

DO REALISMO JURÍDICO À REALIDADE CONTEMPORÂNEA: PONDERAÇÕES SOBRE UMA FOLHA DE PAPEL ELÁSTICA

FROM LEGAL REALISM TO CONTEMPORARY REALITY: WEIGHTS ON A SHEET OF ELASTIC PAPER

Leonardo Bellini de Castro

Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito Constitucional pela PUC-SP. Promotor de Justiça do Estado de São Paulo.

RESUMO

As escolas de pensamento formalista e realistas vem disputando terreno filosófico explicativo acerca dos motivos determinantes da decisão judicial há décadas. A conflagrada disputa teórica, que então se desenvolvia essencialmente no âmbito da filosofia jurídica, vem ganhando aportes interdisciplinares de pesquisas empíricas da psicologia, economia e ciências políticas, ressuscitando, então, o pensamento realista que apregoava a existência de fatores extrajurídicos influenciadores do processo de tomada de decisão. Propõe-se, portanto, um resgate dos argumentos em debate e a absorção dos empiricamente comprovados fatores extrajurídicos com vistas a reformatação das perspectivas contemporâneas acerca do processo decisório com a crítica de sua racionalidade.

Palavras-Chave: Formalismo e Realismo Jurídico; Teorias da Decisão Judicial; Fatores extrajurídicos e decisão judicial.

ABSTRACT

The formalist and realist schools of thought have been contesting philosophical explanatory ground on the determining motives of the judicial decision for decades. The conflagrated theoretical dispute, which then developed essentially within the juridical philosophy, has been gaining interdisciplinary contributions of empirical researches from psychology, economics and political sciences, resurrecting, then, the realistic thought that proclaimed the existence of extra juridical factors influencing the process of decision-making. It is proposed, therefore, a rescue of the arguments in debate and the absorption of the empirically proven extra-juridical factors with a view to reformatting the contemporary perspectives on the decision-making process with the criticism of its rationality.

Keywords: Formalism and Realism Legal; Theories of Judicial Decision; Extra-legal factors and court decision.

1.INTRODUÇÃO

Acirrados debates entre escolas de filosofia do direito têm procurado determinar as referências efetivamente determinantes para o processo decisório de Juízes e Tribunais.

A nosso juízo, tal debate resgata em termos mais particularizados aquele travado ao longo dos séculos pela filosofia política que buscava determinar o melhor governo, se o regido pelas leis ou o regido pelos homens.

Com efeito, consoante nos noticia Bobbio, enquanto a primazia da lei protege o cidadão de eventuais arbitrariedades do governante, a primazia do homem protege o cidadão da aplicação cega e, por vezes, indiscriminada da norma geral. Em suma, o governo dos homens pressupõe o bom governante, ao passo que o governo das leis pressupõe as boas leis (Bobbio, 1986).

É certo que prevaleceu, não sem profundas razões históricas, o discurso que tinha nas leis o melhor instrumento para a proteção do homem, o que deu origem ao atual Estado de Direito, por meio do qual há absoluta subordinação de todo e qualquer processo decisório estatal aos cânones estabelecidos na Constituição e nas Leis.

Um refinamento político-jurídico veio posteriormente à lume a partir de Montesquieu, que então propunha que as leis deveriam ser criadas e aplicadas por órgãos diferentes em um sistema de freios contrapesos orientado a aplacar a arbitrariedade ínsita à concentração de poder (1748).

Nessa mitologia política inaugurada pela modernidade, as decisões legislativas precisavam ser descritas como expressões da soberania do povo derivada de um processo idealizado de representação, ao passo que as decisões judiciais precisavam ser descritas como aplicações das normas vigentes, impostas por meio de procedimentos impessoais de interpretação (Horta; Costa, 2017).

Noutra medida, a discussão passou a ganhar tomo com a análise jurídico-filosófica do processo decisório dos juízes, em especial se efetivamente estão ou deveriam estar jungidos à disciplina legal em todos os seus aspectos e circunstâncias.

Ou seja, a discussão de filosofia política que antes se travava com vistas a conter a arbitrariedade dos governantes, tendo como paradigma a lei, passou a se desenvolver no âmbito da filosofia jurídica, tendo como pano de fundo o questionamento da lei como mecanismo efetivamente apto a conter às idiosincrasias dos seus aplicadores.

Iniciou-se, assim, uma disputa filosófica que tem se refletido nas correntes de pensamento identificadas, primordialmente, como a dos realistas e formalistas (Guthrie; Rachlinski; Wistrich, 2007).

2. AS LINHAS DE PENSAMENTO ANTAGÔNICAS ACERCA DO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL - OS FORMALISTAS E OS REALISTAS

Para fins de bem pontuarmos a disputa entre os formalistas e realistas, calha notar que originalmente, ao menos em termos retóricos, o direito foi concebido e entendido em termos formalistas ou seja, como um sistema fechado, apto à produção de respostas prontas extraíveis do ordenamento jurídico, remanescendo, nessa senda, nenhum espaço criativo aos Juízes, que seriam meros reprodutores mecânicos do conteúdo normativo existente.

Em passagem que ficou clássica e denota o pensamento então vigente, Montesquieu, pontua que dos três poderes, o judiciário é de algum modo nulo, sendo os juízes não são mais que boca que pronuncia as palavras da lei, caracterizando-os como seres inanimados que não podem moderar nem a força e nem o vigor dos dispositivos legais (1748).

As práticas judiciais decisórias decorrentes da aplicação da lei, portanto, estariam infensas a liberdade criativa dos juízes e, assim, a seus gostos e opiniões pessoais, o que garantiria segurança jurídica aos cidadãos com a certeza da sua aplicação impessoal, sem subjetivismos potencializadores de arbitrariedades.

Tal modo de pensar o direito, característico dos séculos XVIII e XIX, encontrou suas expressões máximas nas concepções legalistas da interpretação e aplicação do direito, tendo entre seus adeptos expoentes da escola da exegese, na França, do pandectismo, na Alemanha e da escola analítica de Austin, na Inglaterra (Diniz, 2006).

A escola da exegese, que então reunia a quase totalidade dos juristas franceses à época do Código Napoleônico, e suas congêneres, apregoava que os métodos hermenêuticos deveriam se circunscrever à revelação da vontade da lei, tendo função substancialmente declaratória.

Seguia-se daí que o papel do julgador era um papel mecânico de lógica dedutiva, de modo que sua tarefa consistia basicamente na investigação do ordenamento jurídico com a conseqüente extração e declaração do conteúdo da norma jurídica (Diniz, 2006).

O direito, assim, se resumia a uma estrutura simétrica de proposições lógicas a partir do qual se determinava o acerto ou desacerto da decisão judicial com a mera checagem acerca da esmerada aplicação subsuntiva de acordo com um processo rigorosamente silogístico (Gilmore, 1961).

Em outros termos, ao juiz enquanto intérprete máximo da norma, cabia tão somente um papel metódico-analítico a ser desenvolvido nos planos gramatical, lógico e sistêmico, a partir do qual a ordenação dos preceitos revelaria os institutos jurídicos próprios de cada segmento temático e as consequentes decisões a serem daí extraídas (Reale, 2002).

O formalismo exegético evidenciava, portanto, a crença na possibilidade de um método dedutivo em um sistema destituído de lacunas e capaz de oferecer soluções prontas para problemas particulares de determinação jurídica.

Desse modo, a função judicial, ainda que em países de common law, consistia básica e unicamente na descoberta e não na criação do direito, direito esse que constava de leis, de normas declaradas nos precedentes judiciais e também dos princípios fundamentais da jurisprudência (Diniz, 2006).

Sem embargo dos relevantes aportes teóricos trazidos pelo formalismo exegético, o fato é que seus postulados não resistiram à evolução social e a constante mutação advinda da vida moderna, derivando daí uma plêiade de escolas interpretativas que questionaram seus dogmas a partir da constatação prática da inviabilidade de se resumir a vida a proposições fechadas e herméticas, já que essa se mostra rica, imprevisível e sujeita a uma miríade de contextos fáticos eventualmente não contemplados pelo ordenamento jurídico.

De igual modo, também a ambiguidade ínsita a linguagem constituiu ainda outro relevante fator a levar a questionamentos acerca da suposta falta de liberdade criativa ao juiz.

Assim é que, a completude do ordenamento jurídico, alardeada pelos formalistas, passou a ceder passo para inúmeras teorias que denunciavam a sua incompletude, de modo que o consequente espaço criativo dos juízes passou a ganhar terreno.

Além disso, o próprio referencial normativo dado antes como indisputável para a decisão, passou a ser questionado no sentido de se investigarem fatores outros de índole extrajurídica, que exerceriam também importante e fundamental influência no processo de construção da decisão.

3. O REALISMO NORTE AMERICANO E SUA CRÍTICA

O movimento jurídico realista se inicia e se desenvolve entre as décadas de 1920 e 1930 nos Estados Unidos da América, primordialmente nas Universidades de Yale e Columbia (Green, 2005).

Para essa linha de pensamento, a decisão judicial seria um mero mecanismo retórico de racionalização de decisão pessoal do julgador, a qual estaria sujeita mais a influências políticas, econômicas, ideológicas e psicológicas, do que propriamente ao ordenamento jurídico.

Coloca-se em xeque, nesse contexto, em uma perspectiva cética de caráter niilista, sistemas de axiomas e de teoremas, bem como os raciocínios indutivos e dedutivos, além da própria racionalidade ínsita ao ordenamento jurídico enquanto sistema de normas a partir da qual seriam extraídas as decisões.

Multifacetados e variados, portanto, seriam os fatores que conduziriam à tomada de decisões judiciais, as quais estariam jungidas em muito maior intensidade aos fatos do que as leis.

Fatores psicossociais de fundo consciente e inconsciente reveladores da ideologia e personalidade do Juiz, assim, teriam preponderância em relação aos textos jurídicos enquanto bússolas normativas para as decisões judiciais (Leiter, 2010).

Duas percepções dogmáticas dessa escola de pensamento disputaram a hegemonia acerca dos motivos determinantes das decisões judiciais. A idiossincrática, apregoada por Jerome Frank, buscava centrar as atenções no juiz como indivíduo, de modo que a decisão judicial seria resultado direto da sua personalidade, sendo o direito aquilo que ele pretendia que fosse (Godoy, 2013).

Tal ordem de ideias popularizou a proposição jocosa e, de certo modo sufragada por posteriores estudos psicológicos¹, de que o conteúdo da decisão judicial poderia variar de acordo com a refeição pelo juiz tomada no café da manhã.

¹ A propósito, ganhou enorme popularidade pesquisa levada a efeito por pesquisadores israelenses e americanos que decidiram testar o ditado de que “a justiça se resume ao que o juiz comeu no café da manhã”. Eles estudaram mais de 1.000 decisões de juízes israelenses que poderiam conceder ou não liberdade condicional a presos. O resultado foi surpreendente: os juízes foram mais tolerantes de manhã bem cedo (depois do café da manhã) e logo após o almoço. De acordo com as estatísticas colhidas, de manhã, no início de uma sessão de tribunal, 65% dos prisioneiros receberam uma sentença favorável. A sorte mudou para os prisioneiros conforme foi chegando a hora do almoço. Então, depois de um intervalo para refeição do meio-dia, as decisões favoráveis voltaram a subir para 65%.

Em outro espectro, o viés sociológico, idealizado por Karl Llewellyn, tinha em mira os fatos sociais como determinantes, pontuando que a despeito das personalidades individuais terem peso, o magistrado estaria mais ligado aos valores sociais e culturais de seu tempo (Godoy, 2013).

Ambas as percepções, no entanto, pontuaram o relativismo e a marca preponderantemente subjetiva das decisões judiciais, substancialmente marcada por aspectos psicológicos e sociais que efetivamente canalizariam os seus verdadeiros motivos.

Conforme nos noticia Godoy, o realismo jurídico deitou suas raízes no pragmatismo desenvolvido por Charles Sander Peirce e William James, apresentando-se como sua versão forense. Tal linha de pensamento filosófico, de viés relativista e experimental, transitava do vago ou abstrato para o definido ou concreto (Godoy, 2013).

Para James, por exemplo, o senso comum de um homem significa o seu bom julgamento, algo que remontaria à experiência reflexiva de nossos ancestrais (Godoy, 2013).

Na mesma linha, John Dewey associou definitivamente o pragmatismo a concepções instrumentalistas e experimentalistas, aduzindo que o instinto, por vezes, é preferível em detrimento da deliberação racional². Para Dewey, a reflexão jurídica, que deveria investigar aspectos ônticos do direito, ao fim e ao cabo havia se reduzido à investigação de seus aspectos deônticos (Godoy, 2013).

A problematização do direito, portanto, deveria imbricar as correlações entre as atividades políticas e econômicas, além de aspectos psicológicos, com as decisões jurídicas, já que essas se produzem em um ambiente social concreto e não em um vácuo anódino e insípido.

Oliver Wendel Holmes, de sua vez, lançou as bases fundamentais do realismo ao colocar ênfase na experiência do direito vivo, rejeitando-se as operações lógico-silogísticas que permeavam o formalismo.

Pontuou, assim, que para se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual tendência tem açambarcado, consultando-se, alternativamente, a história e as teorias jurídicas existentes. O direito, assim, não é lógica e sim experiência (Gilmore, 1961).

² Ideia que será posteriormente desenvolvida com temperamentos, entre outros, por Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich, em uma perspectiva mais voltada a análise psicológica da decisão, in "*Inside the Judicial Mind*" (2001). Cornell Law Faculty Publications. Paper 814.

Na mesma linha, é de Roscoe Pound o apontamento da diferença entre o direito que há nos livros e o direito que se desdobra na vida real (*the law in books and the law in action*), questionando-se o dogma da objetividade racional e prospectiva que se atribuía ao direito (Godoy, 2013).

Pound propunha, portanto, um estudo de como o direito efetivamente funciona com o conseqüente reconhecimento dos elementos irracionais, ilógicos e subjetivos nas suas instâncias reais, enfatizando-se, assim, a necessidade de sua leitura a partir da psicologia (Godoy, 2013).

Benjamin Cardozo, de seu turno, dessacraliza o magistrado, ao pontuar sua essência humana, alguém que pode ver as coisas tão objetivamente quanto possível, mas não com outros olhos exceto com os seus próprios, o que também acaba por indicar as bases voluntaristas e subjetivas das decisões judiciais (Apud, Godoy, 2013).

Em suma, uma teoria da decisão, na perspectiva realista, reconhece que o ordenamento jurídico é indeterminado, cheio de lacunas e contradições, havendo exceções para praticamente toda regra e princípio. O direito para os realistas, portanto, é aquele em movimento, aquele produzido por juízes e tribunais (Gilmore, 1961).

Essa visão desafia direta e centralmente os dogmas de uma justiça neutra, objetiva e imparcial defendida pelo formalismo jurídico, pontuando a atitude essencialmente empírica dos juízes, que se orientariam para decisões apriorísticas fundada nos fatos com a conseqüente racionalização jurídica levada a efeito apenas em momento subseqüente com vistas a uma legitimação essencialmente retórica.

Acerbas críticas foram dirigidas ao pensamento realista, o que levou o movimento a um estado de dormência latente, sendo as mais contundentes as formuladas por Hart.

Com efeito, Hart pontuava que, ainda que todo sistema jurídico tenha expressões gerais, conceitos indeterminados, anomias e congêneres que admitam algum grau de discricionariedade judicial, as respostas judiciais sempre devem ter algum referencial normativo baseado em normas gerais ou mecanismos propriamente jurídicos para a colmatação de suas lacunas (Hart, 1961).

Ademais, ainda que os juízes sempre cheguem a decisões de forma intuitiva e só posteriormente escolham em um catálogo normativo as disposições a aplicar, a maior parte dessas decisões derivam de um autêntico esforço de obedecer a padrões normativos (Hart, 1961).

Nesse contexto é que, ainda que haja uma certa indeterminação nas leis e os juízes por vezes julguem com fundamento em considerações não jurídicas, a indeterminação jurídica se mostra marginal e não substancial em todo o seu conteúdo.

Pontua-se, assim, que o ceticismo realista em sua essência fundamental espelha uma espécie de absolutismo frustrado pela negativa pura e simples de referenciais normativos para decisões judiciais, o que não se coaduna com o próprio processo de legitimação das posições funcionais dos juízes, processo esse essencialmente jurídico (Hart,1961).

Enfatiza-se, portanto, que a se assimilar como juridicamente aceitável que a construção jurídica realista se mostre legítima, ou seja, aquela derivada unicamente de uma opção pessoal do julgador, estar-se-á a sufragar um voluntarismo judicial que se aproxima do despotismo monárquico de Luís XIV quando anunciou “O Estado sou eu”.

Nesse contexto, as abordagens realistas da decisão judicial abririam espaço para o decisionismo arbitrário, considerando como válidas ou aceitáveis quaisquer decisões sem quaisquer parâmetros racionais de aceitabilidade e adequação dessas respostas a referenciais normativos.

As críticas em epígrafe, como dito, levaram a uma espécie de rejeição generalizada do realismo jurídico, que, no entanto, voltou a ganhar força a partir de estudos empíricos advindos da Psicologia Cognitiva e Social, da Ciência Política e da Economia Comportamental, que investigam como os fatores extrajurídicos influenciam e constroem o processo de tomada de decisão judicial (Horta; Costa, 2017).

4. DO RENASCIMENTO DO REALISMO JURÍDICO E SUAS PERSPECTIVAS

Como dito, os aportes extrajurídicos que têm fornecido material teórico relevante para o realismo jurídico em sua vertente contemporânea são advindos, primordialmente da ciência política, economia e da psicologia.

Certo é que, nos Estados Unidos da América, ao menos desde a década de 1940, cientistas políticos têm se dedicado a investigar os aspectos ideológicos inerentes às decisões judiciais da Suprema Corte, havendo inúmeros estudos que relacionam a linha democrata ou republicana com a qual se alinha o magistrado com o teor das decisões proferidas (Horta; Costa, 2017).

De fato, em território estadunidense é tido como natural que as linhas político-ideológicas dos juízes tenham influência no resultado dos julgamentos levados a efeito pela Suprema Corte, sendo essa uma questão amplamente debatida para além dos bancos acadêmicos, havendo o envolvimento ativo dos meios de comunicação de massa.³

No Brasil, alguns estudos já têm despontado com vistas à investigação da influência de aspectos ideológicos nas decisões dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A esse propósito, Patrícia Perrone Campos Mello promoveu interessante investigação acerca da linha ideológica e do background dos Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Brito e Gilmar Mendes e de como tais aspectos influenciaram suas decisões em temas ideologicamente carregados como uniões homoafetivas, contribuição previdenciária de inativos, lei de imprensa e pesquisas com células tronco (Mello, 2015).

O estudo de Mello acima referenciado ainda pontuou volatilidade no *self restraint* das decisões, especialmente quando envolvidos temas de interesse ideológico dos Ministros, fato que pontuou especialmente em relação às decisões do Ministro Gilmar Mendes (Mello, 2015).

O fato é que tais estudos empíricos de índole ideológica, que vem se multiplicando mundo afora, consolidaram os chamados “modelos atitudinais”, que apregoam que as preferências político-ideológicas são efetivamente determinantes sobre a forma como os juízes decidem.

O modelo atitudinal propõe que, diante de alternativas de ação, os juízes, como atores políticos que são, irão escolher aquelas que irão produzir resultados políticos ou econômicos em linha de adequação com a sua própria perspectiva ideológica (Ribeiro; Arguelhes, 2013).

Não faz, assim, sentido incorporar o direito como restrição ao modelo atitudinal, na medida em que tal modelo procura explicar o comportamento de juízes acerca de casos em que diversas alternativas de resolução seriam possíveis – liberais ou conservadoras.

³ A propósito, basta conferir as inúmeras matérias jornalísticas produzidas acerca do impacto da morte do Justice Antonin Scalia's, apontado como de linha republicana, ou seja, mais alinhado a pautas conservadoras, e os potenciais impactos nos julgamentos da Suprema Corte em temas como aborto, corrupção, imigração, ações afirmativas, pena de morte, porte de armas, direito juvenil, métodos contraceptivos, sindicatos etc. Para uma breve consulta, consultar, <https://www.nytimes.com/interactive/2016/02/14/us/politics/how-scalias-death-could-affect-major-supreme-court-cases-in-the-2016-term.html>.

Dáí porque, o modelo atitudinal teria incidência justamente em casos difíceis, ou seja, aqueles para os quais precedentes e normas existentes não oferecem resposta jurídica determinável.

Pontua-se, no entanto, que apesar dessa liberdade decisória inerente à abertura dos textos normativos, os juízes não agem em um vácuo institucional, já que suas escolhas dependem das “regras do jogo”, ainda que vistas em uma perspectiva informal, e, por outro, das situações fáticas apresentadas e que reclamam a decisão (Ribeiro; Arguelhes, 2013).

Interessante observar, outrossim, que em uma perspectiva institucional, a maior abertura decisional se oferece aos membros da Corte Suprema, já que no ápice estrutural do Poder Judiciário são oferecidos menores incentivos ou mecanismos para o exercício do *self-restraint*.

Entre os fatores que evidenciam a maior abertura decisional para as Supremas Cortes se destacam o controle da agenda, já que os próprios juízes determinam os casos a serem levados a julgamento, os quais podem estar alinhados à pauta político-ideológica que pretendem impor, ausência de *accountability* eleitoral e política, já que são titulares de cargos vitalícios e não se submetem a controle de suas decisões por outros órgãos ou pela população em eleições periódicas, ausência de ambição profissional, na medida em que já ocupam o cargo localizado no vértice da estrutura organizacional do Estado, bem como pelo fato de suas decisões, enquanto órgão colegiado, não estarem sujeitas a recurso judicial (Ribeiro; Arguelhes, 2013).

Esse modelo atitudinal, portanto, gozou e goza de grande prestígio na discussão de cientistas políticos e permitiu, alhures, um olhar razoavelmente preciso sobre a dinâmica dos votos na Suprema Corte Americana, sendo que pode apontar, ainda que de forma aproximada e especulativa, a posição de determinados Ministros do Supremo Tribunal Federal no Brasil, já que por aqui os estudos são ainda relativamente embrionários.

Outro dado extrajurídico que tem sido considerado em relação a tomada de decisões se refere aos assim chamados “modelos estratégicos”. Na perspectiva estratégica, fatores como, satisfação no trabalho, tempo livre para o lazer, reputação e prestígio, e o prospecto de promoção com incremento remuneratório são também dados relevantes a determinar o conteúdo de decisões judiciais.

Variados estudos norte-americanos envolvendo o paradigma estratégico, têm sugerido, por exemplo, que um juiz não leva em conta apenas sua preferência político-

ideológica ao decidir num determinado sentido, mas também o risco de ter sua decisão revertida em tribunais superiores, ou de ser derrotado no colegiado que integra, antes de pautar a causa (Ribeiro; Arguelhes, 2013).

Os resultados também indicam que há uma predisposição generalizada de se evitar a divergência, seja para não se indispor com seus colegas de trabalho, seja para evitar a tarefa de precisar redigir um longo e fundamentado voto divergente (Ribeiro; Arguelhes, 2013).

Em outra perspectiva, além de questões político-ideológicas e estratégicas carregarem, inequivocamente, o teor de decisões judiciais, tal qual propõem os modelos atitudinal e estratégico, também questões psicológicas impõem forte peso na determinação do resultado de determinados julgamentos, como bem tem revelado inúmeros estudos empíricos já produzidos.

Nessa linha, estudos psicológicos desenvolvidos *Daniel Kahneman* acerca das “heurísticas” e dos “vieses”, vem revolucionando substancialmente a perspectiva contemporânea acerca da racionalidade do processo decisório em geral, incluindo aí o processo decisório judicial (Kahneman, 2012).

O modelo sugerido por Kahneman questiona a racionalidade supostamente ínsita a um processo decisório, pontuando inúmeras variáveis que podem influenciar a tomada da decisão, tais como premência de tempo, informação incompleta e recursos mentais escassos, o que conduz a adoção de palpites e intuições.

Assim, em um processo de conservação de energia natural, ao invés de se processar exaustivamente toda a informação disponível, humanos se valem de “atalhos cognitivos”, nominados de “heurísticas”, o que conduz a uma série de desvios sistemáticos nominados de “vieses” (Kahneman, 2012).

As descobertas científicas de Kahneman têm levado a estudos complementares acerca do processo decisório em inúmeras áreas, incluindo aí o direito e os processos decisórios dos Juízes.

Com efeito, estudos empíricos têm demonstrado que Juízes estão sujeitos a vieses cognitivos derivados de suas heurísticas, ou seja, dos atalhos mentais utilizados para a facilitação da decisão.

Nessa linha, alguns pesquisadores promoveram estudos que demonstraram que juízes estão sujeitos a heurísticas de “ancoragem”, “inferências estatísticas” e ao “viés retrospectivo” (Jeffrey; Rachlinsk; Wistrich, 2007).

Em um desses estudos relativos à ancoragem, os juízes, ao avaliar se o montante devido numa indenização é justo, estão sujeitos ao efeito da sugestão feita pelo demandante em relação ao montante a ser pago, de modo que, se o valor pedido é maior, a indenização concedida tende a ter esse valor como paradigma, e vice-versa (Jeffrey; Rachlinsk; Wistrich, 2007).

Outro exemplo de ancoragem, esse de natureza substancialmente aleatória, nos é dado pelo próprio Kahnemam que exemplifica com o caso de Juízes alemães que primeiro liam a descrição de uma mulher que fora detida por furto em lojas, depois lançavam dois dados que haviam sido adulterados de modo a dar sempre 3 ou 9.

Nesse experimento, os juízes eram instruídos a especificar a exata sentença de prisão que dariam à mulher. Em média, os que haviam rolado um 9 no dado diziam que iriam sentenciá-la a oito meses; os que obtinham um 3 diziam que iriam sentenciá-la a cinco meses, o que determinou o efeito de ancoragem na ordem de 50% (Kahneman, 2012).

No que se refere às inferências estatísticas, os juízes tendem a negligenciar informações acerca da frequência acerca da ocorrência de uma categoria de eventos, fenômeno conhecido como negligência em relação à taxa de referência.

Tal constatação levou à conclusão de que a negligência em relação a dados estatísticos com a superestimação da probabilidade de ocorrência de um evento saliente, pode levar a erros de julgamento relevantes, tais como em casos envolvendo o reconhecimento de negligência e conseqüente necessidade de pagamento de eventual indenização (Guthrie; Rachlinski; Wistrich, 2007).

Se constatou, ainda, que os juízes estão sujeitos ao “viés retrospectivo”, que é a inclinação, após a ocorrência do evento, de o ver como previsível a despeito da inexistência de razões objetivas para tanto. Segundo as pesquisas empreendidas, tal viés influencia a concessão de mandados de busca e apreensão e também as próprias decisões ante a perspectiva do potencial julgamento pelo tribunal (Guthrie; Rachlinski; Wistrich, 2007).

CONCLUSÕES

A despeito do reconhecimento de que os juízes atingem suas decisões, na maior parte dos casos, em função de referências factuais e legais, não há como negar que o

sistema intuitivo, derivado de processos psicológicos por vezes inconscientes, conduz e orienta decisões judiciais.

De outra senda, também tem se tornado cada vez mais comum o reconhecimento de que fatores ideológicos e estratégicos tem relevante papel nas decisões judiciais, conclusão que vem ganhando corpo em variados outros estudos empíricos.

Nesse contexto, a perspectiva realista, que por largo período permaneceu esquecida, vem ganhando novo fôlego com estudos que evidenciam os multifacetados fatores extrajurídicos influenciadores da tomada de decisão.

Na contemporaneidade, porém, alguns autores propõem uma superação da visão dicotômica formalista/realista com vistas a construção de uma teoria da decisão balanceada que reconheça as falhas e limitações inerentes à indeterminação do Direito, bem como a consciência de que juízes, às vezes, manipulam o material normativo influenciados por visões políticas e morais e por seus vieses pessoais (Horta; Costa, 2017).

Surgem daí a motivação decisória e o escrutínio público acerca dos julgamentos como relevantes mecanismos a tornar as decisões mais em linha de adequação com as diretrizes normativas e as consequentes expectativas sociais.

Assim, a despeito do ceticismo inerente à visão realista, propõe-se o reconhecimento que as regras jurídicas funcionam apesar disso e que juízes cumprem e aplicam o Direito quando constrangidos por fatores práticos, sociais e institucionais (Horta; Costa, 2017).

Daí porque, estamos com Horta e Costa quando pontuam que os processos inerentes à decisão judicial de descoberta e justificação devem se articular de forma dinâmica, funcionando a justificação como instrumento de contenção de processos intuitivos e ideológicos que poderiam ser operados em sua plenitude acaso inexistissem tais mecanismos (2017).

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*; tradução de Marco Aurélio Nogueira. — Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 18 ed. rev. e atual. — São Paulo: Saraiva, 2006.

GILMORE, Grant, *Legal Realism: Its Cause and Cure* (1961). Faculty Scholarship Series. Paper 2680. http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2680.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Introdução ao Realismo Jurídico Norte-Americano*. Brasília: edição do autor, 2013.

GREEN, Michael Steve, *Realism as Theory of Law*, 46 Wm. & Mary L. Rev. 1915 (2005), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol46/iss6/2>.

GUTHRIE, Cris; RACHLINSKI, Jeffrey, WISTRICH, Andrew J., *Blinking on the bench: how judges decide cases*, Cornell Law Review, Vol. 93:1, 2007.

HART, H.L.A., *O Conceito de Direito*, 1ª ed., tradução de Marcelo Brandão Cipolla, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HORTA, Ricardo de Lins; COSTA, Alexandre Araújo, *Das teorias da interpretação à teoria da decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial*, Revista Opinião. Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.271-297, jan./jun. 2017.

LEITER, Brian. *Legal Formalism and Legal Realism: What Is the Issue?* University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper, No. 320 (2010).

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Comportamento ideológico e estratégico no Supremo Tribunal Federal*. In: SARMENTO, Daniel. *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro : Forense, 2015, p. 273-310.

MONTESQUIEU. Barão de. *Do espírito das leis*. tradução de Jean Melville, São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*, tradução de Cássio de Arantes Leite. - Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*, 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

RIBEIRO, Leandro Molhano Ribeiro, ARGUELLES, Diego Werneck, *Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro*, Revista Direito e Práxis Vol. 4, n. 7, pp. 85-121, 2013.