêmico experimento¹¹⁷, se não verifica diretamente a validade empírica da expressão realista “a justiça é o que o juiz comeu no café da manhã” (ver 1.2) – e nem o poderia fazê-lo, em razão dos exageros e reducionismos dela –, ao menos fornece evidências de que as decisões judiciais podem em alguma medida ser influenciadas pela maior ou menor concentração, no sangue, de glicose, fonte de energia necessária para as complexas operações mentais inerentes ao raciocínio jurídico.

b) Nota-se também que, em casos de sobrecarga de esforço mental, o Sistema 2 tende a priorizar a atividade que considera mais importante, focando exclusivamente nela a sua atenção (KAHNEMAN, 2011, p. 35), a fim de economizar a energia disponível. Por esse motivo, “[p]essoas *cognitivamente*

¹¹⁶ Cada pedido levava, em média, seis minutos para ser apreciado, sendo que, em sucessão, cada juiz julgava entre 14 e 35 casos (DANZIGER *et al.*, 2011, p. 6.889).

¹¹⁷ O experimento em questão, como seria de esperar, tem sofrido diversas críticas. P. ex., Glöckner (2016), após analisar a base de dados utilizada por Danziger *et al.* (2011), afirma que a queda dos percentuais verificada pelo estudo pode ser explicada, em parte, não apenas por inconsistências de análise estatística dos pesquisadores, mas também por questões como o gerenciamento racional do tempo dos pesquisados: ao perceber que um caso pode ter exame mais demorado e eventualmente receber decisão favorável, o magistrado pode postergar a análise para depois da sua pausa.

ocupadas estão mais suscetíveis a fazer escolhas egoístas, usar linguagem sexista e fazer julgamentos superficiais em situações sociais” (KAHNEMAN, 2011, p. 41, tradução livre).

Assim, p. ex., esforçar-se para manter-se acordado após uma noite mal dormida¹¹⁸ consome energia de tal modo que, nessa situação, torna-se muito mais difícil concentrar-se para, simultaneamente, resolver problemas mentais difíceis, como são em geral os problemas jurídicos.

c) Ademais, tem sido observado, em diversos experimentos¹¹⁹, o fenômeno conhecido como *esgotamento de ego* (*ego depletion*). Trata-se da temporária redução da capacidade ou disposição de realizar uma ação voluntária que demande considerável esforço mental, em razão do recente desempenho de outra atividade com as referidas características, ainda que sejam tarefas bastante distintas¹²⁰. Isso ocorre porque ambos os atos consomem a mesma fonte de energia disponível (glicose).

É por isso que, p. ex., a resolução de um caso jurídico complexo gera no operador do Direito a temporária sensação de exaustão mental, sendo muito difícil para ele passar imediatamente à análise de caso de semelhante complexidade, sem antes permitir-se ao menos uma rápida pausa.

Além de um breve descanso, a ingestão de alimento que proporcione rápida absorção de glicose¹²¹, ou até mesmo incentivos positivos no ambiente

¹¹⁸ Há, inclusive, evidências de que a privação de sono interfere negativamente na metabolização de glicose, diminuindo a sua intensidade (LEPROULT, Rachel *et al.*, 2003).

¹¹⁹ P. ex., menciona-se um dos experimentos conduzidos por Baumeister *et al.* (1998). Nele, pessoas que mantiveram autocontrole (primeira atividade de esforço mental) a ponto de comerem rabanete mesmo tendo à sua frente chocolate desistiram, na sequência, de tentar resolver enigmas (segunda atividade de esforço mental) mais cedo do que pessoas que não precisaram resistir àquela tentativa inicial.

¹²⁰ Nesse sentido: “[U]samos o termo *esgotamento de ego* para nos referir à redução temporária da própria capacidade ou disposição para envolver-se em uma ação volitiva (incluindo o controle do ambiente, o autocontrole, a feitura de escolhas e a iniciativa de nova ação) causada por um prévio exercício de volição.” (BAUMEISTER *et al.*, 1998, p. 1.258, tradução livre)

¹²¹ Ao abordar o esgotamento de ego especificamente no caso de autocontrole, uma típica ação que demanda esforço mental, advertem Gailliot *et al.* (2007, p. 334, tradução livre): “Não pretendemos advogar o consumo de largas quantidades de açúcar como uma estratégia ideal para aprimorar o autocontrole. Comer muitas barras de doce, por exemplo, pode gerar a alguém um impulso energético e um melhor autocontrole, mas esses benefícios provavelmente desaparecerão quando os níveis de glicose eventualmente caírem. Proteína ou carboidratos complexos podem ser mais efetivos para autocontrole permanente. Utilizamos açúcar em nossos estudos pois age rápido e é conveniente.”

externo¹²², são fatores que podem reverter ou compensar o esgotamento de ego. Nesse sentido, a motivação pessoal também pode ajudar, embora a sua ausência, para Gailliot *et al.* (2007), não deva ser entendida como causa para o esgotamento de ego¹²³.

De outro lado, atividades que não demandam atenção e esforço mental não prejudicam a realização, seja concomitante ou posterior, de outras atividades (PASHLER, 1998, p. 357).

d) Por fim, mas não menos importante, outra limitação à eficiência da nossa capacidade cognitiva diz respeito à impossibilidade de considerarmos, para cada decisão tomada, todas as opções e probabilidades envolvidas – motivo pelo qual desenvolvemos, adaptativamente, as *heurísticas*, mecanismos cognitivos a serem abordados na próxima seção (ver 2.3).

Em síntese conclusiva desta seção, demonstramos que as Teorias do Processo Duplo sustentam, de modo geral, a existência de duas formas de pensamento, decorrentes de dois processos cognitivos distintos: (i) um processo inconsciente, intuitivo e automático; e (ii) outro processo consciente, reflexivo e controlado. Expusemos a versão de Daniel Kahneman, proposta em 2003, que denomina esses processos, respectivamente, de Sistema 1 e de Sistema 2, os quais operam em geral com “divisão de trabalho” eficiente, mas sob limitações como: (i) uma fonte finita de energia (glicose) para o dispêndio de esforço mental; (ii) a priorização de determinadas atividades em caso de sobrecarga de esforço mental; (iii) o esgotamento de ego; e (iv) as heurísticas.

¹²² P. ex., em estudos realizados por Tice *et al.* (2007), pessoas com ego previamente esgotado realizaram novas tarefas envolvendo esforço mental, com a diferença de que algumas, antes das suas segundas atividades, ou assistiram a um vídeo de comédia, ou receberam um presente-surpresa; enquanto outras, ou receberam estímulos considerados neutros, ou até mesmo foram induzidas a ficar tristes. Observou-se que os indivíduos que receberam estímulos positivos obtiveram desempenho consideravelmente melhor na segunda atividade do que os demais.

¹²³ “[O] comportamento durante esse estado [esgotamento de ego] ainda pode responder a incentivos motivacionais, mas o estado [...] não é primariamente um déficit de motivação. Por analogia, dinheiro pode induzir uma pessoa a continuar trabalhando apesar da exaustão física, mas isso não significa que a exaustão física é essencialmente o resultado de falta de dinheiro. Na medida em que [...] o esgotamento é um déficit de combustível, ele não reflete uma deficiência na capacidade de desempenhar por causa de desejo (motivação), ainda que estimular desejo possa às vezes compensar uma capacidade reduzida.” (GAILLIOT *et al.*, 2007, p. 334, tradução livre)

2.3 HEURÍSTICAS

As *heurísticas* podem ser entendidas como substituições de atributos, espécies de atalhos mentais utilizados para simplificar os julgamentos realizados sob incerteza, com as vantagens de redução do esforço mental e do tempo despendido para a tomada de decisão. Por meio dessas operações automáticas, atribuídas ao Sistema 1, frequentemente, quando nos deparamos com uma questão difícil, respondemos a outra (pergunta-*heurística*) em seu lugar, mais simples e de resposta mais acessível, muitas vezes sem perceber tal substituição (KAHNEMAN, 2011, pp. 12 e 97-104):

Diz-se ser um julgamento mediado por uma *heurística* quando o indivíduo avalia um específico *atributo objeto* do julgamento substituindo-o por um *atributo heurístico* relacionado, que vem mais facilmente à mente. [...] [A]s pessoas, quando confrontadas com uma questão difícil, às vezes respondem a uma mais fácil no seu lugar. A palavra *heurística* é utilizada com dois sentidos [...]. O substantivo refere-se ao processo cognitivo, e o adjetivo [...] especifica o atributo substituído em um dado julgamento. [KAHNEMAN, 2003, p. 707, tradução livre]

Tversky e Kahneman (1974) inicialmente descreveram três *heurísticas* básicas a guiarem os julgamentos e as tomadas de decisão das pessoas sobre probabilidades subjetivas¹²⁴ e estimativas de quantidade: (i) disponibilidade, (ii) representatividade e (iii) ancoragem e ajustamento:

a) A *disponibilidade (availability)* consiste na facilidade com que certos fatos ou eventos são recordados ou imaginados pelo tomador de decisão (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1.127) – podendo, assim, acarretar uma super ou subestimação da sua probabilidade ou frequência de ocorrência. Assim, “as pessoas julgam essa probabilidade pela facilidade de evocar exemplos em suas memórias” (TONETTO *et al.*, 2006, p. 184).

¹²⁴ Podemos definir *probabilidade subjetiva* como uma estimativa da frequência de um evento realizada por um sujeito a partir da sua intuição – sem compromisso, conforme Kahneman e Tversky (1972, p. 431), em “satisfazer quaisquer axiomas ou requerimentos de consistência”. Não se confunde, pois, com *probabilidade objetiva*, a qual “denota valores calculados, com base em premissas estabelecidas, conforme as leis dos cálculos de probabilidade” (KAHNEMAN; TVERSKY, 1972, p. 431, tradução livre).

São diversas as situações em que, ao tentarmos estimar a probabilidade ou frequência de ocorrência de algum evento, substituímos essa questão por outra (pergunta-heurística) cuja resposta é a impressão que temos gerada por um ou mais exemplos imaginados. P. ex., uma única má experiência com advogado, seja por desídia, perda de prazo processual ou cobrança abusiva de honorários por parte daquele profissional, ao ser evocada na memória de uma pessoa que pretende ajuizar uma ação judicial, pode levá-la a indevidamente desacreditar toda a classe e a, eventualmente, repensar o pleito¹²⁵.

Já na esfera da decisão judicial, pode-se imaginar a atuação da heurística da disponibilidade, p. ex., sobre o julgador que recentemente tenha decidido algum caso complexo, pessoalmente marcante para ele, com base em aplicação de princípio jurídico – como o da proporcionalidade (art. 8º do CPC/2015). Nesse caso, é muito provável que, durante algum tempo, diante do surgimento de outras causas difíceis, sem aparente previsão legislativa, solução pacificada na jurisprudência ou menção na doutrina, esse juiz fique muito mais propenso a tentar solucioná-las com base na análise da proporcionalidade, cujos critérios de aferição¹²⁶ estarão bastante disponíveis ou presentes em sua mente¹²⁷. Essa probabilidade possivelmente seria menor caso o magistrado, mesmo que familiarizado com os pressupostos teóricos do referido princípio, com base nele nunca tivesse decidido ou há muito tempo não o fizesse. Em situações como essa, corre-se o risco de desconsiderar as peculiaridades do caso concreto, devido à viva lembrança da técnica decisória aplicada a um ou mais julgados anteriores – e a conseqüente tendência de novamente utilizá-la¹²⁸.

¹²⁵ Nesse sentido, exemplos oriundos de experiências pessoais tendem a ser muito mais disponíveis em nossa mente – e, conseqüentemente, considerados no julgamento e na tomada de decisão – do que incidentes ocorridos com outras pessoas de que temos notícia (KAHNEMAN, 2011, p. 130).

¹²⁶ São esses critérios a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito, na visão de autores como Humberto Ávila (2018, pp. 205-220).

¹²⁷ Analogamente, a probabilidade de um médico apresentar determinado diagnóstico a um paciente tende a aumentar caso tenha ele recentemente lidado com um ou mais casos semelhantes – pois o respectivo diagnóstico estará bastante disponível em sua mente. Veja-se, p. ex., o estudo de Poses e Anthony (1991).

¹²⁸ Não estamos aqui a valorar negativamente a decisão judicial com base em princípio, mesmo porque ela é expressamente permitida pelo ordenamento jurídico (art. 4º da LINDB/1942). O que cabe, para deliberações complexas – como as decisões judiciais –, é questionar, sempre que possível, a *origem* do nosso pensamento. No exemplo específico, poder-se-ia autoindagar: “Por que estou cogitando decidir *esta* causa com base no princípio da proporcionalidade?”

b) A *representatividade* (*representativeness*) constitui a elevada probabilidade conferida à ocorrência de um evento quando ele parece ser típico ou representativo de certa situação (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1.124). Ela “é determinada pela grande similaridade de um evento específico com a maioria dos outros de uma mesma classe” (TONETTO *et al.*, 2006, p. 186).

No cotidiano, frequentemente utilizamos a heurística da representatividade, p. ex., para estabelecermos maior ou menor confiança em atos praticados por autoridades ou instituições. Recente pesquisa promovida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) de São Paulo constatou que apenas 6% a 7% dos brasileiros afirmam confiar no Governo Federal, no Congresso Nacional e nos Partidos Políticos¹²⁹. Desse modo, projetos de lei e políticas públicas, antes de terem o seu teor efetivamente analisado (e eventuais pontos positivos constatados), tendem a ser avaliados sob desconfiança pelos brasileiros, por serem considerados *representativos* de instituições desacreditadas, geralmente associadas à corrupção e a desmandos diversos pelo imaginário comum¹³⁰. Semelhante tende a ser o nosso raciocínio ao avaliarmos projetos de lei e políticas públicas engendradas por políticos ou governos de ideologia conflitante com a nossa, casos em que a nossa visão negativa dessa ideologia costuma estender-se automática e inconscientemente a essas propostas – *representativas* de modos de convivência que não desejamos para a sociedade –, sem que antes as analisemos de modo minudente.

Será porque recentemente decidi outra em sentido parecido? Será a decisão mais adequada para este caso, com suas peculiaridades? Há outras soluções possíveis?”

¹²⁹ Trata-se de pesquisa empreendida no âmbito do programa “Índice de Confiança na Justiça Brasileira” (ICJBrasil), levantamento estatístico realizado sob a coordenação de Luciana Gross Cunha com o objetivo de acompanhar de modo sistemático o sentimento da população brasileira em relação ao Poder Judiciário brasileiro, bem como a outras instituições. Os dados referidos foram coletados no primeiro semestre de 2017. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/6618>. Acesso em 15/04/2018.

¹³⁰ Sobre a representatividade nas avaliações das pessoas acerca de modificações no sistema tributário, aponta Fábio Goulart Tomkowski (2017, pp. 110-11): “Qualquer eventual modificação no sistema tributário, em razão da heurística da representatividade, poderá causar aversão por parte da população. Essa aversão ocorre porque já foi estabelecida a pré-compreensão de que sempre que o governo realiza uma mudança com relação aos tributos, ele o faz visando [a] um benefício próprio, como aumento de arrecadação [e] não a melhoria para os cidadãos. [...] [Acaba-se] dificultando a realização de reformas no sistema tributário, pois, em decorrência [dessa heurística], parte-se do princípio [de] que as mudanças serão sempre em desfavor do povo e em benefício dos governantes, mesmo que isso nem sempre corresponda à verdade.”

Na tomada da decisão judicial, a heurística da representatividade pode manifestar-se, p. ex., na maior ou menor valoração do *éthos* (ver 1.3) da argumentação desenvolvida pela parte. Assim, ao ler uma petição subscrita por um advogado de elevado conceito (inclusive acadêmico) no meio jurídico, pode o julgador, inconscientemente, conferir maior peso aos argumentos ali postos, menos pelo seu conteúdo e mais por parecerem *representativos* de argumentos bem fundamentados. Pelo mesmo motivo, citações de renomados doutrinadores podem ser mais atentamente consideradas para a resolução do caso. Nas duas situações mencionadas, o oposto também é válido: argumentos provenientes de advogados e doutrinadores com má reputação tendem a ser avaliados como *representativos* de argumentos de qualidade duvidosa.

c) A *ancoragem e ajustamento (anchoring and adjustment)* foi explicada como a tendência de as pessoas realizarem estimativas a partir de um valor inicial que seria mentalmente ajustado para produzir a resposta final, sendo esse ajustamento frequentemente insuficiente (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1.128). Todavia, em razão de a classificação desse fenômeno – hoje mais comumente denominado apenas de *ancoragem* – ser na atualidade bastante controvertida, e por ser ele bastante visível em diversas situações decisórias no âmbito do processo judicial, o analisaremos, do ponto de vista dos seus efeitos, separadamente, na seção 3.

Desde a década de 1970, além de as três referidas heurísticas terem sido objeto de diversos estudos – tendo seus conceitos aprimorados e eventualmente revisados –, outras foram propostas e documentadas. Uma das mais notórias é a *heurística do afeto (affect heuristic)*, apresentada pelo psicólogo Paul Slovic e sua equipe, muito com base nas pesquisas do também psicólogo Robert Zajonc acerca dos julgamentos de afeto¹³¹ e do neurocientista António Damásio (ver

¹³¹ Zajonc (1980) já sustentava a ocorrência de julgamentos de afeto (p. ex., preferências, *i. e.*, avaliações sobre “gostar” e “não gostar”) sem a necessidade de processamentos cognitivos complexos – concluindo que afeto e cognição estariam sob o controle de sistemas separados e parcialmente independentes, apesar de mutuamente influenciáveis, e que ambos constituiriam fontes de efeitos relevantes no processamento de informação. O julgamento de afeto, em verdade, seria uma de nossas primeiras reações, de caráter automático, diante de estímulos: “[O] afeto está *sempre* presente como companhia do pensamento, mas o inverso não é verdadeiro para a cognição. Na verdade, é inteiramente possível que mesmo o primeiro estágio de reação de um organismo a estímulos e mesmo os primeiros elementos em recuperação sejam afetivos. É, além disso, possível que possamos gostar ou ter medo de

nota 109). Por meio desse automatismo, tendemos a substituir a questão principal por um julgamento do nosso *grau de afeto* em relação a eventos, objetos ou indivíduos relacionados, abrangendo sentimentos positivos e negativos associados a essa representação mental (SLOVIC *et al.*, 2002, p. 400).

Tome-se como exemplo a tomada de decisão judicial em processo penal do qual seja réu indivíduo publicamente conhecido por investigações, acusações ou condenações relativas a crimes ignóbeis¹³². Pode o julgador, inconscientemente, avaliar, entre outras, as seguintes categorias jurídicas, menos conforme a objetividade dos elementos probatórios constantes dos autos e mais segundo a subjetividade do seu *grau de afeto* (aqui em sentido negativo, possivelmente associado a elevada repulsa) em relação ao sujeito acusado: circunstâncias judiciais como a culpabilidade, a conduta social e a personalidade do agente (art. 59 do CP/1940) e agravantes como a futilidade e a torpeza motivadoras do crime (art. 61, inciso II, alínea “a”, do CP/1940), elementos todos relacionados à dosimetria da pena.

Isso posto, pode-se aferir que as heurísticas

têm como ponto comum a influência da experiência ou da sugestão prévia em relação a dado problema decisório. Seja em função de sugestão de valores (ancoragem), memória ou imaginação (disponibilidade) ou, ainda, da similaridade de um evento com outros

algo antes de precisamente sabermos o que seja e talvez mesmo *sem* sabê-lo. E, quando tentamos recordar um episódio, uma pessoa, uma parte de música, uma história, um nome, qualquer coisa afinal, a qualidade afetiva do estímulo original é o primeiro elemento a emergir.” (ZAJONC, 1980, p. 154, tradução livre) Prossegue: “Às vezes, iludimos a nós mesmos sobre procedermos de modo racional e sopesarmos todos os prós e contras das várias alternativas. Mas, provavelmente, isso seja raro. Muito frequentemente ‘Eu decidi em favor de X’ não seja mais do que ‘Eu gostei de X’. Na maior parte das vezes, as informações coletadas sobre as alternativas nos servem menos para tomar uma decisão do que para justificá-la posteriormente.” (ZAJONC, 1980, p. 155, tradução livre)

¹³² Experimento de Tavares e Hannikainen (2018) constata que a emoção do nojo, ao desempenhar significativo papel na realização de juízos morais – por vezes muito imbricados na resolução de casos jurídicos –, constitui fator de influência na tomada de decisões judiciais. Isso porque, em experimento simulado, se percebeu maior média de penas atribuídas em casos cujos crimes extrapolariam o chamado domínio da pureza (esfera moral relacionada à manutenção da higidez do corpo e da espiritualidade), p. ex., sacrifício ritual de animais (art. 32 da Lei n. 9.605/1998), em comparação com casos cujos crimes não o extrapolariam, p. ex., furto simples (art. 55 do CP/1940). Por hipótese, do ponto de vista da heurística do afeto, é provável que o *grau de afeto* de julgadores em relação a acusados por crimes do primeiro grupo, muitas vezes, seja bastante negativo, de modo a influenciar nas tomadas de decisão sobre a fixação da pena.

da mesma classe (representatividade), [...] não é possível dissociar história pregressa da vida atual.

[Elas] ratificam a proposição de que somos parcialmente influenciados por nosso passado e por nossas tentativas deliberadas de modificar o presente. Dessa forma, a tentativa de controlar os efeitos das heurísticas pode ser entendida como uma forma de, ao exercitar o controle dos processamentos cognitivos envolvidos em uma tarefa de julgamento, minimizar os efeitos determinantes do passado. [TONETTO *et al.*, 2006, p. 188]

Na maioria das vezes, como salientam Tversky e Kahneman (1974, p. 1.124, tradução livre), as heurísticas são bastante úteis, por reduzirem “as complexas tarefas de avaliação de probabilidades e predição de valores a operações de julgamento mais simples”. Mas alertam: às vezes podem elas levar aos chamados vieses cognitivos, por eles entendido como erros sistemáticos de julgamento, violadores das leis da probabilidade (ver 2.4).

Seja como for, as heurísticas não devem ser compreendidas como um defeito cognitivo dos seres humanos, ou como uma condição mental que os torne irracionais – o que, esclareçamos, Tversky e Kahneman jamais afirmaram. Apesar disso, Gerd Gigerenzer, certamente o mais notório crítico do modelo de Tversky e Kahneman (1974)¹³³ – das Heurísticas e Vieses –, propõe uma *visão positiva* sobre as heurísticas, denominada de modelo das *Heurísticas Rápidas e Frugais (Fast and Frugal Heuristics)*. Não obstante reconheça méritos aos psicólogos israelenses, por enfatizarem o importante papel das heurísticas no pensamento humano e por terem estimulado inúmeros cientistas a investigarem as condições em que elas se manifestam (GIGERENZER e TODD, 1996, p. 595; GIGERENZER, 1999, p. 28), o pesquisador alemão a eles tece diversas críticas, cabendo aqui menção a algumas delas.

Em primeiro lugar, Gigerenzer salienta a *visão negativa* que, segundo ele, subjaz ao modelo das Heurísticas e Vieses, o qual, ao enfatizar as heurísticas como frequente causa da ocorrência de vieses – enquanto erros sistemáticos de julgamento, sob um ângulo de certo modo atrelado a uma concepção normativa de tomada de decisão¹³⁴ –, sugeriria certa irracionalidade igualmente sistemática

¹³³ Ver, a esse respeito, o célebre debate entre Kahneman e Tversky (1996) e Gigerenzer (1996).

¹³⁴ Para Gigerenzer (2007, pp. 96-97), os estudos sob o paradigma das Heurísticas e Vieses, ao empreenderem esforços para demonstrar condições em que as pessoas raciocinam de modo

do pensamento humano (GIGERENZER e TODD, 1999, pp. 27-28; GIGERENZER, 2007, pp. 93-103). Segundo, aponta *vagueza* nos conceitos atribuídos às três heurísticas básicas propostas por aquele paradigma (ancoragem e ajustamento, representatividade e disponibilidade), que explicariam, simultaneamente, muito pouco e em demasia: “muito pouco pois os processos subjacentes não são especificados, e em demasia porque, com suficiente imaginação, uma delas pode combinar com quase qualquer resultado empírico *post hoc*” (GIGERENZER; TODD, 1999, p. 28, tradução livre). Terceiro, sustenta a ausência de *contextos naturais* nos experimentos realizados por Tversky e Kahneman, que negligenciariam especificidades dos diversos ambientes em que as decisões podem ser tomadas (GIGERENZER; TODD, 1999, pp. 28-29).

Alternativamente, Gigerenzer apresenta o seu modelo de heurísticas *rápidas e frugais*, entendidas como *regras de bolso* (*rules of thumb*). Nessa perspectiva, são consideradas mecanismos intuitivos que, empregando um mínimo de tempo, conhecimento e computação, levam a escolhas adaptativas – e muitas vezes precisas –, em ambientes e circunstâncias reais, com todas as limitações inerentes (GIGERENZER; TODD, 1999, pp. 14-15 e 28-29). Insuscetíveis de apreensão pelas leis da lógica, inserem-se no que o autor denomina de *caixa de ferramentas adaptativa*, parte de uma *inteligência do inconsciente*¹³⁵ (GIGERENZER, 2007, pp.16-19 e 60-63).

Sem deixar de reconhecer a relevância das críticas e propostas do modelo das Heurísticas Rápidas e Frugais, o presente trabalho adota como premissas centrais os conceitos e métodos desenvolvidos pelo modelo das Heurísticas e Vieses, que se tornaram um verdadeiro *paradigma* – no sentido atribuído por Thomas Kuhn (ver nota 2) – relativamente aos estudos sobre julgamento e tomada de decisão (ver 2.1), sendo hoje replicado no mundo inteiro e em diversos campos científicos. Não é impossível que, futuramente, o modelo de Tversky e Kahneman entre em crise e, por meio de uma nova *revolução*

mais ou menos lógico ilustram como a “fascinação com a lógica” leva pesquisadores a enfatizarem os desvios das respostas consideradas corretas do ponto de vista normativo e, em contrapartida, negligenciarem as questões psicológicas envolvidas com o pensamento intuitivo.

¹³⁵ Entende Gigerenzer (2007, pp. 47-49) que a inteligência do inconsciente residiria justamente no funcionamento do pensamento intuitivo (ver nota 111).

*científica*¹³⁶, seja substituído por outro modelo. Contudo, os inúmeros vieses até o momento documentados, nos mais variados contextos decisórios (ver 2.4), parecem ratificar as premissas do modelo atualmente vigente e responder satisfatoriamente às indagações que têm sido formuladas sobre julgamento e tomada de decisão dos seres humanos.

Mesmo assim, apesar das inegáveis divergências teóricas e práticas entre os dois referidos modelos, talvez alguns pontos de convergência possam ser estabelecidos. Para ambas as visões, nossas heurísticas são mecanismos adaptativos que atendem às nossas necessidades na maior parte das vezes, em um mundo dinâmico e pautado por incerteza e escassez de informações. É consenso, ademais, que não seria viável nem desejável ponderar, a cada decisão, todas as possibilidades de solução e probabilidades envolvidas para cada problema decisório. Se tentássemos fazê-lo, provavelmente a “vida se resumiria a avaliar alternativas. [E, assim] como a vida sem memória não é viável, na medida em que não seria possível reconhecer nem ao menos um rosto familiar, sobreviver sem utilizar heurísticas também não seria possível.” (TONETTO *et al.*, 2006, p. 187)

De outro lado – e aqui se evidencia a opção deste trabalho pelo modelo das Heurísticas e Vieses –, raciocínios para a tomada de decisões complexas em campos como o Direito e a Economia, em que muitos bens (materiais e imateriais) e valores cotidianamente estão em jogo, exigem ao menos uma tentativa de aproximação ou comparação com parâmetros *lógicos* e *objetivos*, devendo-se investigar quando há *desvios* desses padrões. Uma ressalva deve ser feita, entretanto: se a objetividade racionalista ou normativa não é possível, devem as próprias noções tradicionais sobre *racionalidade* (ver 2.4) ser problematizadas, para que não sejamos considerados *irracionais* e *disfuncionais*

¹³⁶ Kuhn (1996, p. 92, tradução livre) compara *revoluções científicas* com *revoluções políticas*: “Revoluções políticas iniciam-se a partir de um sentimento crescente, geralmente restrito a um segmento da comunidade política, de que as instituições existentes deixaram de atender adequadamente aos problemas postos por um ambiente em parte criado por elas mesmas. De modo bastante parecido, revoluções científicas iniciam-se com um sentimento crescente, de novo frequentemente restrito a uma limitada subdivisão da comunidade científica, de que o paradigma existente deixou de funcionar adequadamente na exploração de um aspecto da natureza para o qual o próprio paradigma havia previamente levado. Em ambos os desenvolvimentos político e científico, o senso de mau funcionamento que pode levar a uma crise é pré-requisito para a revolução.”

quando confrontados com aqueles parâmetros ideais. Assim, se a visão das heurísticas deve ser mais positiva ou mais negativa, talvez, em grande medida, se trate de uma mera questão de enquadramento do problema (ver nota 140), com argumentos e evidências razoáveis para ambos os lados.

Em síntese conclusiva desta seção, apresentamos uma noção de heurísticas, como substituições de atributos, espécies de atalhos mentais utilizados para simplificar os julgamentos realizados sob incerteza, com as vantagens de redução do esforço mental e do tempo despendido para a tomada de decisão. Analisamos as três heurísticas básicas propostas por Tversky e Kahneman (1974), modelo teórico por nós adotado: (i) disponibilidade, (ii) representatividade e (iii) ancoragem e ajustamento. Distinguimos duas visões sobre heurísticas, nos termos propostos por Gerd Gigerenzer, crítico do modelo de “Heurísticas e Vieses” e precursor do modelo de “Heurísticas Rápidas e Frugais”: (i) a visão “negativa” do primeiro, que enfatiza as heurísticas como frequente causa da ocorrência de vieses cognitivos; e (ii) a visão “positiva” do segundo, que preconiza o estudo das heurísticas como mecanismos intuitivos que, empregando um mínimo de tempo, conhecimento e computação, levam a escolhas adaptativas e muitas vezes precisas, em ambientes e circunstâncias reais, com todas as limitações inerentes.

2.4 VIESES COGNITIVOS (E A SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO DECISÓRIO DO JUIZ)

Vieses cognitivos podem ser entendidos como desvios sistemáticos de padrões comportamentais normatizados de racionalidade¹³⁷, passíveis de ocorrência quando do uso de heurísticas no julgamento e na tomada de decisão.

¹³⁷ Note-se a nossa opção em não conceituar vieses cognitivos como “erros sistemáticos”, prática recorrente na literatura, a fim de refutarmos a – a nosso ver – inadequada impressão de existência de *irracionalidade* e *disfuncionalidade* igualmente sistemáticas no pensamento humano. Ademais, o termo “normatizados” aqui empregado não se confunde com a acepção jurídica de “normas”, mas se refere às teorias normativas estudadas na seção 2.1.

É importante ressaltar que *racionalidade* constitui conceito polissêmico e varia conforme o campo científico ou o ramo do conhecimento que o analisa – seja, p. ex., o Direito, a Psicologia, a Economia ou a Filosofia. Por isso, não examinaremos definições pretensamente universais do termo, tampouco tentaremos construir alguma. Preferimos, em vez disso, identificar, a partir da influência *racionalista* por nós já referida (ver 1.1), duas visões sobre racionalidade tradicionalmente existentes na Ciência Econômica e na Ciência Jurídica, em relação às quais é possível falar em *vieses*, haja vista seus parâmetros idealizados e dissociados da realidade decisória – como têm evidenciado estudos na Psicologia Cognitiva.

Conforme analisamos ao longo da seção 2.1, os estudos sobre tomada de decisão, nas Ciências Sociais, tradicionalmente são marcados pela influência da Teoria Econômica e das teorias normativas nela desenvolvidas. Nesse contexto, para a Ciência Econômica tradicional, *racionalidade* poderia ser compreendida como a capacidade do ser humano (visto como *homo economicus*) de computar, julgar e tomar a melhor decisão entre todas as opções, probabilidades e cenários possíveis. No entanto, como também vimos (ver 2.2 e 2.3), as teorias descritivas, elaboradas no âmbito da Psicologia Cognitiva, demonstraram não sermos capazes de atingir tais padrões idealizados, considerando as limitações inerentes à mente humana e a ocorrência de *desvios sistemáticos* daqueles parâmetros. Apesar disso, essas segundas teorias, em geral, não preconizam a *irracionalidade* dos seres humanos – a menos que por “*irracional*” se entenda a impossibilidade de atingirmos a perfeição, naqueles parâmetros idealizados, como refere o psicólogo Dan Ariely:

Nossas mentes e corpos são capazes de atos incríveis. Podemos enxergar uma bola jogada à distância, instantaneamente calcular sua trajetória e impacto e então mover nosso corpo e mãos a fim de apanhá-la. Podemos aprender novos idiomas com facilidade, particularmente quando crianças. Podemos dominar o xadrez. Podemos reconhecer milhares de rostos sem confundi-los. Podemos produzir música, literatura, tecnologia e arte – e a lista continua. [...]
Dentro do domínio da ciência, essas premissas sobre nossa habilidade de raciocínio perfeito encontraram seu caminho na Ciência Econômica. Na Economia, essa básica ideia, chamada de *racionalidade*, fornece a base para as teorias, previsões e recomendações econômicas. [...]

Apesar de ser claramente justificável um sentimento de veneração pela capacidade humana, há uma grande diferença entre um profundo senso de admiração [por ela] e a premissa de que nossas habilidades de raciocínio sejam perfeitas. [...] [R]econhecemos quando nos afastamos desse ideal é uma importante parte da jornada para verdadeiramente nos conhecermos e é algo que promete muitos benefícios práticos. [ARIELY, 2009, pp. xviii-xix, tradução livre]

Já para a Ciência Jurídica tradicional, consoante examinamos (ver 1.1), *racionalidade*, na tomada de decisão, poderia ser entendida como a capacidade (e o dever) do juiz de, por meio de uma atividade puramente racional-intelectiva e de um raciocínio meramente lógico-dedutivo (na forma silogística), resolver, em cada caso concreto, mediante uma solução unívoca, o “problema algébrico” da descoberta da “vontade da lei”. Como também aferimos (ver 1.2 e 1.3), essa visão, embora ainda vigente em certa medida no pensamento jurídico, não mais se sustenta, vez que hoje se admite tanto o caráter hermenêutico e o caráter argumentativo da atividade judicial, como o fato de a pessoa do juiz – assim como qualquer outra – ser suscetível, quando da tomada das suas decisões, à influência de elementos extrajurídicos, entre os quais estão não apenas crenças pessoais e ideologias, mas também fatores psicológicos inerentes à mente humana, como as próprias heurísticas (ver 2.3). Desse modo, se, ao estudarmos o processo decisório do juiz, tomarmos como padrão de racionalidade aquele preconizado pela visão idealista e pelo paradigma racionalista – como muito ainda se faz –, inevitavelmente identificaremos *desvios sistemáticos, i. e., vieses cognitivos*.

Vários desses vieses já foram documentados cientificamente, em razão do notável desenvolvimento da Psicologia Cognitiva – e, em especial, do programa de investigação das Heurísticas e Vieses – nas últimas décadas. Alguns dos mais notórios exemplos, com especial incidência na tomada da decisão judicial, são a ancoragem – de que trataremos na seção 3 –, a confirmação¹³⁸ e o *status*

¹³⁸ O viés da *confirmação* (*confirmation bias*) consiste na tentativa de buscar evidências, na mente, a fim de testar e confirmar uma hipótese, evitando-se a busca por informações que a contradigam – assim favorecendo, mediante a busca por coerência associativa, “aceitação acrítica de sugestões e exagero da probabilidade de eventos extremos e improváveis” (KAHNEMAN, 2011, p. 81, tradução livre).

*quo*¹³⁹, cabendo menções também a importantes efeitos cognitivos como o enquadramento¹⁴⁰ e a falácia do custo irrecuperável¹⁴¹. Como vimos, trata-se de debate em voga pelo menos desde a década de 1970, a partir dos estudos dos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman, mas que só nos últimos anos tem sido incorporado, ainda de modo incipiente, por alguns autores do campo jurídico¹⁴².

Há diversas razões para incorporarmos os vieses cognitivos no estudo do processo decisório do juiz. Mencionemos quatro delas:

a) Primeiro, as decisões judiciais, ao menos em sua maioria, são tomadas sob incerteza¹⁴³ (ver 2.2), condição que acentua a utilização de heurísticas, mecanismos de pensamento que, embora sejam benéficos em geral, por vezes levam a tais desvios. Já há evidências suficientes para afirmarmos que nenhuma pessoa é imune à incidência, em maior ou menor medida, de vieses em seus processos decisórios, mesmo porque é da condição humana simplificar

¹³⁹ O viés do *status quo* (*status quo bias*) constitui a pré-disposição em tomar decisões com base na ordem vigente, a partir da ideia de que concordar requer menos esforço mental do que discordar – havendo falar, nesse sentido, até em um efeito da opção passiva (*passive-option effect*), por meio do qual a probabilidade de dada opção ser eleita é aumentada se a escolha envolve uma resposta passiva em vez de uma ativa (BAUMEISTER, 1998, p. 1.259).

¹⁴⁰ Os efeitos de *enquadramento* ou configuração (*framing effects*) consistem na tendência em interpretar uma questão conforme o modo pelo qual ela é enquadrada (p. ex., de modo positivo *versus* negativo, ou em termos de ganhos *versus* perdas), *i. e.*, mediante uma ou outra perspectiva de um mesmo estado de coisas (KAHNEMAN, 2011, 363).

¹⁴¹ A falácia do *custo irrecuperável* (*sunk cost fallacy*) constitui a inclinação em tomar decisões que justifiquem escolhas pretéritas, a partir de uma vinculação emocional a estas (KAHNEMAN, 2011, pp. 343-344).

¹⁴² Essa paulatina incorporação, visivelmente, tem ocorrido muito devido à “popularização” do campo de pesquisa *Heurísticas e Vieses*, a partir da publicação, em 2011, do *best-seller* “*Thinking, Fast and Slow*”, de Daniel Kahneman, desde 2012 com tradução para a língua portuguesa (“*Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*”). Na dogmática jurídica brasileira, cabem menções a trabalhos como os de Juarez Freitas (2013); de Fábio Goulart Tomkowski (2017); de Paola Bianchi Wojciechowski e Alexandre Morais da Rosa (2018); e de Eduardo José da Fonseca Costa (2018).

¹⁴³ “A maioria das tomadas de decisões jurídicas, assim como em muitas outras áreas de complexa atividade, é realizada sob condições de incerteza. Eventos devem ser classificados, previstos ou explicados em circunstâncias nas quais a escolha correta é mais provável do que zero mas menos provável do que a unidade. [...] Juízes e jurados são chamados a, por exemplo, avaliar a chance de um depoimento de uma testemunha ser congruente com o evento real; a probabilidade, dadas certas evidências, de um acusado ter cometido uma ofensa alegada; o risco de dano que razoavelmente deveria ter sido previsto como associado a certos traços do desenho de um produto; a probabilidade de um poluente ter causado certo dano; ou a chance de um pessoa sob suspeita de incapacidade civil ser perigosa a ela própria ou a outras. Assim, a natureza dessas questões e das informações disponíveis para tomadores de decisões judiciais define a sua tarefa como incerta e probabilística.” (SAKS; KIDD, 1980-1981, pp. 126-127, tradução livre)

raciocínios por meio de heurísticas (ver 2.3). Nesse sentido, não constituem exceções nem mesmo profissionais acostumados à tomada de decisões complexas, como magistrados – não obstante sejam eles presumidamente indivíduos com saber jurídico acima da média. É que, tomando-se como exemplo experimentos envolvendo a própria ancoragem (ver 3.1), mesmo fatores como expertise na matéria objeto da decisão, embora costumem mitigar o enviesamento, não o afastam completamente em todos os casos. Ademais, a práxis decisória dos fóruns e tribunais brasileiros, em que há sobrecarga de trabalho e intensa pressão para a prolação do maior número possível de decisões por período de tempo, de um lado, constitui, para o decisor, ambiente bastante propício para o pensamento rápido e automático característico do Sistema 1; e, de outro lado, dificulta julgamentos mais ponderados e embasados no pensamento reflexivo do Sistema 2 (ver 2.2).

b) Segundo, não é novidade que, em um Estado Democrático de Direito, as pessoas só possam ser privadas da liberdade ou de seus bens mediante o chamado *devido processo legal* (art. 5º, inciso LIV, da CRFB/1988), *i. e.*, um processo materialmente informado por direitos fundamentais (MATTOS, 2009, pp. 194-201). Constitui parte desse conjunto de direitos fundamentais a motivação ou a fundamentação das decisões (arts. 93, inciso IX, da CRFB/1988, e 489, inciso II, do CPC/2015), preceito que impõe ao magistrado a exposição dos *motivos* ou das *razões* por ele considerados em seu convencimento. Conforme a visão idealista (ver 1.1), deveriam ser expostos *todos* esses motivos e razões, os quais, por seu turno, abrangeriam apenas elementos jurídicos, jamais extrajurídicos. Contudo, hoje sabemos não haver a possibilidade de se expor, na fundamentação, a *totalidade* de elementos envolvidos no processo decisório, pois muitas vezes eles são não só extrajurídicos, como também inconscientes. Por isso, torna-se relevante ao estudioso e ao operador do Direito Processual compreender, para além dos critérios prescritos pela dogmática jurídica tradicional, outros fatores – como os vieses – envolvidos em decisões tão relevantes nas vidas das pessoas.

c) Terceiro, o estudo dos principais vieses cognitivos pode auxiliar na apreciação crítica e no aprimoramento dos próprios mecanismos jurídico-

processuais. Nesse sentido, é possível suscitar reflexões envolvendo, p. ex., (i) o *direito ao contraditório*, entendido como direito à influência no convencimento do juiz (MATTOS, 2009, pp. 207-208), para que seja efetivo e não permita ao magistrado o enviesamento por apenas uma das versões apresentadas; (ii) a *fundamentação da sentença*, a fim de que, ao enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada (art. 489, § 1º, inciso IV, do CPC/2015), o julgador seja estimulado a refletir sobre aspectos que, sob um raciocínio rápido e automático, não consideraria; e (iii) o *combate à litigância de má-fé*, quando se percebe que uma das partes se utiliza de expedientes, para além do seu dever de boa-fé (art. 5º do CPC/2015), com vistas ao enviesamento do julgador.

d) Quarto, conhecer os vieses cognitivos mais recorrentes no âmbito da decisão judicial é útil aos operadores do Direito Processual – especialmente aos julgadores –, individualmente considerados. Isso porque, a partir dessa consciência, se incentiva a adoção de hábitos reflexivos (FREITAS, 2013, p. 226), especialmente quando há muito em jogo em determinado processo judicial. Nesse sentido, reproduzimos a advertência de Daniel Kahneman:

Uma vez que o Sistema 1 opera automaticamente e não pode ser desligado de modo voluntário, erros de pensamento intuitivo são frequentemente difíceis de prevenir. Os vieses não podem ser sempre evitados, pois o Sistema 2 pode não ter ideia do erro. Mesmo quando as pistas para prováveis erros estão disponíveis, eles só podem ser prevenidos pelo monitoramento avançado e pela atividade esforçada do Sistema 2. Como modo de se viver a vida, contudo, vigilância contínua não é necessariamente boa, e certamente é impraticável. Constantemente questionar o nosso próprio pensamento seria impossivelmente tedioso, e o Sistema 2 é lento e ineficiente demais para servir como um substituto do Sistema 1 na tomada de decisões rotineiras. O melhor que podemos fazer é um compromisso: aprendermos a reconhecer situações nas quais erros são prováveis e nos esforçarmos mais para evitar erros significativos quando muito está em jogo. [KAHNEMAN, 2011, p. 28, tradução livre]

Em síntese conclusiva desta seção, definimos vieses cognitivos como desvios sistemáticos de padrões comportamentais normatizados de racionalidade, passíveis de ocorrência quando do uso de heurísticas no julgamento e na tomada de decisão. Identificamos dois conceitos de “racionalidade” tradicionalmente

presentes na Ciência Econômica e na Ciência Jurídica, a partir de influência do modo de pensar racionalista, em relação aos quais é possível falar em vieses: (i) a capacidade do ser humano (visto como *homo economicus*) de computar, julgar e tomar a melhor decisão entre todas as opções, probabilidades e cenários possíveis; e (ii) a capacidade (e o dever) do juiz de, por meio de uma atividade puramente racional-intelectiva e de um raciocínio meramente lógico-dedutivo (na forma silogística), resolver, em cada caso concreto, mediante uma solução unívoca, o “problema algébrico” da descoberta da “vontade da lei”. Sustentamos quatro razões para a incorporação dos vieses cognitivos no estudo do processo decisório do juiz: (i) as evidências de sua incidência sobre todos os seres humanos, inclusive magistrados, que cotidianamente decidem sob incerteza; (ii) a melhor compreensão dos motivos e razões subjacentes à tomada da decisão judicial; (iii) a possibilidade de apreciação crítica e de aprimoramento dos mecanismos jurídico-processuais; e (iv) a utilidade desse conhecimento para a adoção de hábitos reflexivos.

3 OS EFEITOS DA ANCORAGEM

A *ancoragem* pode ser definida como o peso desproporcional atribuído pela mente a uma informação inicialmente recebida ou autogerada – a qual, como uma “âncora”, baliza o julgamento e a tomada de decisão subsequentes. Trata-se de números, dados, impressões e até mesmo sensações que influenciam de modo considerável o decisor.

3.1 CARACTERÍSTICAS GERAIS

O fenômeno em questão foi inicialmente classificado por Tversky e Kahneman (1974) como uma heurística, sob a denominação de ancoragem e ajustamento (*anchoring and adjustment heuristic*)¹⁴⁴. Na oportunidade, esses autores publicaram o experimento talvez até hoje mais conhecido sobre o fenômeno: diversos estudantes universitários, separados em dois grupos, assistiram ao giro de uma roda da fortuna, a qual, embora tivesse números de 0 a 100, havia sido secretamente programada pelos pesquisadores para sempre marcar 10 ou 65, conforme o grupo analisado. Na sequência, os participantes, instruídos a escreverem em um papel o valor marcado, foram indagados com duas perguntas, nessa ordem: “A porcentagem de países africanos na Organização das Nações Unidas (ONU) é maior ou menor do que o número que você acabou de escrever?” e “Qual a sua melhor estimativa para a porcentagem de países africanos na ONU?” Apesar de em tese, números indicados por uma roda da fortuna, de modo aleatório, não serem capazes de fornecer qualquer informação racionalmente útil, as estimativas médias dos participantes vincularam-

¹⁴⁴ Apesar de essa sistematização ter sido proposta por Tversky e Kahneman (1974), não foram eles os primeiros cientistas a observarem os efeitos da ancoragem (CHAPMAN, JOHNSON, 2002, p. 121; KAHNEMAN, 2011, p. 120). No próprio campo de pesquisa sobre tomada de decisão, há registros de estudos anteriores sobre avaliações de atratividade de apostas com base em valores inicialmente fornecidos, que hoje poderiam ser compreendidos como âncoras (probabilidade de ganho, probabilidade de perda, montante a ganhar e montante a perder) – p. ex., o estudo de Slovic (1967).

se espantosamente àqueles valores: foram de 25% para quem havia anotado o número 10 e de 45% para os que haviam escrito o número 65.

Assim, entendida como heurística, a ancoragem foi explicada em termos de *ajustamento insuficiente*. Nesse sentido, as pessoas realizariam estimativas adotando como parâmetro inicial um dado valor que, então, seria por elas mentalmente ajustado para produzir a resposta definitiva, sendo frequentes as insuficiências desses ajustes (TVERSKY; KAHNEMAN, 1974, p. 1.128). Ou seja, a estimativa produzida seria um valor ainda bastante próximo ao valor fornecido, mesmo que distante da resposta considerada correta.

No entanto, outros pesquisadores consideraram inadequada ou, ao menos, incompleta essa explanação (p. ex., CHAPMAN, JOHNSON, 2002, pp. 127-130). Além de indagações sobre as causas que levariam a essas insuficiências¹⁴⁵, também surgiram críticas em razão de a explicação original não considerar âncoras que, em razão de sua aparente razoabilidade ou plausibilidade como estimativa final, não necessitariam de qualquer ajustamento (p. ex., MUSSWEILER, ENGLISH, STRACK, 2004, pp. 189). Com isso, nas décadas subsequentes, diversos experimentos evidenciaram a atuação, na ancoragem, de outros mecanismos cognitivos – passando a ser questionada, por alguns pesquisadores, a própria ideia de ajustamento insuficiente¹⁴⁶.

Alguns desses autores (p. ex., MUSSWEILER, STRACK, 1997; MUSSWEILER, ENGLISH, STRACK, 2004, pp. 191-192) concluíram que a intensidade da ancoragem dependeria essencialmente da *acessibilidade seletiva* de informações compatíveis com a âncora – *i. e.*, da facilidade de o decisor, ao

¹⁴⁵ Epley e Gilovich (2006) propõem, como explicação para os ajustamentos insuficientes, a tese de que as pessoas, ao realizarem uma estimativa a partir de uma âncora, tenderiam a ajustar o valor fornecido ou autogerado até que outro, em uma amplitude de valores subjetivamente plausíveis, seja por elas mentalmente alcançado, a menos que haja possibilidade e disposição para se buscar uma estimativa mais precisa.

¹⁴⁶ “[A] pesar de ancoragem e ajustamento serem companheiros de viagem próximos desde os anos 1970, há apenas limitada evidência de as origens da ancoragem residirem em um processo de ajustamento insuficiente. Mesmo que algumas pesquisas sobre aumentos de carga cognitiva sugiram que um processo de ajustamento demandante de esforço mental subjaza alguns vieses de ancoragem, outras pesquisas utilizando incentivos e métodos rastreadores de processos não implicaram um viés de ajustamento. Ademais, o trabalho de Jacowitz e Kahneman (1995) indica não ser o ajustamento necessário para os efeitos da ancoragem. Assim, não obstante o fenômeno da ancoragem tenha ficado bem estabelecido, o mecanismo de ajustamento passou a ser questionável.” (CHAPMAN; JOHNSON, 2002, p. 130, tradução livre)

testar mentalmente a âncora como possível estimativa, evocar conhecimentos com ela congruentes, os quais, se disponíveis, tenderiam a sobressair-se em relação aos demais e a produzir a ancoragem. Para tanto, dois estágios estariam sucessivamente envolvidos nesse processo.

No primeiro estágio, verificar-se-ia a adoção de uma âncora, mediante uma das seguintes situações: (i) fornecimento explícito, por um terceiro, da âncora, percebida ou não pelo decisor como relevante para o julgamento¹⁴⁷; ou (ii) autogeração da âncora, *i. e.*, seu surgimento espontâneo, na mente, como uma informação de fácil e rápido acesso¹⁴⁸.

No segundo estágio, o decisor testaria mentalmente a própria âncora como um possível parâmetro para responder à questão posta. Nessa perspectiva, utilizando-se o referido exemplo de Tversky e Kahneman (1974), indivíduos expostos a uma âncora de 65, ao tentarem estimar a porcentagem de países africanos na ONU, testariam a possibilidade de esse percentual ser realmente de 65%. Para tanto, eles tentariam selecionar, em sua memória, conhecimentos consistentes com essa hipótese – p. ex., “A África é um continente enorme.” e “Há mais países africanos do que eu posso imaginar.” (MUSSWEILER; ENGLISH; STRACK, 2004, pp. 191-192) Em sendo possível evocar tais informações, seria elevada a probabilidade de a mente a elas conferir maior peso em detrimento das demais (CHAPMAN; JOHNSON, 2002, p. 126), tendendo, assim, à aproximação (ou até mesmo à adoção) da âncora como estimativa final.

Reconhecendo a relevância das evidências apresentadas, Kahneman (2003, p. 707), após delimitar um conceito mais preciso de heurísticas¹⁴⁹, admitiu que tal gênero não poderia mais abranger a ancoragem como uma de suas espécies.

¹⁴⁷ No âmbito da tomada da decisão judicial, pode-se imaginar o fornecimento explícito da âncora por terceiro a partir, p. ex., do montante indenizatório expressamente pedido pelo autor de ação de indenização por danos morais.

¹⁴⁸ No âmbito da tomada da decisão judicial, pode-se imaginar a autogeração da âncora a partir, p. ex., de um pedido de indenização por danos morais, em relação ao qual o julgador imediatamente recorda um parâmetro indenizatório já estabelecido pela jurisprudência para casos semelhantes – *i. e.*, uma âncora jurisprudencial (ver nota 171).

¹⁴⁹ “O artigo de 1974 [de Tversky e Kahneman] não incluía uma definição de heurísticas de julgamento. As heurísticas eram descritas várias vezes como princípios, como processos ou como fontes de sugestões para o julgamento. A vagueza não causou prejuízo porque o programa de pesquisa focou em um total de três heurísticas de julgamento sob incerteza, as quais foram separadamente definidas em detalhes adequados.” (KAHNEMAN, 2003, p. 707, tradução livre)

Isso porque não se trataria de uma substituição de atributos, requisito da nova definição (ver 2.3), mas, em verdade, de um aumento temporário da acessibilidade de determinado valor – *i. e.*, facilidade com que ele vem à mente –, relativamente ao mesmo atributo original, ou seja, o objeto do julgamento (em outras palavras, a estimativa a ser realizada).

Posteriormente, Kahneman (2011, p. 120-128) passou a explicar o fenômeno em questão a partir da sua versão das Teorias do Processo Duplo (ver 2.2), com a ocorrência de dois mecanismos distintos, cada um levando a um tipo de ancoragem: (i) a ancoragem como *ajustamento*, uma atividade consciente e controlada, produto do Sistema 2; e (ii) a ancoragem como efeito de primazia (*priming effect*)¹⁵⁰, uma atividade inconsciente e automática, originada pelo Sistema 1. No primeiro caso, a mente, ao avaliar a âncora como muito baixa ou muito alta, deliberadamente ajustá-la-ia para mais ou para menos, sendo frequentes os ajustamentos insuficientes em razão de, p. ex., esgotamento de ego e sobrecarga de esforço mental¹⁵¹ (ver 2.2). Já no segundo, a mente operaria a partir de uma sugestão, tentando selecionar informações compatíveis ou coerentes com a âncora, para construir um cenário mental em que ela constitua uma informação verdadeira.

Seja como for, embora os efeitos da ancoragem sejam facilmente perceptíveis, induzíveis e em certa medida mensuráveis, sua natureza ainda é de difícil e controversa explicação, em razão dos variados mecanismos cognitivos potencialmente envolvidos (FREDERICK; KAHNEMAN; MOCHON, 2010, p. 17). Mussweiler, Englich e Strack (2004, p. 196, tradução livre) chegam a afirmar que, de um ponto de vista mais focado em processos psicológicos do que em efeitos

¹⁵⁰ O efeito de primazia, relacionado à organização da memória, consiste na influência de um estímulo (p. ex., palavras) em relação à velocidade e à facilidade de processamento do mesmo estímulo ou de outro relacionado (EYSENCK; KEANE, 2010, p. 256; MATLIN, 2012, p. 255). P. ex., a palavra “juiz” tende a ser mais rápida e facilmente acessada por nossa mente a partir do uso do termo “decisão”, em comparação com a utilização do vocábulo “advogado”.

¹⁵¹ Estudo de Epley e Gilovich (2006) evidencia a natureza do ajustamento, na ancoragem, como uma atividade demandante de esforço mental. Em alguns de seus experimentos, participantes, p. ex., com sobrecarga de esforço mental ou sob os efeitos de álcool tenderam a ajustar menos – *i. e.*, realizar estimativas mais próximas à âncora – do que participantes em condições normais. Nesse sentido, concluem os autores, “o que quer que aumente a vontade ou a habilidade de uma pessoa para buscar estimativas mais precisas tende a reduzir a magnitude dos vieses de ancoragem baseada em ajustamento” (EPLEY; GILOVICH, 2006, p. 316, tradução livre).

no julgamento e na tomada de decisão, o que hoje se conhece por “ancoragem” seria mais um “conglomerado de fenômenos muito diversos cuja similaridade resta unicamente no resultado que eles produzem”.

Ademais, mesmo que esses efeitos sejam mais visualizáveis em se tratando de *números*, há evidências de que podem ser provocados a partir do processamento de informações de naturezas muito diversas. P. ex., desde *dados* estatísticos lidos em uma reportagem jornalística e *impressões* geradas após a escuta de opiniões estereotipadas ou preconceituosas sobre pessoas (HAMMOND; KEENEY; RAIFFA, 2013, p. 4); até, ainda, *sensações* produzidas após a indução de estímulos físicos¹⁵² (LEBOEUF; SHAFIR, 2006).

Desse modo, tomando-se como foco o seu *resultado*, convém aqui classificar a ancoragem como um viés cognitivo, *i. e.*, como um desvio sistemático de um padrão comportamental considerado racional por modelos normativos de tomada de decisão (ver 2.4). É verdade que, em variadas situações cotidianas, raciocinar tomando-se âncoras como parâmetros – quando elas de fato assemelharem-se às avaliações pretendidas – pode ser útil, como modo de decidir com precisão e economia de energia mental. Nada obstante, há inúmeros outros contextos decisórios com suscetibilidade de influência até mesmo de âncoras aleatórias, arbitrárias ou não informativas¹⁵³ – como se verá a seguir –, modos de raciocínio que, em geral, não parecem ser desejáveis, constituindo claramente vieses (CHAPMAN; JOHNSON, 2002, p. 122), especialmente em se tratando de decisões judiciais.

¹⁵² Em estudo de LeBoeuf e Shafir (2006), foram examinados os efeitos de âncoras *físicas* em estimativas sobre comprimento, peso e intensidade sonora (“volume”). Constatou-se serem elas tão influentes quanto âncoras *numéricas*, por serem igualmente capazes de provocar ajustamentos insuficientes nas estimativas realizadas.

¹⁵³ P. ex.: “Imagine que você esteja tentando fixar um valor para uma antiga cadeira que tenha herdado de uma tia distante. Você pode se lembrar de ter visto uma cadeira muito similar em condição ligeiramente melhor em um antiquário local. Assim, é possível iniciar a estimativa tomando-se como âncora o preço da cadeira que você viu, para, então, ajustar conforme a diferença qualitativa entre elas. [...] Agora, contudo, imagine que você tenha visto [...] uma cadeira não tão similar que, diferentemente da sua, é assinada por um [famoso] designer e vale, conseqüentemente, muitos milhares de dólares a mais. Se você usasse esse preço como uma âncora, sem propriamente considerar o fato de a sua cadeira não ter essa assinatura, poderia chegar a uma estimativa alta demais, ou enviesada.” (CHAPMAN; JOHNSON, 2002, p. 120, tradução livre)

Cabe ressaltar que os efeitos da ancoragem com frequência são referidos entre os mais *robustos* até hoje verificados experimentalmente na Psicologia Cognitiva (p. ex., KAHNEMAN, 2011, p. 119; MUSSWEILER, ENGLISH e STRACK, 2004, pp. 183-186). Isso porque há evidências de sua incidência mesmo diante dos seguintes fatores:

a) *Âncoras aleatórias, arbitrárias ou não informativas*: Essas âncoras, diferentemente das chamadas *âncoras informativas*, não possuem qualquer relação com a questão analisada. Ainda assim, a sua influência é visível em experimentos como o de Tversky e Kahneman (1974), em que o resultado produzido pelo “giro de uma roda da fortuna – mesmo de uma não manipulada – em tese não é capaz de fornecer informação útil sobre o quer que seja, e os participantes [...] deveriam simplesmente tê-lo ignorado. Mas não o fizeram” (KAHNEMAN, 2011, p. 119, tradução livre). Apesar disso, esse tipo de âncora não parece influenciar todo e qualquer julgamento, mas apenas naqueles em que o decisor a ela presta suficiente atenção¹⁵⁴.

b) *Âncoras extremas ou implausíveis*: Intuitivamente, pode-se imaginar que parâmetros inverossímeis não produzam efeitos sobre o decisor – ou, que, pelo contrário, produzam até uma espécie de efeito oposto, com repulsa e tendência ao afastamento da âncora fornecida quando da tomada de decisão. Embora essas reações possam ser observadas em algumas situações (p. ex., em negociações¹⁵⁵), há experimentos que indicam o contrário em outros cenários

¹⁵⁴ “Qualquer número na memória de curto prazo influenciará os julgamentos subsequentes? Parece óbvio que a resposta é negativa. Certamente é menos provável que as pessoas considerarão valores arbitrários como respostas se elas puderem facilmente selecionar uma resposta em sua memória (tal como o número de filhos que elas têm) ou [...] calcular a resposta (tal como 2 mais 2 [...]). [...] [E, mesmo assim], parece duvidoso que suas estimativas sejam ancoradas por qualquer número que ocorra na memória de curto prazo. Há muitos, muitos números arbitrários em nossas mentes ao longo de um só dia, tal como a temperatura recém anunciada no rádio, os números de um teclado de computador que acabamos de pressionar, os números de um relógio que recentemente consultamos e os números de página de um livro ou questionário que tenhamos lido. Parece improvável que números considerados tão brevemente como esses seriam utilizados para a realização de um julgamento não relacionado. Por isso, supomos que esses números apenas se intrometerão em julgamentos não relacionados se as pessoas a eles prestarem suficiente atenção.” (WILSON *et al.*, 1996, p. 389, tradução livre)

¹⁵⁵ Há clássicos estudos evidenciando que, em uma negociação, o acordo final tende a favorecer o negociador que faz a primeira oferta, *i. e.*, aquele que logrou ancorar a outra parte (p. ex., GALINKSLY e MUSSWEILER, 2001). No entanto, mais recentemente se evidenciou que a propositura de âncoras extremas ou implausíveis pode, em vez disso, contribuir para o risco

decisórios. Em um deles, p. ex., após as perguntas “Ao morrer, Gandhi tinha mais ou menos de 140 anos?” e “Qual era a idade de Gandhi quando morreu?”, participantes apresentaram estimativas muito maiores do que aqueles indagados mediante âncoras mais plausíveis (STRACK; MUSSWEILER, 1977). Trata-se de típico exemplo de ancoragem como efeito de primazia¹⁵⁶.

c) Decurso de longo período após a exposição à âncora: A partir de estudo sobre a durabilidade dos efeitos da ancoragem, Mussweiler (2001) constata a influência de âncoras por até uma semana após a sua exposição. Em um desses experimentos, alguns dos voluntários, solicitados a imediatamente estimarem se a temperatura média anual na Alemanha seria maior ou menor do que 5°C e 20°C, dependendo da âncora apresentada, responderam, respectivamente, médias de 16,35°C e 10,5°C; outros, indagados sobre a questão apenas uma semana após a apresentação das âncoras – sem que fossem elas recordadas –, estimaram temperaturas médias de 16,44°C e 9,91°C, respectivamente.

d) *Expertise* sobre o assunto: Há indícios de que conhecimentos prévios do decisor sobre o tema objeto do julgamento tendem a mitigar a vinculação aos efeitos da ancoragem (WILSON *et al.*, 1996, p. 399). De outro lado, existem estudos que demonstram que mesmo a expertise sobre o tema não torna o decisor imune à incidência, em maior ou menor medida, desse viés. P. ex., em experimento de Northcraft e Neale (1987), tanto corretores de imóveis como estudantes de Administração foram solicitados a visitarem imóveis à venda e a estimarem o seu preço de mercado, com o apoio de um folheto de 10 páginas com todas as informações usualmente utilizadas para essa avaliação – variando apenas na âncora fornecida ao final, *i. e.*, o preço sugerido do imóvel (p. ex., \$ 65.900 e \$ 83.900). Constatou-se, da análise dos questionários respondidos, terem os participantes sido significativamente ancorados pelo preço sugerido, inclusive os profissionais com experiência nesse tipo de decisão, com a diferença

de impasses, sendo comum, em tais situações, o negociador a ter recebido esse tipo de oferta alegar sentir-se irritado e/ou até mesmo ofendido (SCHWEINSBERG *et al.*, 2012)

¹⁵⁶ Kahneman (2011, p. 122, tradução livre), referindo-se ao experimento em questão: “Você produziu a sua estimativa ajustando abaixo de [140]? Provavelmente não, mas o número absurdamente elevado ainda assim afetou a sua estimativa. [...] Você não acreditou por um instante que Gandhi tenha vivido por [140] anos, mas sua máquina associativa [Sistema 1] certamente gerou uma impressão de uma pessoa muito velha.”

de que estes, diferentemente dos estudantes, responderam, sobre os fatores considerados para a estimativa, não terem sido influenciados pelo preço sugerido.

e) *Advertências explícitas* sobre os potenciais efeitos da âncora: Trata-se de uma das evidências mais impressionantes já obtidas acerca do fenômeno da ancoragem. Em um experimento (WILSON *et al.*, 1996), um grupo de estudantes universitários foi solicitado a estimar se o número de médicos em certa cidade estadunidense era maior ou menor do que determinado número de uma lista telefônica, enquanto o outro grupo não foi submetido a essa âncora. Para o primeiro grupo, foram apresentadas advertências expressas sobre a natureza e os efeitos da ancoragem, bem como um pedido para que os participantes não se ancorassem¹⁵⁷. Mesmo assim, foram vãs as instruções, e os voluntários apresentaram ancoragem em suas respostas.

f) *Motivação pessoal*: Já foi realizado estudo até mesmo sobre eventual mitigação dos efeitos da ancoragem diante da motivação do indivíduo. Para o mesmo caso do experimento anterior, WILSON *et al.* (1996), em vez de apresentarem a referida advertência, ofereceram a um dos grupos uma recompensa – um jantar para duas pessoas – ao participante que apresentasse a estimativa mais precisa. Do mesmo modo, não se verificou significativa mitigação da vinculação à âncora nas respostas.

Como refere Kahneman (2011, pp. 123-124), embora muitos fenômenos psicológicos possam ser demonstrados experimentalmente, poucos, na prática, são capazes de ter a sua intensidade *mensurada*. A ancoragem, contudo, seria uma exceção, sobretudo em se tratando de âncoras numéricas. Seria possível, sobretudo em termos percentuais, medir a vinculação do tomador de decisão à informação inicialmente fornecida.

Nessa linha, poder-se-ia, p. ex., atribuir vinculação máxima, de 100%, para os indivíduos que adotam a âncora como estimativa e vinculações menores, de

¹⁵⁷ As instruções consistiram na advertência de que “um número nas cabeças das pessoas pode influenciar as suas respostas para questões subsequentes”, seguida de um hipotético exemplo não relacionado ao tema objeto da estimativa dos participantes. Então, foi apresentado a eles o seguinte aviso: “Quando responder às questões nas páginas seguintes, por favor tenha cuidado em não deixar esse efeito contaminador ocorrer com você. Gostaríamos que você pudesse apresentar a sua mais precisa estimativa possível.” (WILSON *et al.*, 1996, p. 397, tradução livre)

percentuais mais baixos, de modo proporcional ao afastamento do referido parâmetro, sendo 0% a sua completa desconsideração, em plano ideal, com a estimativa da resposta considerada correta. No entanto, essa medição, embora possa funcionar em alguns casos, pode ser bastante problemática em outros, por uma série de motivos: (i) as âncoras, muitas vezes, não são numéricas, e a Matemática, diferentemente do que preconiza o paradigma racionalista, não pode mensurar todos os tipos de fenômenos; (ii) haverá um paradoxo caso o valor da âncora fornecida corresponda ao da resposta considerada correta (ocorrendo vinculação, ao mesmo tempo, de 100% e 0%); e, (iii) em decisões envolvendo, p. ex., problemas jurídicos, não há propriamente respostas certas e erradas ou corretas e incorretas, mas apenas *adequadas* e *inadequadas*, ou *prováveis* e *improváveis* (ver 1.3).

Por fim, afigura-se razoável afirmar que, em geral: (i) quanto menos conhecimentos prévios o decisor dispuser sobre o tema objeto de julgamento – podendo a própria âncora servir como uma informação a ser processada (CHAPMAN; JOHNSON, 2002, p. 122), especialmente se estiver ela bastante *disponível* na mente –; e (ii) quanto mais intuitivo e menos reflexivo for o raciocínio utilizado, seja, p. ex., por esgotamento de ego ou sobrecarga de esforço mental (ver 2.2 e nota 151); maiores serão as chances de a âncora ser assimilada como um parâmetro decisório razoável ou plausível, *i. e.*, um parâmetro *representativo* de uma estimativa ou de uma solução satisfatória. Maior, portanto, será a probabilidade de uma decisão enviesada por ancoragem.

De um lado, os magistrados, em geral, não enfrentam o primeiro problema, por serem, presumivelmente, tomadores de decisão com experiência e expertise sobre os casos jurídicos que cotidianamente analisam e julgam. De outro lado, contudo, o segundo problema é visivelmente recorrente na práxis decisória do Poder Judiciário brasileiro, em que há sobrecarga de trabalho e intensa pressão para a prolação do maior número possível de decisões por período de tempo, o que dá margem a automatismos mentais que levam à ancoragem. Temáticas envolvendo a incidência da ancoragem nas decisões judiciais passarão a ser analisadas mais detidamente na seção seguinte.

Em síntese conclusiva desta seção, conceituamos a ancoragem como o peso desproporcional atribuído pela mente a uma informação inicialmente recebida ou autogerada, a qual, como uma “âncora”, baliza o julgamento e a tomada de decisão subsequentes. Apresentamos suas causas de funcionamento e características e ressaltamos a atual controvérsia sobre a natureza desse fenômeno psicológico, considerado como um dos mais robustos na Psicologia Cognitiva, tendo ele sido inicialmente concebido como heurística por Tversky e Kahneman (1974) e, no presente trabalho, aludido como um viés cognitivo, haja vista o seu resultado na tomada de decisão. Supomos que, (i) quanto menos conhecimentos prévios o decisor dispuser sobre o tema objeto de julgamento, podendo a própria âncora servir como uma informação a ser processada, especialmente se estiver ela bastante disponível na mente; e (ii) quanto mais intuitivo e menos reflexivo for o raciocínio utilizado; maiores parecem ser as chances de a âncora ser assimilada como um parâmetro decisório razoável ou plausível e maior a probabilidade de uma decisão enviesada por ancoragem.

3.2 HIPÓTESES DE INCIDÊNCIA NA TOMADA DA DECISÃO JUDICIAL

a) Uma das mais prováveis manifestações da ancoragem no processo judicial está na sistemática dos *julgamentos colegiados*.

Em regra, no sistema processual brasileiro, os julgamentos proferidos pelos tribunais devem ser colegiados¹⁵⁸ (p. ex., arts. 204 e 941, § 2º, do CPC/2015), havendo até mesmo previsão legal de técnica ampliativa da colegialidade em casos de julgamento não unânime de apelação cível (art. 942 do CPC/2015). Há três justificativas teóricas básicas para esse sistema de julgamento (SOKAL,

¹⁵⁸ Apesar disso, estatisticamente se verifica que, com a ampliação dos poderes do relator para proferir as chamadas decisões monocráticas – sobretudo a partir da alteração do art. 557 do CPC/1973 pelas Leis n. 9.139/1995 e 9.765/1998 –, os números dessas decisões têm paulatinamente aumentado, a ponto de, em muitos casos, já superarem os das decisões colegiadas. É o que evidenciam estudos empíricos como os de Hartmann e Ferreira (2015), no âmbito do STF, corte com 93% das suas decisões entre 1992 a 2013 tomadas monocraticamente; e de Ferraz (2014), quanto ao TJRS, tribunal cujas Câmaras Cíveis em 2010 já apresentavam 48,3% das suas decisões tomadas de modo individual, percentual que era de 22,4% em 2003. Sugere-se, assim, que, na prática, a decisão monocrática atualmente seja a *regra* e a decisão colegiada, a *exceção*.

2012, pp. 81-108): (i) o reforço da cognição judicial, (ii) a garantia da independência dos membros julgadores e (iii) a contenção do arbítrio individual. Numa perspectiva ideal, o “peso” do voto do relator nos acórdãos é rigorosamente igual aos dos votos dos demais integrantes do órgão colegiado. Porém, é muito comum, entre os operadores do Direito, a impressão de que, na prática, a manifestação do relator interfere consideravelmente na tomada de decisão dos demais julgadores diante do caso, sendo potencialmente mais influente no resultado do julgamento. Em outras palavras, o primeiro voto parece “ancorar” os votos subsequentes. O jurista José Carlos Barbosa Moreira, em ensaio sobre fatores extrajurídicos influenciadores dos julgamentos colegiados, dela partilha e especula sobre suas possíveis causas:

É fora de dúvida que os primeiros votos proferidos – independentemente, em *certa medida*, da solidez dos argumentos em que se apóiem – costumam exercer maior influência sobre o sentido da deliberação do que os proferidos mais para o fim. Isso se acentua notavelmente quando a marcha da votação desde logo releva tendência nítida ao prevalecimento de qualquer das teses em jogo; mais ainda, quando se atinge determinada altura sem divergência alguma. Não poucos juízes inclinam-se de hábito a aderir à corrente predominante, e são em número ainda maior os que hesitam em adotar posição totalmente isolada. Variadíssimas as razões: timidez; insegurança; comodismo; desejo de não retardar o desfecho do julgamento; convicção sincera de que, na dúvida, o melhor é ficar com a maioria, cujo entendimento de presume digno de confiança; sentimento de inutilidade prática da discordância; escassa disposição para redigir voto vencido, por estar o votante sobrecarregado de trabalho [...]. Alguém que, noutras circunstâncias, provavelmente votaria em certo sentido talvez prefira acompanhar os diversos pronunciamentos já emitidos em sentido contrário, se parece selada, em virtudes deles, a sorte do processo. Caso especialíssimo [...] é o de magistrado que ainda não integra o órgão, mas aspire a integrá-lo e, nesse ínterim, seja convocado para nele temporariamente atuar: porventura jamais o influenciaria o temor de ficar “malvisto” se divergir da maioria (ou de todo o resto) do colegiado, correndo por isso o risco de não entrar na próxima lista para promoção por merecimento? Em última análise, tudo pode depender do lugar que, na ordem de votação, toque a juiz ou juízes em situações como as indicadas. [MOREIRA, 1994, p. 237]

Não parece tratar-se de mera impressão: verificam-se evidências do fenômeno inclusive nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), corte cujos julgamentos colegiados deveriam sempre refletir elevado grau de ponderação e de aprofundamento dos debates sobre as opções interpretativas em disputa – haja vista a sua função pública de atribuição de sentido ao direito constitucional por meio da formação de precedentes (MARINONI, 2017, p. 26).

Em estudo empírico apoiado na base de dados do projeto “Supremo em Números”¹⁵⁹, Rosevear, Hartmann e Arguelhes (2015, p. 2) constatam que, entre 1992 e 2003, de cerca de 91 mil decisões colegiadas proferidas no STF, 93% foram sido unânimes¹⁶⁰. Da análise desses dados, também concluem que, estatisticamente, quanto maior a sobrecarga de processos na Corte – sobretudo causas de menor repercussão, decididas monocraticamente ou nas Turmas –, menor tende a ser o número de votos divergentes do voto do relator¹⁶¹:

A relação entre volume de casos e divergência [no STF] não é significativa quando apenas o Plenário é considerado. Uma explicação plausível [...] refere-se à complexidade e a saliência pública dos casos com que ele lida. [...] Espera-se que questões de mais complexidade ou com implicações de maior alcance sejam decididas pelo Plenário. Ao mesmo tempo, mesmo que os magistrados disponham de recursos finitos, eles são (mais ou menos) livres para alocá-los entre as suas decisões monocráticas, decisões nas Turmas e decisões no Plenário. A tendência de os casos do Plenário serem de maior complexidade, importância e saliência pública, assim, sugere que magistrados possam estar mais dispostos a sacrificar divergências, em geral, no âmbito de decisões monocráticas e das Turmas, de menor impacto, a fim de concentrá-las nos casos submetidos ao Plenário (ROSEVEAR; HARTMANN; ARGULHES, 2015, pp. 11-12, tradução livre)

¹⁵⁹ O projeto “Supremo em Números”, criado em 2010 e desenvolvido na Fundação Getúlio Vargas (FGV) do Rio de Janeiro, é coordenado por Joaquim Falcão, Daniel Vargas e Ivar A. Hartman. Visa à integração entre produção empírica jurídica e aplicação de tecnologias de computação para produzir dados, com abordagem eminentemente quantitativa, sobre as decisões do STF. Disponível em <fgv.br/supremoemnumeros>. Acesso em 01/05/2018.

¹⁶⁰ Os autores fazem uma curiosa ressalva sobre os números em questão: “Ao menos por ora, excluimos o Ministro [Marco Aurélio Mello] das nossas análises e cálculos do comportamento dos órgãos colegiados do STF. Ele é claramente um ponto fora da curva, e uma variedade de evidências anedóticas sugere ser a sua concepção do papel da Corte e das suas responsabilidades como um dos seus magistrados radicalmente diferente das dos seus pares na Corte. Por exemplo, entre 1992 e 2013, nossas estimativas indicaram que 96,1% das decisões das turmas e 62,3% das decisões do Plenário foram unânimes. Quando o Ministro Aurélio é excluído desses cálculos, as estimativas tornam-se 98,8% e 82,9% respectivamente. [...] [Ele] diverge mais de 12% do tempo – [enquanto nenhum dos outros ministros] diverge mais do que 5%, tendo a maioria taxas de divergência de 2% ou menos. Talvez ainda mais impressionante, se aproximadamente 75% das decisões não unânimes do STF têm apenas um voto divergente, o Ministro Aurélio é responsável por 80% desses votos. Finalmente, há um rumor – em tom de brincadeira – de que o Ministro Aurélio frequentemente leva às sessões do Plenário duas opiniões opostas para cada caso; e, depois de aferir a direção da Corte em certa questão, ele apresenta a opinião com a conclusão oposta.” (ROSEVEAR; HARTMANN; ARGULHES, 2015, p. 9, tradução livre)

¹⁶¹ Analisando a questão do dissenso nos tribunais (especificamente, no STF e na Suprema Corte dos EUA), Almeida, Nunes e Chaves Filho (2016) chegam a conclusão distinta. Entendem que mais relevantes do que a carga de trabalho para o número de votos dissidentes seriam as diferenças individuais dos julgadores, e que a melhor estratégia para a promoção do dissenso – sem valorá-lo como intrinsecamente bom ou ruim – seria alterar a sistemática de indicação dos ministros, privilegiando uma composição de indivíduos com personalidades distintas.

De fato, os tribunais brasileiros têm enfrentado intensa sobrecarga de trabalho¹⁶². Em um cenário desses, é compreensível que os julgadores se atenham mais reflexivamente aos processos de sua própria relatoria e/ou àqueles com maior repercussão pública ou social. Há *custos* para divergir – tanto de ordem mental como de ordem temporal. Portanto, pode ser atraente adotar de plano o entendimento do primeiro voto, caso ele pareça razoável à primeira vista, considerando que o relator, em tese, debruça-se mais atentamente aos autos. Desse modo, tanto a parte dispositiva como os fundamentos desse voto tendem a *ancorar* os demais julgadores, por meio de um raciocínio quase automático, sem maior apreciação crítica ou ponderação sobre outras opções interpretativas possíveis.

Em casos assim, contudo, os fundamentos teóricos subjacentes à colegialidade se esvanecem. Não afirmamos haver malefício na unanimidade em si, nem que as melhores decisões – ou as mais bem ponderadas – são aquelas com votos divergentes. O problema está no contexto no qual muitos dos julgamentos unânimes são proferidos nos tribunais brasileiros, em que há, na prática, apenas um voto fundamentado, ou em que os demais votos apresentam fundamentação insuficiente (art. 489, § 1º, do CPC/2015). Além de ilegais, esses vícios de fundamentação geram a legítima impressão, nos jurisdicionados, de que os demais julgadores não se debruçaram um minuto sequer sobre os seus casos – assim se esvaziando, em grande medida, o conteúdo do direito ao duplo grau de jurisdição¹⁶³.

¹⁶² No mais recente relatório “Justiça em Números”, publicado anualmente pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou-se, p. ex., que, em 2016, mesmo tendo sido o número de processos baixados praticamente igual ao de novos processos (29,4 milhões), o Poder Judiciário brasileiro contava ainda com 79,7 milhões de processos em tramitação, *i. e.*, aguardando alguma solução definitiva. Disponível em <cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros> Acesso em 22 de junho de 2018.

¹⁶³ Sobre o conteúdo mínimo do direito ao duplo grau de jurisdição, Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p. 99) observam que “[o]s tribunais de segundo grau, formados em geral por juízes mais experientes e constituindo-se em *órgãos colegiados*, oferecem maior segurança; e está psicologicamente demonstrado que o juiz de primeiro grau se cerca de maiores cuidados no julgamento quando sabe que sua decisão poderá ser revista pelos tribunais da jurisdição anterior” (grifou-se). Nesse sentido, ressalta Sokal (2012, p. 103) que “a colegialidade introduz um *mecanismo de controle interno à própria formação da decisão*, que mitiga a suscetibilidade a juízos arbitrários pela necessidade de consenso entre a pluralidade de julgadores. Afasta-se, assim, ao menos em tese a prevalência de preconceitos pessoais [...], de modo que a perspectiva de divergência de opiniões induz a uma manifestação mais ponderada.”

Ainda sobre a temática, apresentaremos, ao final do presente trabalho (ver 3.3), estudo empírico sobre o “peso” do voto do julgador relator em julgamentos colegiados – cujo caso ilustrativo terá, como pano de fundo, outro contexto decisório aparentemente muito suscetível à ancoragem, a ser analisado a seguir.

b) Nos Processos Civil e Trabalhista, a ancoragem pode ser muito acentuada na tomada de decisões fixadoras de *indenizações* por Responsabilidade Civil, sobretudo quanto aos pedidos de demandantes vítimas de danos extrapatrimoniais.

Em experimento com simulação de júri cível¹⁶⁴, Chapman e Bornstein (1996) estudam a influência, na tomada de decisão de jurados (representados, no estudo, por estudantes universitários), de diferentes pedidos de indenização por danos causados, no caso, em razão de câncer de ovário supostamente provocado por pílula contraceptiva. Verificam que, quanto mais o demandante pede – mesmo que valores extremos ou absurdos –, maior tende a ser o valor de indenização atribuído pelo jurado. Também constatam uma “modalidade cruzada” de ancoragem (*cross-modality anchoring*), *i. e.*, o efeito de âncoras de uma escala de julgamento em uma diferente escala: de um lado, âncoras monetárias não afetam tão somente decisões dos jurados expressas em escala monetária, mas também avaliações do nexos de causalidade; e, de outro lado, evidências do nexos causal apresentadas influenciam não apenas a aferição da causalidade, mas também a percepção do montante indenizatório devido¹⁶⁵. Para os autores, o resultado do experimento sugere que essa modalidade de

¹⁶⁴ O júri cível – inexistente no Brasil, país de tradição de *Civil Law* – é tradicionalmente referido como peculiaridade dos países de *Common Law*. No entanto, como observa Michele Taruffo (2013, pp. 22-23), enquanto na Inglaterra o instituto já é extinto há décadas, nos Estados Unidos, embora esteja presente em número de casos ainda não desconsiderável, tem ocorrência minoritária em comparação com o número de casos apreciados por juízes togados. As razões para a sua permanência no Direito norte-americano, conforme o jurista italiano, seriam duas: (i) a previsão como garantia na VII Emenda à Constituição estadunidense e (ii) o caráter popular e folclórico desses julgamentos, “pela generosidade com que estimam ressarcimentos e *punitive damages* que volta e meia chegam a somas elevadíssimas”, sendo atrativos como “loterias judiciárias”, apesar dos seus elevados custos.

¹⁶⁵ Nesses casos, observam Chapman e Bornstein (1996, p. 534, tradução livre), “[o]s efeitos da ancoragem mais representam vieses do que uso de informação relevante. Por exemplo, a extensão do dano [*ad damnum*] deveria ser irrelevante para determinar a responsabilidade, e a evidência de nexos causal deveria ser irrelevante para fixar a indenização. [...] Em qualquer das hipóteses, a influência de âncoras tecnicamente irrelevantes [como aquelas] constitui um viés extrajurídico.”

ancoragem possa ocorrer à medida que as âncoras apresentadas e as decisões a serem tomadas constituam aspectos complementares do mesmo julgamento.

Adequando esse tipo de experimento à realidade brasileira, Lisiane Kalil (2005) investiga o efeito da ancoragem no julgamento do valor de indenização por danos morais decorrentes de acidente de trânsito, com produção de sequelas de visão na vítima e incapacidade para o exercício da sua atividade profissional. Os participantes – categorizados em novatos (estudantes de Direito), intermediários (bacharéis em Direito) e expertos (juízes de Direito) – deveriam atuar como julgadores do caso, tendo um grupo recebido, como âncora, um pedido de R\$ 950 mil do autor, e o outro grupo, um pedido de indenização a ser arbitrada pelo julgador (*i. e.*, sem âncora explícita)¹⁶⁶. Embora o estudo conclua pela importância da expertise na tomada da decisão judicial, vez que os magistrados expostos à âncora apresentaram menor vinculação aos seus efeitos – com indenizações médias atribuídas de cerca de R\$ 194 mil (as dos bacharéis foram de, aproximadamente, R\$ 313 mil, e as dos estudantes, de cerca de R\$ 368 mil) –, da sua leitura se verifica que mesmo eles não deixaram de tomar decisões enviesadas. Isso porque os juízes que julgaram o caso sem a presença da âncora explícita atribuíram valor indenizatório médio de R\$ 145 mil (ao passo que os bacharéis e estudantes indicaram R\$ 217 mil e R\$ 179 mil, respectivamente).

Sob a perspectiva jurídica, no âmbito da Responsabilidade Civil, as decisões fixadoras de indenizações por danos extrapatrimoniais são aquelas que, em geral, permitem a maior margem de discricionariedade ao magistrado (GOMES, 2011, p. 120; MIRAGEM, 2015, p. 393), vez que há poucos parâmetros objetivos no ordenamento jurídico brasileiro para a fixação de montantes indenizatórios¹⁶⁷. Pelo mesmo motivo, também são as que costumam gerar ao

¹⁶⁶ Ressaltamos, porém, que, com o advento do CPC/2015 (art. 292, inciso V), diferentemente da sistemática adotada pelo CPC/1973 – vigente ao tempo do experimento de Kalil (2005) –, passou a ser obrigatório, para as ações indenizatórias fundadas em dano moral, o pedido determinado, *i. e.*, delimitado quanto ao montante pretendido.

¹⁶⁷ P. ex., “[o] dano moral – o grande vilão atual da responsabilidade civil – recebeu singela referência no art. 186 do [CC/2002], não obstante o enorme prestígio que mereceu na Constituição [p. ex., art. 5º, incisos V e X]. Perdeu-se a oportunidade de disciplinar melhor questões relevantes a seu respeito, que estão sendo enfrentadas pela jurisprudência, tais como os princípios a serem observados no seu arbitramento [...]” (CAVALIERI FILHO, 2014, p. xxii)

juiz maior grau de incerteza no seu decidir, o que pode conferir maior peso aos parâmetros oferecidos pelas próprias partes, em cada caso concreto. É que, embora a indenização deva ser medida pela extensão do dano (art. 944, *caput*, do CC/2002), muitas vezes resta ao julgador, haja vista a inconstitucionalidade do sistema de tarifação de danos extrapatrimoniais¹⁶⁸, tão somente o critério legal da fixação equitativa, conforme as circunstâncias do caso (p. ex., art. 953, § único, do CC/2002) – além dos parâmetros estabelecidos pela doutrina¹⁶⁹ e pela jurisprudência.

A jurisprudência brasileira, a propósito, tem tido decisivo papel no tratamento do tema. Por meio do chamado *modelo bifásico* de fixação de indenizações, diversos tribunais e julgadores têm considerado, a partir de um conjunto de julgados sobre casos semelhantes – *i. e.*, com o mesmo interesse jurídico lesado –, um valor-base para a indenização, fase seguida da “verificação das circunstâncias do caso em exame, [que] servem para reduzir ou aumentar o valor básico definido na fase anterior”¹⁷⁰ (MIRAGEM, 2015, pp. 383-384). Assim, do ponto de vista da tomada de decisão, esses parâmetros jurisprudenciais, ao serem observados, são assimilados pelo decisor também como âncoras – que

¹⁶⁸ O sistema de tarifação consiste no preestabelecimento de valores de indenização conforme a espécie de dano sofrido, o seu conteúdo e a sua intensidade (MIRAGEM, 2015, p. 386). Tentativas de tarifações via legislação em geral têm sido declaradas inconstitucionais ou não recepcionadas pela CRFB/1988, como é o caso dos arts. 51 e 52 da Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa). Isso porque, considerando-se o princípio da reparação integral (art. 944 do CC/2002), “não se pode atribuir antecipadamente valor econômico/preço a danos sobretudo quando se tratar de lesões quem afetam atributos inestimáveis, como é o caso dos atinentes à personalidade” (MIRAGEM, 2015, p. 380).

¹⁶⁹ A própria doutrina também costuma oferecer critérios bastante vagos e subjetivos – como *prudência*, *bom senso* e *razoabilidade* (p. ex., CAVALIERI FILHO, pp. 123-125). De outro lado, as tentativas de objetivação dos critérios mais comuns são a *repercussão do dano* e as *capacidades econômicas do ofensor e do ofendido*, sendo a *função punitiva* da indenização tema ainda bastante controverso entre nós (p. ex., CAVALIERI FILHO, pp. 123-127; MIRAGEM, 2015, pp. 388-395).

¹⁷⁰ “A fixação do valor devido à título de indenização por danos morais, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, deve considerar o método bifásico, sendo este o que melhor atende às exigências de um arbitramento equitativo da indenização por danos extrapatrimoniais, uma vez que minimiza eventual arbitrariedade ao se adotar critérios unicamente subjetivos do julgador, além de afastar eventual tarifação do dano. Nesse sentido, em uma primeira etapa deve-se estabelecer um valor básico para a indenização, considerando o interesse jurídico lesado, com base em grupo de precedentes jurisprudenciais que apreciaram casos semelhantes. Após, em um segundo momento, devem ser consideradas as circunstâncias do caso, para a fixação definitiva do valor da indenização, atendendo a determinação legal de arbitramento equitativo pelo juiz.” (AgInt no REsp n. 1.719.756, julgado em 2018.)

podemos denominar de *âncoras jurisprudenciais*¹⁷¹. O que, em geral, a nós parece algo positivo¹⁷²: sob a perspectiva da teoria da vinculação dos precedentes das cortes superiores, com vistas à promoção de segurança jurídica (MARINONI, 2016, pp. 95-110), é melhor o julgador tomar como parâmetro *âncoras jurisprudenciais*, em vez de, casuisticamente, deixar-se influenciar livremente pelas âncoras propostas pelos litigantes.

Parece que o legislador, mesmo que intuitivamente, tenta combater a litigância de má-fé traduzida na propositura de âncoras extremas – muito comuns em ações indenizatórias por dano extrapatrimonial e, como visto (ver 3.1), capazes de influenciar significativamente o decisor, apesar da sua implausibilidade. Isso porque, conforme o art. 86, *caput*, do CPC/2015, em sendo cada litigante, em parte, vencedor e vencido, devem ser proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas processuais e os honorários sucumbenciais. Discute-se, sob essa ótica, a atual vigência ou não da Súmula n. 326 do STJ, publicada sob a égide da lei processual anterior, segundo a qual, “[n]a ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca”¹⁷³. Para o doutrinador Cândido Dinamarco (2017, p. 764), manter esse entendimento implicaria “perigosos estímulos à litigiosidade irresponsável”, posição que a nós parece razoável, depois de bem conhecidos os efeitos da ancoragem na tomada de decisão. Ademais, o art. 86, § único, do

¹⁷¹ Ilustrativamente, a partir de pesquisa no repositório *online* de jurisprudência do STJ (disponível em <stj.jus.br/SCON/>, acesso em 23/06/2018), mediante as palavras-chave “método bifásico e danos morais”, constatamos as seguintes âncoras jurisprudenciais utilizadas e prevalentes nos três julgados mais recentes da lista: (i) R\$ 15 mil para danos decorrentes de inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito (AgInt no REsp n. 1.719.756, julgado em 2018); (ii) 300 a 500 salários mínimos para danos decorrentes do evento morte (AgInt no REsp n. 1.063.319, julgado em 2018); e (iii) R\$ 50 mil a R\$ 500 mil para danos morais coletivos (REsp n. 1.517.973, julgado em 2017).

¹⁷² Ressalvamos, porém, o risco de adoção de um sistema de tarifação pela própria jurisprudência, que, em última análise, não diferiria muito do sistema legal considerado inconstitucional.

¹⁷³ Da análise dos julgamentos utilizados para a edição da Súmula n. 326 do STJ, constatam-se como principais fundamentos: (i) a dificuldade em se estimar – tanto para o juiz, como para a parte – o montante devido a título de indenização por danos extrapatrimoniais, dada a ausência de critérios objetivos para tanto no ordenamento jurídico brasileiro (REsp n. 453.703, julgado em 2003); e (ii) a possibilidade de ocorrer um “paradoxo” ao se impor ao vencedor da causa despesas e honorários mais elevados do que a própria condenação obtida (REsp n. 254.300, julgado em 2000).

CPC/2015 afasta a aplicação da regra para casos de sucumbência mínima do pedido¹⁷⁴, aparentemente a fim de não prejudicar os litigantes de boa-fé.

c) Já no Processo Penal, as âncoras parecem manifestar-se vivamente na tomada de decisões sobre *condenações criminais e dosimetrias da pena*, relativamente aos pedidos formulados pelo órgão acusador.

Em experimento conduzido por English e Mussweiler (2001), foi simulada, com magistrados e estudantes de Direito, tomada de decisão penal condenatória em um caso fictício de estupro¹⁷⁵, com quantificação de pena a partir de diferentes pedidos de condenação do acusador: alguns participantes receberam um pedido de condenação de 12 meses de reclusão, enquanto outros depararam-se com um de 34 meses. Entre os juízes, observou-se ancoragem nas respostas mesmo daqueles com uma média de mais de 15 anos de experiência profissional. As condenações médias dos magistrados foram de 28 meses (para a âncora de 12 meses) e de 35,75 meses (para a âncora de 34 meses). Ressalte-se, ainda, que os magistrados haviam sido previamente avisados sobre o acusador ser um estudante do primeiro ano de Ciências da Computação, e que 93% deles responderam não haverem levado em conta, na sua quantificação, a pena requerida pela acusação (ENGLISH; MUSSWEILER, 2001, pp. 1.545-1.546).

Em outro estudo, de English, Mussweiler e Strack (2006), foram realizadas simulações a partir do mesmo caso do experimento anterior, com a diferença de que agora as âncoras passaram a ser apresentadas não como pedidos do acusador, mas como valores aleatórios, arbitrários ou não informativos. Verificou-se significativa influência, tanto em magistrados como em outros profissionais do

¹⁷⁴ Conforme o art. 86, § único, do CPC/2015, se um litigante sucumbe em parte mínima do pedido, o outro deve responder, por inteiro, pelas despesas processuais e pelos honorários de sucumbência. Para Dinamarco (2017, p. 765), “[a] determinação do que constitui *parte mínima* há de ser feita segundo um juízo de razoabilidade em cada caso, sendo impossível fixar parâmetros objetivos para tanto”.

¹⁷⁵ Ressaltam os autores que os autos fictícios foram elaborados em parceria com magistrados colaboradores, a fim de conferir aspecto mais realístico às informações fornecidas (ENGLISH; MUSSWEILER, 2001, p. 1.539).

Direito de, p. ex., penas sugeridas por um telefonema fictício de um jornalista e até mesmo obtidas a partir de lançamentos de um par de dados¹⁷⁶.

São cabíveis objeções a estudos como esses – p. ex., por terem sido empreendidos em contextos simulados e por vezes sequer semelhantes aos reais –, bem como questionamentos sobre a aplicabilidade desses contextos decisórios à realidade brasileira. Todavia, é possível afirmar, sem prescindir de estudos empíricos a serem realizados sobre o tema, que, no Processo Penal brasileiro, parece haver condições muito propícias à ancoragem dos julgadores – sejam magistrados ou jurados – quanto aos pedidos formulados pelo órgão acusador. Não apenas porque este sempre se manifesta antes da defesa: em uma estrutura de poderes institucionais na qual o Ministério Público, titular da ação penal pública e de tantas outras atribuições amealhadas nas últimas décadas¹⁷⁷, goza de incomparável prestígio social e de inúmeras prerrogativas¹⁷⁸, é ingenuidade pensar que a perspectiva do representante ministerial não tenha, mesmo que de modo inconsciente, peso desproporcionado na tomada de decisão do julgador¹⁷⁹, tanto na fixação da pena como na própria escolha de condenar ou não. Essa desproporção agrava-se em um sistema judicial que reflete fielmente as desigualdades sociais, como o nosso, no qual “a defesa da enorme

¹⁷⁶ Os participantes submetidos à sugestão do jornalista de um ano de prisão sentenciaram o réu fictício a, em média, 25 meses; enquanto aqueles submetidos a uma sugestão de três anos o sentenciaram a, em média, 33 meses (ENGLICH; MUSSWEILER; STRACK, 2006, p. 191). Já os voluntários submetidos à âncora dos dados por eles mesmos lançados foram solicitados a classificar os argumentos dos autos em incriminatórios e abonatórios, verificando-se que aqueles expostos a âncoras maiores identificaram mais rapidamente argumentos incriminatórios; enquanto aqueles expostos a âncoras menores apontaram com maior rapidez argumentos abonatórios (ENGLICH; MUSSWEILER; STRACK, 2006, pp. 195-196). Assim, para os autores, a explicação para a ocorrência de ancoragem em decisões penais como essas estaria em grande medida relacionada à já referida acessibilidade seletiva (ver 3.1): ao analisar um pedido de condenação com elevada pena, o julgador tenderia a selecionar primeiro, entre as informações disponíveis, aquelas compatíveis com a condenação proposta – *i. e.*, os argumentos incriminadores expostos pela acusação –, a fim de mentalmente testar essa âncora como uma possível pena (ENGLICH; MUSSWEILER; STRACK, 2006, p. 190).

¹⁷⁷ As atribuições em questão encontram-se consubstanciadas no art. 129 da CRFB/1988.

¹⁷⁸ O próprio fato de o membro do Ministério Público sentar ao lado do magistrado nas audiências e sessões de julgamento – mesmo quando é parte no processo, caso das ações penais – constitui um gesto simbólico de “igualdade” em relação ao representante do Poder Judiciário.

¹⁷⁹ Evidência desse peso desproporcional conferido à perspectiva do representante do Ministério Público, em situação decisória análoga, é apresentada em estudo empírico de Hartmann, Ferreira e Rego (2016). Constatam os autores a maior probabilidade de êxito das ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) propostas pelo Procurador Geral da República (chefe do Ministério Público da União) perante o STF, em detrimento de todos os demais legitimados (art. 103 da CRFB/1988), entre 1988 e 2013 – fenômeno que denominam de “deferência ao fiscal da lei”.

maioria dos acusados depende de Defensorias Públicas que ainda não são prioridade para os governantes, ou mesmo da boa vontade da advocacia dativa” (PRADO, 2012, pp. 63-64).

Em especial, no modelo de Tribunal do Júri adotado pelo Brasil, apesar de não serem os jurados incumbidos do cálculo da pena – mas apenas da formulação de respostas objetivas a quesitos formulados pelo juízo –, o enviesamento à posição ministerial parece agravar-se, em razão de fatores simbólicos¹⁸⁰ como os observados por Roberto Arriada Lorea em etnografia:

[M]esmo antes de iniciado o julgamento pelo Júri, a própria disposição dos operadores do direito – juiz, promotor e advogado – na cena judiciária [...] assegura um amplo favorecimento à acusação, pois [ela] está mais próxima do juiz que a defesa, ocupa um lugar mais alto do que aquele destinado para a defesa no plenário, e tem um lugar reservado à direita do juiz que preside a sessão, enquanto a defesa se vê mais distanciada, e à sua esquerda, com as implicações simbólicas daí decorrentes [...]. Essa situação, aliada ao fato de que a acusação, assim como o juiz, tem um caráter estatal, garante, a *priori*, um maior prestígio ao promotor do que ao advogado da defesa. [LOREA, 2003, p. 83]

Para Alexandre Morais da Rosa e Paola Wojciechowski (2018, p. 52), a ancoragem em prol de condenações penais teria especial gravidade. Isso porque, segundo os autores, o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da CRFB/1988) demandaria dos juízes, pelo contrário, estarem “enviesados à absolvição”, convencendo-se da condenação apenas mediante provas cabais. Embora concordemos sobre haver maior gravidade nesses casos – vez que, no Processo Penal, entre outros direitos fundamentais, está em jogo sobretudo o direito à liberdade –, não reputamos adequado falar em um necessário “viés

¹⁸⁰ Os jurados – “profanos” no campo jurídico, na acepção de Bourdieu (ver nota 27) –, na condição de “leigos”, naturalmente já tendem a “impressionar-se” com o nível de “conhecimento” dos operadores do Direito (LOREA, 2003, p. 73). E, no modelo brasileiro, diferentemente do modelo estadunidense, eles sequer conversam entre si para deliberarem o resultado do julgamento – o que Lorea (2003, p. 70) questiona: “Devemos perguntar se a incomunicabilidade dos jurados, prática que os isola uns dos outros, não reforça a autoridade dos operadores do direito. Na ausência de interlocutores entre seus pares, os jurados não teriam tendência a se espelharem nas orientações e interpretações fornecidas pelos profissionais?” Esse detalhe, a nosso ver, pode acentuar a vinculação dos jurados à perspectiva da acusação, em detrimento da perspectiva da defesa, pois, ainda que tanto promotores como advogados detenham “capital jurídico”, há, na prática, graus diferentes do poder de interpretação jurídica (BOURDIEU, 1989, p. 224), e o prestígio social do Ministério Público sem dúvida é levado em conta nas tomadas de decisão dos jurados.

tendente à absolvição”, com base no conceito de viés aqui adotado, *i. e.*, como um desvio sistemático de padrões normativos de racionalidade (ver 2.4). Mesmo que, de fato, todo réu deva ser presumido inocente a menos que se prove o contrário, não nos parece adequado sucumbir, passivamente, a automatismos nesses casos, seja para absolver, seja para condenar – sem qualquer tentativa de estabelecimento de parâmetros objetivos para a valoração das provas e, em sendo o caso de condenação, a dosimetria da pena, visando à mitigação de vieses como a ancoragem nessas decisões.

Seja como for, decidindo-se pela condenação, ainda que a dosimetria da pena exija a observância, pelo julgador, de diversos critérios aparentemente objetivos – p. ex., penas abstratas previstas nos tipos legais, circunstâncias judiciais, agravantes, atenuantes, majorantes e minorantes –, sempre há margem, nessa fase processual, para a manifestação da subjetividade do magistrado, ou mesmo para uma apreciação automatizada¹⁸¹, com o que se pode verificar a ocorrência de ancoragem em relação aos pedidos da acusação. Na prática, isso é bastante visível na análise das diversas circunstâncias judiciais (art. 59 do CP/1940) – p. ex., a conduta social e a personalidade do agente, categorias criticáveis a partir do hoje vigente “Direito Penal do fato”, substituto do “Direito Penal do autor”, que julgava “o homem *pelo que é*, e não *pelo que fez*” (SANTOS, 2012, p. 522); bem como a culpabilidade, os motivos e as consequências do crime, “discursivamente tratados em termos redundantes, mas que se habilitam a reforçar a pena” (MACHADO, 2009, p. 17).

Em síntese conclusiva desta seção, sustentamos a elevada probabilidade da ocorrência de ancoragem nos seguintes contextos decisórios do sistema processual brasileiro: (i) julgamentos colegiados, em razão do voto do relator; (ii) quantificações judiciais de indenização por Responsabilidade Civil, sobretudo quanto aos pedidos de demandantes vítimas de danos extrapatrimoniais; e (iii)

¹⁸¹ Machado (2009, p. 17), que realizou estudo empírico de 440 sentenças penais condenatórias no Distrito Federal proferidas entre 2006 e 2007, a fim de investigar a observância ou não, na prática, da garantia constitucional da individualização da pena (art. 5º, inciso XLVI, da CRFB/1988), constata que, “longe de se individualizar uma pena, uma massa eleita de sujeitos juridicamente espoliados é punida num procedimento de atomização. [...] As circunstâncias judiciais para fixação da pena-base são indicadas num procedimento automatizado e desumanizado.”

condenações criminais e dosimetrias da pena, relativamente aos pedidos formulados pelo órgão acusador.

3.3 ESTUDO EMPÍRICO: O VOTO DO RELATOR VALE MAIS? A ANCORAGEM EM JULGAMENTOS COLEGIADOS

Ao longo da seção 3.2, discorreremos sobre possibilidades de incidência da ancoragem na tomada da decisão judicial. É possível perceber que, na literatura sobre o tema, predominam experimentos estrangeiros, sendo grande parte deles relacionados à fixação de pena em casos criminais (p. ex., ENGLICH, MUSSWEILER, 2001; ENGLICH, MUSSWEILER, STRACK, 2006) e, em matéria cível, envolvendo cenários decisórios muitas vezes não verificáveis no sistema processual brasileiro, como o júri cível (p. ex., CHAPMAN; BORNSTEIN, 1996). No âmbito nacional, há investigação sobre ancoragem quanto ao arbitramento judicial de indenização por danos morais, em função de pedido determinado ou não da parte (KALIL, 2005) – opção esta que, como referimos (nota 166), tende a desaparecer com o advento do CPC/2015.

Contudo, faltam estudos empíricos sobre a temática com relação ao peculiar modelo de julgamentos colegiados adotado pelos tribunais brasileiros. Entre nós, para cada caso é designado um relator, incumbido, entre outros deveres, de detidamente analisar a controvérsia; de elaborar um relatório com a delimitação das questões fáticas e jurídicas em debate; e de propor uma proposta de decisão, denominada de *voto* – seguida da coleta dos votos de outros julgadores, para formar o *acórdão*, entendido como a materialização do julgamento (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, pp. 38-39).

Como mencionamos, é difusa a impressão, entre operadores do Direito e inclusive entre juristas de renome (p. ex., MOREIRA, 1994, p. 237), de que, na prática, o voto do relator interfere consideravelmente na tomada de decisão dos demais julgadores diante do caso, sendo potencialmente mais influente no resultado do julgamento. Também analisamos dados empíricos sobre a prevalência de decisões colegiadas unânimes mesmo no STF (ROSEVEAR; HARTMANN;

ARGUELHES, 2015), corte cujos julgamentos colegiados deveriam sempre refletir elevado grau de ponderação e de aprofundamento dos debates sobre as opções interpretativas em disputa. Por isso, é muito provável a incidência do viés em questão a partir do voto do relator em julgamentos colegiados. E, como salienta WILSON *et al.* (1996, p. 389), em se tratando de ancoragem, vale a pena testar mesmo o aparentemente “óbvio”, por se tratar de uma área conhecida justamente por seus resultados não óbvios.

O presente estudo, assim, visa a investigar, a partir de experimento simulado, a influência do voto do relator na tomada de decisão dos julgadores subsequentes em julgamentos colegiados. Para tanto, utiliza como ilustração um caso de Responsabilidade Civil, especificamente relacionado ao arbitramento judicial de danos morais (espécie do gênero “danos extrapatrimoniais”), área que, em razão da inexistência de parâmetros objetivos de quantificação no ordenamento jurídico brasileiro, tende a gerar nos decisores maior grau de incerteza e de suscetibilidade à adoção dos parâmetros apresentados em cada caso (ver 3.2). Também há a conveniência de se trabalhar com esse tipo de decisão, que envolve uma estimativa de montante indenizatório, pois, como referido (ver 3.1), a ancoragem é especialmente visível e mensurável a partir de números.

3.3.1 Metodologia

O experimento foi realizado entre os anos de 2016 e 2017, no âmbito do Grupo de Pesquisa CNPq “Processo e Argumento”, vinculado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Elaboramos dois modelos de um questionário – MQ5 e MQ50 (ver anexo I) –, simulando julgamento de recurso de apelação por câmara cível de tribunal de segundo grau de jurisdição. O caso objeto da decisão, também fictício, versava sobre Responsabilidade Civil por erro médico. Em ambos os modelos, já constava o voto do desembargador relator, escrito sinteticamente mas com a estrutura de um voto real, *i. e.*, dividido em relatório, fundamentação e dispositivo (art. 489 do CPC/2015). O relator, nas duas situações, votava pelo provimento

da apelação – interposta pelo autor da ação, vítima alegada de erro médico – e pela consequente condenação do médico, réu e apelado, ao pagamento de indenização por danos morais. Havia, porém, importante diferença entre os montantes indenizatórios fixados pelo relator, a qual também era a única distinção entre os dois modelos de questionário: no MQ5, a quantia arbitrada era de R\$ 5 mil; já no MQ50, de R\$ 50 mil. Assim, cada participante voluntário do estudo, ao receber apenas um desses questionários – que era a sua exclusiva fonte de informações para o julgamento –, sem saber da existência do outro modelo, deveria anonimamente responder à pergunta “Se você fosse o(a) próximo(a) desembargador(a) a votar nesse caso, qual valor de indenização julgaria adequado?”, seguida de questionamentos sobre alguns fatores psicossociais¹⁸².

Participaram do experimento, no total, 632 pessoas, todas estudantes vinculados à Faculdade de Direito da UFRGS. Deste universo de participantes, 500 eram alunos da Graduação, distribuídos em 11 turmas (do terceiro ao oitavo semestre do curso¹⁸³), e 132 eram alunos da Pós-Graduação (entre doutorandos, mestrandos, especializando e ouvintes¹⁸⁴), pesquisados em 17 turmas¹⁸⁵. Em todos os casos, foi presencial e individual a aplicação dos questionários, impressos em folhas A4 com frente e verso. Os momentos de aplicação, previamente

¹⁸² Tais fatores eram: (i) grau de convicção na resposta dada; (ii) idade; (iii) gênero; (iv) ocorrência ou não de experiência prática (trabalho ou estágio) em Direito Civil; (v) existência ou não de familiar próximo médico; e (vi) vivência ou não, pelo participante ou por familiar seu, de situação semelhante à narrada no caso.

¹⁸³ O curso de Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da UFRGS tem duração total prevista de 10 semestres ou 5 anos. Optamos por excluir do experimento alunos dos dois primeiros semestres, em razão da sua presumível pouca experiência teórica e prática em Direito Processual Civil e em Direito Civil, matérias cujo domínio é essencial para a compreensão e a resolução do caso simulado apresentado no questionário. Também excluímos alunos dos dois últimos semestres, presumivelmente com mais experiência nessas áreas do que os alunos dos semestres anteriores, a fim de contrabalancearmos a exclusão anteriormente aludida e assim obtermos um perfil mais homogêneo entre os pesquisados.

¹⁸⁴ A partir de diálogos informais com funcionários das secretarias dos cursos de Pós-Graduação pesquisados, bem como com alguns dos próprios pesquisados, aferimos que o perfil profissional destes era bastante heterogêneo, variando, p. ex., entre advogados, acadêmicos com dedicação exclusiva, servidores públicos, membros do Ministério Público e até magistrados.

¹⁸⁵ As turmas eram compostas de alunos frequentadores de disciplinas das mais variadas temáticas e áreas jurídicas. Como, no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, é permitido a um aluno frequentar mais de uma disciplina por semestre, tomamos o cuidado de não submeter mais de uma vez a mesma pessoa ao experimento. Assim, quando da aplicação nessas turmas, sempre salientávamos a dispensa daqueles que já haviam participado da pesquisa. Também adotamos a precaução de variar a distribuição dos modelos de questionário em turmas com temáticas e áreas jurídicas semelhantes, a fim de não concentrar o mesmo modelo com voluntários de formações acadêmicas parecidas. P. ex., em turmas de Responsabilidade Civil foram aplicados tanto o MQ5 como o MQ50.

autorizados pelos professores ministrantes das disciplinas em curso, ocorriam antes, durante ou após as aulas, tendo duração média de 5 a 10 minutos. Aos estudantes, era brevemente anunciada a realização de um experimento sobre julgamentos colegiados, fruto de investigação em um grupo de pesquisa daquela instituição, sendo assim solicitada a sua participação.

Na Graduação, de um lado, 259 alunos, distribuídos em seis turmas, receberam o MQ5, tendo sido consideradas as respostas de 247 desses questionários¹⁸⁶. De outro lado, 241 alunos, distribuídos em cinco turmas, receberam o MQ50, tendo sido computadas as respostas de 233 desses questionários¹⁸⁷.

Já na Pós-Graduação, por um lado, 63 alunos, distribuídos em oito turmas, receberam o MQ5, tendo sido consideradas as respostas de 62 desses questionários¹⁸⁸. Por outro lado, 69 alunos, distribuídos em nove turmas, receberam o MQ50, tendo sido computadas as respostas de 63 desses questionários¹⁸⁹.

No total, portanto, 605 pessoas (480 da Graduação e 125 da Pós-Graduação) tiveram as suas respostas consideradas. Para a consideração¹⁹⁰ ou

¹⁸⁶ No grupo de alunos da Graduação com o MQ5, foram desconsideradas as respostas de doze questionários, pelas seguintes razões: cinco pessoas entenderam não caber indenização e, portanto, não dariam provimento ao recurso; quatro não souberam responder ou entenderam não haver elementos suficientes para decidir; duas apresentaram parâmetros de indenização não quantificáveis; e uma teve sua resposta considerada ilegível ou ininteligível.

¹⁸⁷ No grupo de alunos da Graduação com o MQ50, foram desconsideradas as respostas de oito questionários, pelas seguintes razões: uma pessoa entendeu não caber indenização e, portanto, não daria provimento ao recurso; cinco apresentaram parâmetros de indenização não quantificáveis; e duas tiveram suas respostas consideradas ilegíveis ou ininteligíveis.

¹⁸⁸ No grupo de alunos da Pós-Graduação com o MQ5, foram desconsideradas as respostas de um questionário, por terem elas sido consideradas ilegíveis ou ininteligíveis.

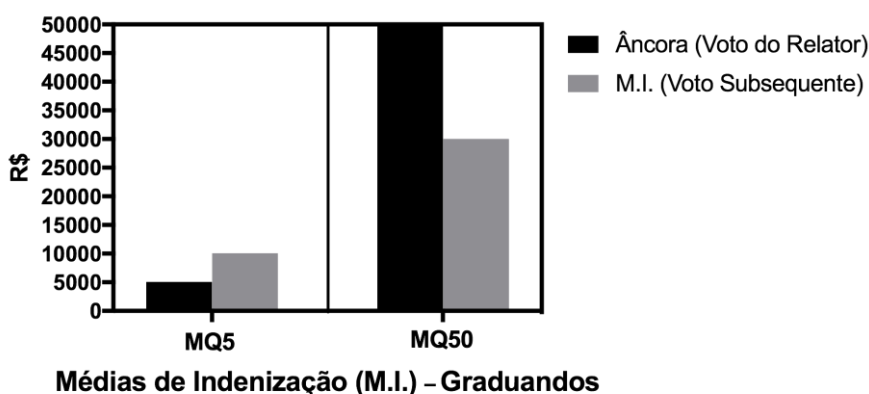
¹⁸⁹ No grupo de alunos da Pós-Graduação com o MQ50, foram desconsideradas as respostas de seis questionários, pelas seguintes razões: duas pessoas entenderam não caber indenização e, portanto, não dariam provimento ao recurso; uma não soube responder ou entendeu não haver elementos suficientes para decidir; uma apresentou parâmetros de indenização não quantificáveis; e duas tiveram suas respostas consideradas ilegíveis ou ininteligíveis.

¹⁹⁰ Padrões de respostas (quanto ao arbitramento do valor indenizatório) que implicaram a *consideração* de questionários: (i) valor, em reais, indicado de modo expresso e claro; e (ii) parâmetros de indenização facilmente quantificáveis pelo pesquisador (p. ex., “O mesmo.” e “Acompanho o relator.”, casos em que consideramos atribuída como resposta a própria âncora apresentada, *i. e.*, R\$ 5 mil ou R\$ 50 mil, dependendo do modelo de questionário; e “X salários mínimos”, caso em que consideramos como resposta a multiplicação do número indicado por R\$ 880,00 ou R\$ 937,00, dependendo do ano de aplicação do questionário, *i. e.*, 2016 ou 2017).

desconsideração¹⁹¹ de questionários, estabelecemos alguns critérios de seleção, diante de padrões de resposta mais ou menos recorrentes.

3.3.2 Resultados

a) Na Graduação, os pesquisados apresentaram a média (aritmética) de idade de 22,98 anos¹⁹². A partir da análise das 480 respostas aqui consideradas, estabelecemos dois grandes grupos: (i) o primeiro, de 247 graduandos que receberam o MQ5, e (ii) o segundo, de 233 graduandos que responderam ao MQ50. As médias (medianas)¹⁹³ de atribuição do valor indenizatório foram as seguintes: o grupo que recebeu o MQ5 (com âncora de R\$ 5 mil) atribuiu o valor indenizatório médio de R\$ 10 mil; já o grupo que respondeu ao MQ50 (com âncora de R\$ 50 mil) arbitrou o montante médio de R\$ 30 mil.



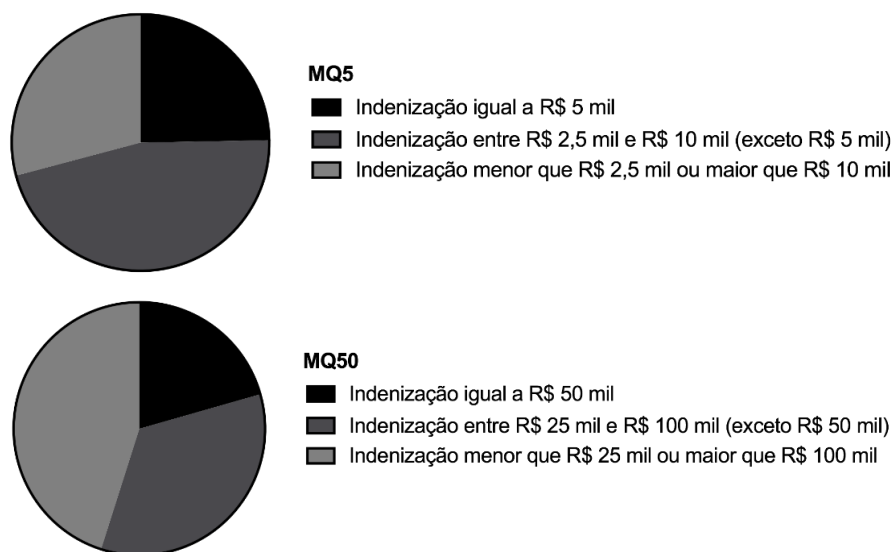
Quanto à frequência de valores indenizatórios, entre 247 graduandos que receberam o MQ5, 61 deles (24,70%) indicaram a própria âncora (R\$ 5 mil) como

¹⁹¹ Padrões de respostas (quanto ao arbitramento do valor indenizatório) que implicaram a *desconsideração* de questionários: (i) não cabimento de indenização e improvimento do recurso (p. ex., “R\$ 0,00.”, “Nenhum.” e “Não daria provimento ao recurso.”); (ii) insuficiência de informações para decidir (p. ex., “Não sei.” e “Faltam elementos para decidir.”); (iii) parâmetros de indenização não quantificáveis (p. ex., “Valor equivalente a x dias de trabalho do autor.”, “X vezes o valor do salário médio do médico.”, “Valor referente aos gastos com medicamentos.” e “Valor inferior/superior a R\$ 5 mil/50 mil.”); e (iv) respostas consideradas ilegíveis ou ininteligíveis (p. ex., “Sim.”).

¹⁹² Dos 480 graduandos com respostas consideradas, três não informaram suas idades, totalizando um universo de 477 pessoas para esta apuração.

¹⁹³ Para o cálculo das médias dos valores indenizatórios indicados pelos pesquisados, optamos pela média mediana em detrimento da aritmética, em razão das distorções que as poucas respostas muito acima ou muito abaixo do padrão poderiam causar.

indenização, sendo ela o segundo número mais recorrente do conjunto¹⁹⁴; 114 (46,15%) indicaram algum valor diferente de R\$ 5 mil, mas situado entre R\$ 2,5 mil e R\$ 10 mil¹⁹⁵; e 72 (29,15%) responderam fora do referido intervalo. Já entre 233 graduandos que responderam ao MQ50, 48 deles (20,60%) adotaram a âncora (R\$ 50 mil) como indenização, sendo ela também a moda do conjunto; 80 (34,33%) indicaram algum valor diferente de R\$ 50 mil, mas situado entre R\$ 25 mil e R\$ 100 mil; e 105 (45,07%) responderam fora do referido intervalo.



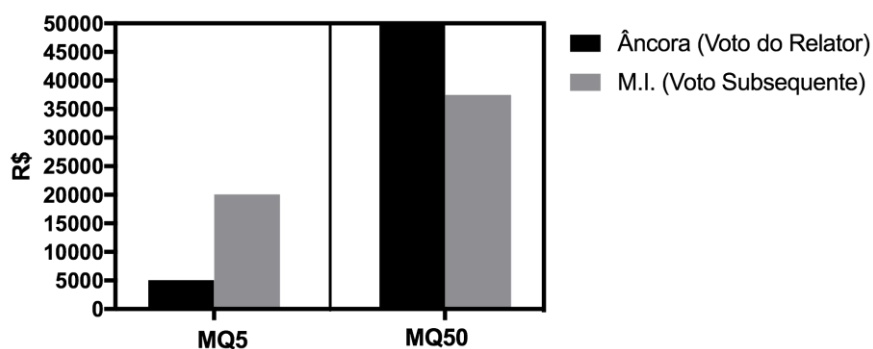
Frequências de Indenização (F.I.) – Graduandos

b) Na Pós-Graduação, os pesquisados apresentaram a média (aritmética) de idade de 31,80 anos¹⁹⁶. A partir da análise das 125 respostas aqui consideradas, estabelecemos dois grandes grupos: (i) o primeiro, de 62 pós-graduandos que receberam o MQ5, e (ii) o segundo, de 63 pós-graduandos que responderam ao MQ50. As médias de atribuição do valor indenizatório foram as seguintes: o grupo que recebeu o MQ5 (com âncora de R\$ 5 mil) atribuiu o valor indenizatório médio de R\$ 20 mil; já o grupo que respondeu ao MQ50 (com âncora de R\$ 50 mil) arbitrou o montante médio de R\$ 37,48 mil.

¹⁹⁴ A moda do conjunto foi R\$ 10 mil, com 67 indicações.

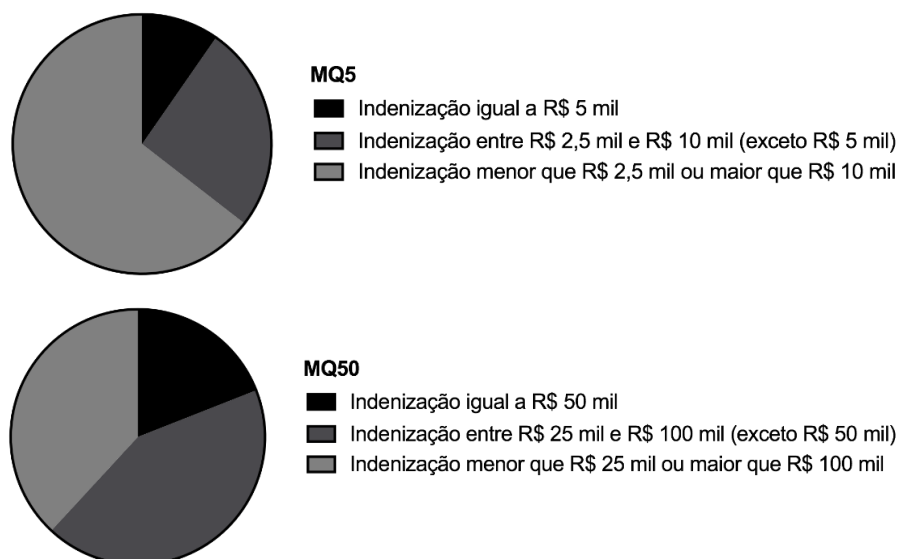
¹⁹⁵ *I. e.*, a metade e o dobro da âncora, respectivamente.

¹⁹⁶ Dos 125 pós-graduandos com respostas consideradas, um não informou sua idade, totalizando um universo de 124 pessoas para esta apuração.



Médias de Indenização (M.I.) – Pós-Graduandos

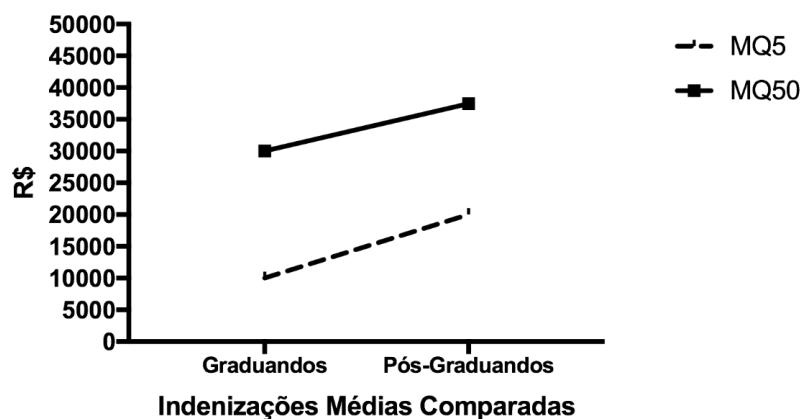
Quanto à frequência de valores indenizatórios, entre 62 pós-graduandos que receberam o MQ5, seis deles (9,68%) indicaram a própria âncora (R\$ 5 mil) como indenização, sendo ela o quarto número mais recorrente do conjunto¹⁹⁷; 16 (25,80%) indicaram algum valor diferente de R\$ 5 mil, mas situado entre R\$ 2,5 mil e R\$ 10 mil; e 40 (64,52%) responderam fora do referido intervalo. Já entre 63 pós-graduandos que responderam ao MQ50, 12 deles (19,05%) adotaram a âncora (R\$ 50 mil) como indenização, sendo ela também a moda do conjunto; 27 (42,85%) indicaram algum valor diferente de R\$ 50 mil, mas situado entre R\$ 25 mil e R\$ 100 mil; e 24 (38,10%) responderam fora do referido intervalo.



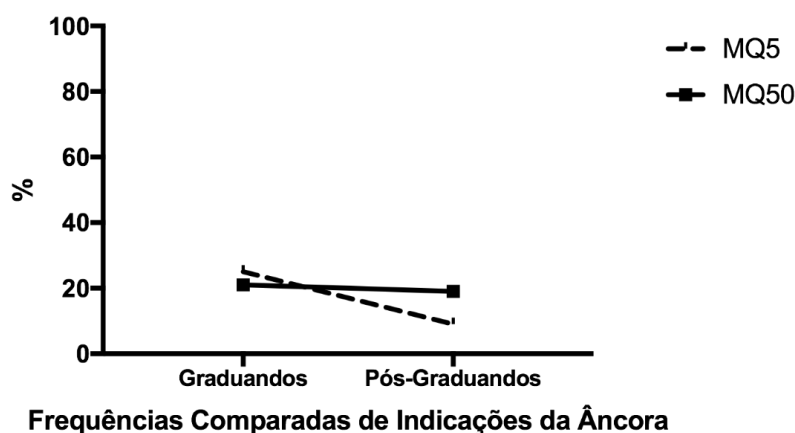
Frequências de Indenização (F.I.) – Pós-Graduandos

¹⁹⁷ A moda do conjunto foi R\$ 10 mil, com 14 indicações; seguida de R\$ 20 mil, com 13 indicações; e de R\$ 50 mil, com 7 indicações.

c) Para compararmos as indenizações médias de graduandos com as de pós-graduandos, o seguinte gráfico demonstra que, entre os primeiros, (i) aqueles que receberam o MQ5 atribuíram valor médio de R\$ 10 mil, e (ii) aqueles que responderam ao MQ50 fixaram o montante médio de R\$ 30 mil; já entre os segundos, (iii) aqueles que receberam o MQ5 atribuíram valor médio de R\$ 20 mil, e (iv) aqueles que responderam ao MQ50 fixaram o montante médio de R\$ 37,48 mil:



Cotejando também as frequências de valores indenizatórios, observamos, por meio de outro gráfico, que, entre graduandos, (i) aqueles que receberam o MQ5 indicaram a própria âncora em 24,70% dos casos e (ii) aqueles que responderam ao MQ50 o fizeram com a frequência de 20,60%; já entre os pós-graduandos, (iii) aqueles que receberam o MQ5 indicaram a própria âncora ou algum valor a ela próximo em 9,68% dos casos e (iv) aqueles que responderam ao MQ50 o fizeram com a frequência de 19,05%:



d) Sobre os fatores psicossociais perguntados nos questionários (grau de convicção na resposta; sexo; médico como familiar próximo; vivência pretérita ou não, própria ou por familiar, de situação semelhante à narrada; e experiência profissional em área cível), nenhum deles influenciou os padrões médios de indenização. Tendo-se como universo de pesquisados, para essa apuração, tanto graduandos como pós-graduandos, foram as respostas dos voluntários agora divididas nos seguintes grupos (e posteriormente separadas em subgrupos conforme o recebimento do MQ5 ou do MQ50): (i) pessoas com graus de convicção de 1 a 5 (bastante inseguras) e pessoas com graus de convicção de 6 a 10 (muito seguras)¹⁹⁸; (ii) homens e mulheres¹⁹⁹; (iii) pessoas com e sem médico familiar próximo²⁰⁰; (iv) pessoas com e sem vivência pretérita de situação semelhante à narrada²⁰¹; e (v) pessoas com e sem experiência profissional em área cível²⁰². Em todos os casos, a indenização média foi de R\$ 10 mil para os subgrupos que receberam o MQ5, e de R\$ 30 mil para os subgrupos que responderam ao MQ50.

¹⁹⁸ Nos 605 questionários considerados, 15 voluntários optaram por não estimar o seu grau de convicção. Assim, de uma amostragem de 590 pessoas, observamos a seguinte distribuição: (i) 81 pesquisados que receberam o MQ5 indicaram grau de convicção entre 1 e 5, (ii) 218 pesquisados que responderam ao MQ5 apontaram grau de convicção entre 6 e 10, (iii) 71 pesquisados que receberam o MQ50 indicaram grau de convicção entre 1 e 5 e (iv) 220 pesquisados que responderam ao MQ50 apontaram grau de convicção entre 6 e 10.

¹⁹⁹ Nos 605 questionários considerados, cinco pessoas optaram por não identificar o seu sexo (perguntado no questionário como “gênero”). Assim, de uma amostragem de 600 pessoas, verificamos a seguinte distribuição: (i) 176 pessoas do sexo feminino receberam o MQ5, (ii) 132 pessoas do sexo masculino responderam ao MQ5, (iii) 169 pessoas do sexo feminino receberam o MQ50 e (iv) 123 pessoas do sexo masculino responderam ao MQ50.

²⁰⁰ Dos 605 questionários considerados, constatamos a seguinte distribuição: (i) 103 pesquisados com familiar médico receberam o MQ5, (ii) 206 pesquisados sem familiar médico responderam ao MQ5, (iii) 93 pesquisados com familiar médico receberam o MQ50 e (iv) 203 pesquisados sem familiar médico responderam ao MQ50. Por curiosidade, também investigamos a influência desse fator entre os oito questionários nos quais os participantes entenderam não caber indenização e, portanto, não dariam provimento ao recurso: quatro tinham familiar médico e quatro não tinham. Assim, continuamos sem evidências significativas para afirmar que ter ou não médico como familiar próximo tenha sido um fator relevante para as quantificações.

²⁰¹ Dos 605 questionários considerados, percebemos a seguinte distribuição: (i) 24 voluntários com vivência pretérita receberam o MQ5, (ii) 285 voluntários sem vivência pretérita responderam ao MQ5, (iii) 29 voluntários com vivência pretérita receberam o MQ50 e (iv) 267 voluntários sem vivência pretérita responderam ao MQ50.

²⁰² Dos 605 questionários considerados, cinco pessoas optaram por não afirmar ter ou não a experiência profissional em área cível. Assim, de uma amostragem de 600 voluntários, verificamos a seguinte distribuição: (i) 171 pesquisados com experiência receberam o MQ5, (ii) 135 pesquisados sem vivência pretérita responderam ao MQ5, (iii) 195 pesquisados com vivência pretérita receberam o MQ50 e (iv) 99 pesquisados sem vivência pretérita responderam ao MQ50.

3.3.3 Discussão

A metodologia utilizada neste experimento foi bastante simples, mas, a nosso ver, suficiente para oferecer evidências de que a tomada da decisão judicial em julgamentos colegiados parece, de fato, ser suscetível aos efeitos de ancoragem produzidos pelo voto do julgador relator.

Constatamos que, entre os alunos de Graduação, (i) aqueles que receberam o MQ5 (com âncora de R\$ 5 mil) atribuíram indenização média de R\$ 10 mil, indicando a própria âncora em 24,70% dos casos; e (ii) aqueles que responderam ao MQ50 (com âncora de R\$ 50 mil) fixaram o montante médio de R\$ 30 mil, indicando a própria âncora ou algum valor a ela próximo com a frequência de 20,60%. Já entre os estudantes de Pós-Graduação, (iii) aqueles que receberam o MQ5 atribuíram indenização média de R\$ 20 mil, indicando a própria âncora ou algum valor a ela próximo em 9,68% dos casos; e (iv) aqueles que responderam ao MQ50 fixaram o montante médio de R\$ 37,48 mil, indicando a própria âncora ou algum valor a ela próximo com a frequência de 19,05%. Apesar de ser possível, com base nessas médias e percentuais, sustentar vinculação à âncora em menor grau para pós-graduandos, pessoas presumivelmente com maior expertise na resolução de problemas jurídicos em comparação com graduandos, essa diferença foi sutil e, a nosso ver, não significativa para afirmarmos de modo categórico.

Quanto aos fatores psicossociais pesquisados, o sexo das pessoas voluntárias, como esperado, não produziu qualquer distinção na fixação das indenizações médias²⁰³. Eventual influência de vivência pretérita de situação semelhante à narrada e de experiência profissional em área cível – a qual poderíamos identificar como indicativa de maior expertise no assunto –, apesar de por nós não ser descartada para esse tipo de julgamento e decisão, não foi evidenciada no presente experimento. Igualmente, o grau de convicção na resposta e a existência de médico como familiar próximo não tiveram efeitos

²⁰³ Por hipótese, o sexo poderia ter sido um fator determinante para a distinção das indenizações médias atribuídas por homens e por mulheres se o caso objeto do julgamento versasse, p. e.x., sobre sexismo.

sobre os padrões indenizatórios médios. De modo geral, considerando-se esses padrões, a âncora apresentada pelo julgador relator, fosse de R\$ 5 mil ou de R\$ 50 mil, parece ter sido fator determinante e prevalente sobre os demais na fixação da indenização devida.

A ancoragem também pode ter operado em relação ao modo como foi feita a primeira pergunta no questionário: “Se você fosse o(a) próximo(a) desembargador(a) a votar nesse caso, qual valor de indenização julgaria adequado?” Tal indagação foi propositadamente *indutiva*²⁰⁴ e provavelmente *ancorou* muitos dos participantes ao menos no sentido de condenar o réu/recorrido. Isso porque, de 632 pessoas pesquisadas, 605 dariam provimento ao recurso e fixariam algum montante a título de indenização. Por outro lado, apenas oito entenderam não caber indenização e, portanto, não dariam provimento ao recurso. Pesquisa futura poderia comparar os efeitos de ancoragem, em julgamento semelhante, a partir de um modelo de questionário com uma pergunta indutiva como aquela feita por nós e de outro modelo com uma pergunta aberta (p. ex., “Qual seria o seu voto, se você fosse o/a próximo/a desembargador/a a votar nesse caso?”) ou ao menos com uma pergunta prévia (p. ex., “Você daria ou não provimento ao recurso?”).

Em tempo, vários participantes do experimento, embora não lhes tivesse sido solicitado, consignaram observações nas folhas de questionário, ao lado de suas respostas. Consideramos algumas delas a nosso ver bastante interessantes, dignas aqui de menção e de breve análise:

a) Diversas pessoas, indicando ou não valores indenizatórios – haja vista que, das 632 pessoas pesquisadas, cinco não souberam responder ou entenderam não haver elementos suficientes para decidir –, alegaram que precisariam consultar a jurisprudência para terem mais segurança nas suas respostas. Uma registrou ao lado da sua (R\$ 10 mil): “Inscrição indevida [em órgão de órgão de proteção ao crédito] é menos grave e os juízes decidem por

²⁰⁴ Uma pergunta pode ser considerada *indutiva* quando (i) sugere uma específica resposta ou quando (ii) assume como uma verdadeira uma versão fática em detrimento de outra ou outras ainda em disputa (PINTER, 2016, p. 55). No caso em tela, a sugestão do questionário, após a exposição do voto do relator, foi no sentido de induzir o pesquisado a pensar que a condenação já constituía uma premissa, faltando apenas a definição do montante indenizatório.

R\$ 7-8 mil.” Outra registrou junto à sua (R\$ 35 mil): “Considerando que a inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito se tem atribuído o valor de R\$ 8 mil, em diversas Câmaras no TJ/RS; e, considerando que indenização por morte vai até o montante de aproximadamente R\$ 100 mil, atribuo o valor de R\$ 35 mil.” Sem contar as várias que utilizaram o salário mínimo como parâmetro para a quantificação da indenização por danos morais – em respostas como “x salários mínimos”.

Tais observações podem indicar que, na tomada de decisões judiciais, alguns decisores sentem a “necessidade” de adotar parâmetros para eles subjetivamente mais confiáveis e/ou justificados (p. ex., âncoras jurisprudenciais), em detrimento de outros aparentemente inconfiáveis e/ou injustificados (p. ex., as âncoras apresentadas neste experimento), a fim de produzirem decisões que lhes pareçam mais seguras e racionais – e, como já referido (ver 3.2), a adoção de âncoras jurisprudenciais é, em geral, benéfica à segurança jurídica. Apesar disso, para muitos dos pesquisados – precisamente, para 127 (21,75%) entre os 584 que concordaram em dar provimento ao recurso e atribuir alguma indenização –, a âncora apresentada neste experimento, com fulcro no *éthos* de um desembargador relator (ver 1.3), pode ter parecido parâmetro suficientemente confiável ou justificado, a ponto de não necessitar de qualquer “ajustamento”, nos termos propostos por Tversky e Kahneman (1974), e assim ser adotada integralmente como decisão para o caso. Para tanto, certamente foi decisivo o fato de não haver, no Direito brasileiro, parâmetros objetivos para a quantificação de indenizações por danos morais, o que tende a gerar ao decisor maior grau de incerteza e de suscetibilidade à adoção dos parâmetros apresentados em cada caso (ver 3.2).

b) No total, das 632 pessoas pesquisadas, oito entenderam não caber indenização e, portanto, não dariam provimento ao recurso. Uma delas referiu o seguinte: “Não cabe indenização, pois o diagnóstico de câncer é complexo e, caso demorado, poderá reverter em danos à parte muito maiores. O início de tratamento, mesmo baseado em diagnóstico errado, mostrou-se prudente por parte do profissional [...]. Além disso, o uso dos medicamentos não pareceu causar problemas ao apelante.” Essa pessoa indicou ter familiar próximo/a

médico/a, o que, por hipótese, pode ter sido relevante para a formação da sua opinião a respeito. Contudo, não obtivemos, neste estudo, evidências significativas para afirmar que ter ou não médico como familiar próximo tenha sido um fator relevante para as quantificações.

Por fim, duas ressalvas merecem ser feitas:

a) Reconhecemos que este experimento pode ser futuramente aprimorado mediante a participação de magistrados. Por hipótese, acreditamos que haveria menor vinculação à âncora apresentada pelo relator²⁰⁵, mais devido ao que denominamos de *âncoras jurisprudenciais* (ver 3.2) do que propriamente a uma suposta *prudência* adquirida ao longo dos anos de experiência prático-decisória – o que, também por hipótese, não deixa de ser importante fator para a melhora da qualidade da prestação jurisdicional. Seja como for, e partindo da premissa de que, apesar magistrados serem presumidamente indivíduos com saber jurídico acima da média, não há uma “correção intrínseca” ao seu raciocínio (PASSOS, p. 32, 2016); acreditamos ter, ao longo deste estudo, apresentado evidências suficientes para crer que, em alguma medida, continuaria a incidir ancoragem, seja por um ou por outro parâmetro. Ademais, como é amplamente sabido, a sobrecarga de processos nos tribunais e fóruns brasileiros muitas vezes deixa a cargo de assessores e estagiários – pessoas que se enquadram no perfil dos nossos pesquisados – a elaboração de *minutas decisórias*, conferindo a esses atores relevante participação no processo decisório judicial.

b) Também reconhecemos que, embora *contextos simulados*, como o do presente experimento – e da maioria dos realizados no programa de investigação das Heurísticas e Vieses –, muitas vezes ofereçam condições propícias para a verificação de fenômenos como o que foi estudado, não afastam a relevância que teriam futuras investigações com base em *contextos reais*. Contudo, um dos grandes empecilhos para a realização desse segundo tipo de estudo, no âmbito judicial, consiste na dificuldade de isolamento de variáveis. Como se sabe, a tomada da decisão judicial não ocorre em um vácuo, podendo ela ser influenciada por uma ampla gama de fatores. Em um contexto real, se, de um lado, pode

²⁰⁵ A exemplo dos resultados obtidos por Kalil (2005), com a diferença de que no referido estudo a ancoragem se deu em relação ao pedido do autor da ação judicial.

haver, para o julgador, maior possibilidade de reflexão e de acesso a informações – como consulta à legislação, à doutrina e à jurisprudência –; de outro lado, pode ocorrer suscetibilidade sua até mesmo à incidência de outros vieses cognitivos. Nesse quesito, contextos simulados parecem levar certa vantagem sobre contextos reais, por diminuírem o número de variáveis possíveis e, ao mesmo tempo, representarem de modo eficiente a tomada de decisão com base em informações limitadas e pouco tempo disponível – características muito presentes na atual realidade forense do Brasil. Apesar disso, uma vez que a ancoragem provavelmente seja o viés cognitivo com efeitos mais perceptíveis e demonstráveis na prática (ver 3.1), não parece ser inviável a realização de pesquisas empíricas sobre o tema em contextos reais.

CONCLUSÕES

Por meio do presente trabalho, de caráter exploratório, após analisarmos duas visões opostas sobre o processo decisório do juiz e propormos uma via intermediária, procuramos debater possibilidades de incidência, no âmbito de tomada de decisão judicial no Direito Processual brasileiro, de heurísticas e vieses cognitivos, especialmente dos efeitos de ancoragem. A seguir, exporemos as nossas conclusões para cada seção analisada.

Na seção 1.1, definimos “paradigma racionalista” como o conjunto de pressupostos básicos tradicionalmente aceitos pelas comunidades científicas em geral desde a revolução científica iniciada no Século XVI, tendo como fundamento o Racionalismo, ideia que preconiza a objetividade e a neutralidade de raciocínio, em detrimento de subjetividade e de valoração por parte de seus cientistas. Afirmamos que o referido paradigma, ao lograr converter o Direito em Ciência Jurídica, produziu uma visão idealista, que privilegia a ideia e a sua perfeição em detrimento da realidade e das suas imperfeições e que foi amplamente difundida na dogmática, no ensino, na pesquisa e na prática jurídicas, fazendo crer que: (i) a Ciência do Direito constituiria o estudo exclusivo do sistema de normas jurídicas positivas, com significações unívocas e apriorísticas; e (ii) a tomada da decisão judicial consistiria em uma atividade puramente racional-intelectiva realizada a partir de um raciocínio meramente lógico-dedutivo (na forma silogística).

Na seção 1.2, expusemos as principais pautas da visão realista, oriunda do amplo e polêmico movimento denominado de Realismo Jurídico, com ápice na primeira metade do Século XX. Reconhecemos, de um lado, que essa visão incorre em exageros e reducionismos como o de preconizar um “Direito dos juízes”, no qual a decisão judicial seria exclusiva decorrência de absoluta discricionariedade do julgador, influenciável pelos mais variados fatores jurídicos e extrajurídicos, como até mesmo o seu café da manhã. Sustentamos, de outro lado, ter essa corrente elaborado relevantes críticas à visão idealista, como a de evidenciar não ser o juiz um sujeito neutro e insuscetível à influência de fatores

extrajurídicos em sua tomada de decisão, de modo a refutar a representação do processo decisório do juiz a partir de um mero silogismo.

Na seção 1.3, esboçamos uma visão integrativa do processo decisório do juiz, a qual busque compreender esse processo tanto na dimensão do discurso justificativo da decisão como na dimensão da atividade mental decisória. Essa visão, na primeira dimensão, reputa imprescindível o reconhecimento do caráter hermenêutico e do caráter argumentativo da atividade jurisdicional; já na segunda, ao refutar a doutrina da pureza da Ciência Jurídica, salienta a importância de uma abordagem interdisciplinar e empírica para a compreensão dos mecanismos de pensamento subjacentes ao processo decisório do juiz.

Na seção 2.1, distinguimos, nas Ciências Sociais, dois grandes grupos de teorias sobre a tomada de decisão: (i) as teorias normativas, que, advindas especialmente da Ciência Econômica, preconizam condições ideais sobre como decisões racionais deveriam ser tomadas, pressupondo a plena capacidade do ser humano de tomá-las quando da sua consciência sobre tais modelos; e (ii) as teorias descritivas, que, originadas no âmbito da Psicologia Cognitiva – a partir do programa de investigação das Heurísticas e Vieses, iniciado pelos psicólogos Amos Tversky e Daniel Kahneman na década de 1970 –, buscam descrever como os seres humanos tomam decisões de fato, com base em limitações mentais e de ambiente. Ressalvamos que, apesar de o segundo grupo ter demonstrado a insuficiência do primeiro para a compreensão do fenômeno decisório humano, não há completa prescindibilidade de modelos normativos, inclusive havendo falar, atualmente, em teorias prescritivas como um terceiro e intermediário grupo.

Na seção 2.2, demonstramos que as Teorias do Processo Duplo sustentam, de modo geral, a existência de duas formas de pensamento, decorrentes de dois processos cognitivos distintos: (i) um processo inconsciente, intuitivo e automático; e (ii) outro processo consciente, reflexivo e controlado. Expusemos a versão de Daniel Kahneman, proposta em 2003, que denomina esses processos, respectivamente, de Sistema 1 e de Sistema 2, os quais operam em geral com “divisão de trabalho” eficiente, mas sob limitações como: (i) uma fonte finita de energia (glicose) para o dispêndio de esforço mental; (ii) a

priorização de determinadas atividades em caso de sobrecarga de esforço mental; (iii) o esgotamento de ego; e (iv) as heurísticas.

Na seção 2.3, apresentamos uma noção de heurísticas, como substituições de atributos, espécies de atalhos mentais utilizados para simplificar os julgamentos realizados sob incerteza, com as vantagens de redução do esforço mental e do tempo despendido para a tomada de decisão. Analisamos as três heurísticas básicas propostas por Tversky e Kahneman (1974), modelo teórico por nós adotado: (i) disponibilidade, (ii) representatividade e (iii) ancoragem e ajustamento. Distinguimos duas visões sobre heurísticas, nos termos propostos por Gerd Gigerenzer, crítico do modelo de “Heurísticas e Vieses” e precursor do modelo de “Heurísticas Rápidas e Frugais”: (i) a visão “negativa” do primeiro, que enfatiza as heurísticas como frequente causa da ocorrência de vieses cognitivos; e (ii) a visão “positiva” do segundo, que preconiza o estudo das heurísticas como mecanismos intuitivos que, empregando um mínimo de tempo, conhecimento e computação, levam a escolhas adaptativas e muitas vezes precisas, em ambientes e circunstâncias reais, com todas as limitações inerentes.

Na seção 2.4, definimos vieses cognitivos como desvios sistemáticos de padrões comportamentais normatizados de racionalidade, passíveis de ocorrência quando do uso de heurísticas no julgamento e na tomada de decisão. Identificamos dois conceitos de “racionalidade” tradicional e respectivamente presentes na Ciência Econômica e na Ciência Jurídica, a partir de influência do modo de pensar racionalista, em relação aos quais é possível falar em vieses: (i) a capacidade do ser humano (visto como *homo economicus*) de computar, julgar e tomar a melhor decisão entre todas as opções, probabilidades e cenários possíveis; e (ii) a capacidade (e o dever) do juiz de, por meio de uma atividade puramente racional-intelectiva e de um raciocínio meramente lógico-dedutivo (na forma silogística), resolver, em cada caso concreto, mediante uma solução unívoca, o “problema algébrico” da descoberta da “vontade da lei”. Sustentamos quatro razões para a incorporação dos vieses cognitivos no estudo do processo decisório do juiz: (i) as evidências de sua incidência sobre todos os seres humanos, inclusive magistrados, que cotidianamente decidem sob incerteza; (ii) a melhor compreensão dos motivos e razões subjacentes à tomada da decisão

judicial; (iii) a possibilidade de apreciação crítica e de aprimoramento dos mecanismos jurídico-processuais; e (iv) a utilidade desse conhecimento para a adoção de hábitos reflexivos.

Na seção 3.1, conceituamos a ancoragem como o peso desproporcional atribuído pela mente a uma informação inicialmente recebida ou autogerada, a qual, como uma “âncora”, baliza o julgamento e a tomada de decisão subsequentes. Apresentamos suas causas de funcionamento e características e ressaltamos a atual controvérsia sobre a natureza desse fenômeno psicológico, considerado como um dos mais robustos na Psicologia Cognitiva, tendo ele sido inicialmente concebido como heurística por Tversky e Kahneman (1974) e, no presente trabalho, aludido como um viés cognitivo, haja vista o seu resultado na tomada de decisão. Supomos que, (i) quanto menos conhecimentos prévios o decisor dispuser sobre o tema objeto de julgamento, podendo a própria âncora servir como uma informação a ser processada, especialmente se estiver ela bastante disponível na mente; e (ii) quanto mais intuitivo e menos reflexivo for o raciocínio utilizado; maiores parecem ser as chances de a âncora ser assimilada como um parâmetro decisório razoável ou plausível e maior a probabilidade de uma decisão enviesada por ancoragem.

Na seção 3.2, sustentamos a elevada probabilidade da ocorrência de ancoragem nos seguintes contextos decisórios do sistema processual brasileiro: (i) julgamentos colegiados, em razão do voto do relator; (ii) quantificações judiciais de indenização por Responsabilidade Civil, sobretudo quanto aos pedidos de demandantes vítimas de danos extrapatrimoniais; e (iii) condenações criminais e dosimetrias da pena, relativamente aos pedidos formulados pelo órgão acusador.

Na seção 3.3, a partir de estudo empírico, afirmamos, com base nas evidências coletadas, que a tomada da decisão judicial em julgamentos colegiados parece, de fato, ser suscetível aos efeitos de ancoragem produzidos pelo voto do julgador relator.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Guilherme da Franca Couto Fernandes de; NUNES, José Luiz; CHAVES FILHO, Luciano de Oliveira. Explicando o Dissenso: Uma Análise Empírica do Comportamento Judicial do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte dos Estados Unidos. *Revista de Estudos Institucionais*, vol. 2, n. 2, 2016, pp. 899-931.
- ALVES, Vilson Rodrigues. Pontes de Miranda. In RUFINO, Almir Gasquez; PENTEADO, Jaques de Camargo (Orgs.). *Grandes Juristas Brasileiros*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 257-296.
- ARIELY, Dan. *Predictably Irrational: The Hidden Forces that Shape our Decisions*. 2nd ed. New York: Harper Perennial, 2009, 349 pp.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. Trad. Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Centro de Estudos Clássicos da universidade de Lisboa, 2005, 311 pp.
- AUGIER, Mie; MARCH, James G. Herbert A. Simon, Scientist. In AUGIER, Mie; MARCH, James G. *Models of a Man: Essays in Memory of Herbert A. Simon*. Cambridge: MIT Press, 2004, pp. 3-32.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica: Entre Permanência, Mudança e Realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011, 728 pp.
- _____. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. 18^a ed. São Paulo: Malheiros, 2018, 239 pp.
- BARON, Jonathan. Normative Models of Judgment and Decision Making. In KOEHLER, Derek J.; HARVEY, Nigel (Eds.). *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. London: Blackwell, 2004, pp. 19-36.
- BARROS, Gustavo. Herbert A. Simon and the Concept of Rationality: Boundaries and Procedures. *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 30, n. 3, 2010, pp. 455-472.
- BARROS, Marco Antonio Loschiavo Lemes de; BARROS, Matheus de. Os Desafios e os Novos Caminhos da Pesquisa em Direito no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 5, n. 1, 2018, pp. 25-48.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *Teoria do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, 134 pp.

- BAUMEISTER, Roy F.; BRATSLAVSKY, Ellen; MURAVEN, Mark; TICE, Dianne M. *Ego Depletion: Is the Active Self a Limited Resource?* *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 74, n. 5, 1998, pp. 1.252-1.265.
- BELTRÁN, Jordi Ferrer. Considerações sobre o Conceito de Motivação das Decisões Judiciais. *Revista Brasileira de Filosofia*, n. 234, 2010, pp. 291-312.
- BIX, Brian H. *A Dictionary of Legal Theory*. New York: Oxford, 2004, 230 pp.
- BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Lisboa: Difel, 1989, 311 pp.
- CALAMANDREI, Piero. *Processo e Democracia: Conferências Realizadas na Faculdade de Direito da Universidade Nacional Autónoma do México*. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, 110 pp.
- CAMPBELL, Karlyn Kohrs; HUXMAN, Susan Schultz; BURKHOLDER, Thomas R. *Atos de Retórica: Para Pensar, Falar e Escrever Criticamente*. Trad. Marilene Santana dos Santos Garcia. São Paulo: Cengage Learning, 2015, 314 pp.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, 134 pp.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, 641 pp.
- CHAPMAN, Gretchen B.; BORNSTEIN, Brian H. The More You Ask for, the More You Get: Anchoring in Personal Injury Verdicts. *Applied Cognitive Psychology*, vol. 10, 1996, pp. 519-540.
- _____; JOHNSON, Eric J. Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgements of Belief and Value. In GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Eds.). *The Psychology of Intuitive Judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002, pp. 120-138.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil: Volume I: As Relações Processuais: A Relação Processual Ordinária de Cognição*. Trad. José Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, 429 pp.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 478 pp.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a Imparcialidade a Sério: Proposta de um Modelo Interseccional entre Direito Processual, Economia e Psicologia*. Salvador: JusPodivm, 2018, 256 pp.

- DAMÁSIO, António. *Descartes' Error: Emotion, Reason and the Human Brain*. New York: Avon Books, 1994, 312 pp.
- _____. *The Feeling of What Happens: Body and Emotion in the Making of Consciousness*. New York: Houghton Mifflin Hartcourt, 1999, 385 pp.
- DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSE, Liora. Extraneous Factors in Judicial Decision. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 108, n. 17, 2011, pp. 6.889-6.892.
- DESCARTES, René. *Discurso do Método*. Trad. Maria Ermantina Galvão. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, 102 pp.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de Direito Processual Civil: 3: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais*. Salvador: JusPodivm, 2016, 719 pp.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, 400 pp.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil: I*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, 910 pp.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil: II*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017, 808 pp.
- ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas. Sentencing under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 31, 2001, pp. 1535-1551.
- _____; STRACK, Fritz. Playing Dice with Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 32, n. 2., 2006., pp. 188-200.
- EPLEY, Nicholas; GILOVICH, Thomas. The Anchoring-and-Adjustment Heuristic: Why the Adjustments Are Insufficient. *Psychological Science*, vol. 17, n. 4, 2006, pp. 311-318.
- EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. *Cognitive Psychology: A Student's Handbook*. 6th ed. New York/Hove: Psychology Press, 2010, 752 pp.
- FERRAZ, Leslie Shériida. Decisão Monocrática e Agravo Interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: Uma Análise Empírica. *Revista da AJURIS*, v. 41, n. 136, 2014, pp. 295-320.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função Social da Dogmática Jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, 232 pp.

- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 5ª ed. Curitiba: Positivo, 2010, 2.272 pp.
- FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind*. London: Stevens & Sons Limited, 1949, 368 pp.
- FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: Como Lidar com os Automatismos Mentais. *Revista da AJURIS*, v. 40, n. 130, 2013, pp. 223-244.
- FREDERICK, Shane; KAHNEMAN, Daniel; MOCHON, Daniel. Elaborating a Simpler Theory of Anchoring. *Journal of Consumer Psychology*, n. 20, 2010, pp. 17-19.
- GALLIOT, Matthew T.; BAUMEISTER, Roy F.; DEWALL, C. Nathan; MANER, Jon K.; PLANT, E. Ashby; TICE, Dianne M.; BREWER, Lauren E.; SCHMEICHEL, Brandon J. Self-Control Relies on Glucose as a Limited Energy Source: Willpower Is More than a Metaphor. *American Psychology Association*, vol. 92, n. 2, 2007, pp. 325-336.
- GALINSKY, Adam D.; MUSSWEILER, Thomas. First Offers as Anchors: The Role of Perspective-Taking and Negotiator Focus. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 81, n. 4, 2001, pp. 657-669.
- GIGERENZER, Gerd. *Gut Feelings: The Intelligence of the Unconscious*. New York: Penguin Books, 2007, 280 pp.
- _____. On Narrow Norms and Vague Heuristics: A Reply to Kahneman and Tversky (1996). *Psychological Review*, 1996, vol. 103, n. 3, pp. 592-596.
- _____; TODD, Peter M.; ABC Research Group. *Simple Heuristics that Make Us Smart*. New York: Oxford University Press, 1999, 416 pp.
- GLÖCKNER, Andreas. The Irrational Hungry Judge Effect Revisited: Simulations Reveal that the Magnitude of the Effect is Overestimated. *Judgment and Decision Making*, vol. 11, n. 6, 2016, pp. 601-610.
- GOMES, Orlando. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, 115 pp.
- _____. *Responsabilidade Civil*. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011, 139 pp.
- HAMMOND, John S.; KEENEY, Ralph L.; RAIFFA, Howard. *The Hidden Traps in Decision Making*. In *On Making Smart Decisions*. Boston: Harvard Business School Publishing Corporation, 2013, pp. 1-19.

- HART, Herbert L. A. *The Concept of Law*. 2nd ed. New York: Oxford University Press, 1994, 315 pp.
- HARTMANN, Ivar Alberto Martins; FERREIRA, Livia da Silva. Ao Relator, Tudo: O Impacto do Aumento do Poder do Ministro Relator no Supremo. *Revista Opinião Jurídica*, n. 17, 2015, pp. 268-283.
- _____; REGO, Bianca Dutra da Silva. Deferência ao Fiscal da Lei? A Probabilidade de Sucesso do PGR nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 3, n. 1, 2016, pp. 160-171.
- HASTIE, R. Problems for Judgment and Decision Making. *Annual Review of Psychology*, vol. 52, 2001, pp. 653-683.
- HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Toronto: University of Toronto Law School, 1881, 381 pp.
- JACOWITZ, Karen E.; KAHNEMAN, Daniel. Measures of Anchoring in Estimating Tasks. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 21, 1995, pp. 1.161-1.166.
- JOBIM, Marco Félix. *Cultura, Escolas e Fases Metodológicas do Processo*. 3^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, 197 pp.
- KAHNEMAN, Daniel. A Perspective on Judgment and Choice: Mapping Bounded Rationality. *American Psychologist*, vol. 58, n. 9, 2003, pp. 697-720.
- _____. *Thinking, Fast and Slow*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011, 499 pp.
- _____; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (Eds.). *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*. New York: Cambridge University Press, 1982, 555 pp.
- _____; TVERSKY, Amos. On the Reality of Cognitive Illusions. *Psychological Review*, 1996, vol. 103, n. 3, pp. 582-591.
- _____. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, vol. 47, n. 2, 1979, pp. 263-292.
- _____. Subjective Probability: A Judgment of Representativeness. *Cognitive Psychology*, n. 3., 1972, pp. 430-454.
- KALIL, Lisiane Lindenmeyer. *Julgamento e Tomada de Decisão no Âmbito Jurídico: Uma Abordagem da Psicologia Cognitiva*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul em 2005, 92 pp.
- KELSEN, Hans. *Reine Rechtslehre*. 2. Aufl. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1960, 404 pp.

- KOZINSKI, Alex. What I Ate for Breakfast and Other Misteries of Judicial Decision Making. *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 26, n. 4, 1993, pp. 993-999.
- KUHN, Thomas S. *The Structure of Scientific Revolutions*. 3rd ed. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, 212 pp.
- LEBOEUF, Robyn A.; SHAFIR, Eldar. The Long and Short of It: Physical Anchoring Effects. *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 19, 2006, pp. 393-406.
- LEPROULT, Rachel; COLECCHIA, Egidio F.; BERARDI, Anna Maria; STICKGOLD, Robert; KOSSLYN, Stephen M.; CAUTER, Eve Van. Individual Differences in Subjective and Objective Alertness During Sleep Deprivation are Stable and Unrelated. *American Psychology Society*, vol. 284, 2003, pp. 280-290.
- LEWIS, Michael. *The Undoing Project: A Friendship that Changed our Minds*. New York: W. W. Norton & Company, 2017, 362 pp.
- LLEWELLYN, Karl N. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice*. New York: Transaction Publishers, 2008, 531 pp.
- LOREA, Roberto Arriada. *Os Jurados "Leigos": Uma Antropologia do Tribunal do Júri*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 2003, 104 pp.
- MACHADO, Vinicius da Silva. *Entre Números, Cálculos e Humanidade: O Princípio Constitucional da Individualização da Pena e o Mito da Punição Humanizada*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição da Universidade de Brasília em 2009, 156 pp.
- MANKIW, N. Gregory. *Principles of Economics*. 8th ed. Boston: Cengage Learning, 2018, 836 pp.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e Decisão do Recurso diante do Novo CPC*. 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 157 pp.
- _____. *Precedentes Obrigatórios*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, 396 pp.
- MATLIN, Margaret. *Cognition*. 8th ed. New York: John Wiley & Sons, 2012, 612 pp.
- MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, 270 pp.
- MEYER, Michel. *A Retórica*. Trad. Marly N. Peres. São Paulo: Ática, 2007, 128 pp.
- MIRAGEM, Bruno. *Direito Civil: Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, 876 pp.

- MIRANDA, Pontes de. *À Margem do Direito* (Ensaio de Psicologia Jurídica). Atual. Wilson Rodrigues Alves. 3ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, 150 pp.
- _____. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*: Tomo I: Introdução à Ciência do Direito. Atual. Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2000, 358 pp.
- MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: Pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, 204 pp.
- MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre Alguns Fatores Extrajurídicos no Julgamento Colegiado. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 8, n. 5, 1994, pp. 225-249.
- MUSSWEILER, Thomas. The Durability of Anchoring Effects. *European Journal of Social Psychology*, vol. 31, 2001, pp. 431-442.
- _____; ENGLISH, Birte; STRACK, Fritz. Anchoring Effect. In POHL, Rüdiger F. (Ed.). *Cognitive Illusions: A Handbook on Fallacies and Biases in Thinking, Judgement and Memory*. Hove: Psychology Press, 2004, pp. 183-200.
- NALINI, José Renato. *A Rebelião da Toga*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 383 pp.
- _____. O Magistrado e a Comunidade. *Revista dos Tribunais*, vol. 667, 1991, pp. 225-231.
- NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Bases Epistemológicas da Psicologia Cognitiva Experimental. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, vol. 27, n. 1, 2011, pp. 103-112.
- NEVES, António Castanheira. A Autonomia do Direito Hoje e o Contributo do Jurisprudencialismo. In MACEDO, Elaine Harzheim; HIDALGO, Daniela Boito Maurmann (Orgs.). *Jurisdição, Direito Material e Processo: Os Pilares da Obra Ovidiana e seus Reflexos na Aplicação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, pp. 17-41.
- NEUMANN, John von; MORGENSTERN, Oskar. *Theory of Games and Economic Behavior*. 3rd ed. Princeton: Princeton University Press, 1953, 641 pp.
- NOBRE, Marcos. Apontamentos sobre a Pesquisa em Direito no Brasil. *Cadernos Direito GV*, n. 1, 2004, 19 pp.
- NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, Amateurs, and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions.

Organizational Behavior and Human Decision Processes, vol. 39, 1987, pp. 84-97.

NOVELLI, Mariano H. Las Ideas de Kirchmann acerca de la Ciencia Jurídica: Consideraciones sobre Epistemología y Derecho. *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, n. 29, 2006, pp. 103-109.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: Proposta de um Formalismo-Valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, 338 pp.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 214 pp.

PASHLER, Harold E. *The Psychology of Attention*. Cambridge: MIT Press, 1998, 494 pp.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. O Magistrado, Protagonista do Processo Jurisdicional. In PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Ensaaios e Artigos: V. II*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 31-38.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica: Nova Retórica*. Trad. Vergínia K. Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004, 259 pp.

_____; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da Argumentação: A Nova Retórica*. Trad. Vergínia Pupi. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, 653 pp.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Org. e trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008, 166 pp.

PINTER, Rafael Wobeto. *Precisamos Falar sobre as Leading Questions, Não Precisamos?* Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2016, 134 pp.

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, 168 pp.

POSES, Roy M.; ANTHONY, Michele. Availability, Wishful Thinking, and Physicians' Diagnostic Judgments for Patients with Suspected Bacteremia. *Medical Decision Making*, vol. 11, n. 3, 1991, pp. 159-168.

POSNER, Richard A. *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2008, 387 pp.

PRADO, Geraldo. Campo Jurídico e Capital Científico: O Acordo sobre a Pena e o Modelo Acusatório no Brasil – A Transformação de um Conceito. In PRADO, Geraldo; MARTINS, Rui Cunha; CARVALHO, L. G. Grandinetti

- Castanho. *Decisão Judicial: A Cultura Jurídica Brasileira na Transição para a Democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2012, 137 pp.
- PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2013, 196 pp.
- REYNA, Valerie; BRUST-RENCK, Priscila. A Review of Theories of Numeracy: Psychological Mechanisms and Implications for Medical Decision Making. In ANDERSON, Britta L.; SCHULKIN, Jay (Eds.). *Numerical Reasoning and Decision Making about Health*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, pp. 215-251.
- ROCCO, Alfredo. *La Sentencia Civil: La Interpretación de las Leyes Procesales* Trad. Mariano Ovejero, Manuel Romero Sanchez e Julio Lopez de la Cerda. Ciudad de México: Editorial Stylo, 1944, 365 pp.
- RODRIGUEZ, José Rodrigo. *Como Decidem as Cortes? Para uma Crítica do Direito (Brasileiro)*. Rio de Janeiro: FGV, 2013, 250 pp.
- _____. *Pesquisa Empírica e Estado de Direito: A Dogmática Jurídica como Controle do Poder Soberano*. Artigo submetido ao XV Congresso Nacional de Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) em 2006, 17 pp.
- ROGUE, Christophe. *Compreender Platão*. Trad. Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 2005, 207 pp.
- ROSEVEAR, Evan; HARTMANN, Ivar Alberto; ARGUELHES, Diego Weneck. *Disagreement on the Brazilian Supreme Court: An Exploratory Analysis*. 2015. Disponível em <ssrn.com/abstract=2629329>. Acesso em 01/05/2018.
- SADEK, Maria Tereza; BENETI, Sidnei Agostinho; FALCÃO, Joaquim. *Magistrados: Uma Imagem em Movimento*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, 140 pp.
- SAKS, Michael J.; KIDD, Robert F. Human Information Processing and Adjudication: Trial by Heuristics. *Law & Society Review*, vol. 15, n. 1, 1980-1981, pp. 123-160.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um Discurso sobre as Ciências*. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1995, 58 pp.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 5ª ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012, 727 pp.
- SAVIGNY, Friedrich von Carl. *De la Vocación de Nuestra Época para la Legislación y la Ciencia del Derecho*. Trad. José Díaz García. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, 130 pp.

- SCARPARO, Eduardo. Contribuição ao Estudo das Relações entre Processo Civil e Cultura. *Revista da AJURIS*, vol. 34, n. 107, 2007, pp. 111-122.
- SCHWEINSBERG, Martin; KU, Gillian; WANG, Cynthia S.; PILLUTLA, Madan M. Starting High and Ending with Nothing: The Role of Anchors and Power in Negotiations. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 48, 2012, pp. 226-231.
- SILVA, Fabio de Sá e. Vetores, Desafios e Apostas Possíveis na Pesquisa Empírica em Direito no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 3, n. 1, 2016, pp. 24-53.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, 342 pp.
- SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 69, n. 1, 1955, pp. 99-118.
- _____. Rational Choice and the Structure of the Environment. *Psychological Review*, vol. 63, 1956, pp. 129-138.
- _____. What is an "Explanation" of Behavior? *Psychological Science*, vol. 3, n. 3, 1992, pp. 150-161.
- SLOVIC, Paul. The Relative Influence of Probabilities and Payoffs upon Perceived Risk of a Gamble. *Psychonomic Science*, vol. 9, 1967, pp. 223-224.
- _____; FINUCANE, Melissa; PETERS, Ellen; MACGREGOR, Donald G. Risk as Analysis and Risk as Feelings: Some Thoughts about Affect, Reason, Risk, and Rationality. *Risk Analysis*, n. 2, 2004, pp. 311-322.
- _____. The Affect Heuristic. In GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Eds.). *The Psychology of Intuitive Judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002, pp. 397-420.
- SOKAL, Guilherme Jales. *O Julgamento Colegiado nos Tribunais: Procedimento Recursal, Colegialidade e Garantias Fundamentais do Processo*. São Paulo: Método, 2012, 360 pp.
- SOUSA, Paulo Henrique de. *Theory of Games and Economic Behavior: A Idéia de Ciência de John von Neumann e Oskar Morgenstern*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Ciência da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo em 2005, 102 pp.
- STANOVICH, Keith E.; WEST, Richard F. Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate? *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 23, 2000, pp. 645-726.

- STRACK, Fritz; DEUTSCH, Roland. Reflective and Impulsive Determinants of Social Behavior. *Personality and Social Psychology Review*, vol. 8, n. 3, 2004, pp. 220-247.
- _____; MUSSWEILER, Thomas. Explaining the Enigmatic Anchoring Effect: Mechanisms of Selective Accessibility. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1997, vol. 73, n. 3, pp. 437-446.
- STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica*. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017, 316 pp.
- TARELLO, Giovanni. *Il Realismo Giuridico Americano*. Milano: Giuffrè, 1962, 247 pp.
- TARUFFO, Michele. *A Motivação da Sentença Civil*. Trad. Daniel Mitidiero, Rafael Abreu e Vítor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2015, 429 pp.
- _____. *Processo Civil Comparado: Ensaio*. Trad. Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013, 157 pp.
- TAVARES, Rodrigo de Souza; HANNIKAINEN, Ivar Rodríguez. Casos de Revirar o Estômago: Evidências Preliminares do Nojo como Fator de Influência nas Decisões Judiciais. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 5., n. 1, 2018, pp. 67-78.
- THAGARD, Paul. *Mind: Introduction to Cognitive Science*. 2nd ed. Cambridge: MIT Press, 2005, 266 pp.
- THALER, Richard H. *Misbehaving: The Making of Behavioral Economics*. New York: W. W. Norton & Company, 2016, 415 pp.
- _____; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*. London: Penguin Books, 2009, 312 pp.
- TICE, Dianne M.; BAUMEISTER, Roy F.; SHMUELI, Dikla; MURAVEN, Mark. Restoring the Self: Positive Affect Helps Improve Self-Regulation Following Ego Depletion. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 43, 2007, pp. 379-384.
- TOMKOWSKI, Fábio Goulart. *Direito Tributário e Heurísticas*. São Paulo: Almedina, 2017, 143 pp.
- TONETTO, Leandro Miletto; KALIL, Lisiane Lindenmeyer; MELO, Wilson Vieira; SCHNEIDER, Daniela Di Giorgio; STEIN, Lilian Milnitsky. O Papel das Heurísticas no Julgamento e na Tomada de Decisão sob Incerteza. *Estudos de Psicologia*, 23(2), 2006, pp. 181-189.

- TRUBEK, David M. A Vingança da Criada: Sobre Ler e Usar a Nova Sociologia do Processo Civil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 5, n. 1, 2018, pp. 148-167.
- TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, vol. 185, n. 4.157, 1974, pp. 1124-1131.
- _____. Rational Choice and the Framing of Decisions. *The Journal of Business*, vol. 59, n. 4, 1986, pp. 251-277.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito: I: Interpretação da Lei: Temas para uma Reformulação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994, 232 pp.
- _____. *Introdução Geral ao Direito: II: A Epistemologia Jurídica da Modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, 392 pp.
- WILSON, Timothy D.; HOUSTON, Christopher E.; ETLING, Kathryn M.; BREKKE, Nancy. A New Look at Anchoring Effects: Basic Anchoring and Its Antecedents. *Journal of Experimental Psychology*, vol. 125, n. 4, 1996, pp. 387-402.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, 207 pp.
- WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da Justiça: Como as Heurísticas e Vieses Operam nas Decisões Penais e a Atuação Contrainstintiva*. Florianópolis: EModara, 2018, 88 pp.
- XAVIER, José Roberto Franco. Algumas Notas Teóricas sobre a Pesquisa Empírica em Direito. *FGV Direito SP Research Paper Series*, n. 122, 2015, 35 pp.
- YATES, J. Frank; TSCHIRHART, Michael D. Decision-Making Expertise. In ERICSSON, K. Anders; CHARNESSE, Neil; FELTOVICH, Paul J.; HOFFMAN, Robert R. (Eds.). *The Cambridge Handbook of Expertise and Expert Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, pp. 421-437.
- ZAJONC, R. B. Feeling and Thinking: Preferences Need No Inferences. *American Psychologist*, vol. 35, n. 2, 1980, pp. 151-175.
- ZANETI JR., Hermes. *O Valor Vinculante dos Precedentes*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, 428 pp.

ANEXO I – QUESTIONÁRIOS APLICADOS NO ESTUDO EMPÍRICO

a) Frente, comum ao MQ5 e ao MQ50:



Grupo de Pesquisa UFRGS-CNPq “Processo e Argumento”
Coordenação: Prof. Dr. Eduardo Scarparo



17 de Fevereiro de 1900

Leia com atenção o seguinte voto, proferido pelo desembargador relator do caso, e atribua um valor para a condenação em danos morais:

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela parte autora em face da sentença de primeiro grau que julgou improcedente a ação de indenização por danos morais decorrentes de erro de diagnóstico de câncer, movida contra FELISBERTO PROCÓPIO, médico credenciado que atendeu a parte requerente e assinou o laudo.

Em suas razões de apelo, a parte apelante alega ter sofrido profundo abalo emocional com o laudo que lhe dava por acometida de doença maligna, gerando impactantes repercussões nas suas relações com familiares, amigos e colegas de trabalho. Afirma ter tomado a medicação prescrita pelo médico por dez dias, período após o qual teria consultado outro profissional e descoberto o equívoco do primeiro diagnóstico.

O apelado, em suas contrarrazões, argumenta que todos os procedimentos adotados teriam seguido as regras técnicas.

É o breve relatório.

VOTO

Não há dúvidas de que um diagnóstico de câncer é idôneo a causar verdadeira reviravolta negativa na vida de um indivíduo. No caso, a preocupação e o sofrimento impostos à parte apelante foram gravosos de tal forma que não há falar em mero aborrecimento ou dissabor inerente à vida cotidiana. Cumpre, agora, analisar se o dano causado foi decorrência de ato ilícito, pressuposto da responsabilidade civil.

O conjunto fático-probatório presente nos autos demonstrou manifesta falta de diligência do profissional, ora apelado, que não prescreveu os exames recomendados pela literatura médico-oncológica, como os laboratoriais, de registros gráficos, endoscópicos e radiológicos. Em vez disso,

b) Verso do MQ5:



Grupo de Pesquisa UFRGS-CNPq "Processo e Argumento"
Coordenação: Prof. Dr. Eduardo Scarparo



17 de Fevereiro de 1900

limitou-se a diagnosticar a doença com base em sintomas triviais, tais como dor de cabeça, náuseas e tonturas.

Nesse contexto, em sendo a responsabilidade civil por erro médico – incluindo-se, aí, o erro de diagnóstico –, caso de responsabilidade subjetiva, dependendo de culpa para a sua configuração, a qual é traduzida pelos elementos negligência, imprudência e imperícia, impõe-se ao profissional demandado o dever de indenizar.

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de **DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO**, para, reformando a sentença recorrida, condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos morais, à parte apelante, no *quantum* de **R\$ 5.000,00 (cinco mil reais)**, quantia acrescida de juros desde o evento danoso e correção monetária a contar da presente data, mais as custas processuais e os honorários advocatícios de sucumbência, na forma da lei.

Se você fosse o(a) próximo(a) desembargador(a) a votar nesse caso, qual valor de indenização julgaria adequado? _____

Agora, responda ao questionário a seguir:

Qual o grau de convicção em sua resposta, de 1 a 10, sendo 1 bastante inseguro e 10 muito seguro? ____

Idade? ____ Gênero? _____

Já estagiou/trabalhou na área de direito civil? () SIM () NÃO

Tem algum(a) familiar próximo(a) médico(a)? () SIM () NÃO

Você ou seus familiares já vivenciaram situação semelhante à narrada? () SIM () NÃO

Agradecemos pela colaboração!

c) Verso do MQ50:



Grupo de Pesquisa UFRGS-CNPq "Processo e Argumento"
Coordenação: Prof. Dr. Eduardo Scarparo



limitou-se a diagnosticar a doença com base em sintomas triviais, tais como dor de cabeça, náuseas e tonturas.

Nesse contexto, em sendo a responsabilidade civil por erro médico – incluindo-se, aí, o erro de diagnóstico –, caso de responsabilidade subjetiva, dependendo de culpa para a sua configuração, a qual é traduzida pelos elementos negligência, imprudência e imperícia, impõe-se ao profissional demandado o dever de indenizar.

Diante do exposto, **VOTO** no sentido de **DAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO**, para, reformando a sentença recorrida, condenar o apelado ao pagamento de indenização por danos morais, à parte apelante, no *quantum* de **R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais)**, quantia acrescida de juros desde o evento danoso e correção monetária a contar da presente data, mais as custas processuais e os honorários advocatícios de sucumbência, na forma da lei.

Se você fosse o(a) próximo(a) desembargador(a) a votar nesse caso, qual valor de indenização julgaria adequado? _____

Agora, responda ao questionário a seguir:

Qual o grau de convicção em sua resposta, de 1 a 10, sendo 1 bastante inseguro e 10 muito seguro? ____

Idade? ____ Gênero? _____

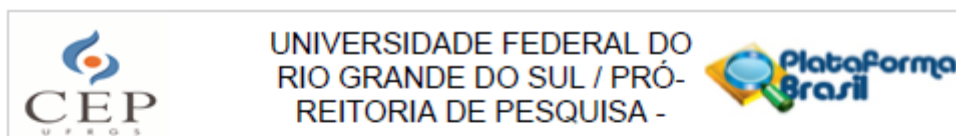
Já estagiou/trabalhou na área de direito civil? () SIM () NÃO

Tem algum(a) familiar próximo(a) médico(a)? () SIM () NÃO

Você ou seus familiares já vivenciaram situação semelhante à narrada? () SIM () NÃO

Agradecemos pela colaboração!

ANEXO II – APROVAÇÃO DO ESTUDO EMPÍRICO PELO COMITÊ DE ÉTICA DA UFRGS



PARECER CONSUBSTANCIADO DO CEP

DADOS DO PROJETO DE PESQUISA

Título da Pesquisa: Processos de tomada de decisão no direito processual brasileiro.

Pesquisador: Eduardo Scarparo

Área Temática:

Versão: 2

CAAE: 56489718.8.0000.5347

Instituição Proponente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Patrocinador Principal: Financiamento Próprio

DADOS DO PARECER

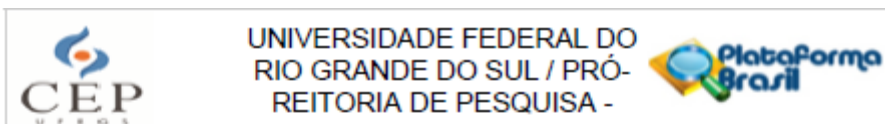
Número do Parecer: 1.884.115

Apresentação do Projeto:

Trata-se da segunda versão de pesquisa coordenada pelo prof. Eduardo Kochenborger Scarparo, da Faculdade de Direito. A pesquisa busca entender se as diferenças de contexto mostram-se impactantes no resultado das decisões tomadas em demandas judiciais cíveis. Desse modo, procura realizar experimentos com finalidade de identificar quantitativamente padrões de influência real na tomada de decisão, inclusive no que condiz a pesos de argumentações, ordem de exposição de razões, bem como a segurança na tomada de decisão. O projeto prevê coleta de dados mediante experimentos controlados em simulações de julgamentos com voluntários, buscando identificar pontos de direcionamento de julgamento valendo-se de variáveis argumentativas. Para a realização da pesquisa, será utilizada metodologia experimental provocada mediante testes e controles em voluntários e análise estatística dos dados coletados.

Objetivo da Pesquisa:

O objetivo primário da pesquisa é "apontar como algumas influências contextuais e perceptivas no plano do real afetam a tomada de decisão, em juízos monocráticos e colegiados, no âmbito do Direito Processual Civil". Como objetivos secundários, são arrolados: "(i) identificar a influência de dados contextuais na tomada de decisão em órgãos colegiados, (ii) identificar como o grau de confiança na



Continuação do Parecer: 1.684.115

decisão interfere no resultado dos julgamentos, (iii) estudar a influência de determinantes sociais como idade e gênero como potencial para influenciar a tomada de decisão, (iv) perscrutar o modelo de tomada de decisão balizado pelo CPC/2015 em face dos dados coletados.

Avaliação dos Riscos e Benefícios:

O projeto indica adequadamente a existência de risco mínimo, vinculado à hipótese de "algum voluntário, diante de um caso simulado, realizar o resgate de memórias ou situações que lhe sejam afetivamente desagradáveis, ainda que bastante diminutas essas possibilidades". As contribuições teóricas encontram-se bem fundamentadas. Não são indicados quaisquer benefícios diretos aos participantes.

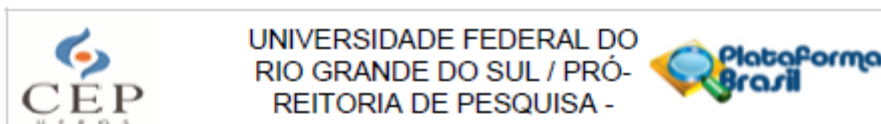
Comentários e Considerações sobre a Pesquisa:

Como indicado abaixo, as solicitações feitas no parecer anterior mostram-se satisfatoriamente cumpridas.

Considerações sobre os Termos de apresentação obrigatória:

O parecer anterior indicava a necessidade de constar no TCLE o telefone do Comitê de Ética em Pesquisa da UFRGS e menção explícita aos riscos informados no projeto de pesquisa e formulário da Plataforma Brasil. A nova versão do TCLE passa a incluir o contato do CEP/UFRGS e informar os participantes a respeito de "risco mínimo" vinculado à "hipótese de eventual resgate de memórias ou situações afetivamente desagradáveis ao longo da participação".

Além disso, foram solicitados também esclarecimentos relativos à metodologia empregada. Identificava-se inicialmente uma incompatibilidade entre a amplitude nacional do objeto de pesquisa e o caráter estritamente local da coleta de dados: "O objeto da pesquisa é delimitado em função do 'modo como o processo civil brasileiro organiza as formas de tomada de decisão em demandas cíveis e se as relações do contexto se mostram impactantes no resultado das decisões tomadas'. Em função disso, o cálculo amostral é realizado tomando-se por base toda a população de estudantes e profissionais de direito no Brasil. Entretanto, a coleta de dados prevista será realizada na Faculdade de Direito da UFRGS e outros prédios públicos da cidade de Porto Alegre (como TJRS e TRF4)." Como resposta, a delimitação do objeto de pesquisa e o cálculo amostral



Continuação do Parecer: 1.684.115

passam a levar em conta apenas a população de juristas atuantes no Estado do Rio Grande do Sul.

Por fim, era reclamada a ausência de esclarecimentos suficientes acerca do modo de recrutamento dos participantes. A respeito disso, indica-se que os voluntários serão escolhidos aleatoriamente, entre estudantes e profissionais que atuem com o direito e, assim sendo, sujeitos a proferir julgamentos com fundamento jurídico. (...) O recrutamento dos participantes dar-se-á mediante abordagem e convite para participação, seja nos espaços acadêmicos (no caso dos voluntários que sejam estudantes da Faculdade de Direito da UFRGS) ou nas imediações das repartições públicas (no caso dos voluntários que estiverem frequentando o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ou o Tribunal Regional Federal da 4ª Região e sejam bacharéis em direito ou magistrados)."

Recomendações:

Sem recomendações.

Conclusões ou Pendências e Lista de Inadequações:

Sem novas pendências. Indica-se aprovação.

Considerações Finais a critério do CEP:

Aprovado.

Este parecer foi elaborado baseado nos documentos abaixo relacionados:

Tipo Documento	Arquivo	Postagem	Autor	Situação
Informações Básicas do Projeto	PB_INFORMAÇÕES_BASICAS_DO_PROJETO_717006.pdf	09/08/2016 15:20:31		Aceito
Projeto Detalhado / Brochura Investigador	Projeto_de_pesquisa_completo.pdf	09/08/2016 15:17:58	Eduardo Scarparo	Aceito
TCLE / Termos de Assentimento / Justificativa de Ausência	TCLE.pdf	09/08/2016 15:15:42	Eduardo Scarparo	Aceito
Outros	Coleta_de_Dados.pdf	18/05/2016 18:17:21	Eduardo Scarparo	Aceito
Outros	Compesq.png	18/05/2016 18:15:25	Eduardo Scarparo	Aceito
Folha de Rosto	Folha_de_rosto_Plataforma_Brasil.pdf	18/05/2016 18:13:23	Eduardo Scarparo	Aceito

Situação do Parecer:

Aprovado

Necessita Apreciação da CONEP:

Não

PORTO ALEGRE, 18 de Agosto de 2016

Assinado por:
MARIA DA GRAÇA CORSO DA MOTTA
(Coordenador)