

ARGUMENTAÇÃO, ESTRATÉGIA E COGNIÇÃO: SUBSÍDIOS PARA A FORMULAÇÃO DE UMA TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL

ARGUMENTATION, STRATEGY AND COGNITION: SUBSIDIES FOR A COMPREHENSIVE THEORY OF JUDICIAL DECISION-MAKING

Ricardo de Lins e Horta*

RESUMO: Estudos sobre decisão judicial no meio jurídico brasileiro usualmente se atêm ao aspecto racional-discursivo das sentenças e acórdãos. Neste artigo, será mostrado que há ao menos três literaturas distintas que vêm se dedicando ao estudo da decisão judicial: aquela mais tradicional e difundida, ligada à discussão de hermenêutica e teoria da argumentação; uma segunda, ligada à Ciência Política, que analisa as estratégias e constrangimentos institucionais referentes ao comportamento judicial; e uma terceira, originária da psicologia e das neurociências, ligada à cognição individual e aos aspectos da deliberação coletiva. O ponto aqui defendido é que a busca de uma visão mais abrangente da decisão judicial, articulando essas três dimensões – argumentação, estratégia e cognição –, reconhecendo as diferenças metodológicas entre elas, mas buscando sintetizá-las numa narrativa coerente, é um empreendimento possível e desejável, e que poderá permitir o avanço dos estudos empíricos do problema.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Racionalidade. Teoria da Argumentação. Julgamento e Tomada de Decisão. Psicologia da Decisão.

ABSTRACT: Brazilian Law studies about judicial decision-making usually stick to the rational-discursive aspect of sentences and rulings. In this article, are shown three distinct literatures that have been dedicated to the study of judicial decision-making: first, the most traditional and widespread, linked to the discussion of hermeneutics and theory of argumentation; a second one, related to political science, which analyzes the strategies and institutional constraints related to judicial behavior; and a third, originally from psychology and neurosciences, concerned about individual cognition and aspects of collective deliberation. We suggest that the search for a more comprehensive view of judicial decision, articulating these three dimensions – argumentation, strategy and cognition –, recognizing existent methodological differences between, but seeking to synthesize them into a coherent narrative, is a possible and desirable objective, which may allow advances of empirical studies.

* Doutorando em Direito da Universidade de Brasília (UnB). Mestre em Neurociências e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Gerente de Projetos da Secretaria Nacional de Justiça, do Ministério da Justiça. Brasília – Distrito Federal – Brasil.

Keywords: Judicial Decision-Making. Rationality. Argumentation Theory. Judgment and Decision Making. Psychology of Decision-Making.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 A DECISÃO JUDICIAL COMO ARGUMENTAÇÃO, RETÓRICA OU RACIONALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA; 2.1 OS ESTUDOS EMPÍRICOS; 2.2 AS LIMITAÇÕES DO ENFOQUE; 3 A DECISÃO JUDICIAL COMO EXPRESSÃO DAS PREFERÊNCIAS POLÍTICO-IDEOLÓGICAS OU PESSOAIS DO JULGADOR; 3.1 OS ESTUDOS EMPÍRICOS; 3.2 AS LIMITAÇÕES DO ENFOQUE; 4 A DECISÃO JUDICIAL COMO DECORRENTE DA RACIONALIDADE LIMITADA E DA COGNIÇÃO EM DUPLO PROCESSO DO JULGADOR; 4.1 OS ESTUDOS EMPÍRICOS; 4.2 AS LIMITAÇÕES DO ENFOQUE; 5 CONVERGÊNCIAS E CONCLUSÕES: ELEMENTOS PARA UMA TEORIA ABRANGENTE DA DECISÃO JUDICIAL; 6 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A decisão judicial é um fenômeno que vem sendo descrito e discutido a partir de múltiplas abordagens. Neste artigo, sustenta-se que há três diferentes literaturas, cuja recente aproximação sugere convergências interessantes, possibilitando o esboço de uma teoria da decisão judicial num sentido amplo.

A primeira literatura, bastante conhecida e difundida na comunidade jurídico-acadêmica brasileira, é aquela que trata a decisão judicial a partir de um enfoque interpretativo ou argumentativo. Seus autores e discussões filiam-se às tradições da Filosofia do Direito, Argumentação Jurídica, Hermenêutica Jurídica e Constitucional. Segundo essa visão, por “decisão”, designa-se o discurso ou pronunciamento de justificação de uma sentença ou acórdão. Por sua vez, a “racionalidade” da decisão judicial é um conceito ligado aos parâmetros de avaliação da qualidade, correção ou retórica discursiva. Para essa tradição, um estudo empírico sobre a decisão judicial envolve a coleta de ementas, votos e julgados, e sua análise está voltada para os argumentos, fundamentos normativos, figuras retóricas ou de linguagem neles empregados. Em linhas gerais, o “Direito”, para essa tradição, é caracterizado

como uma prática discursivo-argumentativa, sendo a decisão judicial parte dessa construção discursiva intersubjetiva.

A segunda literatura, que já tem várias décadas de desenvolvimento no ambiente norte-americano, e que aportou há alguns anos na academia brasileira, é a que analisa a decisão enquanto “comportamento judicial”, entendido como o curso de ação tomado pelos atores inseridos num determinado contexto institucional. Essa linha, que avançou com estudos da Ciência Política e com o uso de estratégias de pesquisa social, tem como uma das suas inspirações a teoria da escolha racional, isto é, a adoção do individualismo metodológico. Os modelos mais recentes são os chamados modelos “atitudinais” e “estratégicos”; sua origem remonta à vertente norte-americana do Realismo Jurídico e à tradição da *Law and Society*; e seus proponentes se contrapõem ao que denominam “Formalismo”, o qual seria a concepção do Direito como fonte primordial das decisões jurídicas. De acordo com essa vertente, “decisão” é uma tomada de posição referente a alguma questão de mérito, geralmente com consequências ou tonalidades políticas, especialmente nos “casos difíceis” do Direito. A “racionalidade” é aqui entendida como a consecução dos objetivos estratégicos do tomador de decisão judicial, sejam eles ideológicos ou de ordem estritamente pessoal. O “Direito”, por sua vez, é um discurso de justificação que dá uma roupagem jurídica a preferências político-ideológicas ou pessoais externadas pelos julgadores.

A terceira literatura, por sua vez, é a mais recente delas, embora seu instrumental tenha décadas de desenvolvimento enquanto campo geral de “Psicologia da Decisão” ou simplesmente “Julgamento e Tomada de Decisão” (*Judgment and Decision Making*). Das três literaturas, esta é a menos conhecida no ambiente jurídico brasileiro. Os métodos de pesquisa têm origem na Psicologia Social, nas Ciências Cognitivas e nas Neurociências. Aqui, a “decisão” é compreendida como a escolha de um curso de ação, influenciado por heurísticas, vieses e processos cognitivos implícitos ou inconscientes. Essa linha se dedica a demonstrar que a racionalidade é “limitada”, no sentido de que os tomadores de decisão têm menos controle de si próprios do que julgam, e que usam informações incompletas em contextos de tempo

e recursos mentais escassos. O “Direito”, para esses estudiosos, resulta das escolhas criativas desses indivíduos, e seu discurso é uma justificação *a posteriori* para o resultado de processos extrajurídicos de decisão – como, de resto, são todos os discursos que visam a construir as narrativas que as pessoas utilizam para situar a si próprias no contexto social e para buscar conforto cognitivo ao confirmar suas crenças pré-existentes.

Até o presente, essas três narrativas, aqui traçadas em linhas gerais, vêm caminhando de forma relativamente separada, tangenciando-se ocasionalmente, embora, como se verá, algumas conexões tenham sido estabelecidas. Porém, boa parte dos temas e discussões nelas presentes acaba sendo tratada de forma compartimentada, como, aliás, infelizmente, costuma ser a prática da pesquisa acadêmica e suas excessivas especializações.

Diante desse cenário, pergunta-se, então, se uma aproximação entre essas três literaturas sobre a decisão judicial seria possível, e se traria ganhos explicativos para a compreensão do fenômeno da decisão judicial, que poderia assim ser teorizado e investigado de maneira mais ampla.

O ponto que iremos defender é que buscar uma visão abrangente da decisão judicial a partir dessas três dimensões, ou seja, que reconheça as diferenças metodológicas das descrições que cada uma dessas tradições de pesquisa apresenta, mas ao mesmo tempo procure sintetizá-las numa narrativa coerente, é um empreendimento possível e desejável. Apesar de que a proposta de uma “teoria geral” ou “ampliada” da decisão judicial possa soar pretensioso, numa época de excessiva especialização do conhecimento, sustentamos que a convergência dessas três dimensões explicativas poderia trazer valiosas contribuições para estudos teóricos e empíricos.

Nosso objetivo, neste ensaio, não é fazer um levantamento abrangente e sistemático dessas três literaturas, por si só extremamente volumosas, mas tecer aproximações e indicar questões comuns que podem emergir ao se lançar um olhar interdisciplinar sobre as contribuições de cada uma delas, contribuindo para a formulação de uma teoria da decisão judicial.

2 A DECISÃO JUDICIAL COMO ARGUMENTAÇÃO, RETÓRICA OU RACIONALIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Hoje, uma pesquisa rápida em qualquer portal de periódicos jurídicos por artigos em língua portuguesa referentes à expressão “decisão judicial” revelará estudos que orbitam no campo semântico das filosofias da argumentação e da interpretação.

Serão encontradas discussões sobre as justificações possíveis ou aceitáveis no marco do Estado Democrático de Direito, à luz da Constituição de 1988, sobre expressões ou teorias utilizadas na fundamentação de sentenças. Os autores estrangeiros mais frequentemente utilizados serão Alexy, Dworkin, Habermas, Gadamer, e, em menor medida, McCormick, Perelman e Toulmin. Muitos autores nacionais se ocupam de debates tais como o uso – ou abuso (NEVES, 2013) – de princípios constitucionais nas fundamentações de acórdãos dos tribunais e na produção jurídica dogmática em geral, do emprego de teorias como a da ponderação (ALEXY, 2008) e da integridade (DWORKIN, 2003), bem como o espaço desejável ou não da discricionariedade judicial (STRECK, 2013).

Delimitar devidamente este campo seria uma tarefa – com o perdão do trocadilho – hercúlea, uma vez que ela compõe basicamente quase toda a discussão da decisão judicial no Brasil atualmente. Longe de fazer um mapeamento exaustivo de autores, temas e discussões, assim, nosso objetivo é delinear as linhas gerais dessa acepção da “decisão judicial”, ainda que sob o risco de generalizar ou não fazer jus à profundidade de todos os seus aspectos.

Em linhas gerais, a discussão sobre hermenêutica e argumentação jurídica do século XX orbita em torno da possibilidade, à luz da Filosofia da Linguagem, da Tópica, da Retórica e das teorias da argumentação, de sustentar a legitimidade de uma decisão, derivada de um ato subjetivo da autoridade investida de poder, diante de um padrão de racionalidade argumentativa que seja convincente (RODRIGUEZ, 2013, p.158-162). Assim, hoje, a teoria do Direito não se preocupa com a “verdade”, mas com as diversas possibilidades de justificação relacionadas aos problemas sociais numa sociedade plural (RODRIGUEZ, 2013, p. 167).

Dito de outra forma, essas teorias sustentam que há padrões argumentativos que podem ser determinados e que permitem que uma decisão seja justificada em termos que não são nem irracionais, nem arbitrários. Existem argumentações mais ou menos consistentes, e assim é possível avaliar qualitativamente uma decisão (COSTA, 2008, p. 201-202).

Para compreender como se chegou nesse ponto, é importante ter em mente qual debate levou os teóricos a esse tipo de formulação. Para tanto, vale relembrar que o positivismo clássico e o realismo jurídico do início do século XX apresentaram um fabuloso desafio para os teóricos do direito. De acordo com a leitura kelseniana da decisão, o aplicador realiza um ato de vontade livre, dentro da “moldura” da norma, ao solucionar o caso concreto (KELSEN, 1999, p. 245-249). Em trilha semelhante, Hart adotou o conceito de “textura aberta” do Direito, para se referir à impossibilidade de uma norma prever, de antemão, todas as possibilidades de sua aplicação. Essa indeterminação, por sua vez, abre margem para o exercício da discricionariedade do aplicador (HART, 2009, p. 161-175). Indo mais longe, os realistas propunham que o Direito nada mais seria que o que os Tribunais decidem (ROSS, 2007, p. 99). As técnicas de argumentação ou interpretação seriam uma ficção utilizada para ocultar, sob o manto da objetividade, um processo altamente subjetivo de escolha. Nessa ótica, a fundamentação judicial não passaria de uma “fachada de justificação”, construída para legitimar a decisão previamente tomada (ROSS, 2007, p. 181-185).

Ora, as propostas do Positivismo tradicional e do Realismo Jurídico representam uma ameaça a posições que sustentam a primazia do sistema jurídico sobre o voluntarismo. Admitir a discricionariedade e a decisão judicial como um processo sobretudo criativo é uma postura que reserva um papel secundário ao Direito. Além disso, a tese da impossibilidade de se estabelecer um método racional para a tomada de decisões valorativas poderia significar uma renúncia à própria viabilidade de uma sociedade democrática, teoricamente composta por pessoas racionais e capazes de argumentar.

Não foram poucos os teóricos que se insurgiram contra essa possibilidade, levando adiante o formidável desafio de estabelecer critérios de correção das decisões judiciais após o giro linguístico da Filosofia Contemporânea.

Em virtude disso, a discussão sobre interpretação jurídica se concentrou em torno de duas tradições filosóficas (KAUFMANN, 2010, p. 70-72). A primeira delas, tributária da Hermenêutica Filosófica de Hans-Georg Gadamer, tem em Ronald Dworkin seu grande representante.

Buscando se contrapor à crítica positivista à possibilidade de uma metodologia hermenêutica que conduza a interpretações verdadeiras (COSTA, 2008, p. 192), Dworkin sugere o “ideal regulativo” (NEVES, 2013, p. 56) da figura do *juiz Hércules*, capaz de superar a discricionariedade mesmo nos “casos difíceis”, para os quais há uma única resposta correta. Resumidamente, Dworkin (2003, p. 17) defende que o Direito é uma prática inerentemente argumentativa, e que a interpretação é um processo construtivo que deve conceber o Direito como um sistema coerente, partilhado pela comunidade de princípios na qual o intérprete se insere (DWORKIN, 2003, p. 254); assim, a noção de *integridade* pressupõe que o Estado aja conforme um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando os cidadãos diverjam quanto ao que é justo (DWORKIN, 2003, p. 202). A metodologia a ser desenvolvida de modo a possibilitar a integridade da decisão será depois descrita como “ascensão justificadora”, um modo de construção de uma sentença coerente com a tradição jurídica (DWORKIN, 2010).

A segunda tradição filosófica se baseia nas diversas propostas de teoria da argumentação jurídica. Os autores precursores dessa corrente são Viehweg, Toulmin e Perelman.

A nova retórica de Chaim Perelman é uma releitura da tradição aristotélica¹. Perelman contrapõe, à noção de “evidência”, como força à qual toda mente normal tem que ceder – como sinal de verdade daquilo que se impõe – as técnicas discursivas que permitem provocar ou aumentar a

1 De acordo com Aristóteles, três são os instrumentos de persuasão: o *ethos*, o *pathos* e os argumentos. O *ethos* é o caráter que o orador deve assumir para inspirar confiança no auditório; *pathos* refere-se ao conjunto de emoções, paixões e sentimentos que ele deve suscitar na audiência; e então se tem a argumentação propriamente dita (REBOUL, 2004, p. 47-49). A retórica em sua formulação clássica compreende, assim, fatores de influência sobre o auditório que extrapolam o âmbito estritamente racional-discursivo. Se a retórica é a “arte de persuadir”, já sabiam os antigos que isso inclui tanto o elemento argumentativo em sentido estrito, quanto aspectos ligados à postura ou a características do orador, os quais por vezes são negligenciados (REBOUL, 2004, p. 17-18).

adesão de espíritos. Toda argumentação, para Perelman, está voltada para um auditório. Em síntese, Perelman propõe que há formas mais ou menos eficazes de argumentar, é possível buscar maior “aceitabilidade retórica”. Essa pode ser medida como a capacidade de gerar a adesão de um auditório, isto é, de *persuadir* (PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005)².

Nos anos 1970, desenvolveu-se uma “teoria da argumentação padrão” que busca, antes de tudo, eleger critérios de coerência, consistência interna ou externa, bem como aplicabilidade universal, que tornariam possível distinguir argumentos “racionais” de argumentos “irracionais”. São teorias que buscam justificações internas e externas à racionalidade prática que deveria ser aplicada pelos juristas. É nessa linha que vão as teorias de Alexy e McCormick (ATIENZA, 2006, p. 117-118). Por serem revisadas minuciosamente em outras obras, passaremos adiante.

Uma série de críticas tem sido levantada às propostas de formulação de um critério de correção das justificações jurídicas possíveis. Analisaremos brevemente, a seguir, algumas delas. A primeira delas, de ordem filosófica, refere-se à própria limitação de teorias que fixem critérios normativos de correção. A segunda, apoiada na milenar tradição da retórica, é cética em relação a um sistema racional, tendo em vista o caráter contextual e tópico do raciocínio jurídico. A terceira, por sua vez, insiste que pensar interpretação jurídica sem levar em conta as instituições é inócuo. A seguir, apresentaremos brevemente essas objeções a partir de alguns de seus proponentes.

Para Alexandre Araújo Costa, as teorias da argumentação representam o “canto do cisne” da hermenêutica jurídica moderna, pois, diante do abandono das teorias semânticas da interpretação, que buscavam desvendar os sentidos imanentes aos textos, procurou-se estabelecer critérios pragmáticos de validade, numa espécie de reedição da pretensão moderna da racionalidade objetiva (COSTA, 2008, p. 227-228). Para Costa, porém, após Nietzsche,

2 Interessante notar que Perelman admitia duas teses que são geralmente associadas ao realismo jurídico: que a decisão judicial pode ser uma racionalização a posteriori – a “motivação técnica como um acréscimo”. A técnica jurídica serviria, nesse caso, para justificar a decisão perante outro auditório (2005, p. 48); além disso, admitia que muitas crenças sólidas não são admitidas por meio da argumentação, mas na ausência de razões (2005, p. 8). Estudos empíricos recentes corroboram essa visão (vide, p. ex., HAIDT, 2012; STRUCHINER; BRANDO, 2014).

Sartre e Foucault, as tentativas modernas de extrair a legitimidade da racionalidade devem ser vistas com ressalva, uma vez que o convencimento racional não é o único a configurar nossos mundos simbólicos (COSTA, 2008, p. 241-228). Dito de outra forma, “Ninguém adota uma teoria por causa da sua verdade, mas por causa de uma apreciação estética: somos seduzidos por ela!” (COSTA, 2008, p. 16).

A segunda vertente de críticas é tributária da tradição retórica. Autores discípulos da obra de Theodor Viehweg salientam a limitação do enfoque centrado nos argumentos empregados na decisão judicial. Em primeiro lugar, o raciocínio jurídico discursivo em geral não explicita as normas que utiliza; ao contrário, tende a ocultá-las, não apenas para permitir múltiplos usos e evitar possíveis contradições, como também para conferir uma ilusão de certeza a algo que é, na verdade, incerto (SOBOTA, 1991). Além disso, textos jurídicos se valem extensamente de figuras retóricas, e muitas vezes elas são mais relevantes ou numerosas do que os próprios argumentos – logo, a estilística da sentença pode ser mais relevante do que propriamente sua “racionalidade” (SOBOTA, 1992).

Uma terceira linha de crítica às teorias filosóficas tradicionais da interpretação questiona sua “cegueira institucional”. O equívoco dessas teorias seria acreditar que a partir de princípios filosóficos gerais seja possível chegar a conclusões operacionais para o caso em concreto. Como consequência disso, toma-se por aceitável a atividade judicial ativa e criativa, o que ignora as limitações do contexto decisório. Segundo Vermeule (2006), o foco que elas lançam sobre o juiz ignora que se trata de um indivíduo que se insere num contexto institucional, que tem limitações cognitivas e racionalidade limitada – como se verá mais adiante – e que nem sempre tem em mente os efeitos sistêmicos ou mais amplos das consequências de suas decisões (VERMEULE, 2006).

Assim, a pergunta não deveria ser “como este texto deveria ser interpretado?”, mas, em vez disso, “quais procedimentos decisórios deveriam determinadas instituições, com suas capacidades particulares, usarem para interpretar este texto?” (VERMEULE, 2006, p. 36). Deixar que juízes tenham espaço para dizer o que é a “integridade” no Direito, por exemplo, poderia causar mais estragos do que benefícios (VERMEULE, 2006, p. 252).

Vermeule (2006) reconhece que teorias amplas sobre quais os valores devem ser buscados têm seu lugar, mas sugere que ao fornecer respostas conceituais, não fornecem respostas para as questões empíricas e institucionais que efetivamente são trazidas perante os juízes. Diante disso, aponta para a contenção judicial como saída possível: diante de um cenário de incertezas e limitações na racionalidade, juízes deveriam se ater ao texto normativo, curvar-se diante do Legislativo ou de agências governamentais em casos difíceis (VERMEULE, 2006, p. 284-290)³.

Essas linhas de crítica, de todo modo, têm em comum a discussão do problema da decisão judicial enquanto justificação argumentativa ou discursiva. A seguir, apresentaremos alguns dos resultados empíricos desse primeiro enfoque.

2.1 OS ESTUDOS EMPÍRICOS

Desde ao menos a década de 1990, as sentenças judiciais brasileiras vêm sendo objeto de escrutínio por métodos empíricos (CASTRO, 1997). Nos últimos anos, a produção acadêmica nessa área vem experimentando um salto quantitativo e qualitativo, acompanhando uma maior disponibilidade de bases de dados sobre o sistema de Justiça brasileiro (a exemplo de CNJ, 2014). Nos últimos anos houve um forte impulso, com a proliferação de meios de financiamento e difusão desse tipo de pesquisa, como é o caso da criação da Rede de Estudos Empíricos em Direito (REED) (HORTA; ALMEIDA; CHILVARQUER, 2014). Assim, uma série de estudos recentes vem possibilitando que se reconstrua uma imagem mais acurada de como

3 Em sentido contrário, diante da complexidade crescente dos temas com os quais os juízes precisam lidar – em campos tão diversos quanto telecomunicações, provas de exames de DNA, migrações, proteção ao meio ambiente e a Internet e as novas tecnologias – Posner propõe o pragmatismo judicial como saída. Para Posner, propostas normativas que apostam na autocontenção judicial, ou o argumento das competências institucionais, de delegar a agências de governo certas decisões, nada mais são do que tentativas de fuga diante dessa complexidade. Na sua concepção, juízes deveriam se arriscar a compreender áreas diversas ao Direito, como as ciências naturais e sociais, novas tecnologias, matemática, e estudar mais a respeito. Além de exigir isso como critério de seleção, Posner sugere que a formação inicial e continuada deveria investir nesses conhecimentos afins (2013, p. 329-341).

efetivamente decidem os tribunais brasileiros, em contraposição a modelos acalentados por visões puramente teóricas ou idealizadas da atividade judicial.

Essa formação de uma massa crítica de estudiosos empíricos vem em boa hora, ao desnudar quais são os padrões discursivos efetivamente empregados pelas instituições judiciais brasileiras, bem como as contradições entre os discursos tradicionais da dogmática jurídica e a realidade. A seguir, exemplificaremos trabalhos recentes que enfatizam esse contraste entre a teoria e a prática argumentativa no Judiciário brasileiro.

Com base em três estudos empíricos que se debruçam sobre a fundamentação de julgados de tribunais superiores, José Rodrigo Rodriguez (2013) se debruça sobre a forma como se estrutura a racionalidade jurisdicional no Brasil. O primeiro ponto saliente é que se invoca com frequência citações doutrinárias ou jurisprudenciais, geralmente fora do contexto em que foram produzidas, para corroborar a posição que o jurista defende. Conforme essa lógica, advogados, juízes e promotores reproduzem um modo de argumentação no qual **“quanto maior o número de autoridades citadas, maior a força do argumento [...] uma posição é tanto mais correta quanto mais pessoas concordarem com ela”** (RODRIGUEZ, 2013, p. 71, grifo nosso). As citações são, assim, justapostas sem a preocupação em articulá-las com o contexto em que foram proferidas, sendo tão somente utilizadas a título de argumento de autoridade (RODRIGUEZ, 2013, p. 77). A citação de casos semelhantes ao que é julgado não busca reconstruir um padrão de argumentação relevante para aquele a ser decidido, mas em vez disso, serve de acúmulo para reforçar a autoridade de quem está prolatando a sentença (RODRIGUEZ, 2013, p. 107).

Além disso, os tribunais não têm, do ponto de vista institucional, uma opinião homogênea, já que as decisões geralmente não são tomadas com base em debates prévios entre os juízes, mas por intermédio de votação. Não há a prática de as cortes se reunirem para redigir sua decisão de maneira ordenada e coerente (RODRIGUEZ, 2013, p. 79), as ementas e súmulas não incorporam a fundamentação da decisão dos problemas jurídicos de que tratam (RODRIGUEZ, 2013, p. 107). Ademais, é comum que, mesmo

concordando com o dispositivo e votando no mesmo sentido, juízes utilizem fundamentos totalmente distintos, e até mesmo contraditórios, para justificar sua decisão. No Brasil, conclui o autor, o texto da decisão não é o objetivo do julgamento, mas um “efeito colateral” dele (RODRIGUEZ, 2013, p. 63).

Esse modelo de padrão argumentativo, segundo o autor, prioriza o argumento de autoridade, e não a existência de raciocínios sistemáticos. Como o fundamento das decisões cumpre um papel secundário, o que acaba por garantir sua estabilidade acaba sendo a pessoa do juiz, e não o fundamento jurídico em si (RODRIGUEZ, 2013, p. 107-110). Conclui o autor que prevalece a utilização de argumentos de autoridade em casos difíceis, e que os casos fáceis são marcados pela pobreza argumentativa (RODRIGUEZ, 2013, p. 62), vigorando como modo predominante de estruturação da justificação das decisões uma “justiça opinativa”, em que fundamentar uma decisão significa “expor uma opinião pessoal” (RODRIGUEZ, 2013, p. 74).

Também nessa linha, sustenta Conrado Hübner Mendes que a ausência de uma fundamentação única, ou de uma opinião “do tribunal” leva a um “diálogo de surdos”, em que a retórica bacharelesca prevalece sobre o aspecto argumentativo da deliberação colegiada. O STF, segundo uma metáfora do autor, seria como “onze ilhas”, um “*emaranhado de opiniões individuais*” (MENDES, 2010).

Esse quadro descrito por Rodriguez e Mendes é reforçado pelos achados das pesquisas de Roesler e colegas. Analisando os argumentos empregados nos votos de duas decisões do STF que facilmente se enquadram em qualquer classificação daquelas mais relevantes e impactantes dessa Corte dos últimos anos – a constitucionalidade das uniões homoafetivas (ADI 4277) e das pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510) – os pesquisadores encontraram decisões tecnicamente falhas. A ausência de debates consistentes entre os Ministros resultou, em ambos os casos, na enunciação de votos com fundamentos divergentes, o que impossibilitou um acórdão claro e coerente, e consequentemente resultou, especialmente no caso das uniões homoafetivas, numa absurda situação de incerteza jurídica sobre os alcances da decisão (ROESLER; RUBINGER-BETTI, 2014; ROESLER; SANTOS, 2014).

Valendo-se de métodos empíricos, Juliano Benvindo e Alexandre Costa (2013) analisaram 4.727 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, distribuídas entre outubro de 1988 e dezembro de 2012, e demonstraram que o padrão de temas que chegam ao STF é muito diferente daquele que se propaga nos meios jurídicos. No lugar de uma Corte dedicada à defesa de direitos, a análise minuciosa dos julgados revela um tribunal que julga primordialmente questões de competência federativa – em favor da União diante dos demais entes – e da defesa de interesses corporativos de segmentos profissionais – no lugar da preservação de direitos fundamentais (BENVINDO; COSTA, 2013). Com isso, os autores desafiam a narrativa padrão segundo a qual o STF seria o grande tribunal da defesa dos direitos fundamentais e da cidadania.

2.2 AS LIMITAÇÕES DO ENFOQUE

Essa conceituação ampla da “decisão judicial”, hoje um “senso comum dos juristas” brasileiros revela, para nossos propósitos, a primazia do discurso de fundamentação jurídica. Se por um lado traz um ganho inestimável do ponto de vista do ideal democrático, ao propor a reflexão sobre os discursos jurídicos aceitáveis ou adequados num contexto do Estado Democrático de Direito em que se espera que os cidadãos sejam copartícipes e não meros expectadores da aplicação das normas, por outro, esse olhar acaba por ocultar parte do fenômeno jurídico.

Dito de outra forma, a ênfase no que o Direito diz que faz, e em como ocorre a prática argumentativa efetivamente existente do Direito, apesar de ampliar o repertório de descrições do funcionamento do Sistema de Justiça e permitir críticas mais precisas das fundamentações mais ou menos adequadas, diz pouco sobre os *silêncios* que também compõem o fenômeno jurídico.

Um dos exemplos mais salientes disso é a literatura sobre preconceito implícito. As pesquisas comportamentais sobre o preconceito implícito demonstram que mesmo pessoas bem-intencionadas podem inconscientemente adotar atitudes racistas, ainda que não o admitam explicitamente (HARDIN; BANAJI, 2013; LANE; KANG; BANAJI, 2007). Ainda

quando ausentes na fundamentação da decisão, os estereótipos raciais podem influir, por exemplo, na severidade de sentenças condenatórias (BLAIR; JUDD; CHAPLEAU, 2004). O nível de análise que se detém na justificação discursiva não abrange essa importante questão.

Com isso, queremos mostrar que, cingido ao âmbito discursivo, o fenômeno da decisão judicial compõe um panorama incompleto. Talvez a causa de os juristas geralmente optarem por restringir seu programa de pesquisa sobre decisão judicial aos textos de justificação se deva à sua formação acadêmica, voltada à dogmática ou à Filosofia, a qual limita suas possibilidades metodológicas de aproximação do problema⁴.

Não se pretende minimizar a relevância de estudos que empreguem a coleta de dados em autos processuais, ementas ou textos de sentenças ou votos. Pelo contrário: a pesquisa empírica nessa área ainda está em seus primórdios no Brasil, e muitos achados relevantes, que podem contribuir para o abandono ou o recontar de narrativas equivocadas – por ausência de base fática – ainda estão por vir. O propósito aqui é demonstrar como a incorporação de outras dimensões ao fenômeno da decisão judicial pode justamente enriquecer ainda mais esses estudos.

3 A DECISÃO JUDICIAL COMO EXPRESSÃO DAS PREFERÊNCIAS POLÍTICO-IDEOLÓGICAS OU PESSOAIS DO JULGADOR

A segunda literatura que nos interessa é a que vem se dedicando, desde o início do século XX, à compreensão do comportamento judicial com ferramentas das ciências sociais. Essas pesquisas são especialmente numerosas no ambiente norte-americano, e se iniciaram e se consolidaram num olhar empírico sobre as decisões emanadas daquela Suprema Corte.

Três fatores são importantes para compreender a gênese dessa abordagem. O primeiro deles de fundo filosófico: nas décadas de 1920-1930, o movimento Realista ganhou forte impulso na academia jurídica norte-americana. Autores como Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound e Benjamin

4 Agradecemos à Profa. Claudia Roesler, que levantou essa hipótese em discussão sobre o tema.

Cardozo são citados como fundadores dessa corrente, que priorizaria uma visão empírica da atividade judicial, enfatizando como as preferências pessoais guiariam as decisões, justificadas *a posteriori* pelo Direito (TAMANAH, 2010). Além disso, por volta dessa época, a Suprema Corte norte-americana experimenta uma virada nos seus padrões decisórios: se antes as decisões unânimes prevaleciam, a partir dos anos 1940, a divisão dos Ministros passaria a ser a regra (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013). Essa dinâmica desafiava concepções da decisão judicial que sustentavam haver decisões formalmente “corretas”, abrindo em seu lugar espaço para a interpretação de que a decisão teria causas políticas. Por fim, o desenvolvimento de estratégias de pesquisa de ciências sociais no pós-guerra também serviu de impulso para a análise do comportamento judicial em bases empíricas.

Nesse contexto, é de C. Herman Pritchett a obra fundadora do campo, com seu livro “*The Roosevelt Court*”, de 1948. Os chamados “modelos atitudinais”, daí surgidos, conceituam a decisão como uma manifestação de preferência política dos magistrados (BAUM, 2010). Pressuposto dessa visão é o individualismo metodológico, segundo o qual o nível adequado de análise é o tomador de decisão individual.

Nos anos 1960, com a sofisticação e a informatização das técnicas de pesquisa, esse paradigma vai ainda mais longe. Nasce aí uma interpretação segundo a qual era necessário combater a visão “formalista”, segundo a qual a decisão era mera subsunção do caso à norma, e abraçar em seu lugar o “realismo jurídico”, empiricamente informado (TAMANAH, 2010).

Durante décadas, os assim chamados “modelos atitudinais” sustentavam que as posições pessoais dos juízes eram o fator determinante das decisões – juízes desejavam, antes de tudo, imprimir seu modo de encarar as políticas ao proferirem seus votos e sentenças. Os padrões para avaliar a ideologia das decisões eram diversos, desde o partido do Presidente que os apontou – se republicano ou democrata – à classificação dos julgados em temas polêmicos como liberdades civis. Centenas de trabalhos nas décadas seguintes seguiram essa linha.

O auge dos modelos atitudinais ocorreu entre as décadas de 1960 e 1990. Em 2002, com o livro *The Supreme Court and the Attitudinal Model*

Revisited, de Jeffrey Segal Harold Spaeth, tem-se o ápice dos modelos atitudinais. Por volta dessa época, contudo, estudiosos passaram a criticar a ideia de que toda sentença ou voto seria a expressão de uma preferência individual, salientando que o juiz não era um ator isolado. Pelo contrário, era um ator que agia estrategicamente conforme cada caso, e de acordo com o comportamento dos atores ao seu redor, dentro e fora do Tribunal (EPSTEIN; KNIGHT, 1997; MALTZMAN; SPRIGGS II; WAHLBECK, 2000). Além disso, criticava-se uma visão excessivamente focada na Suprema Corte, defendendo que pesquisas se debruçassem na realidade de outras instâncias.

Nos últimos anos, então, pesquisadores questionaram a simplificação dos modelos atitudinais e passaram a incorporar outros fatores extrajurídicos que influiriam na decisão. Por exemplo, juízes levariam em conta o comportamento de outros atores que poderiam se opor ou serem afetados por suas decisões, e considerariam não só a própria ideologia, mas também aspectos como a possibilidade de sua decisão ser reformada em tribunais superiores, a chance de seu voto ser derrotado na turma, ou mesmo a possibilidade de um confronto entre tribunal e Poder Legislativo acabar em derrota (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 65-89; SUNSTEIN, 2006).

Faremos a seguir um breve panorama de alguns estudos representativos dessa literatura.

3.1 OS ESTUDOS EMPÍRICOS

Em estudo sobre os padrões de decisão de turmas de juízes da segunda instância federal nos Estados Unidos, Cass Sunstein (2006), com base em 6.408 decisões colegiadas e 19.224 votos individuais, demonstraram que a composição das turmas era uma variável altamente significativa no resultado dos acórdãos. Quando as turmas eram compostas por três juízes de mesma afiliação ideológica, observava-se o fenômeno de “polarização do grupo”, o qual tendia a proferir acórdãos com posições mais radicais. Porém, a presença de um único juiz de afiliação política diversa era o suficiente para mitigar as posições dos dois outros.

Uma explicação para isso seria a “aversão à divergência”: discordar dos colegas pode ser uma tarefa extenuante, pois exige votos mais longos e melhor fundamentados, além de poder gerar constrangimentos e tensão entre os componentes da turma, que geralmente trabalham juntos durante anos. Sendo assim, juízes, como quaisquer seres humanos, prefeririam conformar-se ao grupo e tenderiam a evitar disputas entre si.

Outra obra recente que trouxe uma pesquisa de fôlego é *The Behavior of Federal Judges* (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013), que apresenta resultados de pesquisas nas três instâncias do Judiciário federal norte-americano. As evidências revisadas mostram que a ideologia influencia fortemente a decisão de Ministros da Suprema Corte, e que essa influência vem crescendo ao longo dos anos (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 103). Também no segundo grau, a ideologia do Presidente da República, que indica os desembargadores federais, é um forte indicativo dos posicionamentos destes (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 180). O estudo também demonstra que o perfil ideológico do juiz da Suprema Corte, ainda que tenda a ser próximo do Presidente que o indicou no início, vai paulatinamente se distanciando ao longo dos anos (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013 p. 117-121).

Não obstante, as influências ideológicas nem sempre são determinantes. Os autores pontuam que a alta taxa de decisões unânimes na Suprema Corte – de cerca de 1/3 nos anos mais recentes – é por si só um desafio às teses realistas: se há diversidade ideológica na Corte, por que os Ministros estariam de acordo com tamanha frequência? A interpretação adotada é que, naqueles casos em que as preferências ideológicas dos Ministros não são fortes, pesam mais na sua decisão a aversão ao dissenso, e também falam mais alto os compromissos a teses jurídicas específicas. Dito de outra forma, os Ministros só se dão ao trabalho de divergir quando a questão em exame lhes é especialmente cara (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 126-136).

Nos dados das turmas das cortes federais de segundo grau – as *Courts of Appeals* – os autores encontram fortes evidências do “efeito de conformidade”, a tendência de juízes com posições minoritárias aderirem às majorias, mas também “efeitos de composição de turmas”, que ocorrem quando a

presença de juízes ideologicamente divergentes num mesmo órgão colegiado faz com que as posições adotadas pela maioria sejam mais moderadas. A explicação, novamente, é a aversão ao dissenso: seja em minoria, como integrando a maioria, o ônus da divergência tende a ser evitado pelos julgadores. No caso do 2º grau, não só as decisões de minoria são pouco citadas no meio jurídico, como também são passíveis de reforma na Suprema Corte, o que desestimula a divergência (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 290-292). Ainda segundo os dados, embora a ideologia seja relevante no segundo grau, seu peso menor nessa instância em relação à Suprema Corte (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 154-199).

Por sua vez, no primeiro grau, o peso da ideologia é significativamente menor. Nessa instância, a descrição legalista do processo judicial parece ser aplicável. Segundo os autores, há diversas explicações possíveis – a exigência de aderência aos precedentes, forte traço do *Common Law*; o fato de a maioria dos casos não ser propriamente difícil ou politicamente relevantes, como no caso das cortes superiores; ou o desejo de não ter suas decisões reformadas no nível superior (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 235-241). Voltaremos a esse ponto adiante.

As conclusões acima são apenas uma amostra de uma literatura que, nos Estados Unidos, contém centenas de estudos empíricos. Como resultado dessa abordagem, foram sendo construídos vastas bases de dados de decisões judiciais. A cada geração de pesquisadores, mais sentenças eram coletadas, com suas variáveis codificadas e disponibilizadas para os futuros estudiosos. Como resultado disso, chega-se a uma impressionante disponibilidade de dados manejados pelos pesquisadores, que cobrem vastos períodos. A chamada base *U.S. Supreme Court Judicial Database* (SPAETH) reúne decisões da Suprema Corte, que passou a cobrir decisões de todos os 44 Ministros do período de 1937 a 2009, incluindo as orientações ideológicas em cada caso julgado (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 105-107).

Uma das bases de dados do 2º grau, a base Songer (*U.S. Courts of Appeals Database*) contém amostras com dezenas decisões de 538 desembargadores entre 1925 e 2002, cobrindo o trabalho de 90% de todos os julgadores que já passaram por essa instância (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p.

154-155). Já a outra base das Courts of Appeals, a *Sunstein Database*, cobre todos os votos de 1995 a 2008 que tratam de questões ideologicamente polêmicas (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 157-158). Para os juízes federais de 1º grau, os autores tinham à disposição cinco diferentes bases de dados, cobrindo distintas amostras de períodos mais recentes (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 208-210). Já os dados básicos sobre as indicações de juízes – Presidentes que os escolheram, idade, trajetória profissional prévia, etc. – cobrem todo o Judiciário federal desde 1789 (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 341).

É importante ressaltar que não é novidade no Brasil o estudo do comportamento judicial numa perspectiva empírica. Trata-se de uma preocupação já consolidada no campo da Ciência Política, com estudos relevantes sobre ativismo judicial (VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007), o perfil dos magistrados brasileiros (SADEK, 2006), a origem social das elites jurídicas brasileiras (ALMEIDA, 2010) ou o processo de indicação de Ministros do STF (LLANOS; LEMOS, 2013). Artigos recentes ressaltam papel político de atores do Judiciário, capazes de agir em defesa das próprias prerrogativas e negociar ativamente com os outros Poderes, mesmo que em virtude disso utilizem decisões como moeda de troca. Koerner e Freitas (2013), com base em registros documentais da Constituinte, por exemplo, descrevem como Ministros do STF barganharam com o Presidente da República e a Assembleia Nacional Constituinte para que a Constituição previsse uma instituição com o desenho mais próximo dos seus anseios.

Não obstante esses avanços, ainda faltam vastos bancos de dados com múltiplas variáveis como é o caso dos Estados Unidos. Há alguns anos, pesquisadores brasileiros têm à sua disposição o Relatório *Justiça em Números* (CNJ, 2014), que publica variáveis como número de magistrados, estoque e fluxo de processos e despesas do Poder Judiciário, mas ainda estamos longe de possuir bases de dados extensas que contenham a classificação de decisões por tema julgado ou, o que seria ainda mais complexo do ponto de vista metodológico e de volume de trabalho, por orientação político-ideológica.

3.2 AS LIMITAÇÕES DO ENFOQUE

Três objeções importantes aos modelos estratégicos norte-americanos precisam ser enfatizadas antes de prosseguir.

Em primeiro lugar, é preciso lembrar que em grande medida a narrativa que se faz da decisão. Esses modelos, mesmo em suas reformulações mais recentes, que abarcam as diversas dimensões da “irracionalidade” humana (a exemplo de ELSTER, 2007), representam a opção por um nível de análise e pela delimitação metodológica de variáveis – as crenças, preferências e restrições do indivíduo – que nem sempre deixa espaço para outros aspectos importantes do fenômeno. Para além de questões de ordem antropológica, esses modelos muitas vezes deixam de lado as limitações cognitivas e variações situacionais que interferem na decisão (BAUM, 2010, p. 8-13).

Em segundo lugar, boa parte dos teóricos defensores desses modelos tendem a empregar a distinção entre “realismo” e “formalismo” jurídico como um dado. Ora, essas categorias são, em grande medida, como demonstra Tamanaha (2010), construções feitas ao longo do século XX mais como “argumentos do espantinho”, do que propriamente algo representativo da autoimagem que os magistrados têm de si mesmos. Ao fim e ao cabo, essa distinção pode ser inútil, na medida em que, como vimos, variáveis ideológicas são mais ou menos relevantes conforme o nível institucional.

Por fim, valem as inúmeras ressalvas de Leandro Ribeiro e Diego Arguelhes (2013) para a leitura e a aplicabilidade desses estudos na realidade brasileira: por se tratarem de modelos formulados na realidade institucional norte-americana, os pressupostos por eles adotados podem não valer no Brasil. Para mencionar alguns exemplos, os Ministros da Suprema Corte escolhem julgar uma amostra de casos particularmente “difíceis” ou controvertidos, para os quais não há respostas consensuais na comunidade jurídica, enquanto no Brasil o acesso ao STF é relativamente aberto; no Brasil, ao contrário dos EUA, o STF pode declarar inconstitucionais emendas à Constituição; e não há, no Brasil, como se viu, uma “*opinion*” que dê coerência aos argumentos vencedores da Corte, mas uma votação e a compilação de votos com fundamentações frequentemente divergentes.

4 A DECISÃO JUDICIAL COMO DECORRENTE DA RACIONALIDADE LIMITADA E DA COGNIÇÃO EM DUPLO PROCESSO DO JULGADOR

Até pouco tempo, estudos sobre os mecanismos psicológicos da decisão eram descartados sumariamente sob a pecha de “psicologismo”. Com o rápido desenvolvimento das ciências comportamentais, porém, e o surgimento de modelos e explicações consistentes sobre o comportamento social humano, o panorama mudou: há atualmente um universo de pesquisas e modelos teóricos explicativos que são relevantes para a discussão jurídico-institucional. Por isso, faremos um breve retrospecto a respeito das ideias mais relevantes para a presente discussão.

A “decisão”, aqui entendida como o curso de ação voltado a atingir um determinado objetivo, com base nas crenças do indivíduo (BARON, 2008, p. 6), resulta de processos motivacionais e cognitivos. As correntes psicológicas das duas ou três últimas décadas descrevem o processamento de informação pelo cérebro humano como sujeito a heurísticas e vieses⁵, isto é, a desvios sistemáticos em relação aos padrões normativos do pensar “correto”; que estes desvios não são corrigidos no nível decisório coletivo, mas em vez disso também se reproduzem nele; que a motivação do tomador de decisão pode influir na sua cognição; e que a maior parte dos processos decisórios em contextos sociais é implícita ou inconsciente, e não deliberada e consciente como se supõe. Faremos, a seguir, um breve retrospecto de alguns modelos relevantes para a presente discussão.

Já na década de 1950, Herbert Simon propôs o conceito de “racionalidade limitada”, ao observar que os seres humanos estão longe de seguirem os cânones normativos de racionalidade na tomada de decisão⁶. Limitações

5 Heurísticas são atalhos cognitivos empregados para solucionar problemas no contexto cotidiano, de informação incompleta, tempo e recursos mentais escassos; vieses, por sua vez, são desvios sistemáticos em relação a padrões normativos derivados da lógica clássica, das regras da estatística ou da probabilidade. A literatura aponta que todo tomador de decisão, leigo ou especialista, vale-se de heurísticas e está sujeito a vieses (KAHNEMAN, 2011; GIGERENZER, 2009; HARDMAN, 2009; BARON, 2008).

6 Uma distinção útil na conceituação de racionalidade é a estabelecida pelo psicólogo Keith Stanovich. No sentido “fraco”, racionalidade é um conceito categórico, tal como

de tempo e de disponibilidade de informações exigem que os sujeitos se atenham a apenas alguns aspectos ao decidir, utilizando atalhos cognitivos. Mais importante: o contexto da decisão importa, o que significa que mudanças na forma de apresentação da informação ou das condições situacionais do sujeito podem fazer bastante diferença no resultado (SIMON, 1997, p. 92-117).

Na década de 1970, a dupla Daniel Kahneman e Amos Tversky iniciou o programa de pesquisa das “heurísticas e vieses”, demonstrando, por meio de uma série de engenhosos experimentos, que leigos e especialistas cometem igualmente desvios sistemáticos em relação às normas da lógica clássica ou da estatística e tomam decisões influenciados por variáveis irrelevantes (KAHNEMAN, 2011).

Paralelamente a esse paradigma, chamado de “economia comportamental”⁷, a Psicologia Social se desenvolveu e chegou a conclusões convergentes. Desde as décadas de 1940-1950, estudos empíricos nessa área vêm demonstrando que a avaliação de informações e probabilidades por parte dos indivíduos está longe de se dar de forma isenta e conforme os cânones normativos. Em geral, diante de um problema, as pessoas padecem de *excesso de confiança* em relação às suas crenças, subestimando assim o próprio nível de ignorância. Uma possível explicação está no *viés de confirmação*, a tendência de se buscar informações que confirmam a crença inicial e de desconsiderar dados que são incoerentes com ela (HARDMAN, 2009, p. 94). Esses traços da tomada de decisão influenciam também na dinâmica de grupos.

empregado por Aristóteles em sua famosa frase “o homem é um animal racional”. Seu oposto é a ausência de racionalidade, ou “a-razionalidade”. Num sentido “forte”, porém, aquele adotado pelas ciências cognitivas, “racional” é uma noção normativa, com graus distintos. Seu antônimo é a “irracionalidade”, que também pode ser maior, ou menor, conforme o caso. Nesse segundo sentido, a racionalidade é definida pela distância entre o comportamento observado e o modelo normativo (2011, p. 1). Essa diferenciação é importante porque uma das grandes resistências à ciência cognitiva provém do fato de que as pessoas não aceitam com facilidade a atribuição do adjetivo “irracional” a humanos.

- 7 Kahneman lembra, no entanto, que não é justo utilizar o rótulo “economia comportamental” a um trabalho feito predominantemente por psicólogos. Por se tratar de um campo interdisciplinar, ele propõe a designação “ciência comportamental aplicada” (KAHNEMAN, 2012).

Em outra frente, cientistas têm reforçado modelos que demonstram como essas emoções influem decisivamente em juízos morais e na cognição em situações sociais. Esse aparato neurofisiológico está por trás de boa parte dos comportamentos pró-sociais em geral e à adesão a grupos em particular (GREENE, 2014). Estudos mais recentes demonstram que o processamento das recompensas advindas da interação social – fazer bem aos semelhantes, praticar a reciprocidade, punir trapaceiros, etc. – recruta os mesmos circuitos cerebrais ativados pelo processamento de recompensas em geral, sugerindo que é impossível conceber a formação de preferências individuais sem considerar o contexto social (FEHR; KRAJBICH, 2014).

Os estudos das últimas décadas têm mostrado que membros de grupos respondem a pressões sociais e que os indivíduos que divergem do grupo tendem a ser inibidos, resultando em perdas do ponto de vista epistêmico. Alguns fenômenos apontados pela literatura incluem: i) a *conformidade*, o fato dos indivíduos incorrerem juntos no mesmo erro a fim de não contrariarem seus pares; ii) a *obediência à autoridade*, ou a relutância em se contestar figuras socialmente valorizadas a que se está subordinado; iii) a *polarização*, ou tendência à radicalização em relação a posições e opiniões externas ao grupo; e iv) o chamado *pensamento de grupo*, em que o favorecimento da unanimidade sufoca o juízo crítico dos sujeitos (HARDMAN, 2009, p. 148-150; SUNSTEIN; HASTIE, 2015). Em suma, parece haver um *trade-off* entre a coesão interna do coletivo e a sua capacidade de compreender e solucionar problemas.

Essa literatura aponta, ainda, que pessoas que sustentam crenças fortes não costumam estar abertas ao contraditório – elas tendem a perseverar na sua crença mesmo diante de evidências em contrário. Em estudos sobre performance em contextos argumentativos, um achado comum é que os sujeitos costumam articular opiniões ou explicações em favor de suas crenças iniciais, mas são incapazes de apontar evidências genuínas que as fundamentem (HARDMAN, 2009, p. 42-45).

A ideia de que há duas formas fundamentalmente diferentes de pensar, ou que nem tudo que pensamos esteja sob nosso pleno controle, é antiga na tradição do pensamento ocidental, tendo sido tratada, entre vários, por Platão

e Freud (DEHAENE, 2014). Na Psicologia Social e Cognitiva, abandonada a concepção vigente nos anos 1960 de que os seres humanos seriam capazes do agir racional em termos estritos, os modelos mais recentes trabalham com a ideia de “duplo processo”, segundo o qual o processamento de informações se dá por sistemas distintos e em paralelo. O chamado Sistema 1 seria rápido, inconsciente, intuitivo, ao passo que o Sistema 2 seria consciente, devagar e voltado para o raciocínio abstrato e normativo (EVANS, 2012).

Boa parte dos vieses poderia ser explicada pelos atalhos cognitivos que o Sistema 1 emprega para solucionar de forma automática os problemas. O Sistema 2, por sua vez, pode ser recrutado para afastar parte desses equívocos. A tomada de decisão seria resultante da tensão ou da oposição entre esses modos diferentes de pensar (KAHNEMAN, 2011). Nesse sentido, entender como funcionam esses dois sistemas poderia levar os indivíduos a se prevenir e a tomar melhores decisões. Nem todos os estudiosos, porém, concordam que a relação entre esses sistemas seja de contraposição, chegando a propor que o Sistema 1 é, para certas tarefas, até mais eficiente e preciso do que o Sistema 2 (EVANS, 2012; GIGERENZER, 2009). Esses modelos do duplo processo são amplamente difundidos e baseados em muitas evidências, embora não isentos de críticas (LEMPERT; PHELPS, 2014).

De todo modo, as teorias do duplo processo permitem compatibilizar uma série de achados da literatura psicológica com o contexto de decisão judicial (GUTHRIE et al., 2007), tal como as influências das motivações do indivíduo no estilo cognitivo que será adotado numa determinada decisão (BARTELS, 2010, p. 45).

4.1 OS ESTUDOS EMPÍRICOS

Em 2011, pesquisadores das universidades Columbia, em Nova York, e Ben Gurion, em Israel, decidiram testar empiricamente a tese do realismo jurídico de que o Direito é o que “os juízes comeram no café da manhã”. O experimento consistia em isolar, em mais de mil decisões de um comitê de livramento condicional para apenados, a variável mais relevante para a concessão ou não do benefício. Surpreendentemente, não eram a gravidade

do delito, as condições e os antecedentes do réu, gênero ou origem étnica – se árabe ou israelense – a variável estatisticamente mais relevante, mas o momento do dia em que o comitê analisava o pedido do condenado. Quanto mais próximo do início da sessão, maiores as chances de uma decisão favorável; essa tendência caía drasticamente à medida em que as horas avançavam. Feita a pausa para o descanso, acompanhado de lanche ou almoço, o comitê novamente tendia a dar decisões benéficas. Para os pesquisadores, o experimento demonstra de forma cabal que a tomada de decisão judicial não está imune a fatores extrajurídicos (DANZIGER; LEVAV; AVNAIM-PESSO, 2011).

Uma sequência de experimentos sobre influências na decisão criminal chegou a resultados semelhantes sobre a existência de vieses no contexto judicial. Com base no já consolidado paradigma do “efeito da ancoragem” – a tendência de que um padrão aleatoriamente escolhido numa tarefa de comparação influencie as escolhas subsequentes, ainda que não haja conexão direta entre uma coisa e outra – os pesquisadores fizeram simulações com juízes e promotores, os quais tinham que sentenciar casos de crimes como estupro e furto. No primeiro experimento, um jornalista perguntava à metade dos sujeitos se aplicaria uma pena alta – três anos – e à metade se aplicaria uma pena baixa – um ano – ao réu. No segundo experimento, esse papel era desempenhado por um promotor, que pedia uma pena alta à metade deles, e baixa à outra metade. Em ambos os casos, a severidade da sentença foi influenciada pela “sugestão” fornecida. Para testar se os sujeitos tinham consciência de que essas “âncoras” eram aleatórias, no terceiro experimento eles foram instados a jogar dados, cujo resultado representaria a pena pedida pelo Ministério Público, antes de decidir a condenação. De maneira impressionante, aqueles que tinham tirado maiores resultados nos dados tendiam a proferir sentenças mais duras, e vice-versa, indicando que mesmo profissionais experientes estão sujeitos a influências irrelevantes (ENGLISH; MUSSWEILER; STRACK, 2006).

Investigando empiricamente decisões sobre a concessão de fianças na área criminal, outra equipe de pesquisadores concluiu que, devido ao excesso de informações disponível e à pressão de tempo, juízes tendiam a considerar

não o conjunto probatório, mas apenas alguns aspectos específicos do caso como critério para manutenção da prisão (DHAMI, 2003)⁸.

Revisando estudos que tratam da psicologia moral, Struchiner e Brando (2014) sustentam que, nos casos “difíceis”, aqueles em que há uma decisão com carga moral a ser enfrentada, as teorias do duplo processo fornecem um instrumental de análise válido. Segundo esses modelos, as pessoas tomam decisões morais intuitivas e em seguida tentam construir uma justificativa socialmente aceitável. Da mesma forma, magistrados interagem com seus colegas socialmente e compartilham suas opiniões por meio da apresentação de argumentos acerca da moralidade ou imoralidade de certas condutas controversas. A consulta aos materiais jurídicos viria depois, apenas corroborando as intuições previamente existentes.

4.2 AS LIMITAÇÕES DO ENFOQUE

A primeira e mais óbvia objeção que se pode fazer aos estudos da tradição psicológica é que o processo decisório, interno à “mente do juiz”, é irrelevante, uma vez que o seu resultado final – o enunciado – é o que se discute e se controla na esfera argumentativa. Discordamos dessa crítica superficial, uma vez que a literatura crescente no tema demonstra que há consequências de ordem jurídica, nada desprezíveis, no resultado dos processos psicológicos. Porém, é importante lembrar que isso não significa que se possa, com base em estudos comportamentais, dizer que o Direito é “irrelevante” para a decisão judicial no sentido psicológico.

O Direito importa porque, antes de tudo, seres humanos são sujeitos que argumentam. Algumas teorias contemporâneas chegam a afirmar que nosso raciocínio evoluiu não para resolver problemas, mas para produzir razões em defesa do próprio ponto de vista (MERCIER; SPERBER, 2011). Logo, não é verdade que “o que um juiz comeu no café da manhã” seja mais importante para uma decisão do que o ônus argumentativo que ele enfrentará ao sustentar publicamente suas escolhas. Numa sociedade como a

8 Para uma revisão atual dos diversos estudos de heurísticas e vieses no contexto de decisão judicial, remetemos a Teichman e Zamir (2014).

nossa, indivíduos são *accountable* pelo que fazem, ou melhor, eles se sentem responsáveis para justificar perante os pares e a si mesmos (TETLOCK, 1985), e o Direito é o código de justificação que sempre será necessário na decisão judicial.

Uma segunda limitação desse enfoque é: estudos simulados ou em ambientes reais de decisão se valem de indivíduos para a compreensão da mecânica decisória. No entanto, é importante lembrar que a decisão judicial não é um fenômeno individual, mas também pode ser visto como uma construção social: aquilo que é ou não aceitável depende de um grande conjunto de práticas e de significados construídos intersubjetivamente e institucionalmente. A ênfase na figura do indivíduo decisor deixa de lado, portanto, um “pensamento populacional” na aproximação do problema: quais os padrões decisórios adotados não em casos individuais, mas no Judiciário como um todo⁹? Por esse motivo, entendemos que a literatura da ciência política pode complementar os estudos da tradição psicológica.

A terceira limitação, derivada da anterior, se deve ao fato de que a realidade decisória dos tribunais, hoje, não é a do magistrado que, solitariamente, lida com um caso. As sentenças resultam do trabalho de equipes de assessores, analistas, estagiários, que, não raro, minutam boa parte do que um gabinete judicial produz. Logo, talvez o sujeito de pesquisa escolhido pelos psicólogos seja excessivamente idealizado.

5 CONVERGÊNCIAS E CONCLUSÕES: ELEMENTOS PARA UMA TEORIA ABRANGENTE DA DECISÃO JUDICIAL

Uma vez apresentadas as principais discussões dessas três literaturas, mostraremos a seguir exemplos de como uma compreensão interdisciplinar da decisão judicial pode permitir que venham à tona novos problemas e soluções, ainda pouco explorados pela literatura jurídica tradicional. A seguir, trataremos de dois exemplos: primeiro, como as preferências individuais do julgador estão ligadas à argumentação judicial e como isso influi na discussão

9 Agradecemos ao prof. Alexandre Araújo Costa por chamar atenção a esse ponto.

institucional; e em seguida, o papel que a argumentação desempenha na persuasão de auditórios.

Um modelo inicial de formulação do comportamento judicial está contido na já citada obra *The Behavior of Federal Judges* (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013). Os autores propõem que se conceba a decisão em quatro níveis distintos. Em primeiro lugar, o da decisão individual, em que ideologia, aversão ao esforço, preferência pelo lazer, história pessoal, personalidade, etc., pesam. Em segundo lugar, que se tenha em consideração como os efeitos de decisão de grupo, tais como a composição e a dinâmica de turmas de tribunais, a aversão ao dissenso e o efeito de conformidade, influenciam a decisão judicial. Num terceiro âmbito, o modelo incorpora os efeitos hierárquicos entre as instâncias judiciais, em que as cortes superiores restringem a liberdade de ação dos juízes. Por fim, os autores destacam as interações entre o Judiciário e os outros Poderes.

Segundo os autores, é possível criar um modelo de “função de utilidade judicial”, em que fatores como desejo por reconhecimento, reputação, prestígio e lazer; a pretensão à promoção na carreira; e aversão excessivo volume de trabalho entrariam na equação – em suma, juízes seriam agentes inseridos no mercado de trabalho, sujeitos a incentivos e restrições¹⁰. Fica clara nessa síntese a influência da matriz do *Law and Economics*, além de um posicionamento em relação ao debate entre legalismo e realismo judicial: sem negar a importância dos mandamentos legais e jurisprudenciais na decisão, o modelo propõe que se leve em conta uma volumosa tradição empírica que indica que as circunstâncias pessoais dos julgadores modificam os termos da aplicação do Direito. Nesse sentido, para ficar em um dos exemplos citados, é plausível que se criem restrições jurisprudenciais à admissibilidade de certas causas com o mero propósito de se reduzir a carga de trabalho num tribunal (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 25-50).

10 Tendo inspiração econômica, a referida função é enunciada numa fórmula: $U = U(S(tj), EXT(tj, nj), L(tl), W, Y(tnj), Z)$. A “utilidade” derivada do trabalho de juiz é uma função da satisfação interna obtida na profissão (S), que inclui a sensação de fazer um bom trabalho, a perspectiva de promoção, o reconhecimento dos pares e o bom relacionamento com a equipe. A satisfação externa (EXT) inclui reputação, prestígio e poder decorrentes do cargo. Tempo para o lazer (L), remuneração (W) também entram na equação, tal como o tempo livre (t) não consumido pela carga de trabalho.

De todo modo, um dos achados mais importantes dessa pesquisa para nossa discussão é o de que as tonalidades ideológicas das decisões judiciais variam conforme a instância analisada, sendo maiores nas cortes superiores, e menos importantes na primeira instância. Os autores concluem que o grau de discricionariedade dos juízes não é meramente uma questão de preferência ideológica pessoal, mas deriva da estrutura hierárquica do Poder Judiciário, isto é, do seu desenho institucional (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013, p. 385-395).

Uma consequência relevante dessa conclusão é que as literaturas da ciência política – ao traçar o panorama institucional e discorrerem sobre as preferências individuais dos magistrados – e a discussão sobre a fundamentação da decisão são mais complementares do que parece à primeira vista.

Contrariamente a autores que negam a importância da compreensão da decisão para além dos textos de justificação (vide, por exemplo, STRECK, 2013), ou de sugestões acerca da (in)utilidade da filosofia para a justificação das decisões – se “devemos colocar nossos juízes para ler, aprender e aplicar as teorias de H. L. Hart, Ronald Dworkin ou Robert Alexy” (RODRIGUEZ, 2013, p. 104) ou se termos que refletir sobre como desenhar os “constrangimentos institucionais” (RODRIGUEZ, 2013, p. 150-157) – propomos que ambas as reflexões devam caminhar juntas. Se o ônus argumentativo de uma sentença varia conforme os constrangimentos institucionais, e se estes influem sobre o produto textual da decisão, então questões sobre controles hierárquicos, a estrutura e o procedimento das turmas julgadoras, a carga de trabalho, ou mesmo como a gestão de pessoal dentro de gabinetes poderia reduzir ou aumentar o universo de decisões possíveis, devem caminhar ao lado da discussão sobre o quanto, e como, é necessário fundamentar uma decisão judicial¹¹.

Uma segunda ponte interessante entre a dimensão argumentativa e a dimensão psicológica da decisão vem dos estudos de persuasão, mudança de atitude e *self*. A Psicologia Social vem abordando empiricamente tanto o

11 Nesse sentido, é surpreendente que a discussão sobre o Novo Código de Processo Civil tenha se ocupado, corretamente, de como e quanto se deve fundamentar a decisão judicial – o novo art. 489 (JALES, 2015) – mas pouco se tenha escrito sobre formas de tornar o sistema de Justiça mais eficiente com medidas de gestão interna.

problema da racionalidade dos argumentos, quanto o que faz um argumento ser persuasivo.

Esses estudos demonstraram que alguns aspectos procedimentais do discurso importam. Assim, a ordem dos assuntos abordados é percebida pelos interlocutores como indicativo de relevância da mensagem, ou seja, a ordem de apresentação dos argumentos interfere na sua interpretação. A prática de apresentar um argumento favorável e outro contrário à tese defendida, com a subsequente refutação deste último, é mais persuasiva do que apenas elencar os “dois lados”, que por sua vez é mais efetivo do que apresentar apenas argumentos em favor de uma das posições. Expor as conclusões de um discurso de forma clara, revelando os pontos passíveis de crítica, também torna a mensagem mais persuasiva. Por fim, o respeito às regras de procedimento no debate, tal como os debatedores estarem em iguais condições, torna os argumentos mais persuasivos. Esses estudos aproximam de forma surpreendente as práticas mais efetivas do ideal normativo de discussão (HAHN; OAKSFORD, 2012, p. 277-282).

Os estudos também demonstram que a percepção das informações e as crenças dos interlocutores influem fortemente no processamento dos argumentos. Um dos achados mais consistentes e replicados é que pessoas com opiniões fortes geralmente têm dificuldade de lidar com informações que não sejam coerentes com suas crenças. Os indivíduos tendem a refletir pouco sobre evidências favoráveis ao que acreditam, mas, diante de evidências que não se encaixam nas suas crenças, tendem a submetê-las a forte escrutínio, com o propósito de refutar sua veracidade ou confiabilidade, e assim manter sua opinião original. Trata-se do fenômeno de “perseverança da crença” (HARDMAN, 2009, p. 44; MOLDEN; HIGGINS, 2012, p. 393-394).

Como pano de fundo desses estudos empíricos está uma narrativa que a Psicologia Social veio construindo ao longo das últimas décadas. Segundo essa visão, os indivíduos desejam, antes de tudo, manter uma autoimagem de pessoas inteligentes, bem intencionadas e amáveis, que mantêm o controle da situação, que compreendem o mundo à sua volta e estão inseridas num grupo social. A autoestima está longe de ser apenas uma questão secundária, pois determina a forma mesmo como as pessoas raciocinam (MOLDEN;

HIGGINS, 2012, p. 391; BAUM, 2010, p. 18). Assim, a persuasão é motivada sobretudo pela necessidade que o indivíduo tem de manter a consistência entre suas atitudes, crenças, emoções e comportamentos (PETTY; BRÍÑOL, 2010). Esses fatores interpessoais da persuasão sugerem que argumentar não se trata apenas de buscar emitir o “melhor argumento”, mas de produzir razões convincentes de determinada maneira, num certo contexto social.

Ora, essa literatura sobre persuasão nos parece de suma importância para a discussão da decisão judicial: afinal, uma das funções do discurso judicial é justamente convencer os jurisdicionados de que aquela é a decisão correta. Logo, quando um magistrado registra a fundamentação do dispositivo de sua sentença, visa a persuadir um auditório específico – ainda que somente seus pares – para que sua decisão seja legítima.

Com base nessas convergências, acreditamos haver elementos suficientes para esboçar uma teoria da decisão judicial que envolva as três dimensões que apresentamos. Uma teoria da decisão judicial que se preze, nesse sentido, precisa dar conta dos diversos níveis de análise revisados neste artigo: os processos cognitivos individuais, com seus vieses, processos automáticos e inconscientes; a escolha estratégica feita pelo indivíduo num determinado contexto institucional, que delimita as possibilidades e o alcance de suas decisões; e os modos de justificação da decisão tomada, como expressão discursiva do rumo de ação escolhido, os quais precisam ser reconhecidos pelo auditório relevante ao tomador de decisão.

A formulação dessa teoria, porém, não é isenta de inúmeras dificuldades. Evidentemente, a polissemia de termos como “racionalidade” ou “decisão” dificulta e muito a formulação de conceitos. A decisão judicial, por sua vez, está longe de ser um processo simples, de uma só etapa, ou individual, como demonstramos. Uma decisão judicial singular num Juizado Especial é completamente diferente daquela tomada por um integrante de um colegiado, assim como outra a realidade da redação de um acórdão num tribunal superior. Articular as três literaturas, dessa forma, demanda ainda muito trabalho para a definição precisa de conceitos, seu alcance, bem como estabelecimento das relações entre si.

Isso não impede, contudo, que demonstremos que um vasto universo de pesquisas empíricas se descortina diante do pesquisador, uma vez que adota uma visão mais abrangente da decisão judicial. Ora, se a força de uma teoria está em sua possibilidade de permitir dela derivar “implicações observáveis” empiricamente (EPSTEIN; MARTIN, 2014, p.32-36), com base na revisão de literatura aqui empreendida, compilamos abaixo algumas hipóteses, muitas das quais já elaboradas e investigadas em alguns estudos, ligadas às três dimensões da decisão:

- Magistrados utilizarão estrategicamente os recursos disponíveis no contexto institucional em que estão inseridos para fazer avançar suas agendas individuais (ARGUELHES; RIBEIRO, 2015; KOERNER; FREITAS, 2013);
- Juízes são suscetíveis tanto a constrangimentos institucionais, tais como possibilidade de reversão de suas sentenças, quanto a constrangimentos argumentativos, referentes à persuasão do auditório ao qual se dirigem (BRAMAN, 2010);
- Magistrados buscarão coerência interna e externa nas suas sentenças e votos mesmo que nenhum dos argumentos neles enunciados tenham sido a razão determinante para a decisão (SIMON, 2010);
- O nível de rigor argumentativo empregado em decisões judiciais está diretamente ligado ao nível de exigência do auditório ao qual o magistrado preferencialmente se dirige (RODRIGUEZ, 2013);
- O nível de rigor argumentativo empregado em decisões judiciais está diretamente ligado à carga ideológica do caso a ser julgado (WRIGHTSMAN, 2010);
- Juízes buscam reduzir o volume de trabalho, inclusive adotando estratégias formais de redução da carga processual a eles atribuída, para que disponham de mais tempo de lazer (EPSTEIN; LANDES; POSNER, 2013; POSNER, 2008; MALTZMAN; SPRIGGS II; WAHLBECK, 2000);

- Para preservar a boa convivência no local de trabalho, membros de turma tenderão a não divergir senão em casos ideologicamente relevantes (SUNSTEIN, 2006);
- Decisões sujeitas a vieses como da confirmação, da ancoragem e do retrospecto serão menos enviesadas se os juízes forem autoconscientes das limitações da própria racionalidade (BENFORADO, 2015).

6 CONCLUSÃO

Neste artigo, foi proposto um esboço de “teoria da decisão” em três dimensões: o âmbito argumentativo-discursivo de justificação da sentença perante os auditórios relevantes; o nível comportamental-institucional em que o magistrado é visto como um ator que age estrategicamente para satisfazer suas preferências; e a dimensão psicológica, em que processos motivacionais e cognitivos inconscientes induzem determinados resultados.

O que se buscou, com isso, foi colmatar uma lacuna¹² da literatura jurídica brasileira: fala-se tanto em decisão judicial, mas fala-se tão pouco sobre o que exatamente ela é, apostando na ilusória percepção que a discussão do campo jurídico é suficiente para exaurir todas as facetas desse fenômeno.

Uma outra questão que merece nossa atenção é que boa parte da literatura revisada neste trabalho se dedica, de um modo ou de outro, a analisar a figura do “juiz”. Contudo, é importante lembrar que se trata de uma imagem idealizada, pouco coerente com a realidade atual dos tribunais. Um dos poucos autores na vasta literatura de decisão judicial que dedica reflexões sinceras sobre esse fenômeno da expansão da estrutura burocrática do Judiciário é Richard Posner. Sendo um juiz, Posner (2013, p. 36-54) descreve de forma aberta a realidade dos tribunais federais norte-americanos atualmente: há muito trabalho para assessores, estagiários são parte importante da equipe de

12 Tércio Sampaio Ferraz Júnior chegou a afirmar que “uma teoria da decisão jurídica ainda está para ser feita”, sendo a decisão fenômeno “quase sempre analisado parcialmente, disperso nos quadros da dogmática jurídica” (2012a, p. 88), e que “uma teoria dogmática geral da decisão não chegou a receber, na tradição, nenhuma forma de acabamento” (2012b, p. 286).

trabalho, e não raro são esses, e não os juízes, os que redigem as sentenças e votos, não obstante serem mais jovens e inexperientes do que os magistrados. Para Posner (2013, p. 238-240), uma das decisões mais relevantes que o juiz deve tomar é se vai ser autor das próprias sentenças, ou se, em vez disso, atuará como um editor delas, além de “gestor” responsável pela organização de um gabinete hierarquizado. No Brasil, em que gabinetes do Judiciário são formados por grandes equipes de assessores, escreventes, analistas, estagiários, o quadro não é diferente. Uma teoria da decisão judicial que passe ao largo dessa realidade teria muito pouco a contribuir para a compreensão desse fenômeno.

Por fim, é importante destacar que qualquer enfoque descritivo enfrenta o problema dos critérios de uma “boa” ou “melhor” decisão. Ainda que uma boa teoria da mecânica dos processos decisórios, conscientes ou não, estratégicos ou sinceros, seja desenvolvida, sempre restará a pergunta sobre qual a métrica a ser empregada para classificar um comportamento, discursivamente justificado, de uma autoridade proferidora de sentenças. Isso segue sendo uma questão normativa, cujo parâmetro precisa ser estabelecido, nos marcos de uma sociedade democrática, mediante a participação dos interessados, quais sejam, os destinatários e coautores das normas. Por esse motivo, esta questão, de ordem não só jurídica, mas política (COSTA, 2013), de como queremos que atuem os juízes de nossa sociedade, não será respondida somente por estudos empíricos do comportamento judicial.

REFERÊNCIAS

ALEX, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2008.

ALMEIDA, Frederico N.R. **A nobreza togada**: as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: USP, 2010.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**: teorias da argumentação jurídica. 3. ed. São Paulo: Landy, 2006.

BARON, Jonathan. **Thinking and Deciding**. 4. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BARTELS, Brandon L. Top-down and bottom-up models of judicial reasoning. In.: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory. **The Psychology of Judicial Decision Making**. London: Oxford University Press, 2010.

BAUM, Lawrence. Motivation and Judicial Behavior: Expanding the scope of inquiry. In.: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory. **The Psychology of Judicial Decision Making**. London: Oxford University Press, 2010.

BENFORADO, Adam. **Unfair: The New Science of criminal injustice**. New York: Crown Publishers, 2015.

BENVINDO, Juliano Zaiden; COSTA, Alexandre Araújo. **A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade?: o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais**. 2013. (Relatório de pesquisa).

BLAIR, Irene V.; JUDD, Charles M.; CHAPLEAU, Kristine M. The Influence of Afrocentric Facial Features in Criminal Sentencing. **Psychological Science**, v. 15, n. 10, p. 674-679, 2004.

BRAMAN, Eileen. Searching for constraint in legal decision making. In.: KLEIN, David; Mitchell, Gregory. **The Psychology of Judicial Decision Making**. London: Oxford University Press, 2010.

CASTRO, Marcus Faro. O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 12, n.34, p. 147-156, 1997.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em números 2014: ano-base 2013**. Brasília, 2014.

COSTA, Alexandre A. Judiciário e Interpretação: Entre Política e Direito. **Pensar (UNIFOR)**, v. 18.1, p. 9-46, 2013.

COSTA, Alexandre A. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília, 2008.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 108, n. 17, p. 6889-6892, 2011.

DEHAENE, Stanislas. **Consciousness and the Brain.: deciphering how the brain codes our thoughts**. New York: Viking, 2014.

DHAMI, Mandeep K. Psychological Models of Professional Decision Making. **Psychological Science**, v. 14, n. 2, 2003, p. 175-180, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ELSTER, Jon. **Explaining Social Behavior: more nuts and bolts for the social sciences**. New York: Cambridge University Press, 2007.

ENGLISH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. Playing dice with criminal sentences: the influence of irrelevant anchors on experts judicial decision making. **Personality and Social Psychology Bulletin**, v. 32, n. 188, p. 188-200, 2006.

EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew W. **An introduction to empirical legal research**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. **The Choices Justices Make**. Washington: CQ Press, 1997.

EPSTEIN, Lee; LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The behavior of federal judges: a theoretical and empirical study of rational choice**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

EVANS, Jonathan S. B. T. Dual-Process theories of deductive reasoning: facts and fallacies. In.: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning**. New York: Oxford University Press, 2012.

FEHR, Ernst; KRAJBICH, Ian. Social Preferences and the Brain. In.: GLIMCHER, Paul W.; FEHR, Ernst. **Neuroeconomics: decision making and the brain**. 2. ed. London: Academic Press, 2014.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A ciência do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012a.

_____. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012b.

GIGERENZER, Gerd. **O Poder da intuição**. Rio de Janeiro: BestSeller, 2009.

GREENE, Joshua. **Moral tribes: emotion, reason, and the gap between us and them**. New York: The Penguin Press, 2014.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. **Cornell Law Review**, v. 93, p. 1-44, 2007.

HAHN, Ulrike; OAKSFORD, Mike. Rational Argument. In.: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The Oxford Handbook of Thinking and Reasoning**. New York: Oxford University Press, 2012.

HAIDT, Jonathan. Moral Psychology and the Law: How Intuitions Drive Reasoning, Judgment and the Search for Evidence. **Alabama Law Review**, v. 64, n. 4, p. 867-880, 2012.

HARDIN, Curtis D.; BANAJI, Mahzain R. The nature of implicit prejudice: Implications for personal and public policy. In.: SHAFIR, E. (Ed.). **The behavioral foundations of public policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013.

HARDMAN, David. **Judgment and decision making**: psychological perspectives. West Sussex (UK): BPS Blackwell, 2009.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

HORTA, Ricardo Lins; ALMEIDA, Vera Ribeiro; CHILVARQUER, Marcelo. Avaliando o Desenvolvimento da Pesquisa Empírica em Direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 1, n. 2, p. 162-183, 2014.

JALES, Túlio de Medeiros. Novo Código de Processo Civil e Fundamentação da Decisão Judicial: Horizontes Argumentativo e Hermenêutico. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 17, n. 3, p. 261-301, set./dez. 2015.

KAHNEMAN, Daniel. Foreword. In.: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2012.

_____. **Thinking**: fast and slow. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011.

KAUFMANN, Arthur. **Filosofia do Direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KOERNER, Andrei. FREITAS, Lígia Barros de. O Supremo na constituinte e a constituinte no Supremo. **Lua Nova**, São Paulo, v. 88, p. 141-184, 2013.

LANE, Kristin A.; KANG, Jerry; BANAJI, Mahzarin R. Implicit Social Cognition and Law. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 3, p. 427-451, 2007.

LEMPERT, Karolina M.; PHELPS, Elizabeth A. Neuroeconomics of Emotion and Decision Making. In.: GLIMCHER, Paul W.; FEHR, Ernst. **Neuroeconomics: decision making and the brain**. 2. ed. London: Academic Press, 2014.

LLANOS, Mariana; LEMOS, Leany Barreiro. Presidential preferences?: the supreme federal tribunal nominations in democratic Brazil. **Latin American Politics and Society**. v. 55, n. 2, , p. 77-105, 2013.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. **Crafting law on the supreme court: the collegial game**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. Onze ilhas. **Folha de S. Paulo**, Tendências/ Debates, fev. 2010.

MERCIER, Hugo; SPERBER, Dan. Why do Humans Reason? Arguments for an Argumentative Theory. **Behavioral and Brain Sciences**, v. 34, p. 57-111, 2011.

MOLDEN, Daniel C.; HIGGINS, E. Tory. Motivated Thinking. In.: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. **The oxford handbook of thinking and reasoning**. New York: Oxford University Press, 2012.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PETTY, Richard E.; BRIÑOL, Pablo. Attitude Change. In.: BAUMAISTER, Roy; FINKEL, Eli J. **Advanced social psychology**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2008.

_____. **Reflections on judging**. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

REBOUL, Olivier. **Introdução à retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RIBEIRO, Leandro M.; ARGUELHES, Diego W. Preferências, estratégias e motivações: pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, v. 4, n. 7, p. 85-121, 2013.

_____. O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 46, p. 121-155, jan./jun., 2015.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: GV, 2013.

ROESLER, Claudia R.; RÜBINGER-BETTI, Gabriel. O Julgamento da ADI Nº 3510 sob a perspectiva argumentativa. **Novos Estudos Jurídicos (UNIVALI)**, v. 19, p. 663-694, 2014.

ROESLER, Claudia R.; SANTOS, Paulo Alves. Argumentação jurídica utilizada pelos tribunais brasileiros ao tratar de uniões homoafetivas. **Revista Direito GV**, v. 10, p. 615-638, 2014.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

SADEK, Maria Tereza. **Magistrados:** uma imagem em movimento. São Paulo: FGV, 2006.

SIMON, Dan. In praise of pedantic eclecticism: pitfalls and opportunities in the Psychology of Judging. In.: KLEIN, David; MITCHELL, Gregory. **The Psychology of Judicial Decision Making**. London: Oxford University Press, 2010.

SIMON, Herbert A. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, n. 1, p. 99-118, 1955.

_____. **Administrative behavior**: a study of decision-making processes in administrative organizations . 4. ed. New York: Free Press, 1997.

SOBOTA, Katharina. Don't Mention the Norm. **International Journal for the Semiotics of Law**. v. 5, n. 10, p. 45-60, 1991.

_____. Rhetorisches Seismogramm: eine neue Methode in der Rechtswissenschaft. **Juristenzeitung**, v. 47, n. 5, p. 231-237, 1992.

STANOVICH, Keith E. **Rationality e the reflective mind**. New York: Oxford University Press, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciencia?. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo S. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?. In.: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. **Novas Fronteiras da Teoria do Direito**: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014.

SUNSTEIN, Cass; HASTIE, Reid. **Wiser**: getting Beyond Groupthink to make groups smarter. Boston: Harvard Business Review Press, 2015.

SUNSTEIN, Cass et al. **Are Judges Political?**: An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

TAMANAH, Brian Z. **Beyond the Formalist-Realist divide**: the role of politics in judging. Princeton: Princeton University Press, 2010.

TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. Judicial Decision-Making: a Behavioral Perspective. In.: TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal (Eds.). **Behavioral Economics and the Law**. Oxford: Oxford University Press, 2014.

TETLOCK, Philip E. Accountability: the neglected social context of judgment and choice. **Research in Organizational Behavior**, v. 7, p. 297-332, 1985.

VERMEULE, Adrian. **Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation**. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo social**, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Brasília: Dep. de Imprensa Nacional, 1979.

WRIGHTSMAN, Lawrence S. Persuasion in decision making of US Supreme Court Justices. In.: KLEIN, David; Mitchell, Gregory. **The Psychology of Judicial Decision Making**. London: Oxford University Press, 2010.

Correspondência | Correspondence:

Ricardo de Lins e Horta

Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania, Ministério da Justiça, Bloco T, Anexo I, Esplanada dos Ministérios, CEP 70.064-901. Brasília, DF, Brasil. Fone: (61) 2025-3587.

Email: ricardolinshorta@gmail.com

Recebido: 05/01/2016.

Aprovado: 28/04/2016.

Nota referencial:

HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 18, n. 2, p. 151-193, maio/ago. 2016. Quadrimestral.