Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Pierre Oliveira Batista Saidler

O mito da racionalidade plena:

um estudo sobre o pensamento intuitivo e os vieses cognitivos no processo de tomada de decisão judicial

Rio de Janeiro

2020

Pierre Oliveira Batista Saidler

O mito da racionalidade plena:
um estudo sobre o pensamento intuitivo e os vieses cognitivos no processo de tomada de decisão judicial

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Rio de Janeiro

2020

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

S132 Saidler, Pierre Oliveira Batista.
O mito da racionalidade plena: um estudo sobre o pensamento intuitivo e os vieses cognitivos no processo de tomada de decisão judicial / Pierre Oliveira Batista Saidler - 2020.
342 f.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Juízes - Decisões - Teses. 2. Razão prática - Teses. 3. Heurística - Teses. I. Pessanha, Rodrigo Brandão Viveiros. II. Universidade do Estado do. Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.95

Bibliotecária: Angélica Ribeiro CRB7/6121

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

Pierre Oliveira Batista Saidler

O mito da racionalidade plena: um estudo sobre o pensamento intuitivo e os vieses cognitivos no processo de tomada de decisão judicial

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovada em 14 de abril de 2020.

Banca Examinadora: _____

Prof. Dr. Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha (Orientador)

Faculdade de Direito - UERJ

_____

Prof.ª. Dra. Jane Reis Gonçalves Pereira

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Fernando Angelo Ribeiro Leal

Fundação Getúlio Vargas

Rio de Janeiro

2020

DEDICATÓRIA

Este trabalho é dedicado à minha família. À minha mãe (in memoriam), meu pai, meu irmão e à minha esposa, por me darem o amor, sem o qual eu nada seria.

AGRADECIMENTOS

O momento dos agradecimentos é, ao mesmo tempo, um dos mais importantes e dificultosos de qualquer trabalho acadêmico. É importante porque demanda a humildade de reconhecer que ninguém realiza nada de significativo exclusivamente sozinho. Por detrás de cada página, há sempre o apoio de incontáveis pessoas. Dificultoso porque, por serem muitos e indeterminados os momentos de apoio, é sempre impossível agradecer a todos que, de alguma forma, tenham contribuído com este momento.

Feita essa ressalva, agradeço, sempre em primeiro lugar, à minha família: à minha mãe (*in memoriam*), Nadia; ao meu pai, Pierre; ao meu irmão, Matheus; e à minha esposa, Tereza Cristina. Agradeço a eles por cada palavra de apoio, por me darem o seu amor incondicional e por estarem sempre presentes na minha vida, acompanhando e comemorando cada um de meus passos ao meu lado. Realizar uma pesquisa acadêmica é um enorme desafio, e seria impossível trespassá-lo sem o suporte emocional das pessoas que eu amo. Em relação aos meus pais, agradeço, ainda, por toda a educação que recebi. Se hoje estou concluindo um mestrado em uma instituição prestigiada como a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), é porque, no aspecto da educação, vocês, meus pais, tiveram sucesso.

Agradeço ao meu orientador, Professor Doutor Rodrigo Brandão Viveiros Pessanha, por ter me acolhido como seu orientando, e por se mostrar disponível nas oportunidades em que eu lhe solicitei. Deve ser ressaltado que, diante de um trabalho com um tema pouco ortodoxo no Direito, é preciso coragem para assumir o papel de orientador. A ele, portanto, deixo a minha admiração e o meu agradecimento. Nesta mesma toada, agradeço à Professora Titular Ana Paula de Barcellos por todos os importantes comentários e observações realizados por ocasião do exame de qualificação. Cada um deles foi essencial para que este trabalho pudesse ganhar em utilidade, coerência e cientificidade.

Meu muito obrigado, desde já, à Professora Doutora Jane Reis Gonçalves Pereira e ao Professor Doutor Fernando Angelo Ribeiro Leal pela disponibilidade em participar da banca de defesa desta dissertação. Com toda a certeza, o enorme conhecimento de ambos contribuirá muito para o meu desenvolvimento acadêmico e para o resultado final do trabalho.

Agradeço, ainda, a todos os Professores com quem tive aula ao longo desses dois anos de pesquisa, o que abrange nomes como Luís Roberto Barroso, Daniel Sarmento, Rodrigo Brandão, Alexandre Santos de Aragão, José Vicente de Mendonça, Gustavo Siqueira e Marcos

Chein. Todos eles agregaram à minha formação elementos que eu levarei comigo para o resto da minha vida acadêmica.

Obrigado ainda ao Laboratório de Regulação Econômica da UERJ (UERJ Reg.), projeto de extensão com o qual eu pude contribuir por cerca de 1 ano e meio durante o Mestrado. Participar de eventos como a I Olimpíada Nacional de Direito Administrativo e a I Olimpíada Estadual de Direito Administrativo foram essenciais para a minha formação como acadêmico. Agradeço, portanto, na pessoa de seu coordenador, o Professor José Vicente de Mendonça, a todos os integrantes do UERJ Reg., pela oportunidade de colaborar com o projeto.

Não posso deixar de agradecer a cada um dos discentes da UERJ, mestrandos e doutorandos, que cursaram disciplinas ou integraram grupos de pesquisa comigo. A troca de aprendizado e de experiências foi extremamente profícua. A UERJ possui, de fato, essa inestimável aptidão de reunir pessoas inteligentes e dedicadas para debater assuntos complexos e interessantes. Nada seria mais engrandecedor!

Serei, também, por isso, para sempre grato à Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Em 2007, com apenas 18 anos, ingressei pela primeira vez nos prédios da UERJ e, naquele momento, não tinha a ideia de que as suas salas de aula seriam tão importantes para a minha formação, como pessoa e como eterno estudante do Direito. Hoje, em 2020, concluo mais um ciclo acadêmico nesta que considero como uma segunda casa.

Finalmente, agradeço a todas as pessoas que, não citadas nominalmente nestas páginas, abdicaram, ainda que minimamente, de seu próprio tempo para me ajudar, pois deve haver gratidão não apenas perante grandes atos, mas também diante das mãos que nos preparam o café e do labor das pessoas que limpam o caminho sobre o qual transitamos. Momentos de agradecimentos como este servem também para isso: para não nos permitirmos esquecer de que, mal ou bem, as nossas conquistas não são apenas nossas; nossos caminhos e destinos não são traçados unicamente por nossas pernas e braços; nossos méritos não são apenas nossos. Quero, enfim, que as pessoas que me ajudaram a chegar até aqui saibam que elas não são meras expectadoras desta conquista, pois esta também pertence a cada uma delas.

Intuition plays a major role in judicial as in most decision making[1].

Richard A. Posner

[Os] aspectos subliminares de tudo o que nos acontece parecem ter pouca importância em nossa vida diária [...] [mas] se constituem nas raízes quase invisíveis dos nossos pensamentos conscientes[2].

Carl Jung

[1] POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010, p. 107.

[2] JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos* (tradução de Maria Lúcia Pinho). 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1969, p. 43.

RESUMO

SAIDLER, Pierre Oliveira Batista. *O mito da racionalidade plena*: um estudo sobre o pensamento intuitivo e os vieses cognitivos no processo de tomada de decisão judicial. 2020. 342 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

Os últimos séculos têm sido profícuos com relação ao desenvolvimento de teorias normativas da decisão judicial. Todas elas pressupõem, contudo, que a decisão judicial seja um produto de plena racionalidade humana. Esta pesquisa busca demonstrar que, com o desenvolvimento das ciências comportamentais ao longo das últimas décadas, comprovou-se que a racionalidade humana plena e constante é um mito. Cada vez mais, tem-se reconhecido o importante papel que o pensamento intuitivo desenvolve nos processos de tomada de decisão dos seres humanos. Assim, assiste razão, ainda que apenas parcialmente, à afirmação de alguns juristas e movimentos jurídicos no sentido de que os juízes primeiramente descobrem a sua decisão por intuição e, apenas após, a fundamentam mediante argumentos racionais. Seguindo essa linha, analisar-se-ão diversos estudos empíricos, desenvolvidos em diversas partes do mundo, sobre como há vieses e heurísticas no pensamento humano que afetam a tomada de decisão, inclusive a judicial, conforme demonstrado por pesquisas voltadas especificamente para o comportamento judicial. Ao final, serão analisadas algumas estratégias para a redução dos referidos vieses, ressaltando-se inclusive o fato de que conscientizar os magistrados acerca da existência desse problema é um primeiro passo para superá-lo.

Palavras-chave: Decisão judicial. Racionalidade. Ciências comportamentais. Heurísticas. Vieses cognitivos.

ABSTRACT

SAIDLER, Pierre Oliveira Batista. *The myth of full rationality*: a study concerning the intuitive thinking and the cognitive biases in the judicial decision-making process. 2020. 342 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

The last centuries have been fruitful in the development of normative theories of judicial decision. All of them presuppose, however, that the judicial decision is a product of a complete human rationality. This research seeks to demonstrate that, with the development of the behavioral sciences over the last decades, it has been proven that the existence of a complete and uninterrupted human rationality is a myth. The important role that intuitive thinking plays in human decision-making processes has been increasingly recognized. Thus, the hypothesis of some jurists and legal movements, which argued that judges first discover their decision by intuition and, in a second moment, they ground it on rational arguments, might be quite right, even if not entirely. Following this line, we will analyze several empirical studies carried out in different parts of the world on how biases and heuristics in human thought affect decision-making, including the one made by judges, as demonstrated by research focused specifically on judicial behavior. Finally, some strategies that can be used to reduce these biases will be analyzed, and it will be emphasized that a first step towards overcoming this problem might be raising the awareness of magistrates about its existence.

Keywords: Judicial decision. Rationality. Behavioral sciences. Heuristics. Cognitive biases.

RÉSUMÉ

SAIDLER, Pierre Oliveira Batista. *Le mythe de la pleine rationalité*: une étude sur la pensée intuitive et les biais cognitifs dans le processus décisionnel judiciaire. 2020. 342 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2020.

Les derniers siècles ont été fructueux en ce qui concerne l'élaboration de théories normatives de la décision judiciaire. Tous présupposent cependant que la décision de justice est le produit d'une totale rationalité humaine. Cette recherche vise à démontrer que, avec le développement des sciences du comportement au cours des dernières décennies, il a été prouvé que la rationalité humaine totale et constante est un mythe. De plus en plus, le rôle important que joue la pensée intuitive dans les processus décisionnels humains a été reconnu. Ainsi, l'hypothèse de certains juristes et mouvements légaux, selon laquelle les juges découvraient d'abord leur décision par intuition et, dans un deuxième moment, la justifient sur des arguments rationnels, peut-être raisonnablement correcte, bien que pas en totalité. Dans cette optique, nous analyserons plusieurs études empiriques, développées dans différentes parties du monde, sur les biais et les heuristiques inhérents à la pensée humaine qui affectent la prise de décision, notamment celui des juges, comme le démontrent des recherches spécifiquement axées sur le comportement judiciaire. Enfin, certaines stratégies visant à réduire ces biais seront analysées, et il sera souligné qu'un premier pas pour surmonter ce problème pourrait être de sensibiliser les magistrats à son existence.

Mots-clés: Décision judiciaire. Rationalité. Sciences du comportement. Heuristique. Biais cognitifs.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 15

1 **MARCO TEÓRICO: O SUBSTRATO CIENTÍFICO ESSENCIAL À COMPREENSÃO DO DEBATE** 22

1.1 **Introdução** 22

1.2 **A distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação das decisões judiciais** 22

1.2.1 Introdução à distinção entre os contextos 22

1.2.2 O contexto de descoberta e o contexto de justificação das decisões judiciais 25

1.3 **Os estudos sobre o comportamento judicial no Brasil e no exterior** 29

1.4 **A racionalidade humana e as ciências humanas e sociais** 33

1.4.1 Introdução 33

1.4.2 A racionalidade na economia neoclássica 38

1.4.3 Herbert A. Simon, o conceito de *bounded racionality* e a heurística do *satisficing* 44

1.4.4 A racionalidade humana na psicologia e os estudos sobre heurísticas e vieses 47

1.4.5 A economia comportamental (*Behavioral Economics*) 54

1.4.6 Da análise econômica do Direito (*Law & Economics*) à análise econômico-comportamental do Direito (*Behavioral Law & Economics*) 61

1.5 **O conceito do sistema dual de julgamento e de tomada de decisão como elemento central deste trabalho** 71

1.5.1 Introdução ao sistema dual de pensamento 71

1.5.2 O sistema dual e a neurociência 81

1.5.3 As duas formas de pensar e o Direito 86

2 **MANIFESTAÇÕES E PREOCUPAÇÕES TEÓRICAS ANTERIORES QUE TANGENCIARAM O TEMA** 87

2.1 **Introdução** 87

2.2 **O realismo jurídico norte-americano** 88

2.2.1 Introdução ao realismo jurídico norte-americano e a sua conexão com as premissas adotadas no presente trabalho 88

2.2.2 Os dois campos de estudo do realismo jurídico e os seus antecedentes teóricos 91

2.2.3 A origem do movimento 94

2.2.4 As suas principais características 97

2.2.4.1 O contexto de descoberta das decisões judiciais como objeto de estudo 97
2.2.4.2 A pretensão de empirismo na pesquisa jurídica 98
2.2.4.3 A interdisciplinaridade do Direito 100
2.2.5 As causas para a derrocada do movimento 101
2.2.5.1 O pecado do excesso por parte de alguns autores realistas e a crítica de Hart 101
2.2.5.2 O contexto sociopolítico desfavorável da época 105
2.2.5.3 A falta de coesão entre seus autores 106
2.2.5.4 A falta de demonstração prática do método científico defendido 106
2.2.6 Conclusões sobre o realismo jurídico norte-americano 108
2.3 **Aproximações a essas ideias por Ministros do STF** 108
2.4 **A literatura brasileira sobre desvios cognitivos nas decisões judiciais** 112
2.4.1 O artigo de Barbosa Moreira como antecedente desses estudos no Brasil 112
2.4.2 Obras que trataram dos vieses cognitivos nas decisões judiciais, ainda que este não fosse o seu objeto principal 115
2.4.3 Artigos específicos sobre vieses cognitivos nas decisões judiciais 120
2.4.4 Grupos de pesquisa e projetos universitários que estudam o tema 124
2.4.5 Livros específicos sobre os vieses cognitivos nas decisões judiciais 130
2.4.6 Conclusão acerca da literatura jurídica sobre o tema no Brasil 132
3 **AS DUAS FORMAS DE DECIDIR (INTUIÇÃO E DELIBERAÇÃO) E AS DECISÕES JUDICIAIS: CONCEITOS E ANÁLISE CRÍTICA** 134
3.1 **Introdução** 134
3.2 **O conceito de heurística** 135
3.3 **O conceito de viés cognitivo** 139
3.4 **Utilizar heurísticas para decidir é algo negativo?** 141
3.4.1 Introdução 141
3.4.2 Daniel Kahneman, Amos Tversky e os vieses cognitivos 142
3.4.3 Gerd Gigerenzer e a defesa da utilização das heurísticas 146
3.4.4 Nossa posição e os pontos em comum entre as posições 152
3.5 **Os juízes e o processo dual de decisão** 156
3.6 **A QUESTÃO DA EXPERIÊNCIA (*EXPERTISE*) E O PENSAMENTO INTUITIVO** 160
3.7 **Enfrentando algumas questões e críticas fundamentais ao que se defende neste trabalho** 167

3.7.1 Considerando o longo tempo de tramitação processual, os juízes brasileiros decidem realmente pelo Sistema 1? 167
3.7.2 Considerando que a maior parte das decisões judiciais é proferida em gabinete, e não em audiência, os juízes brasileiros estão sujeitos aos vieses cognitivos? 170
3.7.3 O fato de as minutas serem elaboradas, muitas vezes, por assessores, afasta a utilidade do presente estudo? 172
3.8 **Mecanismos gerais de diminuição dos vieses** 173
3.8.1 Introdução 173
3.8.2 A conscientização sobre os vieses e o comportamento contraintuitivo 175
3.8.3 O "compartilhamento" do processo decisório 178
3.8.4 Constrangimentos externos que induzem à revisão do julgamento intuitivo 180
3.8.5 A vigilância recíproca dos agentes que atuam no processo 181
3.8.6 Mecanismos de isolamento do tomador de decisão enviesado 183
3.8.7 O combate ao fenômeno do esgotamento do ego 184
3.9 **Conclusão** 184
4 **HEURÍSTICAS E VIESES ESPECÍFICOS NAS DECISÕES JUDICIAIS** 186
4.1 **Introdução** 186
4.2 **O esgotamento do ego** 186
4.2.1 No que consiste 186
4.2.2 Estudos empíricos sobre o esgotamento do ego nas decisões judiciais 188
4.2.3 Problemas jurídicos relacionados 189
4.2.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema 190
4.3 **O efeito de ancoragem** 191
4.3.1 No que consiste 191
4.3.2 Estudos empíricos sobre o efeito de ancoragem nas decisões judiciais 195
4.3.3 Problemas jurídicos relacionados ao efeito da ancoragem 201
4.3.3.1 A ancoragem na fixação de indenizações 201
4.3.3.2 A ancoragem na dosimetria da pena 202
4.3.3.3 A ordem de processos na pauta e o viés da ancoragem 203
4.3.3.4 O processo penal e a "prerrogativa" da defesa de falar por último 204
4.3.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema 206
4.4 **O viés retrospectivo** 208
4.4.1 No que consiste e quando ocorre 208
4.4.2 Estudos empíricos sobre o viés retrospectivo em júris simulados 213

4.4.3 Estudos empíricos sobre o viés retrospectivo em juízes togados 218
4.4.4 Problemas jurídicos relacionados ao viés retrospectivo 220
4.4.4.1 A previsibilidade do dano/resultado na responsabilização 220
4.4.4.2 O princípio da originalidade no Direito de propriedade industrial 222
4.4.5 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o viés retrospectivo 224
4.5 **O efeito halo** 227
4.5.1 No que consiste e demonstração empírica 227
4.5.2 Estudos empíricos demonstrando este desvio cognitivo em júris 232
4.5.3 Estudos empíricos demonstrando o efeito *halo* no Poder Judiciário 233
4.5.4 Problemas jurídicos relacionados ao efeito *halo* 237
4.5.4.1 A problemática da isonomia, inclusive social e econômica 237
4.5.4.2 A utilização de algemas ou "uniforme de preso" nas audiências 238
4.5.4.3 A credibilidade da testemunha ou do réu com "uniforme do Estado" 240
4.5.4.4 O princípio da identidade física do juiz 241
4.5.5 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema 241
4.6 **O viés de grupo** 243
4.6.1 No que consiste e quando ocorre 243
4.6.2 Estudos empíricos sobre o viés de grupo nas decisões judiciais 246
4.6.3 Questões jurídicas relacionadas ao viés de grupo 249
4.6.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema 250
4.7 **O efeito colegiado** 253
4.7.1 No que consiste 253
4.7.2 Importância e implicações jurídicas 260
4.8 **O efeito do enquadramento** 262
4.8.1 No que consiste e quando ocorre 262
4.8.2 Estudos empíricos sobre o efeito do enquadramento em júris e em juízes 270
4.8.3 Problemas jurídicos relacionados ao efeito do enquadramento 276
4.8.3.1 Os julgamentos com resultado variável em razão da aversão à perda (ex.: desconto de pontualidade *v.* encargos moratórios) 276
4.8.3.2 A manipulação dos magistrados em pedidos alternativos ou eventuais 278
4.8.3.3 A manipulação dos magistrados na fundamentação 279
4.8.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema 280
4.9 **O viés de confirmação** 281
4.9.1 No que consiste e quando ocorre 281

4.9.2 Estudos empíricos sobre o viés de confirmação nas decisões judiciais 288
4.9.3 Questões jurídicas ao viés de confirmação 292
4.9.3.1 O juiz que preside a audiência de custódia deve julgar o mérito? 292
4.9.3.2 As cautelares penais na fase investigatória e o juiz de garantias 296
4.9.3.3 As cautelares cíveis e a decisão de mérito 298
4.9.3.4 Viés de confirmação e decisões anuladas ou rescindidas 299
4.9.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema 300
4.10 **Conclusão** 301
CONCLUSÃO: OS JUÍZES COMO SERES HUMANOS 302
REFERÊNCIAS 307

INTRODUÇÃO

Toda pesquisa científica tem origem em uma inquietação, em um problema para o qual não existam soluções imediatas na literatura especializada[3]. Seguindo essa ideia, o presente trabalho possui um objetivo bem definido: questionar a forma por meio da qual os estudos acerca da tomada de decisão judicial adotam a racionalidade humana como premissa do processo decisório. Buscar-se-á analisar, em síntese, de forma multidisciplinar e descritiva, como os juízes utilizam, como qualquer outro ser humano, o pensamento intuitivo na tomada de decisões, e como isso pode sujeitá-los, por vezes, a desvios cognitivos em seu processo decisório. Abordar-se-ão, ainda, as situações em que essas ilusões são mais propensas de ocorrer, e quais medidas podem ser adotadas para mitigá-las.

Como se sabe, até a segunda metade do século XX, a premissa de que o agente escolhe de forma racional (em especial aquele que decide maximizando sua utilidade esperada) foi adotada com poucas contestações em diversas áreas do conhecimento, sobretudo na economia[4]. Além de muito utilizada para desenhar modelos microeconômicos, a *teoria da escolha racional* foi utilizada em diversas outros campos, como na sociologia e nas ciências políticas (em especial a partir do desenvolvimento dos estudos envolvendo *Public Choice*).

No âmbito jurídico, a premissa da racionalidade humana plena está presente de duas formas. Em primeiro lugar, ela está presente nos estudos acerca do comportamento do cidadão que é destinatário da norma, e que, portanto, fará, supostamente, uma análise racional acerca do custo-benefício de se adequar à conduta exigida em lei (custo de conformidade). Esse tipo de análise ganhou força a partir dos estudos de Gary Becker, que difundiu o raciocínio

---

[3] GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica***:** teoria e prática. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 06: "A definição mais simples de pesquisa poderia ser formulada como a procura de respostas para perguntas ou problemas propostos que não encontram soluções imediatas na literatura especializada sobre o assunto. Afirma-se, pois, que uma pesquisa científica origina-se sempre de uma *indagação*, de uma questão posta pelo pesquisador, sem solução imediata".

[4] Na economia, essa premissa dá origem à correlata *teoria da escolha racional*. Dentro desta teoria, encontra-se a premissa da maximização da utilidade esperada, que parte do pressuposto de que, individualmente, a escolha dos indivíduos será racional e buscará maximizar suas preferências. A soma desses dois fatores (racionalidade e busca por maximizar as preferências) refletiria, assim, o *homo economicus* do pensamento tradicional. Aqui, no entanto, não se estará a discutir a questão referente à maximização da utilidade esperada. O que se questiona é se, ainda que com esse propósito, o ser humano sempre decidirá de forma racional ou se, diante da dinamicidade da vida e da quantidade de decisões a serem tomadas, há mecanismos automatizados de tomada de decisão. Em outros termos, o principal foco deste trabalho é o estudo das limitações da racionalidade procedimental, e não da racionalidade substantiva, que pressupõe determinado conteúdo (a distinção entre racionalidade procedimental e substantiva será analisada no Tópico 2.4 deste trabalho).

econômico da época para diversas áreas do conhecimento, incluindo a jurídica[5]. Exemplificando o pensamento de Becker, tem-se que, para ele, o autor de um crime o comete após uma análise de custo-benefício que envolve, de um lado, os riscos de ser pego e a severidade da punição e, do outro, os benefícios advindos da prática da atividade criminosa.

Mas, além disso, a premissa de racionalidade permeia, de forma subjacente, todas as teorias normativas (e mesmo algumas das descritivas) da decisão judicial que tanto se desenvolveram ao longo dos últimos séculos. E este é o ponto que interessa a este trabalho.

Ao menos desde Savigny, a doutrina jurídica voltada à hermenêutica desenvolve técnicas cada vez mais sofisticadas de interpretação. A reaproximação do Direito e da Moral na segunda metade do século XX fez surgir construções teóricas como as de Ronald Dworkin, Robert Alexy e Herbert L. A. Hart, tornando o cenário da hermenêutica jurídica ainda mais complexo. Posteriormente, com a interdisciplinaridade do Direito com ramos como a Economia e a Ciência Política, surgiriam teorias normativas da decisão como a de Richard Posner; teorias descritivas com abordagem atitudinal, também chamada, muitas vezes, de modelo ideológico (Segal e Spaeth)[6]; e modelos de análise das decisões judiciais sob o ponto de vista estratégico-institucional (Epstein e Knight)[7].

Como se nota, muito já se desenvolveu sobre como os juízes decidem e como devem decidir, e as teorias que permeiam o tema são extremamente heterogêneas. A princípio, quase nada justificaria que todas essas teorias fossem mencionadas como exemplo de um mesmo fenômeno. Ocorre que, apesar de todas as diferenças, elas possuem algo em comum: todas tratam do juiz como um ser racional, que, com base no direito positivo ou em fatores extrajurídicos (que variam entre raciocínios econômicos, políticos ou mesmo estratégicos, mas sempre conscientes), delibera de forma complexa acerca de todos os problemas a ele

[5] BECKER, Gary S. The Economic Way of Looking at Life. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics***.** Working Paper No. 12, 1993. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/510/>. Acesso em: 08/09/2018.

[6] O modelo atitudinal parte do pressuposto de que os valores ideológicos do juiz (mais liberal ou mais conservador, por exemplo) influenciam diretamente o resultado de sua decisão. O trabalho de Jeffrey Segal e Harold Spaeth (*The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*) é referência sobre o tema, conforme amplamente reconhecido. Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes, além de abordar o modelo de forma didática, fazem uma crítica sobre o transplante do modelo atitudinal de forma acrítica para o Brasil (RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85–121, 2013).

[7] EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices judges make*. CQ Press, 1998.

apresentados, e, de forma racional, toma as suas decisões. E, justamente em razão dessa pressuposição, essas teorias cercam-se do risco de descolamento da realidade[8].

Talvez não fosse de se estranhar essa postura da doutrina jurídica. Afinal, até recentemente, a racionalidade humana era, de fato, o pressuposto básico de quase qualquer modelo científico pensado no âmbito das ciências humanas e sociais. Uma das poucas áreas científicas dedicadas a estudar igualmente os processos de pensamento irracionais ou inconscientes sempre foi a Psicologia, cujos estudos contrastavam com a visão que se tinha da racionalidade do ser humano na Economia.

Quanto a este ponto, cabe um esclarecimento, que será aprofundado de forma apropriada no tópico seguinte: embora as críticas ao modelo do *homo economicus* sejam bastante antigas, os economistas jamais afirmaram que o ser humano somente age de forma racional, nunca incorrendo em irracionalidades. Como leciona David K. Levine, em 1898, Thortein Veblen já criticava a pressuposição de racionalidade do homem nos modelos econômicos, mas a crítica é, de certo modo, infundada[9]. De fato, o modelo da escolha racional continuou a ser dominante nas ciências econômicas, mas não porque realmente se acreditava que o ser humano seria sempre racional, e sim pelas seguintes razões: (i) porque era o que se ordinariamente esperava do comportamento humano (e os modelos, como regra, são estruturados com base nos acontecimentos ordinários, e não nos extraordinários); (ii) porque

[8] Sobre o tema, a lição de Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro é bastante precisa, no sentido de que: "A construção de teorias normativas [...] é cercada por riscos permanentes. O principal deles é o de descolamento com a realidade. Por um lado, teorias normativas podem partir de diagnósticos imprecisos ou simplesmente falsos sobre o mundo. A realidade problemática que se pretende alterar por meio das prescrições da teoria, com outras palavras, pode ser completamente diferente daquela pressuposta pelo modelo teórico que ergue a pretensão de partir de uma descrição confiável do mundo. Recomenda-se, por exemplo, que o Judiciário deve ser sempre deferente a escolhas regulatórias em razão das suas reduzidas capacidades institucionais quando, no mundo real, o que se constata pode ser exatamente um déficit de capacidade institucional de certa Agência Reguladora (por não estar, por exemplo, com o seu quadro técnico completo e por estar politicamente capturada) relativamente às capacidades apreensíveis de um órgão do Poder Judiciário organizado e no qual especialistas confiáveis são chamados a se manifestar sobre a solução de temas complexos. Nesse caso, o problema da prescrição é de tentar lidar com um problema, de fato, inexistente. Com isso, corre-se o risco de orientar a realidade para um ponto não necessariamente melhor. Por outro lado, a segunda maneira pela qual um descolamento com a realidade pode se dar na construção de teorias normativas está relacionada às idealizações que informam as prescrições. A teoria, nesse caso, pode ser simplesmente irrelevante para alterar a realidade na direção por ela visada porque pressupõe agentes ideais ou ambientes ideais nos quais agentes (reais ou ideais) decidem. Em ambos os casos, a importância efetiva da teoria para conduzir a prática decisória se dilui, permanecendo, no máximo, o seu potencial crítico" (LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 777-799).

[9] LEVINE, David K. *Is Behavioral Economics Doomed*? The Ordinary versus the Extraordinary. Cambridge: Open Book Publishers, 2012, p. 2: "Strangely, the criticisms that have caused behavioral economics to blossom are nothing new. Writing in 1898, Thorstein Veblen wrote sarcastically of rational economic man as a lightning calculator of pleasures and pains, who oscillates like a homogenous globule of desire of happiness under the impulse of stimuli. Students of economic history can argue whether Veblen's description of *homo economicus* is an accurate reflection of economics as it was practiced then - it is definitely not an accurate reflection of economics as it is practiced today".

sempre se acreditou que as situações de irracionalidade humana seriam imprevisíveis e aleatórias e, com essas características, não seriam passíveis de integração em qualquer modelo de predição de comportamentos (ou, alguns casos, apesar de possível, esta integração seria excessivamente custosa, de modo que os benefícios ganhos em simplicidade justificariam o sacrifício na precisão de descrição de comportamentos)[10].

De todo modo, é importante que se diga que a expectativa de racionalidade nos julgamentos humanos e nos respectivos processos decisórios sofreu um duro golpe a partir da década de 70 do século XX, diante de uma série de publicações de Amos Tversky[11] e Daniel Kahneman[12]. Nessas publicações, os autores sustentaram a ideia de que a decisão humana se baseia, muitas vezes, em um sistema de atalhos mentais (heurísticas[13]). Assim, nem sempre o

[10] Um modelo pode não descrever perfeitamente o seu objeto e, ainda assim, ser funcional do ponto de vista pragmático. Além disso, conforme mencionado, pode ocorrer de os benefícios de uma maior precisão não se justificar diante do incremento na complexidade de determinado modelo mais preciso. Como bem observado por Owen D. Jones, a crítica feita ao modelo do *homo economicus* e a sua utilização na análise econômica do Direito pode ou não ser relevante, a depender dos fatores acima mencionados. No original: "Despite its many successes, however, this law and economics model of human behavior has been targeted for increasingly insistent criticism. The model is inaccurate, critics first noted, because people do not always behave 'rationally'. People get emotional, they comply with costly norms, and they make logic errors in their decision-making. Without more, this criticism would be irrelevant, for law does not necessarily care if the behavioral model it employs is perfectly accurate or complete. Newtonian physics fail to describe accurately the interaction of particles at the quantum level, and yet it nonetheless serves quite well when launching rockets. The pragmatic test, therefore, for whether the often serviceable rational actor model should continue to serve, is simply whether it accomplishes the tasks we assign it more efficiently than would a model that squarely addressed irrationality - when both the benefits and costs of changing from or supplementing the existing neoclassical model are taken into account". Além disso, o autor destaca que: "Sacrifing accuracy for simplicity can be rational when the increase in accuracy is outweighed by the increased costs of learning and using a more complex model" (JONES, Owen D. The Evolution of Irrationality. *Jurimetrics*, vol. 41, no. 03, 2001, pp. 289-318, p. 290).

[11] Amos Tversky formou-se em psicologia pela Universidade Hebraica em 1961 e obteve o seu Doutorado pela Universidade de Michigan em 1965. Após obter o Doutorado, retornou à Universidade Hebraica, onde lecionou e pesquisou entre 1966 e 1978, período em que conheceu Daniel Kahneman (a relação entre ambos se iniciou quando Kahneman o convidou colaborar em uma de suas aulas, em 1969), com quem veio a realizar pesquisas que revolucionaram as ciências comportamentais e cognitivas. Em 1978, Amos se tornou professor da Universidade de Stanford, onde lecionou até o final da vida. Faleceu aos 59 anos, no dia 02 de junho de 1996, em razão de um melanoma metástico. Detalhes sobre a vida de Tversky e sobre o seu encontro e suas pesquisas com Daniel Kahneman podem ser encontradas em: LEWIS, Michael. *O projeto desfazer*: a amizade que mudou nossa forma de pensar (trad. Cássio de Arantes Leite). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

[12] Daniel Kahneman graduou-se em psicologia pela Universidade Hebraica em 1954 e obteve o seu Doutorado pela Universidade da California, Berkeley, em 1961. Em seguida, lecionou e pesquisou na Universidade Hebraica entre 1961 e 1978 (dentro deste período, realizou pesquisas e deu aulas como professor visitante nas Universidades de Michigan, entre 1965 e 1966, e, em Harvard, entre 1966 e 1967), na Universidade da Colúmbia Britânica entre 1978 e 1986, na Universidade da Califórnia, Berkeley entre 1986 e 1994, e, desde 1993, é Professor na Universidade de Princeton. Detalhes sobre a sua vida e sobre suas pesquisas com Avos Tversky constam de: LEWIS, Michael. *O projeto desfazer*: a amizade que mudou nossa forma de pensar (trad. Cássio de Arantes Leite). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

[13] Seguindo a definição de Ricardo de Lins e Horta, podemos dizer que "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" (HORTA, Ricardo de Lins e. Um olhar interdisciplinar

julgamento e a decisão se baseariam em um sistema complexo e racional de decisão[14]. Esses atalhos mentais, mais conhecidos como heurísticas, apesar de úteis para o ser humano sob uma perspectiva evolucionista, podem, em algumas situações, produzir vieses cognitivos. Os pesquisadores concluíram, ainda, que essas heurísticas são, muitas vezes, previsíveis, mapeáveis e de ocorrência sistemática[15].

É possível que o aspecto mais importante da descoberta seja este último, conforme, aliás, reconhecem autores como Cass Sunstein, Richard H. Thaler e Christine Jolls[16]. Se, por um lado, a psicologia já arguia há bastante tempo que o ser humano não era inteiramente racional, essa afirmativa não poderia ser incorporada a qualquer modelo científico de predição de comportamentos pois supunha-se que essas manifestações de irracionalidade fossem aleatórias e imprevisíveis. Com as descobertas de Daniel Kahneman e Amos Tversky, foi possível incluir as situações de irracionalidade, agora previsíveis e presentes sistematicamente diante de determinadas circunstâncias, em modelos científicos. Também salientando esse aspecto, Reid Hastie e Robyn M. Dawes, em obra consagrada sobre a psicologia por detrás do processo de tomada de decisão, afirmam:

> Nós comparamos princípios básicos de racionalidade com o comportamento real de tomada de decisões. Existe uma discrepância. Mais do que isso, essa discrepância se deve não a equívocos ou erros aleatórios, mas a processos mentais automáticos e deliberados que influenciam como os problemas decisórios são conceitualizados e como as possibilidades futuras na vida são avaliadas[17]. (tradução livre)

A descoberta de que as situações de irracionalidade na tomada de decisão humana são previsíveis invadiu os mais diversos campos do conhecimento, com destaque para o econômico, no qual introduziu a vertente dos estudos sobre *economia comportamental*. Mas, como mencionam Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro:

---

sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Diálogos sobre a justiça*, Brasília, n. 2, p. 38-48, mai./ago. 2014, p. 42).

[14] Os trabalhos iniciais e outros artigos foram publicados em: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos. *Judgment under uncertainty:* heuristics and biases. New York: Cambridge University Press, 1982.

[15] Conforme será analisado com mais vagar no Capítulo 4, dois fatores que diferenciam os vieses cognitivos de erros humanos comuns são precisamente a previsibilidade de sua ocorrência e o fato de, sob determinadas circunstâncias, essas ilusões aparecerem sistematicamente em todos os seres humanos.

[16] SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50 (1998), pp. 1471-1550, p. 1477: "What is especially important in the work of Kahneman and Tversky is that it shows that shortcuts and rules of thumb are predictable".

[17] HASTIE, Reid; DAWES, Robyn M. *Rational Choice in an Uncertain World*: the psychology of judgement and decision making. 2nd ed. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2010, p. x (Preface). No original: "We compare basic principles of rationality with actual behavior in making decisions. There is a discrepancy. Moreover, this discrepancy is due not to random errors or mistakes but to automatic and deliberate thought processes that influence how decisions problems are conceptualized and how future possibilities in life are evaluated".

> [...] ao contrário do que possa parecer, sua utilidade não se limita à necessidade de um repensar de certos pressupostos de modelos econômicos. Porque teorias jurídicas também são tradicionalmente construídas com idealizações e negligenciam descrições acuradas sobre a realidade e o comportamento humano, elas podem igualmente estar sujeitas a críticas: (i) por menosprezarem as condições de racionalidade limitada sob as quais pessoas reais decidem problemas; e (ii) não atentarem para os vieses de julgamento a que essas pessoas estão sujeitas quando são chamadas a decidir[18].

Assim, nos diálogos entre este tema e o Direito, tem-se produzido muito no que diz respeito à exploração das heurísticas e dos vieses cognitivos em políticas públicas, pela estruturação de arquiteturas de escolhas que busquem resultados mais consentâneos com as finalidades de bem-estar social, sem sacrificar integralmente, ao menos do ponto de vista normativo, a liberdade de escolha (é o que se convencionou chamar de *paternalismo libertário*, ideia que tem em Cass Sunstein um de seus principais defensores)[19]. Por outro lado, o desenvolvimento das ciências comportamentais não adentrou ainda de forma significa nos estudos sobre acerca da decisão judicial, e, por isso, possui um amplo campo inexplorado, ao menos no Brasil[20].

Conforme correta percepção de Cass Sunstein e Adrian Vermeule, muito se debate sobre como o Direito deve ser e como o juiz deve decidir, mas pouco se pesquisa sobre as instituições reais que aplicam, criam e vivem o sistema normativo diariamente[21]. É preciso que se estude as instituições, e, especialmente, as pessoas que as integram, o que envolve incorporar os avanços das ciências comportamentais no estudo da tomada de decisão judicial por magistrados reais.

É importante o esclarecimento de que não se nega importância às teorias normativas da decisão judicial e à filosofia do direito. Elas possuem o importantíssimo papel

---

[18] LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. *Op. cit.*, p. 781.

[19] A obra que se tornou referência sobre o tema foi escrita em coautoria por Cass Sunstein e Richard H. Thaler: THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

[20] No exterior, já há diversos estudos empíricos demonstrando que os juízes também se sujeitam aos novos achados das ciências comportamentais. Além de estudos com recortes específicos acerca de algum atalho mental específico, convém citar os abrangentes trabalhos do trio Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich (que possuem trabalhos sobre o tema publicados em 2001, 2002 e 2007), e a tese de doutorado de Mark Schweizer, publicada em 2005, e dedicada inteiramente ao tema.

[21] "To evaluate theories of interpretation, it is necessary to focus on institutional considerations—to ask how actual judges would use any proposed approach, and to investigate the possibility that an otherwise appealing approach will have unfortunate dynamic effects on private and public institutions. Notwithstanding this point, blindness to institutional considerations is pervasive. It can be found in the work of early commentators on interpretation, including that of Jeremy Bentham; in the influential work of H.L.A. Hart, Ronald Dworkin, and Henry Hart and Albert Sacks; and in much contemporary writing. This blindness to institutional considerations creates serious problems for the underlying theories". Sunstein, Cass R. and Vermeule, Adrian, Interpretation and Institutions, July 2002. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 156; *U Chicago Public Law*, Research Paper No. 28. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 11/09/2018.

de permitir o *accountability* das manifestações do Poder Judiciário. É somente por meio da exposição das razões jurídicas de uma decisão que se permite analisar a validade ou mesmo criticar esses pronunciamentos decisórios (e as teorias normativas são essenciais para que se possa confrontar essas razões com um padrão normativamente esperado), aspecto que é essencial tanto sob o aspecto interno do processo (para permitir a via recursal, por exemplo) como pela perspectiva da sociedade (que deve poder acompanhar a regularidade do exercício de qualquer poder estatal). Trata-se, sob este ponto de vista, de exigência própria e conceitual de qualquer Estado Democrático de Direito.

A constatação dessa importância não faz com que, de outro lado, não seja necessário estudar também como os juízes de fato decidem, especialmente com relação aos pontos que podem influencia-lo inconscientemente em direção a determinado resultado indesejado. Nesse sentido, é importante que se perceba que qualquer juiz, como ser humano que é, está sujeito a atalhos mentais que podem levar a desvios cognitivos. Isso já é o suficiente para se demonstrar a importância de se estudar esse tema.

Com esse estudo, será possível demonstrar a ocorrência do fenômeno e, mais do que isso, pensar em soluções para o problema, a nível processual ou institucional. É preciso, além disso, que os próprios magistrados tenham consciência do fenômeno. Só assim os operadores do Direto podem buscar afastar, conscientemente, os atalhos mentais. Nas palavras de Juarez Freitas, a tomada de consciência quanto aos vieses permitirá a adoção de "*novos hábitos mentais, que sirvam de legítimos anteparos contra as predisposições tendenciosas que colocam a perder a qualidade da eleição de premissas, na tomada da decisão interpretativa*"[22].

Feitas essas observações iniciais, o próximo Capítulo será dedicado à apresentação do marco teórico, isto é, dos conceitos e premissas teóricas e científicas essenciais à compreensão deste estudo.

[22] FREITAS, Juarez. Hermenêutica e Desvios Cognitivos. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV), v. 13, p. 277-308, 2013, p. 278.

1 MARCO TEÓRICO: O SUBSTRATO CIENTÍFICO ESSENCIAL À COMPREENSÃO DO DEBATE

1.1 Introdução

Este Capítulo será dedicado às descobertas e aos desenvolvimentos teóricos e científicos que compõem o marco teórico desta pesquisa.

Iniciar-se-á pela distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação, dicotomia utilizada tanto na filosofia da ciência como, desde o século XX, também no Direito. Em seguida, será analisado o tema da racionalidade, em especial a forma por meio da qual a economia neoclássica a vislumbrava, bem como as alterações que sofreu desde então. Por último, abordar-se-á a diferenciação entre o pensamento intuitivo e o pensamento deliberativo, demonstrando que o ser humano possui, de fato, essas duas formas de pensar (o que tem-se tratado como sistema dual de pensamento).

1.2 A distinção entre o contexto de descoberta e o contexto de justificação das decisões judiciais

1.2.1 Introdução à distinção entre os contextos

O ser humano é naturalmente curioso e, por isso, ao encontrar-se diante da afirmação de alguma conclusão (científica ou não), costuma indagar a respeito da forma por meio da qual o enunciador chegou àquela conclusão ou descoberta. Além disso, busca conhecer, igualmente, as razões pelas quais aquela afirmativa deve ser aceita como válida. No primeiro caso, investiga-se o *contexto da descoberta* da assertiva, ou seja, quais foram os fatores, psicológicos, socioculturais, históricos ou mesmo circunstanciais que levaram o seu enunciador a alcançar aquela conclusão. Já na segunda indagação, requer-se que seja comprovada a sua validade, mediante uma argumentação consistente e aceita pela comunidade dentro da qual se insere (*v.g.* científica, jurídica, filosófica). Trata-se, neste caso, do *contexto de justificação* da mencionada conclusão.

Feita essa observação inicial, ressalta-se que é impossível que se compreenda adequadamente o presente trabalho sem que se parta da distinção entre o contexto (ou processo)

de descoberta e o contexto (ou processo) de justificação dos processos mentais em geral e, em particular, das decisões judiciais. A distinção, que remonta ao âmbito da Filosofia da Ciência, é explicada de forma didática por Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner:

> A distinção entre processo de descoberta e processo de justificação é conhecida entre os filósofos da ciência. Há muito eles percebem uma diferença entre descrever o processo mental através do qual se vislumbra a plausibilidade de uma tese ou teoria e dar razões para mostrar que está correta aquela tese ou teoria. A diferença é mais óbvia naqueles casos em que o cientista consegue se lembrar do momento exato em que percebeu o potencial de uma teoria. Há quem diga que a queda de uma maçã inspirou Newton a formular a teoria da gravitação. Se isso é verdade, a história da maçã faz parte do processo de descoberta de Newton. A maçã caiu da árvore (não subiu ao céu nem flutuou no ar), o que fez Newton refletir sobre a natureza da força que atraía maçãs e outros objetos sólidos em direção à terra. Em um congresso científico reunido para discutir sua nova teoria, Newton poderia até contar a história da maçã aos seus colegas, mas ele a apresentaria como uma curiosidade autobiográfica, não como um argumento em defesa da teoria. Para fundamentar ou justificar a teoria, Newton precisaria recorrer a evidências empíricas, cálculos matemáticos e outros coisas desse tipo. Evidências e cálculos - estes, sim, fazem parte do processo de justificação da teoria de Newton[23].

Além do didático exemplo envolvendo Newton, no qual a maçã integra o *contexto da descoberta* de sua teoria, sem que isso possa, evidentemente, ser utilizado como um argumento válido para comprová-la em um fórum científico (*contexto da justificação*), pode-se mencionar situação semelhante ocorrida com o químico alemão Friedrich August Kekulé, conhecido como um dos fundadores da teoria estrutural da Química Orgânica, ao descobrir a fórmula estrutural da molécula de benzeno.

Em discurso proferido em 1890 em um festival organizado em sua homenagem na Prefeitura de Berlim, Kekulé conta que descobriu a referida fórmula por meio de um sonho, durante um cochilo em frente a uma lareira. Neste sonho, as chamas da lareira formavam cadeias que se moviam como cobras e, quando uma delas alcançou o próprio rabo, adquiriu o formato hexagonal que o cientista atribuiria, com sucesso, à molécula de benzeno[24]. Por evidente, a narrativa de como chegou à sua conclusão jamais seria aceita como *argumento de*

---

[23] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016, pp. 155-156.

[24] BENFEY, O. Theodor. August Kekulé and the birth of the structural theory of organic chemistry in 1858. In: *Journal of Chemical Education*, jan/1958, vol. 35, n. 1, pp. 21-23, p. 22: "During my stay in Ghent I resided in elegant bachelor quarters in the main thoroughfare. My study, however, faced a narrow side-alley and no day-light penetrated it. For the chemist who spends his day in the laboratory this mattered little. I was sitting writing at my textbook but the work did not progress; my thoughts were elsewhere. I turned my chair to the fire and dozed. Again the atoms were gamboling before my eyes. This time the smaller groups kept modestly in the background. My mental eye, rendered more acute by repeated visions of the kind, could now distinguish larger structures more closely fitted together all twining and twisting in snake-like motion. But look! What was that? One of the snakes had seized hold of its own tail, and the form whirled mockingly before my eyes. As if by a flash of lightning I awoke; and this time also I spent the rest of the night in working out the consequences of the hypothesis".

validade de sua teoria (*contexto de justificação*), mas ficaria eternizada como o *contexto de descoberta* da estrutura do benzeno.

A criação dos termos "contexto da descoberta" e "contexto de justificação" e o seu referido significado é atribuída a Hans Reichenbach, em sua obra *Experience and prediction: an analisys of the foundations and the structure of knowledge,* publicada em 1938. Com essa obra, Reichenbach defendeu que, do ponto de vista da prática científica, ou seja, para comprovar a validade de uma hipótese científica, só importa epistemologicamente o contexto de justificação. Com isso, ele demarcaria em áreas distintas: o que seria considerado o objeto da filosofia da ciência (a justificação de teorias científicas) de um lado, e, de outro, o escopo de perspectivas históricas ou sociológicas sobre as descobertas científicas, a serem estudadas em outros campos do conhecimento[25]. Posteriormente, em 1959, Karl Popper contribuiria enormemente para a difusão desses termos ao lhes atribuir um papel central no seu trabalho *The Logic of Scientific Discovery*[26].

À época, a distinção servia para afastar o estudo histórico e sociológico das descobertas da filosofia da ciência. Segundo Reichenbach, o *contexto da descoberta* não segue uma lógica científica; e, segundo Popper, qualquer coisa que preceda à formulação de uma teoria não interessa à ciência e à lógica. No entanto, com o tempo, a utilização da distinção com esse objetivo passou a ser bastante criticada, tendo em vista que atualmente se reconhece que a

[25] SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich. Introduction: revisiting the context distinction. In: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (Eds.). *Revisiting Discovery and Justification*: historical and philosophical perspectives on the context distinction. Dordrecht: Springer, 2006, vii: "The distinction between the context of discovery and justification has had a turbulent career in philosophy of science. [...] The distinction is usually traced back to Hans Reichenbach's *Experience and Prediction* (Reichenbach 1938). In this work. Reichenbach claimed that the context of justification is the only part of scientific practice that is epistemologically relevant and open do philosophical - which, in the perspective of Logical Empiricism, means of course: logical - reconstructions. Thus understood, the distinction delineates the scope of philosophy of science - the justification of fully developed theories - and at the same times shapes its method, logical analysis. Since then, the distinction has served two important, related purposes. First, it has been used to demarcate philosophy of science proper from historical, political, sociological and other empirical approaches to science. Within the analytical framework of the context distinction, doing philosophy of science means uncovering the logical structure of scientific theories and the logical relations between theories and evidence. Secondly, the distinction is taken to imply that there is no logic of discovery and that the process of discovery is excluded from philosophical reconstruction".

[26] Cf. SWEDBERG, Richard. From Theory to Theorizing. In: SWEDBERG, Richard (Ed.). *Theorizing in social science*: the context of discovery. Stanford: Stanford University Press, 2014, p. 3: "The distinction between the context of discovery and context of justification received its most influential formulation in the 1930s through the work of Hans Reichenbach and Karl Popper. [...] Both Reichenbach and Popper worked on ways to improve empiricism as a philosophy of science. Reichenbach coined the terms 'context of discovery' and 'context of justification', while Popper helped to diffuse them by giving them a central place in his influential work *The Logic of Scientific Discovery* [...]. Both used the distinction primarily with the natural sciences in mind, not the social sciences".

história da ciência exerce um papel fundamental na construção do conhecimento[27], sendo criticável a postura de se ignorar o estudo do *contexto de descoberta* das teorias científicas.

1.2.2 O contexto de descoberta e o contexto de justificação das decisões judiciais

Segundo Martin P. Golding, o primeiro autor a propor a transposição dos termos estudados para o Direito foi Richard Wasserstrom, em sua obra *The Judicial Decision*, publicada em 1961[28]. Na época, o autor buscou conciliar duas posições antagônicas nos estudiosos do Direito. De um lado, havia teóricos que estudavam a aplicação do Direito nas decisões judiciais com uma perspectiva de objetividade, quase sempre a partir de silogismos. De outro lado, havia os autores do realismo jurídico norte-americano, como Jerome Frank e Joseph C. Hutcheson Jr., que criticavam os primeiros sob o argumento de que o processo silogístico que eles descreviam não se aproximava minimamente à forma pela qual os juízes, de fato, chegavam às suas decisões (o que, segundo os autores, ocorria por meio de um processo subjetivo que abrangia intuição, emoções e outros caracteres relacionados à subjetividade). Em outros termos, até então, havia teóricos que exigiam a *objetividade* na aplicação do Direito, e, de outro lado, tinha-se que grande parte dos autores realistas afirmava que essa característica seria impossível de se alcançar considerando a forma como as decisões são realmente tomadas.

A ideia de Richard Wasserstrom é a de que, a rigor, os referidos autores estavam tratando de aspectos distintos (*contexto da descoberta*, no caso dos realistas; e *contexto de justificação*, no caso dos positivistas jurídicos) e que o fato de o processo de justificação de uma decisão judicial não representar exatamente como um juiz ou tribunal perfez o seu processo decisório não significa a sua inutilidade. Isso porque o processo de silogismo e de argumentação jurídica é utilizado para se validar (ou não) a conclusão jurídica alcançada[29].

---

[27] LAKATOS, Imre. History of science and its rational reconstructions. In: HOWSON, Colin (Ed.). *Method and appraisal in the physical sciences*: the critical background to modern science, 1800-1905. New York: Cambridge University Press, 1976, p. 1: "Philosophy of science without history of science is empty; history of science without philosophy of science is blind".

[28] GOLDING, Martin P. A note on discovery and justification in science and law. *Nomos*, vol. 28, 1986, pp. 124-140, p. 124: "The purpose of this chapter is to examine the applicability of the distinction between the context of discovery (invention) and the context of justification (appraisal), a distinction that has been almost orthodox doctrine in the philosophy of science, to the issue of the 'objectivity' of judicial decision-making. Its use in this connection, as far as I know, was first suggested by Richard Wasserstrom as a response to the attack on objectivity in law espoused by such legal realists as Jerome Frank".

[29] ANDERSON, Bruce. *Discovery in legal decision-making*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1996, p. 12-13: "Although Wasserstrom acknowledges that it makes little sense to describe the judicial decision process as completely deductive and that a judge's opinion is not an accurate report of the decision process, he claims that it makes even less sense to insist that for this reason courts could not (and should not) employ a procedure or set of

Segundo Wasserstrom, os positivistas e os realistas estariam descrevendo, na verdade, dois distintos "*procedimentos que precisam ser seguidos antes de uma decisão judicial ser criada ou aceita*"[30]: os realistas descreviam o processo de descoberta das decisões judiciais, enquanto os positivistas (ou formalistas) descreviam o seu processo de justificação. O primeiro destes processos está preocupado com "*a maneira ou o procedimento pelo qual uma decisão ou conclusão foi alcançada*"[31] - ou seja, os fatores que levaram à decisão, como a intuição judicial, a emoção ou mesmo a personalidade do magistrado. Por outro lado, o processo de justificação indaga acerca da possibilidade ou não de determinada decisão ser justificável, e a "*maneira por meio da qual a conclusão deve ser justificada*"[32]. Independentemente da forma por meio da qual os juízes alcançaram determinada decisão, os juízes só podem prolatá-la se ela for passível de justificação do ponto de vista jurídico. Se ele não o puder fazê-lo, obrigatoriamente terá que decidir de forma diferente da sua intuição original. Para utilizar um termo mais atual do que os vigentes no momento em que Wasserstrom escreveu a sua obra, o contexto de justificação seria o que permitiria o *accountability* das decisões judiciais.

Após o trabalho de Wasserstrom, a distinção entre *contexto de descoberta* e *contexto de justificação* no âmbito das decisões judiciais chegou a ser mencionada por outros autores. Como exemplo, Neil MacCormick deixa claro que "*o que leva um juiz a pensar em um lado e não o outro como o vencedor é algo diferente da questão sobre se há boas razões de justificação em favor desse lado e não do outro*[33]" (tradução livre). Também Robert Alexy aborda a distinção, ao mencionar que:

> A interpretação compõe-se, por isso, da escolha entre várias alternativas de interpretação em virtude de argumentos. A justificação ou fundamentação da interpretação escolhida por argumentos deve ser distinguida do processo real de obtenção do resultado. No primeiro caso, trata-se do processo da justificação (process os justification), no segundo, do processo da descoberta (process of discovery). A justificação é uma atividade argumentativa, a descoberta uma psíquica. Sem dúvida, existem entre ambas as atividades conexões estreitas. No primeiro plano da teoria da interpretação jurídica, contudo, está o procedimento argumentativo. Somente ele é acessível intersubjetivamente e, por conseguinte, revisável objetivamente. Somente no seu quadro é possível um uso público da razão. Se com interpretações é promovida uma pretensão de correção e se o cumprimento dessa pretensão deve ser revisável publicamente, então vale a proposição: interpretação é argumentação. A isso corresponde que em sistemas jurídicos modernos regularmente existe um dever de

procedures that permits of some kind of reasoned justification for the judicial decisions reached by those courts. He proposes that deduction can be used to test the validity of legal arguments".

[30] WASSERSTROM, Richard. *The Judicial Decision*. Palo Alto: Stanford University Press, 1961, p. 25.

[31] *Ibid.*, p. 27.

[32] *Ibid.*, p. 25.

[33] MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2003, p. 16: "[...] what prompts a judge to think of one side rather than the other as a winner is quite a different matter from the question whether there are on consideration good justifying reasons in favor of that rather than the other side".

> fundamentação judicial e na ciência do direito são solucionados problemas pela consideração de argumentos-pró e contra[34].

E, finalmente, Manuel Atienza explica com impecável didática:

> Na filosofia da ciência costuma-se distinguir (cf. Reichenbach, 1951) entre o *contexto de descoberta* e o *contexto de justificação* das teorias científicas. Assim, de um lado está a atividade que consiste em descobrir ou enunciar uma teoria e que, segundo a opinião geral, não é suscetível de uma análise de tipo lógico; nesse plano, cabe unicamente mostrar como se gera e se desenvolve o conceito científico, o que constitui tarefa para o sociólogo e o historiador da ciência. Mas do outro lado está o procedimento que consiste em justificar ou validar a teoria, isto é, em confrontá-la com os fatos a fim de mostrar a sua validade; essa última tarefa exige uma análise de tipo lógico (embora não apenas lógico) e se rege pelas regras do método científico (que não são aplicáveis no contexto da descoberta). Pode-se também estender a distinção ao campo da argumentação em geral e ao da argumentação jurídica em particular (cf. Wasserstrom, 1961, e Golding, 1984, págs. 22-3). Assim, uma coisa é o procedimento mediante o qual se estabelece uma determinada premissa ou conclusão. Se considerarmos o argumento que conclui afirmando ser "necessário alimentar à força os detentos do GRAPO", a distinção pode ser traçada entre as causas psicológicas, o contexto social, as circunstâncias ideológicas, etc. que levaram um determinado juiz a emitir essa resolução, e as razões dadas pelo órgão em questão para mostrar que a sua decisão é correta ou aceitável (que está justificada). Dizer que o juiz tomou essa decisão devido às suas fortes crenças religiosas significa enunciar uma *razão explicativa;* dizer que a decisão do juiz se baseou numa determinada interpretação do artigo 15 da Constituição significa enunciar uma *razão justificadora*. De modo geral os órgãos jurisdicionais ou administrativos não precisam explicar as suas decisões; o que devem fazer é justificá-las[35].

No Brasil, a distinção, nesse mesmo contexto, é mencionada, por exemplo, por autores como Marlon Tomazette[36], Francesco Conte[37], Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner[38], apenas para citar alguns. Dentre os autores referidos, transcreve-se trecho da obra de Francesco Conte por sintetizar, de forma precisa, a distinção exposta neste tópico:

> O raciocínio judicial abrange dois contextos formalmente diversos, mas que se interpenetram e interagem entre si: de um lado, o contexto de decisão ou de descoberta (context of discovery) e, de outro, o contexto de justificação (context of justification). O primeiro consiste no procedimento lógico-psicológico causal ou na escolha racional que transportou o juiz a uma determinada hipótese de decisão, ao passo que o segundo representa a empresa de motivação tendente a aportar razões justificativas jurídica e racionalmente válidas àquele decisório, vale dizer, é um discurso fundado em

---

[34] ALEXY, Robert. Direito, razão, discurso: estudos para a filosofia do direito. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Do Advogado, 2010, p. 65-66.

[35] ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica (tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino). 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003, p. 20.

[36] TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação jurídica e a justificação das decisões *contra legem*. In: *Revista Direito e Práxis*, vol. 03, n. 02, 2011, pp. 154-171, p. 154.

[37] CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil*: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição. 1. ed. Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2016.

[38] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, p. 155-160.

> argumentos intersubjetivamente aceitáveis e logicamente estruturados (uma entidade linguística, e, portanto, não um iter psicológico)[39].

Estabelecida com clareza a referida distinção, deve-se destacar é importante estudarmos tanto um como o outro contextos para entendermos a ciência jurídica.

De um lado, importa estudar as formas de justificação das hipóteses e sentenças jurídicas, pois é isso que as torna minimamente falseáveis, permitindo o *accountability* com relação a atos estatais de autoridade.

Igualmente importante, no entanto, é o estudo do contexto de descoberta, que pode eventualmente descobrir desvios cognitivos ou discriminações inconscientes e propor soluções para esses problemas. Além disso, o estudo do contexto da descoberta é capaz de assegurar a determinados princípios e direitos fundamentais uma maior efetividade. Como bem aduzido por Moa Lidén, há determinadas regras e princípios no ordenamento jurídico direcionadas a como um juiz deve decidir em determinada situação, e não apenas a como deve fundamentar, como, por exemplo, o princípio da presunção de inocência, do qual decorre o *in dubio pro reu*, segundo o qual, na dúvida, o juiz deve decidir pela absolvição (trata-se de uma regra que normatiza diretamente o processo de descoberta de uma decisão judicial). Por isso, apenas um estudo do contexto da descoberta da decisão por condenar ou absolver determinado réu é capaz de diagnosticar se um direito fundamental como a presunção da inocência realmente possui alguma efetividade[40].

Apesar de sua importância, demonstrar-se-á que estudos sobre o comportamento judicial, o que inclui a forma como decidem (o contexto de descoberta das decisões judiciais), no Brasil são bastante raros, e somente muito recentemente tem surgido esforços no sentido de alterar essa realidade acadêmica. Por outro lado, no exterior, esse campo de pesquisa encontra-se muito mais desenvolvido.

---

[39] CONTE, Francesco. *Op. cit.*, p. 514.

[40] LIDÉN, Moa. *Confirmation Bias in Criminal Cases.* Tese (Doutorado) apresentada à Universidade de Uppsala, sob orientação do Professor Steven Penrod. 284 fls. Uppsala: Department of Law, Uppsala University, 2018, p. 23: "The notion, regardless of whether it is real or just imagined, of the discovery process as legally irrelevant also seems airy-fairy since several legal rules and principles, such as the presumption of innocence, dictate how legal actors should behave in the process of forming their decisions, not just how they should justify their decisions. If interpreted as only directed at the justification process, the presumption of innocence and other similar principles would be more or less hollow".

1.3 Os estudos sobre o comportamento judicial no Brasil e no exterior

Durante muito tempo, praticamente todos os estudos de Direito relacionados às decisões judiciais concentraram esforços em seu *contexto de justificação*. Nesse sentido, produziram-se teorias normativas da decisão judicial que buscavam atender a dois objetivos: (i) orientar os magistrados sobre como tomar as melhores decisões; e (ii) possibilitar aos demais operadores do Direito a aferição de uma suposta correção da decisão judicial que foi adotada.

Apesar de possuírem enorme importância para permitir o controle da correção das decisões, as teorias normativas da decisão judicial (que estudam como o juiz deve decidir) quase sempre pressupõem um magistrado dotado de plena racionalidade e objetividade, que decide em um contexto ideal, o que não condiz com a realidade da natureza humana, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

Foi apenas nos últimos anos - ao menos no Brasil - que se difundiram estudos e análises que envolvem não o modo como o juiz deve decidir em um modelo ideal, mas a forma como efetivamente decidem. Ou seja, surgiram estudos sobre o *contexto da descoberta* das decisões judiciais. Passou-se a se reconhecer, em âmbito doutrinário, que fatores extrajurídicos também afetam essas decisões. Assim, em vez de simplesmente negar essa realidade, decidiu-se estudá-la. Como exemplo, cite-se trecho da obra do Professor Luís Roberto Barroso:

> [...] A terceira parte introduz uma questão relativamente nova no debate jurídico brasileiro: o modelo real das relações entre Direito e política. Uma análise sobre o que de fato ocorre no exercício da prestação jurisdicional e na interpretação das normas jurídicas, e não um discurso convencional sobre como elas deveriam ser. Trata-se de uma especulação acerca dos elementos e circunstâncias que motivam e influenciam um juiz, para além da boa aplicação do Direito. Com isso, procura-se superar a persistente negação com que os juristas tradicionalmente lidam com o tema, proclamando uma independência que não é desse mundo. Na construção do argumento, examinam-se algumas hipóteses que produzem os chamados casos difíceis, que exigem a atuação criativa de juízes e tribunais; e faz-se, igualmente, uma reflexão acerca dos diferentes métodos de interpretação e sua utilização em função do resultado a que se quer chegar. Por fim, são identificados diversos fatores extrajurídicos relevantes, capazes de repercutir em maior ou menor medida sobre um julgamento, como os valores pessoais do juiz, as relações do Judiciário com outros atores políticos e a opinião pública, dentre outros[41].

Atualmente, há renomados autores que vêm se dedicando ao estudo do *contexto de descoberta* das decisões judiciais no Brasil, podendo-se citar os nomes de Patrícia Perrone

[41] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 438.

Campos Mello[42], Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares[43], Sergio Nojiri[44], Alexandre Morais da Rosa e Paola Bianchi Wojciechowski[45], Marcelo Santini Brando[46], Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro[47]. O fenômeno é, contudo, reconhecidamente recente.

Curiosamente, apesar de só agora o Brasil estar incorporando a ideia de estudar empiricamente o *contexto de descoberta* das decisões judiciais, pesquisas desse gênero são comuns no exterior há algum tempo, merecendo destaque os estudos empíricos sobre o tema que ocorrem nos Estados Unidos da América em que o Direito e a Ciência Política dialogam[48].

---

[42] MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

[43] STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Novas fronteiras da teoria do direito:* da filosofia moral à psicologia experimental. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014. Além do livro acima mencionado, Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares coordenam o Núcleo de Estudos sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS), que visam a estudar, de forma interdisciplinar, as conexão entre psicologia, neurociência e direito, inclusive (embora não apenas) o *contexto de descoberta* das decisões judiciais.

[44] NOJIRI, Sergio (Coord.). *Direito, Psicologia e Neurociência*. Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016. Além do livro, Sergio Nojiri coordena o Grupo de Estudos em Direito, Psicologia e Neurociência (DIPSIN) na USP de Ribeirão Preto, com objeto de estudo semelhante ao do NERDS no Rio de Janeiro.

[45] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da justiça:* como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianopólis: EModara, 2018.

[46] BRANDO, Marcelo Santini. *Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral*. Dissertação (mestrado) apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), sob orientação do Professor Noel Struchiner, 2013.

[47] RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85–121, 2013.

[48] É impossível apontar, com elevado grau de certeza e com pretensão de exaustividade, os motivos pelos quais as pesquisas empíricas em Direito são mais frequentes e mais desenvolvidas nos EUA do que no Brasil. No entanto, sem qualquer pretensão de exaustividade, é possível ao menos elencar alguns fatores que provavelmente contribuem para que isso ocorra.

Em primeiro lugar, é preciso que se compreenda que a estrutura da formação jurídica é diferente no Brasil e nos EUA. Quando um aluno se forma no *high school* norte-americano, algo equivalente ao ensino médio brasileiro, ele ingressa em uma faculdade (na área escolhida, comumente denominada de *major*), dentre as quais não se insere a de Direito. A área jurídica é aprendida apenas posteriormente à graduação, em um curso de três anos, dedicados apenas a quem já possui um título de graduação (*major*) em algum dos cursos disponíveis. Isso significa, essencialmente, que os bacharéis em Direito norte-americanos já cursaram anteriormente faculdades como de economia, de ciência política, de psicologia ou até mesmo de matemática. Por essa razão, os estudos elaborados na área jurídica são menos avessos a abordagens multidisciplinares e empíricas, diferentemente do que ocorre no Brasil.

Uma segunda razão que pode ser apontada está nas próprias raízes da *common law*, que se distancia da *civil law* tradicionalmente praticada no Brasil. Ainda que se reconheça, como o faz Barbosa Moreira, que está ocorrendo uma aproximação do modelo brasileiro com o norte-americano (MOREIRA, Barbosa. O processo civil entre dois mundos. *Temas de direito processual*: oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 45), a tradição cultural de um povo não é algo que se altera em pouco tempo. E, como bem enunciado na obra clássica de René David, na tradição romano-germânica, é comum que os acadêmicos do Direito se preocupem muito mais com a enunciação da doutrina, e deixem de lado o estudo sobre como o Direito é de fato aplicado. No outro extremo, assuntos relacionados à administração da justiça e casos concretos possuem extrema importância para os juristas dentro da família da *common law* (DAVID, René. *Major legal systems in the world today*: introduction to the comparative study of law. 3. ed. London: Stevens & Sons, 1985, pp. 22-24).

Uma terceira razão para a referida disparidade é a hipótese de que o realismo jurídico norte-americano, movimento que remonta às décadas de 1920 e 1930 nos EUA, apesar de ter se esvaído rapidamente, deixou um legado para a pesquisa e para o ensino jurídicos norte-americanos. Conforme será analisado com mais detalhes no Capítulo 3, a

Como exemplo, cite-se os inúmeros estudos e teorias sobre o comportamento judicial agrupados dentro de gêneros como o Modelo Atitudinal, o Modelo Legal ou o Modelo Estratégico.

Em síntese, os estudos e as teorias classificados dentro do Modelo Atitudinal (ou modelo ideológico) partem do pressuposto de que os juízes tendem a decidir a partir de sua preferência política e ideológica. Uma das referências de estudo sobre a abordagem atitudinal do comportamento judicial é de Jeffrey Segal e Harold Spaeth[49], em obra publicada em 2002 (*The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*).

As teorias enquadradas no Modelo Legal são heterogêneas, pois algumas apontam que o fator determinante das decisões judiciais são as leis, outras entendem que são os precedentes, havendo ainda as que entendem que seriam o significado originário das leis e da Constituição pelos seus elaboradores. Fato é que todas as teorias enquadradas nesses modelos entendem que o principal fator de influência no *contexto de descoberta* das decisões judiciais seria propriamente o Direito - o comportamento judicial não seria pautado, ao menos não em regra, pela ideologia dos magistrados ou pela adoção de determinada estratégia de julgamento.

Por fim, as teorias enquadradas no Modelo Estratégico partem do pressuposto de que, apesar de os juízes tenderem a maximizar as suas preferências ideológicas, eles possuem uma série de restrições diante de outros juízes (em um colegiado, por exemplo), de outros atores políticos (reações do Congresso, dentre outros) e do arcabouço legal existente. Assim, um juiz de um colegiado poderia tender a ceder em detrimento de seus valores pessoais em um caso para utilizar esse capital político em um momento mais oportuno. Ou um Tribunal poderia

---

ideia por detrás do realismo é a de que os juízes não necessariamente decidem pelos métodos estruturados pelas teorias normativas do Direito e pelas regras de hermenêutica jurídica, não havendo, ademais, uma objetividade da decisão que possa ser extraída das regras legais (ou seja, não é possível prever, apenas com o ordenamento jurídico, como um juiz irá decidir). Na verdade, os juízes primeiro tomariam a sua decisão, muitas vezes, com base em fatores extrajurídicos, e apenas em um segundo momento buscariam uma fundamentação legal que fosse adequada. Diante dessa premissa, o realismo jurídico norte-americano preconizou que a pesquisa e o ensino jurídicos dedicassem atenção, de forma empírica e multidisciplinar, ao contexto de descoberta das decisões judiciais, ou seja, a como os juízes efetivamente decidem.

De todo modo, como foi ressaltado, essas são apenas causas prováveis, sem qualquer pretensão de exaustividade. Inúmeros outros fatores poderiam ser apontados, como uma maior rigidez na regulamentação das pesquisas empíricas no Brasil, ou até mesmo em razão de haver mais recursos financeiros dedicados à pesquisa nos EUA, por se tratar de um País desenvolvido. Em síntese, qualquer tentativa de elencar de forma exaustiva os referidos motivos é vã e, por isso, optou por apenas mencionar alguns fatores que, na visão deste pesquisador, provavelmente contribuem para essa disparidade, sem que, repita-se, se tenha qualquer pretensão de exaustividade.

[49] O modelo atitudinal parte do pressuposto de que os valores ideológicos do juiz (mais liberal ou mais conservador, por exemplo) influenciam diretamente o resultado de sua decisão. O trabalho de Jeffrey Segal e Harold Spaeth (SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002) é referência sobre o tema, conforme amplamente reconhecido. Leandro Molhano Ribeiro e Diego Werneck Arguelhes, além de abordar o modelo de forma didática, fazem uma crítica sobre o transplante do modelo atitudinal de forma acrítica para o Brasil (RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85–121, 2013).

deixar de adotar determinada decisão por receio de que o seu posicionamento seja superado pelo Legislativo. A referência em termos de estudo da decisão judicial sob o ponto de vista estratégico-institucional é o livro de Lee Epstein e Jack Knight, publicado em 1998 (*The choices judges make*)[50].

Recentemente, outro campo de análise empírica do comportamento judicial tem sido desbravado nos EUA: o estudo dos vieses cognitivos a que estão sujeitos os juízes. Alguns dos estudos empíricos mais importantes sobre o tema foram realizados em conjunto por Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich[51]. Em 2011, Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso publicaram um dos mais conhecidos estudos sobre como as decisões judiciais estão sujeitas a fatores extrajurídicos e psíquicos do julgador[52]. Trata-se de campo de estudo interessante e diferenciado, precisamente por não partir da ideia de que a decisão judicial seja sempre fruto de fatores conscientes e racionais.

Em pouco tempo, pesquisadores de diversos outros países no exterior também passaram a estudar a influência dos vieses cognitivos nas decisões judiciais. Na Alemanha, Mark Schweizer também realizou um estudo empírico sobre o tema, dedicando a sua tese de doutorado, publicada em 2005, à exploração desse fenômeno[53]. Em 2009, na França, Béatrice Geyres escreveu a sua tese de doutorado na Universidade de Toulouse inteiramente sobre como

---

[50] EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices judges make*. CQ Press, 1998.

[51] Os autores publicaram diversos artigos relacionados ao fenômeno. O primeiro deles é datado de 2001 (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI , Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, vol. 86, n. 4, may 2001, p. 777-830) e corresponde a trabalho empírico que contou com a participação de 167 juízes federais dos EUA, no qual testou-se se estes estavam sujeitos a cinco desvios cognitivos (ancoragem, efeito do enquadramento, viés retrospectivo, heurística da representatividade e viés egocêntrico). Após a publicação deste artigo, eles viriam a publicar muitos outros. O mais influente dentre os artigos posteriores foi publicado em 2007 (GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Faculty* Publications, vol. 93, n. 2, Paper 917, Nov. 2007). Neste último artigo, após abordar diversos estudos que comprovam o julgamento intuitivo por parte dos juízes, os autores reconhecem que há dois modelos de tomada de decisão (um intuitivo e outro deliberativo) e propõem um método hermenêutico no qual o sistema deliberativo tenha prevalência.

[52]Após acompanharem um comitê de livramento condicional em 1.112 decisões, coletadas em mais de cinquenta dias em um período de dez meses, os pesquisadores buscaram isolar a variável mais relevante na tomada de decisão pela concessão ou não do benefício. Quando a encontraram, o resultado foi de certo modo surpreendente: a variável mais importante era o momento do dia em que a decisão era tomada. No início da sessão, quando os membros do comitê estavam descansados e alimentados, as chances de os condenados receberem o benefício eram maiores. À medida em que as horas avançavam, as chances caíam drasticamente e, após a pausa para o descanso acompanhado de rejeição, o comitê voltava a conceder o benefício. A conclusão dos autores foi a de que, de fato, as decisões judiciais são influenciadas por variáveis extrajudiciais sem relação com o direito positivado (DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraoneous factors in judicial decisions. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS), v. 108, n. 17, 2011).

[53] A íntegra do trabalho, em língua alemã, pode ser encontrada em: <https://www.markschweizer.ch/wp-content/uploads/2017/09/schweizer_kognitive_t%C3%A4uschungen_vor_gericht.pdf>.

as decisões judiciais sujeitam-se ao viés cognitivo da ancoragem[54]. Em 2018, na Suécia, Moa Lidén defendeu a sua tese de doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Uppsala dedicada inteiramente ao viés de confirmação no processo penal[55]. E esses são apenas alguns exemplos de estudos de peso para demonstrar que este tema vem ganhando importância em todos os cantos do mundo.

Deve-se ressaltar, de todo modo, que estudos empíricos que analisem os vieses nas decisões judiciais ainda não são comuns no Brasil[56], razão pela qual trabalhos como o presente são fundamentais. Por ora, cumpre analisarmos precisamente o que significa decidir racionalmente e como a pressuposição de que o ser humano tende a ser racional tem sofrido sérios questionamentos nos últimos cinquenta anos.

1.4 A racionalidade humana e as ciências humanas e sociais

1.4.1 Introdução

Sob o ponto de vista puramente físico, sempre pareceu bastante improvável que o *homo sapiens* se tornaria a espécie dominante no planeta Terra. Certamente, os humanos não são os animais mais rápidos e fortes, não são os melhores caçadores ou reprodutores, não podem voar e não são exímios nadadores.

Sendo assim, o que diferencia os humanos dos demais animais a ponto de permitir tamanha dominação e controle? Uma resposta usual e comum a essa pergunta, que

---

[54] GEYRES, Béatrice. *Biais d'ancrage et ajustement sur les décisions judiciaires*: effet de l'expertise. Tese (Doutorado) apresentada à Universidade de Toulouse, sob orientação do Professor Jacques Py. Universidade de Toulouse, Faculdade de Psicologia, 2009.

[55] LIDÉN, Moa. *Op. cit.*

[56] Ricardo de Lins e Horta busca encontrar explicações para o fato de o tema ainda não ser difundido no Brasil. O autor aponta que um possível motivo seria o fato de que o Direito costuma se preocupar apenas com o *contexto de justificação* da decisão. Apenas esta seria objeto das teorias de hermenêutica ou argumentação jurídica. O *contexto da descoberta* seria tratado, no Brasil, como um problema para áreas como a *psicologia jurídica*, a *ciência política* ou a *sociologia jurídica* (HORTA, Ricardo de Lins e. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. Diálogos sobre a justiça, Brasília, n. 2, p. 38-48, mai./ago. 2014). A nosso ver, esse não é um diagnóstico completo, tendo em vista que, mesmo nessas áreas (psicologia, ciência política e sociologia), os trabalhos são escassos no Brasil. Uma segunda explicação dada pelo autor, esta mais convincente, está no reconhecimento de que o Direito, no Brasil, tem sido avesso a estudos empíricos, e a forma-padrão de argumentação, mesmo na área de pesquisa, ainda é o modelo de parecer, no qual o articulista usa o artigo apenas para defender o seu posicionamento jurídico acerca de determinada questão controvertida.

remonta a Aristóteles[57], indica que a distinção estaria na capacidade humana de utilizar a razão, ou seja, na racionalidade humana[58]. De forma similar, René Descartes menciona, logo no início de seu *Discurso do Método*, originalmente publicado em 1637, que: "*[...] quanto à razão ou ao senso, posto que é a única coisa que nos torna homens e nos distingue dos animais, quero crer que existe inteiramente em cada um, e seguir nisso a opinião comum dos filósofos*"[59].

Ainda defendendo que a faculdade da razão é o que distingue homens e animais, John Locke aduz, no *Ensaio acerca do entendimento humano*, que:

> [...] a palavra "razão" no idioma inglês tem diferentes significados: às vezes é tomada por princípios verdadeiros e claros; e outras vezes pela causa, e especialmente pela causa final. Mas a consideração que farei sobre ela importa num significado diferente de todos estes, dizendo respeito a como ela significa a faculdade do homem, que é a faculdade pela qual o homem é suposto distinguir-se das bestas, e pela qual é evidente que ele as ultrapassa[60].

Por sua vez, Leibniz também segue linha semelhante à Locke: *"Antes de falarmos explicitamente sobre a fé, trataremos da razão. [...] Aqui a consideramos como uma faculdade, pela qual supomos que o homem se distingue do animal e o supera de muito"*[61]. E, na doutrina jurídica brasileira, Luís Roberto Barroso, demonstrando concordância, ensina que: "*Os gregos inventaram a ideia ocidental de razão como um pensamento que segue princípios e regras de valor universal. Ela é o traço distintivo da condição humana, juntamente com a capacidade de acumular conhecimento e transmiti-lo pela linguagem*"[62].

---

[57] A referência a Aristóteles como autor dessa formulação não é simples e, geralmente, remonta ao início da obra *Política*, quando o filósofo afirma que o ser humano, diferentemente dos demais animais, possui *logos*, o que, segundo os estudiosos, significaria uma capacidade de se comunicar de forma inteligente. Para outros, contudo, a expressão seria melhor traduzida como a *linguagem*. De uma forma ou de outra, fato é que a distinção dos homens como *animais racionais* quase sempre é feita com referência inicial à filosofia aristotélica.

[58] Segundo o dicionário Houaiss, dentre os significados da palavra *racionalidade* está justamente a capacidade de exercer a razão. É o que se verifica do trecho extraído do verbete (HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva, p. 1603): "**Racionalidade** *s.f.* (1813) **1.** qualidade ou caráter do que é racional, lógico. **2.** capacidade de exercer a própria razão <*carecia da r. dos adultos*> **3.** propensão para encarar fatos e ideias de um ponto de vista puramente racional <*a estrita r. de alguns não lhes permite tirar proveito das virtualidades do aleatório*> **4.** MAT propriedade de um ser racional (falando-se de um número, variável ou função" .

[59] DESCARTES, René. *Discurso do método* (tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior). Coleção Os Pensadores. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 29.

[60] LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano* (tradução de Anoar Aiex). São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 297.

[61] LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos ensaios sobre o entendimento humano* (tradução de Luiz João Baraúna). 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 388.

[62] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 309.

Não por acaso, na nomenclatura *Homo Sapiens*, cunhada por Carl Linnaeus em 1758, a palavra *Sapiens* é comumente traduzida por *sábio*, revelando a autoimagem do ser humano como animal racional[63].

Reconhecida a importância da racionalidade para os seres humanos, deve-se aprofundar o seu conceito e investigar quais critérios podem ser utilizados para se classificar um comportamento como racional ou como irracional.

De início, ressalta-se que há duas classificações envolvendo a racionalidade que são adotadas por praticamente todos os teóricos que trabalham especificamente com este tema.

Em primeiro lugar, consoante tradição que remonta, mais uma vez, a Aristóteles, é comum que se faça a distinção entre a *racionalidade teórica* (ou epistêmica) e a *racionalidade prática*[64]. A primeira diz respeito ao uso da razão acerca de em que acreditar, e em como os seres humanos teorizam acerca de sua visão de mundo. Já a racionalidade prática diz respeito ao uso da razão acerca de como agir[65]. A distinção fica bastante clara com seguinte o exemplo, formulado por Gilbert Harman:

> Albert pensa em qual caminho seguir para chegar a Boston. Ele acha que, embora a rota oeste direta seja mais rápida, a rota leste cênica é mais longa, mas mais agradável, com menos tráfego. Ele está com pressa, mas provavelmente poderá chegar a tempo de qualquer maneira. Ele finalmente chega a uma decisão. O raciocínio que Albert segue ao decidir sobre o caminho a seguir é prático. Ele está decidindo o que fazer.
>
> Mais ou menos na mesma época, a amiga de Albert, Betty, tenta decidir o caminho que Albert seguirá. Ela pensa sobre o que Albert fez antes, sobre o que Albert gosta

[63] Como menciona José Claudio Morelli Matos em artigo dedicado ao tema, a questão referente à distinção entre os homens e os animais é um pouco mais complexa que isso, havendo, inclusive, autores que defendem que não há uma distinção qualitativa do homem frente aos outros animais no que diz respeito à razão, mas meramente quantitativa. Para aprofundar o tema, ver: MATOS, José Claudio Morelli. A questão da razão como critério distintivo entre homem e animal. *Filosofia Unisinos*, 12(1):48-55, jan/abr 2011.

[64] A divisão entre racionalidade prática e teórica tem sido utilizada por estudiosos que adotam a *Racionalidade* como objeto específico de pesquisa. Nesse sentido: "The domain of rationality is customarily divided into the theoretical [...] and the practical. Whereas theoretical or epistemic rationality is concerned with what it is rational to do, or intend or desire to do" (MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers. Introduction: Aspects of Rationality. In: MELE, Alfred R; RAWLING, Piers (Eds.). *The Oxford Handbook of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 3). Assim também: "Our topic is to be the relationship between two domains in which these concepts have application: the theoretical domain and the practical domain. The theoretical domain is the realm of belief formation: that is, the realm in which we come to a view about the way the world is. The practical domain, by contrast, is the realm of desire formation: that is, the realm in which we become disposed to make the world be one way rather than another" (SMITH, Michael. Humean Rationality. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 76-77).

[65] AUDI, Robert. Theoretical Rationality. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, p.17: "It is possible [...] to make a brief contribution to the topic of rationality if we distinguish, as Aristotle did, between theoretical and practical rationality and concentrate mainly on one of them. In outline, the distinction centers on the contrast between the rationality of cognitions, such as beliefs, in virtue of which we are theorizing beings seeking a true picture of our world and, on the other hand, the rationality of elements, such as actions, in virtue of which we are practical beings seeking *to do* thinks, in particular to satisfy our needs and desires".

> em uma rota e sobre a pressa de Albert. O raciocínio de Betty é teórico. Ela está tentando chegar a uma crença sobre o que Albert fará.
>
> O raciocínio prático nesse sentido mais ou menos técnico leva a (ou modifica) intenções, planos e decisões. O raciocínio teórico no sentido técnico correspondente leva a (ou modifica) crenças e expectativas. Existe também a possibilidade de que o raciocínio de qualquer tipo deixe as coisas inalteradas.
>
> Qualquer instância de raciocínio pode combinar raciocínio teórico e prático. Ao decidir qual caminho seguir, Albert pode ter que chegar a conclusões teóricas sobre quanto tempo levará para seguir o caminho leste. Ao pensar sobre qual rota Albert seguirá, Betty pode ter que raciocinar praticamente sobre se deve checar seus registros sobre as viagens anteriores de Albert a Boston[66].

A partir do exemplo, conclui-se, na linha de Harman, que o ato de raciocinar pode ser definido como o processo por meio do qual um indivíduo altera (ou mantém) suas crenças (*racionalidade teórica ou epistêmica*) ou suas escolhas, planos, ações e intenções (*racionalidade prática*)[67]. De todo modo, como fica claro no exemplo dado pelo autor, a decisão sobre o que fazer (*racionalidade prática*) depende, essencialmente, das crenças e expectativas que o agente construiu acerca de cada uma das alternativas (*racionalidade teórica*).

A segunda distinção é, por sua vez, mais importante para os fins deste trabalho, pois será importante para que se demonstre como a racionalidade era pensada de forma diferente na economia e na psicologia. Trata-se da dicotomia entre *racionalidade substantiva* e *racionalidade procedimental*, criada e difundida por Herbert A. Simon, ganhador do Prêmio Nobel de Economia em 1978, para representar, respectivamente, a racionalidade tal como utilizada na Economia em contraposição à racionalidade da Psicologia.[68]

---

[66] HARMAN, Gilbert. Practical Aspects of Theoretical Reasoning. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 45. No original: "Albert thinks about what route to take to get to Boston. He thinks that, while the direct western route is faster, the scenic eastern route is longer but more enjoyable with less traffic. He is in a bit of a hurry but could probably arrive on time going either way. He eventually reaches a decision. The reasoning Albert goes through in settling on what route to take is practical. He is deciding what to do. At about the same time, Albert's friend Betty tries to decide what route Albert will take. She thinks about what Albert has done before, what Albert likes in a route, and how much of a hurry Albert is in. Betty's reasoning is theoretical. She is trying to arrive at a belief about what Albert will do. Practical reasoning in this more or less technical sense leads to (or modifies) intentions, plans, and decisions. Theoretical reasoning in the corresponding technical sense leads to (or modifies) beliefs and expectations. There is also the possibility that reasoning of either sort leaves things unchanged. Any given instance of reasoning may combine both theoretical and practical reasoning. In deciding which route to take, Albert may have to reach theoretical conclusions about how long it will take to go by the eastern route. In thinking about which route Albert will take, Betty may have to reason practically about whether to check her records about Albert's past trips to Boston".

[67] *Ibid.*, p. 48. No original: "[...] we can say that theoretical reasoning is a process by which *in the first instance* you change your beliefs and expectations and that practical reasoning is a process by which *in the first instance* you change your choices, plans and intentions".

[68] SIMON, Herbert A. From substantive to procedural rationality. In: KASTELEIN T.J.; KUIPERS, S. K.; NIJENHUIS, W. A.; WAGENAAR, G. R. *25 Years of Economic Theory*. Boston, MA: Springer, 1976, pp. 65-86.

Segundo a ideia de racionalidade substantiva, um comportamento será racional quando for apropriado ao atingimento dos objetivos do agente. Ou seja, quando o agente, em consonância com a representação que ele tem das coisas, agir na direção de um objetivo, o comportamento pode ser tido como racional. É nesse sentido, por exemplo, a definição da Enciclopédia das Ciências Cognitivas do MIT, segundo a qual "*o agente* [racional] *deve ter uma competência de meio-fim, para ajustar suas ações ou decisões aos seus desejos ou suas estruturas de objetivos, de acordo com suas crenças ou representações do conhecimento*" (tradução livre)[69].

O conceito de racionalidade para a economia neoclássica (que deu origem às teorias da decisão) sempre foi claramente substantivo e, mais do que isso, pressupunha que: (1) uma decisão racional é aquela em que o agente compara a utilidade esperada de cada uma das alternativas, e decide por aquela que maximize a referida utilidade (*expected utility theory*); e (2) o agente é, de fato, ao menos em regra, racional, ou seja, decide pela alternativa que melhor realize os seus objetivos e preferências (*premissa de racionalidade sob o ângulo descritivo*). Juntas, essas duas premissas são origem à *teoria da escolha racional* (*rational choice theory*), ao menos em sua formulação mais conhecida e utilizada[70].

É importante que se perceba que, enquanto a teoria da utilidade esperada nasceu como um critério para se aferir se uma decisão é ou não racional - ou para se decidir racionalmente qual é a melhor alternativa (tratando-se, inicialmente, portanto, de uma teoria normativa), a *teoria da escolha racional* acrescenta a ela o pressuposto de que, como regra geral, os agentes são de fato racionais e decidem buscando alcançar seus objetivos e preferências - tratando-se, a princípio, de uma teoria descritiva acerca do comportamento dos agentes econômicos. Fato é que a racionalidade econômica incorporou ambas as premissas, de modo que ela parte do pressuposto de que os agentes econômicos são racionais e, por isso, decidem, em regra, por alternativas que maximizam a sua utilidade esperada.

Saindo do âmbito da *racionalidade substantiva*, tem-se, de outro lado, que, segundo a *racionalidade procedimental*, uma decisão é racional quando é resultado de um processo deliberativo apropriado. Normalmente, quando os psicólogos mencionam a ideia de

---

[69] WILSON, Robert A.; KEIL, Frank C. *The MIT encyclopedia of the cognitive sciences.* Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2001, p. 698. No original: "[T]he agent must have a means-end competence to fit its actions or decisions, according to its beliefs or knowledge representations, to its desires or goal-structure".

[70] SIMON, Herbert A. *Op. cit.*, p. 66: "Behavior is substantively rational when it is appropriate to the achievement of given goals within the limits imposed by given conditions and constraints. [...] Classical economic analysis rests on two fundamental assumptions. The first assumption is that the economic actor has a particular goal - *e.g.*, utility maximization or profit maximization. The second assumption is that the economic actor is substantively rational".

racionalidade, estão fazendo referência a esse conceito, em contraposição ao comportamento irracional, que é aquele realizado de forma impulsiva e sem uma intervenção adequada do pensamento e do raciocínio[71].

Percebe-se que havia um abismo entre, de um lado, a forma com a qual a economia neoclássica (e as teorias da decisão que a acompanhavam) trabalhava com a racionalidade (racionalidade substantiva, pressupondo que, como regra, os agentes econômicos decidem racionalmente pelas alternativas que maximizam a sua utilidade) e, do lado oposto, a ideia de racionalidade procedimental da psicologia (como um processo controlado e movido pela razão por meio do qual se chegava a conclusões sobre crenças e ações). Para que se entenda melhor a premissa, convém que seja apresentada brevemente a forma por meio da qual a economia clássica estudava a racionalidade humana para que se analise, em seguida, os impactos nela produzidos pela obra de Herbert A. Simon, que buscou conjugar as duas vertentes da racionalidade (substantiva e procedimental) em seus estudos econômicos.

1.4.2 A racionalidade na economia neoclássica

Conforme ressaltado no tópico anterior, a forma pela qual a racionalidade opera na economia neoclássica se dá pela conjugação de duas premissas[72]: (1) a de que, diante de uma

[71] SIMON, Herbert. A. *Op. cit.*, p. 67: "Behavior is procedurally rational when it is the outcome of appropriate deliberation. Its procedural rationality depends on the process that generated it. When psychologists use the term 'rational', it is usually procedural rationality they have in mind. William James, for example, used 'rationality' as synonymous with 'the peculiar thinking process called reasoning'. Conversely, behavior tends to be described as 'irrational' in psychology when it represents impulsive response to affective mechanisms without an adequate intervention of thought".

[72] Embora a economia neoclássica trabalhe com a conjugação da pressuposição de racionalidade com a teoria da utilidade esperada (*expected utility theory*), é importante que se tenha em mente que é possível que uma delas funcione sem a outra. A teoria da utilidade esperada significa, a rigor, que uma decisão pode ser considerada racional quando as suas consequências maximizarem a utilidade esperada para o agente; e, de um ponto de vista normativo, busca orientar o agente sobre qual alternativa representa a melhor decisão. Ou seja, trata-se de uma teoria da decisão, não partindo necessariamente do pressuposto de que todos os agentes são racionais. Basta notar as suas origens em Blaise Pascal e em Daniel Bernoulli. Por outro lado, é possível a pressuposição de racionalidade humana trabalhando com outras teorias normativas (como critério de decisão) que não a utilidade esperada (*expected utility theory*). Por exemplo, antes mesmo de a economia adotar a *teoria da utilidade esperada*, já era predominante a ideia de que os homens decidiam racionalmente, mas buscando maximizar os próprios interesses (*self-interest theory*), o que, conforme veremos, não é exatamente a mesma coisa que utilidade (tendo em vista que é possível que o agente tenha interesses altruísticos, de modo que a maior utilidade para ele pode derivar de uma alternativa que atenda às necessidades de outrem). Além disso, é possível que um agente racional decida segundo um critério de *satisficing* (que é outro critério de decisão que não se confunde com a utilidade esperada), tema que será trabalhado em tópico posterior deste Capítulo. Quando a pressuposição de racionalidade humana se juntou com a *teoria da utilidade esperada*, surgiu o que se convencionou chamar de *teoria da escolha racional*. É importante que se mencione, no entanto, que existem autores que consideram que há *teoria da escolha racional* mesmo sem a adoção da *teoria da utilidade esperada*, bastando que o agente aja racionalmente para o atingimento de seus objetivos. Trata-se do que Thomas S. Ulen e Russell B. Korobkin denominaram de versão "grossa" da

pluralidade de opções, a decisão racional é aquela que adota a alternativa que maximize a utilidade esperada do agente (*expected utility theory*); e (2) a de que os agentes são de fato racionais, ou seja, decidem racionalmente entre as alternativas para escolher a que se ajuste às suas preferências. A união dessas duas premissas dá origem à *teoria da escolha racional*, segundo a qual os agentes são em regra racionais e decidem maximizando a sua utilidade. Corroborando essa assertiva, em artigo dedicado especificamente à racionalidade na Economia, Paul Weirich leciona que: "*a teoria econômica assume, como uma primeira aproximação, que indivíduos e sociedades decidem racionalmente*"[73] (tradução livre).

A base teórica inicial para a primeira premissa acima descrita (*teoria da utilidade esperada*) advém de uma troca de cartas, ocorrida em 1954, entre Blaise Pascal e Pierre de Fermat, sobre problemas matemáticos envolvendo apostas. A conclusão destes estudiosos foi a de que seria possível obter o valor esperado de determinada aposta ao se multiplicar o valor do prêmio oferecido pela probabilidade de obtê-lo (que seria sempre um valor entre 0 e 1). Dentre as alternativas disponíveis para a aposta, o agente racional deveria escolher a opção que possuir o valor esperado mais elevado, que é obtido pelo resultado dessa multiplicação.

Mais tarde, Blaise Pascal aplicaria essa metodologia para aferir a racionalidade de crenças (*racionalidade teórica ou epistêmica*) e ações (*racionalidade prática*) em diversos domínios da vida. A título de exemplo, uma de suas afirmações mais conhecidas é a de que é racional acreditar em Deus, mesmo para um cético que entenda haver apenas uma pequena probabilidade de sua existência. Isso porque os benefícios de acreditar são infinitos (a salvação eterna), e os custos são mínimos (abrir mão de alguns prazeres mundanos). Do outro lado, a alternativa de não crer teria como benefício apenas a possibilidade de usufruir esses prazeres, tendo, no entanto, custos infinitos (a eternidade de punição). Logo, ainda que multiplicado por uma probabilidade pequena, o valor esperado de se crer em Deus seria infinito e, assim, uma pessoa racional deveria fazê-lo[74].

A forma de pensamento de Blaise Pascal ficou conhecida como *princípio da expectância matemática* e, nesse momento inicial, uma decisão racional era a que escolhia a

---

teoria da escolha racional (KOROBKIN, Russel B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, vol. 88 (July 2000), n. 4, pp. 1051-1144).

[73] WEIRICH, Paul. Economic Rationality. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 380. No original: "Economic theory assumes as a first approximation that individuals and societies choose rationally".

[74] O raciocínio consta de: PASCAL, Blaise. *Pensées and Other Writings* (trad. Honor Levi). New York: Oxford University Press, 1995, p. 153 e seguintes. A obra original foi publicada, de forma póstuma, em 1670.

alternativa que maximizasse o valor esperado para o agente. Racionalidade significava, então, decidir segundo as diretrizes desse princípio.

No entanto, essa fórmula simples de cálculo não era capaz de explicar algumas situações, como, por exemplo, a existência do mercado de seguros, no qual o prêmio pago pelo segurado é sempre superior ao valor esperado da cobertura (probabilidade de ocorrência do sinistro *x* valor da indenização), pois, do contrário, as seguradoras não seriam economicamente viáveis. A viabilidade econômica das loterias também não seria passível de explicação, já que a sua existência depende necessariamente de o valor pago individualmente por cada bilhete ser superior ao seu valor esperado (probabilidade de ganhar *x* prêmio), pois apenas assim haverá lucro para quem organiza o referido jogo. Para resolver essas inconsistências, o matemático suiço Daniel Bernoulli publicou um ensaio em 1738 denominado *Commentarri Academiae Scientiarum Impearialis Petropolitanae*, ressaltando que, na verdade, o que determinaria a racionalidade de uma escolha não seria o *valor ou o preço esperado*, mas sim a *utilidade esperada* para o agente. Nas palavras de Bernoulli:

> Para deixar isso claro, talvez seja aconselhável considerar o seguinte exemplo: de alguma forma, um sujeito muito pobre obtém um bilhete de loteria que possui uma igual probabilidade, de um lado, lhe dar nada, ou, de outro lado, lhe dar vinte mil ducados. Esse homem avaliará sua chance de ganhar em dez mil ducados? Ele seria insensato se vendesse esse bilhete de loteria por nove mil ducados? Para mim, a resposta é negativa. Por outro lado, estou inclinado a acreditar que um homem rico seria insensato caso se recusasse a comprar o bilhete de loteria por nove mil ducados. Se não estou errado, então parece claro que os homens não devem todos utilizar a mesma regra para avaliar a aposta. [...] a determinação do valor de um item não deve se basear no preço, mas na utilidade que ele gera. O preço do item depende apenas da coisa em si e é igual para todos; a utilidade, no entanto, depende das circunstâncias particulares da pessoa que faz a estimativa. Portanto, não há dúvida de que um ganho de mil ducados é mais significativo para um pobre do que para um homem rico, embora ambos ganhem a mesma quantia[75]. (tradução livre)

De forma conexa a essa ideia, Daniel Bernoulli acabou por desenvolver a ideia que ficou conhecida como a *lei da utilidade marginal decrescente*, segundo a qual quanto maior

[75] BERNOULLI, Daniel. Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk (traduzido do latim para o inglês por Louise Sommer). *Econometrica*, vol. 22, n. 1, pp. 23-36, jan./1954 (original publicado em 1738), p. 24: "To make this clear it is perhaps advisable to consider the following example: Somehow a very poor fellow obtains a lottery ticket that will yield with equal probability either nothing or twenty thousand ducats. Will this man evaluate his chance of winning at ten thousand ducats? Would he not be ill-advised to sell this lottery ticket for nine thousand ducats? To me it seems that the answer is in the negative. On the other hand I am inclined to believe that a rich man would be ill-advised to refuse to buy the lottery ticket for nine thousand ducats. If I am not wrong then it seems clear that all men cannot use the same rule to evaluate the gamble. [...] the determination of the value of an item must not be based on its price, but rather on the utility it yields. The price of the item is dependent only on the thing itself and is equal for everyone; the utility, however, is dependent on the particular circumstances of the person making the estimate. Thus there is no doubt that a gain of one thousand ducats is more significant to a pauper than to a rich man though both gain the same amount".

a riqueza (de determinada pessoa, com relação à um bem específico, ou a dinheiro), menor é a utilidade adicional que decorre do aumento de cada valor unitário daquele bem (ou dinheiro) na referida riqueza[76].

Ao desenvolver a sua filosofia moral de bases utilitaristas, Jeremy Bentham resgatou algumas das ideias de Bernoulli sobre utilidade e, em sua obra *The Philosophy of Economic Science*, também adotou o conceito de *utilidade marginal decrescente*. Com essas ideias, Bentham acabou por influenciar uma série de economistas. De todo modo, é importante que se ressalte que, desde Bernoulli, havia um tom de subjetividade na ideia de utilidade esperada, tendo em vista que o que importava não era um suposto valor objetivo de cada bem, mas o quanto ele valia para aquela pessoa determinada (e o quanto aquele bem vale para cada pessoa depende, inclusive, da quantidade que o indivíduo já possui daquela determinada coisa).

Conforme lecionam Rafael Tiecher Cusinato e Sabino Porto Júnior, por conta dessa subjetividade, sempre foi um desafio a criação de um axioma que permitisse representar numericamente a utilidade esperada de cada opção. Francis Edgeworth tentou, mas o *teorema da utilidade esperada* acabou sendo aceito apenas tal como elaborado por John Von Neumann e Oskar Morgenstern, inicialmente na primeira edição de sua obra *Theory of Games and Economic Behavior,* de 1944, mas provado apenas com a segunda edição do livro, em 1947. Em razão de sua autoria, ficou conhecido como *Teorema de Von Neumann-Morgenstern*[77].

Ainda que existam algumas variações, propostas por diversos estudiosos, com relação ao teorema, fato é que ele é utilizado para calcular a utilidade esperada até os dias de hoje. Deve-se, de toda forma, fazer uma observação importante com relação à teoria da utilidade esperada: trata-se, ao menos em sua origem, de uma teoria que diz respeito a uma escolha ser ou não racional. A premissa econômica de que os agentes são de fato racionais e decidem de modo a maximizar a sua utilidade advém da conjugação da teoria da utilidade esperada com a pressuposição de racionalidade sob o ângulo descritivo, dando origem à *teoria da escolha racional*. Em outros termos, de fato, os economistas acolheram a teoria da utilidade esperada somada a essa pressuposição de racionalidade, a ponto de os conceitos se confundirem atualmente, mas, em suas origens, a referida teoria servia apenas para se aferir se uma escolha era ou não racional, ou para auxiliar, normativamente, na escolha da opção mais racional.

---

[76] Até os dias de hoje, a *lei da utilidade marginal decrescente* costuma ser utilizada para explicar a progressividade de determinados impostos, como o imposto de renda, por exemplo.

[77] CUSINATO, Rafael Tiecher; PORTO JÚNIOR, Sabino. A teoria da decisão sob incerteza e a hipótese da utilidade esperada. *Estudos do CEPE (UNISC)*, Santa Cruz do Sul/RS, v. 22, pp. 7-38, 2005. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/fce/wp-content/uploads/2017/02/TD11_2004_cusinato_portojr.pdf>. Acesso em: 15 de outubro de 2019.

Sobre a pressuposição de racionalidade dos homens, é comum que se atribua as suas origens a autores como John Stuart Mill e Adam Smith. Com relação ao primeiro, há uma passagem escrita em seu ensaio *On the Definition of Political Economy; and on the Method of Investigation Proper to it*, de 1836, em que Mill menciona que:

> [A economia política] não trata de toda a natureza humana como modificada pelo estado social, e nem de todo o comportamento do homem na sociedade. Ela se preocupa com ele apenas como um ser que deseja possuir riqueza, e que é capaz de comparar a eficácia dos meios necessários a obter esse fim[78]. (tradução livre)

Um dado interessante é o de que, em um primeiro momento, partiu-se da premissa de que os agentes agiam racionalmente, em busca da maximização de seus próprios interesses (e não de suas preferências ou de sua utilidade), com uma perspectiva que, em um momento posterior, seria considerada egoística. Um exemplo da visão que a economia possuía nesse primeiro momento pode ser extraída da lição de Mill transcrita acima, no sentido de tratar o homem como um ser que deseja possuir riqueza, e que é capaz de comparar a eficácia dos meios necessários a obter esse fim. De forma ainda mais explícita, Francis Edgeworth asseverou que: "*O primeiro princípio da economia é que todo agente age apenas por interesse próprio*"[79].

Essa visão ganhou ainda mais corpo quando Adam Smith defendeu não apenas que o homem se comporta de forma autointeressada, como também que o progresso da sociedade e o aumento da utilidade geral decorreria dessa forma de comportamento[80]. Em seus conhecidos dizeres descritivos sobre como o ser humano se comporta de forma autointeressada:

> Não é da benevolência do açougueiro, do cervejeiro ou do padeiro que esperamos nosso jantar, mas da consideração que eles têm pelo seu próprio interesse. Digirimo-nos não à sua humanidade, mas à sua autoestima, e nunca lhes falamos das nossas próprias necessidades, mas das vantagens que advirão para eles[81].

---

[78] MILL, John Suart. On the Definition of Political Economy; and on the Method of Investigation Proper to It. *London and Westminster Review*, IV and XXVI, October 1836. No original: "[Political economy] does not treat the whole of man's nature as modified by the social state, nor of the whole conduct of man in society. It is concerned with him solely as a being who desires to possess wealth, and who is capable of judging the comparative efficacy of means for obtaining that end".

[79] EDGEWORTH, Francis. *Mathematical Psychics: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*. London: Kegan Paul, 1881, p. 16. No original: "*The first principle of economics is that every agent is actuated only by self-interest*".

[80] WEIRICH, Paul. *Op. cit.*, p. 382: "Economists point out that, contrary to common belief, self-interest does not generate a war of all against all. One of the lessons of Adam Smith's *The Wealth of Nations* is that agents pursuing self-interest are often led to cooperate because cooperation is frequently an excellent means of promoting their own interests. Self-interest agents may trade goods, for instance, because each benefits from the exchange (Smith, 1976, p. 26-27). Smith proclaims that self-interest leads agents to act as if an invisible hand were guiding their behavior toward the common good (1976, p. 456)".

[81] SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas* (trad. Luiz João Baraúna), vol. I. Coleção Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 74.

E, em trecho posterior, destacando os benefícios, para a sociedade, de que os homens de fato assim procedam:

> [...] já que cada indivíduo procura, na medida do possível, empregar seu capital em fomentar a atividade nacional e dirigir de tal maneira essa atividade que seu produto tenha o máximo valor possível, cada indivíduo necessariamente se esforça por aumentar ao máximo possível a renda anual da sociedade. Geralmente, na realidade, ele não tenciona promover o interesse público nem sabe até que ponto o está promovendo. [...] orientando sua atividade de tal maneira que sua produção possa ser de maior valor, visa apenas a seu próprio ganho e, neste, como em muitos outros casos, é levado como que por uma mão invisível a promover um objetivo que não fazia parte de suas intenções. Aliás, nem sempre é pior para a sociedade que esse objetivo não faça parte das intenções do indivíduo. Ao perseguir seus próprios interesses, o indivíduo muitas vezes promove o interesse da sociedade muito mais eficazmente do que quando tenciona realmente promovê-lo[82].

Portanto, em uma etapa inicial, a economia neoclássica já adotava a premissa de racionalidade do homem, e entendia que ele se comportaria, normalmente, de forma autointeressada (buscando maximizar seus interesses).

Em um segundo momento, especialmente quando o *Teorema de Von Neumann-Morgenstern* passou a ser aceito pela comunidade científica, foi possível colocar em axiomas as crenças e preferências do indivíduo, e, então, com a incorporação da teoria da utilidade esperada à *teoria da escolha racional*, a visão prevalecente passou a ser a premissa de que os agentes são racionais e decidem de forma a maximizar a sua utilidade, o que não necessariamente corresponde a um comportamento autointeressado, pois o agente pode ser egoísta, altruística, autodestrutivo ou até masoquista, desde que isso corresponde à sua preferência. Nesse sentido, a didática de Cristina Bicchieri não deixa dúvidas:

> A premissa central da teoria da escolha racional é a de que um tomador de decisão escolhe a melhor ação disponível de acordo com as suas preferências. O conteúdo dessas preferências é irrestrito. A preferência dos agentes podem ser egoístas, altruístas, autodestrutivas ou até masoquistas. As preferências espelham valores e disposições que estão além dos limites da racionalidade. [...] Se as preferências forem bem comportadas, elas podem ser representadas por funções de utilidade, e racionalidade consiste em maximizar a utilidade do indivíduo, ou encontrar o maior valor em sua função de utilidade[83] (tradução livre).

---

[82] *Ibid.*, p. 438.

[83] BICCHIERI, Cristina. Rationality and Game Theory. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 183: "The theory of rational choice's central assumption is that a decision maker chooses the best action available according to her preferences. The content of preferences is unrestricted. Agents' preferences may be selfish or altruistic, self-defeating or even masochistic. Preferences mirror values and dispositions that are beyond the pale of rationality. [...] If preferences are well behaved, they can be represented by utility functions, and rationality consists in maximizing one's utility, or finding the maximum value for one's utility function".

Também no sentido de que maximizar a utilidade (à qual se acresce a qualificação de esperada, no caso de decisões tomadas sob condições de incertezas) é diferente de adotar um comportamento autointeressado, Paul Weirich argumenta que:

> Embora, como observa Arrow (1963, p. 3), a tradição econômica considere a racionalidade um tipo de maximização, a moderna teoria da utilidade, ao considerar a racionalidade como maximização da utilidade, se afasta da visão de que a racionalidade é a maximização dos interesses próprios. A atribuição de utilidade de um agente não precisa seguir o interesse próprio. Outros objetivos, incluindo a preocupação com outras pessoas, podem influenciar a atribuição de utilidade de um agente. De acordo com essa nova visão, a racionalidade passa a considerar todos os objetivos possíveis de um agente[84] (tradução livre).

Nesse segundo momento, portanto, conjugando-se o que havia sido desenvolvido a título de *teoria da utilidade esperada* com a premissa de que os homens fazem escolhas racionais, chegou-se ao pilar fundamental da economia neoclássica: o de que os homens são agentes racionais e decidem de forma a maximizar a sua utilidade.

Independentemente dessa evolução acerca do que as pessoas buscam em suas decisões econômicas (partindo de um momento em que se entendia que a busca era por realizar interesses próprios até quando passou-se a adotar o conceito amplo de utilidade, abrangente de comportamentos altruísticos ou mesmo autodestrutivos), uma premissa permaneceu incólume: a de que essa decisão era tomada de uma forma racional. Conforme será demonstrado, essa premissa acabou por sofrer duras críticas por parte de Herbert A. Simon, que pretendeu trazer as ideias de racionalidade procedimental da psicologia também para o campo econômico.

1.4.3 Herbert A. Simon, o conceito de *bounded racionality* e a heurística do *satisficing*

Por volta da metade do século XX, Herbert A. Simon observou que a forma por meio da qual a economia trabalhava com a racionalidade humana não dialogava com os estudos da psicologia sobre o tema[85]. Assim, ao realizar uma análise dialógica sobre o conceito, Simon

[84] WEIRICH, Paul. *Op. cit.*, p. 384. No original: "Although as Arrow (1963, 3) observes, economic tradition takes rationality to be some sort of maximization, modern utility theory in taking rationality as maximization of utility departs from the view that rationality is maximization of self- interest. An agent's utility assignment need not follow self-interest. Other goals, including concern for other people, may influence an agent's utility assignment. According to the new view, rationality recognizes all of an agent's goals".

[85] SIMON, Herbert A. From substantive to procedural rationality. In: KASTELEIN T.J.; KUIPERS, S. K.; NIJENHUIS, W. A.; WAGENAAR, G. R. *25 Years of Economic Theory*. Boston, MA: Springer, 1976, pp. 65-86, p. 65: "Rational human behavior has been a central object of study in the two distinct disciplines of economics and cognitive psychology. A person unfamiliar with the histories and contemporary research preoccupations of these

opôs severas críticas à forma como a economia neoclássica trabalhava com a ideia de que os agentes econômicos decidiam de forma racional e buscando sempre maximizar a sua utilidade.

Em primeiro lugar, Simon percebeu que o modelo da economia neoclássica parte do pressuposto que o agente que iria tomar a decisão conseguiria contemplar e compreender tudo o que está à sua volta no momento de decidir. Esse agente entenderia o alcance de cada uma das alternativas e também todas as consequências que cada uma delas produziria no futuro (ou, ao menos, ele conseguiria determinar a probabilidade de cada uma delas). Além disso, essa visão pressupõe que o tomador de decisão conciliar todos os seus valores conflitantes em uma ordem de preferência, pois apenas assim ele saberia quanta utilidade poderia esperar da promoção de cada um de seus valores[86]. Essas pressuposições estão, no entanto, em dissonância com as limitações cognitivas do ser humano, como percebeu Simon.

Além disso, a *teoria da utilidade esperada*, tal como adotada na economia (ou seja, como uma teoria descritiva acerca de como os agentes de fato decidem) não diz nada sobre como cada uma das alternativas da decisão chegou à atenção ou ao conhecimento do agente. Ela simplesmente parte do pressuposto de que as alternativas já estavam lá, quando, na realidade, o agente não necessariamente conhece todas as alternativas que possui (e, na maioria das vezes, ele não as conhece). Simon exemplifica com o mercado de seguros contra inundações. Segundo a economia neoclássica, os proprietários de imóveis irão contratar o seguro se, levada em consideração a *utilidade marginal decrescente*, a utilidade esperada da decisão pela contratação (probabilidade de ocorrência do sinistro vezes o prejuízo evitado) for superior ao prêmio pago. Todavia, continua o autor, em 1978 foi publicado o resultado de uma pesquisa realizada por Howard Kunreuther e outros seis cientistas acerca das decisões de proprietários em contratar o referido seguro[87], e a conclusão foi a de que o critério determinante

two disciplines might imagine that there were close relations between them - a constant flow of theoretical concepts and empirical findings from the one to the other and back. In the United States, at least, there seem to be no doctoral programs in economics that require their students to master the psychological literature of rational choice, and no psychology programs that insist that their students become acquainted with economic theories of rationality".

[86] SIMON, Herbert A. *Reasons in Human Affairs*. Stanford, California: Stanford University Press, 1983, pp. 13--14. No original: "The SEU model assumes that the decision maker contemplates, in one comprehensive view, everything that lies before him. He understands the range of alternative choices open to him, not only at the moment but over the whole panorama of the future. He understands the consequences of each of the available choice strategies, at least up to the point of being able to assign a joint probability distribution to future states of the world. He has reconciled or balanced all his conflicting partial values and synthesized them into a single utility function that orders, by his preference for them, all these future states of the world".

[87] KUNREUTHER, H.; GINSBERG, R.; MILLER, L.; SAGI, P.; SLOVIC, P.; BORKAN, B.; KATZ, N. *Disaster Insurance Protection: Public Policy Lessons*. New York: Wiley, 1978.

para a contratação foi o fato de eles já terem sofrido alguma vez com inundação ou de conviverem com pessoas que já tenham-no sofrido[88].

Por isso, para entender o que leva alguém a contratar seguro, o importante é entender as circunstâncias que atraem a atenção dos proprietários para essa possível decisão. Segundo Simon, a ideia de maximização de utilidade não é suficiente ou necessária para tanto. Isso porque, em regra, as pessoas sequer avaliam a alternativa de contratação de um seguro do gênero, a menos que isso tenha sido levado à sua atenção por conta de algum acontecimento. O o que verdadeiramente importa, portanto, é saber o que leva determinada alternativa à agenda decisória do agente, e não a análise do custo e benefício de uma opção já conhecida[89].

Conforme conclui Simon: "*Os seres humanos não possuem à sua disposição os fatos, a estrutura consistente de valores, e o poder de raciocínio que seriam necessários [...] para aplicar os princípios da teoria da utilidade esperada*"[90]. Em termos mais técnicos, os seres humanos estão sujeitos ao que Herbert Simon denominou de *racionalidade limitada* ("*bounded rationality*"). Essas limitações correspondem a fatores como a tratabilidade do problema, as informações disponíveis, as limitações cognitivas dos seres humanos e o tempo disponível para a tomada de decisão.

Diante dessas limitações, Simon questiona a assertiva segundo a qual os seres humanos decidem pela alternativa que maximize a sua utilidade, e propõe que as decisões são tomadas, na realidade, por intermédio de uma heurística (atalho mental) que denominou de *satisficing*[91]. Basicamente, trata-se de reconhecer que, como a racionalidade nas decisões é limitada pelos fatores acima mencionados, não há como se analisar o custo-benefício de toda e qualquer alternativa existente. Por isso, o agente não decide pela alternativa dita como "ótima"

---

[88] Essa conclusão dos autores revela o que posteriormente foi denominado de *heurística da disponibilidade*, que significa que as pessoas tendem a julgar a frequência de ocorrência de determinado fato pela facilidade com que essas ocorrências vêm à mente (cf. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 165-166).

[89] SIMON, Herbert A. Rationality in Psychology and Economics. *The Journal of Business*, vol. 59, n. 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory (Oct., 1986), pp. S209-S224, p. S215-S216: "Kunreuther et al. (1978) have studied decisions of property owners whether to purchase insurance against flood damage. Neoclassical theory would predict that an owner would buy insurance if the expected reimbursable damage from floods was greater than the premium. The actual data are in egregious conflict with this claim. Instead it appears that insurance is purchased mainly by persons who have experienced damaging floods or who are acquainted with persons who have had such experiences, more or less independently of the cost/benefit ratio of the purchaser".

[90] SIMON, Herbert A. *Reasons in Human Affairs*. Stanford, California: Stanford University Press, 1983, p. 17. No original: "[...] human beings have neither the facts nor the consistent structure of values nor the reasoning power at their disposal that would be required [...] to apply SEU principles".

[91] A primeira vez que Simon descreveu a ideia por detrás do termo foi em seu livro *Administrative Behavior*, em 1947. O termo e o desenvolvimento do conceito apareceriam, contudo, apenas em 1956, com a publicação do artigo "*Rational Choice and the Structure of the Environment*".

(a que maximiza a sua utilidade), mas por aquela que chegue ao seu conhecimento e que preencha os requisitos satisfatórios mínimos. Quando um indivíduo decide comprar um apartamento, por exemplo, ele não tem condições (incluindo o tempo!) de analisar e comparar todos os imóveis disponíveis para a venda em uma cidade ou bairro. Ele visita apartamentos até que um deles atinja as pré-condições e os requisitos que ele busca em um apartamento.

Com o desenvolvimento de suas teorias, Simon acabou por inovar em três aspectos: (1) defendeu um intercâmbio entre a noção de racionalidade da economia e a da psicologia; (2) propôs que a racionalidade humana na tomada de decisões é limitada; e (3) sugeriu que as decisões humanas no mundo real não são, em geral, maximizadoras - são, na verdade, decididas segundo uma heurística que visa a escolher a alternativa considerada como satisfatória dentre aquelas que chegam ao conhecimento do agente, poupando tempo e recursos que seriam gastos se ele tivesse que buscar conhecer todos os dados sobre todas as alternativas.

A consagração dessas três ideias de Simon acabou por abrir caminho para as pesquisas de Amos Tversky e Daniel Kahneman e, assim, para o desenvolvimento do programa de pesquisa sobre vieses e heurísticas. Reconhecendo a importância de Simon no que diz respeito a esse pioneirismo, Adriana Sbicca leciona que:

> O conceito de heurística, regras que simplificam a tomada de decisão, inspira autores e estimula trabalhos teóricos e experimentos a respeito do comportamento do agente econômico. Um primeiro impulso para estudos ao redor deste tema foi dado por Herbert Simon que, ao final da década de 1940, passou a construir uma abordagem utilizando uma hipótese de racionalidade que enfatizava as limitações cognitivas[92].

Passa-se, então, ao estudo dessa linha de pesquisa, que daria novo impulso aos questionamentos sobre a pressuposição de racionalidade humana. Antes, e buscando contextualizar o programa, apresentar-se-á a forma como a psicologia trabalhou, ao longo da história, com a racionalidade humana.

1.4.4 A racionalidade humana na psicologia e os estudos sobre heurísticas e vieses

O estudo da natureza e do comportamento humano é bastante antigo. No século 5 a.C., Platão, Aristóteles e outros filósofos gregos já formulavam questionamentos sobre temas

[92] SBICCA, Adriana. Heurísticas no estudo das decisões econômicas: contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 579-603, setembro, 2014, p. 580. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612014000300006>. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

que, atualmente, constituem o objeto da ciência denominada de psicologia[93], inclusive sobre o comportamento irracional, que era denominado de *akrasia*, e definido como a ação livre de uma pessoa em sentido contrário ao que a ela própria julga como sendo a melhor alternativa[94].

No entanto, ainda não era possível conceituar esses estudos como *psicologia.* Isso porque há algo marcadamente diferente entre a forma como se estudava esses temas neste período e a que se passou a adotar apenas no século XIX, com o surgimento deste campo da ciência: o método científico. Como ensinam Duane P. Schultz e Sydney Ellen Schultz, até o último quarto do século XIX, filósofos estudavam a natureza humana por meio de especulações, intuições e generalizações baseadas em suas próprias experiências. Apenas quando os métodos de observação e experimentação utilizados nas ciências físicas e biológicas foram transpostos para esse campo, é que se pode falar propriamente em psicologia como ciência, desvinculada da filosofia[95]. Com essas características, a fundação da psicologia como disciplina acadêmica e como ciência é normalmente atribuída a Wilhelm Wundt, que, em 1879, montou, em Leipzig, o primeiro laboratório experimental destinado a estudar fenômenos psicológicos[96].

---

[93] HERGENHAHN, B. R. *Introduction to the history of psychology*. 3. ed. Wadsworth: Wadsworth Publishing Co, 2000, p: 2: "[...] did psychology commence when explanations of human cognitive experience, such as those proposed by the early Greeks, became more systematic? Plato and Aristotle, for example, created elaborate theories that attempted to account for such processes as memory, perception, and learning".

[94] MELE, Alfred R. Motivated Irrationality. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, p. 241: "In Plato's *Protagoras*, Socrates says that the common view about akratic action is that 'many people who know what it is best to do are not willing to do it, though it is in their power, but do something else' (Plato 1953, 352d). Here he raises (among other issues) the central question in subsequent philosophical discussion of *akrasia*: is it possible to perform uncompelled intentional actions that, as one recognizes, are contrary to what one judges best, the judgment being made from the perspective of one's values, principles, desires and beliefs?".

[95] SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. *A History of Modern Psychology*. 10. ed. Belmont: Wadsworth, 2011, p. 3: "First, we can trace ideas and speculations about human nature and behavior back to the fifth century BC, when Plato, Aristotle, and other Greek philosophers were grappling with many of the same issues that concern psychologists today. These ideas include some of the basic topics you covered in your introductory psychology classes: memory, learning, motivation, thought, perception, and abnormal behavior. [...] How should we distinguish between modern psychology, which we cover in this book, and its roots—that is, the prior centuries of its intellectual forerunners? The distinction has less to do with the kinds of questions asked about human nature than with the methods used to seek the answers to those questions. It is the approach taken and the techniques employed that distinguish the older discipline of philosophy from modern psychology and mark the emergence of psychology as a separate, primarily scientific, field of study. Until the last quarter of the nineteenth century, philosophers studied human nature by speculating, intuiting, and generalizing based on their own experience. However, a major transformation occurred when philosophers began to apply the tools and methods already successful in the biological and physical sciences to explore questions about hu- man nature. Only when researchers came to rely on carefully controlled observation and experimentation to study the human mind did psychology begin to attain an identity separate from its philosophical roots".

[96] FELDMAN, Robert S. *Introdução à psicologia* (tradução de Daniel Bueno e Sandra Maria Mallmann da Rosa). 10. ed. – Porto Alegre : AMGH, 2015, p. 14: "[...] considera-se que a psicologia como disciplina científica iniciou-se formalmente no final do século XIX, quando Wilhelm Wundt criou o primeiro laboratório experimental dedicado aos fenômenos psicológicos em Leipzig, Alemanha".

Segundo Robert S. Feldman, "*a psicologia é o estudo científico do comportamento e dos processos mentais*"[97]. Apesar da simplicidade do conceito do autor, deve-se destacar que a psicologia possui uma enorme variedade de objetos, que vão desde o comportamento humano até o inconsciente[98]. Além da variedade de objetos, há uma enorme variedade de métodos sobre como estudá-los. Como ensinam Diane Schultz e Sydney Ellen Schultz, alguns psicólogos focam nas funções cognitivas, outros lidam com as forças do inconsciente, outros com o comportamento em si mesmo e alguns lidam até mesmo com processos fisiológicos ou bioquímicos[99]. Precisamente em função da grande diversidade de objetos e de métodos, a psicologia usufruiu ao longo do tempo de inúmeras escolas de pensamento, como o *estruturalismo*, o *funcionalismo*, o *behaviorismo*, a *psicologia da Gestalt*, a *psicanálise*, a *psicologia humanista*, a *psicologia cognitiva*, a *psicologia evolucionista*, dentre outras que surgiram na contemporaneidade.

Embora temas como a racionalidade e a irracionalidade humanas tenham sido objeto de interesse de algumas dessas escolas de pensamento, interessa a este trabalho particularmente um capítulo desta longa história: os estudos da psicologia cognitiva sobre a racionalidade e o programa de pesquisa, deles decorrente, sobre as heurísticas e os vieses cognitivos existentes no raciocínio humano.

Paradigmático em demonstrar como o pensamento humano não é sempre lógico e racional foi o estudo de Peter Wason, publicado no artigo *Reasoning about a rule*, em 1968[100], que envolvia a apresentação de uma espécie de problema que ficou conhecido como *selection task* (tarefa de seleção). Neste experimento, eram apresentadas quatro cartas aos participantes, tais como se encontram na imagem a seguir[101]:

---

[97] *Ibid.*, p. 5.

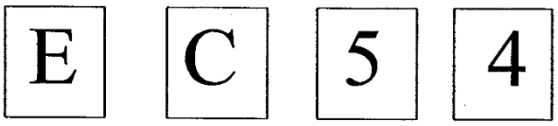
[98] BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Op. cit.*, p. 21: "Se dermos a palavra a um psicólogo comportamentalista, ele dirá: 'o objeto de estudo da Psicologia é o comportamento humano'. Se a palavra for dada a um psicólogo psicanalista, ele dirá: 'o objeto de estudo da Psicologia é o inconsciente'. Outros dirão que é a consciência humana, e outros, ainda, a personalidade".

[99] SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. *A History of Modern Psychology*. 10. ed. Belmont: Wadsworth, 2011, p. 2: "Some psychologists focus on cognitive functions, others deal with unconscious forces, and still others work only with overt behavior or with physiological and biochemical processes. Modern psychology includes many subject areas that seem to have little in common beyond a broad interest in human nature and behavior and an approach that attempts in some general way to be scientific".

[100] WASON, Peter Cathcart. Reasoning about a rule. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 20:3, pp. 273-281, 1968.

[101] Imagem retirada de: SAMUELS, Richard; STICH, Stephen. Rationality and psychology. *In*: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 279-300, p. 281.

Here are four cards. Each of them has a letter on one side and a number on the other side. Two of these cards are shown with the letter side up, and two with the number side up.



Indicate which of these cards you have to turn over in order to determine whether the following claim is true:

If a card has a vowel on one side, then it has an odd number on the other side.

Cada uma dessas cartas possui uma letra em uma de suas faces e um número na outra. Considerando as cartas tal como apresentadas acima, Wason indagava aos participantes qual(is) carta(s) ele precisaria virar para testar a validade da seguinte regra: "*Se uma carta possui uma vogal em uma face, ela possui um número ímpar na outra face*".

A maior parte dos participantes afirmou que precisariam ser viradas a primeira (letra E) e a terceira (número 5) cartas para que a validade da hipótese pudesse ser testada, e que não haveria necessidade de se virar a quarta carta (número 4). Embora, com relação à primeira carta, a resposta esteja correta, os participantes se equivocaram no restante do teste. Isso porque, independentemente do que haja na outra face da terceira carta (número 5), a hipótese não será falseada ou confirmada. Logo, é inútil virá-la. Por outro lado, virar a quarta carta (número 4) é essencial para que se possa falsear a hipótese, já que, se houver uma vogal na outra face, então a regra deve ser considerada falsa. O que Wason percebeu realizando uma série de experimentos do gênero foi que os seres humanos possuem um desempenho relativamente ruim em tarefas de seleção.

Apesar de o referido estudo de Wason demonstrar, de alguma forma, que os seres humanos não são tão racionais quanto se supunha, há outros estudos posteriores que chegaram à mesma conclusão de forma ainda mais surpreendente. A título de exemplo, em 1975, Paul Slovic, Baruch Fischhoff e Sarah Lichtenstein publicaram o artigo *Cognitive processes and societal risk taking*, no qual foi descrito um experimento que também desafiou a pressuposição de racionalidade dos seres humanos. O problema era apresentado da seguinte forma:

> Tom possui inteligência elevada, embora lhe falte verdadeira criatividade. Ele possui necessidade de ordem e de clareza, e de sistemas limpos e arrumados, nos quais cada detalhe encontre o seu local apropriado. Sua escrita é bastante monótona e mecânica, às vezes contendo trocadilhos ruins e lampejos de imaginação de ficção científica. Ele possui um forte impulso por competência. Ele parece ter pouca sensibilidade e pouca empatia por outras pessoas, e não gosta de interagir socialmente.
>
> À luz desses dados, qual é a probabilidade de cada uma das alternativas seguintes:

> (a) Tom selecione o Jornalismo como seu curso superior?
>
> (b) Tom selecione o Jornalismo como seu curso superior, mas rapidamente fique insatisfeito com a sua escolha?
>
> (c) Tom selecione o Jornalismo como seu curso superior, mas rapidamente fique insatisfeito com a sua escolha e mude para Engenharia?[102] (tradução livre)

Quem participava do experimento era instruído, portanto, a atribuir um grau de probabilidade a cada uma das alternativas mencionadas. E o resultado foi surpreendente. Os participantes atribuíram, para a alternativa "a", a probabilidade média de 21%, para a "b", de 39%, e para a "c", de 41%. É curioso notar, no entanto, que esses resultados contrariam a lógica, pois não é possível que uma alternativa que contém integralmente a outra seja menos provável do que a opção mais específica. Afinal, para que Tom selecione o Jornalismo, mas fique insatisfeito com a sua escolha (alternativa "*b*"), ele deve, necessariamente, ter escolhido Jornalismo como curso superior (alternativa "*a*"), de modo que a opção "*a"* será sempre ao menos tão provável quanto a "*b*".

A partir da década de 1970, Daniel Kahneman e Amos Tversky passaram a realizar uma série de estudos demonstrando como a mente humana está sujeita a vieses cognitivos, que ocorrem de forma previsível, sistemática e esperada em quase qualquer ser humano, quanto posto diante de determinadas circunstâncias. Em um desses estudos, os autores também trabalharam com o fenômeno descrito por Slovic, Fischhoff e Lichtenstein, e, após concluírem no mesmo sentido, denominaram-no de a *falácia da conjunção*[103]. Eles iniciaram o estudo descrevendo o perfil de duas pessoas, Bill e Linda:

> Bill tem 34 anos de idade. Ele é inteligente, mas sem imaginação. É compulsivo, e geralmente sem vida. Na escola, ele era forte em matemática, mas fraco em ciências sociais e humanidades.
>
> Linda tem 31 anos de idade, é solteira, franca e muito inteligente. É formada em filosofia. Quando era estudante, preocupava-se profundamente com questões de discriminação e justiça social, e também participava de manifestações antinucleares[104]. (tradução livre)

---

[102] SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah. Cognitive Processes and Societal Risk Taking. *Office of Naval Research (ONR) Technical Report.* June, 23, 1975. Disponível em: <https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a014129.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2019.

[103] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Subjective probability: A judgment of representativeness. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (editors). *Judgment under uncertainty: Heuristics and Biases*. Cambridge, New York: Cambridge University Press, 1982.

[104] *Ibid.*, p. 92.

Após a leitura do perfil dos personagens, Tversky e Kahneman descreveram oito alternativas sobre a ocupação de Bill e Linda, e pediu que os participantes as ordenassem em ordem de probabilidade. Entre essas oito alternativas, constavam as seguintes:

> Para Bill:
>
> a) Bill toca jazz como hobby;
>
> b) Bill é um contador e toca jazz como hobby.
>
> Para Linda:
>
> a) Linda é caixa de banco;
>
> b) Linda é caixa de banco e ativa no movimento feminista[105].

Curiosamente, quase todos os participantes disseram que a segunda opção, para cada um dos personagens, era mais provável que a primeira. O resultado já era surpreendente por contrariar a lógica (já que a segunda alternativa está contida inteiramente na primeira), mas os pesquisadores imaginaram que o erro pudesse estar acontecendo porque essas alternativas "*a*" e "*b*" constavam de uma lista com um total de oito opções. Assim, os participantes poderiam ter se confundido em razão do número de opções possíveis. Por isso, buscando ao máximo simplificar o problema para testar se o erro seria eliminado, pediram para que novos participantes, após ouvir a descrição dos personagens acima, dissessem qual das duas alternativas era a mais provável, porém, agora, em vez de apresentar oito enunciados descritivos, apresentaram apenas os dois acima referidos.

O resultado foi surpreendente. No caso de Bill, 92% dos participantes (N=88) indicaram a alternativa "b" como mais provável, ou seja, acreditavam que havia uma maior probabilidade de que Bill fosse contador e de que tocasse jazz como hobby do que simplesmente que tocasse jazz. No caso de Linda, a alternativa "b", de que ela seria caixa de banco e ativa no movimento feminista, foi indicada como a mais provável por 87% dos participantes (N=86).

O dado curioso acerca desse problema é que é logicamente impossível que uma alternativa mais específica (e contida na outra) seja mais provável do que a alternativa mais genérica. Se Linda é caixa de banco e ativa no movimento feminista, ela é necessariamente caixa de banco, mas o oposto não é verdadeiro. Por isso, é impossível que a alternativa "b" seja mais provável que a alternativa "a".

---

[105] *Ibid.*, pp. 93-94.

Os problemas acima narrados mostram, claramente, como a racionalidade humana não funciona de acordo com a pressuposição da economia clássica. Por outro lado, a grande novidade desses estudos foi demonstrar que quase todos os seres humanos incorrem nos mesmos erros em situações específicas.

Essas descobertas deram origem, dentro da psicologia, ao programa de pesquisa em heurísticas e vieses cognitivos. De forma bastante sintética (até porque o tema será aprofundado no Capítulo 4), Gerd Gigerenzer e Wolfgang Gaissmaier definem heurística a estratégia mental que ignora parte da informação relativa a determinado problema, a fim de tomar a decisão de forma mais ágil do que por outros métodos mais complexos[106]. É um atalho mental para tomada de decisões, essencial à sobrevivência dos seres humanos. Como exemplo, a heurística acima narrada (heurística da representatividade), segundo a qual faz-se predições com base em estereótipos e não necessariamente em uma probabilidade matemática real, foi necessária ao ser humano em termos evolutivos, pois, na natureza, ao enxergar de longe um animal ou mesmo outra pessoa, é preciso que se consiga rapidamente enquadrá-lo ou não como uma ameaça e reagir de acordo com esse enquadramento, sem que haja tempo para pensamentos complexos. O que os estudos acima demonstram, no entanto, é que, em determinadas situações específicas, a tomada de decisão por heurísticas gera sistematicamente vieses cognitivos, produzindo resultados irracionais.

Costuma-se apontar como certidão de nascimento desse programa a publicação de um artigo de Daniel Kahneman e Amos Tversky denominado *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*[107], em 1974, na Revista *Science*, no qual descrevem o mecanismo de funcionamento de três heurísticas específicas (representatividade[108], ancoragem e ajuste[109] e

---

[106] GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annual Review of Psychology*, vol. 62, January 2011, pp. 451-482, p. 454: "A heuristic is a strategy that ignores part of the information, with the goal of making decisions more quickly, frugally and/or accurately than more complex methods".

[107] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 1974, 185, 1124-1131.

[108] A heurística da representatividade significa, basicamente, julgar determinada premissa desconsiderando a probabilidade matemática de sua ocorrência e, utilizando, em seu lugar, o quanto aquele evento A é representativo do processo B (envolve, por exemplo, o julgamento por estereótipos). A heurística da representatividade gera vieses cognitivos como: (a) o da insensibilidade à probabilidade *a priori* de resultados; (b) o da insensibilidade ao tamanho amostral; (c) de concepções errôneas de probabilidades; dentre outros.

[109] A heurística da ancoragem e ajuste significa que as pessoas em geral tendem a partir, mentalmente, de um número proposto como solução para um problema (ou, por exemplo, como preço para um negócio) para, então, ir realizando ajustes até chegar à resposta final. No entanto, foi comprovado por meio de estudos empíricos que os ajustes costumam ser insuficientes e, por isso, o número inicialmente proposto como ancoragem influencia significativamente o resultado final apresentado. Assim, se for perguntado a uma pessoa se a expectativa de vida média do brasileiro é superior ou inferior a 75 anos, e a outra pessoa for perguntado se essa mesma expectativa de vida é superior ou inferior a 65 anos, e, em um segundo momento for pedido que cada uma dessas pessoas indique

disponibilidade[110]),. Alguns anos mais tarde, em 1982, Kahneman e Tversky organizaram, em coautoria com Paul Slovic, um livro que recebeu o mesmo nome do artigo anteriormente publicado, contendo ensaios escritos por diversos autores. A publicação da coletânea consolidaria o programa como campo de pesquisa.

Também importante para essa linha de pesquisa seria a *teoria da perspectiva*, divulgada em 1979, por Kahneman e Tversky, quando publicaram o artigo *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*[111]. Nesta publicação, os autores defendiam uma teoria descritiva de como as pessoas tomam decisões mais realista do que a *teoria da escolha racional*, que passaria a ser utilizada apenas sob a ótica normativa. Mais uma vez, a dupla observou vieses sistemáticos nas decisões, ou seja, preferências intuitivas que violavam consistentemente as regras da escolha racional.

Com o passar dos anos, diversas heurísticas e inúmeros vieses passaram a ser explorados por estudiosos das mais diversas áreas do conhecimento, e, diante da previsibilidade de sua ocorrência, não tardou a que as heurísticas e os vieses fossem estudados pelas ciências econômicas, dando origem ao que se convencionou chamar de *economia comportamental* (*Behavioral Economics*), campo que constitui o objeto do próximo tópico deste trabalho.

1.4.5 A economia comportamental (*Behavioral Economics*)

Conforme leciona Richard H. Thaler, ganhador do prêmio Nobel de Economia de 2017, a ciência econômica tradicional baseia-se em duas premissas: (a) a de que as pessoas escolhem, racionalmente, por otimização (ou seja, escolhem o que seria o melhor para elas); e (b) a de que, em mercados perfeitamente competitivos, essas escolhas individuais levariam ao equilíbrio econômico[112-113]. No entanto, após diversos estudos demonstrarem que as escolhas

qual seria a expectativa de vida, é muito provável que, ao final, a primeira pessoa aponte como expectativa de vida um número mais alto do que a segunda.

[110] A heurística da disponibilidade significa que as pessoas tendem a estimar a frequência de uma classe de eventos ou a probabilidade de sua ocorrência em conformidade com a facilidade com que os casos possam ser trazidos à mente. Assim, alguém pode estimar a frequência de ataques cardíacos na meia-idade pela conformidade com os casos que recorda em pessoas conhecidas. Pode gerar vieses como o da correlação ilusória.

[111] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. *Econometrica*, Vol. 47, No. 2 (Mar., 1979), pp. 263-291.

[112] THALER, Richard H. *Misbehaving* (tradução de George Schlesinger). 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019, pp. 19-20.

[113] Essas premissas também são descritas de forma muito didática por Eyal Zamir e Doron Teichman: "A distinctive feature of standard economic analysis is the assumption that economic players are *rational maximizers*. Let us begin with the notion of *maximization*, and then proceed to *rationality*. Individuals are conventionally

humanas nem sempre são perfeitamente racionais, a economia não mais poderia permanecer a mesma. Por sua didática, transcreve-se a lição de Thaler sobre o tema:

> A premissa central da teoria econômica é que as pessoas escolhem por otimização. De todos os bens e serviços a adquirir, uma família opta pelo melhor dentro de suas possibilidades de compra. Mais ainda, presume-se que as crenças que motivam as escolhas dos Econs[114] sejam imparciais. Isto é, nós escolhemos com base naquilo que os economistas chamam de "expectativas racionais". Se pessoas começando um novo negócio acreditam que sua chance de dar certo é, em média, de 75%, então esta deve ser uma estimativa boa do número real de negócios que dão certo. Os Econs não incorrem em excesso de confiança.
>
> Essa premissa de *otimização condicionada*, ou seja, escolher o melhor a partir de um orçamento limitado, combina-se com outro cavalo de batalha essencial da teoria econômica, o do *equilíbrio*. Em mercados competitivos onde os preços são livres para subir e descer, eles flutuam de tal modo que a oferta é igual à demanda. Para simplificar um pouco, podemos dizer que a Otimização + Equilíbrio = Economia. Essa é uma combinação poderosa, algo a que as outras ciências sociais não conseguem se equiparar.
>
> Existe, no entanto, um problema: as premissas sobre as quais a teoria econômica se fundamenta são falhas. Em primeiro lugar, os problemas de otimização que as pessoas comuns enfrentam são muitas vezes difíceis demais para que elas os resolvam ou sequer cheguem perto de resolver. Até mesmo uma ida a uma mercearia de tamanho razoável oferece ao comprador milhões de combinações de itens que estão dentro do orçamento familiar. Será que a família realmente escolhe a melhor? E, é claro, nós nos deparamos com problemas muito mais difíceis do que uma ida à mercearia, tais como escolher uma carreira, a hipoteca da casa ou um cônjuge. Dados os índices de fracasso que observamos em todos esses domínios, seria difícil defender o ponto de vista de que todas essas escolhas são ideais.
>
> Em segundo lugar, as crenças a partir das quais as pessoas fazem suas escolhas não deixam de ser enviesadas. Excesso de confiança pode ser um termo inexistente no dicionário dos economistas, mas é uma característica bem estabelecida da natureza humana, e há incontáveis outros vieses que têm sido documentados pelo psicólogos[115].

Os estudiosos deparavam-se, então, com o seguinte problema: a racionalidade decisória pressuposta pela economia neoclássica não descrevia o comportamento humano de forma realista. Era preciso dar um passo além, e, para isso, desenvolveu-se a economia comportamental. Nessa linha, afirmando a limitação da economia tradicional no que diz

---

assumed to maximize their utility, and firms - their profits. When several (or many) maximizers interact with one another, a pattern of interactions - an equilibrium - may ensue (which may be more or less stable, i.e., less or more sensitive to external events). Indeed, repeated interactions between rational maximizers often create an equilibrium, be it in games, markets, or the political arena. An equilibrium is not the product of the economic players' deliberate attempt to produce one, but rather the spontaneous outcome of each player striving to maximize the realization of its own interests. Maximizing behavior and ensuing equilibria may be formulized mathematically, thus equipping economics with powerful analytical tools" (ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 9-10).

[114] Nomenclatura utilizada pelo autor para designar o *homo economicus* da economia clássica, perfeitamente racional e que busca otimizar as suas escolhas.

[115] *Loc. cit.*

respeito à racionalidade e salientando o papel que a economia comportamental exerce ao enfrentar o problema, Dan Ariely, Professor de Economia Comportamental do MIT, aduz que:

> Sob uma perspectiva racional, só *devemos* tomar decisões que melhor atendam a nossos interesses ("devemos" é a palavra-chave aqui). Devemos ser capazes de discernir entre todas as opções com que nos defrontamos e estimar com exatidão o valor de cada uma - não só no curto prazo, mas também no longo prazo - e escolher aquela que maximize nossos melhores interesses. [...] Sem dúvida, seria bom que fôssemos mais racionais e objetivos sobre os nossos "deveres". Infelizmente, não somos. [...] É aqui que entra a economia comportamental. Nela não se assume que as pessoas sejam perfeitamente sensatas, como máquinas de calcular ambulantes. Em vez disso, a disciplina observa como as pessoas efetivamente se comportam, e as constatações daí resultantes não raro levam à conclusão de que os seres humanos são irracionais[116].

A economia comportamental surgiu, portanto, da incorporação, pela economia, de lições trazidas pela psicologia e por outras ciências sociais sobre o comportamento de um ser humano real (e não um indivíduo romantizado, como o *homo economicus*), para, assim, ampliar o poder de predição comportamental das ciências econômicas[117]. No mesmo sentido, lecionam George Loewenstein e Colin F. Camerer que, no núcleo da economia comportamental está a convicção de que é possível enriquecer a capacidade de predição de comportamentos da ciência econômica a partir da utilização dos fundamentos e das descobertas da psicologia cognitiva[118]. Dan Ariely, de forma similar, mas um pouco mais específica, defende que o objetivo da economia comportamental é o de apontar os vieses que previsivelmente incidem nas decisões dos agentes, precisamente para que a conscientização acerca de sua presença permita uma melhor tomada de decisão[119].

---

[116] ARIELY, Dan. *Positivamente irracional*: *os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas* (tradução de Afonso Celso da Cunha Serra). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 4-5.

[117] *Ibid.*, p. 23: "Durante anos, muitos economistas resistiram intensamente ao apelo de basear seus modelos em caracterizações mais precisas do comportamento humano. Mas graças a um influxo de economistas jovens e criativos, dispostos a assumir alguns riscos e romper com os modos tradicionais de fazer economia, o sonho de uma versão enriquecida de teoria econômica está sendo realizado. O campo veio a se tornar conhecido como 'economia comportamental'. Não se trata de outra disciplina: ainda é economia, mas é economia feita com fortes contribuições de boa psicologia e de outras ciências sociais. A razão básica para adicionar Humanos às teorias econômicas é melhorar a acurácia das predições feitas a partir delas".

[118] LOEWENSTEIN, George; CAMERER, Colin F. Behavioral Economics: Past, Present, Future. In: CAMERER, Colin F; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew (Editors). *Advances in Behavioral Economics*. New York: Russel Sage Foundation, 2004, p. 3.

[119] *Ibid.*, p. 8: "Essa perspectiva da natureza humana talvez pareça um pouco deprimente à primeira vista, mas não necessariamente. O objetivo dos economistas comportamentais é compreender a fragilidade humana e descobrir maneiras mais compassivas, realistas e eficazes de evitar tentações, incentivar o autocontrole e, em última instância, reforçar a visão dos objetivos de longo prazo. Para a sociedade como um todo, é extremamente importante compreender como e quando falhamos e, com base nesse aprendizado, projetar/inventar/criar novas maneiras que possibilitem a superação de nossos erros. [...] Esse é o verdadeiro objetivo da economia comportamental: tentar explicar a maneira como realmente atuamos, para nos tornarmos mais capazes de observar

É difícil apontar um único autor como o pai da economia comportamental, pois inúmeros estudiosos contribuíram de forma decisiva para o crescimento do campo. Apenas como exemplos, podem ser citados: Herbert A. Simon, com o desenvolvimento da ideia de *racionalidade limitada* (*bounded rationality*); Amos Tversky e Daniel Kahneman, com o programa de pesquisa sobre heurísticas e vieses cognitivos e também com a sua *teoria da perspectiva* (*prospect theory*)[120]; e Richard H. Thaler, que observou diversas inconsistências na teoria econômica tradicional, e utilizou o quadro teórico de Tversky e Kahneman para tentar explicar essas questões.

Diversos fenômenos, conceitos e estratégias da economia tradicional poderiam passar por uma releitura diante dessas descobertas, e inúmeros autores realizaram experimentos para comprovar essa afirmação. A título de exemplo, mencione-se dois experimentos realizados por Dan Ariely que comprovaram que, sob o ponto de vista descritivo, os seres humanos não escolhem racionalmente a alternativa que maximize a sua utilidade esperada.

O primeiro desses experimentos trata do que se convencionou chamar de *decoy effect* (ou efeito isca, ou, ainda, efeito chamariz), tecnicamente denominado de efeito de dominância assimétrica (e que integra, segundo muitos estudiosos, o *efeito do enquadramento*, sendo estudado como tal no Capítulo 5). Ariely apresentou a 100 alunos da Sloan School of Management do MIT três opções de assinatura da revista *Economist*[121]:

1. Assinatura só da versão online por $59.
2. Assinatura só da versão impressa por $125.
3. Assinatura da versão online + versão impressa por $125.

Os resultados foram os seguintes: (1) 16 alunos escolheram apenas a versão online; (2) nenhum aluno escolheu apenas a versão impressa; e (3) 84 alunos escolheram a terceira alternativa, em que assinavam ambas as versões. A teoria da escolha racional explicaria o fenômeno dizendo que a terceira opção é, provavelmente, a que traduz maior utilidade aos participantes, considerando que foi escolhida pela quase totalidade dos participantes.

---

nossos vieses, de nos conscientizarmos de suas influências sobre nossas atitudes e, assim, se espera, decidir melhor".

[120] Trata-se de uma teoria que busca explicar, de forma mais realista do que a teoria da escolha racional, como os indivíduos tomam decisões. Abrange inúmeras variáveis, como, por exemplo, a aversão ao risco quando se trata de ganhos, porém a tendência ao risco quando se busca evitar perdas (devido à aversão à perda), dentre outros fatores comportamentais no processo de tomada de decisão.

[121] ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia a dia influenciam as nossas decisões* (tradução de Jussara Simões). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, pp. 1-5.

Ocorre que, em seguida, Ariely realizou a mesma pesquisa (com novos participantes), mas colocou apenas duas das alternativas:

1. Assinatura só da versão online por $59.
2. Assinatura da versão online + versão impressa por $125.

Perceba que as duas alternativas são idênticas às da primeira pesquisa. A única alteração que foi realizada foi retirar a segunda opção (assinatura apenas impressa por $125 do quadro de opções). Por isso, segundo a teoria da escolha racional, ao questionar a 100 participantes, o resultado deveria ser o mesmo: 84% preferindo a última opção, e 16% preferindo a primeira. Retirar a segunda opção não faria diferença, afinal, nenhum dos participantes da primeira pesquisa a havia escolhido. No entanto, o resultado foi surpreendente. Com esse modelo de apresentação das alternativas, 68% dos participantes escolheram a primeira opção (apenas a versão online), e apenas 32% escolheram assinar ambas as versões.

Como explicar essa disparidade entre as pesquisas? Qual das alternativas de fato maximiza a utilidade do agente? Os resultados não encontram explicação na *teoria da escolha racional*. Na verdade, eles decorrem do fato de que os seres humanos não conseguem atribuir valores absolutos de utilidade às suas alternativas. Todos os valores atribuídos são, assim, relativos (a outras opções). Por isso, ao inserir uma opção com o preço parecido à alternativa em que são feitas ambas as assinaturas, mas claramente menos vantajosa (a segunda opção da primeira pesquisa), os responsáveis pelo *marketing* da revista fazem com que, inconscientemente, os consumidores considerem a terceira alternativa mais atrativa e vantajosa (inclusive com relação à alternativa mais barata). Isso se dá, portanto, pela inserção de uma alternativa que sirva apenas como "chamariz".

Um segundo experimento de Dan Ariely, realizado em conjunto com Kristina Shampanier e Nina Mazar, também buscou demonstrar que as escolhas econômicas não são todas explicáveis pela *teoria da escolha racional*, e que a fórmula utilizada para calcular a *utilidade esperada* não era, dessa forma, capaz de prever diversos comportamentos econômicos de consumidores. O estudo, que foi publicado em 2007 na Revista *Marketing Science* sob o título *Zero is a Special Price: The True Value of Free Products*[122], consistiu no seguinte: os pesquisadores montaram uma mesa em um prédio público na qual constava uma placa que dizia "Apenas um chocolate por cliente". Na mesa, eles ofereceriam trufas de chocolate da Lindt a

[122] ARIELY, Dan; SHAMPANIER, Kristina. Zero is a Special Price: The True Value of Free Products. *Marketing Science*, vol. 26, n. 6, November–December 2007, pp. 742–757.

$0,15 cada uma, e Kisses da Hershey's, a $0,01 cada um. Após algum tempo, perceberam que cerca de 73% preferiam comprar a trufa da Lindt. Apesar do preço ser $0,14 mais elevado, provavelmente consideravam que a qualidade do chocolate justificaria essa diferença.

Em um segundo momento do estudo, os pesquisadores resolveram alterar um pouco o experimento: reduziram o preço da trufa da Lindt para $0,14 e o dos Kisses da Hershey's ficaram gratuitos, ou seja, reduziram $0,01 no preço de cada um deles, e a diferença entre ambos continuou a ser de $0,14 (lembrando que era possível pegar apenas um chocolate por cliente). Curiosamente, agora, 69% dos clientes preferiam os Kisses, em vez de pagar os $0,14 pelas trufas da Lindt.

Pela teoria da economia neoclássica, a escolha dos consumidores deveria continuar a ser pelas trufas da Lindt, afinal, eles entendiam, como ficou demonstrado pela primeira parte da pesquisa, que a qualidade superior desse chocolate valia pagar $0,14 a mais, pois, do contrário, não teriam optado por ele no primeiro momento. No entanto, no segundo momento da pesquisa, a maioria optou por não pagar os $0,14 a mais, demonstrando que há algum fator que não está sendo considerado nos cálculos da *teoria da utilidade esperada*[123]. A hipótese dos economistas comportamentais é a de que, como o ser humano possui *aversão à perda*, a gratuidade (por, em tese, não envolver perda) torna-se atrativa para o inconsciente.

Como se não bastasse a comprovação, por meio desses estudos, de que a *teoria da utilidade esperada* não fornece uma solução adequada para o comportamento humano do

[123] ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia a dia influenciam as nossas decisões* (tradução de Jussara Simões). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 53: "Explicarei como a lógica se aplicaria ao nosso caso. Quando a pessoa pode escolher um, e somente um, dentre dois bombons, precisa levar em conta não o valor absoluto de cada bombom, mas seu valor relativo - o que receberá e do que irá desistir. A primeira etapa de que o consumidor precisa é calcular as vantagens relativas dos dois bombons (o valor do sabor esperado menos o custo) e tomar uma decisão com base em qual chocolate oferece a vantagem maior. Como ficaria isso quando o preço das trufas Lindt fosse $0,15 e o preço do Kiss fosse $0,01? O consumidor racional calcularia a quantidade de prazer que espera da trufa e do Kiss (digamos que sejam 50 unidades de prazer e 5 unidades de prazer, respectivamente) e subtrairia o desprazer que teria ao pagar $0,15 e $0,01 (digamos que são 15 unidades de desprazer e 1 unidade de desprazer, respectivamente). isso lhe daria um total de prazer esperado de 35 unidades (50,15) pela trufa e um total de prazer esperado de 4 unidades de prazer (5-1) pelo Kiss. A trufa está 31 pontos à frente, então, a escolha é fácil - a trufa ganha com enorme vantagem. E o caso em que o custo é subtraído da mesma quantia em ambos os produtos? (As trufas custam $0,14 e o Kiss é grátis). É a mesma lógica. O sabor dos bombons não mudou, então o consumidor racional calcularia que o prazer seria 50 e 5 unidades de prazer, respectivamente. O que mudou foi o desprazer. Nessa situação, o consumidor racional teria um nível mais baixo de desprazer com ambos os bombons porque os preços foram reduzidos em $0,01 (e 1 unidade de desprazer). Esta é a questão principal: por terem ambos os produtos recebido desconto da mesma quantia, a diferença relativa entre eles ficaria inalterada. O prazer total esperado da trufa seria, então, 36 unidades de prazer (50-14) e o prazer total esperado do bombom seria 5 unidades de prazer (5-0). A trufa continua 31 pontos à frente, e, portanto, também seria a mesma escolha fácil. A trufa ganha com enorme vantagem. É assim que se mostraria o padrão de escolha se as únicas forças em jogo fossem as da análise do custo-benefício racional. O fato de serem tão diferentes os resultados de nossas experiências nos diz, em alto e bom som, que está acontecendo algo mais, e que o preço zero tem papel importante em nossas decisões".

ponto de vista descritivo, a economia comportamental também acabou por desconstruir outro pilar da economia neoclássica: o de que, caso as trocas ocorram livremente (sem custos de transação) e sem falhas de mercado, haverá uma eficiência alocativa natural, ou seja, os bens irão, naturalmente e guiados por uma mão invisível, para aqueles que mais o valorizarem. A desconstrução desse pilar ocorreu porque, segundo o que os economistas convencionaram chamar de *efeito posse* ou *efeito dotação* (*endowment effect*), não há um único valor dado por uma pessoa a uma coisa. Na verdade, o valor pelo qual ela está disposta a vender o bem é geralmente muito mais elevado do que o valor que ela estaria disposta a pagar para adquiri-lo. Como as pessoas possuem uma natural aversão à perda, é comum que atribuam um valor mais alto a suas posses, pelo simples fato de as possuírem[124].

Para além dos exemplos citados, a economia comportamental passou a oferecer, progressivamente, soluções para outros problemas. Constatou-se, por exemplo, que códigos de ética e de honra (e a lembrança constante de seus mandamentos) podem de fato influenciar a honestidade das pessoas[125]; analisou-se o valor correto a se oferecer de bônus aos funcionários para se obter um desempenho melhor (demonstrando-se empiricamente que um bônus mais elevado não gera necessariamente mais produtividade)[126]; buscou-se estruturas decisórias para auxiliar as pessoas a poupar a quantia correta pra se sustentar no futuro[127]; e criou arquiteturas de escolhas buscando incentivar as crianças a se alimentarem melhor na cantina do colégio[128].

---

[124] O efeito dotação já foi objetivo de inúmeros estudos e pesquisas de autores como Daniel Kahneman, Dan Ariely e Richard H. Thaler. Mencione-se como artigo paradigmático, que contém dados de inúmeros estudos realizados, o seguinte: KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Experimental Tests of the Endowent Effect and the Coase Theorem. *Journal of Political Economy*, vol 98, n. 06 (dec. 1990), pp. 1325-1348.

[125] *Ibid.*, pp. 159-176. O experimento consistia em realizar um teste com os participantes, e lhes pagar na proporção de seu desempenho. Em um primeiro momento, os participantes foram separados em grupos, de modo que alguns dos participantes tivessem a possibilidade de trapacear, e outros não. Os participantes que tinham a possibilidade de trapacear obtiveram um desempenho significativamente mais elevado, indicando que, em algum grau, eles de fato trapacearam. Em um segundo momento, o mesmo experimento foi realizado, com uma diferença: os participantes que tinham a possibilidade de trapacear, antes de realizar o teste, deveriam escrever em um papel, dentre os 10 mandamentos, todos aqueles que eles se recordassem. Em seguida, realizavam o teste. Nesta segunda versão do experimento, os participantes que tinham a possibilidade de trapacear tiveram desempenho semelhante aos participantes que não tinham, indicando que não trapacearam. Um experimento similar foi realizado por Ariely substituindo os 10 mandamentos por um compromisso de seguir o Código de Honra do MIT, e também foi constatado um efeito inibitório na conduta desonesta dos participantes.

[126] ARIELY, Dan. *Positivamente irracional*: *os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas* (tradução de Afonso Celso da Cunha Serra). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, pp. 15-44. Em uma série de experimentos, Ariely demonstrou que um bônus mais alto nem sempre gera um melhor desempenho, tendo em vista que a pressão por resultados pode comprometer o atingimento de metas. Assim, existe uma curva em U invertido no que diz respeito ao valor ideal para se atribuir de bônus a, por exemplo, um executivo.

[127] THALER, Richard H. *Op. cit.*, p. 321 e ss.

[128] THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass. *Op. cit.*, p. 1 e ss.

Outros exemplos poderiam ser citados para descrever esse riquíssimo campo que é a economia comportamental. No entanto, dentro do recorte pretendido por este trabalho, pretendeu-se apenas introduzir o tema a ponto de que se perceba que as mudanças na economia foram substanciais. E, se as mudanças na economia tradicional foram bastante intensas, pelas mesmas razões isso também ocorreria com a *análise econômica do Direito* (*Law & Economics*), movimento que, em sua origem, derivava da aplicação dos fundamentos da economia neoclássica ao campo jurídico, especialmente no que diz respeito à teoria da escolha racional.

No tópico seguinte, serão apresentadas as origens do movimento da *análise econômica do Direito* (*Law & Economics*), para que se demonstre, em seguida, como a economia comportamental influenciou os seus estudos, fazendo surgir o que se convencionou chamar de *análise econômico-comportamental do Direito* (*Behavioral Law & Economics*).

1.4.6 Da análise econômica do Direito (*Law & Economics*) à análise econômico-comportamental do Direito (*Behavioral Law & Economics*)

Segundo Richard Posner[129], considerado um dos principais propositores da análise econômica do Direito em nível global, as origens deste movimento remontam ao começo da década de 1960, quando foram publicados, de forma independente, os artigos de Ronald Coase denominado *The Problem of Social Cost* e de Guido Calabresi chamado *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*[130]. Além dos mencionados autores, Gary Becker também é considerado como um dos pais da análise econômica do Direito[131], pois, ao

[129] POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981, p. 4: "The economic analysis of law has two branches. The older - the analysis of laws regulating explicit economic activity - dates back at least to Adam Smith's discussion of the economic effects of mercantilist legislation. [...] The other branch, the analysis of laws regulating nonmarket activities, is for the most part very recent. Is is this branch that provides the background of the present book. The pioneers here are Ronald Coase and Guido Calabresi".

[130] No mesmo sentido de Richard Posner, Robert Cooter Jr. e Thomas Ulen aduzem que: "Until recently, Law confined the use of economics to antitrust law, regulated industries, tax, and some special topics like determining monetary damages. [...] Beginning in the early 1960s, this limited interaction changed dramatically when the economic analysis of law expanded into the more traditional areas of the law, such as property, contracts, torts, criminal law and procedure, and constitutional law. [...] The modern field is said to have begun with the publication of two landmark articles - Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & Econ 1 (1960) and Guido Calabresi, *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, 70 Yale L.J. 499 (1961)". COOTER JR., Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics.* 6. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2014, p. 1.

[131] Cf. POSNER, Richard A. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, vol. 53, p. 757-782, 1975, p. 760-761: "A list of the founders of the new law and economics would be seriously incomplete without the name of Gary Becker. Becker's insistence on the relevance of economics to a surprising range of nonmarket behavior (including charity and love), as well as his specific contributions to the economic analysis of crime, racial discrimination, and productive relations within the household, opened up to economic analysis large areas of the legal system not reached by Calabresi's and Coase's studies of property rights and hability rules. It is no accident

publicar o clássico *The Economic Approach to Human Behavior* em 1976[132], propôs a aplicação da lógica econômica a uma série de institutos jurídicos, como o crime, discriminação racial e o trabalho humano[133].

Apesar de sua inegável importância, a análise econômica do Direito, em sua perspectiva tradicional, sempre significou aplicar ao âmbito jurídico a *teoria da escolha racional* oriunda da economia neoclássica. Nesse sentido, ao escrever sobre como o *agente racional* é tratado pelo Direito, Claire Finkelstein menciona que:

> A aplicação da *teoria do agente racional* ao Direito tem sido dominada pelo movimento da análise econômica do Direito. [...] Os teóricos da análise econômica do Direito tendem a supor que a *teoria utilitarista do valor* à qual eles subscrevem anda de mãos dadas com o que poderíamos chamar de *psicologia do agente racional*. De acordo com essa visão, os seres humanos são maximizadores racionais que raciocinam de forma instrumental buscando a consecução de seus fins[134]. (tradução livre).

No mesmo sentido, Gary S. Becker, ensina que a abordagem econômica envolve considerar que "*o comportamento humano em geral pode ser visto como envolvendo indivíduos que maximizam sua utilidade a partir de um conjunto estável de preferências e que acumulam uma quantidade ótima de informações e outros dados em uma variedade de mercados*"[135].

Utilizando a referida lógica, a análise econômica do Direito adentrou os mais diversos ramos do Direito. Estudou-se e fundamentou-se institutos e ramos jurídicos como, por exemplo (e sem pretender-se taxativo), a responsabilidade civil (visando a que o causador do dano internalizasse os prejuízos causados em sua atividade e em suas condutas[136]), o direito

---

that some of the most important contributions to the new law and economics have been made by students of Becker: Ehrlich on deterrence, Landes on criminal procedure, and Komesar on the measurement of tort damages".

[132] BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1976.

[133] Um panorama geral e resumido da aplicabilidade das ideias de Gary S. Becker ao Direito pode ser encontrado no seguinte artigo, de sua autoria: BECKER, Gary S. The Economic Way of Looking at Life. *Coase-Sandor Institute of Law & Economics*, Working Paper n. 12, 1993.

[134] FINKELSTEIN, Claire. Legal Theory and the Rational Actor. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 399-400: "The application of rational actor theory to the law has been dominated by the law and economics movement. [...] Legal economists tend to assume that the utilitarian theory of value to which they subscribe goes hand-in-hand with what we might call 'rational actor psychology'. According to this view, human beings are rational maximizers who reason instrumentally toward the attainment of their ends".

[135] BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1976, p. 14.

[136] Em vez de simplesmente utilizar fundamentos morais para justificar a responsabilização, a *análise econômica do Direito* encara a responsabilidade civil sob a ótica de seus efeitos na sociedade, com uma perspectiva consequêncialista. Assim, o fundamento real da responsabilidade civil seria fazer com que ocorra a internalização de prejuízos por parte do causador do dano. Assim, incentiva-se as pessoas a terem um cuidado maior para não causar danos, por exemplo. De forma extremamente detalhada, veja-se: COOTER JR., Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics.* 6. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2014, pp. 175 e ss.

contratual (que são tratados como instrumentos de redução de custos de transação e, por isso, devem ser completos apenas até o ponto em que continuem a cumprir esse papel[137]), o direito processual (recomendando ou deixando de recomendar determinadas estruturas de resolução de litígios, por exemplo[138]), o direito sancionador em geral e o direito penal em particular (criando estruturas de incentivos e, por vezes, também buscando a internalização de externalidades[139]), o direito regulatório (envolvendo discussões sobre quando e como regular, bem como debates acerca das instituições responsáveis pela regulação[140]) e o direito societário (inclusive explicando, por meio da *teoria da firma* e dos estudos sobre custos de transação, o que justificaria criar uma firma em vez de simplesmente firmar parcerias por contratos[141]).

De qualquer forma, é evidente e natural que o movimento da análise econômica do Direito, tal como originalmente concebido, passaria por grandes transformações após a virada comportamental pela qual passou a economia em geral[142]. Afinal, a *teoria da escolha racional*, que dava subsídios ao movimento, sofreu grandes reviravoltas com os estudos das ciências comportamentais mencionados nos tópicos anteriores, que comprovaram a existência

---

[137] É interessante notar como, inclusive, algum grau de incompletude contratual é explicável pela análise econômica do Direito. Isso porque um contrato absolutamente completo e que previsse soluções para toda e qualquer controvérsia que pudesse existir, ainda que se pretendesse possível a sua existência, seria antieconômico, tendo em vista que os custos de sua elaboração superariam as vantagens dele decorrentes. Para uma análise aprofundada: COOTER JR., Robert B.; ULEN, Thomas, *Op. cit.*, pp. 268 e ss.

[138] Por exemplo, é eficiente do ponto de vista econômico que exista uma obrigação, preliminar ao processo, de *disclosure* de todas as informações e provas que as partes possuem a respeito de determinado litígio? Cooter Jr. e Ulen buscam responder a essa questão em: COOTER JR., Robert B.; ULEN, Thomas, *Op. cit.*, pp. 385 e ss.

[139] Conforme se já mencionou, Gary Becker teve grande destaque na aplicação da lógica econômica ao direito penal, inclusive asseverando que um infrator costuma realizar, ainda que mentalmente, uma análise do custo-benefício de se praticar determinada infração antes de agir ilicitamente. Mais recentemente, outras questões passaram a ser objeto de enfrentamento pela análise econômica do Direito, como explicações para o surgimento de organizações criminosas, o custo social de cada infração, dentre outras. Para um aprofundamento acerca dessas questões: COOTER JR., Robert B.; ULEN, Thomas. *Op. cit.*, pp. 450 e ss.

[140] Sobre a análise econômica do Direito no contexto do direito regulatório, v. CYRINO, André Rodrigues. *Direito Constitucional Regulatório*: elementos para uma interpretação institucionalmente adequada da Constituição Econômica Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2010.

[141] A resposta a essa pergunta deriva de ensinamentos de Ronald Coase publicados muito antes, inclusive, do surgimento da análise econômica do Direito, pois contaram do artigo *The Nature of the Firm*, de 1937. De todo modo, essa ainda é uma resposta comumente debatida pelo movimento do *Law & Economics*.

[142] ULEN, Thomas S. The Importance of Behavioral Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 91: "[...] legal scholars have learned that the leading theory of human behavior - rational choice theory (RCT), which had been developed by economists in the 1950s and had come to the law through the rise of law and economics - has significant shortcomings. A body of literature, originally from social and cognitive psychology and increasingly from legal scholars, has relied on laboratory experiments, field experiments, and analysis of archival data to demonstrate that human decision-making does not typically result in behaviors predicted by RCT. Human beings make mistakes in their judgment and decision-making. These mistakes are predictable, pervasive, and difficult to correct".

de inúmeros desvios sistemáticos e previsíveis nos julgamentos humanos[143]. E, assim, a economia comportamental deu origem ao movimento da análise econômico-comportamental do Direito, que decorre da incorporação à área jurídica de todos os achados das ciências comportamentais sobre julgamento e tomada de decisão humanos.

Ainda em 1979, o Professor da Faculdade de Direito de Stanford Mark Kelman publicou o artigo *Consumption Theory, Production Theory and Ideology in the Coase Theorem*, no qual apontava a importância do trabalho de Tversky e Kahneman sobre a *teoria da perspectiva* em uma releitura do Teorema de Coase, que é um dos pilares fundacionais da *análise econômica do Direito* tradicional (que significa que, a alocação inicial de recursos não impactará na alocação ótica de recursos, se os custos de transação forem zero)[144].

No entanto, e apesar terem sido publicados alguns artigos sobre o tema ao longo das décadas de 1980 e 1990, a análise econômico-comportamental do Direito (*Behavioral Law & Economics*) só conquistou popularidade com a publicação de dois artigos: (1) o primeiro, de autoria de Christine Jolls, Cass Sunstein e Richard H. Thaler, denominado *A Behavioral Approach to Law and Economics*, publicado em 1998[145]; e (2) o segundo, de autoria de Russell

---

[143] ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Op. cit.*, pp. 1-2: "For several decades, one of the leading perspectives in legal theory - perhaps *the* leading perspective - has been the economic analysis of law. The theory of human behavior underlying standard economic analysis of law - like economic analysis in general - has been the rational choice theory. According to this theory, people always strive to enhance their own well-being, by choosing the available option that maximizes their expected utility. In the past few decades, hand in hand with comparable developments in economics, economic analysis of law has been challenged by a growing body of experimental and empirical studies that attest to prevalent and systematic deviations from the assumptions of economic rationality. These studies contested the assumption of thin, cognitive rationality by showing that people's preferences often do not comply with the formal requirements of dominance, transitivity, invariance, etc. These studies also called into question the assumption of thick, motivational rationality, by highlighting the role of motivations such as fairness, envy, and altruism in people's behavior. From a slightly different angle, experimental and empirical studies have shown that most people's moral judgments do not fall in line with the consequentialist underpinnings of welfare economics — the normative branch of economic analysis — but are much more aligned with deontological morality. While these insights were initially perceived as antithetical to standard economic and legal-economic analysis, over time they have been largely integrated into mainstream economic analysis, including economic analysis of law. Moreover, the impact of behavioral insights has long since transcended purely *economic* analysis of law: in recent years, the behavioral movement has become one of the most influential developments in legal scholarship in general. Much as economic reasoning became a standard form of legal analysis in the 1980s and 1990s (at least in some parts of the world), behavioral analysis has become a standard form of interdisciplinary analysis. It is also gradually influencing legislative, administrative, and judicial policymaking throughout the world. In recent years, the growing impact of behavioral law and economics has been accompanied by the emergence of empirical and experimental legal studies. This new paradigm has transformed the nature and scope of the research conducted by behavioral-legal scholars. Rather than just draw on the results of empirical studies conducted by non-jurists, a growing number of researchers have engaged in experimental and empirical studies of their own, designed specifically to answer distinctively legal questions. Thanks to these developments, the integration of economics, psychology, and law is breaking exciting new ground in legal theory, social sciences, and governmental policymaking".

[144] KELMAN, Mark. Consumption Theory, Production Theory and Ideology in the Coase Theorem. *Southern California Law Review*, vol. 52, n. 3 (march 1979): 669-698.

[145] SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50 (1998), pp. 1471-1550.

Korobkin e Thomas Ulen, com o título *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, divulgado em 2000[146]. Ambos foram os artigos jurídicos mais citados em seus respectivos anos de publicação, sendo que o primeiro deles foi o mais citado dentro do Direito entre todos os artigos publicados entre 1990 e 2009[147].

Quanto à primeira publicação, Sustein, Thaler e Jolls mencionam, de plano, que o objetivo do artigo é adotar uma abordagem da *análise econômica do Direito* informada por uma concepção mais apurada de escolha, que reflita um melhor entendimento sobre o comportamento humano[148]. Um exemplo dado pelos próprios autores elucida a questão: na análise econômica do Direito tradicional, estima-se que uma pessoa decide cometer um delito ao comparar, de um lado, os benefícios advindos deste crime e, de outro, a probabilidade de prisão e a pena cominada. No entanto, as ciências comportamentais demonstraram que as pessoas não preveem de modo apurado a probabilidade real de um evento. Assim, o que realmente importa é a percepção que ele possui sobre o quão provável é a sua punição - e não a probabilidade real (percepção esta que é afetada, por exemplo, pela heurística da disponibilidade, de modo que divulgar pessoas sendo punidas por determinado crime aumenta a percepção quanto à probabilidade de sancionamento)[149]. Além disso, as ciências comportamentais demonstram que os seres humanos incorrem no chamado *desconto hiperbólico* em matéria temporal (dão um peso desproporcionalmente maior para algo no presente do que no futuro), de modo que nem sempre a perspectiva de sancionamento em um futuro distante irá dissuadir o agente de praticar a infração que gere benefícios imediatos[150].

---

[146] KOROBKIN, Russel B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, vol. 88 (July 2000), n. 4, pp. 1051-1144.

[147] ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Op. cit*., p. 143: "Two influential articles—which raised the visibility of, and general interest in, BLE [Behavioral Law & Economics] —were Christin Jolls, Cass Sunstein, and Richard Thaler's programmatic article of 1998, and Russell Korobkin and Thomas Ulen's article of 2000. Both these articles are the most cited legal articles in their respective years of publication. In fact, according to a citation count from 2012, the Jolls, Sunstein, and Thaler article is the most cited legal article published between 1990 and 2009 (including articles published up to seven years before it)".

[148] SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. *Op. cit.*, p. 1473: "Our goal in this article is to advance an approach to the economic analysis of law that is informed by a more accurate conception of choice, one that reflects a better understanding of human behavior and its wellsprings".

[149] *Ibid.*, p. 1474: "The prescriptive task is to see how law might be used to achieve specified ends, such as deterring socially undesirable behavior. Much of conventional economic analysis is concerned with this sort of question. Explicit consideration of behavioral factors can improve the prescriptions offered by the analyst. For instance, instead of focusing only on the actual probability of detecting criminal behavior in considering whether offenders will be deterred, the analyst might also want to consider the *perceived* probability of detection and how it might differ in systematic and predictable ways from the actual probability".

[150] Sobre o tema: FAVERI, Dinorá Baldo de. *Impaciência nas escolhas intertemporais*: uma abordagem comportamental. 2017. 227 f. Tese (Doutorado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/183406/349814.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 de janeiro de 2020; MURAMATSU, Roberta; FONSECA, Patrícia. Economia e psicologia na explicação da escolha

De forma descritiva, os autores ainda demonstram, com diversos exemplos, como a análise econômico-comportamental do Direito explica o surgimento e a manutenção de certas normas legais. A título exemplificativo, é comum que ocorra a regulação de determinada atividade em função de uma percepção equivocada dos seus riscos, gerada pela *heurística da disponibilidade* (atribui-se uma probabilidade maior de ocorrência a um evento na proporção da facilidade com que é recordado, o que decorre, em parte, da atenção dada a ele pela mídia)[151]. Isso pode gerar tanto um excesso de regulação (em caso de um risco de baixa probabilidade de ocorrência, mas que é abordado frequentemente pela mídia) como uma falta de regulação (diante de riscos sérios e prováveis, porém de pouco apelo midiático)[152].

Os autores mencionam, ainda, como o viés retrospectivo (impossibilidade de se analisar com precisão a probabilidade *ex ante* de que determinada conduta gere danos, após termos ciência de qual foi o seu resultado) afeta a conclusão de jurados acerca da existência ou não de negligência em determinada conduta[153]. Em seguida, sugerem algumas técnicas de

---

intertemporal. *Revista de Economia Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 6, p. 87-112, 2008. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/810>. Acesso em: 07 de janeiro de 2020.

[151] *Ibid.*, p. 1518: "In particular, people seek law in areas such as environmental protection on the basis of their judgments about the probabilities associated with certain harmful activities. Their judgments about probabilities will often be affected by how "available" other instances of the harm in question are, that is, on how easily such instances come to mind. [...] Reliance on how "available" instances of the event in question are is a form of judgment error, but the error is fully rational—in the sense of reflecting optimizing behavior—for people with limited information. Still, it can lead to systematic errors in probability assessment. In the context of environmental legis- lation, it encourages the well-known "pollutant of the month" syndrome, where regulation is driven by recent and memorable instances of harm. When beliefs and preferences are produced by a set of probability judgments, made inaccurate by the availability heuristic, legislation will predictably become anecdote-driven. Many illustrations come to mind; consider the outcry over Agent Orange and Times Beach, or the strict regulation of asbestos in schools after a large amount of media attention. The same phenomenon may occur in other areas of regulatory law; an example here is the move toward heavy regulation of school bus safety in the wake of media coverage of school bus accidents in which children were killed".

[152] *Ibid.*, p. 1519: "The availability heuristic can lead to under- as well as over-regulation. People sometimes (although not always) underestimate the likelihood of low-probability or low-salience events because these threats simply do not make it onto people's "radar screens"; many health and environmental risks (such as the health threats from poor diet and exercise) may fit this description with some parts of the population. But when a particular threat, even an unlikely one, becomes available, as when, for example, asbestos is discovered in schools, then regulation will be demanded. The behavioral account thus predicts a patchwork of environmental laws characterized by both over- and under-regulation, with over-regulation when a particular risk has recently materialized, particularly if the harm in question is highly salient".

[153] *Ibid.*, p. 1523: "Frequently juries are called upon to determine the probability of an event that ended up occurring; a prominent example is the negligence standard, which (in the formulation favored by the economic analysis of law) requires jurors to assess the costs and benefits of the defendant's course of action from an ex ante perspective, and thus to determine the probability that harm would end up coming of that action. These determinations are made with the "benefit" of hindsight; jurors know at the time they make their decision that the event in question did in fact occur. Jurors' determinations are thus likely to be afflicted by "hindsight bias"—the tendency of decisionmakers to attach an excessively high probability to an event simply because it ended up occur- ring. [...] Hindsight bias will lead juries making negligence determinations to find defendants liable more frequently than if cost-benefit analysis were done correctly—that is, on an ex ante basis. Thus, plaintiffs will win cases they deserve to lose. This prediction is consistent with the frequently expressed (though difficult to verify) view that the tort system imposes too much liability".

mitigação do viés retrospectivo (*debiasing*) na apuração da negligência envolvendo ações de responsabilidade civil (o tema será analisado no Capítulo 5, dedicado ao aprofundamento dos vieses em espécie, e no qual será dedicado um tópico ao viés retrospectivo).

Em seguida, os autores dedicam-se a explorar o interessante tema do comportamento criminoso sob a ótica da análise econômico-comportamental do Direito. Conforme já se mencionou anteriormente, a análise econômica do Direito tradicional defende que o infrator faz uma análise acerca do custo-benefício de praticar determinada infração (ele mensura, de um lado, as chances de ser preso e a pena a ser cumprida e, do outro, os benefícios que ele terá com a prática da infração) antes de decidir pela sua realização. Ocorre que a economia comportamental já comprovou, em primeiro lugar, que os seres humanos possuem *excesso de otimismo/confiança*, de modo a minimizar a probabilidade de que, de sua ação, decorra um desfecho negativo. Isso, por si só, já altera a equação utilizada pelos defensores do movimento em sua ótica tradicional. Mas, além disso, sabe-se que esse fator *probabilidade* é influenciado por outros vieses, como, por exemplo, por aqueles que decorrem da heurística da disponibilidade (ou seja, os seres humanos atribuem maior ou menor probabilidade a um evento conforme costumem lembrar de exemplos de sua ocorrência). Significa dizer que, tão ou mais importante quanto combater a impunidade para reduzir os crimes é reduzir a sua percepção[154]. Além disso, não se pode deixar de considerar que, quanto menor o autocontrole de uma pessoa, maior será o desconto hiperbólico nas escolhas intertemporais, e esse fator, que não era levado em conta na análise econômica do Direito tradicional, precisa ser levado em conta pelo movimento enriquecido pelas ciências comportamentais[155].

---

[154] *Ibid.*, p. 1538: "Consider the question of deterring criminal behavior. Economic analysis of this question typically starts from the premise that potential offenders will be deterred from criminal acts if the expected costs of those acts exceed their expected benefits. Potential offenders are imagined to make at least a rough calculation of these costs and benefits in the process of making their decisions. Bounded rationality suggests that people may make systematic (as opposed to random) errors in computing these costs and benefits; for example, as described above, individuals tend to judge the likelihood of uncertain events (such as getting caught for a crime) by how available such instances are to the human mind, and this may depend on factors unrelated to the actual probability of the event. This analysis suggests the desirability, from a prescriptive standpoint, of making law enforcement highly visible, holding constant the actual probability that offenders will be caught; it suggests, for example, the good sense of the familiar method of parking-ticket enforcement—sticking large, brightly-colored tickets that read "VIOLATION" in large letters on the drivers' side window, where they are particularly noticeable to drivers passing by—as opposed to a less costly approach (putting small, plain tickets under the windshield wiper on the curb side of the street, convenient for the parking officer to reach). Another example here is "community policing," now widely practiced across the country; by making more visible and memorable the presence of police (as, for example, by having them walk their beats rather than ride in patrol cars), authorities can, it is suggested, increase the deterrence of potential criminals without altering the actual probability of apprehension".

[155] *Ibid.*, p. 1538-1539: "But even if one assumes that potential offenders can accurately compute the costs and benefits of crime, bounded willpower suggests that they will often behave in ways at odds with conventional economic analysis, due to problems of self-control. A central feature of much criminal behavior is that the benefits are immediate, while the costs (if they are incurred at all) are spread out over time—often a very long time. Economic analysis assumes that such future costs are discounted to present value, and A. Mitchell Polinsky and

Por último, os autores mencionam sobre como as ciências comportamentais podem enriquecer o tema da elaboração de políticas públicas, algo que, mais tarde, daria origem a um livro escrito (sobre *nudges* e paternalismo libertário) por dois dos coautores do artigo[156].

Já no artigo *Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics*, publicado em 2000, Korobkin e Ulen dedicam-se a superar a pressuposição de racionalidade existente na análise econômica do Direito, e propõem a sua superação por um movimento que denominam de *Law & Behavioral Science* (que é a análise econômico-comportamental do Direito, só que com um nome diferente adotado por esses autores). Toda a primeira parte do artigo é dedicada a explicar a *teoria da escolha racional*, incluindo as variações da teoria existentes entre seus diversos estudiosos[157]. Em seguida, os autores buscam demonstrar como nenhuma das formas da *teoria da escolha racional* (incluindo a mais comum, que pressupõe que os agentes decidem de forma a maximizar a sua utilidade esperada) é adequada para prever comportamentos humanos[158], e que os seres humanos decidem em um contexto de *racionalidade limitada* (*bounded rationality*).

Em seguida, Korobkin e Ulen apresentam diversas heurísticas e vieses cognitivos, ressaltando como cada um deles está presente no Direito. Iniciam pela heurística da representatividade[159] (os indivíduos julgam a probabilidade de que algo ou alguém se enquadre em determinada categoria com base no quanto essa coisa se parece com o estereótipo que se tem dos demais membros dessa categoria), passam pela heurística da disponibilidade[160] (segundo a qual a frequência de determinado evento é calculada pelos indivíduos com base na facilidade com que se lembram de ocorrências desse evento), e abordam temas como o *viés do excesso de confiança*[161] (como a maioria das pessoas se considera acima da média, embora isso

---

Steven Shavell have recently suggested that potential criminal offenders may have unusually high discount rates, so that years in prison far in the future will be discounted very heavily. Behavioral economic analysis carries this idea further by incorporating self-control issues often emphasized by criminologist".

[156] THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

[157] KOROBKIN, Russel B.; ULEN, Thomas S. *Op. cit*., p. 1060-1061.

[158] *Ibid.*, p. 1066-1067.

[159] *Ibid.*, p. 1086: "The 'representativeness heuristic' refers to the tendency of actors to ignore base rates and overestimate the correlation between what something appears to be and what something actually is".

[160] *Ibid.*, p. 1087: "When actors overestimate the relevance of salient or memorable incidents at the expense of base rates, they employ the 'availability heuristic'".

[161] *Ibid.*, p. 1091: "Even when actors know the actual probability distribution of a particular event, their predictions as to the likelihood that that event will happen to them are susceptible to the 'overconfidence bias': the belief that good things are more likely than average to happen to us and bad things are less likely than average to happen to us. 'Demonstrating that a particular individual is overconfident is difficult to do, because the individual might well differ from the statistically average person in positive ways. For example, a student who believes he will score above the mean on an exam might be overconfident of his ability. On the other hand, he might be smarter or a more diligent studier than his peers, making the prediction quite reasonable. But the pervasiveness of the

seja estatisticamente impossível) e o *viés da confirmação*[162] (segundo o qual os indivíduos tendem a enxergar somente as evidências que confirmem a sua hipótese inicial, em vez de buscar justamente pelas que pudessem falseá-la). Diante de sua importância para o Direito, um tópico inteiro é dedicado ao *viés retrospectivo*[163] (segundo o qual os indivíduos, quando sabem o resultado de determinado evento, tendem a considerá-lo muito mais provável do que era de fato no momento em que a ação ocorreu).

Os autores passam então à abordagem da *ancoragem* e *ajuste insuficiente* (os indivíduos são sugestionados com determinado valor como solução para um problema, e tendem a aceitar como resultado valores mais próximos a esta âncora do que encontrariam se sem a âncora)[164] e trabalham com os achados da *teoria da perspectiva* (*prospect theory*), como, por exemplo, o *efeito do enquadramento* (alternativas equivalentes passam a ser mais ou menos atrativas a depender de serem formuladas como ganhos ou como perdas)[165], o *efeito posse ou dotação* (as pessoas valorizam mais aquilo que possuem pelo só fato de as possuírem)[166] e o *viés do status quo* (a tendência de as pessoas optarem por manter o *status quo*)[167].

---

overconfidence bias has been demonstrated persuasively in experiments that elicit opinions from all members of a group about how they are likely to compare to other members of the group. Notwithstanding Garrison Keillor's report, all the children in Lake Wobegon cannot really be above average".

[162] *Ibid.*, p. 1093: " Related to the overconfidence bias is the 'confirmatory' or 'self-serving' bias, the term to describe the observation that actors often interpret information in ways that serve their interests or preconceived notions".

[163] *Ibid.*, p. 1095: "Perhaps the most-studied shortcoming in probabilistic assessment is the 'hindsight bias', the term that describes the tendency of actors to overestimate the *ex ante* prediction that they had concerning the likelihood of an event's occurrence after learning that it actually did occur".

[164] *Ibid.*, p. 1100: "Research on the phenomenon [...] demonstrates that probabilistic assessments are often flawed because actors fail to adjust sufficiently their assessments from preexisting cognitive anchors".

[165] *Ibid.*, p. 1104-1105: "One fundamental insight of prospect theory, known as the 'framing' effect, is that actors' choices under conditions of uncertainty depend not only on the absolute expected values of the competing options but also on the direction in which those options deviate from a baseline, or reference point. When decision options are perceived as 'gains' relative to the reference point, individuals are risk averse; that is, they prefer more certain options to gambles with the same expected value. But when decisions options are perceived as 'losses' relative to the reference point, the same individuals will be risk-seeking; that is, they will prefer a gamble to the certain option when both have the same expected value. For example, when experimental subjects were asked to choose between a certain payment of $240 and a 25% chance do receive $1.000, 84% preferred the certain payment (although this option has a slightly lower expected value than the gamble - $240 versus $250). But when asked to choose between a certain loss of $750 and a 75% chance of losing $1000, 87% preferred the gamble (although the two choices have the same expected value)".

[166] *Ibid.*, p. 1107-1108: "Under any of the usual conceptions of rational choice theory, an actor faced with a choice between two items - say, for example, between a loaf of bread and a glass of wine - should compare the inherent value to him of each and select the item with the higher value. Whether he owns the loaf of bread, the glass of wine, or neither, should make no difference as to which item he would prefer. An unusually rich body of behavioral science literature demonstrates, however, that individuals often place a higher monetary value on items they own than on those that they do not own. Because the consequence of this effect is that people place a higher value on their endowments than on other items, this phenomenon is often referred to as the 'endowment effect'".

[167] *Ibid.*, p. 1111: "[...] actors tend to place a higher value on any state of affairs that they consider to be the status quo than they would place on the same state of affairs if it were not the status quo [...]".

A partir da publicação desses dois artigos, a influência das ciências comportamentais sobre o Direito cresceu vertiginosamente, e, atualmente, diversos institutos analisados pela análise econômica do Direito tradicional são estudados também em consonância com as heurísticas, os vieses cognitivos e a teoria da perspectiva, tal como desenvolvidos pelas economia comportamental. A sua relevância cresceu a ponto de Thomas S. Ulen a caracterizar como tendo sido, provavelmente, o desenvolvimento mais importante da atualidade nos estudos de Direito[168]. Assim, atualmente, há análise econômico-comportamental de praticamente todos os ramos jurídicos. No Direito do Consumidor, apontam-se inúmeros vieses de consumidores, e fala-se até mesmo em uma vulnerabilidade cognitiva apta a atrair a tutela consumerista[169-170]. Em se tratando de políticas públicas, cada vez mais, a ideia de *nudges* (arquiteturas de escolhas que buscam explorar o comportamento humano para promover fins desejados) é difundida[171]. No Direito Regulatório, o tema encontra solo fértil, seja para analisar os vieses cognitivos do regulado de modo a justificar a regulação, seja para se apontar os desvios presentes no próprio regulador[172]. E este movimento ainda atinge ramos do Direito como a Responsabilidade

---

[168] ULEN, Thomas S. The Importance of Behavioral Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 93-124, p. 120: "My belief is that behavioral law is one of the most important developments - and probably the most important - in legal scholarship of the modern era".

[169] O Direito do Consumidor é, aliás, um dos campos em que os estudos da economia comportamental tiveram maior impacto. Isso porque há a demonstração de inúmeros vieses aos quais os consumidores estão sujeitos diante da publicidade e da grande oferta de produtos existentes atualmente. Como se sabe, a doutrina consumerista costuma justificar a proteção deste ramo do Direito com base nas vulnerabilidades (técnica, fática, jurídica e informacional) às quais o consumidor está sujeito. Na vertente comportamental, já existe estudos no sentido de acrescer às já mencionadas a vulnerabilidade cognitiva, relativa aos diversos vieses cognitivos aos quais os consumidores estão sujeitos. Nesse sentido: FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. *Economia comportamental e vulnerabilidade cognitiva*: fundamentos científicos para a proteção do consumidor no Brasil. Dissertação (Mestrado) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) sob orientação da Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira, 2012.

[170] BAR-GILL, Oren. Consumer Transactions. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 377-404; SIBONY, Anne-Lise. Can EU Consumer Law benefit from behavioural insights? In: MATHIS, Klaus (editor). *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, 2015, p. 71-106; DUTRA, Samir Alves. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2 (ago. 2018). Brasília: UniCEUB, 2011, p. 568-599.

[171] THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008; SUNSTEIN, Cass R. Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation. *In:* ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 719-737; SOUZA, Luciana Cristina; RAMOS, Karen Tobias França; PERDIGÃO, Sônia Carolina Romão Viana. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2 (ago. 2018). Brasília: UniCEUB, 2011, p. 235-251; TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2 (ago. 2018). Brasília: UniCEUB, 2011, p. 474-492.

[172] PURNHAGEN, Kai. Why do we need responsive regulation and behavioural research in EU Internal Market Law? In: MATHIS, Klaus (editor). *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, 2015, p. 51-70.

Civil[173], o Direito Tributário[174], Licitações e Contratos Administrativos[175], o Direito Antitruste[176], o Direito Penal e a Criminologia[177], dentre inúmeros outros.

Esta dissertação situa-se dentro deste enorme campo de estudo, porém com um recorte metodológico preciso: a forma como as heurísticas e os vieses cognitivos afetam os julgamentos dos magistrados e o seu correspondente processo de tomada de decisão. Em síntese, será defendido que os juízes, como os demais seres humanos, possuem duas formas de raciocinar: uma mais rápida, baseada especialmente em heurísticas e outros atalhos cognitivos (útil, mas que pode gerar vieses); e outra mais controlada e deliberada. Passa-se, assim, à apresentação do conceito deste sistema dual de julgamento e de tomada de decisão, que é fundamental ao desenvolvimento do tema.

1.5 O conceito do sistema dual de julgamento e de tomada de decisão como elemento central deste trabalho

1.5.1 Introdução ao sistema dual de pensamento

Atualmente, encontra-se difundida a ideia de que os seres humanos possuem duas formas de pensar: uma automática (ou intuitiva) e outra controlada (ou deliberada). Antes, porém, de adentrar no que significa cada uma delas, é preciso que se responda a uma pergunta: o que significa "pensar"? Segundo Reid Hastie e Robyn M. Dawes:

---

[173] HALBERSBERG, Yoed; GUTTEL, Ehud. Behavioral Economics and Tort Law. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 405-437.

[174] MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ciência do Direito Tributário, Economia Comportamental e Extrafiscalidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2 (ago. 2018). Brasília: UniCEUB, 2011, p. 640-659; MCCAFFERY, Edward J. Behavioral Economics and the Law: Tax. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 599-622.

[175] ARARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: *nudge* ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 385-404.

[176] TOR, Avishalom. The Market, The Firm, and Behavioral Antitrust. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 539-567; HEINEMANN, Andreas. Behavioural Antitrust. In: MATHIS, Klaus (editor). *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, 2015, p. 211-242.

[177] HAREL, Alon. Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 568-598.

> Pensar é a criação de representações mentais daquilo que não está no ambiente imediato. Enxergar uma parede verde não é pensar; contudo, imaginar como ela ficaria se fosse pintada de azul, o é. Observar que um paciente está com icterícia não é pensar; mas desenvolver a hipótese que o paciente pode estar sofrendo de danos no fígado, o é. Perceber que o preço de uma ação caiu não é pensar, mas inferir as causas dessa queda e tomar a decisão de vendê-la, o é. Sir Frederick Bartlett, cujo trabalho, há 50 anos, ajudou a criar muito do que hoje é conhecido como psicologia cognitiva, definiu pensar como a habilidade de "preencher lacunas nas evidências" (1958). Provavelmente, o pensamento é melhor concebido como uma extensão da percepção - uma extensão que nos permite preencher as lacunas na imagem do ambiente pintada em nossas mentes por nossos sistemas perceptivos, e inferir relações causas e outras importantes possibilidades desses ambientes[178]. (tradução livre).

Diante disso, tem-se que, o pensamento humano possui duas formas para criar as referidas representações mentais, realizando inferências e deduções e preenchendo as lacunas das percepções apreendidas com seus sentidos. Uma dessas formas se dá de forma automática e intuitiva, sem a necessidade de muito esforço. É utilizada inúmeras vezes ao longo de um único dia, e é essencial à nossa sobrevivência[179]. Já a outra forma é controlada e exercida mediante deliberação. Demanda esforço, mas chega a conclusões normalmente mais precisas.

A distinção entre um pensamento intuitivo e outro dedutivo não é nova na filosofia. René Descartes já mencionava que a intuição e a dedução são os dois processos pelos quais o homem pode chegar ao conhecimento das coisas[180]. Segundo Steven A. Sloman, essa

---

[178] HASTIE, Reid; DAWES, Robyn M., *Op. cit.*, Chapter 1, ebook. No original: "What is thinking? Briefly, it is the creation of mental representations of what is not in the immediate environment. Seeing a green wall is not thinking; however, imagining what that wall would be like if it were repainted blue is. Noting that a patient is jaundiced is not thinking; hypothesizing that the patient may suffer from liver damage is. Noticing that a stock's price has dropped is not thinking, but inferring the causes of that drop and deciding to sell the stock is. Sir Frederick Bartlett, whose work 50 years ago helped create much of what is now termed cognitive psychology, defined thinking as the skill of 'filling gaps in evidence' (1958). Thinking is probably best conceived of as an extension of perception—an extension that allows us to fill in the gaps in the picture of the environment painted in our minds by our perceptual systems, and to infer causal relationships and other important "affordances" of those environments."

[179] LIDÉN, Moa. *Op. cit.*, p. 11: "The notion that individuals cannot possibly process all information available in their environment is not only intuitive, but also supported by decades of primarily psychological research. In many everyday situations such limitations in processing capacity are fully necessary for individuals not only to form decisions, but also to act in accordance with them. For instance, imagine a situation in which one woke up in the morning and would have to process all available information before deciding how to spend the day. Is one were to seriously evaluate all possible options, there would be a clear risk of never leaving the home or even the bed. In this sense, limited information processing is time saving, rational and conductive to human life and action".

[180] DESCARTES, René. *Regulae ad directionem ingenni / Rules for the direction of the natural intelligence*: a bilingual edition of the Cartesian treatise on method (trad. George Heffernan). Amsterdam-Atlanta: Todopi, 1998, p. 77-79: "Rule III: On Intuition and Deduction: Concerning proposed objects, one has to investigate, now what others may have felt or what we ourselves shall conjecture, but what we can clearly and evidently intuit or certainly deduce - for knowledge is acquired in no other way. [...] we here review all the actions of our intellect by means of which we could arrive at a knowledge of things without fear of making a mistake. We recognize only two, namely, intuition and deduction".

distinção existe ao menos desde Aristóteles[181]. A propósito, Jonathan Evans e Keith Frankish dedicaram toda uma obra ao estudo do pensamento dual, e mencionam dezenas de psicólogos e filósofos que trabalharam de alguma forma com essa distinção ao longo da história[182].

Esses dois modos pelos quais ocorre o pensamento humano receberam, ao longo da história, as mais diversas terminologias e classificações. Em 2000, Keith Stanovich e Richard West publicaram um artigo em que denominaram essas formas de julgar e de decidir de Sistema 1 (automático/intuitivo) e Sistema 2 (deliberado/controlado/racional)[183]. Essa nomenclatura viria a se tornar a mais tradicional , difundida e utilizada a partir de sua adoção por Daniel Kahneman em sua obra *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*[184]. Por essa razão, esta será a nomenclatura utilizada neste trabalho.

Segundo a teoria do pensamento dual, o Sistema 1 "*opera automática e rapidamente, com pouco ou nenhum esforço e nenhuma percepção de controle voluntário*"[185] e, de outro lado, o Sistema 2 "*aloca atenção às atividades mentais laboriosas que o requisitam, incluindo cálculos complexos. As operações do Sistema 2 são muitas vezes associadas com a experiência subjetiva de atividade, escolha e concentração*[186]".

Para tornar a distinção mais didática, Kahneman elenca uma série de eventos que são processados pelo sistema 1, incluindo: responder quanto é 2 + 2; detectar hostilidade em uma voz; ler palavras em grandes cartazes; deslocar a atenção em direção à fonte de um som repentino; completar a expressão "pão com..."; e fazer cara de aversão ao ver uma foto horrível[187]. A maior parte dessas tarefas ocorre de modo involuntário: diante da equação 2 + 2, todos os indivíduos pensarão automática e imediatamente na resposta; da mesma forma, diante de um som alto e inesperado, a atenção se desloca à sua fonte sem demora; se sentenças simples forem ditas ou escritas em seu idioma nativo, as pessoas não deixarão de percebê-las.

---

[181] SLOMAN, Steven A. Two Systems of Reasoning. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (eds). *Heuristics and biases*: the psycology of intuitive judgment. New York: Cambridge Univerrsity Press, 2002, p. 379-396.

[182] EVANS, Jonathan; FRANKISH, Keith. *In Two Minds*: dual processes and beyond. New York: Oxford University Press, 2009.

[183] STANOVICH, Keith; WEST, Richard. Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate, *Behavioral and Brain Sciences* (2000), 23, p. 645-726. Disponível em: <http://psy2.ucsd.edu/~mckenzie/StanovichBBS.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

[184] KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

[185] *Ibid*., p. 29.

[186] *Loc. cit.*

[187] *Ibid.*, p. 30.

Por outro lado, se a equação 2 + 2 for substituída por 17 x 24, embora se possa ter uma intuição mínima sobre a ordem de grandeza da resposta, deve-se gastar algum tempo refletindo sobre o problema para resolvê-lo, pois ele demandará o processamento pelo Sistema 2. Outras atividades que demandam este sistema controlado incluem: concentrar-se especificamente na voz de determinada pessoa em uma sala barulhenta; manter uma velocidade de caminhada mais elevada do que o natural; pensar criticamente acerca da validade de um argumento complexo; e recuperar da memória palavras que tenham N como sua terceira letra. Todas essas atividades demandam um pensamento controlado e deliberado e provavelmente serão interrompidas se a atenção for desviada[188].

Um ponto essencial acerca da diferenciação dos sistemas, que terá implicações diretas em nosso trabalho, envolve a percepção de que, enquanto o Sistema 1 demanda pouco ou nenhum esforço para funcionar, o Sistema 2 exige atenção, esforço, e demanda um maior gasto de energia. Isso possui diversas consequências. Por exemplo, como o Sistema 2 possui recursos limitados, dificilmente é possível concentrar-se verdadeiramente em uma atividade cognitiva e, simultaneamente, esforçar-se em outra, ainda que de natureza diversa (como um esforço físico, por exemplo)[189]. Ainda em razão da elevada demanda de atenção e de esforço, tem-se que, ao se concentrar verdadeiramente em uma atividade cognitiva, provavelmente o indivíduo ficará cego para a percepção de outras informações[190]. Ademais, por demandar

---

[188] *Ibid.*, p. 31.

[189] *Ibid.*, p. 53: "Normalmente é fácil e de fato bastante agradável andar e pensar ao mesmo tempo, mas em casos extremos essas atividades parecem competir pelos recursos limitados do Sistema 2. Você pode confirmar essa afirmação com um experimento simples. Caminhando confortavelmente com um amigo, peça-lhe para calcular 23 x 78 de cabeça, e que o faça imediatamente. Ele quase com certeza vai parar de andar. Por minha experiência, sou capaz de pensar enquanto caminho, mas não consigo empreender um esforço mental que imponha uma carga pesada sobre a memória de curto prazo. Se devo construir um argumento intrincado sob a pressão do tempo, prefiro ficar parado, e prefiro estar sentado do que de pé. [...] Acelerar além de minha velocidade de caminhada muda completamente a experiência de andar, pois a transição para uma caminhada mais acelerada acarreta uma acentuada degradação em minha capacidade de pensar coerentemente. Conforme acelero a marcha, minha atenção é atraída com frequência cada vez maior para a experiência de andar e para a manutenção deliberada de um ritmo mais acelerado. Minha capacidade de levar uma cadeia de pensamentos a uma conclusão fica igualmente prejudicada. Na máxima velocidade que consigo manter pelas colinas, cerca de oito a nove minutos por quilômetro, nem mesmo tento pensar em mais nada. Além do esforço físico de mover meu corpo rapidamente pela trilha, um esforço mental de autocontrole é necessário para resistir à tentação premente de diminuir a velocidade. Autocontrole e pensamento deliberado aparentemente exigem o mesmo orçamento limitado de esforço".

[190] O experimento mais conhecido sobre como a elevada concentração em uma tarefa pode nos deixar cegos para a percepção de todo o resto foi o experimento do "*gorila invisível*" realizado por Chistopher Chabris e Daniel Simons, dando origem ao livro de mesmo nome posteriormente. No livro, os próprios pesquisadores descrevem o experimento da seguinte forma: "With our students as actors and a temporarily vacant floor of the psychology building as a set, we made a short film of two teams of people moving around and passing basketballs. One team wore white shirts and the other wore black. Dan manned the camera and directed. Chris coordinated the action and kept track of which scenes we needed to shoot. We then digitally edited the film and copied it to videotapes, and our students fanned out across the Harvard campus to run the experiment. They asked volunteers to silently count the number of passes made by the players wearing white while ignoring any passes by the players wearing black. The video lasted less than a minute. [...] Immediately after the video ended, our students asked the subjects to

energia, o esforço mental para a utilização do Sistema 2 depende de as pessoas não estarem exauridas de outras atividades anteriores (não só cognitivas, mas também físicas e emocionais) que demandaram esforço e energia (condição denominada como *esgotamento do ego*)[191] e de estarem adequadamente supridas com glicose (circunstância que elimina ou mitiga a condição anteriormente referida)[192].

Para demonstrar como todas as pessoas estão sujeitas às intuições do Sistema 1, ainda que algumas superem a sua impressão inicial esforçando-se em sua deliberação, Shane Frederick, em seu artigo *Cognitive Reflection and Decision Making*[193], propôs o que se convencionou chamar de Teste de Reflexão Cognitiva (*Cognitive Reflexion Test* - CRT). Logo

---

report how many passes they'd counted. In the full-length version, the correct answer was thirty-four—or maybe thirty- five. To be honest, it doesn't matter. The pass-counting task was intended to keep people engaged in doing something that demanded attention to the action on the screen, but we weren't really interested in pass-counting ability. We were actually testing something else: Halfway through the video, a female student wearing a full- body gorilla suit walked into the scene, stopped in the middle of the players, faced the camera, thumped her chest, and then walked off, spending about nine seconds onscreen. Amazingly, roughly half of the subjects in our study did not notice the gorilla! Since then the experiment has been repeated many times, under different conditions, with diverse audiences, and in multiple countries, but the results are always the same: About half the people fail to see the gorilla. How could people not see a gorilla walk directly in front of them, turn to face them, beat its chest, and walk away? What made the gorilla invisible? This error of perception results from a lack of attention to an unexpected object, so it goes by the scientific name "inattentional blindness." This name distinguishes it from forms of blindness resulting from a damaged visual system; here, people don't see the gorilla, but not because of a problem with their eyes. When people devote their attention to a particular area or aspect of their visual world, they tend not to notice unexpected objects, even when those unexpected objects are salient, potentially important, and appear right where they are looking. In other words, the subjects were concentrating so hard on counting the passes that they were "blind" to the gorilla right in front of their eyes" (CHABRIS, Cristopher F.; SIMONS, Daniel J. *The invisible gorila*: and other ways our intuition deceive us. New York: Crown, 2010, pp. 5-7).

[191] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, pp. 55-56: "Uma série de experimentos surpreendentes feitos pelo psicólogo Roy Baumeister e seus colegas mostrou conclusivamente que todas as variedades de esforço voluntário - cognitivo, emocional ou físico - dependem ao menos em parte de uma reserva compartilhada de energia mental. Seus experimentos envolvem antes tarefas sucessivas que simultâneas. O grupo de Baumeister verificou repetidamente que um esforço de vontade ou autocontrole é cansativo: se você se vê obrigado a se forçar a fazer algo, fica menos disposto ou menos capaz de exercer autocontrole quando o próximo desafio se apresenta. O fenômeno tem sido chamado de *esgotamento do ego* (*ego depletion*). Numa demonstração típica, participantes instruídos a suprimir sua reação emocional num filme de grande carga emocional mais tarde exibirão um desempenho ruim num teste de resistência física - quanto tempo conseguem manter um aperto firme em um dinamômetro, a despeito do desconforto crescente. O esforço emotivo na primeira fase do experimento reduz a capacidade de suportar a dor da contração muscular prolongada, e pessoas de ego esgotado desse modo sucumbem mais rapidamente à necessidade de desistir. Em outro experimento, as pessoas são primeiramente esgotadas com uma tarefa em que ingerem comidas saudáveis como rabanetes e aipo enquanto resistem à tentação de se entregar a chocolates e biscoitos calóricos. Mais tarde essas pessoas vão desistir mais cedo do que o normal quando confrontadas com uma tarefa cognitiva difícil".

[192] *Ibid.*, p. 57: "A descoberta mais surpreendente feita pelo grupo de Baumeister revela, como ele afirma, que a ideia de energia mental é mais do que uma simples metáfora. O sistema nervoso consome mais glicose que outras partes do corpo, e a atividade mental trabalhosa parece ser particularmente dispendiosa na moeda da glicose. Quando você está ativamente envolvido em um raciocínio cognitivo difícil ou ocupado numa tarefa que exige autocontrole, seu nível de glicose no sangue cai. O efeito é análogo a um corredor que suga a glicose armazenada em seus músculos num rito. A implicação óbvia dessa ideia é que os efeitos do esgotamento do ego podem ser anulados com a ingestão de glicose, e Baumeister e seus colegas confirmaram essa hipótese em diversos experimentos".

[193] FREDERICK, Shane. Cognitive Reflection and Decision Making. *Journal of Economic Perspectives*, Volume 19, Number 4, Fall 2005, pp. 25-42.

no início do artigo, e antes de apresentar o seu teste, o autor deixa claro que há problemas que o Sistema 1 sequer busca processar, como é o caso de tentar encontrar a raiz quadrada de 19.163. Não vai haver sequer uma resposta inicial intuitiva, e o Sistema 2 precisará trabalhará integralmente. No entanto, há determinados problemas que ativam o Sistema 1, e este irá gerar determinada resposta intuitivamente, e é com esta espécie de problema que Frederick elaborou o Teste de Reflexão Cognitiva, que consiste nas seguintes perguntas (é interessante que o leitor tente resolver os problemas abaixo antes de continuar a leitura do restante do texto):

> **Teste de Reflexão Cognitiva**[194]
>
> (1) Um bastão e uma bola custam R$ 1,10 no total. O bastão custa R$ 1,00 a mais que a bola. Quanto custa a bola? Resposta: ____ centavos.
>
> (2) Se 5 máquinas levam 5 minutos para fazer cinco peças, quanto tempo 100 máquinas levariam para fazer 100 peças? Reposta: ____ minutos.
>
> (3) Em um lago, há uma área coberta por vitórias-régias. A cada dia, a área coberta dobra de tamanho. Se demoram 48 dias para as vitórias-régias cobrirem todo o lado, em quantos dias elas cobririam metade dele? Resposta: ____ dias.

Todas essas perguntas são respondidas inicialmente pelo Sistema 1, e grande parte das pessoas acaba confiando nesta resposta. Por exemplo, na primeira pergunta, a maioria dos indivíduos responde intuitivamente que a bola custa 10 centavos, quando, na verdade, essa resposta está equivocada, já que, neste caso, o total dos dois itens seria R$ 1,20, e não R$ 1,10. Apenas parte das pessoas que se submetem a esse teste responde corretamente que o preço da bola é de 5 centavos. De todo modo, mesmo as que acertam a resposta reconhecem que, intuitivamente, pensaram no número de 10 centavos em primeiro lugar, e apenas após raciocinarem, superaram esse pensamento inicial equivocado. O mesmo ocorre com os outros dois problemas. A resposta do segundo é 5 minutos (e não 100 minutos, como intuitivamente costuma-se pensar) e a do terceiro é 47 dias (e não 24 dias, que seria a resposta intuitiva).

O teste de Frederick, popularmente conhecido como CRT, foi aplicado a 3.428 participantes em 35 estudos durante um período de 26 meses iniciado em janeiro de 2003, e o resultado surpreende: do total de participantes, 33% não acertaram nenhuma das respostas, 28% acertaram apenas uma, 23% acertaram duas e apenas 17% encontraram a resposta correta para todas as três perguntas[195]. Estudantes de diversas Universidades norte-americanas constavam entre os participantes desses estudos, e os resultados variaram entre elas. Enquanto os

[194] Teste retirado da Tabela 1 do artigo de Shane Frederick citado na referência anterior e traduzido de forma livre.
[195] *Ibid.*, p. 29.

estudantes da *University of Toledo* acertaram, em média, 0,57 respostas (apenas 5% acertaram as três), estudantes da *Harvard University* tiveram uma média de 1,43 (20% encontraram as três respostas corretas), os participantes da *Princeton University* alcançaram a média de 1,63 (26% acertaram as três) e os estudantes da *Massachussetts Institute of Technology* (MIT) tiveram a média de 2,18 (48% dos participantes acertaram as três)[196].

De todo modo, é surpreendente que, em nenhuma Universidade norte-americana, mesmo nas mais conceituadas, houve um percentual de alunos que acertaram as três superior a 50% (e que Universidades como *Harvard* e *Princeton* tenham ficado na faixa dos 20%). Isso demonstra nitidamente os riscos de se confiar cegamente no Sistema 1, sem deixar que o Sistema 2 delibere adequadamente sobre a resposta intuitivamente pensada.

Para comprovar que o baixo nível de acerto no CRT deve-se de fato ao Sistema 1, os pesquisadores Adam L. Alter, Daniel M. Oppenheimer, Rebecca N. Eyre e Nicholas Epley resolveram realizar um estudo, que publicaram no artigo *Overcoming Intuition: Metacognitive Difficulty Activates Analytic Reasoning*, em 2007[197]. Segundo os autores:

> A confiança na precisão do julgamento intuitivo parece depender em grande parte da facilidade ou dificuldade com que as informações vêm à mente (Gill, Swann & Silvera, 1998; Kelley & Lindsay, 1993) e da percepção que se tem acerca da dificuldade do julgamento em questão. Se as informações forem processadas com facilidade ou fluência, os processos intuitivos (Sistema 1) orientarão o julgamento. Se as informações forem processadas com dificuldade ou sem fluência, essa experiência servirá como um indício de que a tarefa é difícil ou que a resposta intuitiva de alguém provavelmente está errada, ativando um processamento mais elaborado (Sistema 2). A facilidade ou dificuldade experimentada durante o processamento de informações é, portanto, usada como um gatilho para orientar os estilos de processamento subsequentes[198] (tradução livre).

Sabendo que, diante de uma tensão cognitiva (como, por exemplo, a dificuldade de ler determinado texto) ocorre uma ativação do Sistema 2, os pesquisadores recrutaram 40 estudantes da *Princeton University* e os dividiram em dois grupos. O primeiro grupo realizou o CRT normalmente, com o texto impresso de forma bastante clara. Já o segundo grupo recebeu

---

[196] *Loc. cit.*

[197] ALTER, Adam L.; OPPENHEIMER, Daniel M.; EPLEY, Nicholas; EYRE, Rebecca N. Overcoming Intuition: Metacognitive Difficulty Activates Analytic Reasoning. *Journal of Experimental Psychology: General*, 2007, vol. 136, n. 4, p. 569-576.

[198] *Ibid.*, p. 570. No original: "Confidence in the accuracy of intuitive judgment appears to depend in large part on the ease or difficulty with which information comes to mind (Gill, Swann, & Silvera, 1998; Kelley & Lindsay, 1993) and the perceived difficulty of the judgment at hand. If information is processed easily or fluently, intuitive (System 1) processes will guide judgment. If information is processed with difficulty or disfluently, however, this experience will serve as a cue that the task is difficult or that one's intuitive response is likely to be wrong, thereby activating more elaborate (System 2) processing. The ease or difficulty experienced while processing information is therefore used as a cue to guide one's subsequent processing styles".

o teste impresso com uma fonte de difícil leitura (pequena, em itálico e com transparência cinza). O resultado foi o seguinte: no grupo que recebeu o teste de fácil leitura, ao menos 90% dos participantes erraram ao menos uma das perguntas do CRT; enquanto que, no teste impresso propositalmente de forma difícil (para gerar uma tensão cognitiva apta a ativar o Sistema 2), apenas 35% dos participantes cometeram algum erro[199].

Diante desse estudo, não parece haver dúvidas de que o baixo nível de acerto no CRT, que ocorre de forma geral nos indivíduos, deve-se ao modo como o Sistema 1 opera, já que, quando ativou-se propositalmente o Sistema 2, poucos participantes incorreram em erros.

Conforme já se pôde perceber, como regra, o Sistema 1 acaba gerando as impressões e sensações que se tornam as principais fontes das crenças explícitas e escolhas deliberadas do Sistema 2[200]. Significa dizer que, se não adotada alguma cautela adicional, o Sistema 2 tende a racionalizar e a justificar as escolhas feitas intuitivamente pelo Sistema 1. Buscando demonstrar esse fenômeno de justificação, Jonathan Haidt realizou uma série de experimentos. Em um deles, Haidt apresentava a seguinte situação aos participantes:

> Julie e Mark são irmãos. Eles estão viajando juntos na França, durante as férias de verão da faculdade. Uma noite, estão hospedados sozinhos em uma cabana perto da praia. Eles decidem que seria interessante e divertido se tentassem fazer amor. No mínimo, seria uma nova experiência para cada um deles. Julie já estava tomando pílula anticoncepcional, mas Mark também faz uso de um preservativo por segurança. Ambos curtem fazer amor, mas resolvem não fazer novamente. Eles resolvem manter aquela noite em segredo, um segredo especial que faz com que se sintam ainda mais próximos um do outro. O que você pensa sobre isso? Você acha aceitável o fato de eles terem feito amor?[201] (tradução livre)

A maioria das pessoas que escuta essa história costuma dizer que a atitude dos irmãos foi errada, e então, passam a citar motivos. No entanto, todas as razões apontadas pelos ouvintes já haviam sido rechaçadas no enunciado da questão: alguns participantes mencionaram a possibilidade e os riscos de uma gravidez nessas condições, mas o enunciado expressamente mencionava que eles utilizaram, em conjunto, duas formas de prevenção de gravidez. Alguns

---

[199] *Loc. cit.*

[200] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 29.

[201] HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and its Rational Tail: a Social Intuitionist Approach do Moral Judgment. *Psychological Review*, vol. 108, n. 04, 2001, 814-834, p. 814. No original: "Julie and Mark are brother and sister. They are traveling together in France on summer vacation from college. One night they are staying alone in a cabin near the beach. They decide that it would be interesting and fun if they tried making love. At the very least it would be a new experience for each of them. Julie was already takingbirth control pills, but Mark uses a condom too, just to be safe. They both enjoy making love, but they decide not to do it again. They keep that night as a special secret, which makes them feel even closer to each other. What do you think about that? Was it OK for them to make love?"

argumentam que isso pode afastá-los emocionalmente, mas o enunciado já deixou claro que o fato apenas os aproximou. Ao final do experimento, a maior dos participantes chega a um estado de "estupefação moral" (*moral dumbfounding*), que ocorre quando elas insistem em um determinado julgamento sem ao menos conseguir justificar as suas razões.

Noel Struchiner e Fábio P. Shecaira, após citarem o experimento de Jonathan Haidt, defendem que é possível extrair as seguintes lições e conclusões:

> 1. Esse experimento e vários outros que foram formulados por ele e por outros psicólogos morais mostram que, em vários casos moralmente salientes e sensíveis, as pessoas respondem intuitivamente e só depois buscam as razões que serão usadas como premissas para sustentar a conclusão anteriormente dada pela intuição. Isso é relevante porque vários casos jurídicos são moralmente sensíveis.
>
> 2. O experimento mostra que o sistema 1 e as intuições produzidas por ele são extremamente suscetíveis a gatilhos afetivos. Como nossas intuições são alcançadas rapidamente, por um *flash*, e sem uma avaliação de todos os elementos que seriam relevantes para a decisão, dizemos que as intuições e seus fatores geradores funcionam como atalhos. Fatores estranhos, muitas vezes, são os responsáveis por essas intuições, e esses fatores não são utilizados na própria justificação. No caso, a ideia de incesto provoca um sentimento de nojo, e essa emoção negativa explica a intuição contrária ao ato. Contudo, o sentimento negativo de nojo não é evocado como argumento no momento da justificação. [...]
>
> 3. Finalmente, a intuição parece ter força significativa, já que é ela que parece direcionar a busca dos argumentos. A razão, muitas vezes, atua como espécie de porta-voz, assessora de imprensa ou advogada da intuição, e não como uma instância de deliberação e avaliação dos melhores argumentos contrários e a favor da tese que se discute. Em outras palavras, a intuição exerce pressão n contexto de justificação. O nojo e o consequente repúdio do ato incestuoso nos colocam em uma saga que é direcionada: ficamos com a ideia fixa de que a nossa intuição está correta e passamos a enxergar apenas argumentos que seriam capazes de justificar nossa intuição, mesmo que isso envolva algum tipo de confabulação (invenção de argumentos) ou o uso de argumentos que simplesmente não são adequados naquele contexto (no caso, apesar de a vinheta excluir a veracidade de certas premissas, ainda assim as pessoas fizeram uso delas)[202].

Do que foi dito, verifica-se que a tendência natural é a de que o Sistema 2 funcione apenas para racionalizar e justificar as decisões tomadas intuitivamente pelo Sistema 1. No entanto, é preciso que se diga que é possível que o Sistema 2 tome as rédeas e, inclusive, supere as conclusões alcançadas intuitivamente. Contudo, para isso, é necessário que a pessoa dedique a sua limitada capacidade de atenção e de concentração àquela atividade, e exerça um esforço em seu exercício de deliberação[203]. Nas didáticas palavras de Kahneman:

---

[202] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, pp. 165-166.

[203] LIDÉN, Moa. *Op. cit.*, p. 56: "System 1 and 2 form the basis for so-called *dual process theories*, for instance Kahneman and Fredericks' *dual process theory of probability judgment* describing how System 1 and 2 interact in the decision making process and more specifically in a decision maker with a confirmation bias. Whereas System 1 generates an intuitive partial judgment, that judgment gains support from the analytical System 2, for instance by generating arguments for the judgment. However, the individual is not necessarily aware that the arguments

> [...] os Sistemas 1 e 2 estão ambos ativos sempre que estamos despertos. O Sistema 1 funciona automaticamente e o Sistema 2 está normalmente em um confortável modo de pouco esforço, em que apenas uma fração de sua capacidade está envolvida. O Sistema 1 gera continuamente sugestões para o Sistema 2: impressões, intuições, intenções e sentimentos. Se endossadas pelo Sistema 2, impressões e intuições se tornam crenças, e impulsos se tornam ações voluntárias. Quando tudo funciona suavemente, o que acontece na maior parte do tempo, o Sistema 2 adota as sugestões do Sistema 1 com pouca ou nenhuma modificação. Você geralmente acredita em suas impressões e age segundo seus desejos, e tudo bem - normalmente.
>
> Quando o Sistema 1 funciona com dificuldade, ele recorre ao Sistema 2 para fornecer um processamento mais detalhado e específico que talvez solucione o problema do momento. O Sistema 2 é mobilizado quando surge uma questão para a qual o Sistema 1 não oferece uma resposta, como provavelmente aconteceu com você quando se viu diante do problema de multiplicação 17x24. Você também pode sentir uma sobrecarga de atenção consciente sempre que fica surpreso. O Sistema 2 é ativado quando se detecta um evento que viola o modelo do mundo mantido pelo Sistema 1. [...] Em resumo, a maior parte do que você (seu Sistema 2) pensa e faz origina-se de seu Sistema 1, mas o Sistema 2 assume o controle quando as coisas ficam difíceis, e normalmente ele tem a última palavra[204]. (grifos nossos)

Diante do esforço que é exigido do tomador de decisão para operar com o Sistema 2, o cérebro humano adota heurísticas, que são atalhos mentais, nos quais perguntas mais complexas são substituídas por outras mais fáceis de serem respondidas. Como leciona Kahneman, a "*definição técnica de heurística é um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis*"[205]. Um aprofundamento acerca do conceito de heurística - e as controvérsias a ele relacionadas -, será realizado no Capítulo 4.

É importante que se diga que o Sistema 1 e a tomada de decisão por *heurísticas* é essencial à existência humana e, em muitas ocasiões, os instintos dela derivados colaboram para a nossa segurança. No entanto, no contexto de uma função tão importante quanto a judicial, deve-se evitar os vieses que delas decorrem (ou, ao menos, minimizar os seus efeitos, já que a sua eliminação completa é impossível, pois o Sistema 1 é parte integrante da mente humana)[206].

---

have this purpose but instead experiences that he or she is reasoning back and forward on an issue and then ultimately ends up with a conclusion which, in fact, he or she had already reached. This suggests that both subconscious and conscious processes mutually support confirmatory reasoning, although most of the processing is subconscious. Yet, dual process theories also suggest that it can work the other way around, since it is believed that partial System 1 judgments can be inhibited and replaced by a deliberative reflective assessment, if the individual consciously makes an effort to produce counterarguments".

[204] *Ibid.*, p. 32-33.

[205] *Ibid.*, p. 83.

[206] "Eliminating all intuition from judicial decision making is both impossible and undesirable because it is an essential part of how the human brain functions. Intuition is dangerous not because people rely on it but because they rely on it when it is inappropriate to do so. We propose that, where feasible, judges should use deliberation to check their intuition". GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Faculty* Publications, vol. 93, n. 2, Paper 917, Nov. 2007, p. 5.

O primeiro passo para realizar esse objetivo é se perguntar: é possível dominar a escolha quanto ao uso entre os dois sistemas? É possível ao ser humano optar livremente por utilizar o Sistema 1 ou o 2 em determinada situação? A essas perguntas, a resposta comum de estudiosos do tema (inclusive de Daniel Kahneman em sua obra), é a de que, embora o Sistema 1 nunca seja desligado, conhecer as situações mais prováveis de ocorrência de vieses em função da utilização de heurísticas é a melhor estratégia para a sua prevenção e, em consequência, para buscar conscientemente a tomada de uma decisão baseada em deliberação[207].

Por isso é que estudos como este são importantes: para que as situações que geram altas probabilidades de ocorrência de vieses sejam conhecidas por parte dos tomadores de decisão, visando a evitar essas armadilhas cognitivas que podem, inadvertidamente, prejudicar o julgamento e, assim, comprometer o exercício da função jurisdicional.

1.5.2 O sistema dual e a neurociência

Conforme se verificou, a ideia de que o ser humano possui duas formas diversas de raciocínio é antiga na filosofia, e, atualmente, é aceita na psicologia de forma majoritária. De forma a corroborar esses achados, estudos realizados no campo da neurociência também tem dado suporte aos dois sistemas de pensar. Nesta área do conhecimento, os equivalentes ao Sistema 1 e 2 são, respectivamente, o *Sistema-X* e o *Sistema-C*, cuja existência já foi verificada por meio de mapeamento cerebral.

Como ensina Matthew Lieberman, professor e neurocientista na Universidade da Califórnia, as três estruturas neurais associadas ao *Sistema-X* são a amígdala, os gânglios da base e o córtex temporal lateral. Há evidências de que a amígdala reage intuitivamente a sinais de ameaças como cobras e expressões de medo; e tem projeções diretas para vários sistemas motores que ativam mecanismos de luta ou de fuga. Os gânglios da base possuem projeções que influenciam no comportamento, além de ser ativado por reações à sinais que produzem

[207] "A pergunta que se faz com mais frequência sobre as ilusões cognitivas é se elas podem ser dominadas. A mensagem desses exemplos não é encorajadora. Como o Sistema 1 opera automaticamente e não pode ser desligado a seu bel-prazer, erros do pensamento intuitivo muitas vezes são difíceis de prevenir. Os vieses nem sempre podem ser evitados, pois o Sistema 2 talvez não ofereça pista alguma sobre o erro. Mesmo quando dicas para prováveis erros estão disponíveis, estes só podem ser prevenidos por meio do monitoramento acentuado e da atividade diligente do Sistema 2. Como um modo de viver sua vida, porém, vigilância contínua não necessariamente é um bem, e certamente é algo impraticável. Questionar constantemente nosso próprio pensamento é vagaroso e ineficiente demais para servidor como um substituto para o Sistema 1 na tomada de decisões rotineiras. O melhor que podemos fazer é um acordo: aprender a reconhecer situações em que os enganos são prováveis e se esforçar mais para evitar enganos significativos quando há muita coisa em jogo". *Ibid.*, p. 36.

efeitos positivos, como olhar para uma foto de família. O córtex temporal lateral está envolvido, por sua vez, no reconhecimento da identidade, atributos e comportamentos de objetos. O *Sistema-X*, formado, portanto, pela amígdala, pelos gânglios de base e pelo córtex temporal lateral, contém as teorias e expectativas implícitas sobre o mundo, e permite que os indivíduos interajam intuitivamente com o mundo, promovendo seus objetivos e evitando seus inimigos[208].

Além do *Sistema-X*, os seres humanos também possuem o *Sistema-C*. E, ainda segundo Matthew Lieberman, tem-se que o referido sistema é formado por três mecanismos neurocognitivos que trabalham em conjunto: o córtex cingulado anterior, o córtex pré-frontal e o lobo temporal medial (incluindo o hipocampo). O córtex cingulado anterior responsável por

[208] LIEBERMAN, Matthew. Reflective and Reflexive Judgment Processes: A Social Cognitive Neuroscience Approach. In: FORGAS, Joseph P; WILLIAMS, Kipling D; HIPPEL, William Von (Editors). *Social Judgments:* Implicit and Explicit Processes. New York: Cambridge University, 2003, pp. 47-49: "The three neural structures associated with the X-system are the amygdala, basal ganglia, and lateral temporal cortex. There is strong evidence that the amygdala learns about and spontaneously reacts to threat cues as varied as snakes, fear expressions, and out-group race faces (LeDoux, 1996; Phelps et al., 2000); responds to even subliminal presentations of these threat cues (Morris, Ohman, & Dolan, 1999; Whalen et al., 1998); and has direct projections to various motor systems that mediate the fight-or-flight response, implicating the amygdala as part of an automatic avoidance system. Alternatively, the basal ganglia seem to serve as part of an automatic approach system, responding to various predictors of reward (Depue & Collins, 1999; Lieberman, 2000a; Schultz, 1998). Neuroimaging studies of implicit learning have shown that the basal ganglia is activated by sequences of cues that predict a desired outcome (Berns, Cohen, & Mintun, 1997; Lieberman, Chang, Chiao, Bookheimer, & Knowlton, 2002a) and in response to cues that elicit positive affect ranging from pictures of loved ones (Bartels & Zeki, 2000) to cocaine administration (Breiter, Gollub, & Weisskoff, 1997). Like the amgydala, the basal ganglia also have numerous projections that can initiate behavior; indeed, the first symptoms of basal ganglia–related neurodegenerative diseases like Parkinson's disease and Huntington's disease are impairments in habitual action patterns (Grant & Adams, 1996). There is evidence to suggest that the basal ganglia and amygdala each participate to some degree in reflexive responses to positive and negative cues; however, they do appear to be selectively more involved in one valenced affect than the other (Tabibnia, 2002). Lateral temporal cortex is involved in recognizing the identity, attributes, and behavior of social (and nonsocial) objects. The lower (or ventral) part of temporal cortex is part of the "what" system in the visual processing stream (Mishkin, Ungeleider, & Macko, 1983). The contiguous regions that make up the ventral visual stream make progressively more abstract inferences about the identity and category membership of the underlying stimulus. In early stages (toward the back of the brain), visual attributes are constructed from lines, colors, and textures. In later stages (toward the front of the temporal lobes), the overall identity and category memberships are activated such that attributes that are missing or occluded are activated in addition to those that are strictly visible. Thus, just seeing part of a familiar face or the color of a stranger's skin will lead people to fill in all sorts of other characteristics associated with individual or group identity. This ability to "go beyond the information given" is a major component of most theories hoping to explain the strengths and weaknesses of human social cognition (Bruner, 1957; Fiske & Taylor, 1991; Griffin & Ross, 1991). The upper part of lateral temporal cortex, referred to as superior temporal sulcus, is specialized for behavior identification (Allison, Puce, & McCarthy, 2000; Decety & Grezes, 1999; Haxby, Hoffman, & Gobbin, 2000; Lieberman et al., 2002b). This region is largely involved in extracting the intentions behind particular behaviors and has been theorized to be critical to the Theory of Mind lacking in children with autism (Baron-Cohen, 1995). Neurons in this region fire in conjunction with very different behaviors as long as the underlying intention associated with each behavior is the same (Jellema & Perrett, 2001). Moreover, accidental behaviors such as tripping and dropping an object do not activate these neurons (Perrett, Jellema, Frigerio, & Burt, 2001). Ventral temporal cortex and superior temporal cortex "talk" with one another to allow inferences about individual and group traits based on observed behaviors and inferences about the implications of behaviors based on who performed them. To summarize, the X-system is composed of the amygdala, basal ganglia, and lateral temporal cortex to form a very efficient knowledge base about the social and affective characteristics of social phenomena that often sets into motion behaviors based on extensive learning histories that have accumulated slowly over time. The X-system contains our implicit theories and expectations that allow us to interface smoothly with the world, seamlessly promoting our goals and avoiding our foes".

detectar a necessidade de controle *top-down* (controle fisiológico partindo do cérebro) e o córtex pré-frontal por implementar o respectivo controle. Já o lobo temporal medial armazena informações sobre episódios passados na medida em que eles tenham exigido um processamento controlado e deliberado, para que, na próxima vez em que essa situação ocorrer, o processamento ocorra de forma facilitada. Então, quando determinada resposta dada pelo *Sistema-X* provoca sinais de conflito ou erro (como dor, angústia e alguns erros cognitivos), é o córtex cingulado anterior que alerta o córtex pré-frontal de que é necessário o controle, servindo, portanto, ao recrutamento do processamento controlado de informações (que, realizado pelo córtex pré-frontal, pode substituir o processamento realizado inicialmente pelo *Sistema-X*). E conclui Lieberman, que, em resumo, o sistema C é projetado para detectar os problemas do sistema X e intervir quando apropriado[209].

[209] *Ibid.,* pp. 49-51: "Sometimes our existing expectations in the X-system fail us. The failure can occur in one of two ways, but the result is the same in both cases: Another mechanism besides the X-system is needed to guide behavior. Sometimes the task or stimulus is novel, and consequently the X-system has no preexisting well-learned representations that can assimilate the incoming information. At other times the task or stimulus is familiar, but one's goal or the constraints of the current context render the X-system's habitual response inappropriate. For instance, egalitarian individuals may have negative racial stereotypes activated in the X-system in response to a member of that race. Given egalitarian motives, the X-system's response to the target is undesirable, leading to the involvement of controlled processing in order to override or suppress the X-system's response (Galinsky, Martorana & Ku, this volume; Monteith, 1993; cf. Moskowitz, Gollwitzer, Wasel, & Schaal, 1999). In each case, the X-system's generalities are not prepared to deal with the specific situation at hand. In contrast to the X-system's efficiency with social phenomena that conform to its generalities, the C-system is critical for handling the exceptions to the rules (McClelland, McNaughton, & O'Reilly, 1995). The C-system is composed of three neurocognitive mechanisms that work closely together: anterior cingulate cortex, prefrontal cortex, and the medial temporal lobe (including the hippocampus). The first two regions are responsible for detecting the need for top-down control and for implementing control, respectively. The medial temporal lobe stores information about past episodes to the extent that they required controlled processing (Brewer, Zhao, Desmond, Glover, & Gabrieli, 1998; Craik & Tulving, 1975; Otten, Henson, & Rugg, 2001; Wagner et al., 1998), presumably so that this information can facilitate processing the next time the special circumstances arise. The details of how these structures perform their functions have been described at length elsewhere (Lieberman et al., 2002b). Consequently, I will limit myself to some of the conclusions posited by the reflection-reflexion model. First, the anterior cingulate cortex is sensitive to many forms of conflict and error in the X-system that generally indicate that the X-system is unable to advance one's current goals (Botnivick, Braver, Barch, Carter, & Cohen, 2000) and thus serves as an alarm system that alerts prefrontal cortex that control is needed. The anterior cingulate is sensitive to a variety of conflict and error signals including pain (Baciu et al., 1999; Ladabaum, Minoshima, & Owyang, 2000; Rainville, Duncan, Price, Carrier, & Bushnell, 1997), distress vocalizations (Lorberbaum et al., 1999; see Shaver & Mikulincer, this volume, for relevant attachment work), cognitive errors (Bush, Luu, & Posner, 2000), and tasks that require the overriding of a habitual response based on current goals (Barch, Braver, Sabb, & Noll, 2000; Carter et al., 2000). Although the anterior cingulate is clearly involved in recruiting controlled processes, it would be inaccurate to rigidly classify the computations of the anterior cingulate as controlled (or automatic). Instead, the anterior cingulate serves as an example of why the existing automaticity–control dichotomy is in need of revision. On the one hand, like a typical alarm clock, the anterior cingulate is a "set it and forget it" alarm. The anterior cingulate is sensitive to numerous kinds of errors simultaneously without requiring conscious intent or effort (Benedict et al., 2002). On the other hand, the sensitivity of the cingulate can be weighted more heavily toward some discrepancies than others based on current goals (Carter et al., 1998, 2000; Kropotov, Crawford, & Polyakov, 1997; Sawamoto et al., 2000), and its sensitivity can be undermined by cognitive load (Frankenstein, Richter, McIntrye, & Remy, 2001; Petrovic, Petersson, Ghatan, Stone-Elander, & Ingvar, 2000). This last finding, that the sensitivity of the anterior cingulate can be blunted by cognitive load, is of particular interest because it suggests that the standard account of cognitive load effects or controlled processing is only half of the story. Typically, cognitive load is thought to undermine the use of controlled processing resources, but the reflection-reflexion model suggests that much of the time

A associação dos Sistemas descritos por Lieberman ao Sistema 1 e 2 da psicologia é evidente. Não por acaso, Michelle Horhota, Andrew Mienaltowski e Yiwei Chen mencionam que o os Sistemas C e X são precisamente uma integração do modelo anterior da psicologia aos achados da neurociência. Nas exatas palavras dos autores:

> Psicólogos experimentais usaram inúmeros modelos para descrever as abordagens holísticas do processamento de informações que incluem as formas de pensamento automáticas e as deliberadas (Bargh, 1984; Kahneman, 2003; Peters et al., 2007; Shiffrin & Schneider, 1977; Simon, 1990; Sloman, 1996). Recentemente, surgiu um modelo integrador que se baseia nessas abordagens e entrelaça-os ao papel de vários sistemas cerebrais. Com relação às atribuições, os indivíduos confiam em um sistema automático reflexivo (também conhecido como Sistema X) para ajudar o observador a identificar rapidamente comportamentos relevantes para um julgamento social, bem como em um sistema reflexivo e deliberado (também conhecido como Sistema C) para se envolver em um processamento mais controlado. O sistema C controla os resultados do sistema X corrigindo erros e vieses (Lieberman, Gaunt, Gilbert & Trope, 2002; Satpute & Lieberman, 2006)[210]. (tradução livre)

Para comprovar essa correlação, o neurocirurgião do Hospital Israelita Albert Einstein Reynaldo André Brandt escreveu um artigo dedicado às heurísticas e o processamento

---

cognitive load has its impact by making the anterior cingulate less likely to sound the alarm that controlled processing resources are needed. In other words, under cognitive load, maladaptive decisions constructed in the X-system will often go unchecked. When the anterior cingulate does sound the alarm, it is usually for the benefit of prefrontal cortex, which is activated during numerous processes that are associated with controlled processing including working memory load (Braver et al., 1997), propositional reasoning (Goel & Dolan, 2000; Waltz et al., 1999), causal inference (Lieberman et al., 2002c), linguistic constructions (Bookheimer, in press), goal generation (Milner, 1963), and hypothesis formation (Christoff & Gabrieli, 2000). Cohen and colleagues have posited that many of these prefrontal processes function to override the X-system or bias it to function temporarily in more contextually appropriate ways (MacDonald, Cohen, Stenger, & Carter, 2000; Miller & Cohen, 2001). In summary, the C-system is designed to sense the floundering of the X-system and to intervene when appropriate. Of course, in the modern world the C-system is activated much of the time, regardless of the X-system's preparedness. That is to say, although the C-system may have evolved to come to the X-system's rescue, the C-system has clearly taken on a life of its own in a world in which nearly every external cue is designed to evoke some degree of C-system processing (Deacon, 1997). Moreover, the rationalist tradition of Western society looks down upon the use of intuition (Bruner, 1957; Haidt, 2001; Hogarth, 2001; Lieberman, 2000a), and consequently, people may tend to rely on C-system processing even when X-system processing would suffice".

[210] HORHOTA, Michelle; MIENALTOWSKI, Andrew; CHEN, Yiwei. Causal Atributions Across the Adult Lifespan. In: VERHAEGHEN, Paul; HERTZOG, Christopher (Editors). *The Oxford Handbook of Emotion, Social Cognition and Problem Solving in Adulthood*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 288-301, p. 297. No original: "Experimental psychologists have used many models to describe various holistic approaches to information processing that include automatic and deliberate forms of thought (Bargh, 1984; Kahneman, 2003; Peters et al., 2007; Shiffrin & Schneider, 1977; Simon, 1990; Sloman, 1996). Recently, an integrative model that builds on these past approaches and ties in the role of various brain systems has emerged. With respect to attributions, individuals rely on a reflexive, automatic system (aka, the X-system) to help the observer quickly identify behaviors that are relevant to a social judgment, as well as a reflective, deliberate system (aka, the C-system) to engage in more controlled processing. The C-system tempers the output of the X-system by correcting for biases, errors, or extenuating environmental information (Lieberman, Gaunt, Gilbert, & Trope, 2002; Satpute & Lieberman, 2006)".

intuitivo de informações sob o ângulo da neurociência, no qual sistematizou, em tabelas tanto as características do Sistema X, como do Sistema C e dos Sistemas 1 e 2 da psicologia[211]:

Quadro 1. Características dos Sistemas-X e C[7]

Sistema-X	Sistema-C
Processamento paralelo	Processamento serial
Funcionamento rápido	Funcionamento lento
Aprendizado lento	Aprendizado rápido
Consciência sem reflexão	Consciência com reflexão
Sensível a apresentações subliminares	Insensível a apresentações subliminares
Processos espontâneos	Processos intencionais
Respostas prepotentes	Regulação de respostas prepotentes
Tipicamente sensorial	Tipicamente linguístico
Resultados percebidos como realidade	Resultados percebidos como autoproduzidos
Relação com comportamento sem relação com carga cognitiva	Relação com comportamento alterada pela carga cognitiva
Facilitado por estímulos intensos	Prejudicado por estímulos intensos
Filogeneticamente mais antigo	Filogeneticamente mais recente
Representação de relações simétricas	Representação de relações assimétricas
Representação de casos comuns	Representação de conceitos abstratos como negação e tempo

Quadro 2. Características das abordagens intuitivas e analíticas no processo decisório

	Intuitivo	Analítico
Estilo cognitivo	Heurístico	Sistemático
Consciência cognitiva	Baixa	Alta
Controle consciente	Baixo	Alto
Automatismo	Alto	Baixo
Velocidade	Alta	Baixa
Confiabilidade	Baixa	Alta
Erros	Distribuição normal	Poucos, mas grandes
Tendência	Alta para resposta Baixa para método	Baixa para resposta Alta para método
Esforço	Baixo	Alto
Poder de previsão	Baixo	Alto
Valência emocional	Alta	Baixa
Detalhe no processo de julgamento	Baixo	Alto
Rigor científico	Baixo	Alto

[211] BRANDT, Reynaldo André. Da incerteza e intuição ao erro médico. *Revista Educação Continuada em Saúde Einstein*, 10(3):183-185, 2012, p. 184.

Diante das características apresentadas nas duas tabelas, a semelhança dos Sistemas *X e C* com o que os psicólogos denominam de *Sistema 1* e *2* fica evidente. E, ainda que investigações no campo da neurociência não sejam objeto deste trabalho, pode-se concluir, ante o que foi exposto, que a distinção entre as duas formas de pensar possui respaldo científico nos estudos desta área do conhecimento.

1.5.3 As duas formas de pensar e o Direito

Verifica-se, portanto, que é aceito atualmente tanto na psicologia como na neurociência que os seres humanos possuem duas formas de pensar: uma intuitiva (ou automática) e a outra deliberada (ou controlada). A decisão intuitiva se dá por meio de atalhos mentais denominados de heurísticas. Em grande parte das vezes, toma-se uma decisão pelo sistema intuitivo e o sistema deliberado trabalha apenas para justificar e racionalizar essa decisão. Em outras vezes, contudo, e se empreendido algum esforço, o sistema de pensamento deliberado e controlado pode superar a intuição inicial.

Resta saber, deste modo, como essa teoria entra no Direito e na doutrina que já foi produzida acerca da decisão judicial e da hermenêutica. Sendo assim, o Capítulo 3 será dedicado aos estudos de antecedentes teóricos que já tenham tangenciado essa premissa (como o realismo jurídico norte-americano, e mesmo a afirmação de alguns magistrados brasileiros de que primeiro decidem e depois buscam a fundamentação jurídica para tanto). O Capítulo 4 será dedicado, por sua vez, ao estudo técnico de como o Sistema 1 funciona nas decisões judiciais e, especialmente, se isso é algo negativo, positivo, e se é possível alguma forma de controle. O Capítulo 5 apresentará as heurísticas e os vieses cognitivos em espécie e, será seguido da conclusão do trabalho.

2 MANIFESTAÇÕES E PREOCUPAÇÕES TEÓRICAS ANTERIORES QUE TANGENCIARAM O TEMA

2.1 Introdução

É importante que se diga que, apesar de a abordagem interdisciplinar realizada neste trabalho não ser muito explorada na doutrina jurídica brasileira, algumas de suas ideias e preocupações já foram manifestadas por determinados movimentos jurídicos, por juristas específicos e até mesmo por Ministros do Supremo Tribunal Federal.

A título exemplificativo, a ideia de que os magistrados decidem por meio de um pensamento intuitivo e depois racionalizam-no juridicamente já foi defendida, na primeira metade do século XX, por alguns juristas integrantes do movimento do realismo jurídico norte-americano. Conforme será demonstrado, a visão de parte dos autores realistas aproxima-se bastante do que atualmente se defende com base no processo dual de decisão. Alguns de seus nomes mais expoentes, como Jerome Frank, reconhecem que, apesar de normalmente os magistrados racionalizarem decisões tomadas intuitivamente, é possível, com algum esforço, a deliberação em sentido diverso, superando o pensamento intuitivo, notadamente quando os fundamentos jurídicos para a decisão inicial não forem encontrados[212]. Por tudo isso, é interessante analisar linha de pensamento, demonstrando, inclusive, que a sua derrocada não decorreu da incorreção de suas premissas, mas de fatores diversos, incluindo o contexto sociopolítico da época e a falta de compromisso empírico por parte de seus autores. Assim, nada impediria que os seus argumentos fossem retomados, agora embasados pelas descobertas das ciências comportamentais.

A propósito, a ideia de que os magistrados primeiro decidem e depois fundamentam juridicamente também pode ser encontrada em manifestações de Ministros do Supremo Tribunal Federal, como, por exemplo, dos Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Sepúlveda Pertence, além de constar de algumas obras

[212] FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind* (which a new introduction by Brian H. Bix). New Brunswick (USA) and London (UK): Transaction Publishers, 2009 (original publicado em 1930), p. 108: "The process of judging, so the psychologists tell us, seldom begins with a premise from which a conclusion is subsequently worked out. Judging begins rather the other way around - with a conclusion more or less vaguely formed; a man ordinarily starts with such a conclusion and afterwards tries to find premises which will substantiate it. If he cannot, to his satisfaction, find proper arguments to link up his conclusion with premises which he finds acceptable, he will, unless he is arbitrary or mad, reject the conclusion and seek another".

doutrinárias dedicadas à hermenêutica ou ao estudo das decisões judiciais. Esses pronunciamentos também serão estudados neste Capítulo.

Por último, abordaremos a doutrina brasileira, ainda que escassa, que tangenciou o tema dos vieses cognitivos, bem como aquela que se dedicou especificamente a este tema.

2.2 O realismo jurídico norte-americano

2.2.1 Introdução ao realismo jurídico norte-americano e a sua conexão com as premissas adotadas no presente trabalho

Desde já, é importante ressaltar que o realismo jurídico norte-americano não é um movimento homogêneo, e, por isso, havia bastante variação entre o que cada um de seus integrantes defendia. A propósito, em razão dessas divergências, a maior parte deles sequer aceitava o rótulo de realista. Ainda assim, extrai-se das características das obras desses autores duas premissas em comum: (1) a de que os juízes primeiro tomam a sua decisão (alguns realistas defendiam que seria, inclusive, por meio de intuição, enquanto outros apontam fatores extrajurídicos diversos que a determinariam), e, apenas em um segundo momento, buscam a sua fundamentação jurídica, podendo, no entanto, superar a intuição inicial se o Direito não fosse capaz de justificá-la (o que seria raro, considerando o grau de indeterminação do Direito)[213-214]; (2) a de que era necessária uma aproximação do Direito com outras ciências, pois a produção de saberes jurídicos não poderia prescindir de uma abordagem interdisciplinar.

[213] SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*: a new introduction to legal reasoning. Cambridge, Massachussetts: Harvard University Press, 2009, p. 138: "The basic Realist position about judicial decision-making is this a two-part hypothesis. The first part is the claim that most judges have a preferred outcome - whether preferred on the basis of litigant characteristics, judge characteristics, conceptions of justice, ideology, or assessments of wise policy - that precedes consultation of the formal law. Judges, that is, typically sense an outcome first and look for a legal justification afterward. The second component of the hypothesis is the claim that in looking for a legal justification for an outcome selected on other grounds, judges in complex, messy common-law systems will rarely (but not never), be disappointed. There may occasionally be a preferred outcome that just "won't write", but there still be rare, and more often than not the experience of judging, the Realists claimed, is the experience not of being frustrated but rather of finding some plausible legal justification for a non-legally selected outcome".

[214] TUMONIS, Vitalius. Legal Realism & Judicial Decision-Making. *Jurisprudence*, vol. 19, n. 4 (2012), p. 1361-1382, p. 1367: "Realism is a diverse school of thought and any attempts to homogenize it will distort more than simplify. When it comes to judicial decision-making, realists had two general theses. First, judges have a preferred outcome of a case even before they turn to legal rules; that preferred outcome is usually based on some non-legal grounds - conceptions of justice, attributes of litigating parties (government, poor plaintiff, racial group, etc.), ideology, public policy preferences, judge's personality, etc. Second, judges usually will be able to find a justification in legal rules for their preferred outcome. This is possible because the legal system is complex and often contradictory. Of course, occasionally a judge will come across a preferred outcome what just 'won't write',

A rigor, essas premissas estão muito próximas ao que se defende nesta dissertação, ainda que por intermédio de uma fundamentação distinta e baseada nas descobertas da psicologia cognitiva da segunda metade do século XX. Aliás, é possível que a evolução das ciências cognitivas e comportamentais consiga comprovar que os realistas não estavam errados, ao menos no que diz respeito às premissas acima mencionadas, até porque, conforme já foi dito, a derrocada do movimento não ocorreu em razão da superação dessas alegações. Na verdade, ela decorreu de fatores como o contexto sociopolítico da época, a falta de coesão de seus autores e o radicalismo de alguns dos integrantes do movimento, como o próprio Jerome Frank.

É importante que se reconheça que a conexão entre essas as premissas realistas e as ciências comportamentais já foi percebida por outros autores. A título exemplificativo, Noel Struchiner e Fábio P. Shecaira destacam essa relação no seguinte trecho de sua obra sobre argumentação jurídica:

> Embora os realistas não tenham feito experimentos para justificar seus *insights* (não foram tão cuidadosos no seu próprio *contexto de justificação*), hoje temos boas razões para acreditar que estavam certos. As ciências psicológicas e cognitivas, de maneira geral, avançaram muito nos estudos sobre o processo de tomada de decisão desde os anos 1920-1930, e hoje temos evidências sólidas que sugerem que, diante de uma série de contextos decisórios, realmente partimos de intuições para só depois justificá-las. No domínio das ciências cognitivas, prevalece a visão de que o processo decisório é operado por sistemas distintos, às vezes chamados de implícito e explícito, intuitivo e deliberativo ou sistema 1 e sistema 2[215].

De maneira similar, Marcelo Santini Brando dedicou toda uma dissertação de mestrado para demonstrar que, diante do avanço científico da psicologia moral e das ciências cognitivas, os realistas poderiam estar certos. Após mencionar que os realistas não tiveram o compromisso necessário para confirmar suas premissas empiricamente, o autor destaca que:

> O cenário atual é bastante diferente. As ciências cognitivas se consolidaram como importante domínio de investigação multidisciplinar voltado à descoberta das capacidades representacionais e computacionais da mente humana e sua realização estrutural e funcional na mente. As questões do afeto e das emoções também são investigadas no domínio da neurociência, da psicologia e da psicologia moral. As hipóteses formuladas na tentativa de explicar os problemas investigados são validadas por pesquisas continuadas e replicadas em diferentes culturas; além disso, as tecnologias empregadas para auxiliar nas pesquisas são bastante efetivas (pense, por exemplo, na ressonância magnética funcional, que pode aferir o nível de fluxo sanguíneo em certas áreas do cérebro associadas a certas emoções ou a certas capacidades computacionais de alto nível). De igual importância são os estudos dos processos cognitivos (processamento de informação) e de tomada de decisão. Eles permitiram que se descobrisse que certos módulos mentais são funcionalmente

but these are rare. Normally, however, judges will find some cases, statutes, maxims, canons, authorities, principles, etc., that will justify their preferred outcome".

[215] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, pp. 162-163.

> especializados para processar certas informações (percepção visual, propriocepção, reconhecimento de profundidade visual, padrões sociais ligados a ofensa/cuidado, autoridade/respeito, equidade/reciprocidade, etc.) e viabilizaram a hipótese de que há dois sistemas que operam paralelamente e competem entre si quando as pessoas se veem diante de dilemas morais: um sistema intuitivo, rápido e automático, e um sistema deliberativo, lento e esforçado. Fato é que hoje em dia se sabe muito mais sobre cognição humana e sobre tomada de decisão do que se sabia há pouco mais de meio século atrás, o que leva a uma pergunta: e se os realistas estivessem certos? [216]

E, após detalhar as descobertas acima mencionadas, o autor aduz que: "*Não é difícil enxergar como essas descobertas se relacionam com a primeira parte da hipótese realista e o processo de tomada de decisão judicial*"[217]. Ao se referir à primeira parte da hipótese realista, Brando está tratando da premissa segundo a qual os juízes primeiro decidem intuitivamente para, em seguida, buscar a racionalização jurídica de sua decisão intuitiva.

Também de forma bastante clara, Gabriela Perissinotto de Almeida e Roberto Cestari discorrem sobre a relação entre a comprovação das premissas do realismo e os avanços nas ciências cognitivas:

> Segundo os realistas, os juízes não julgam apenas de acordo com a lei, mas também por intuição (HUTCHESON, 1929; RADIN, 1925), de acordo com sua personalidade (FRANK, 1930), por outros fatores que não a lei (TAMANAHA, 2008). Apesar de fazerem suposições desta natureza, [...] os realistas ainda não dispunham de aparatos para testa-las empiricamente (LEITER, 2014). As Ciências Sociais, a Psicologia e a Economia Experimental, porém, evoluíram muito desde então, de forma que é possível hoje realizarmos alguns experimentos com o objetivo de aferir quais fatores influenciam a decisão judicial e poderiam ser responsáveis, assim, pela parcialidade judicial. Nesse sentido, diversos estudos foram realizados com a finalidade de testar cada uma das hipóteses elencadas acima (momento em que a decisão é tomada, ideologia, instituições, vieses e estereótipos), e mostram que os realistas estavam corretos quanto às suas suposições acerca da parcialidade dos juízes na decisão judicial[218].

A conexão entre o que os realistas defenderam e os estudos atuais nas ciências comportamentais realmente é clara, em especial se considerarmos o que defendiam os realistas intuicionistas, ou seja, aqueles que, como Joseph Hutcheson Jr.[219] e Jerome Frank, alegavam

---

[216] BRANDO, Marcelo Santini. *Op. cit.*, pp. 14-15.

[217] *Ibid.*, p. 90.

[218] ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; CESTARI, Roberto. Fatores Extrajurídicos na Tomada da Decisão Judicial: Uma Abordagem Preliminar. In: NOJIRI, Sergio (Coord.). *Direito, Psicologia e Neurociência***.** Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016, p. 170.

[219] HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision. 14 *Cornell Law Review* 274 (1929). Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2>. Acesso em: 10 de setembro de 2018, p. 278: "[...] when the case is difficult or involved, and turns upon a hairsbreadth of law or of fact, [...] I, after canvassing all the available material at my command, and duly cogitating upon it, give my imagination play, and brooding over the cause, wait for the feeling, the hunch - that intuitive flash of understanding

que o juiz primeiro decidia por intuição e, em seguida, buscava uma justificação jurídica para aquela decisão. Demonstrando ainda mais essa proximidade, Jerome Frank salientava que o julgamento começa com uma conclusão mais ou menos formada, seguida da busca por sua racionalização e justificação. Nos casos em que isso não fosse possível, o juiz rejeitaria a conclusão inicial e buscaria a formulação de outra[220]. Trata-se precisamente do que, no Capítulo 2, foi descrito acerca da relação entre os Sistemas 1 e 2.

Por essas razões, este Capítulo 3, dedicado ao estudo das preocupações e manifestações antecedentes que se assemelham à premissa deste trabalho, inicia-se pelo estudo do realismo jurídico norte-americano.

2.2.2 Os dois campos de estudo do realismo jurídico e os seus antecedentes teóricos

O realismo jurídico norte-americano influenciou dois campos de estudo e pode, portanto, ser analisado por duas perspectivas[221]: (a) a da teoria da decisão judicial[222]; e (b) a da pesquisa e do ensino jurídicos. Em ambas, o realismo pretendia superar a ideologia ligada a Christopher Columbus Langdell (reitor da *Harvard Law School* entre 1870 e 1895), que se relacionava com o formalismo jurídico na Teoria do Direito e com o método do estudo de casos no âmbito da pesquisa e do ensino jurídicos. Langdell entendia que a função do jurista era extrair, de alguns poucos precedentes, via método indutivo, regras lógicas e princípios jurídicos para transcrevê-los nos livros. Estes aproximariam progressivamente o Direito de uma verdade científica, e as regras e os princípios transcritos seriam adotados em decisões futuras.

Quando o realismo jurídico floresceu, ele teve o mérito de encarar a criatividade judicial com naturalidade e sinceridade. Em 1921, Benjamin Cardoso publicou o livro *The*

---

which makes the jump-spark connection between question and decision, and at the point where the path is darkest for the judicial feet, sheds its light along the way".

[220] Ver nota de rodapé 212.

[221] A dupla faceta do realismo jurídico foi originalmente exposta no Brasil por Daniel Brantes Ferreira, em sua tese de doutorado defendida perante o Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio) em 2011. O trabalho foi publicado comercialmente como: FERREIRA, Daniel Brantes. *Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA:* a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano. Curitiba: Juruá, 2012.

[222] Normalmente ensina-se no âmbito da história do direito que o realismo jurídico pretendeu combater o formalismo jurídico então predominante. Todavia, é preciso que se supere a concepção de que o formalismo jurídico seria apenas a aplicação mecânica da lei. Essa analogia, que não corresponde ao que os autores anteriores ao realismo jurídico pregavam, é, na verdade, a forma caricaturada pela qual alguns realistas, como Jerome Frank e Roscoe Pound, descreveriam o estado da arte do Direito que eles pretendiam combater. No entanto, já há algum tempo ideias como a aplicação mecânica das leis pelos juízes estavam superadas. Muitos autores anteriores ao período realista já reconheciam até mesmo a existência de criatividade judicial, especialmente nos pontos de indeterminação da lei.

Nature of Judicial Process, admitindo que, nos casos difíceis, era preciso criar o Direito para o caso concreto, e que isso era uma realidade inevitável[223], e, na época, muitos juízes concordaram com ele. É preciso que se reconheça que, antes disso, muitos juristas já reconheciam que os juízes criavam o Direito. No entanto, a ideia, até então, era a de que o correto seria não fazê-lo[224]. Com o realismo jurídico, pôde-se, finalmente, abandonar a ficção (já reconhecida por muitos como tal, mas ainda estudada como um "discurso oficial" da tomada de decisão judicial) de que a solução para o caso concreto era um dado pré-existente a ser descoberto pelo magistrado e pelas partes ao longo do processo. Pôde-se, enfim, pretender ao estudo franco do *contexto de descoberta* das decisões judiciais, inclusive com uma abordagem interdisciplinar e empírica.

No campo da pesquisa e do ensino jurídicos, o realismo jurídico almejou superar o método de estudos de casos de Langdell. Mais do que isso, pretendeu suplantar a sua pretensão de alcançar uma verdade científica a partir da extração de princípios gerais desse estudos de casos, o que, segundo Langdell, seria feito após selecionar cuidadosamente, da jurisprudência, os precedentes mais representativos. Como se sabe, na introdução de seu livros de casos sobre Direito Contratual, Langdell justificou o método de estudo de casos afirmando que o Direito, considerado como ciência, consiste de certos princípios ou doutrinas, e que era papel do jurista selecionar os casos nos quais eles estivessem mais bem representados, descartando os demais, que Langdell considerava como equivocados. Partindo dessa linha de pensamento, não é difícil chegar à conclusão de que, para Langdell, havia o *certo* e o *errado* nas decisões judiciais, e que o Direito poderia evoluir cada vez mais e ir, aos poucos, aproximando-se de uma verdade científica imutável[225]. O dever do juiz seria aplicar essa verdade jurídica aos casos apresentados.

---

[223] CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921, p. 10: "What is it that I do when I decide a case? [...] If no precedent is applicable, how do I reach the rule that will make a precedent for the future? [...] At what point shall the quest be halted by some discrepant custom, by some consideration of the social welfare, by my own or the common standards of justice and morals? Into that strange compound which is brewed daily in the caldron of the courts, all these ingredients enter in varying proportions. I am not concerned to inquire whether judges ought to be allowed to brew such a compound at all. I take judge-made law as one of the existing realities of life".

[224] Bastando dizer que, em 1898 (muito antes de o movimento realista florecer, portanto), o Professor de Oxford Albert C. Dicey, um dos mais renomados juristas da época, proferiu uma palestra denominada *Judicial Legislation*, a qual se iniciou com o seguinte trecho: "*As all lawyers are aware, a larga part and, as many would add, the best part of law of England is judge made law... it is, in short, the fruit of judicial legislation*" (DICEY, Albert C. *Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*. London: Macmillan, 1914). Além de Dicey, uma longa lista de juristas do século XIX (anteriores ao realismo jurídico) pode ser encontrada nos Capítulos II e III da obra: TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide*: the role of politics in judging. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

[225] DE BEEN, Wouter. *Legal realism regained: saving realism from critical acclaim*. Stanford: Stanford University Press, 2008, pp. 4-5: "The innovation Langdell is most famous for is his case method, still the standard method of teaching in American law schools today. For present purposes, however, what is important is not so much the case method as the rationale Langdell provided for introducing it. In the introduction to his first casebook

Além disso, seria possível ao jurista estudar e produzir a ciência do Direito dentro de uma biblioteca jurídica, que seria, nas palavras do próprio Landell, o *seu laboratório.* Toda a verdade jurídica poderia estar contida nos livros de Direito.

O realismo jurídico possuía uma visão incrédula sobre a metodologia pretendida por Langdell. Em primeiro lugar, os seus autores eram céticos, em graus variados, acerca do papel que o Direito realmente possui no *contexto de descoberta* da decisão judicial, admitindo que vários fatores extrajurídicos também são determinantes no processo decisório[226]. Ademais, eles discordavam profundamente de que seria possível aprender Direito em uma biblioteca jurídica, e defendiam um estudo empírico e multidisciplinar do Direito aliado à prática. De fato, como desacreditavam que as normas seriam incapazes de determinar integralmente uma futura decisão judicial, os realistas entendiam que, talvez, um estudo interdisciplinar com outras ciências sociais traria um resultado melhor sobre a previsibilidade das decisões[227-228].

Sobre a questão de o Direito exercer um papel de constrição sobre a tomada de decisão judicial, deve-se fazer uma observação: parte dos realistas acreditava que o Direito também exercia um papel de constrangimento no processo de tomada de decisão (dentre vários outros fatores[229]), e outra parte entendia que o significado das instituições legais e das intuições

---

on the law of contracts, Langdell claimed that law, 'considered as a science, consists of certain principles or doctrines'. These principles and doctrines had been expressed in long series of Common Law cases dating back centuries. The best way to get at them was to retrace the cases in which they were embodied. This involved only a limited number of reported cases. In the majority of cases the judge simply got it wrong, and these, Langdell claimed, were 'useless, and worse than useless, for any purpose of systematic study'. [...] Law understood as science involved an exercise in taxonomy. The legal scholar's job was to bring order to the chaotic mass of reported cases. The truly significant cases had to be separated from the inconsequential ones and subsumed under the rubric of one or another fundamental Common Law doctrine. Implicit in this understanding of legal scholarship was the assumption that there was a set of timeless, immutable, and fundamental principles of law, which found only imperfect expression in the welter of Common Law cases. Legal inquiry was a search for these true and fundamental principles in the messy particulars of Common Law adjudication".

[226] FRANK, Jerome. *Op. cit.*, pp. 113-120: "What are the stimuli which make a judge feel that he should try to justify one conclusion rather than another? The rules and principles are one class of such stimuli. But there are many others, concealed or unrevealed, not frequently considered in discussions of the character or nature of law. To the infrequent extent that these other stimuli have been considered at all, they have been usually referred to as 'the political, economic and moral prejudices' of the judge. [...] The peculiar traits, disposition, biases and habits of the particular judge will, then, often determine what he decides to be the law. [...] To know the judge's hunch-producers which make the law we must know thoroughly that complicated congeries we loosely call the judge's personality".

[227] DE BEEN, Wouter. *Op. cit.*, p. 7: "Rule skepticism often went hand in hand with another famous Realist notion, namely, 'predicticism'. Since the law in the books was of only limited help in predicting what judges would decide, the Realists started wondering whether the new social sciences would not do better".

[228] Além de defenderem a utilização de métodos empíricos e interdisciplinares para a previsão das decisões judiciais, os realistas argumentavam que não há uma verdade a ser alcançada pela Ciência Jurídica e que, o Direito, por servir ao homem, deveria estar em constante aperfeiçoamento em consonância com as necessidades de cada contexto social. Em parte, essa perspectiva do realismo jurídico deve muito à *jurisprudência sociológica* de Roscoe Pound, tido como um dos representantes do movimento, embora ele não se considerasse um.

[229] FRANK, Jerome. *Op. cit.*, p. 113.

compartilhadas sobre o Direito o faziam[230]. Assim, ainda que uma lei, por si só, não fosse capaz de vincular inteiramente uma decisão judicial, a forma como aquela lei era enxergada pela sociedade jurídica e pelas instituições jurídicas criaria um constrangimento ao julgador capaz de vinculá-lo em algum grau[231].

Em síntese, o realismo jurídico não acreditava em um Direito isolado das demais ciências sociais e capaz de alcançar a verdade jurídica a partir do estudo de método de casos. Era necessário ampliar o pano de fundo, utilizando uma perspectiva multidisciplinar dentro da qual as demais áreas de estudo auxiliariam tanto na possibilidade de previsão das decisões judiciais como, especialmente, no progresso da própria ciência jurídica.

2.2.3 A origem do movimento

Anteriormente ao surgimento do realismo jurídico norte-americano, houve precursores de algumas ideias que dariam origem ao movimento, embora não se possa dizer que eram propriamente realistas. No âmbito da teoria da decisão judicial, um dos precursores mais conhecidos, e tido como influência por inúmeros autores realistas, foi o então professor, jurista e juiz da Suprema Corte norte-americana Oliver Wendell Holmes Jr.

Holmes Jr. era um grande crítico e opositor das ideias de Langdell. De plano, a visão de que seria possível alcançar a verdade científica no Direito era inteiramente rechaçada pelo autor, que defendia que o primeiro requisito de um ordenamento jurídico sadio era atender aos sentimentos e às demandas de determinada sociedade, independentemente de estes serem considerados corretos ou errados[232]. Com a sua visão cética acerca de um direito formalista e abstrato, Holmes Jr. inspirou diversos autores do realismo jurídico. Duas frases do magistrado transformariam-no em um dos predecessores do movimento. A primeira delas, proferida em 1882, quando enunciou que: *the life of law has not been logic; it has been experience* (a vida do Direito não tem sido lógica, tem sido experiência). A outra, proferida no voto vencido em Lochner v. New York (1905), quando fez menção ao fato de que não são as proposições gerais

[230] DE BEEN, Wouter. *Op. cit.*, p. 11: "The Legal Realists, in other words, claimed that legal rules by themselves did not decide outcomes but that constraints such as the ethos of the legal institution and the shared intuitions about what kind of solutions certain sets of practical problems required made sure that this legal indeterminacy did not translate into indeterminate judicial decisions".

[231] *Loc. cit.*

[232] HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge, Massachusetts and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009, p. 39: "The first requirement of a sound body of law is, that it should correspond with the actual feelings and demands of the community, whether right or wrong".

da lei que decidem casos concretos, pois a decisão depende, na verdade, de um julgamento ou intuição mais implícitos que qualquer premissa jurídica[233].

Outra inspiração para o surgimento do movimento realista, ainda no âmbito da teoria da decisão judicial, foi Benjamin Cardozo. O jurista, assim como Holmes, viria a se tornar Magistrado da Suprema Corte Norte-Americana, e publicou, em 1921, o livro *The Nature of the Judicial Process*, no qual ele reconhece abertamente que a decisão judicial, ao menos nos casos difíceis, representa uma criação do Direito pelo magistrado, e que o amadurecimento do juiz leva-o a encarar isso com naturalidade. Nesse sentido é o seguinte trecho de sua obra:

> Eu estava me sentindo desconfortável espiritualmente, nos primeiros anos de magistratura, por perceber o quão sem rumo era o oceano para o qual eu havia embarcado. Eu procurava por certeza. Fiquei desiludido e oprimido quando descobri que tal busca era fútil. Eu estava tentando chegar a terra, a terra firme das regras consolidadas, o paraíso da justiça que se autodeclararia como símbolo e seria mais afirmativo do que seu pálido e fraco reflexo na minha própria mente e consciência vacilante [...]. Com o passar dos anos, e com a minha maior reflexão sobre a natureza do processo judicial, eu me reconciliei com a incerteza, porque eu amadureci e a vejo como inevitável. Amadureci para perceber que o próprio processo em seu mais alto grau não é descobrimento, mas sim criação, e que as dúvidas e apreensões, esperanças e medos, são parte do esforço da mente, são as dores da morte e do nascimento, nos quais princípios que serviram seus dias expiram e novos princípios nascem (tradução livre)[234].

Inspirado pelas palavras dos referidos precursores, o realismo jurídico norte-americano teve seu ápice na década de 30 nos Estados Unidos, e contou com autores renomados como Jerome Frank, Karl Llewellyn, Joseph Hutcheson Jr. e Roscoe Pound.

Formalmente, costuma-se atribuir a certidão de nascimento do realismo jurídico a uma troca de artigos entre Karl Llewellyn (*A Realistic Jurisprudence: The Next Step*, 1930[235])

---

[233] PECKHAM, Rufus Wheeler; and Supreme Court Of The United States. *U.S. Reports: Lochner v. New York, 198 U.S. 45*. 1904. Periodical. Retrieved from the Library of Congress, <www.loc.gov/item/usrep198045/>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020: "General propositions do not decide concrete cases. The decision will depend on a judgment or intuition more subtle than any articulate major premise".

[234] CARDOZO, Benjamin N. *Op. cit.*, p. 167. No original: "I was much troubled in spirit, in my first years upon the bench, to find how trackless was the ocean on which I had embarked. I sought for certainty. I was oppressed and disheartened when I found that the quest for it was futile. I was trying to reach land, the solid land of fixed and settled rules, the paradise of a justice that would declare itself by tokens plainer and more commanding than its pale and glimmering reflections in my own vacillating mind and conscience. As the years have gone by, and as I have reflected more and more upon the nature of the judicial I have become reconciled to the uncertainty, because I have grown to see it as inevitable. I have grown to see that the process in its highest reaches is not discovery, but creation; and that the doubts and misgivings, the hopes and fears, are part of the travail of mind, the pangs of death and the pangs of birth, in which principles that have served their day expire, and new principles are born".

[235] LLEWELLYN, Karl N. A Realistic Jurisprudence: The Next Step. *Columbia Law Review*, vol. 30, n. 04 (apr./1930), pp. 431-465. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1114548.pdf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

e Roscoe Pound (*The Call for a Realist Jurisprudence*, 1931[236]). Após este artigo de Pound, que representou uma resposta à primeira publicação de Llewellyn, este ainda publicaria uma tréplica em 1931, com a ajuda de Jerome Frank (embora tenha constado apenas a autoria de Llewellyn), na qual mencionava as características que ele considerava presentes nas obras dos realistas, citando uma lista de autores que considerava que seguiam essa linha de pensamento[237]. É preciso que se reconheça, no entanto, que a maior parte desses autores negava a participação no movimento.

De todo modo, é importante ressaltar que Pound e Llewellyn não foram os únicos e nem os primeiros a defender ideias que viriam a ser caracterizadas como realistas. Em 1929, por exemplo, Joseph C. Hutcheson Jr.[238] defendeu que os juízes seguem um procedimento intuitivo para chegar às suas conclusões (contexto da descoberta) e só posteriormente buscariam, no ordenamento jurídico, formas de justificar a sua decisão interna (contexto da justificação). Jerome Frank, um dos mais importantes autores do realismo jurídico, publicou um livro em 1930 (*Law and the Modern Mind*, 1930[239]), no qual concordaria com as conclusões de Hutcheson. Frank iria além, pois afirmou que, como as decisões judiciais são baseadas na intuição do juiz, entender o processo por meio do qual o magistrado alcança esse palpite é a chave para o processo judicial[240].

Além disso, é importante ressaltar que o movimento possui dedicados estudiosos até os dias atuais, de que são exemplos Brian Leiter[241] e Brian Tamanaha[242].

É imperioso reconhecer que o método realista jamais foi homogêneo, e cada um de seus autores defendia ideias diversas sobre o que é o Direito e como se produzia as decisões judiciais. Apesar da heterogeneidade, havia algo que os agrupava sob o rótulo de realistas: o

---

[236] POUND, Roscoe. The Call for a Realist Jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 05 (mar./1931), pp. 697-711. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1331791.pdf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

[237] LLEWELLYN, Karl N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 08 (jun./1931), pp. 1222-1264. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1332182.pdf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

[238] HUTCHESON JR., Joseph C. *Op. cit.*, p. 286: "And having travailed and reached his judgment, he [the judge] struggles to bring up and pass in review before his eager mind all of the categories and concepts which he may find useful directly or by analogy, so as to select from them that which in his opinion will support his desired result".

[239] FRANK, Jerome. *Op. cit.*

[240] *Ibid.*, p. 104: "[...] if judicial decisions are based on judge's hunches, then the way in which the judge gets his hunches is the key to the judicial process. Whatever produces the judge's hunches makes the law".

[241] LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence*: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy. New York: Oxford University Press, 2007.

[242] TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide*: the role of politics in judging. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

intenso combate ao formalismo jurídico de então, ao reconhecer que as decisões judiciais eram tomadas com base não apenas em determinações legais ou constitucionais, mas também por diversas razões extrajurídicas, e que o Direito era utilizado somente para justificar a decisão já tomada. Assumida essa premissa, as demais ciências sociais teriam muito mais a contribuir para a previsibilidade das decisões judiciais do que o estudo das normas legais consideradas abstratamente. Isso impulsionou uma ideia de interdisciplinaridade e de defesa do empirismo no estudo do Direito[243] e, apesar de o movimento realista ter se esvaído muito rapidamente, por razões que ainda serão apresentadas neste trabalho, o seu legado jamais abandonou a pesquisa e o ensino jurídicos norte-americanos.

Convém, para bem entender esta escola de pensamento, que se realize um aprofundamento acerca das características descritas no parágrafo anterior.

2.2.4 As suas principais características

2.2.4.1 O contexto de descoberta das decisões judiciais como objeto de estudo

Uma das principais contribuições do realismo jurídico norte-americano foi adotar a pretensão de trabalhar com o processo de descoberta das decisões judiciais como algo distinto do seu processo de justificação (devendo-se ressaltar que, à época, esses termos ainda não eram utilizados). A única variável entre o pensamento dos referidos autores é o papel que o Direito posto teria na relação entre esses processos. Isso porque, para alguns realistas, o Direito serviria apenas para justificar uma decisão preconcebida tomada de forma inteiramente independente do material jurídico. Para outros, tidos como mais moderados, embora o processo de descoberta não dependa inteiramente do Direito, este exerce sobre o magistrado algum grau de constrangimento, de modo que não deve ser totalmente desconsiderado (situando-se, portanto, ao lado de outros fatores extrajurídicos que influenciariam na decisão judicial). Fato é que, para uns e outros, os processos não se confundiam.

Os representantes do realismo jurídico, por enxergarem essa distinção, propuseram a utilização de empirismo e de multidisciplinaridade no estudo do processo de

[243] FERREIRA, Daniel Brantes. *Op. cit.*, p. 165: "Os anos trinta foram extremamente propícios para a disseminação das novas ideias pregadas pelos realistas. A aplicação da pesquisa empírica ao direito e a ideia de interdisciplinaridade do direito (principalmente a sua relação com a sociologia) eram temas centrais".

descoberta das decisões judiciais, e não apenas em seu processo de justificação, característica que se passa a analisar.

2.2.4.2 A pretensão de empirismo na pesquisa jurídica

Como leciona Wouter de Been, se, de um lado, o formalismo jurídico de Langdell pretendia que o Direito estivesse contido inteiramente nas bibliotecas jurídicas, de outro lado o realismo jurídico pretendia transformar o Direito em uma ciência empírica, deixando de lado a biblioteca para estudar a dinâmica jurídica tal como praticada no dia a dia[244]. Alguns estudiosos atuais do realismo jurídico norte-americano chegam a defender que a principal característica do movimento teria sido a tentativa de transformar o Direito em uma ciência social empírica.

Nesse sentido é, por exemplo, a obra *American Legal Realism & Empirical Social Science*[245], publicada em 1995 por John Henry Schlegel, livro no qual o autor busca demonstrar como essa característica do realismo jurídico influenciou diversas Faculdades de Direito norte-americanas. Segundo o autor, esta seria uma das principais bandeiras do realismo jurídico norte-americano, e, até o surgimento do movimento, o Direito raramente era analisado com pretensões empíricas - até porque os juristas da época de Langdell viam o Direito como uma ciência de ordenação dos princípios que deveriam ser extraídos do cenário até então caótico dos precedentes jurisprudenciais. Nesse diapasão, o autor explica de forma didática que:

> Enquanto todas as outras disciplinas que se formaram entre, digamos, 1875 e 1910 - antropologia, economia, história, psicologia e sociologia - buscaram uma garantia de "objetividade" na adoção de uma ciência empírica, o Direito já se via como uma ciência prática: a "ciência jurídica". Agora, olhando criticamente, a ciência jurídica, como advogados e acadêmicos do século XIX entenderam esse termo, é uma espécie de ordenação racional. No entanto, durante os anos situados na virada do século os praticantes da ciência jurídica entendiam o Direito como uma espécie de estudo empírico ao fazer a afirmação, completamente falsa, mas intensamente reveladora, de que a biblioteca de Direito era o laboratório do professor de Direito [...]. Como resultado, os questionamentos sobre se a ciência jurídica era de fato empírica foram elididos. Na verdade, à época, ninguém sugeriu que o Direito deveria se tornar uma ciência empírica. Portanto, foi apenas na década de 1920 que mais de uma alma isolada argumentaria que a ciência jurídica não era científica e explicaria o porquê disso. O grupo de estudiosos que fez esse questionamento e, assim, trouxe a noção de

[244] DE BEEN, Wouter. *Op. cit.*, p. 7: "Where the Classical view reassured legal scholars that they could practice their science within the confines of the library walls, the Realists wanted to turn law into an empirical social science and chase legal scholars out of the library to study legal practice firsthand".

[245] SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, 1995.

> ciência como indagação empírica, senão no Direito, ao menos contra ele, foram os realistas jurídicos norte-americanos[246] (tradução livre).

Portanto, a noção de indagação empírica como algo essencial a qualquer ciência e, portanto, como algo essencial ao Direito, foi algo que surgiu com o movimento realista em uma tentativa de superar o método formalista de Langdell. A alegação dos realistas de que o método de casos não era científico fez com que quatro representantes do movimento (Walter Cook, Herman Oliphant, Leon Marshall e Hessel Yntema) decidissem fundar o Instituto Johns Hopkins para o Estudo do Direito, local dedicado primordialmente não a ser uma escola profissionalizante, mas sim um *lócus* de pesquisas empíricas e científicas sobre o Direito e o seu papel na sociedade.

Apesar de o Instituto ter fechado poucos anos após abrir as portas, fato é que o realismo jurídico, contando com nomes de peso como os de Karl Llewellyn e Arthur Corbin, conseguiu influenciar o currículo jurídico de inúmeras universidades norte-americanas, como, por exemplo, da Faculdade de Direito da Universidade de Yale (algo que, posteriormente alastrou-se para outras instituições)[247]. Por isso, não é exagero ressaltar que, apesar de ter durado poucas décadas, o movimento realista transformou de forma definitiva o Direito norte-americano, que nunca mais seria o mesmo.

---

[246] *Ibid.*, p. 1. No original: "While all of the other disciplines that formed between, say, 1875 and 1910 - anthropology, economics, history, psychology, and sociology - sought a guarantee of 'objectivity' in the embrace of an empirical science, law already saw itself as practicing a science, 'legal science'. Now, looked at critically, legal science, as nineteenth-century lawyers and academics understood that term, is a species of rational ordering. However, during the years on either side of the turn of the century the academic practitioners of legal science passed law off as a species of empirical study by making the thoroughly misleading, but intensely revealing, assertion that law library was the law professor's laboratory [...]. As a result, the question of whether legal science was in fact empirical in any relevant sense was elided. Indeed, as best as anyone can tell, at the relevant time no one suggested that law needed to become an empirical science. Thus it was not until the 1920s that more than an isolated soul would claim that legal science was unscientific and so elicit clues as to why that was, and still is, the case. The group of scholars that made this claim and so brought the notion of science as an empirical inquiry if not into, then at least up against, law was the American Legal Realists".

[247] FERREIRA, Daniel Brantes. *Op. cit.*, p. 174-179: "Em 1933, a escola de direito de Yale já era considerada o centro do movimento realista. [...] Se como teoria do direito o realismo jurídico havia sido completamente abafado, como teoria do ensino jurídico havia deixado marcas. Ao contrário de Harvard, em Yale o realismo havia afetado enormemente o currículo. Os professores de Yale continuavam desde os anos trinta a produzir livros de casos com o viés realista, a integrar as ciências sociais ao direito e a defender o ativismo judicial. [...] No entanto, em 1953 o currículo de Harvard começava a sofrer as influências realistas. O número de eletivas aumentou consideravelmente. Cursos de direito comparado, história e economia eram incluídos na grade. De sessenta e cinco disciplinas, quarenta já eram conduzidas pelo método expositivo. [...] Portanto, o currículo das faculdades de direito dos EUA foi extremamente influenciado pelo realismo jurídico. O currículo desenvolvido em Harvard e Yale obviamente influenciou todas as outras escolas".

2.2.4.3 A interdisciplinaridade do Direito

Em parte, a pretensão de interdisciplinaridade do realismo jurídico deve-se à visão cética de que as leis possam determinar inteiramente uma decisão judicial. Para os realistas, o Direito posto teria uma função limitada em constranger os juízes no processo de tomada de decisão. Exatamente por isso, no estudo do contexto da descoberta das decisões judiciais, não bastaria estudar, por exemplo, as interpretações possíveis que uma lei poderia adquirir: era preciso estudar diversos fatores extrajurídicos que influenciavam os juízes nos casos concretos. E, para isso, era necessária a utilização das ferramentas das inúmeras ciências sociais para analisar o Direito.

Os autores realistas defendiam a interdisciplinaridade no modo de olhar para o Direito. Karl Llewellyn, por exemplo, defendeu a conexão da ciência jurídica com a sociologia. Segundo Daniel Brantes Ferreira: "*A visão de Llewellyn tanto em seus escritos realistas quanto em seus escritos sobre o ensino jurídico era a mesma, ou seja, uma visão progressista voltada para a interdisciplinaridade do direito e para a evolução dos métodos de ensino e pesquisa*"[248]. Jerome Frank, por sua vez, olhava para o Direito pelas lentes da psicanálise[249]. Roscoe Pound, ao elaborar o que denominou de *jurisprudência sociológica*, pretendia incorporar no Direito as mais diversas ciências sociais, como nos ensina Wouter de Been:

> Uma segunda ideia realista foi a sugestão de usar as ciências sociais como um método para mapear as alternativas de decisões disponíveis para o caso envolvido. O Direito não era um fim em si mesmo, conforme aduziam os realistas. É um instrumento para promover o bem-estar da sociedade. E, para promover o bem-estar da sociedade, o conhecimento empírico sobre as condições sociais e econômicas era necessário, e esse conhecimento poderia ser obtido pelas ciências sociais. Nesse ponto, os realistas jurídicas seguiram o sugerido por Roscoe Pound e pela sua jurisprudência sociológica[250] (tradução livre).

Resta claro, dessa forma, que a interdisciplinaridade era importante para os realistas, e que isso gerou uma ruptura com o Direito tal como então concebido. Tanto assim

---

[248] *Ibid.,* p. 143.

[249] BIX, Brian H. Introduction to the Transaction Edition (2009). *In*: FRANK, Jerome. *Op. cit.*, pp. xi-xviii, p. xv: "What was - and is - most distinctive about *Law and the Modern Mind* is also what now seems both strangest and least persuasive: the attempt to incorporate psychoanalytic theory into a legal realist jurisprudence".

[250] DE BEEN, Wouter. *Op. cit.*, p. 8: "A second Realist idea was the suggestion to use social science as a method to chart the policy alternatives available for the case involved. Law was not an end in itself, the Realist claimed time and again. It was an instrument to promote the welfare of society. To foster the welfare of society, empirical knowledge about social and economic conditions was called for, and that knowledge could be gained from the social sciences. The Legal Realists here followed the lead of Roscoe Pound and his sociological jurisprudence".

que, para diversos estudiosos, foi por influência do realismo jurídico que, mais tarde, surgiriam nos EUA movimentos interdisciplinares como, por exemplo, o *Critical Legal Studies*[251-252].

2.2.5 As causas para a derrocada do movimento

Há uma boa razão para o estudo das causas pelas quais o realismo jurídico ruiu: demonstrar que isso não ocorreu pela incorreção ou superação de seus argumentos, ao menos no que diz respeito a autores moderados. Diante dessa constatação, nada impediria a retomada de algumas de suas premissas, especialmente em um contexto científico no qual os avanços das ciências comportamentais já permitem comprovar parte delas.

Feita essa observação, passa-se à análise das principais causas para a derrocada do movimento, tal como apontada pelos especialistas que dedicaram-se a estudá-lo. Usualmente, são indicado quatro motivos principais: (a) o excesso por parte de alguns realistas, que abriu uma brecha para a crítica contundente de H. L. A. Hart; (b) um contexto sociopolítico desfavorável; (c) a falta de homogeneidade entre os realistas; e (d) a falta de compromisso com um método científico.

2.2.5.1 O pecado do excesso por parte de alguns autores realistas e a crítica de Hart

Como costuma ocorrer em qualquer movimento que possua uma ideologia específica como núcleo de identificação, o realismo jurídico contou com alguns autores que adotaram pensamentos extremados, como é o caso de Jerome Frank, por exemplo, que afirmava

---

[251] FERREIRA, Daniel Brantes. *Op. cit.*, pp. 179-180: "Vale ainda mencionar a influência realista [...] no movimento crítico do direito (*Critical Legal Studies*) liderado por Roberto Mangabeira Unger e Morton Horwitz. Unger e Horwitz com seus escritos da década de setenta abordam a interdisciplinaridade entre direito e as ciências sociais demonstrando inclusive uma filosofia política um tanto quanto radical e de inspiração marxista. A ideia de Unger e Horwitz atraiu um grupo talentoso de novos acadêmicos que formaram uma organização conhecida como Conferência sobre os Estudos Críticos do Direito (*Conference on Critical Legal Studies*). Da mesma maneira que o realismo jurídico quarenta anos antes, o grupo liderado por Unger demonstrou insatisfação com o ensino jurídico e com a teoria do direito. As melhorias no ensino jurídico são, no entanto, foco de suas críticas. Devido a isto, podemos afirmar que Unger e Horwitz possuem as mesmas preocupações que os realistas tiveram e que sem duvida se inspiraram em seus antecessores para elaborarem seus escritos e críticos. Ou seja, a Conferência sobre os Estudos Críticos do Direito mantém viva, de certa maneira, as críticas realistas com relação à teoria do direito e ao ensino jurídico americano".

[252] DE BEEN, Wouter. *Op. cit.*, p. 2: "The story of the short-lived Legal Realism movement - how it rose to prominence in the 1920s and 1930s, how it influenced American Legal understanding, and how it formed the inspiration for the Critical Legal Studies movement from the 1970s onward - has been told many times".

que as regras legais não eram propriamente o Direito, pois este era, na verdade, o resultado dos casos concretos[253]. E, de forma ainda mais enfática, aduzia que:

> Para um leigo em particular, o Direito, com relação a qualquer conjunto de fatos, é uma decisão de um tribunal com relação a eles, na medida em que essa decisão afeta essa pessoa em particular. Até que um tribunal tenha decidido sobre esses fatos, ainda não existe nenhum Direito sobre o assunto. Antes de tal decisão, o único Direito disponível é a opinião dos advogados quanto à lei relativa a essa pessoa e a esses fatos. Essa opinião não é verdadeiramente Direito, mas apenas um palpite sobre o que um tribunal decidirá. O Direito, então, quanto a qualquer situação, é (a) o Direito presente, isto é, uma decisão passada específica, quanto a essa situação, ou (b) o Direito provável, isto é, um palpite sobre uma decisão futura específica[254] (tradução livre).

Essas posições extremadas, que equiparavam o Direito ao que os Tribunais decidiam, foram alvos fáceis para a crítica de autores como Herbert Lionel Adolphus Hart (H. L. A. Hart), para quem o Direito não é apenas o que *os juízes dizem que ele é,* já que, na enorme maioria dos casos, ele é aplicado ocorre fora dos tribunais, no dia a dia das pessoas. Apenas um número muito pequeno de todas as situações regradas pelo Direito chegam aos tribunais, e essas situações são apenas aquelas nas quais há de fato alguma indeterminação jurídica, apta a promover em ambas as partes a convicção de ter razão (e por isso o caso acaba chegando ao Judiciário). Somente nesses contextos, de indeterminação do direito posto, haveria algum grau de discricionariedade judicial. Assim, esta exceção apenas reafirma a regra geral de que o Direito normalmente funciona independentemente do pronunciamento dos juízes[255].

---

[253] FRANK, Jerome. *Op. cit.*, p. 297: "A rule tells something about law, but is not law. For, to repeat, law is what has happened or what will happen in concrete cases".

[254] *Ibid.*, p. 50. No original: "For any particular lay person, the law, with respect to any particular set of facts, is a decision of a court with respect to those facts so far as that decision affects that particular person. Until a court has passed on those facts no law on that subject is yet in existence. Prior to such a decision, the only law available is the opinion of lawyers as to the law relating to that person and to those facts. Such opinion is not actually law but only a guess as to what a court will decide. Law, then, as to any given situation is either (a) actual law, *i.e.*, a specific past decision, as to that situation, or (b) probable law, *i.e.*, a guess as to a specific future decision".

[255] HART, H. L. A. *The Concept of Law*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2012, pp. 137-138: "Certainly, the examples on which this type of theory has most often relied are drawn from rules imposing duties or conferring rights or powers on private individuals. Yet, even if we suppose the denial that there are rules and the assertion that what are called rules are merely predictions of the decision of courts to be limited in this way, there is one sense, at least, in which it is obviously false. For it cannot be doubted that at any rate in relation to some spheres of conduct in a modern state individuals do exhibit the whole range of conduct and attitudes which we have called the internal point of view. Laws function in their lives not merely as habits or the basis for predicting the decisions of courts or the actions of other officials, but as accepted legal standards of behaviour. That is, they not only do with tolerable regularity what the law requires of them, but they look upon it as a legal standard of conduct, refer to it in criticizing other, or in justifying demands, and in admitting criticism and demands made by others. In using legal rules in this normative way they no doubt assume that the courts and other officials will continue to decide and behave in a certain regular and hence predictable ways, in accordance with the rules of the system; but it is surely an observable fact of social life that individuals do not confine themselves to the external point of view, recording and predicting the decisions of courts or the probable incidence of sanctions. Instead they continuously express in normative terms their shared acceptance of the law as a guide to conduct".

Marcelo Santini Brando, buscando explicar didaticamente a crítica de Hart ao realismo jurídico, leciona que, como regra geral, os padrões de comportamento previstos nas regras são internalizados pelos cidadãos e aplicados independentemente de coerção judicial. Nas palavras do autor:

> Tais padrões, veiculados em regras, funcionariam de maneira automática na experiência do direito, dado que cidadãos e autoridades oficiais os internalizariam e os observariam sem grandes problemas. Pensem nas seguintes situações: automóveis circulam no lado direito da rua e ninguém discute o assunto nos tribunais. A aposentadoria compulsória por idade do servidor público é efetivada aos 70 anos de idade independentemente de sua vontade ou do agente público que o chefia (art. 40, §1º, II, da Constituição de 1988). Diariamente contratos regulados pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) têm seus termos espontaneamente observados pelas partes. Salários são pagos aos trabalhadores, lucros são distribuídos entre sócios e acionistas, acordos coletivos são entabulados e cumpridos. Tributos são pagos espontaneamente na data e forma estabelecidas pela administração tributária. É claro que podem surgir controvérsias que envolvam a aplicação dessas regras, mas há grandes chances de essas controvérsias se circunscreverem à determinação dos fatos relevantes para sua aplicação[256].

H. L. A. Hart ainda menciona outro argumento que demonstra que o Direito não pode significar apenas o que as Cortes decidem: caso assim fosse, como explicar as regras que concederam o poder de decidir ao Judiciário? Esse Direito, claramente anterior a qualquer pronunciamento judicial, é o que diferencia uma deliberação de um indivíduo qualquer de um veredito de um magistrado no exercício da função jurisdicional. Independentemente de qualquer decisão judicial sobre o tema, os cidadãos respeitam essa competência[257].

Independentemente de tudo isso, deve-se ressaltar que, embora o realismo jurídico norte-americano contasse com nomes mais radicais, como o de Jerome Frank, também havia representantes moderados. No que toca aos antecessores do movimento, é possível citar o pensamento de Benjamin Cardozo, segundo o qual a discricionariedade judicial propalada pelo realismo jurídico existiria apenas dentro de um espaço de decisões judiciais, sem embargo

---

[256] BRANDO, Marcelo Santini. *Op. cit.*, p. 28.

[257] HART, H. L. A. *Op. cit.*, p. 136: "It may seem strange that the contention that rules have a central place in the structure of a legal system could ever be seriously doubted. Yet 'rule-skepticism', or the claim that talk of rules is a myth, cloaking the truth that law consists simply of the decision of courts and the prediction of them, can make a powerful appeal to a lawyer's candour. Stated in an unqualified general form, so as to embrace both secondary and primary rules, it is quite incoherent; for the assertion that there are decisions of courts cannot consistently be combined with the denial that there are any rules at all. This is so because, as we have seen, the existence of a court entails the existence of secondary rules conferring jurisdiction on a changing succession of individuals and so making their decisions authoritative. In a community of people who understood the notions of a decision and a prediction of a decision, but not the notion of a rule, the idea of an *authoritative* decision would be lacking and with it the idea of a court. There would be nothing to distinguish the decision of a private person from that of a court".

de a lei constranger efetivamente o magistrado na grande maioria dos casos. Em razão de sua clareza, convém transcrever trecho da principal obra de Cardozo a esse respeito:

> Essas são, a meu ver, as conclusões a que um senso de realismo deve nos conduzir. Sem dúvida, há um campo no qual o julgamento judicial se move sem restrições por princípios fixos. A lacuna ou obscuridade na lei ou nos precedentes, ou nos costumes e na moral, ou então a colisão entre alguns ou entre todos eles, pode deixar o Direito instável, impondo aos tribunais a obrigação de declará-lo retrospectivamente no exercício de um poder francamente legislativo. Nesses casos, tudo o que as partes envolvidas na controvérsia podem fazer é prever a declaração da regra da melhor maneira possível e buscar se conduzir de acordo com isso. Não devemos permitir, contudo, que essas situações ocasionais e relativamente raras ceguem nossos olhos para os inúmeros casos em que não há nem obscuridade e nem colisão, e muito menos oportunidade para um julgamento diverso do previsto em lei (tradução livre)[258].

Além disso, mesmo entre os realistas propriamente ditos há autores mais moderados[259]. Karl Llewellyn, tido como um dos principais autores do movimento, também não adotava um realismo jurídico radical e, como leciona Vitalius Tumonis:

> Em seus últimos anos, Llewellyn parece ter adotado uma posição ainda mais moderada. Em "The Common Law Tradition", ele observou que os juízes seguem técnicas doutrinárias aceitas pela comunidade jurídica, fornecem uma resposta legal correta e alcançam resultados justos. Eles também almejam obter a aprovação de seu público [a comunidade jurídica]. Além disso, ele observou que fatores institucionais, como colegialidade, também minimizam inconsistências individuais[260] (tradução livre).

O problema é que os críticos do movimento realista, incluindo o já mencionado H. L. A. Hart, conseguiram difundir, a partir de suas críticas, justamente a imagem radical do realismo jurídico, e esse estigma acabou corroborando para a sua derrocada[261].

---

[258] CARDOZO, Benjamin N. *Op. cit.*, pp. 128-129: "Those, I think, are the conclusions to which a sense of realism must lead us. No doubt there is a field within which judicial judgment moves untrammeled by fixed principles. Obscurity of statute or of precedent or of customs or morals, or collision between some or all of them, may leave the law unsettled, and cast a duty upon the courts to declare it retrospectively in the exercise of a power frankly legislative in function. In such cases, all that the parties to the controversy can do is to forecast the declaration of the rule as best they can, and govern themselves accordingly. We must not let these occasional and relatively rare instances blind our eyes to the innumerable instances where there is neither obscurity nor collision nor opportunity for diverse judgment".

[259] TUMONIS, Vitalius. *Op. cit.*, p. 1371: "If Hutcheson and Frank presented more radical views of judging, Pound and Llewellyn could be considered centrists".

[260] *Ibid.*, p. 1373. No original: "In his later years, Llewellyn seems to have adopted even more moderate position. In 'The Common Law Tradition', he noted that judges do follow accepted doctrinal techniques, provide a right legal answer, and achieve just results. They also want to earn approval of their legal audience. Moreover, he observed that institutional factors, like collegiality, also minimize individual inconsistencies".

[261] A visão estigmatizada do realismo jurídico norte-americano chegou ao ponto de, em 1993, o magistrado Alex Kozinski publicar o artigo (resultado de uma palestra do mesmo ano) *What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision-Making*. Neste artigo, o autor ironiza o realismo jurídico afirmando que, segundo os realistas, o resultado da decisão seria diferente a depender do que o juiz tenha comido no café da manhã. Na descrição do próprio Kozinski: "Under this theory, what judges do is glance at a case and decide who should win - and they do

2.2.5.2 O contexto sociopolítico desfavorável da época

A crítica formulada pelo realismo jurídico era vista, por muitos, como extremamente relativista. Criticava-se o poder de o direito posto constranger magistrados em suas decisões, e abria-se margem a que diversas ciências sociais passassem a integrar o modo de se enxergar o Direito. Em um momento no qual regimes totalitários começaram a se difundir em países como a Itália, a Alemanha e a Rússia, a relativização de alguns dos valores mais caros ao Estado de Direito ocidental acabou sendo vista como insegura para a democracia[262]. Wouter de Been, em livro dedicado ao estudo do realismo jurídico, demonstra como o temor aos regimes totalitários minou a continuidade do movimento:

> Conforme as tensões internacionais se intensificaram, a crítica feita pelo realismo jurídico passou a ser vista como uma influência subversiva, minando os próprios fundamentos do governo livre e democrático com seu alegado relativismo e seu ceticismo quanto aos princípios fundamentais da república americana. Com a ameaça totalitária se difundindo na Alemanha, na Itália e na Rússia, lançar duvidas sobre os fundamentos consagrados pelo tempo do sistema político e jurídico norte-americano parecia um ato de irresponsabilidade gratuita. Na atmosfera ansiosa do final dos anos 1930, o realismo jurídico recuou. No início da década de 1940, o realismo jurídico havia perdido a maior parte de seu ímpeto e havia se esgotado quase em todos os lugares. Certamente, alguns juristas realistas continuaram a escrever livros e artigos durante e após a Segunda Guerra Mundial. No entanto, a Guerra marcou uma mudança radical no clima intelectual norte-americano. Os escritos posteriores não possuíam mais o mesmo espírito de antes (tradução livre)[263].

---

this on the basis of their digestion (or how they slept the night before or some other variety of personal factors). If the judge has a good breakfast and a good night's sleep, he might feel lenient and jolly, and sympathize with the downtrodden. If he had indigestion or a bad night's sleep, he might be a grouch and take it out on the litigants. [...] This theory immodestly called itself Legal Realism" (KOZINSKI, Alex. What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making. *Loyola of Los Angeles Law Review*. vol. 26, 1993, p. 993-1000, p. 993). Conforme será demonstrado em Capítulo posterior, atualmente já foi comprovado por estudos científicos que mesmo essa visão estereotipada do realismo jurídico possui certo fundamento de verdade.

[262] FERREIRA, Daniel Brantes. *Op. cit.*, p. 166: "Em 1936 os norte-americanos tornavam-se cada vez mais cientes dos governos totalitaristas e despóticos da Rússia, Itália e principalmente da Alemanha. A grande maioria condenava as práticas repressivas destes governos de forma veemente. Quanto mais a possibilidade de uma nova guerra se aproximava a ideia de democracia era cada vez mais defendida como a melhor forma de governo e como a forma moralmente correta. Os realistas, ao criticarem o método do caso e a forma de decisão dos magistrados, haviam colocado para a maioria, a ideia de democracia em cheque. Tal fato não seria tolerado em um momento onde o país precisava de convicção e reafirmação de seus valores republicanos. Muitos acadêmicos acusavam o realismo de levar ao totalitarismo, pois este negaria padrões éticos e tornaria a lei uma força coercitiva amoral. [...] Em suma, qualquer mudança seria rejeitada naquele momento de extremo conservadorismo e incertezas na conjuntura político-social".

[263] DE BEEN, Wouter. *Op. cit.*, pp. 2-3: "As international tensions heightened, the Realist critique came to be seen as a subversive influence, sapping the very foundations of free and democratic government with its alleged relativism and its skepticism about the fundamental principles of the American republic. With the totalitarian threat looming large in Germany, Italy and Russia, casting doubt on the time-honored fundamentals of the American political and legal system seemed like an act of gratuitous irresponsibility. In the anxious atmosphere of the late 1930s Legal Realism went into retreat. By the beginning of the 1940s Legal Realism had lost most of its momentum and had largely petered out. To be sure, some Realist scholars continued to write books and articles

Em síntese, o contexto político e social do período não foi favorável à difusão do pensamento realista, pois este era visto por muitos como um movimento perigoso para os valores fundamentais que consubstanciavam os alicerces da democracia norte-americana, fator que certamente contribuiu para a sua queda.

2.2.5.3 A falta de coesão entre seus autores

O realismo jurídico jamais foi um movimento coeso. A única indicação de quais autores o integrariam foi a lista publicada em 1931 por Karl Llewellyn e, ainda assim, muitos dos juristas listados rejeitavam o rótulo, em parte por conta do contexto social e político desfavorável da época, conforme já mencionado. Reconhecendo essa característica como sendo uma das causas de derrocada do movimento, Daniel Brantes Ferreira disserta que:

> A principal razão intrínseca [para a derrocada do movimento] é o fato de os realistas nunca terem sido um grupo unido e consolidado. O artigo de Llewellyn de 1931 em resposta a Pound, que deu o nome ao movimento e que listou os realistas, nunca teve adesão. Tirando o próprio Llewellyn, autor do escrito, todos os outros professores constantes da lista negaram-se a aderir expressamente ao realismo[264].

Como a grande maioria dos autores identificados como realistas não aderia a tal rótulo, o único aspecto que os unia era o fato de criticarem abertamente o modelo formalista então predominante. Isso fez com que as críticas ao realismo jurídico permanecessem, muitas vezes, sem resposta dos realistas, resultando no seu enfraquecimento.

2.2.5.4 A falta de demonstração prática do método científico defendido

Conforme já se ressaltou, era comum no realismo jurídico que se defendesse a utilização de um método científico e empírico para olhar para o Direito. Contudo, segundo Brian Leiter, a defesa do método científico foi utilizada de forma muito mais retórica do que prática, sem que os realistas tivessem demonstrado, de fato, como isso funcionaria[265]. A crítica

---

during and after the Second World War. Yet World War II marks a sea change in the American intellectual climate. These later writings are no longer in the same spirit".

[264] FERREIRA, Daniel Brantes. *Op. cit.*, p. 168.

[265] LEITER, Brian. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P; EDMUNDSON, William A. (coords.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory.* Malden: Blackwell Publishing Ltd., 2005, pp.

de Leiter é reproduzida por outros importantes autores, como L. L. Fuller, para quem, apesar da crítica dos realistas quanto à falta de método científico do pensamento jurídico que prevalecia até então, jamais demonstrou-se de forma abrangente e compreensiva como o método realista funcionaria na prática[266].

Eyal Zamir e Doron Teichman, em sentido similar, lecionam que, embora os realistas tenham defendido a introdução de métodos de pesquisa de ciências sociais no Direito, isso não ocorreu na época, tendo-se passado muitas décadas antes que a interdisciplinaridade efetivamente ganhasse espaço no âmbito jurídico[267]. Por fim, Richard A. Posner também aponta no mesmo sentido, ao enunciar que:

> Outra grande fraqueza do realismo jurídico foi a falta de método. Os realistas sabiam o que fazer [...], mas não tinham ideia de como fazê-las. Não foi culpa deles. As ferramentas de economia, estatística e outras ciências pertinentes ainda eram insuficientemente desenvolvidas para permitir que uma abordagem de engenharia social fosse levada ao Direito[268] (tradução livre).

Em síntese, o empirismo e a interdisciplinaridade que os autores realistas defendiam em seus livros não foram aplicados e demonstrados na prática. Isso acabou contaminando a credibilidade do movimento, sendo mais uma das razões para a sua derrocada.

51: "For most of the Realists, however, the commitment to 'science' and 'scientific methods' was more a matter of rhetoric and metaphor than actual scholarly practice: one sees it, for example, in the common Realist talk about the necessity of 'testing' legal rules against experience to see whether they produced the results they were supposed to produce".

266 FULLER, L. L. American Legal Realism. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 82, No. 5 (Mar., 1934), p. 430: "Even yet the movement reveals rather conspicuously the defects of youth. It has lived so far largely by the process of discounting its own future. There have been manifestoes, programs for action. There have been discussions of the proper 'approach',-conducted for the most part at a respectful distance from the problems to be approached. Recently there have appeared scattered applications of the approach. But we lack as yet a comprehensive work which will both describe and apply the methods of legal realism, which can serve both as an exposition of the approach and as an exemplification of it. We have nothing which would be compared, let us say, to Geny's four volume *Science et Technique*, which rounded off a movement for the reform of legal method in Europe".

267 ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018, p. 145: "As early as the 1920s and 1930s, the American legal realists advocated introducing social-science research methods into legal theory and policymaking. However, it took several decades before the interdisciplinary revolution actually occurred in legal scholarship - first in the United States, and gradually in other parts of the globe".

268 POSNER, Richard A. What Has Pragmatism to Offer Law. *63 Southern California Law Review*, 1653 (1990), p. 1659. No original: "Another great weakness of legal realism was the lack of method. The realists knew what to do [...], but they didn't have a clue as to how to do any of these things. It was not their fault. The tools of economics, statistics, and other pertinent sciences were insufficiently developed to enable a social-engineering approach to be taken to law".

2.2.6 Conclusões sobre o realismo jurídico norte-americano

O realismo jurídico norte-americano foi um movimento efêmero, mas que exerce influência até os dias atuais em diversos locais do mundo. Os seus defensores criticavam a ideia de que o Direito determinaria integralmente o conteúdo de uma decisão judicial, e admitiam que fatores extrajurídicos (inclusive a intuição, para alguns) fossem fontes dos referidos pronunciamentos. Além disso, afirmavam que primeiro surgia uma decisão inicial na mente do juiz e que a tendência seria de apenas racionalizá-la juridicamente, salvo nos casos em que isso fosse inviável.

Essas premissas foram inovadoras para o período e, por falta de uma integração real com as demais ciências, não foram comprovadas à época. No entanto, é possível retomar a ideia central do movimento, agora com base no desenvolvimento das ciências comportamentais e do processo dual de decisão. A possibilidade de retomada dessas premissas reforça-se na medida em que constatado que a derrocada do movimento não ocorreu em razão da incorreção ou da superação de seus argumentos (ao menos no que diz respeito à premissa acima), mas primordialmente por conta de fatores externos. Assim, de fato, existirá, em regra, uma decisão inicial na mente dos magistrados tomada por intuição (Sistema 1). Ademais, de fato, a tendência é que, sem a cautela necessária, o juiz inconscientemente busque confirma-la. No entanto, ao contrário do que defendiam os realistas, defende-se que é possível superar o pensamento intuitivo inicial mesmo nos casos em que a sua racionalização jurídica seja possível, desde que haja um esforço deliberado para tanto.

Por todas essas razões, reitera-se que a conexão do realismo jurídico norte-americano com o presente tema é evidente.

2.3 Aproximações a essas ideias por Ministros do STF

Para além do realismo jurídico norte-americano, é preciso que se diga que o tema que ora se estuda possui algumas premissas que mostram-se presentes, de certa forma, no pensamento de parte da elite da magistratura brasileira.

Em primeiro lugar, o sistema dual de decidir parte do pressuposto de que, em regra (salvo quando o problema é complexo o suficiente para não permitir sequer um mínimo de raciocínio sem deliberação) existe uma intuição inicial acerca da resposta, e a tendência é de

racionaliza-la, salvo se houver um esforço deliberado em pensar de forma deliberada. Assim, no caso dos juízes, haveria uma intuição inicial acerca da solução mais adequada, e os magistrados apenas posteriormente buscariam racionalizá-la e justificá-la juridicamente.

Conforme mencionado, essa premissa não é estranha ao Poder Judiciário brasileiro. Nesse sentido, o Ministro Marco Aurélio de Mello afirmou o seguinte, em solenidade dedicada a comemorar os seus 20 anos como Ministro do Supremo Tribunal Federal:

> Idealizo para o caso concreto a solução mais justa e posteriormente vou ao arcabouço normativo, vou à dogmática buscar o apoio. E, como a interpretação é acima de tudo um ato de vontade, na maioria das vezes, encontro o indispensável apoio[269].

Muitos anos antes disso, em julgamento ocorrido em 1991, o referido Ministro adotaria o mesmo entendimento no exercício da própria função jurisdicional, com tal ênfase que constou da ementa do acórdão o seguinte:

> OFICIO JUDICANTE - POSTURA DO MAGISTRADO. Ao examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após, cabe recorrer a dogmática para, encontrado o indispensável apoio, formalizá-la[270-271].

Quase vinte anos mais tarde, em 2010, o Ministro Eros Grau concordaria expressamente com o que defendeu o Min. Marco Aurélio anteriormente, com a ressalva de que, se o magistrado não conseguir encontrar o apoio dogmático para a solução pretendida, não deve adotá-la, de modo muito similar ao que defendia Jerome Frank em 1930. Eis o que constou da ementa do voto do Min. Eros Grau neste julgado:

> É bem verdade que o Ministro Marco Aurélio está coberto de razão ao dizer, na ementa do RE 140.265, cogitando do ofício judicante e da postura do juiz, que, "[a]o examinar a lide, o magistrado deve idealizar a solução mais justa, considerada a respectiva formação humanística. Somente após deve recorrer à dogmática para, encontrando o indispensável apoio, formalizá-la. A falta desse "indispensável apoio",

---

[269] MELLO, Marco Aurélio de. Discurso proferido em solenidade em homenagem aos seus 20 anos como ministro da Corte. In: CANTISANO, Pedro; PEREIRA, Thomaz; MOHALLED, Michael (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, vol. 18: Marco Aurélio Mello. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017, p. 31.

[270] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 111787, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 16/04/1991, DJ 13-09-1991 PP-12490 EMENT VOL-01633-02 PP-00158 RTJ VOL-00136-03 PP-01292.

[271] Este entendimento foi reiterado em diversos julgados posteriores, como, por exemplo: BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 140265, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 20/10/1992, DJ 28-05-1993 PP-10387 EMENT VOL-01705-04 PP-00630; e BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 167877, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 12/12/1995, DJ 23-02-1996 PP-03632 EMENT VOL-01817-04 PP-00798.

> a solução que cada um de nós ou todos nós idealizaríamos como a mais justa não pode ser formalizada[272].

Também de modo semelhante, o Ministro Luiz Fux escreveu em depoimento de 2005: "*Como magistrado, primeiro procuro ver qual é a solução justa. E depois, procuro uma roupagem jurídica para essa solução*"[273]. Em entrevista realizada no início de 2011, pouco antes de tomar posse como Ministro do STF, Fux reiterou esse entendimento, ao enunciar que:

> Se existe algo que o juiz tem que ter para decidir as causas é sensibilidade. O juiz trabalha com menos paixão que o advogado, o que não significa dizer que ele seja inanimado. Tem que ter emoção nessa decisão. Primeiro deve-se construir uma solução justa e depois dar a esta solução justa uma roupagem jurídica. Justiça é algo que se sente[274].

Muitos anos antes de ingressar no STF, o hoje Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu em obra doutrinária que "*embora possam ocorrer hipóteses em que o juiz primeiro escolhe o resultado e somente após procura fundamentá-lo, a necessidade de decisões lastreadas em princípios reduz os excessos das decisões puramente 'result oriented*[275]*'*". Ou seja, apesar de defender uma técnica de redução dos efeitos dessa forma de decidir, o Ministro não deixa de reconhecer que ela ocorre em determinadas ocasiões.

Apenas a título complementar, deve-se mencionar que, na doutrina brasileira, também é possível encontrar a ideia de que o juiz primeiro decide para, apenas em um segundo momento, buscar a fundamentação e a justificação jurídicas daquela decisão. Em trabalho originado de sua Tese de Doutorado na Universidade de Brasília (UnB), denominado *Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial: objetividade, previsibilidade e determinação*, Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes defende, de forma clara, que: "*Razões de decidir ou razões da decisão são os motivos da escolha judicial, não se confundindo com a fundamentação (motivação) que aparece depois da escolha de qual caminho seguir*"[276]. Laércio Alexandre Becker também defende essa posição em seu artigo *A erosão do sagrado processual*,

---

[272] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Voto do Min. Eros Grau na: ADI 3826, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010 EMENT VOL-02411-02 PP-00254.

[273] FUX, Luiz. *Setenta Anos de História & Memória* [da Universidade do Estado do Rio de Janeiro] (1935-2005). Disponível em: <http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/depLF.htm>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

[274] Idem. Entrevista concedida em 14/02/2011. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2011/02/lei-da-ficha-limpa-conspira-em-favor-da-moralidade-diz-luiz-fux.html>. Acesso em: 10 de outubro de 2019.

[275] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 290.

[276] FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial:* objetividade, previsibilidade e determinação. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 20.

publicado em coletânea por ele organizada[277], bem assim como Alexandre Morais da Rosa, que reconhece que isso ocorre ao menos em parte das decisões[278].

Além da premissa acima mencionada, esta dissertação também trabalha com a pressuposição de que diversas das razões que levam a uma decisão ou a um julgamento são inconscientes. E, também com relação a esta hipótese, há respaldo no pensamento de alguns Ministros do STF. A título de exemplo, bastante interessante é a posição do Ministro Ricardo Lewandowski, que, além de admitir que utiliza a intuição, destaca que a experiência torna o pensamento intuitivo apurado (questão que será abordada no Capítulo 4): "*Um juiz experiente é como um médico experiente. O profissional antigo tem suas impressões e experiências gravadas no subconsciente*"[279].

Na mesma linha, no prefácio à clássica obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, escrita pelo hoje Ministro Luís Roberto Barroso, o então Ministro Sepúlveda Pertence reconheceu que, dentre os motivos que levam um Ministro a decidir de determinada maneira, há alguns que não são conscientes e nem racionais. Trata-se de uma das manifestações, por parte de um Ministro do STF, mais próximas ao que é defendido nesta dissertação. Nas palavras de Pertence:

> [...] cheguei a cogitar, à guisa de prefácio, de dar um testemunho: aos sete anos de cotidiana interpretação constitucional por dever de ofício, pensei aproveitar o tema e dar conta do método e dos motivos de votar de um juiz do Supremo Tribunal Federal. Ao menos, dos motivos conscientes e racionais. Que os outros - superado, embora o mito ingênuo ou mistificador da interpretação neutra (e não apenas imparcial) - são, de regra, indevassáveis: não que os queira ocultar o intérprete, mas porque, na grande maioria das vezes, é ele próprio o primeiro a ignorá-los.[280]

Nesta mesma obra, o hoje Ministro Luís Roberto Barroso chegou a mencionar que, em pelo menos três momentos do desenvolvimento científico, o homem sofreu grandes abalos em suas convicções, sendo o mais contundente deles a descoberta de que o psiquismo

---

[277] BECKER, Laércio Alexandre. A erosão do sagrado processual. In: BECKER, Laércio Alexandre (org). *Qual é o jogo do processo?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2012, p. 248.

[278] ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5ª ed. Florianópolis: EMais, 2019, p. 57: "Sem dúvidas, muitos(as) daqueles(as) envolvidos(as) no processo de tomada de decisão judicial já presenciaram ou vivenciaram este fenômeno - decide-se primeiro - amparado em convicções pessoais, intuição, afeto, impressões - arranjam-se argumentos jurídicos a amparar a decisão depois".

[279] LEWANDOWSKI, Ricardo. Entrevista concedida à Carolina Brígido. In: Como nasce uma sentença no STF: os bastidores do processo decisório de cada ministro - e por que isso é fundamental para compreender o Judiciário. *Revista Época*, 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/como-nasce-uma-sentenca-no-stf-23453182?>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

[280] PERTENCE, Sepúlveda. Um Prefácio Afinal Desnecessário. *In:* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. xi.

humano não é dominado pela razão, mas pelo inconsciente[281]. Não por outra razão, Barroso conclui que: "*Ainda quando fosse utopicamente possível libertar o juiz de suas injunções ideológicas, não seria possível libertá-lo do seu próprio inconsciente*"[282]. E, no *post scriptum*, Barroso arremata: "*Admita-se, assim, que a razão divida o palco da existência humana pelo menos com esses dois outros (f)atores: a ideologia e o inconsciente. O esforço para superar cada um deles, pela autocrítica e pelo autoconhecimento, não é vão, mas é limitado*"[283].

A exposição dos referidos ministros não deixa dúvidas de que ao menos grande parte daqueles que estão (ou estiveram) no topo do Poder Judiciário brasileiro compartilham de ao menos alguma das premissas defendidas nesta dissertação.

2.4 A literatura brasileira sobre desvios cognitivos nas decisões judiciais

2.4.1 O artigo de Barbosa Moreira como antecedente desses estudos no Brasil

Inicialmente, é importante que se ressalte que são bastante escassos os trabalhos doutrinários brasileiros especificamente destinados aos vieses cognitivos ou a fatores inconscientes que influenciam na decisão judicial. Não que ideias parecidas jamais tenham sido cogitadas pelos juristas brasileiros.

Por exemplo, em 1994, José Carlos Barbosa Moreira publicou um artigo denominado *Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado*[284], no qual pretendeu abordar como as *circunstâncias extrajurídicas* (lugar, tempo e modo do julgamento) sob as quais uma sessão colegiada se realiza pode influenciar o seu resultado. Apesar de se

[281] BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 2: "Em passagem clássica, Sigmund Freud identificou três momentos em que, pela mão da ciência, o homem se viu abalado em suas convicções e mesmo em sua autoestima. O primeiro golpe deveu-se a Copérnico, com a revelação de que a Terra não era o centro do universo, mas apenas um minúsculo fragmento de um sistema cósmico cuja vastidão é inimaginável. O segundo golpe veio com Darwin, que através da pesquisa biológica destruiu o suposto lugar privilegiado que o homem ocuparia no âmbito da criação e provou sua incontestável natureza animal. O terceiro abalo, possivelmente o mais contundente, veio com o próprio Freud, criador da Psicanálise: a descoberta de que o homem não é senhor absoluto sequer da própria vontade, de seus desejos, de seus instintos. Seu psiquismo não é dominado pela razão, mas pelo inconsciente".

[282] *Ibid.*, p. 303.

[283] *Ibid.*, p. 310.

[284] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano VIII, nº 5, 1º semestre de 1994, pp. 225-249.

dedicar ao julgamento realizado em órgãos colegiados, o autor reconhece que diversos desses fatores também podem influenciar julgadores monocráticos[285].

Dentre os fatores apontados por Barbosa Moreira que aproximam-se ao que se expõe no presente trabalho, é possível citar alguns exemplos. Em primeiro lugar, o autor aduziu que o dia e a hora de determinado julgamento pode influenciar em seu resultado, alegando, ainda que sem pesquisas empíricas que o comprovassem, que às sextas-feiras à tarde, o juiz provavelmente estaria mais cansado e ansioso pelo final de semana, e julgaria com menos tranquilidade e concentração. Assim, aumentaria o número de juízes que apenas acompanharia o relator, de modo automático, sem realizar o esforço para deliberar sobre o tema[286]. Ainda nessa linha de raciocínio, Barbosa Moreira defende que a posição que o feito ocupa na pauta pode influenciar o resultado, tendo em vista que, ao longo de uma demorada sessão de trabalho, a capacidade de apreensão e a agilidade de raciocínio dos julgadores tende a declinar, em razão da fadiga[287]. O autor ainda afirma ser cético quanto à eficácia de uma pausa no meio da sessão para recuperar as energias, por entender que isso só serviria para contribuir com o aumento da duração global da sessão[288].

Sob esses aspectos, cabe salientar que, em 2011, foi publicado um estudo elaborado por Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso que comprovou algo bastante similar[289]. Neste estudo, que será analisado com mais detalhes no próximo Capítulo,

---

[285] *Ibid.*, pp. 226-227: "Convém acrescentar ainda uma advertência. Em boa parte, as considerações que se vão seguir não são a rigor peculiares ao julgamento *colegiado*: dos fatores extrajurídicos que nelas se buscará identificar e - na medida em que o consintam as dimensões apropriadas ao trabalho - analisar, não poucos afetam também as decisões dos órgãos monocráticos".

[286] *Ibid.*, p. 231: "Neste tópico, entram em linha de conta, antes de mais nada, o dia e a hora da sessão. Quanto ao primeiro aspecto, não é despropositado recordar a distinção, que na Roma antiga se fazia, entre os dias fastos e os nefastos: em certos dias, conquanto não haja impedimento *oficial* à realização de sessões nos tribunais, manda a prudência que não se conte com resultados muito animadores... A sexta-feira (principalmente à tarde) constitui o exemplo clássico, se assim nos podemos expressar. Em regra, a maioria dos juízes estão cansados, ansiosos pelo fim de semana [...] e, por conseguinte, menos propensos que noutras ocasiões à tranquilidade e à concentração. Aumenta de modo considerável a probabilidade de votos poucos meditados.

[287] *Ibid.*, p. 232: "Existem razões para crer que o órgão colegiado atinge o máximo de aptidão para julgar bem no período médio da sessão. Depois, à proporção que o tempo passa, a fadiga vai cobrando tributo cada vez mais pesado. Há juízes que resistem com galhardia a cinco, seis, sete horas ou mais de julgamentos contínuos: de modo geral, porém, a dose é excessiva, com o consectário inevitável de declinagem a capacidade de apreensão e a agilidade de raciocínio, quando não - e, ao menos para o relator, o ponto é capital - a facilidade de expressão e as próprias forças vocais".

[288] *Loc. cit.*: "[...] é duvidoso que se melhore o rendimento do trabalho suspendendo-se a sessão a certa altura: os minutos de pausa - que fatalmente tende a prolongar-se mais do que previsto -, além de aumentarem a duração global da sessão, às vezes fazem arrefecer de maneira sensível o ânimo dos juízes, à semelhança do que costuma suceder a quem para durante a corrida para dois dedos de prosa com um amigo, e depois acha difícil voltar à velocidade anterior".

[289] DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS), v. 108, n. 17, 2011.

demonstrou-se que, diante de situações de cansaço e fome (ao final de um longo dia de trabalho, por exemplo), os julgadores (no caso concreto, eram comitês de livramento condicional presididos por um juiz de direito) tendem a abandonar um pensamento mais deliberado e optam por decidir de forma automática pela manutenção do *status quo* (muito possivelmente em razão de a decisão ser processada pelo Sistema 1). O único ponto dessa pesquisa que diverge do que Barbosa Moreira defendia é o fato de que foi demonstrado que as pausas, acompanhadas de alimentação, contribuem enormemente para que as decisões voltem a ser processadas de forma deliberativa (pelo Sistema 2)[290].

Em outro trecho, Barbosa Moreira escreve o seguinte:

> Um pouco mais perto do foco da nossa atenção situa-se a problemática atinente à influência que sobre o modo de votar exerce a personalidade de cada juiz, como tal entendido o complexo dos traços que o distinguem de todos os outros seres humanos e assim lhe definem a quente e espessa singularidade - tudo, enfim, que dele faz um *unicum* na espécie. Aí se compreenderiam desde características somáticas do magistrado - *v.g.*, sexo, idade, cor da pele, condições de saúde física, etc. - até elementos relativos ao seu *background* familiar, às suas convicções religiosas [...]. É notório que todos esses dados costumam repercutir de maneira sensível na posição que o juiz adote em face de tal ou qual questão submetida a seu exame[291].

Essa constatação do autor aproxima-se bastante do viés de grupo (*in-group bias*, que refere-se aos sentimentos positivos e ao tratamento favorável dado àqueles percebidos como integrantes de um mesmo grupo, em detrimento dos demais[292]). Conforme será demonstrado no Capítulo 5 (no tópico dedicado especificamente a este viés), fatores como o sexo, a idade, religião e a cor da pele realmente podem influenciar no julgamento de partes que compartilhem das mesmas características.

Em outro tópico de seu artigo, Barbosa Moreira menciona que a proximidade, dentro da pauta, com que dois processos vinculados por questões de direito com características semelhantes são julgados, pode influenciar em seu resultado ser ou não homogêneo. Por sua didática, cabe transcrever as palavras do autor sobre o tema:

---

[290] *Ibid.*, p. 6.892: "We have presented evidence suggesting that when judges make repeated rulings, they show an increased tendency to rule in favor of the status quo. This tendency can be overcome by taking a break to eat a meal, consistent with previous research demonstrating the effects of a short rest, positive mood, and glucose on mental resource replenishment. [...] Indeed, the caricature that justice is what the judge ate for breakfast might be an appropriate caricature for human decision-making in general".

[291] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Op. cit.*, p. 225.

[292] ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M.; SOMMERS, Samuel R. *Social Psychology*. 9th edition. Boston: Pearson, 2016, pp. 436-437: "This in-group bias refers to the positive feelings and special treatment we give to people we have defined as being part of our in-group; unfortunately, it often leads to unfair treatment of others merely because we have defined them as being in the out-group".

> A maior ou menor distância que os separe na pauta assume realce particular no caso de processos vinculados por questões de direito comuns, sobretudo quando importantes e controvertidas. Se os julgamentos se sucedem sem solução de continuidade, alcançará o grau máximo a probabilidade de que se chegue a resultados homogêneos, coerentes do ponto de vista lógico. À medida que aumente o intervalo entre eles, essa probabilidade vai se tornando menor: esmaece a lembrança do primeiro julgamento, cresce a possibilidade de alterações na composição do colégio judicante (juízes retiram-se do recinto ou nele ingressam) e até a de mudanças de opinião dos próprios votantes[293].

Recentemente, Guthrie, Rachlinski e Wistrich comprovaram que, em razão do efeito da ancoragem, de fato a organização da pauta influencia no montante da condenação, conforme será analisado no Capítulo 5[294].

É nítido, portanto, que Barbosa Moreira, mesmo sem mencionar especificamente os vieses ou o pensamento intuitivo, possuía a percepção pessoal, decorrente de sua prática, de muitos fenômenos que hoje são estudados sob o rótulo de desvios cognitivos.

2.4.2 Obras que trataram dos vieses cognitivos nas decisões judiciais, ainda que este não fosse o seu objeto principal

Também existem livros que, apesar de não terem o tema desta pesquisa como objeto específico, não deixaram de abordá-lo.

Como exemplo, em 2016, Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner publicaram o livro *Teoria da argumentação jurídica*. Os autores dedicam o Capítulo 7 da obra a trabalhar em cima de três conceitos essenciais para essa dissertação: (a) o de processo de descoberta; (b) o de processo de justificação; e (c) o de vieses e atalhos cognitivos. Após distinguir os dois primeiros conceitos, tema já abordado no Capítulo 2 desta pesquisa (inclusive com o posicionamento dos citados autores), Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner mencionam que provavelmente o movimento do realismo jurídico norte-americano tinha razão em inúmeras de suas bandeiras, o que só foi comprovado com os avanços das ciências comportamentais. Em seguida, os autores dão o seu próprio conceito de heurística/atalho[295] (assunto que será abordado no Capítulo 4

---

[293] Ibid., *p.* 233.

[294] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. In: Indiana Law Journal, 90, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1417>. Acesso em: 02/10/2018.

[295] SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, p. 169: "Na literatura especializada, encontramos definições de atalho que são ligeiramente diferentes. Para os propósitos do presente capítulo, a definição que consideramos mais útil é a que estabelece que apenas contam como heurísticas ou atalhos os mecanismos não conscientes produzidos pelo sistema 1 na produção de intuições responsáveis, do ponto de vista causal, pela

desta dissertação) e exemplificam o tema com o "efeito ancoragem"[296], "o efeito belezura ou efeito da atratividade física"[297] (que, neste trabalho, será apresentado como "efeito halo") e o "viés do *status quo*"[298], salientando que os magistrados estão potencialmente sujeitos a cada um desses vieses.

---

decisão. De forma ainda mais precisa, uma heurística deve ser compreendida como um mecanismo não consciente produzido pelo sistema 1 que troque a busca do atributo-alvo, que pode ser de difícil acesso, por algum atributo substituto, que pode, por sua vez, ser mais facilmente manuseado e aplicado".

[296] *Ibid.*, pp. 169-170: "O primeiro exemplo diz respeito ao 'efeito ancoragem'. Psicólogos e cientistas cognitivos, fora da área do direito, constataram que um valor numérico inicialmente divulgado funciona como âncora e afeta a maneira pela qual são feitas estimações numéricas subsequentes. Os ajustes são feitos fugindo do valor da âncora, mas ficam mais próximos das redondezas do valor inicial do que seria esperado na ausência de qualquer menção ao número inicial. Em suma, tendemos a ajustar de forma insuficiente os nossos julgamentos numéricos, seja para cima, seja para baixo, quando nos são fornecidas estipulações iniciais. As implicações do efeito ancoragem para o direito são relevantes, já que os juízes devem decidir questões que envolvem julgamentos numéricos, como em casos que precisam decidir o valor de uma multa, o valor de uma indenização devida ou quanto tempo alguém deve ficar preso. Na maior parte dessas situações, os juízes recebem um valor numérico inicial que é apresentado por uma das partes (seus advogados) ou, no caso do direito penal, frequentemente por um promotor ou defensor".

[297] *Ibid.*, pp. 171-172: "O segundo exemplo de atalho também está amplamente documentado em experimentos não jurídicos: trata-se do chamado 'efeito belezura' ou 'efeito da atratividade física'. Apesar de não percebermos, muitas vezes assumimos que as pessoas bonitas são também, automaticamente, pessoas boas. Será que, no direito, esse efeito também aparece? Myers (2014:438) apresenta alguns experimentos com implicações jurídicas. Antes de relatar uma pesquisa envolvendo juízes, Myers apresenta um experimento com julgamento de pessoas comuns versando sobre questões jurídicas. Os pesquisadores pediram que as pessoas julgassem quão culpados eram réus adultos com cara de bebê ou com cara mais madura. A cara de bebê seria caracterizada pelas seguintes propriedades: olhos grandes e redondos, e queixo pequeno. Réus com cara de bebê, portanto, pareciam mais inocentes e ingênuos, e foram mais facilmente julgados culpados por crimes envolvendo negligência, mas menos culpados por crimes intencionais. E os juízes, será que também estão sujeitos a esse tipo de efeito? Down & Lyons (1991:541-547) mostram que sim. Eles pediram que os guardas que acompanhavam os réus - homens e mulheres de diversas características físicas acusados de contravenção - fizessem uma avaliação, numa escala de cinco pontos, acerca de sua atratividade física, antes de os conduzirem ao tribunal. Os juízes que deveriam decidir o valor da fiança ou da multa que os supostos contraventores teriam de pagar não sabiam da avaliação feita pelos policiais. Contudo, a correlação final evidenciou que, controlados por outros fatores, os réus que tinham sido considerados mais atraentes pelos policiais foram agraciados com multas mais brandas e com valores de fiança mais baixos. É claro que os juízes não justificavam a decisão com base na beleza dos réus. O mais provável é que não tenham percebido que esse fator estranho era o que causava a sua intuição. Mais uma vez, a intuição configura um senso de justiça enviesado".

[298] *Ibid.*, pp. 172-174: "O último dos três exemplos trata do 'viés do *status quo*', segundo o qual, em caso de esgotamento mental ou dúvida, acabamos seguindo aquilo que já está estabelecido. Danziger et al. (2011:6889-6892) fizeram uma pesquisa cuidadosa com o objetivo de entender como os juízes decidem nos casos em que os presos requerem livramento condicional ou outras melhorias em suas condições prisionais. Eles pegaram dados de 1.112 audiências judiciais presididas por oito juízes diferentes, que possuíam a média de 22 anos de experiência no exercício da função. O que os pesquisadores descobriram, ao controlar diversos fatores (jurídicos e não jurídicos) que poderiam afetar a decisão dos juízes, foi estarrecedor: o fator que melhor explicava as decisões era a proximidade da decisão à hora do intervalo! O dia dos juízes continha dois intervalos - um para o lanche da manhã e outro para o almoço -, fazendo com que os julgamentos acontecessem em três diferentes sessões. Assim que começava o dia, aproximadamente 65% dos pleitos eram concedidos, mas esse índice diminuía de forma drástica, chegando a 0% de concessão para os pedidos próximos ao primeiro intervalo para o lanche. Logo após o primeiro intervalo, o índice de acolhimento dos pedidos voltava para a casa dos 65%, caindo para 10% perto do segundo intervalo para o almoço. Depois do almoço, novamente as concessões voltavam ao índice de 65% para, logo depois, caírem vertiginosamente mais uma vez. A conclusão dos autores é de que o destino do preso depende, principalmente, de um fator meramente contingente, isto é, do momento em que o seu caso é julgado. Segundo os pesquisadores, a fadiga mental dos juízes fazem com que adotem a posição *default* de manutenção do *status quo*, o que significa a preservação das condições prisionais do preso. No contexto de justificação, as decisões que rejeitavam as solicitações e preservavam as condições prisionais continham menos palavras e as audiências eram mais curtas; sendo assim, exigiam menos dos juízes. A fadiga mental pode ser gerada por três causas diferentes,

Além da obra citada, o livro *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*, de autoria de Alexandre Morais da Rosa[299], aborda o tema dos vieses cognitivos de forma aprofundada, ainda que este não seja o seu tema principal. Nesta obra, o autor procura aplicar conceitos de Psicologia Cognitiva ao estudo do contexto de descoberta das decisões judiciais[300]. O autor reconhece que isso raramente é feito por juristas, possivelmente por medo que possam ser ligados à psicologia clínica de reflexos lombrosianos ou por estarem de fato vinculados por um ideal de racionalidade plena e ilusória[301]. Rosa ainda abre um tópico específico para tratar das duas formas de pensar (Sistema 1 e 2)[302] e apresenta a ideia de heurísticas e vieses[303].

No tópico seguinte, dedica-se a abordar um rol de heurísticas e vieses que considera importantes para o Direito e, especialmente, para o processo de tomada de decisão

---

que podem trabalhar de forma independente ou em conjunto: a quantidade de decisões que vai minando a energia mental do agente decisório; a fome e a necessidade de repor o nível de glicose do organismo; e o mau humor, que pode aumentar com a fome e o cansaço".

[299] ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.*

[300] *Ibid.*, pp. 46-47: "Busco, desse modo, ampliar o horizonte de sentido da maneira como se decide, com a explicitação dos mecanismos da Psicologia Cognitiva, campo de estudo a respeito de como as pessoas, incluindo os juristas, percebem, apreendem, recordam-se e pensam a informação. O aparato cognitivo será abordado, aí incluídos os vieses e heurísticas (atalhos) pelos quais facilitamos o processo de tomada de decisão, bem assim com novas ferramentas da Psicologia Social".

[301] *Ibid.*, p. 54: "Talvez com receio de se inclinar à psicologia clínica de reflexos lombrosianos ou embalados mesmo por esse ideal de racionalidade que situa a razão - e somente ela - no centro do processo de tomada de decisão no âmbito jurídico (ou, ainda, agindo com a usual soberba em relação a outras áreas do conhecimento), nota-se que os(as) operadores(as) do direito, em geral, resistem e cerram portas ao necessário diálogo com as ciências cognitivas. [...] A despeito da possível resistência no âmbito jurídico, é impossível conceber, hoje, uma teoria da decisão judicial que não se sirva do vasto arsenal teórico produzido na área das ciências cognitivas, sobretudo pelos pesquisadores das teorias do processo dual".

[302] *Ibid.*, p. 124: "Refletir e julgar exige tempo e o mecanismo de decisão precisa de resultados. Daí que o saber especializado, acrescido das regras de heurística, substitui o pensamento complexo - lento, trabalhoso e reflexivo - por respostas prontas, fáceis, menos complexas e mais rápidas. É nesse contexto que Kahneman aponta a existência de dois sistemas de pensamento. O primeiro rápido (*Sistema 1*) e o segundo devagar (*Sistema 2*), sendo que o Sistema 1 - rápido - é o autor secreto da maioria das decisões que tomamos. Enquanto o Sistema 1 opera automática e rapidamente, sem esforço e controle cognitivo, o Sistema 2 exige atividades mentais complexas, esforço, concentração e tempo. O desenrolar de uma instrução faz com que o sujeito procure dar sentido ao que se passa e, pelo fato de se trabalhar com crimes anteriores, em geral se faz associações, buscando consonância/dissonância. Não significa que quando se percebe um possível erro, o Sistema 2 passe a conduzir a questão e tenha a palavra final. Entretanto, quando o Sistema 2 participa há maior investimento cognitivo e maior reflexão, tendendo a diminuir os erros (vieses)".

[303] *Ibid.*, pp. 145-146: "Como não conseguimos - nem temos capacidade, disposição e incentivos - para estudar, inventariar, refletir e decidir em cada situação do mundo da vida (jurídica), criamos heurísticas - atalhos mentais - que nos podem levar a vieses - erros sistemáticos - de pensamento. Heurísticas são atalhos simplificadores: julgamentos intuitivos e imediatos, desprovidos de reflexão, fundados na experiência (pessoal ou consultada), capazes de promover decisões com base em suposições, conhecimento parcial. Nossa memória de trabalho é finita, o tempo de reflexão escasso e a tendência a reduzir o esforço mental uma recompensa humana. Isso porque processamos as informações do ambiente e as probatórias dentro das limitações humanas e precisamos, para reduzir o esforço, criar mecanismos de decisão pré-pronta, uma vez que nem sempre estamos interessados (não há recompensas suficientes) para que prestemos a devida atenção (principalmente em casos repetitivos ou por efeito da dissonância cognitiva), gerando, em geral, padrões de comportamento decisório (S1). A heurística diminui a carga de trabalho mental que manejamos durante o dia. Gera conforto, aparente coerência, mas pode ser uma armadilha cognitiva. Em tempos de velocidade e eficiência em números, parece que é plenamente operável".

judicial. A lista abrange: a heurística da disponibilidade, a heurística da representatividade, a ancoragem, o efeito do enquadramento, a heurística da correlação ilusória (como a mente humana busca encontrar conexões, coerência e sentido em tudo, mesmo diante de informações parciais, o que pode levar à correlação ilusória de causas e consequências), o excesso de confiança, o problema dos custos afundados - *sunk costs* (quando os indivíduos gastam tempo, esforço ou dinheiro em determinada atividade, possuem dificuldade em abandoná-la, ainda que deixe de valer a pena), o *satisficing*, o viés retrospectivo, o efeito *halo* (a primeira impressão acerca de uma pessoa, muitas vezes ligada à aparência, influencia naquilo que pensamos sobre ela ou suas ações), o *efeito Dunning-Kroger* e o seu oposto, que é a *síndrome do impostor* (o primeiro dá-se diante de indivíduos que ignoram a própria incompetência em determinado tema, enquanto o segundo representa o oposto, ou seja, a pessoa ignora sua própria aptidão), o viés otimista (a tendência de superestimar a probabilidade de viver eventos positivos e subestimar a probabilidade de viver eventos negativos) e o viés da ação (para evitar a sensação de ter se omitido, os indivíduos tendem a agir em excesso, por vezes desnecessariamente).

Apesar do grande número de heurísticas e vieses abordados, a sua análise é feita apenas de forma introdutória e à guisa de apresentação. Por isso, continua a existir a demanda por um trabalho que analise os estudos empíricos que foram produzidos ao redor do mundo sobre o tema, especialmente aqueles direcionados especificamente às decisões judiciais, o que se pretende suprir com a presente dissertação.

Além das obras mencionadas, o tema foi abordado por Erik Navarro Wolkart em seu livro *Análise econômica do processo civil: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça*[304], fruto de sua elogiada Tese de Doutorado em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), em parceria com a *Harvard Law School*. Nesta obra, para solucionar alguns problemas que o Poder Judiciário vem enfrentando (como, por exemplo, o congestionamento de processos, a litigância excessiva e a falta de boa-fé e cooperação entre os sujeitos processuais), Wolkart propõe a utilização do arsenal da *Análise Econômica do Direito*, e não apenas a tradicional, como também a comportamental, incluindo a ideia de racionalidade limitada e dos vieses cognitivos sistemáticos e previsíveis[305].

---

[304] WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

[305] *Ibid.*, p. 32: "De toda forma, além da análise econômica *tradicional*, utilizaremos como método também a análise econômica comportamental do direito (*Behavioral Law & Economics* - BL&E). Com efeito, as descobertas mais recentes da psicologia apontaram para determinadas limitações da racionalidade e para vieses comportamentais tão nítidos e previsíveis que acabaram forçando a necessidade de alteração dos modelos econômicos clássicos em certos casos. Criou-se, assim, a partir da década de 1970, a chamada *economia comportamental*, que, no final dos anos 1990, impactou o estudo do direito, dando origem à BL&E".

Para tanto, explica a *teoria da utilidade esperada*[306] (conjugada ao conceito de *utilidade marginal decrescente*[307]) e, em seguida, aborda a *teoria da perspectiva* (*prospect theory*) de Daniel Kahneman e Amos Tversky, que deu origem ao *efeito do enquadramento* (*framing effect*)[308]. Apresenta, então, a teoria das *duas formas de pensar* (Sistemas 1 e 2)[309] e menciona que o Sistema 1 dá origem às heurísticas e aos vieses[310]. No entanto, a abordagem desta obra é diversa das anteriores, porque, em vez de analisar os vieses cognitivos nas decisões judiciais propriamente ditas (e apesar de propor expressamente que sejam realizados estudos empíricos sobre a sua incidência - especialmente do *priming* - nos magistrados brasileiros), Wolkart propõe como o juiz deve tomar a sua decisão considerando a existência dos vieses cognitivos por parte dos demais sujeitos processuais.

---

[306] *Ibid.,* pp. 164-166: "A *teoria da utilidade esperada* é fruto de um *insight* ocorrido em 1738 que recebeu tratamento completo em teoria formal apenas em 1944. O *insight* de 1738 é devido ao cientista suíço Daniel Bernoulli e pode ser chamado de *diminuição de sensibilidade* (*diminishing sensivity*). A ideia remete ao que já foi dito aqui sobre os diferentes feitos que uma determinada soma de dinheiro provoca quando recebida por pessoas mais ou menos ricas: quanto mais rico o indivíduo, menor o impacto causado pelo recebimento de determinado valor. [...] O tratamento formal completo para a teoria de tomada de decisão sob risco (*expected utility theory*) veio ao mundo apenas em 1944, pelas mãos do matemático John von Neumann e do economista Oskar Morgenstern".

[307] *Ibid.,* pp. 163-164: "Imagine-se o leitor em um daqueles dias em que a atribulação da manhã o impede de almoçar na hora em que está acostumado - que, digamos, seja ao meio-dia. Nesse dia, você arrumou um tempo para refeição apenas às 14 horas, em um restaurante perto do seu escritório, um local aconchegante com um *buffet* farto. Metaforicamente *morrendo de fome*, você coloca o máximo de comida possível no prato e dispara a comer avidamente. A maioria de nós já passou por esse tipo de situação. Não é difícil lembrar o que normalmente acontece durante esse almoço: as primeiras *garfadas* proporcionam enorme prazer, o que não acontece com as últimas, quando já estamos fartos, não sendo raro inclusive deixarmos parte da comida no prato. Esse é um excelente exemplo de como funciona a *utilidade marginal* de um bem em relação à quantidade acumulada desse mesmo bem para determinado indivíduo: quando temos pouca ou nenhuma quantidade, uma unidade do bem é extremamente valiosa para nós (como é o caso das primeiras porções de comida ingeridas); quando dele temos muito, uma nova unidade tem cada vez menos valor (as porções finais no prato do nosso exemplo)".

[308] *Ibid.,* p. 170: "A teoria da perspectiva foi proposta em 1979 pelos psicólogos Daniel Kahneman e Amos Tversky em famosíssimo artigo intitulado '*Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk*'. O trabalho foi publicado em prestigiosa revista de economia e tornou-se um dos mais citados artigos de todos os tempos, certamente contribuindo para o recebimento do Prêmio Nobel de Economia por Kahneman anos mais tarde. O *insight* básico desse artigo consiste em uma única frase: *as pessoas dão pesos emocionais diferentes para eventos prováveis e eventos certos, conferindo mais valor à certeza do que à probabilidade.* Isso significa que, normalmente, uma pessoa com perspectiva de ganho prefere um ganho menor certo e um ganho maior incerto, mesmo que ambos tenham o mesmo *valor esperado*. Até aqui, tudo igual à teoria da *utilidade esperada* de Bernoulli. Todavia, pelo mesmo motivo, pessoas que estão sujeitas a situações de perda preferem correr o risco de perdas maiores incertas do que aceitar uma perda menor certa, mesmo que ambas tenham o mesmo *valor esperado*. Repare-se que as duas diferentes conclusões decorrem da mesma premissa: a de que *certezas pesam mais que probabilidades*".

[309] *Ibid.,* p. 177: "A hoje bem estabelecida teoria das *duas formas de pensar* (*dual process brain*) pode ser assim resumida: por razões evolutivas, nosso cérebro desenvolveu-se com dois *sistemas de funcionamento do pensamento* que atuam de forma paralela e complementar: o sistema intuitivo, chamado de *sistema 1*, e o sistema reflexivo, denominado *sistema 2*. O sistema 1 é rápido, eficiente, automático, inconsciente e pouco preciso. Foi moldado para oferecer uma *avaliação contínua* dos problemas que um organismo deve resolver para sobreviver. Já o *sistema 2* é reflexivo, meticuloso, detalhista e lento. Ele procura sempre a precisão, buscando o maior número de dados para fazer uma pergunta ou dar uma resposta. Cada um desses sistemas funciona a partir de específicas estruturas cerebrais, mas eles atuam de modo conjugado, de forma que mesmo o sistema *reflexivo* funciona influenciado por informações rapidamente oferecidas pelo *sistema intuitivo*".

[310] *Ibid.,* p. 178.

Abordadas as obras mencionadas, é preciso que se ressalte que o tema ainda não tem encontrado eco nos principais manuais e cursos de Direito do País, e nem mesmo naqueles dedicados especificamente à hermenêutica jurídica.

2.4.3 Artigos específicos sobre vieses cognitivos nas decisões judiciais

No que diz respeito a estudos brasileiros envolvendo especificamente os vieses cognitivos, os trabalhos são mais recentes. Assim, sem pretensão de elaborar uma lista exaustiva, alguns artigos sobre o tema merecem menção, por sua completude, pioneirismo ou por sua relevância. É importante destacar, contudo, que os artigos desenvolvidos no contexto de grupos de pesquisa não serão abordados neste momento, tendo em vista que serão objeto do próximo tópico.

De forma pioneira, Juarez Freitas publicou, em 2013, dois artigos tratando sobre o tema: (1) *A Hermenêutica Jurídica e a Ciência do Cérebro: como lidar com os automatismos mentais*[311]; e (2) *Hermenêutica e Desvios Cognitivos*[312].

Em ambos os artigos, o autor alerta para a necessidade de que os conhecimentos acerca dos vieses cognitivos sejam incorporados à hermenêutica jurídica, tendo em vista que o intérprete, mesmo estando de boa-fé, está sujeito a esses desvios[313]. Segundo o autor, os seus artigos buscam um duplo intento: "*de um lado, mapear os enviesamentos e automatismos e automatismos marcantes na seara jurídica e, de outro, sugerir soluções preventivas ou, pelo menos, mitigadoras e compensatórias para os desvios arrolados*"[314]. Em seguida, o autor apresenta ao leitor a dicotomia entre os Sistemas 1 e 2, embora afirme que o Sistema 1 (automatizado) seria primitivo, enquanto o Sistema 2 (controlado) seria mais desenvolvido do

---

311 FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, v. 130, p. 223-244, 2013.

312 FREITAS, Juarez. Hermenêutica e Desvios Cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 13, p. 277-308, 2013.

313 FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, v. 130, p. 223-244, 2013, p. 224: "Essencial, pois, ter em conta que o intérprete, desvelado pela ciência, aparece como aquele que, quando enviesado, mesmo de boa-fé, está propenso a confirmar as suas crenças iniciais; alguém que decide antes de ter plena consciência da decisão; alguém que pode ser influenciado, ostensiva ou subliminarmente, pelo contágio social; alguém que, se não tomar precauções, tende a ser obnubilado pela miopia temporal e a formar estereótipos de maneira incessante; enfim alguém que, pelo só fato de ser humano, tem parcela de seu cérebro programada automaticamente para simplificar e reduzir ambiguidades, com o sacrifício da complexidade de juízos e escolhas".

314 FREITAS, Juarez. Hermenêutica e Desvios Cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 13, p. 277-308, 2013, p. 279.

ponto de vista da evolução humana[315], o que, na verdade, é algo extremamente controvertido entre os especialistas da área.

Em seguida, passa a analisar alguns vieses cognitivos específicos que podem influenciar decisivamente na interpretação jurídica. Considerando ambos os artigos, o autor elenca os seguintes desvios: (a) o viés da confirmação, segundo o qual há uma predisposição de todos os seres humanos de optar por dados e informações que tão somente confirmem as crenças e impressões preliminares; (b) o viés da falsa coerência, por meio da qual o intérprete, inconscientemente, nega que exista uma dúvida razoável (negando, por exemplo, que existam interpretações conflitantes de um mesmo enunciado normativo) ou uma ambiguidade moral, buscando afirmar que existe apenas uma interpretação possível e coerente; (c) o viés de aversão às perdas, por meio do qual costuma-se dar mais peso às perdas que aos ganhos (ou seja, a busca por evitar as perdas é mais intensa do que a por auferir ganhos); (d) o viés do "status quo", que representa a predisposição de manter a situação como está, sem uma reflexão adequada; (e) o viés do enquadramento, por meio do qual a decisão varia a depender do modo pelo qual a questão é formulada; (g) a miopia da tristeza, representando a alteração que este sentimento pode acarretar nas decisões; (h) o viés do otimismo excessivo, por meio do qual a pessoa possui uma autoconfiança exagerada e distorcida acerca das próprias limitações; e (i) o viés do presente, que representa a tendência em buscar recompensas imediatas, independentemente dos efeitos a longo prazo.

Apesar de mencionar uma longa lista de vieses cognitivos (nem todos considerados propriamente vieses pelos especialistas, como a miopia da tristeza), o artigo apenas apresenta-os, sem mencionar os estudos empíricos realizados com magistrados ao redor do mundo comprovando a sua ocorrência. Além disso, não foram citadas situações jurídicas nas quais os desvios podem ocorrer e as circunstâncias em que o prejuízo do ponto de vista do Direito pode ser significativo. Por fim, não foram trabalhadas quaisquer formas de mitigação dos vieses para além da conscientização por parte dos próprios intérpretes acerca de suas limitações cognitivas (que devem criar, segundo o autor, novos hábitos mentais, como o de sempre suspeitar de suas próprias conclusões)[316].

---

[315] *Ibid.*, p. 281: "Eis, por assim dizer, a natureza biológica do sistema primitivo e antigo do cérebro. Com efeito, em que pese a possibilidade de ser programado pelo sistema mais novo da racionalidade, o sistema automático tende a economizar energia".

[316] *Ibid.*, pp. 287-288: "Em face do que observo, ouso afirmar que a interpretação jurídica racional será somente aquela que: a) em primeiro lugar, reconhecer os enviesamentos; b) em segundo lugar, evitar cair em seus truques e ardis; c) em terceiro, permanecer escudada em hábitos de pensamento intertemporalmente responsáveis; d) e, finalmente, manter acesa a suspeita de, em que pesem as precauções, ter sido presa nas armadilhas menstais. De fato, a prudência recomenda duvidar da própria prudência".

Além de Juarez Freitas, um notório estudioso do tema é Ricardo de Lins e Horta, que, aliando a sua condição de Bacharel (e hoje Doutor) em Direito com o seu Mestrado em Neurociências, acabou por publicar, entre 2014 e 2019, ao menos cinco artigos relacionados ao assunto, sendo três deles de autoria exclusiva[317], e os outros dois em coautoria com Alexandre Araújo Costa[318]. Em todos eles, há menção à ideia da racionalidade limitada, à teoria do duplo processo de decisão e às heurísticas e aos vieses cognitivos. Dentre esses artigos, há abordagem específica do efeito da ancoragem[319], do viés retrospectivo[320], do excesso de confiança[321], do viés de confirmação[322], do fenômeno do *esgotamento do ego*[323], da heurística da disponibilidade[324] e da aversão ao risco[325].

Em 2015, Ricardo Jacobsen Gloeckner publicou importante artigo sobre o viés de confirmação, analisando como a decretação de prisões cautelares pode influenciar cognitivamente o julgamento do mérito[326], inclusive mediante uma pesquisa empírica realizada em precedentes do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS). De todo modo, considerando que este artigo será trabalhado em detalhes no Capítulo 5, quando da análise do viés de confirmação, deixa-se de aprofundar em seu estudo neste momento.

Afora os artigos acima citados, e desconsiderando o artigo de José Diniz de Moraes e Benjamin Miranda Tabak publicado na *Revista Direito GV*, vol. 14, n. 2 (maio-ago

---

[317] HORTA, Ricardo de Lins e. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Diálogos sobre a justiça,* Brasília, n. 2, p. 38-48, mai./ago. 2014; HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. *Revista Direito e Liberdade* (RDL), ESMARN, v. 18, n. 2, p. 151-193, maio/ago. 2016; HORTA, Ricardo de Lins e. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 83-122, 2019.

[318] HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. *Cadernos Adenauer*, XVIII (2017), n. 1, p. 11-34; HORTA, Ricardo de Lins e; 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.

[319] HORTA, Ricardo de Lins e. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Diálogos sobre a justiça,* Brasília, n. 2, p. 38-48, mai./ago. 2014, p. 39.

[320] *Ibid.*, p. 43.

[321] HORTA, Ricardo de Lins e. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. *Revista Direito e Liberdade* (RDL), ESMARN, v. 18, n. 2, p. 151-193, maio/ago. 2016, p. 172.

[322] *Loc. cit.*

[323] *Ibid.*, pp. 174-175.

[324] HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. *Cadernos Adenauer*, XVIII (2017), n. 1, p. 11-34, p. 19.

[325] *Loc. cit.*

[326] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCRIM), vol. 117, ano 23 (novembro-dezembro, 2015), p. 263-286.

2018)[327], por ter sido expressamente retratado no vol. 15, n. 1 (jan/abril 2019)[328], tem-se que o próximo artigo relevante sobre o tema foi publicado apenas em 2019. Trata-se do artigo *A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos*, de autoria do Doutorando (UFMG) e Juiz Federal Flávio da Silva Andrade[329].

O artigo destaca a importância da formação multidisciplinar dos magistrados, que devem conhecer outras áreas do conhecimento, especialmente no que diz respeito às contribuições da psicologia no campo da tomada de decisão, o que abrange o estudo das heurísticas e dos vieses cognitivos[330]. Além de apresentar as duas formas de pensar[331], Andrade aborda como as decisões judiciais são influenciadas pela heurística da disponibilidade[332], pela heurística da representatividade[333], pelo viés de confirmação[334], pela ancoragem[335] e pelo viés

[327] MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 14, n. 2 (maio-ago 2018), p. 618-653.

[328] A íntegra da retratação pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201912>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

[329] ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540 (jan./abr. 2019).

[330] *Ibid.*, pp. 508-509: "Há saberes extrajurídicos, como os produzidos pela psicologia, pela economia, pela ciência política, pela sociologia e pela filosofia, que são essenciais para um adequado e satisfatório exercício da função jurisdicional, pois iluminam a tomada de decisão. A psicologia vai além, tendo desenvolvido estudos que ajudam a compreender os processos mentais e os pensamentos que permeiam a tomada de decisões pelo ser humano. Nessa perspectiva, é oportuno conhecer as descobertas da psicologia no campo da tomada de decisões, de modo a buscar entender como o juiz pensa para decidir, e como raciocina para tomar decisões judiciais em seu dia a dia. Quais heurísticas e vieses cognitivos operam na atuação decisória de um juiz criminal? Uma pesquisa assim é interessante para todo operador do direito, mas o é especialmente para o magistrado, que deve perseguir uma formação continuada e multidisciplinar, que o torne mais apto para exercer o cargo, para resolver as contendas e tomar decisões justas e legítimas, por mais intrincados que sejam os problemas retratados nos processos".

[331] *Ibid.*, pp. 510-511.

[332] *Ibid.*, p. 523: "A primeira heurística empregada por todo juiz é a da disponibilidade, pois toma decisões a partir das informações que estão disponíveis em sua mente, a partir de seu conhecimento jurídico, de sua experiência profissional. É assim especialmente nos casos mais simples, mais rotineiros. [...] O excesso de confiança nos conhecimentos adquiridos pode ser a mãe de muitos erros. A experiência de um caso anterior e similar não deve acarretar, a partir da heurística da disponibilidade, com a rápida recuperação de informações pela memória, a dispensa do exame das particularidades do caso novo".

[333] *Ibid.*, pp. 524-525: "Tal como a heurística da disponibilidade, a heurística da representatividade hoje está bem presente na vida de um juiz. O sistema de precedentes judiciais exige que o julgador observe a diretriz jurisprudencial que se formou em torno de determinado tema. [...] A aplicação automática e ligeira de um precedente, provocada pela heurística da representatividade, vai propiciar a solução célere da demanda atinente ao fato semelhante, mas pode não retratar a resolução mais correta para a causa ante suas peculiaridades. [...] A semelhança entre fatos não deve dispensar a análise de aspectos diferenciadores capazes de afastar o precedente".

[334] *Ibid.*, p 526: "O viés de confirmação impede que o juiz reveja seu ponto de vista sobre uma questão, revelando já estar ele psicologicamente comprometido com uma posição e que não mudará de entendimento, apesar das evidências ou da força dos argumentos em sentido contrário. [...] É oportuno mencionar alguns exemplos para bem retratar quando se verifica a aludida heurística do viés confirmatório. Se o juiz defere o pedido de prisão preventiva do investigado, formulado pela autoridade policial ou pelo membro do Ministério Público, reputando presentes os pressupostos e um dos fundamentos autorizadores da medida excepcional, de forma a mantê-lo custodiado por longo período, pode depois querer confirmar sua pré-compreensão sobre os fatos emitindo um juízo condenatório sem tanta reflexão, mesmo tendo exsurgido, na fase de instrução, elementos probantes que infirmam a acusação".

[335] *Ibid.*, p. 530: "O viés da ancoragem, representado pela tendência de orientar-se por uma informação primeva, com nítida dificuldade de afastamento de uma primeira impressão (efeito *priming*), também às faz às vezes

de adesão[336] (*"a tendência de pensar, acreditar ou decidir de determinada forma porque outras pessoas assim o fazem"*[337]).

Pelo exposto, percebe-se que são poucos os artigos jurídicos relevantes sobre esta matéria publicados no Brasil, razão pela qual o seu estudo aprofundado é importante.

2.4.4 Grupos de pesquisa e projetos universitários que estudam o tema

Além do que foi exposto anteriormente, uma comprovação da importância do tema desta dissertação é que, atualmente, há grupos de pesquisa dedicados ao estudo interdisciplinar da psicologia e da neurociência aplicadas ao Direito (inclusive ao processo de tomada de decisão judicial) que, invariavelmente, abordam, em algum momento, o tema das heurísticas e dos vieses cognitivos.

Em primeiro lugar, mencione-se o trabalho do Núcleo de Estudos sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS), grupo de pesquisa vinculado à PUC-Rio, coordenado pelo professor Noel Struchiner. Dentre outros projetos, o grupo estuda sobre o contexto de descoberta das decisões judiciais[338], e já realizou pesquisas, por exemplo, sobre o papel da intuição no julgamento de casos jurídicos. Em dezembro de 2010, buscando compreender mais sobre a tomada de decisão moral e jurídica, organizaram um seminário, que, em 2011, foi transformado em livro, denominado *Ética e Realidade Atual: Implicações da Abordagem Experimental*. Em 2014, textos trabalhados, debatidos e produzidos pelo grupo constaram da coletânea denominada *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*, organizada por Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares, incluindo temas

---

presente no ambiente forense. Apesar de o inquérito policial constituir um procedimento importante para subsidiar a peça incoativa acusatória, o julgador jamais deve olvidar que a lei (artigo 155, *caput*, do CPP) expressamente proíbe a utilização da prova unicamente inquisitorial para embasar uma condenação. O conhecimento dos autos do inquérito policial pelo juiz sentenciante não pode levá-lo a edificar um provimento condenatório, a partir do viés da ancoragem, se provas incriminadoras não foram colhidas na esfera judicial, mediante o contraditório".

[336] *Ibid.*, p. 531: "Já o viés de adesão, que é a tendência de pensar ou decidir exatamente como uma pessoa o fez, pode ser constatados naqueles casos em que um julgador (muitas vezes premido pelo excesso de serviço) limita-se a acompanhar seu colega de colegiado num caso que exigia mais ponderação ou reclamava uma compreensão diferente. A colegialidade não pode ser meramente formal, mas material, para que realmente espelhe a compreensão do órgão julgador de 2º grau".

[337] *Ibid.*, p. 520.

[338] Na introdução da coletânea "*Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da filosofia moral à psicologia experimental*", Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares esclarecem que um dos projetos que ocuparam o Núcleo sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS) era denominado "Decidindo sobre como decidir: estudos sobre a tomada de decisão jurídica".

como o direito e a emoção[339] e como os juízes realmente decidem casos difíceis[340] (tema abordado por Noel Struchiner e Marcelo Brando, inclusive sob a ótica do realismo jurídico norte-americano).

Ainda no contexto do NERDS, Noel Struchiner e Rodrigo de Souza Tavares mencionam que é impossível prescrever uma teoria normativa da decisão judicial sem entender o processo cognitivo dos agentes decisórios. Nas palavras dos autores:

> Para poder prescrever adequadamente, é fundamental conhecer a estrutura e a arquitetura cognitiva (racional e emotiva) dos agentes destinatários das prescrições: em outras palavras, conhecer a nós mesmos. Se não levamos em consideração como efetivamente tomamos as nossas decisões e nos comportamos, o risco é construir uma teoria de ética normativa (e também uma teoria normativa da adjudicação judicial) baseada em uma psicologia moral equivocada e alijada da prática. O filósofo moral (ou do direito) não deve ficar o tempo todo na poltrona, realizando uma filosofia de gabinete, um mero exercício conceitual que ignora o mundo ao seu redor.
>
> Filósofos do direito frequentemente querem prescrever como deve ser a prática jurídica de tal forma que ela possa ser considerada moralmente apta. Filósofos e teóricos do direito costumam, por exemplo, defender fortemente suas teorias normativas da adjudicação (na maior parte, teorias normativas baseadas nos trabalhos de Dworkin e Alexy) de forma idealizada e sem considerar dados importantes que pretendemos levantar. Porém, é salutar sempre manter em mente, ao construir uma teoria normativa ou sugerir reformas institucionais, o "Princípio do Realismo Psicológico Mínimo" de Owen Flanagan, que diz que devemos "ter certeza, quando construindo uma teoria moral ou projetando um ideal moral, que o caráter, o processamento da decisão e o comportamento prescrito são possíveis, ou percebidos como possíveis, para criaturas como nós". Além disso, reconhecendo os problemas mais recorrentes no direito, podemos discutir quem está mais apto para tomar que tipo de decisão e como essas decisões devem ser tomadas e começar a esboçar uma teoria de modelagem institucional[341].

Mas o NERDS não é o único grupo de pesquisa que se dedica ao estudo do tema. Vinculado à Faculdade de Direito da USP de Ribeirão Preto, e sob coordenação do Professor e Juiz Federal Sérgio Nojiri, o Grupo de Estudos em Direito, Psicologia e Neurociência (DIPSIN) também inclui, como um de seus objetos de pesquisa, o estudo do contexto de descoberta das decisões judiciais sob a ótica da psicologia e da neurociência[342]. Além de se reunir semanalmente para discutir esse tema, os estudos do grupo deram origem a uma disciplina na

---

[339] STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza. Direito & Emoções: uma proposta de cartografia. *In*: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Coords). *Novas fronteiras da teoria do direito:* da filosofia moral à psicologia experimental. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014, pp. 109-135.

[340] STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In:* STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Coords). *Novas fronteiras da teoria do direito:* da filosofia moral à psicologia experimental. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014, pp. 171-215.

[341] STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Coords). *Novas fronteiras da teoria do direito:* da filosofia moral à psicologia experimental. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014, pp. 12-13.

[342] O DIPSIN possui um sítio oficial no seguinte endereço: <http://www.dipsin.com.br/>.

graduação e outra no mestrado sobre o assunto. O grupo organiza, desde 2015, seminários anuais sobre o seu objeto de estudo (em 2019, ocorreu o V Seminário). De forma ainda mais conexa a esta pesquisa, consta do sítio eletrônico do DIPSIN que existe no grupo um projeto de pesquisa dedicado especificamente às heurísticas e os vieses na decisão judicial.

Além de inúmeros artigos e dos anais resultantes dos seminários anualmente realizados, o DIPSIN publicou, em 2016, a coletânea *Direito, Psicologia e Neurociência*, contendo oito artigos relacionando os três campos do conhecimento. Dentre esses artigos, um guarda grande pertinência com o tema estudado. Trata-se do artigo de Gabriela Perissinotto de Almeida e Roberto Cestari denominado *Fatores Extrajurídicos na Tomada da Decisão Judicial: Uma Abordagem Preliminar*[343]. Neste artigo, reconhece-se que fatores como vieses cognitivos, estereótipos e até o momento em que a decisão é tomada influenciam no conteúdo dos pronunciamentos judiciais, e que isso ocorre geralmente sem que o magistrado tenha consciência do fenômeno[344]. Os autores também relacionam essas descobertas ao que o realismo jurídico norte-americano defendia há cerca de 90 anos, sem que, no entanto, as ciências comportamentais estivessem desenvolvidas o suficiente para comprovar a hipótese[345].

Por fim, deve-se mencionar que, embora não exista um grupo de pesquisa fixo sobre o tema no Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), a Universidade foi responsável por organizar uma edição especial de sua *Revista Brasileira de Políticas Públicas* dedicada inteiramente a pesquisas sobre as relações entre as disciplinas estudadas nesta dissertação. A edição, coordenada por Patrícia Perrone Campos Mello e Sérgio Nojiri, foi publicada como um dossiê especial com o seguinte título: *Indução de comportamentos (neurolaw): direito, psicologia e neurociência*. A conexão da coletânea com o assunto fica evidente logo na introdução ao dossiê, escrita por seus coordenadores, a qual passa-se a transcrever:

> Há, no campo das ciências cognitivas, um amplo consenso de que nossos padrões de pensamento e comportamentos não são governados unicamente pela razão. Decisões, que acreditamos originarem-se de um raciocínio meticuloso, neutro e lógico, podem, na verdade, ser conduzidas por estruturas de pensamento imprevisíveis, muitas vezes não identificáveis no nível da consciência. Inúmeras evidências experimentais têm indicado que nossos pensamentos são compostos por um complexo sistema de juízos inconscientes. Os psicólogos, nesse sentido, há tempos estudam os chamados "atalhos mentais" (vieses e heurísticas), que propiciam um julgamento, na maior parte das vezes rápido e eficiente, mas que também podem criar ilusões cognitivas que produzem resultados equivocados e tendenciosos.

[343] ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; CESTARI, Roberto. Fatores Extrajurídicos na Tomada da Decisão Judicial: Uma Abordagem Preliminar. In: NOJIRI, Sergio (Coord.). *Direito, Psicologia e Neurociência***.** Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016, p. 169-185.

[344] Ibid., p. 165.

[345] Ibid., p. 166.

> Tudo isso está se tornando lugar-comum em várias áreas do conhecimento. Tomemos o exemplo da economia. A ideia de que temos preferências estáveis e racionais e de que calculamos cuidadosamente o custo-benefício de nossas ações está sob suspeição. A título ilustrativo, desde que os *insights* da psicologia foram aplicados por Daniel Kahneman e Richard Thaler (para citar dois ganhadores do Prêmio Nobel) ao estudo de problemas econômicos, alguns conceitos clássicos, como o de "utilidade" (ou "teoria da utilidade esperada"), foram colocados em risco. A abordagem interdisciplinar entre a psicologia e a economia gerou toda uma literatura sobre *nudges*, *framing* e preços-âncora, que se mostra cada vez mais rica e duradoura.
>
> Apesar disso, no campo do direito, ainda é frequente a alusão à noção de juízes neutros e imparciais e a operadores do direito plenamente racionais e livres de preconceitos, em franca contradição com as pesquisas mais recentes das ciências cognitivas.
>
> Em um contexto no qual as faculdades de direito ainda se valem de uma metodologia de ensino segundo a qual conhecer o direito é conhecer os códigos, as leis e a Constituição, a *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, de forma pioneira, abre espaço para artigos científicos que partem de um pressuposto diverso, no qual sentimentos, intuições e ideologias políticas influenciam diretamente o direito, especialmente o processo de tomada de decisões judiciais. Centenas de pesquisas científicas têm demonstrado que, ao tomarmos decisões, ficamos sujeitos a ilusões cognitivas. Outras tantas nos mostram que nossa racionalidade é limitada e que não somos só razão, mas também emoção. Assim, este parece ser o momento apropriado para pensarmos o direito não mais como um mero conjunto de regras e princípios, mas a partir de uma abordagem ampla e interdisciplinar, que considere o que outras áreas do conhecimento como a neurociência e a psicologia já sabem: todos nós, como seres humanos, somos falíveis, somos produto de nossa cultura, etnia, nacionalidade, condição socioeconômica, gênero, sexo e ideologia; somos vulneráveis a vieses, preconceitos e emoções, negativas e positivas[346].

Diversos dos artigos publicados na coletânea possuem pertinência com a presente pesquisa. Em primeiro lugar, Carlos Marden e Leonardo Martins Wykrota publicaram o trabalho *Neurodireito: o início, o fim e o meio*, em que utilizam o termo *neurodireito* para abarcar não apenas a conexão do Direito com a Neurociência em sentido estrito, mas também com as Ciências Comportamentais em geral, incluindo heurísticas e vieses cognitivos[347]. Além de questionar premissa de racionalidade judicial presente na maior parte da doutrina jurídica[348],

---

[346] MELLO, Patrícia Perrone Campos; NOJIRI, Sérgio. Editorial - O Direito na fronteira da razão: Psicologia, neurociência e economia comportamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, pp. 24-25, p. 24.

[347] MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, pp. 49-63.

[348] *Ibid.*, p. 56: "Também a atividade judicial e a própria existência do Poder Judiciário se escora na duvidosa premissa de que os processos serão decididos por um terceiro que seja não apenas imparcial, mas também racional. Porém, a suposição de que a interpretação/aplicação da lei seja feita de maneira especialmente racional é contestada pelo experimento conduzido por Shai Dazinger, na Universidade de Tel-Aviv, que ficou conhecido como 'Os Juízes de Israel'. O estudo mostrou que a racionalidade dos juízes era severamente afetada por questões completamente estranhas aos elementos de prova existentes no processo. Outra pesquisa polêmica revelou que juízes americanos (geralmente republicanos), quando tiveram filhas do sexo feminino, acabaram mudando a postura em julgamentos que envolviam mulheres em algum momento de suas carreiras, inclinando-se mais para decisões qualificadas como feministas pelos pesquisadores; enquanto juízes que tinham filhos do sexo masculino não mudavam de postura. Em suma, a atividade judicante — centro das atenções quando se trata de interpretar e aplicar o direito — supõe (dentro da engrenagem apresentada) um decisor (magistrado ou árbitro) racional e

os autores mencionam em seu ensaio, por exemplo, questões como o *esgotamento do ego*[349], o viés de confirmação[350] e a ancoragem[351]. Para os articulistas, a solução estaria em incrementar os estudos sobre o que chamam de Neurodireito.

Além de conter inúmeros artigos voltados à relação entre *economia comportamental*, políticas públicas, *nudges* e *paternalismo libertário*, a Parte IV do dossiê é integralmente dedicada à *influência de fatores extrajurídicos no comportamento judicial*. Nela, Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Lúcio Grassi de Gouveia e Virgínia Colares publicaram o artigo *Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial*, no qual estudaram o papel do inconsciente na decisão judicial, analisando pesquisas que demonstraram como fatores como as inclinações implícitas[352], a idade[353] e os valores

---

"neutro" (tecnicamente, imparcial). Essa racionalidade *presumida*, entretanto, tem sua estatura questionada pela Psicologia Comportamental na noção de *viés*. Daniel Kahneman, dentre outros, mostram que o ato de decidir é viciado por uma série de *vieses cognitivos* que fazem duvidar da (hiper)racionalidade pressuposta pelo legislador".

[349] *Ibid.*, p. 57: "O *esgotamento do ego* (*ego depletion*), para começar, é o viés provocado pelo alto gasto energético para um esforço de vontade ou autocontrole, que são atividades cansativas para S2, exatamente como acontece no exemplo mencionado anteriormente dos juízes israelenses — nesse exemplo, o 'esgotamento do ego' é o que justifica o regresso à tomada de decisões-padrão".

[350] *Loc. cit.*: "Já o viés confirmatório (*confirmation bias*) designa a tendência confirmatória que existe para as intuições e respostas imediatas de que já se dispõe, o que, talvez, ajudaria a explicar o baixo índice de sucesso de embargos de declaração e das retratações em agravo de instrumento, nos quais o próprio juiz precisaria rever aquilo que decidiu (também sugere a prudência de que não se deve dispensar o duplo grau de jurisdição sem grande circunspecção)".

[351] *Loc. cit.*: "Há, ainda, a ancoragem (*anchoring*), que é o viés pelo qual S1 adere ou ancora o raciocínio em referências que são apresentadas previamente, mas sem uma aparente ligação com a ação a ser adotada na sequência, ou seja, é o viés que explica por que se adere a uma referência meramente indicativa para uma avaliação posterior. Por exemplo, em um experimento, juízes alemães, com uma média de mais de 15 anos de experiência em tribunais, liam a mesma descrição de um furto de lojas, que teria sido feito por uma mulher, e, então, jogavam dados que estavam adulterados para resultarem sempre em combinações que somassem 3 ou 9 e, posteriormente, eram perguntados se sentenciariam essa mulher em números de meses maiores ou menores que os números dos dados; os juízes que viam o número 3 sentenciavam a mulher em 5 meses e os que viam o número 9 sentenciavam a mulher em 8 meses, de modo que a referência prévia dos dados lançados pelos juízes *ancorava* a decisão para cima ou para baixo".

[352] ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 661-687, p. 675-676: "De acordo com os resultados, mesmo pessoas que acreditavam não possuir inclinações implícitas contrárias a determinados grupos (raciais, etários ou de gênero), descobriram-se portadoras dessas tendências, uma vez que levaram mais tempo para associar esses grupos a palavras positivas, diversamente do tempo necessário em relação a outros grupos. Em outras palavras, a valoração positiva, nesses casos, levava mais tempo para determinados grupos do que para outros, o que sugeriria, pela sutil diferença de tempo e espontaneidade, uma propensão implícita que lhes seria negativa".

[353] *Ibid.*, p. 678-680: "Para tratarmos da idade do julgador como elemento de influência no processo de tomada de decisão judicial, examinamos o estudo conduzido pelos professores Kenneth L. Manning, Bruce A. Caroll e Robert A. Carp, publicado sob o título '*Does age matter? Judicial decision making in age discrimination cases*' na revista '*Social Science Quaterly*' (mar./2004). No trabalho em questão, [...] seus autores procuraram investigar a possível influência que a idade dos julgadores exerceria na composição dos critérios de julgamento do juiz em casos de discriminação ou preconceito etário. [...] Eles esperavam constatar que juízes mais idosos, em comparação com os mais jovens, revelariam maior tendência ao acolhimento de pleitos em demandas por discriminação com base na idade quando apresentados por pessoas igualmente mais idosas. [...] Os resultados obtidos lhes confirmaram a hipótese. [...] juízes enquadrados na faixa etária mais idosa (de 65 anos acima) julgariam mais frequentemente em favor dos reclamantes do que os juízes da faixa intermediária (entre 45 e 65 anos). Esses últimos, de sua parte,

religiosos[354] dos magistrados podem influenciar seus pronunciamentos, ainda que de forma inconsciente.

Além disso, o dossiê publicado pelo UniCEUB ainda artigos envolvendo o *efeito colegiado* (sobre os efeitos que a composição dos órgãos colegiados exercem na tomada de decisão[355]) e vieses e estereótipos de gênero (que podem ser gerados, dentre outras causas, pelo *viés de grupo* ou pela *heurística da representatividade*)[356].

Por fim, nele é publicado um interessante estudo empírico, realizado por Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro[357], sobre a presença da heurística da ancoragem na fixação de danos morais em processos dos I e II Juizados Especiais Cíveis da Regional Barra da Tijuca, no Município do Rio de Janeiro, a partir da análise de 524 casos, que será objeto de detida análise no Capítulo 5, na parte dedicada especificamente à ancoragem.

Conforme se verifica, trata-se de tema que está na ordem do dia, sendo abordado por grupos de pesquisa e por outros projetos universitários, todos recentes.

---

também julgariam com maior frequência em favor dos reclamantes do que os da faixa mais jovem (até 45 anos). [...] Esses resultados confirmariam, *a priori*, que, quanto mais avançada a idade do juiz, maior sua tendência em julgar favoravelmente pretensões sobre discriminação etária, independentemente de sua origem democrata ou republicana".

[354] *Ibid.*, pp. 682-685: "No que diz respeito às pesquisas empíricas sobre a influência dos valores religiosos do juiz no processo de tomada de decisão judicial, examinamos três significativos trabalhos sobre o tema, os quais relatam e criticam outras pesquisas empíricas, com a vantagem de que, referindo-se às vezes a um mesmo trabalho, esses autores nos permitiram comparar suas avaliações acerca dos dados e resultados, concedendo-nos a oportunidade de uma compreensão mais clara de suas ideias. [...] Considerando o quanto ainda dependemos de novos estudos empíricos sobre o tema, é no mínimo honesto dizer que quaisquer conclusões firmadas no presente trabalho só podem ser provisórias. A despeito disso, e tomando por base todos os trabalhos aqui examinados, ousamos concluir afirmativamente pela existência de fortes indícios de que os valores religiosos do julgador - na medida em que componham o conjunto de valores e princípios integradores de sua identidade, formadores de seu caráter e definidores de seu modo de ver o mundo - exerçam significativa influência em seu processo de tomada de decisão, interferindo e, até mesmo, condicionando o resultado de seus julgamentos".

[355] VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 719-739.

[356] ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 826-854; GOMES, Juliana Cesário Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os Ministros confiam menos em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 855-877; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Hércules, Hermes e a pequena sereia: uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subpresentação das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 878-911.

[357] LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 777-799.

2.4.5 Livros específicos sobre os vieses cognitivos nas decisões judiciais

Para além dos artigos, e chegando aos livros, há algumas obras bastante recentes que exploraram, com maior ou menor profundidade, o tema dos vieses cognitivos nas decisões judiciais e que, por isso, merecem ser mencionadas.

A primeira delas é o livro *Vieses da Justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*, escrito em coautoria por Alexandre Morais da Rosa e Paola Bianchi Wojciechowski[358]. O livro possui uma vertente voltada exclusivamente para o processo penal, e, conforme se verifica pela sua extensão (88 páginas), tem por objetivo introduzir os leitores a esta temática.

Após apresentar o conceito do processo dual de decisão (Sistema 1 e Sistema 2) e definições de heurísticas e vieses, o livro defende que os juízes responsáveis pelo processo penal podem se sujeitar a esses fenômenos, e aborda especificamente os seguintes: (a) viés confirmatório; (b) heurística da disponibilidade; (c) as âncoras no processo penal; (d) o viés retrospectivo; e (e) o viés egocêntrico.

Em conclusão, os autores sugerem como remédio que os magistrados adotem o que denominam de *atuação contraintuitiva* (ou seja, mecanismos que busquem remediar eventual pensamento intuitivo inicial), o que significa, em síntese: (a) ter consciência acerca do tema dos vieses cognitivos e de como eles afetam as decisões judiciais[359]; (b) adotar a técnica do "falseamento" quando se trata de buscar confirmar uma hipótese (assim, em vez de procurar provas que confirmem sua impressão inicial, o magistrado deveria, em seu processo mental, buscar as evidências que pudessem falsear a sua hipótese)[360]; (c) superar o princípio da verdade

---

[358] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. *Vieses da justiça:* como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianopólis: EModara, 2018.

[359] *Ibid.*, p. 64-65: "Um ponto de convergência entre os pesquisadores que investigam as heurísticas e vieses de julgamento, no âmbito judicial, é que a tomada de consciência acerca dessas ilusões cognitivas consiste em um importante passo para que o julgador possa tomar decisões mais deliberadas - em que haja engajamento efetivo do Sistema 2. [...] Busca-se instigar a percepção de que, sob determinados estímulos (*triggers*), os julgadores encontram-se inclinados à resposta intuitiva, a qual pode ser solapada pela deliberação. Reconhecer esses *triggers* é tarefa individual já que eles podem variar de acordo com uma série de fatores ligados ao julgador: experiência pessoal, humor, ambiente de trabalho, cansaço, esgotamento do ego (*ego depletion*), formação, classe social, pressão do tempo, pressão popular-midiática, relações interpessoais, posicionamentos ideológicos, etc.".

[360] *Ibid.*, p. 67: "O falseamento pode consubstanciar-se, então, em um antídoto à tendência natural de buscarmos apenas por informações que corroborem nossos pontos de vista iniciais. Aliás, habituar-se ao falseamento implica estar aberto à reflexão e a deixar-se convencer a partir das provas produzidas por ambos os lados, o que é - ou deveria ser - a essência do contraditório e da ampla defesa".

real no processo penal (os autores entendem que a busca por uma suposta verdade real é um sintoma do viés confirmatório, além de ser estímulo para o uso do pensamento intuitivo)[361].

O segundo livro que merece menção é a obra *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*, escrito por Eduardo José da Fonseca Costa como Tese de Doutorado em Direito Processual Civil pela PUC-SP e publicado em 2018[362]. Em sua obra, Costa explorou como quatro vieses cognitivos se manifestam no processo (vieses de representatividade, ancoragem, confirmação e de grupo) e sugeriu alterações legislativas para mitigar a sua ocorrência. Antes de adentrar o tema, não se furtou a analisar questões controvertidas que também são abordadas no presente trabalho, como a superação da *teoria da escolha racional*, sob o ponto de vista descritivo (pois continuou a ser utilizada sob o prisma normativo) pelo programa de estudos sobre heurísticas e vieses de Kahneman e Tversky.

Além dos livros mencionados, Dierle Nunes, Natanael Lud e Flávio Quinaud Pedron publicaram, em 2018, o livro *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*[363]. Os autores reconhecem que a pressuposição de racionalidade humana plena foi superada na década de 1970 pelo programa de heurísticas e vieses de Daniel Kahneman e Amos Tversky e indicam como objeto específico de sua pesquisa o estudo acerca da aplicabilidade desses achados às decisões tomadas pelos magistrados[364].

Em seguida, abordam como as decisões judiciais são influenciadas especificamente pelas seguintes ilusões cognitivas: o viés confirmatório[365], o viés de

---

[361] *Ibid.*, p. 70: "A busca ativa por provas, impulsionada pela vontade de descobrir a verdade real, traduz-se em um claro estímulo (*trigger*) ao uso dos processos intuitivos - inclusive dos atalhos cognitivos - do Sistema 1. O julgador afasta-se das habilidades analíticas do Sistema 2, as quais, em um contexto dialético como deve ser o processo penal, são indispensáveis para pensar informações conflitantes, bem como para uma atuação consonante com os princípios e regras que regem o processo penal democrático - abstrações que o Sistema 1 desconhece".

[362] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

[363] NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais:* um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

[364] *Ibid.*, p. 37: "[...] ao presente estudo interessam principalmente os vieses de cognição observáveis na atividade jurisdicional, que, quando presentes, geram erros sistemáticos de tomada de decisão, levando a pronunciamentos judiciais maculados pela subjetividade (impressões, preconcepções, preconceitos) do julgador ou pela análise viciada da argumentação jurídica e dos elementos de prova (por força dos vieses de confirmação, trancamento, *status quo*, ancoragem e ajustamento, ou aversão à perda) [...]".

[365] *Ibid.*, p. 89: "O magistrado incumbido de julgar o caso, quando afetado pelo viés de confirmação, necessariamente produzirá uma decisão subótima, dotada de latente subjetividade, eis que decorrente de uma análise viciada dos fatos e das provas dos autos, pois, ainda que de forma às vezes inconsciente, dá maior valor às

trancamento ou *lock-in effect*[366] (segundo os autores, ele ocorreria quando, em razão de o agente ter dispendido esforço, tempo ou energia em uma decisão anterior, ele se negue, posteriormente, a mudar de ideia - nesta dissertação, o que os autores chamam de viés de trancamento não será abordado como um viés específico, mas como uma das causas para o viés de confirmação), o viés retrospectivo[367], o viés de ancoragem e ajustamento[368], o viés do *status quo*[369], a aversão à perda[370] e o que chamam de viés tecnológico (que são vieses originados quando da programação de algoritmos, e ampliados progressivamente conforme cresce a sua utilização)[371].

2.4.6 Conclusão acerca da literatura jurídica sobre o tema no Brasil

Diante de tudo o que foi apresentado, pode-se concluir que, a despeito de uma preocupação teórica parecida com este tema manifestada há tempos por Barbosa Moreira, os estudos específicos sobre vieses cognitivos são bastante recentes no Brasil. Alguns artigos têm

---

provas e argumentos que confirmam sua opinião ou crença primária sobre o caso, desconsiderando outros potenciais aspectos que poderiam infirmar sua decisão".

[366] *Ibid.*, pp. 91-92: "O mencionado efeito faz com que o julgador, ao revisitar uma decisão anterior (uma decisão liminar, por exemplo), a ela se vincule pelo fato de nela ter investido, anteriormente, tempo e pesquisa. Apesar de o julgador não estar adstrito à decisão liminar proferida, aquela causa uma sistematização cognitiva capaz de influenciar o pronunciamento final".

[367] *Ibid.*, pp. 98-99: "Outro viés de cognição identificado nos procedimentos judiciais é o viés de retrospectiva (*hindsight bias*). O viés de retrospectiva está relacionado à predisposição das pessoas à avaliação ad maior probabilidade de ocorrência de eventos ou resultados, de forma retroativa, quando estes eventos ou resultados já são conhecidos".

[368] *Ibid..*, p. 103: "O viés de ancoragem e ajustamento (*anchoring and adjustment bias*) está relacionado à tendência de que as pessoas se valham de informações aleatórias para dar respostas a questões concretas. Tradicionalmente, como aponta Schweizer, 'o viés de ancoragem é a assimilação de um julgamento numérico a um padrão de comportamento designado. O padrão de comparação atua como uma 'âncora' para a estimativa final e puxa-o em sua direção'".

[369] *Ibid.*, p. 115: "Por meio do viés de status quo, os tomadores de decisão, diante da necessidade de analisar e decidir entre situações alternativas, tendem a manter a posição já consolidada. Seguir a alternativa em vigor (*status quo alternative*) significa, para o tomador de decisão, uma diminuição de seu trabalho em relação à necessidade de análise da questão, pois não precisará empreender um novo raciocínio ao manter uma decisão anterior".

[370] *Ibid.*, pp. 120-121: "Conforme Sunstein, as pessoas são especialmente avessas à perda. Como pontua Freitas, o viés de aversão à perda representa uma 'predisposição de valorizar mais as perdas do que os ganhos'".

[371] *Ibid.*, pp. 140-144: "Dizer que um sistema computacional está enviesado significa dizer que, recorrentemente, o sistema discrimina certos grupos ou indivíduos em favor de outros, ou em comparação com outros. É o que aconteceu com um sistema computadorizado utilizado em prisões norte-americanas que ranqueia a probabilidade de indivíduos fichados cometerem um novo crime. [...] esse tipo de ranking, conhecidos como avaliações de risco, são cada vez mais comuns em tribunais dos Estados Unidos. São usados para fundamentar decisões sobre quem pode ser colocado em liberdade em cada estágio da justiça criminal. [...] O problema é que essas avaliações de risco se mostraram notadamente falíveis. Em estudo realizado com informações de mais de sete mil pessoas presas na Flórida em 2013 e 2014, apenas 20% dos indivíduos ranqueados com probabilidade de cometer crimes violentos de fato o fizeram. Além disso, observou-se significante disparidade racial: o algoritmo era particularmente tendencioso a marcar os réus negros como futuros criminosos, rotulando-os dessa forma o dobro de vezes quando comparados com os réus brancos".

introduzido o tema, desde 2013, mas as obras dedicadas exclusivamente a este assunto datam todas de 2018, o que demonstra tratar-se de uma preocupação recente do Direito brasileiro.

É importante que se diga que, apesar dos livros mencionados no tópico anterior, a pesquisa realizada nessa dissertação ainda mostra-se necessária. Isso porque, em primeiro lugar, o presente trabalho pretende explorar diversos vieses que não foram analisados nas referidas obras (como o *efeito halo* e o efeito colegiado), bem como aprofundar no estudo de alguns fenômenos que, quando abordados, não o foram com a profundidade necessária (como o esgotamento do ego e o viés de grupo). Além disso, abordar-se-á todos os vieses com profundo embasamento em pesquisas empíricas realizadas tanto com indivíduos leigos como com magistrados. Ademais, esta dissertação diferencia-se das demais em razão do estudo dos antecedentes teóricos dos desvios neste Capítulo e também porque, no próximo, abordará uma discussão presente na literatura estrangeira, mas ainda não realizada na doutrina jurídica brasileira, que envolve a discussão sobre se a decisão por intuição é realmente algo negativo. Dentro desse debate, será apresentado, igualmente, como a *expertise* se relaciona com a ocorrência de vieses cognitivos nas decisões tomadas intuitivamente. Além disso, enfrentar-se-á o inédito debate sobre se há de fato situações em que o juiz brasileiro se sujeita a vieses, considerando que ele decide com a ajuda de assessores, decide muitas vezes fora de audiência e que a tramitação do processo no Brasil, longe de ser rápida, é bastante prolongada no tempo. Finalmente, o foco do trabalho não será o direito processual, como foram os últimos, pretendendo realizar uma abordagem holística dos vieses cognitivos e algumas de suas implicações nos diferentes ramos do Direito.

3 AS DUAS FORMAS DE DECIDIR (INTUIÇÃO E DELIBERAÇÃO) E AS DECISÕES JUDICIAIS: CONCEITOS E ANÁLISE CRÍTICA

3.1 Introdução

Apresentados o quadro teórico que informa este trabalho (Capítulo 2), bem como os antecedentes teórico-filosóficos da preocupação com a questão (Capítulo 3), passa-se, neste Capítulo 4, à exploração direta do tema pesquisado: heurísticas, vieses cognitivos e as decisões judiciais. Inicia-se com uma apresentação dos conceitos essenciais, primeiramente de *heurística* e, em seguida, de *viés cognitivo*, com base na doutrina especializada sobre o tema.

Em seguida, será apresentado um dos debates mais profícuos sobre esta temática: decidir por heurísticas é algo intrinsecamente negativo? Conforme será demonstrado, há renomados estudiosos defendendo a posição de que a heurística é um traço da evolução humana não apenas essencial à nossa sobrevivência, como também responsável por algumas de nossas habilidades mais notáveis, especialmente quando utilizada por quem detenha a devida *expertise* naquela atividade. De outro lado, há visões mais pessimistas, que apontam as heurísticas como fonte de ocorrência sistemática de vieses cognitivos. Apesar do debate, demonstrar-se-á que essas visões não são precisamente antagônicas, e possuem mais pontos em comum do que normalmente se supõe.

No tópico seguinte, enfrentar-se-á a seguinte questão: os marcos teóricos utilizados neste trabalho, ou seja, o do sistema dual de decisão, aplicam-se realmente ao Poder Judiciário? No enfrentamento desse questionamento, serão apresentados estudos empíricos sobre o tema que comprovam a sua ocorrência, ainda que, em alguns casos (envolvendo alguns vieses cognitivos específicos), de forma mais branda do que ocorre com uma pessoa leiga.

O item subsequente será dedicado à análise de como a experiência (a *expertise*) pode ou não aprimorar o pensamento intuitivo, inclusive no que diz respeito aos magistrados.

Passando adiante, é preciso que se indague se esses resultados são realmente aplicáveis aos magistrados brasileiros, considerando-se fatores como: a longa tramitação dos processos judiciais; a presença de assessores que, muitas vezes, elaboram as minutas das decisões e o fato de que grande parte das sentenças não é proferida em audiência, mas em gabinete. Considerando esses aspectos, os juízes brasileiros estão de fato sujeitos a vieses cognitivos? O tema não é simples, e receberá a devida reflexão em tópico próprio.

Por fim, serão analisados mecanismos de mitigação da ocorrência de vieses, tal como trabalhados na doutrina especializada e, geralmente, fundados em estudos empíricos. Com base neste estudo, espera-se ser possível não apenas identificar a ocorrência de vieses, mas igualmente combatê-los, seja por estratégias a serem seguidas pelos próprios juízes no momento de decidir, seja pela propositura de novas formas de estrutura decisória.

Seguindo o roteiro acima exposto, passa-se, então, à introdução dos conceitos de *heurística* e de *viés cognitivo*, elementos centrais à compreensão desta pesquisa.

3.2 O conceito de heurística

Para se conceituar heurística, é preciso, inicialmente, e na linha de diversos estudiosos sobre o tema, compreender a dicotomia, difundida pelo matemático George Polya em 1945, entre *algoritmos* e *heurísticas*. Em 1905, Albert Einstein já havia utilizado o termo *heurística* no título do artigo que o agraciou com o Prêmio Nobel de Física de 1921 (o título do artigo é "*Sobre um ponto de vista heurística relativo à produção e transformação da luz*"). No entanto, o sentido do termo se aproximou ao atual apenas com a sua utilização por Polya.

Conforme leciona Jonathan Baron, Polya utilizou a distinção para explicar aos estudantes as formas por meio das quais um matemático pensa. Assim, afirmou que o método que aprendemos na escola para dividir números de diversos dígitos é um algoritmo. São métodos claros, certos, e que sempre asseguram o resultado. Por outro lado, a heurística não é um método tão exato, mas funciona para alcançar soluções por meio de simplificações ou substituições. Por exemplo, diante de um problema para o qual não se encontra a resposta, o matemático pode se questionar se conhece uma questão semelhante (normalmente mais simples) que consegue resolver, para aplicar a sua lógica ao à perquirição mais complexa[372-373].

[372] BARON, Jonathan. Heuristics and biases. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Eds.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 3-27, p. 10: "The term "heuristic" was invented by George Polya (1945), a mathematician who was trying to explain how mathematicians think, with the goal of recommending these methods to students. A heuristic is distinguished from an algorithm, a rule with very clear conditions for its application, such as the method we learn in school for regrouping (borrowing) in subtraction, or the method for long division. Algorithms always do what they are supposed to do. By contrast, a heuristic is a rule without very clear conditions, and it does not always do anything useful. Sometimes it can suggest something else, which can subsequently lead to a solution. Examples are "Do you know a related problem?" or "Draw a figure" or "Could you derive something useful from the data?" The use of heuristics would give problem solvers some- thing to do when they were stuck. Thus, heuristics were never harmful and possibly beneficial".

[373] Não por acaso, em obra escrita posteriormente sobre a resolução de problemas, George Polya lecionaria que "se não conseguir resolver o problema proposto [...], procure antes resolver algum problema correlato. Não esqueça que a superioridade do homem está em contornar um obstáculo que não pode ser superado frontalmente, em

Segundo Anuj K. Shah e Daniel M. Oppenheimer, o termo ganhou visibilidade na psicologia em 1972, quando Allen Newell e Herbert A. Simon utilizaram-no no livro *Human problem solving*, relacionando o termo a processos mentais simples que substituem algoritmos complexos[374].

Uma das explicações mais detalhadas e didáticas entre *algoritmos* e *heurísticas* é realizada pelo processualista Eduardo José da Fonseca Costa, transcrita a seguir:

> Os algoritmos [gr. αριθμός = "quantidade"] são estratégias que garantem a solução e oferecem resultados infalivelmente corretos, ainda que não se compreenda por que elas funcionam. Trata-se, enfim, de receitas que mostram pari passu o procedimento necessário à resolução de um problema (e.g., regras para que se realizem operações de divisão do tipo 240/30; sequência finita de instruções para que se encontre o máximo divisor comum entre dois números inteiros diferentes de zero). Pode-se descobrir o cumprimento do terceiro lado de um triângulo retângulo usando a fórmula a + b = c , ainda que não se tenha a menor noção dos princípios matemáticos por trás da fórmula. A troca eficiente de um pneu, p. ex., obedece a um algoritmo: 1) desligar o automóvel; 2) apanhar as ferramentas (chave e macaco); 3) pegar o estepe; 4) suspender o automóvel com o macaco; 5) desenroscar os quatro parafusos do pneu furado; 6) colocar o estepe; 7) enroscar os parafusos; 8) baixar o carro com o macaco; 9) guardas as ferramentas.
>
> Em contrapartida, as heurísticas [gr. ευρσκω = "descubro"] são procedimentos de simplificação mental. Deles se utiliza inevitavelmente a mente humana para processar informações complexas vindas do exterior e possibilitar a tomada de decisões de forma eficiente. Trata-se de juízos intuitivos, não fundamentados, baseados em conhecimento parcial, experiência ou suposições, que às vezes são corretos e às vezes são errados, sem haver uma segurança lógica absoluta . Nesse sentido, produzem-se "atalhos cognitivos" [cognitive shortcuts] ou "regras de ouro" [rules of thumb], a partir das quais as pessoas realizam julgamentos simplificados sem que tenham de tomar em consideração todas as informações relevantes e contando apenas com um conjunto limitado de pistas. É relevante sublinhar que as heurísticas surgem porque termos recursos cognitivos e motivacionais limitados, razão pela qual precisamos usá-los de forma eficiente e rápida para lograrmos decisões cotidianas. Porém, embora elas geralmente contribuam para a nossa vida diária, às vezes as heurísticas resultam em desvios sistemáticos e previsíveis, que levam a decisões sub-ótimas[375].

Pode-se verificar que, para Polya, o conceito de heurística está diretamente relacionado à simplificação de um problema, podendo envolver, inclusive, a substituição por outro mais simples, o que auxilia na busca por um resultado possível (ainda que falível) para o a primeira questão.

---

conceber um problema auxiliar adequado quando o problema original parecer insolúvel" (POLYA, George. *A arte de resolver problemas*: um novo aspecto do método matemático. Tradução e adaptação de Heitor Lisboa de Araújo. Rio de Janeiro: Interciência, 1995, p. 141).

[374] SHAH, Anuj K.; OPPENHEIMER, Daniel M. Heuristics made easy: an effort-reduction framework. *Psychological Bulletin*, 2008, vol. 134, n. 02, pp. 207-222, p. 207: "Before outlining the properties of heuristics, we should remember the purpose heuristics serve in the first place. The term "heuristic" was brought to wide attention in psychology when A. Newell and Simon (1972) used the word to describe simple processes that replace complex algorithms".

[375] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, pp. 52-53.

Para muitos, a ideia de substituição para simplificar está de fato umbilicalmente ligada ao conceito de heurística. Assim, por exemplo, Daniel Kahneman e Shane Frederick relacionam a heurística a uma operação de substituição. Para os autores, diante de uma questão complexa, a mente, de forma automática e inconsciente, a substituiria por uma pergunta mais simples, e atribuiria a resposta desta àquela[376]. Desta forma, quando uma pessoa é indagada sobre qual entre dois eventos é mais provável de acontecer, é comum que ela inconscientemente responda à pergunta mais simples: "Eu consigo lembrar-me mais facilmente de ocorrências envolvendo qual dos dois eventos?" (heurística da disponibilidade). De forma similar, quando um indivíduo é questionado sobre qual é a probabilidade de que algo pertença à determinada categoria, é muito provável que a mente substitua a pergunta por: "O quão similar essa coisa é a membro típico dessa categoria?" (heurística da representatividade)[377].

Com o tempo, o conceito de heurística passou a ser utilizado como *atalho mental* de um forma mais ampla (sem prejuízo de continuar abrangendo a ideia de *simplificação por substituição*), contemplando, de um modo geral, as estratégias de redução de esforço mental na tomada de decisão ou no julgamento de determinada questão, a fim de que a decisão possa ser tomada de forma mais ágil. Conforme já mencionado em momento anterior deste trabalho, Gerd Gigerenzer e Wolfgang Gaissmaier definem heurística a estratégia mental que ignora parte da informação relativa a determinado problema, a fim de tomar a decisão de forma mais ágil do que por outros métodos mais complexos[378].

---

[376] KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A Model of Heuristic Judgment. *In:* HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 267-293, p. 269: "The early research on judgment heuristics was guided by a simple and general hypothesis: When confronted with a difficult question, people may answer an easier one instead and are often unaware of the substitution. A person who is asked 'What proportion of long-distance relationships break up within a year?' may answer as if she had been asked 'Do instances of failed long-distance relationships come readily to mind?' This would be an application of the availability heuristic. A professor who has heard a candidate's job talk and now considers the question 'How likely is it that this candidate could be tenured in out department?' may answer the much easier question: 'How impressive was the talk?'. This would be an example of one form of the representativeness heuristic".

[377] ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 23-24: " Several theories have been proposed to explain how the heuristics used by System 1 operate, and why they result in systematic errors. One such model is *attribute substitution.* It posits that many heuristics 'share a common process . . . in which difficult judgments are made by substituting conceptually or semantically related assessments that are simpler and more readily accessible.' For example, when a person is asked which of two events is more probable, she might substitute it with the simpler question: 'Instances of which event come more readily to mind?' (the *availability heuristic*). Similarly, when asked about the probability that something belongs to a certain category, one might substitute for the question a simpler one: 'How similar is it to a typical member of that category?' (the *representativeness heuristic*)".

[378] *Ibid.*, p. 454: "A heuristic is a strategy that ignores part of the information, with the goal of making decisions more quickly, frugally and/or accurately than more complex methods".

Também seguindo um conceito mais amplo de heurística, Anuj K. Shah e Daniel M. Oppenheimer afirmam que as heurísticas referem-se a métodos que utilizam princípios de redução de esforço e simplificação. Assim, elas devem permitir que os tomadores de decisão processem informações com menos esforço do que eles o fariam em uma decisão (ou em um julgamento) na qual buscassem a solução ótima por meio de algoritmos complexos[379].

Segundo Gerd Gigerenzer e Wolfgang Gaissmaier, quando se questiona sobre como as decisões humanas são tomadas, três caminhos principais costumam ser apresentados: a lógica, a estatística ou a heurística. A despeito de o tema não ser pacífico, concorda-se com os autores de que cada um dos referidos métodos é mais adequado em contextos e circunstâncias específicas[380]. De todo modo, essa é uma questão a ser trabalhada em tópico específico, dedicado à expor o debate sobre se é ou não negativo a utilização de heurísticas para decidir.

Por ora, cumpre apenas consolidar o conceito de heurística como os mecanismos adotados pela mente humana, de forma consciente ou inconsciente[381], buscando a redução do esforço cognitivo envolvido na resolução de determinado problema. Trata-se de instrumento que permite a tomada de decisão de modo mais ágil do que a tomada por algoritmos, embora também possa ser, em determinados contextos, menos precisa, resultando em vieses cognitivos, tema que será a ser objeto de análise no próximo tópico[382].

---

[379] SHAH, Anuj K.; OPPENHEIMER, Daniel M. *Op. cit.*, p. 207: "People must operate within the constraints imposed by both their cognitive resources and the task environment—a concept known as *bounded rationality* (Simon, 1955, 1956, 1990). As the demands on limited cognitive resources increase, people may employ methods or strategies that reduce the effort they expend on computation. We will therefore refer to heuristics as methods that use principles of effort-reduction and simplification. By definition, heuristics must allow decision makers to process information in a less effortful manner than one would expect from an optimal decision rule".

[380] GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. Heuristic Decision Making. *Annual Review of Psychology*, vol. 62, January 2011, pp. 451-482: "How are decisions made? Three majors answer have been proposed: The mind applies logic, statistics or heuristics. Yet these mental tools have not been treated as equals, each suited to a particular kind of problem, as we believe they should be".

[381] Há controvérsias sobre se as heurísticas podem ser adotadas de forma consciente (como defende Gerd Gigerenzer) ou se só contam como heurísticas os atalhos adotados inconscientemente. Na literatura jurídica brasileira, Fábio P. Shecaira e Noel Struchiner afirmam que: "[...] a definição que consideramos mais útil é a que estabelece que apenas contam como heurísticas ou atalhos os mecanismos não conscientes produzidos pelo sistema 1 na produção de intuições responsáveis, do ponto de vista causal, pela decisão. De forma ainda mais precisa, uma heurística deve ser compreendida como um mecanismo não consciente produzido pelo sistema 1 que troque a busca do atributo-alvo, que pode ser de difícil acesso, por algum atributo substituto, que pode, por sua vez, ser mais facilmente manuseado e aplicado" (SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Op. cit.*, p. 169).

[382] De forma similar, Eyal Peer e Eyal Gamliel, estudiosos das heurísticas e vieses cognitivos nas decisões judiciais, lecionam que: "Heuristics are cognitive shortcuts, or rules of thumb, by which people generate judgments and make decisions without having to consider all the relevant information, relying instead on a limited set of cues that aid their decision making. Such heuristics arise due to the fact that we have limited cognitive and motivational recourses and that we need to use them efficiently to reach everyday decisions. Although such heuristics are generally adaptive and contribute to our daily life, the reliance on a limited part of the relevant information sometimes results in systemic and predictable biases that lead to sub-optimal decisions" (PEER, Eyal; GAMLIEL. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review,* volume 49, issue 2 (2013), 114-118, p. 114).

3.3 O conceito de viés cognitivo

Não é novidade admitir que os seres humanos cometem erros em seus processos mentais de julgamento, de tomada de decisão ou mesmo de memória. No entanto, nem todo erro é conceituado, pela doutrina especializada, como um viés cognitivo. Como diferenciar, então, os demais equívocos humanos dos vieses cognitivos? Quais características específicas um erro deve possuir para adentrar neste domínio específico?

Rüdiger F. Pohl, Professor de Psicologia da Universidade de Mannheim, na Alemanha, dedicou-se a responder a esse questionamento em artigo intitulado *Cognitive illusions*, publicado em coletânea de mesmo nome organizada por ele[383].

Para diferenciar o viés do erro, o autor estabelece cinco critérios para que se possa falar no primeiro: (a) devem gerar uma percepção, julgamento ou memória distorcidos de um padrão normativo estabelecido como correto; (b) são de ocorrência sistemática e previsível, e não aleatória; (c) são involuntários e inconscientes; (d) é difícil evitá-los; (e) desperta a curiosidade dos pesquisadores[384]. Com exceção do último critério, que é apenas circunstancial e decorrente do momento científico atual, este trabalho adotará, na definição de *viés cognitivo*, os quatro primeiros elementos propostos pelo mencionado Professor.

O autor inicia a sua conceituação afirmando que, para realizar essa distinção, é possível se valer por analogia dos mesmos critérios utilizados pelos estudiosos para diferenciar as ilusões de ótica (as visuais) dos erros comuns. Por isso, o primeiro critério é que a ilusão leva a uma percepção, julgamento ou memória distorcidos da realidade (no caso da ilusão de ótica), ou, no caso da ilusão cognitiva, distorcidos diante de determinado padrão normativo estabelecido (ou seja, a resposta ao problema tida como correta, que, para a maioria dos estudiosos, seria aquela tomada com base na *teoria da escolha racional*)[385].

---

[383] POHL, Rüdiger F. Cognitive illusions. In: POHL, Rüdiger F. (Ed.). *Cognitive Illusions*: Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory. London and New York: Routledge, 2017, pp. 3-21.

[384] *Ibid.*, pp. 3-5.

[385] *Ibid.*, pp. 3-4: "The term 'cognitive illusion' has evolved in analogy to the better known domain of “optical illusions” (see Roediger, 1996). The first and main feature of a phenomenon to count as an illusion thus is that it leads to a perception, judgment, or memory that reliably deviates from “reality.” In cases of optical and memory illusions, it may be immediately evident what constitutes reality (because subjective perception and recall can be compared to external or original stimuli, respectively), but in thinking and judgment, the matter is less clear (Gigerenzer, 1996). The problem concerns how to define an objectively “correct” judgment or decision (see below)".

O segundo critério é o de que esse desvio deve ocorrer de forma sistemática e previsível, e não de forma aleatória[386]. Portanto, deve ser algo que, sob determinadas circunstâncias, ocorre sempre ou quase sempre, com a maior parte dos indivíduos que sejam submetidos às mesmas condições[387]. Conforme já se ressaltou, esta característica dos vieses cognitivos foi o que permitiu a sua incorporação em modelos preditivos de comportamento.

Em seguida, um terceiro aspecto das ilusões cognitivas é o de que elas ocorrem de forma involuntária e inconsciente. Involuntária porque ocorrem sem que os participantes do estudo obedeçam a instruções específicas acerca delas e sem que haja intencionalidade de praticá-las. Inconsciente porque os indivíduos incorrem nesses desvios sem perceber que o seu julgamento foi enviesado. Ou seja, acreditam que julgaram ou decidiram de forma correta[388].

Por fim, os vieses cognitivos são difíceis de se evitar. No caso das ilusões de ótica, há casos em que chega a ser absolutamente impossível escapar de seus efeitos. No entanto, no caso das ilusões cognitivas, essa dificuldade é variável. É possível evitar alguns vieses específicos por meio de conscientização, instrução ou reestruturação do contexto decisório. O que fazer em cada uma dessas situações será explicado em tópico próprio deste Capítulo e ao longo do Capítulo 5, com relação a cada viés específico. De todo modo, essa é definitivamente uma característica comum às ilusões cognitivas[389].

---

[386] Também mencionando que o viés é o desvio que ocorre de forma sistemática e previsível, e não aleatória, Jonathan Baron leciona que: "When a deviation from a normative model is found to be systematic, not just the result of random error, we call is a bias. For example, people are biased to choose default options, even when others are normatively equal or better" (BARON, Jonathan. *Op. cit.*, p. 5).

[387] POHL, Rüdiger F. *Op. cit.*, p. 4: "As a second criterion, the observed phenomenon needs to deviate from the normative standard in a systematic fashion (i.e., in a predictable direction) rather than just randomly. Therefore, most designs include a control group, assuming that any deviations in the control group's data result from random error alone, while the experimental group shows in addition a systematic effect. Special care has to be taken if demonstrations of an illusion depend on repeated measures because it involves the danger of being prone to regression effects, which could possibly lead to false interpretations of the data (as examples, see Chapters 6 and 23). As a related feature, the mechanisms eventually leading to cognitive illusions typically include a number of probabilistic processes so that an illusion will not necessarily be observed on each and every single trial, but may only become evident as a systematic bias if the data are summed across a larger number of trials or participants".

[388] *Loc. cit.*: "A third aspect of cognitive illusions is that they appear involuntarily, that is, with- out specific instructions or deliberate will. They just happen. This is analogous to what has been found in research on suggestions (see Chapter 25): The suggested reaction manifests itself in the given situation without any conscious decision to do so. This does not mean that motivational factors or conscious meta-cognitions may not be influential, too, but they are not the ultimate cause of the illusion itself. They only moderate its size (see Pohl, Bender, & Lachmann, 2002, for further discussion). Another aspect is that persons who have fallen prey to a cognitive illusion usually don't realize what has happened: "Illusions mock our belief that what we perceive, remember, and know is in perfect accord with the state of the external world." (Roediger, 1996, p. 76) That is, illusioned persons are still convinced to have judged, decided, or recalled something to the best of their knowledge".

[389] *Loc. cit.*: "[...] an illusion is hard if not impossible to avoid. While this is probably true for all optical illusions, the criterion is much weaker for cognitive ones. For some illusions, a proper instruction, careful selection of the material, or other procedural variations may reduce or even eliminate the illusion (as an example, see Gigerenzer, Hertwig, Hoffrage, & Sedlmeier, 2008), while for other illusions, most (if not all) attempts to overcome the effect have failed (as an example, see Pohl & Hell, 1996, and Chapter 23)".

Conectando os elementos acima expostos, é possível apresentar a seguinte definição: um *viés cognitivo é* o desvio presente nos processos cognitivos de julgamento, memória ou percepção que, de forma involuntária, sistemática e previsível, gera uma distorção frente ao que seria considerado correto de acordo com um padrão normativo estabelecido, havendo grande dificuldade em evitá-lo[390].

3.4 Utilizar heurísticas para decidir é algo negativo?

3.4.1 Introdução

Com a introdução do conceito de heurística no campo da psicologia, surgiu um intenso debate envolvendo o seu papel no pensamento humano. Em um primeiro momento, difundiu-se a visão de Daniel Kahneman e Amos Tversky, no sentido de que elas eram responsáveis pela ocorrência de vieses cognitivos no raciocínio humano (e, ao longo dos anos, foram descobertos cada vez mais desvios). No entanto, essa visão encontrou em Gerd Gigerenzer o seu principal crítico, que, sob a ótica da Psicologia Evolucionista, via nas heurísticas um instrumento fundamental para a sobrevivência e para o desenvolvimento dos seres humanos, além de ser responsável por alguma das melhores habilidades de indivíduos que detém *expertise* em determinada atividade.

Este tópico visa a apresentar o referido debate, deixando claro, a todo momento, que as referidas posições possuem mais pontos em comum do que se supõe e que apenas a perspectiva de estudo é diversa, o que acaba por enriquecer o estudo do tema. Assim, passa a ser possível, por um lado, prever os casos em que as heurísticas gerarão vieses cognitivos e, por outro, entender como, em determinadas circunstâncias, as heurísticas podem contribuir para uma decisão melhor.

[390] Cada especialista traz sua própria definição de viés cognitivo, e, geralmente, baseia-se nos elementos acima mencionados, com variação de um ou dois critérios no máximo. Assim, por exemplo, Martie G. Haselton, Daniel Nettle e Damian R. Murray definem *viés cognitivo* da seguinte forma: "By cognitive bias, we mean cases in which human cognition reliably produces representations that are sistematically distorted compared to some aspect of objective reality" (HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. The Evolution of Cognitive Bias. *In*: BUSS, David M. (Editor). *The Handbook of Evolutionary Psychology*, Volume 2: Integrations. 2nd ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016, pp. 968-987, p. 968).

3.4.2 Daniel Kahneman, Amos Tversky e os vieses cognitivos

O programa de heurísticas e vieses (*heuristics and biases program* - H&B) surgiu em 1974, quando Daniel Kahneman e Amos Tversky publicaram, na Revista *Science*, o artigo *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, que viria a se tornar uma das publicações mais citadas nos mais diversos campos das ciências sociais[391]. Nessa publicação, Kahneman e Tversky sustentaram que, quando as pessoas precisam predizer a probabilidade de um evento incerto ou o valor de uma quantidade incerta, elas não raciocinam, em regra, segundo as leis da probabilidade e da estatística, mas baseiam-se, em vez disso, em um número limitado em princípios heurísticos utilizados como atalho mental para alcançar essas respostas[392]. Neste artigo, foram apresentadas pelos autores a heurística da disponibilidade, da representatividade e da ancoragem, em conjunto com mais de vinte vieses cognitivos por elas provocados.

Algum tempo mais tarde, Kahneman e Tversky alteraram o foco do seu estudo, que inicialmente era sobre julgamento, para a tomada de decisão e, atacando novamente a *teoria da escolha racional*, publicaram, em 1979, o artigo *Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk*[393], no qual defendiam uma teoria descritiva de como os indivíduos tomam decisões (alternativa à *teoria da utilidade esperada*). Mais uma vez, a dupla de pesquisadores observou vieses sistemáticos nas decisões, ou seja, preferências intuitivas que violavam consistentemente as regras da escolha racional[394]. Percebeu-se, por exemplo, que as pessoas costumam dar um

---

[391] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 1974, 185, 1124-1131

[392] *Ibid.*, p. 1124: "Many decisions are based on beliefs concerning the likelihood of uncertain events such as the outcome of an election, the guilt of a defendant, or the future value of the dollar. These beliefs are usually expressed in statements such as 'I think that...,' 'chances are...,' 'it is unlikely that...,' and so forth. Occasionally, beliefs concerning uncertain events are expressed in numerical form as odds or subjective probabilities. What determines such beliefs? How do people assess the probability of an uncertain event or the value of an uncertain quantity? This article shows that people rely on a limited number of heuristic principles which reduce the complex tasks of assessing probabilities and predicting values to simpler judgmental operations. In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors".

[393] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. *Econometrica*, Vol. 47, No. 2 (Mar., 1979), pp. 263-291.

[394] KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 18-19: "Imediatamente após completar nosso exame do julgamento, mudamos nossa atenção para a tomada de decisões sob incerteza. Nosso objetivo era desenvolver uma teoria psicológica de como as pessoas tomam decisões sobre apostas simples. Por exemplo: Você aceitaria uma aposta para lançar uma moeda em que ganhará 130 dólares se der cara e perderá cem dólares se der coroa? Essas escolhas elementares têm sido usadas há tempos para examinar questões amplas sobre tomada de decisão, tal como o peso relativo que as pessoas atribuem a coisas seguras e a resultados incertos. Nosso método não mudou: passamos muitos dias elaborando problemas de escolha e examinando se nossas preferências intuitivas se conformavam à lógica da escolha. Aqui, mais uma vez, como no julgamento, observamos vieses sistemáticos em nossas próprias decisões, preferências intuitivas que violavam consistentemente as regras da escolha racional. Cinco anos após o artigo da *Science*, publicamos 'Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk' (Teoria da perspectiva: uma análise da decisão

peso menor às alternativas prováveis em relação aquelas certas. Além disso, as pessoas são avessas ao risco quando se trata de ganhar algo, mas são propensas ao risco quando se trata de perdas. Desse modo, não decidem exatamente como preconizava a *teoria da escolha racional*, já que, para esta, a utilidade de uma alternativa em que houvesse 50% de chance de ganhar R$ 200,00 seria equivalente a ganhar R$ 100,00 de forma certa e, conforme demonstrados por estudos empíricos, para a maioria dos indivíduos, isso não funciona assim.

O programa consolidou-se ainda mais quando, em 1982, foi publicado o livro *Judgment under uncertainty: heuristics and biases*, coordenado por Daniel Kahneman, Paul Slovic e Amos Tversky[395]. A coletânea contou com 35 artigos sobre o tema de autoria de inúmeros pesquisadores, e abrangeu não apenas uma introdução ao assunto, como também aprofundamento sobre tópicos como a heurística da representatividade, atribuições de causalidade, disponibilidade, covariação e controle, excesso de confiança, dentre muitos outros.

Ao longo das décadas seguintes, pesquisas sobre heurísticas e vieses cognitivos continuaram sendo realizadas por diversos estudiosos e muitos outros vieses foram descobertos. Isso fez com que, em 2002, uma nova coletânea foi publicada, organizada por Thomas Gilovich, Dale Griffin e Daniel Kahneman, denominada *Heuristics and Biases: The Psychology of Intuitive Judgment*, contendo 42 artigos de inúmeros cientistas sobre o que havia sido desenvolvido até então[396].

Por fim, esses estudos acabaram ficando mundialmente conhecidos, mesmo por indivíduos que não se dedicam à psicologia ou à economia, com a publicação do *best-seller Thinking Fast and Slow*, de autoria de Daniel Kahneman, obra na qual escreveu, de forma acessível e direcionada para o público leigo, um resumo sobre as descobertas promovidas pelo programa[397]. Neste livro, fica clara a correlação entre as duas formas de pensar (Sistema 1 e 2) e a utilização de heurísticas pela mente humana.

Um dos pontos mais importantes do programa de heurísticas e vieses, que, não por acaso, é um dos focos de divergência com a corrente defendida por Gerg Gigerenzer, é precisamente o fato de que os seus defensores tratam a *teoria da escolha racional* como algo

---

sob risco), uma teoria da escolha que para alguns é mais influente do que nosso trabalho acerca do julgamento, e é um dos fundamentos da economia comportamental".

395 KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (coords.). *Judgment under uncertainty*: Heuristics and biases. New York: Cambridge University Press, 1982.

396 GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Coords.). *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002.

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

normativamente positivo, ainda que não descritivamente apurado[398]. A rigor, na verdade, o próprio conceito do que é viés cognitivo para eles (e, consequentemente, a própria ideia de as heurísticas como algo que às vezes falha) envolve esse aspecto. Ou seja, na verdade, viés cognitivo, além de preencher todas as características descritas no Capítulo anterior, é aquilo que se desvia do que o indivíduo escolheria segundo a *teoria da escolha racional*.

Por exemplo, se perguntado a um individuo se ele prefere ganhar R$ 50,00 (cinquenta reais) certos ou 51% de chance de ganhar R$ 100,00 (sem reais), a maioria das pessoas acaba por preferir o valor certo, ainda que, medindo a utilidade esperada de cada uma das alternativas, a segunda tenha um valor de utilidade maior. Por outro lado, quando se indaga às pessoas se preferem perder R$ 50,00 (cinquenta reais) ou ter 51% de chance de perder R$ 100,00 (cem reais), a maior parte opta pelo risco, ainda que, em termos de utilidade esperada, a opção certa fosse mais benéfica. Em síntese, precisamente por se desviar da resposta que seria adotada pelos indivíduos caso utilizassem de fato a *teoria da escolha racional*, a aversão à perda passou a ser estudada pelo programa.

Da mesma forma, quando se indaga se uma pessoa introvertida, organizada e tímida tem mais chances de ser uma fazendeiro ou um bibliotecário, a heurística da representatividade fará com que a maioria das pessoas responda pela segunda opção. No entanto, pela *teoria da escolha racional*, essa pessoa deveria levar em conta a estatística sobre o número de fazendeiros e o número de bibliotecários que existem no País. Sabendo-se que há muito mais fazendeiros, a resposta *racional* deveria ser a primeira. Mais uma vez, esse é considerado um viés cognitivo (oriundo da heurística da representatividade) precisamente porque faz com que os indivíduos respondam algo que não se coaduna com a resposta que seria encontrada pela aplicação da *teoria da escolha racional*.

Como leciona Mark Kelman:

> Os integrantes da escola de H&B [heuristics and biases] enfatizam o grau segundo o qual o uso da heurística nos impedem, geralmente, de escolher opções que maximizariam o valor esperado, da maneira que os teóricos da escolha racional convencional acreditam que façamos, porque ambos calculamos mal as probabilidades de que nossas escolhas terão certas consequências avaliar mal cada um dos estados finais que possam surgir[399] (tradução livre).

---

[398] KELMAN, Mark. *The Heuristics Debate.* New York: Oxford University Press, 2011, p. 19: "Heuristics and biases theorists treat conventional rational choice models as normatively appealing, but descriptively inaccurate. [...] What I think is most critical for lawyers and policymakers to understand about the heuristics and biases school (H&B) is that it can be framed, fundamentally, as a critique of the realism, but no the desirability, of evaluating options in accord with the dictates of classical rational-choice theory".

[399] KELMAN, Mark. *Op. cit.*, p. 5. No original: "Those in the H&B school emphasize the degree to which the use of heuristics often prevents us from choosing options that would maximize expected value in the way that

Apesar disso, conforme será abordado no tópico 4.4.4., os pesquisadores do programa de heurísticas e vieses concordam que as heurísticas geralmente funcionam bem e seus resultados são uma boa aproximação a uma resposta precisa, em grande parte das vezes. Isso não invalida o argumento de que são potencialmente geradoras de vieses cognitivos em circunstâncias específicas. Por exemplo, a heurística da representatividade, segundo a qual os indivíduos estimam a frequência de determinado evento pela facilidade com que conseguem recuperar exemplos da memória, é útil de certa forma. Isso porque, geralmente, as pessoas costumam lembrar-se melhor das coisas a que são expostas com maior frequência. Por isso, essa heurística gera, em regra, um bom prognóstico. Ocorre que ela pode gerar vieses por algumas razões. De forma exemplificativa, por vezes, um evento não é tão comum, mas possui um alto grau de saliência emocional e, assim, é fixado na memória. Além disso, com a invenção da grande mídia, por vezes, uma pessoa é exposta ao mesmo evento por diversas vezes, sem que isso represente uma maior frequência do fenômeno[400]. Por isso, os indivíduos costumam, muitas vezes, preocupar-se mais com doenças bastante graves (embora raras), que possuem alta saliência emocional e que a mídia divulga bastante, em detrimento de outras que adoecem uma parte muito maior da população, como diabetes.

Em razão da ocorrência dos desvios, geralmente os defensores dessa linha de pensamento que escrevem dentro da área jurídica defendem que haja alguma espécie de regulação em determinados assuntos para evitar ou mitigar a sua ocorrência (ainda que por meio do que convencionou-se chamar de *paternalismo libertário*, pois apenas induz o comportamento por meio de *nudges*, sem aniquilar a liberdade de escolha)[401].

---

conventional rational choice theorists believe we do, because we both miscompute probabilities that our choices will have certain consequences and misevaluate each of the end states that might arise".

[400] *Ibid.*, p. 22: "When using the availability heuristic, individuals estimate the frequency of an event or the likelihood of its occurrence or recurrence 'by the ease with which instances or associations come to mind.' So, for example, instead of using multiple cues to figure out how often people have contracted disease X rather than Y, and then using past frequencies to assess the probability of contracting each in the future, we estimate the relative probability of X and Y by comparing, implicitly, how available or readily recalled instances of each are. What makes using the 'availability heuristic' accurate enough most of the time is that we typically recall things more readily when we have been exposed to them more frequently, and we typically are exposed to them more frequently because they are in fact more common. Using the heuristic can misfire, though, for example, in terms of measuring actual frequencies, when an event is readily recalled because it is emotionally salient, rather than common, or because it has been overexposed in the media. Because 'available events' are deemed more probable than those less readily brought to mind, consumers, voters, and regulators may well fail to make optimal decisions affecting safety. They may, for instance, shy away from planes when cars are more dangerous because plane crashes come easily to mind, worry too little about the impact of diabetes relative to Amyotrophic Lateral Sclerosis (ALS), or demand or supply regulations to clean up well-publicized toxic spills while ignoring greater, less dramatized risks".

[401] THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008: "Libertarian paternalism is a relatively weak, soft, and nonintrusive type of paternalism because choices are not blocked, fenced off, or significantly burdened. If people want to smoke

Por fim, este programa entende que as ilusões cognitivas podem ocorrer mesmo em quem possui *expertise* (intuição especializada), conforme analisado em tópico posterior.

3.4.3 Gerd Gigerenzer e a defesa da utilização das heurísticas

O principal crítico do programa de pesquisa em heurística e vieses cognitivos de Kahneman e Tversky é o psicólogo alemão e pesquisador do Max Planck Institute for Human Development Gerd Gigerenzer, fundador da escola que ficou conhecida como *heurísticas rápidas e frugais* (*fast and frugal heuristics*). Esta oposição é um fato reconhecido pelo próprio Daniel Kahneman, em sua obra clássica, quando menciona que um renomado psicólogo alemão tem sido o seu crítico mais persistente, citando, em seguida, diversos estudos de Gerd Gigerenzer[402]. Além disso, a controvérsia entre Gigerenzer, de um lado, e Tversky e Kahneman, do outro, é mencionada por quase todos os estudiosos do tema[403]. Basta dizer que há, inclusive, um livro extenso, publicado pelo Professor da *Stanford Law School* Mark Kelman, dedicado integralmente a explorar a controvérsia entre essas duas correntes[404].

Antes de adentrar na crítica que a escola de Gerd Gigerenzer faz ao programa de heurísticas e vieses, deve-se ressaltar a principal divergência entre as referidas correntes. Como visto no tópico anterior, Daniel Kahneman e Amos Tversky (bem como todos aqueles que adotaram seus paradigmas e seguiram a sua escola) tratam as heurísticas como algo que faz com que os indivíduos desviem da escolha que seria adotada segundo a *teoria da escolha*

---

cigarettes, to eat a lot of candy, to choose an unsuitable health care plan, or to fail to save for retirement, libertarian paternalists will not force them to do otherwise—or even make things hard for them. Still, the approach we recommend does count as paternalistic, because private and public choice architects are not merely trying to track or to implement people's anticipated choices. Rather, they are self-consciously attempting to move people in directions that will make their lives better. They nudge. A nudge, as we will use the term, is any aspect of the choice architecture that alters people's behavior in a predictable way without forbidding any options or significantly changing their economic incentives. To count as a mere nudge, the intervention must be easy and cheap to avoid. Nudges are not mandates. Putting the fruit at eye level counts as a nudge. Banning junk food does not".

[402] KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar.* Trad. Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 18, nota de rodapé 3 do primeiro capítulo.

[403] A título de exemplo, Eyal Zamir e Doron Teichman aduzem o seguinte: "Much of JDM [Judgment and Decision Making] research, particularly the early studies that had a strong impact on economics and legal theory, has developed through the documentation of specific errors of judgment in laboratory experiments, taking economic rationality as the normative benchmark—and only then looking for their causes, if at all. Experimentally studying a system's failures can provide valuable insight about its successful functioning. However, several important critiques have been leveled against this type of research, notably by Gerd Gigerenzer and his colleagues, who advocate the *fast-and-frugal* approach as an alternative to the *heuristics-and-biases* research program, associated with Daniel Kahneman and Amos Tversky" (ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018, pp. 25).

[404] KELMAN, Mark. *The Heuristics Debate.* New York: Oxford University Press, 2011.

racional, que é, desta forma, normativamente adotada por essa linha teórica. No entanto, para Gigerenzer, a perspectiva sobre as heurísticas é um pouco diferente. Em primeiro lugar, o autor concorda que, de fato, os indivíduos não decidem, descritivamente (ao menos não sempre), segundo a *teoria da escolha racional*. No entanto, isso não significa que ela deva ser adotada sequer do ponto de vista normativo. Isto é, para Gigerenzer, não importa se a decisão tomada por heurística se desvia daquela que seria adotada segundo critérios de racionalidade formal. O importante é saber se, naquele dado contexto e ambiente (que, idealmente, deve ser o mundo real, e não pesquisas de laboratório), aquelas decisões têm funcionado para os indivíduos. E o autor defende que, em geral, isso ocorre[405]. Ou seja, para esses autores, no ambiente verdadeiro, muitas vezes, decidir por heurísticas e com menos informações pode produzir resultados melhores do que o de uma decisão deliberada e informada.

Para comprovar essa funcionalidade das heurísticas, Gigerenzer realizou com Daniel Goldstein um experimento sobre o que chamaram de *heurística do reconhecimento* (que não é muito diferente do que Kahneman e Tversky chamam de *heurística da disponibilidade*, porém com um foco menor na ideia de probabilidade). O experimento consistia em questionar grupos de americanos e de alemães sobre qual dessas duas cidades americanas era a mais populosa: *San Diego* ou *San Antonio*? Enquanto 2/3 dos americanos responderam corretamente San Diego, a totalidade dos alemães acertou o resultado. A explicação dos pesquisadores é a de que, sem ter o conhecimento da informação precisa acerca da população de cada cidade, os alemães respondem com base naquela que eles reconhecem. Por outro lado, para os americanos, por conhecerem ambas as cidades, a utilização dessa heurística ficaria inviabilizada[406].

Essa diferença no modo de ver as heurísticas (com foco nos vieses cognitivos que elas provocam; ou como instrumentos quase sempre funcionais) possuem um reflexo direto no Direito. Isso porque, para a primeira escola, os vieses cognitivos aproximam-se muito de uma falha de mercado (basta pensar nos desvios a que se sujeitam os consumidores, por exemplo), demandando, por isso mesmo, regulação[407] (que, pelos partidários da economia

---

[405] *Ibid.*, p. 5: "Those who think of heuristics as 'fast and frugal' techniques to make decisions that achieve an organism's ends in a given environment, whether or not the problem-solving techniques are formally rational, are considerably less interested in 'biases' or errors than in *achievements*. [...] F&F theorists, in this view, supported the rational choice scholars' intuition that people had good mechanisms to make good choices, even though the mechanisms they identified had little in common with those rat-choice theorists had identified".

[406] GOLDSTEIN, Daniel G.; GIGERENZER, Gerd. Models of Ecological Rationality: The Recognition Heuristic. *Psychological Review*, vol. 109, n. 1, 2002, pp. 75-90.

[407] KELMAN, Mark. *Op. cit.*, p. 5: "In this view, the most significant contribution of the H&B school has been to detail a novel sort of market failure. While conventional rational choice theorists might see market failure in situations in which those making choices had inadequate information about the features of the options they were choosing among, H&B-influenced policymakers focused not on the external impediments to good choice (lack of

comportamental, normalmente ocorreria por *nudges*). Por outro lado, os defensores das heurísticas rápidas e frugais, por entenderem que elas quase sempre são funcionais, costumam defender a desnecessidade de regulação[408].

Além disso, os defensores das heurísticas rápidas e frugais reconhecem que, em algumas situações, as heurísticas podem levar a decisões ruins, mas isso não significa que ela seja falha, mas simplesmente que não mais se adequam às mudanças no contexto e no meio ambiente do ser humano, já que a teoria da evolução não opera rapidamente. A rigor, as heurísticas teriam uma natureza adaptativa, do ponto de vista histórico e evolutivo do ser humano. Assim, elas surgiram por alguma razão e por necessidade de adaptação. Por isso, em vez de questionar se as heurísticas levam a decisões racionalmente acertadas sob a lógica da *teoria da escolha racional*, deve-se questionar se elas levaram aos melhores resultados para os agentes tomadores de decisão, especialmente nos contextos evolutivos em que surgiram. Como lecionam Martie G. Haselton, Daniel Nettle e Damian R. Murray, partidários dessa escola:

> As características cognitivos podem ser avaliadas de acordo com inúmeros critérios de desempenho - suficiência lógica, precisão, velocidade de processamento e assim por diante. O valor de um critério depende da pergunta que o cientista está fazendo. Para o psicólogo evolucionista, no entanto, a tarefa de avaliação não é saber se o recurso cognitivo é preciso ou lógico, mas quão bem ele resolve um problema específico e como resolvê-lo contribuiu para a adaptação ancestral do indivíduo. Vistos dessa maneira, se um viés cognitivo afetou positivamente a adaptação, não é uma falha de *design* - mas um recurso de design (tradução livre)[409].

Um exemplo ajuda a compreender o argumento dessa corrente: como se sabe, os seres humanos possuem uma atração natural pelo sabor de alimentos calóricos com açúcar e gordura. Isso, contudo, é perfeitamente explicável pela teoria da evolução, pois, no passado, quando os alimentos eram escassos (e, consequentemente, a energia disponível), os indivíduos que possuíam essa característica eram mais adaptados à sobrevivência. Tendo sobrevivido, transmitiram essa qualidade a seus descendentes. Atualmente, como, ao menos nos países

---

information about the options) but the internal incapacity of subjects properly to use even the information that they have".

[408] *Ibid.*, p. 13: "In this view, what best differentiates the schools is that H&B people are fixated on error—and that they are then especially fixated on the possibility of both consumer error and manipulation/exploitation in unregulated markets—while F&F scholars see ordinary, heuristic-based judgments as excellent—and hence not in much need of correction by regulation".

[409] HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. *Op. cit.*, p. 968. No original: "Cognitive traits can be evaluated according to any number of performance criteria—logical sufficiency, accuracy, speed of processing, and so on. The value of a criterion depends on the question the scientist is asking. To the evolutionary psychologist, however, the evaluative task is not whether the cognitive feature is accurate or logical, but rather how well it solves a particular problem, and how solving this problem contributed to fitness ancestrally. Viewed in this way, if a cognitive bias positively impacted fitness, it is not a design *flaw*—it is a design *feature*".

desenvolvidos, há abundância de alimentos, gostar de alimentos calóricos ricos em açúcar e gordura não é benéfico aos seres humanos, bastando que se diga que, das 56 milhões de pessoas que morreram no ano de 2017, 31,8% das mortes foram causadas por doenças cardiovasculares, revelando-se como a maior causa de mortalidade no mundo[410]. Mas isso não significa dizer que o gosto humano por alimentos calóricos esteja errado, ou que seja um desvio só porque, no mundo atual, ele não está de acordo com a *teoria da escolha racional*. Na verdade, exprime apenas que ele não está adaptado ao contexto atual do mundo. O mesmo se passaria, segundo os defensores desta corrente, com as heurísticas[411]. Sendo assim, criticá-las como produtoras de vieses significaria simplificar esse complexo contexto histórico acerca de seu surgimento e de sua função evolutiva[412].

Uma última característica bastante interessante desta corrente é que defende-se que é possível aprender a utilizar bem as heurísticas. Assim, tomar boas decisões, e utilizar as heurísticas sem incorrer em vieses, é uma habilidade a ser desenvolvida. Nesse sentido, em interessante analogia com a forma pela qual uma pessoa aprende a nadar, Reid Hastie e Robyn M. Dawes ensinam que:

> Nossa capacidade de tomada de decisão não está simplesmente "embutida", seguindo algum projeto evolutivo. Escolher de forma sábia é uma habilidade a ser aprendida, que, como qualquer outra, pode ser aprimorada com a experiência. Uma analogia pode ser feita com a natação. Quando a maioria de nós entra na água pela primeira vez, o

[410] RITCHIE, Hannah; ROSER, Max. Causes of Death. *OurWorldInData.org* (2020). Disponível em: <https://ourworldindata.org/causes-of-death>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

[411] KELMAN, Mark. *Op. cit*., p. 7: " In a second view, more associated with evolutionary psychology generally, and the F&F school that is so heavily influenced by evolutionary psychology, we would model the problem of mistake quite differently. Traits—including the disposition to use particular cognitive methods, such as heuristics—that were adaptive in the particular *settings* in which they evolved (the "environment of evolutionary adaptation," or EEA) may sometimes have become dysfunctional in some modern settings. Evolution works slowly; there is adaptive lag. Think about the canonical illustration from evolutionary psychology: our taste for high-calorie sweets and fats—the taste is a decision-guiding "trait" that was perhaps functional in the calorie-poor environment in which our ancestors lived—may now serve even our gene-replicating ends poorly. This will be true if overeating and heart attacks have become a bigger threat to survival, or at least our capacity to insure we are around to protect our young until they reach maturity, than starvation. What is critical, though, is how we perceive and judge "error." In judging whether a heuristic has misfired, F&F theorists tell us to judge not why it may lead to *inaccurate* judgment as H&B theorists might—being accurate is not in the F&F view an organism's goal—but rather, whether or not the judgment occurs in the ecological setting in which it emerged. If it is, the judgment is presumptively fine, even if it appears "inaccurate," because evolved traits meet our "real" ends; if, and only if, it does not, it may be problematic".

[412] ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Op. cit.*, p. 26: "Finally, researchers of the fast-and-frugal-heuristics school also tend to emphasize the adaptive advantages of heuristics that developed when humans were mostly hunter-gatherers, and to criticize heuristics-and-biases research for producing a long list of biases with little understanding of the underlying psychological processes". Jonathan Baron não concorda com essa crítica, e leciona que: "The second issue is to claim that heuristics were at some point adaptive, for example, some earlier point in the biological evolution of humans, so, therefore, they are not biases. This argument seems to me to be without merit. For one thing, it is difficult to study environments faced by early humans, so we are free to make up stories about them. For another, HB proponents are more interested in what we can do now to improve the achievement of our goals. To say that our problems were once not problems at all is little help in solving them".

> faz com um conjunto de técnicas musculares que utilizamos para evitar afogamentos. Também temos um viés importante: queremos manter a cabeça acima da água. Esse viés nos leva a assumir uma posição vertical, que é uma das poucas maneiras possíveis de se afogar. Mesmo se soubermos o que seria certo, em momentos de pânico ou confusão, tentamos manter a cabeça totalmente livre da água, apesar do esforço óbvio envolvido em comparação com o de ficar deitado "boiando". O primeiro passo para ajudar as pessoas a aprender a nadar, portanto, é fazer com que se sintam confortáveis com a cabeça debaixo d'água. Qualquer um que consiga superar o viés mencionado pode sobreviver por horas, simplesmente deitado de bruços sobre a água, com os braços e as pernas pendurados - e levantando a cabeça apenas quando é necessário respirar (desde que, é claro, as ondas não sejam muito fortes ou a água muito fria). Assim, as habilidades comuns podem ser modificadas para lidar efetivamente com a situação, removendo um viés pernicioso[413]. (tradução livre)

Gerg Gigerenzer possui visão bastante semelhante, inclusive ressaltando que, quando se toma consciência dos pensamentos intuitivos, é possível, inclusive, ensiná-los[414]. Por isso, ele e os demais defensores desta corrente possuem uma visão bastante positiva da *expertise*, a qual relacionam à boa utilização das heurísticas para tomar decisões rapidamente. De todo modo, este será um tema a ser analisado em tópico próprio.

Mencionadas as principais características dessa corrente, pode-se finalmente abordar a principal crítica de seus defensores ao programa de heurísticas e vieses, que é no sentido de que os seus experimentos carecem de *validade ecológica*. Como se sabe, este conceito refere-se à exigência segundo a qual os materiais, métodos e cenário de um estudo devem se aproximar ao contexto do mundo real que ele busca estudar. Em outros termos, só haverá validade ecológica em um estudo se as condições nas quais ele foi realizado

---

[413] HASTIE, Reid; DAWES, Robyn M., *Op. cit.*, Chapter 1, ebook. No original: "Our decision-making capacities are not simply "wired in," following some evolutionary design. Choosing wisely is a learned skill, which, like any other skill, can be improved with experience. An analogy can be drawn with swimming. When most of us enter the water for the first time, we do so with a set of muscular skills that we use to keep ourselves from drowning. We also have one important bias: We want to keep our heads above water. That bias leads us to assume a vertical position, which is one of the few possible ways to drown. Even if we know better, in moments of panic or confusion we attempt to keep our heads wholly free of the water, despite the obvious effort involved compared with that of lying flat in a "jellyfish float." The first step in helping people learn to swim, therefore, is to make them feel comfortable with their head under water. Anybody who has managed to overcome the head-up bias can survive for hours by simply lying face forward on the water with arms and legs dangling—and lifting the head only when it is necessary to breathe (provided, of course, the waves are not too strong or the water too cold). Ordinary skills can thus be modified to cope effectively with the situation by removing a pernicious bias."

[414] GIGERENZER, Gerd. *O poder da intuição*: o inconsciente dita as melhores decisões. Tradução de Alexandre Feitosa Rosas. Rio de Janeiro: Best*Seller*, 2009, p. 23: "Uma vez, porém, que a lógica por trás de uma sensação intuitiva se torna consciente, esta pode ser ensinada. Caso você aprenda a pilotar um avião, será instruído a aplicar uma versão desse método [a heurística do olhar fixo]: quando outro avião se aproximar e você temer uma colisão, olhe para algum risco no seu para-brisa e observe se o outro avião está se movendo em relação a esse risco. Se não estiver, desvie-se imediatamente. Um bom instrutor de voo não vai pedir a ninguém que calcule a trajetória da própria aeronave no espaço quadridimensional (tempo incluído), estime a trajetória da outra aeronave e só então veja se as duas se interceptam. Se fosse assim, o piloto provavelmente não teria tempo para terminar os cálculos e se dar conta de que aconteceria uma colisão antes de ela de fato acontecer. Um método simples está menos sujeito a erros de estimativa ou cálculo e é intuitivamente puro".

reproduzirem minimamente as encontradas pelas pessoas em suas vidas cotidianas, o que não se aplicaria em grande parte dos estudos feitos em laboratórios[415]. Para os críticos, os estudos envolvendo heurísticas e vieses são realizados em condições muito específicas e que não reproduzem adequadamente o cenário das decisões que os indivíduos tomam em suas vidas[416].

Enfim, os integrantes desta escola defendem a utilização da intuição em diversos contextos. Basta que se diga que Gerg Gigerenzer chegou a escrever uma obra denominada *O Poder da Intuição: o inconsciente dita as melhores decisões*, publicada no Brasil em 2009[417]. Além disso, os seus estudos deram origem ao *best-seller Blink: a decisão num piscar de olhos*, escrito por Malcolm Gladwell[418]. Neste livro, Gladwell procura traduzir, para o público leigo, o pensamento desta corrente, no que diz respeito à defesa das decisões intuitivas (notadamente quando se trata de especialistas). Em síntese, pode-se dizer que os defensores dessa corrente acreditam que, no mundo real, as heurísticas são úteis e funcionais e, quase sempre, produzem excelentes resultados[419].

---

[415] HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. *Op. cit.*, p. 971: "One criticism of classic heuristics and biases research (e.g., Tversky & Kahneman, 1974) is that the strategies for identifying bias and evaluating performance might not be fully appropriate. If problems presented in the laboratory *are not those for which the human mind is designed*, we should not be surprised that people's responses appear to be systematically irrational".

[416] ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Op. cit.*, p. 25: "One critique is that the heuristics-and-biases program is lacking in ecological validity, due to the differences between laboratory experiments and real-life decision-making. Specifically, it has been argued that at least some of the laboratory experiments highlighting people's cognitive biases involve abstract tasks that are quite different from the tasks that people face in their daily life. For example, in one of the famous demonstrations of the *confirmation bias*,40 participants were presented with four cards, two with letters and two with numbers. They were told that each card had a letter on one side and a number on the other, and were asked to indicate which cards they would *need* to turn over in order to find out whether the following rule is true: if a card has a vowel on one side, then it has an even number on the other side. Most participants incorrectly suggested turning over cards that would *confirm* the rule, when in fact the correct answer is to choose the combination that could potentially *falsify* it. However, when the same task was presented in a real-life, social context, rather than in abstract terms, participants were found to do much better". No mesmo sentido, Jonathan Baron aduz que: " First, they argued that the approach was not ecologically valid, in the sense that it did not follow Brunswik's (1947) principle of representative design, in which the stimuli presented are representative of those in the environment. In the current literature, this criticism mixes up two issues. One is that heuristics may be much more useful than they seem in HB experiments, which are often based on unusual situations such as those faced by juries or physicians. Indeed, even the use of simple representative designs indicates that heuristics can come very close to normative models (Read & Grushka-Cockayne 2011)" (BARON, Jonathan. *Op. cit.*, p. 12).

[417] GIGERENZER, Gerd. *Op. cit.*

[418] GLADWELL, Malcolm. *Blink*: a decisão num piscar de olhos. Tradução de Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

[419] KELMAN, Mark. *Op. cit.*, p. 69: "Those researchers who believe that people make use of fast and frugal heuristics recognize that those using these heuristics may, on occasion, serve their own interests poorly. But what they have been committed to emphasizing is the substantial degree to which using a heuristic is a good way of solving practical problems. People have certain underlying mental capacities; the world has certain discernible features that we can process in making judgments and decisions. By and large, evolutionary pressures guarantee that we will process environmental cues given the capacities that we have available in such a way as to maximize inclusive fitness. We will generally do a good job making good choices and solving problems, and we will do so even when we make judgments that could be described as illogical or when we fail to account for some available information. Thus, in the view of F&F scholars, heuristic users are typically ecologically rational—the tools they

3.4.4 Nossa posição e os pontos em comum entre as posições

Apesar das distinções acima delineadas, é importante que se considere que as duas correntes mencionadas possuem inúmeros e importantes pontos em comum. Em primeiro lugar, todos concordam que, de um modo geral, as heurísticas são necessárias e funcionais[420]. Além disso, concordam que, em algumas circunstâncias, podem ser disfuncionais (ainda que haja divergência entre as correntes sobre se isso ocorre de forma frequente, para a primeira corrente, ou rara, para a segunda - e por razões diversas)[421]. Ademais, a maior parte dos integrantes de ambas as correntes mencionadas costuma entender que, como técnica de eliminação ou mitigação dos vieses, muitas vezes a forma mais eficiente é alterar a estrutura ou o contexto decisório ou então delegar aquela decisão para alguém que não esteja enviesado (em vez de simplesmente tentar eliminar o viés do processo decisório individual de alguém que esteja em posição de incorrer nesses desvios)[422].

Em síntese, verifica-se que as correntes possuem diversos pontos em comum e, portanto, a melhor conclusão é a de que decidir por heurísticas possui lados positivos e também negativos[423]. Em outros termos, apesar de a divergência entre as duas correntes apresentadas ser comumente lembrada, no que diz respeito ao aspecto principal desta temática (sobre se

---

employ are well-suited to good decision making in the actual environments in which they operate even if they seem suspect in some abstract or logical way. The tools they use can be employed quickly and economically, and that is inherently advantageous".

[420] *Ibid.*, pp. 3-4: "[...] there is agreement as well that using strategies that are plainly not formal optimization strategies is, sometimes, absolutely necessary. [...] At a high level of generality, too, everyone agrees that heuristics are often 'functional'. Using them produces answers that meet our ends well, however these ends are defined".

[421] *Ibid.*, p. 4: "Everyone agrees as well that they may also be used in situations in which their use is dysfunctional (again, given at least temporary consensus on the definition of dysfunctionality), tough the two groups of researchers I focus on this book do not agree on whether subjects are frequently or only rarely harmed by using heuristics".

[422] *Loc. cit.*: "At this same high level of generality, all agree that it is often easier or preferable to change the environment in which decision makers function or to delegate decisions from a badly positioned to a well-positioned decision maker than to try to change how each individual processes fixed cues".

[423] Nesse sentido também é o posicionamento de Dan Ariely. Tanto assim que o autor publicou um primeiro livro, denominado *Previsivelmente Irracional*, no qual destaca os aspectos negativos dos vieses e da irracionalidade humana e, posteriormente, publicou um segundo livro, denominado *Positivamente Irracional*, no qual destaca os aspectos positivos dessas manifestações supostamente irracionais. Nas palavras do autor: "Na maioria dos casos, o vocábulo "irracionalidade" tem conotação negativa, implicando algo entre insensatez e insanidade. Se fôssemos incumbidos de projetar seres humanos, provavelmente nos empenharíamos ao máximo para eliminar de sua fórmula os componentes de irracionalidade. [...] Mas também a irracionalidade tem seu reverso, que, na verdade, é muito positivo. Às vezes, nossas manifestações irracionais são úteis por facilitar a adaptação a novos ambientes, a confiar em outras pessoas, a despender esforços intensos e a amar os filhos. Esses tipos de forças são partes e componentes de nossa maravilhosa, surpreendente e inata - embora nem sempre racional - natureza humana" (ARIELY, Dan. *Positivamente irracional*: *os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas* (tradução de Afonso Celso da Cunha Serra). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 10).

decidir intuitivamente é bom ou ruim), essa discordância é meramente de perspectiva e de grau, pois ambos concordam que as heurísticas são úteis (ou essenciais) para o ser humano, mas que, por vezes, podem gerar vieses. A única diferença é que a primeira corrente concentra o seu foco de estudo nestes desvios, enquanto que a segunda prefere focar os aspectos positivos das heurísticas, especialmente sob uma perspectiva da Psicologia Evolucionista.

Para comprovar esses pontos em comum, basta notar que, no artigo de 1974 que deu origem ao programa de heurísticas e vieses de Kahneman e Tversky, os autores mencionam, logo no primeiro parágrafo, que: "*De um modo geral, essas heurísticas são bastante úteis, mas às vezes levam a erros graves e sistemáticos*" (tradução livre)[424]. Fica claro o reconhecimento, portanto, que a regra geral é que as heurísticas sejam de fato úteis aos seres humanos. Essa constatação também fica bastante evidente no livro *Rápido e Devagar: duas formas de pensar*, quando Kahneman esclarece que:

> Grande parte da discussão neste livro refere-se a vieses de intuição. Entretanto, o foco no erro não denigre a inteligência humana, assim como a atenção com as doenças na literatura médica não significa rejeitar a boa saúde. A maioria de nós é saudável a maior parte do tempo, e a maioria de nossos julgamentos e ações é apropriada na maior parte do tempo. Conforme determinamos o curso de nossas vidas, normalmente nos permitimos nos guiar por impressões e sentimentos, e a confiança que temos em nossas crenças e preferências intuitivas em geral é justificada. Mas nem sempre[425].

Os especialistas que se dedicam ao tema, ao mencionar o trabalho de Tversky e Kahneman, também reconhecem que, apesar de o foco do seu estudo estar nos vieses, eles sempre reconheceram que as heurísticas também possuíam um lado positivo. A título de exemplo, Jonathan Baron leciona que:

> Para Kahneman e Tversky, então, a ideia de uma heurística era uma faca de dois gumes. As heurísticas eram úteis porque poupavam tempo (e, presumivelmente, permitiam a alguém que não tinha ideia da probabilidade que respondesse às perguntas). E, geralmente, a heurística dava respostas úteis, por exemplo, quando os tamanhos dos grupos relevantes eram razoavelmente próximos. Mas a ideia de heurística foi invocada para explicar vieses, que eram desvios de modelos normativos. A importância dessa abordagem de heurísticas e vieses foi explicar por que as

[424] TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 1974, 185, 1124-1131, p. 1124. No original: "In general, these heuristics are quite useful, but sometimes they lead to severe and systematic errors". Também reconhecendo que as heurísticas são úteis (ressaltando, inclusive, que possuem uma explicação do ponto de vista evolutivo), mas que podem gerar vieses cognitivos sistemáticos em contextos específicos, Russell B. Korobkin e Thomas S. Ulen defendem que: "The widespread use of heuristics, at least in many cases, is no doubt a quite useful evolutionary adaptation; without such mental shortcuts, the task of making even relatively simple decisions would become so complex that daily life would almost certainly grind to a halt. But the use of heuristics surely results in the widespread failure of decision makers to maximize their expected utility in particular decision situations" (KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. *Op. cit.*, p. 1076).

[425] KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Trad. Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, pp. 10-11.

> heurísticas eram funcionais e razoáveis, mas ainda assim levaram a erros em situações que às vezes eram importantes e possivelmente até frequentes[426].

Do outro lado do debate, Gerd Gigerenzer e Wolfgang Gaissmaier reconhecem os indivíduos podem decidir por lógica, estatística ou heurística, e que, para cada tipo e contexto de problema, haverá uma forma mais apropriada[427]. Em outros termos, até mesmo os defensores das *heurísticas rápidas e frugais* reconhecem que há circunstâncias apropriadas para cada tipo de decisão, e que, em determinados contextos, decidir por heurísticas realmente é algo positivo, mas nem sempre. Por exemplo, decidir por heurísticas seria positivo em situações nas quais os custos de se buscar uma maior precisão fossem maiores que os seus benefícios[428].

É preciso dizer mais. Por um lado, é verdade que há situações em que a decisão intuitiva (e com menos dados) consegue ser inclusive mais precisa do que o processamento deliberado de informações (especialmente quando se trata de especialistas, conforme ainda será analisado em tópico posterior). Por outro lado, não se pode negar que, nas circunstâncias específicas geradoras de cada um dos vieses descritos no Capítulo 5, esses desvios efetivamente ocorrem. Há inúmeros estudos empíricos demonstrando ambas as proposições.

Quanto à primeira proposição, um exemplo de artigo sobre o tema foi publicado em 2006 por Dijksterhuis, Bos, Nordgren e van Baaren, no qual foram incluídos quatro experimentos envolvendo a compra de mercadorias (com algumas variações, envolvendo, por exemplo, a complexidade do produto e do negócio)[429]. Em todos eles, comparou-se a decisão acerca da compra do item após a deliberação, com aquela tomada sem a atenção devida (em um dos estudos, por exemplo, metade dos participantes deliberava por 4 minutos; enquanto a outra metade resolvia problemas complexos de anagramas durante esse tempo, decidindo logo depois). O resultado foi o de que, diante de produtos mais simples, a decisão deliberada realmente provou-se melhor. No entanto, quanto aos produtos mais complexos (que envolviam

---

[426] BARON, Jonathan. *Op. cit.*, p. 11: "For Kahneman and Tversky, then, the idea of a heuristic was two-edged. Heuristics were useful because they saved time (and presumably allowed someone who had no idea of probability to answer the questions at all). And heuristics often gave useful answers, for example, when the sizes of the relevant groups were fairly close. But the idea of heuristics was invoked to explain biases, which were departures from normative models. The import of this HB approach was to explain why heuristics were functional and reasonable yet still led to errors in situations that were sometimes important and possibly even frequent".

[427] GIGERENZER, Gerd; GAISSMAIER, Wolfgang. *Op. cit.*, p. 452.

[428] *Ibid.*, pp. 456-457: "The classical explanation is that people save effort with heuristics, but at the cost of accuracy (Payne et al. 1993, Shah & Oppenheimer 2008). In this view, humans and other animals rely on heuristics because information search and computation costs cost time and effort; heuristics trade-off some loss in accuracy for faster and more frugal cognition".

[429] DIJKSTERHUIS, Ap; BOS, Martin W.; NORDGREN, Loran F.; VAN BAAREN, Rick B. On making the right choice: the deliberation-without-attention effect. *Science*, vol. 311, p. 1005-1007, 17 February 2006.

muitas variáveis positivas e negativas), em geral, a decisão acerca da compra tomada intuitivamente foi melhor (gerando, por exemplo, maior satisfação, quando, após certo tempo, os consumidores foram indagados sobre a satisfação com a sua opção)[430].

Outro conhecido estudo que demonstrou esse fenômeno foi publicado por Wilson e Schooler em 1991, em artigo contendo dois experimentos sobre o tema[431].

No primeiro estudo, 49 estudantes de psicologia da *University of Washington* experimentaram cinco marcas de geleia de morango, que já haviam sido avaliadas por sete consultores especialistas quanto às suas diversas características (e listadas por estes em um *ranking* quanto à sua qualidade em geral). Os participantes, que não sabiam do resultado da perícia, foram divididos em dois grupos. Metade deles simplesmente provava a geleia e as ordenava conforme a sua preferência. A outra parte deveria descrever, de forma fundamentada, o que achava de cada uma dessas geleias e de cada uma de suas características e, com base nisso, ordená-las quanto à sua qualidade. O resultado foi o de que o primeiro grupo, que avaliava as geleias segundo a sua percepção (e não por razões deliberadas), apresentou um resultado muito mais próximo da avaliação dos especialistas do que o segundo[432].

O segundo experimento da dupla envolveu 243 estudantes de psicologia, que deveriam escolher disciplinas para cursar no semestre seguinte, e, mais uma vez, metade deles deveria fazê-lo por meio de uma análise mais generalista (escolhendo as disciplinas de sua preferência de um modo geral), e a outra metade deveria apresentar razões favoráveis e contrárias à sua escolha. As seleções foram comparadas com um *ranking* acerca das disciplinas elaborado por 34 membros do corpo docente de psicologia da *University of Virginia,* tidos, portanto, como especialistas. Mais uma vez, os estudantes que não ponderaram razões favoráveis e contrárias escolheram de forma mais próxima aos docentes do que os demais[433].

---

[430] *Ibid.,* p. 1007: "In sum, in four studies we demonstrated the deliberation-without-attention effect. Conscious thinkers were better able to make the best choice among simple products, whereas unconscious thinkers were better able to make the best choice among complex products. Among people who knew the product they purchased before they went on a shopping trip, the amount of conscious thought was positively related to postchoice satisfaction for simple products and negatively related to postchoice satisfaction for complex products".

[431] WILSON, Timothy D.; SCHOOLER, Jonathan W. Thinking too much: introspection can reduce the quality of preferences and decisions. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 60, no. 2, p. 181-192, 1991.

[432] *Ibid.,* p. 181: "In Study 1, college students' preferences for different brands of strawberry jams were compared with experts' rating of the jams. Students who analyzed why they felt the way they did agreed less with the experts than students who did not".

[433] *Loc. cit.*: "In Study 2, college students' preferences for college courses were compared with expert opinion. Some students were asked to analyze reasons; others were asked to evaluate all attributes of all courses. Both kinds of introspection [from Study 1 and 2] caused people to make choices that, compared with control subjects', corresponded less with expert opinion".

Portanto, em algumas ocasiões, decidir intuitivamente pode de fato ser mais vantajoso do que o processamento deliberado de informações. Contudo, isso não é sempre verdade, bastando dizer que há inúmeros estudos empíricos (inclusive em número muito maior do que aqueles defendendo a utilização da intuição) indicando que, em circunstâncias e contextos específicos, a intuição dos indivíduos pode levá-los a incorrer em vieses cognitivos. Como esses estudos serão apresentados e explicados no Capítulo 5, com relação a cada um dos desvios especificamente, a ele remete-se o leitor, para que não se incorra em repetitividade.

De todo modo, a melhor solução está, como costuma ser, no ponto médio, reconhecendo-se que a intuição possui um papel no pensamento humano, notadamente quando não há informações suficientes acerca de todas as variáveis positivas e negativas de determinada decisão complexa. Por outro lado, ela muitas vezes não é adequada à resposta de problemas envolvendo matemática, lógica ou estatística e, além disso, também é perigosa, pois pode levar à ocorrência sistemática de vieses cognitivos. Justamente por isso, as circunstâncias em que estes ocorrem devem ser conhecidas de todos aqueles que trabalham diretamente com julgamentos e tomada de decisões, como é o caso dos magistrados. De um modo geral, tem-se, que, na linha do Psicólogo Social David G. Myers:

> Nossas intuições sociais, então, são dignas de nota tanto por seus poderes como por seus perigos. [...] Na maioria das situações, juízos fáceis, "rápidos e simples" são suficientes. Mas em outras, quando a precisão importa [...], é melhor restringirmos nossas intuições impulsivas com pensamento crítico[434].

Passa-se então, finalmente, à discussão sobre se o que se expôs até então sobre heurísticas e vieses cognitivos neste Capítulo aplica-se ou não a magistrados, o que se fará com estudos empíricos já realizados em diversos lugares do mundo com juízes reais.

3.5 Os juízes e o processo dual de decisão

Por tudo o que já foi exposto, parece evidente que os indivíduos em geral decidem de fato pelo processual dual de decisão e estão sujeitos a vieses cognitivos. E, apesar de alguma dúvida inicial, comprovou-se que, com os juízes (salvo com relação a mitigações de vieses muito específicos), a situação não é diferente[435], e que a intuição exerce um papel

---

[434] MYERS, David G. *Psicologia social.* Tradução por Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Revisão técnica por Elaine Rabelo Neiva e Fabio Iglesias. 10ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014, p. 30.

[435] LYNCH, Kevin J. The Lock-In Effect of Preliminary Injunctions. *Fla. L. Rev*., vol. 66, p. 779 (April 4, 2013). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2244969>. Acesso em: 18 de dezembro de 2019, p. 1: "Judges suffer

relevante no processo de tomada de decisão[436]. Estudos que analisam a existência de vieses e heurísticas nas decisões judiciais ainda não são tão comuns, especialmente no Brasil[437]. De todo modo, é possível encontrar análises sobre o tema no direito comparado, algumas realizados de forma abrangente (que abordam diferentes desvios cognitivos em uma única pesquisa) e outras com um recorte bastante específico envolvendo um único desvio.

Em primeiro lugar, já foi dito no Capítulo 2 que uma das formas de demonstrar que as pessoas possuem dois sistemas de processamento de informações (Sistema 1 e 2) é a aplicação do Teste de Reflexão Cognitiva (*Cognitive Reflexion Test* - CRT), desenvolvido por Shane Frederick em seu artigo *Cognitive Reflection and Decision Making*[438]. Recordando, ele consiste em formular problemas específicos que ativam propositalmente o Sistema 1, que irá gerar uma resposta intuitiva inicial, para verificar se, posteriormente, o indivíduo superará essa intuição por uma resposta deliberada. As perguntas, já referidas no Capítulo 2 são as seguintes:

> **Teste de Reflexão Cognitiva[439]**
>
> (1) Um bastão e uma bola custam R$ 1,10 no total. O bastão custa R$ 1,00 a mais que a bola. Quanto custa a bola? Resposta: ____ centavos.
>
> (2) Se 5 máquinas levam 5 minutos para fazer cinco peças, quanto tempo 100 máquinas levariam para fazer 100 peças? Reposta: ____ minutos.
>
> (3) Em um lago, há uma área coberta por vitórias-régias. A cada dia, a área coberta dobra de tamanho. Se demoram 48 dias para as vitórias-régias cobrirem todo o lado, em quantos dias elas cobririam metade dele? Resposta: ____ dias.

---

from the same cognitive biases that afflict the rest of us. Judges use shortcuts to help them deal with the uncertainty and time pressure inherent in judicial process".

[436] WRIGHT, R. George. The role of intuition in judicial decisionmaking. *Houston Law Review*, vol. 42, issue 5, p. 1381-1424, 2006, p. 1420: "Deciding judicial cases inescapably requires the exercise of intuition. Judicial intuition cannot be reduced to an explicit formula, or to an articulable process of decisionmaking. There is, so to speak, more to the judicial decisionmaking process than judges can articulate [...] Yet the popular belief persists, rightly, that key judicial decisions should be publicly justified, beyond a mere dressing up of the bare results of judicial intuition. Ideally, we would want an articulated account of why one legal result was judged better by comparison with one or more alternative legal results. But even if this is not fully realizable, we want a public justification for the largely intuitive judgment that reasonably persuades and does not merely rationalize or legitimize by merely rhetorical means".

[437] Ricardo de Lins e Horta (v. nota 5) busca encontrar explicações para o fato o tema ainda não ser difundido no Brasil. O autor aponta que um possível motivo seria o fato de que o Direito costuma se preocupar apenas com o *contexto de justificação* da decisão. Apenas esta seria objeto das teorias de hermenêutica ou argumentação jurídica. O *contexto da descoberta* seria um problema para áreas como a *psicologia jurídica*, a *ciência política* ou a *sociologia jurídica*. A nosso ver, esse não é um diagnóstico completo, tendo em vista que, mesmo nessas áreas, os trabalhos são escassos no Brasil. Uma explicação mais convincente dada pelo autor talvez esteja no fato de que o Direito, no Brasil, tem sido avesso a estudos empíricos, e a forma-padrão de argumentação, mesmo na área de pesquisa, ainda é o "parecer".

[438] FREDERICK, Shane. Cognitive Reflection and Decision Making. *Journal of Economic Perspectives*, Volume 19, Number 4, Fall 2005, pp. 25-42.

[439] Teste retirado da Tabela 1 do artigo de Shane Frederick citado na referência anterior e traduzido de forma livre.

Anteriormente, já foi demonstrado que uma grande parte dos indivíduos em geral acaba respondendo essas questões equivocadamente, mas o teste ainda não havia sido realizado em magistrados. Contudo, em junho de 2006, Guthrie, Rachlinski e Wistrich aplicaram o CRT a 295 magistrados norte-americanos, dos quais 252 devolveram o teste com todas as respostas preenchidas. O experimento foi publicado em 2007 no artigo *Blinking on the bench: how judges decide cases*[440]. Como resultado, os 252 magistrados que devolveram o questionário preenchido alcançaram a média de 1,23 de um total de três respostas corretas possíveis (recordando-se que os estudantes de Harvard alcançaram a média de 1,43 e os do MIT de 2,18). Do total de juízes, 77 (30,6%) erraram todas as perguntas, 78 (31%) acertaram apenas uma, 60 (23,8%) conseguiram responder a duas e apenas 37 (14,7%) responderam corretamente a todas as três[441]. Outro dado importante foi que, dentre os equívocos cometidos, quase todos correspondiam, de fato, à resposta que o Sistema 1 dava intuitivamente para cada uma das perguntas (por exemplo, a resposta de 10 centavos para a primeira pergunta). É de se concluir, portanto, que a grande maioria dos magistrados acolheu a resposta intuitiva para os problemas formulados.

Além do experimento acima mencionado, o trio de pesquisadores realizou alguns dos estudos empíricos abrangentes mais importantes sobre o tema, nos quais os resultados demonstraram a presença de diversos vieses cognitivos específicos no pensamento de juízes (e que serão abordados em detalhes no Capítulo 5)[442]. Mark Schweizer também realizou uma pesquisa abrangente sobre o assunto, dedicando a sua tese de doutorado, publicada em 2005, à exploração desse fenômeno[443]. Não bastasse, outros pesquisadores como Béatrice

---

[440] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Faculty* Publications, vol. 93, n. 2, Paper 917, Nov. 2007.

[441] *Ibid.*, pp. 14-15: "The judges obtained an average CRT score of 1.23 out of a possible 3.00. This score is slightly higher than the average that subjects at Michigan achieved and slightly lower than the average student subjects at Harvard achieved. Nearly one-third of the judges (77 of 252 judges, or 30.6%) failed to answer a single question cor- rectly; a similar number (78 out of 252 judges, or 31.0%) answered one question correctly; while less than one-quarter (60 out of 252 judges, or 23.8%) answered two questions correctly; and roughly one seventh (37 out of 252judges, or 14.7%) answered all three questions correctly. That the judges produced results consistent with those of college students at highly selective universities suggests that the judges performed comparably to other well-educated adults".

[442] Os autores publicaram diversos artigos relacionados ao fenômeno. O primeiro deles é datado de 2001 ("*Inside the Judicial Mind*") e corresponde ao trabalho empírico em que testaram, com a participação de 167 juízes federais dos EUA, se eles estavam sujeitos a cinco desvios cognitivos (ancoragem, efeito do enquadramento, viés retrospectivo, heurística da representatividade e viés egocêntrico). Após este trabalho, eles viriam a publicar outros artigos e realizar outros estudos. O mais influente dentre os artigos posteriores foi publicado em 2007 ("*Blinking on the bench: how judges decide cases*"), no qual após abordar diversos estudos que comprovam o julgamento intuitivo por parte dos juízes, eles reconhecem que há dois modelos de tomada de decisão (um intuitivo e outro deliberativo) e tentam propor um método hermenêutico no qual o sistema deliberativo tenha prevalência.

[443] A íntegra do trabalho, em língua alemã, pode ser encontrada em: <https://www.markschweizer.ch/wp-content/uploads/2017/09/schweizer_kognitive_t%C3%A4uschungen_vor_gericht.pdf>.

Geyres[444] (na Universidade de Toulouse, na França) e Moa Lidén[445] (na Universidade de Uppsala, na Suécia) também apresentaram teses de doutorado sobre o assunto, inclusive com estudos empíricos. Inúmeras outras análises práticas foram realizadas comprovando que magistrados sujeitam-se ao efeito da ancoragem, ao viés retrospectivo, ao efeito do enquadramento, ao efeito halo, ao viés de grupo, ao efeito colegiado, ao viés confirmatório, dentre inúmeros outros. Todas elas, contudo, serão devidamente trabalhadas no Capítulo 5, ao qual se remete o leitor.

Todavia, dentre elas, uma pesquisa em particular merece menção, em razão de se constituir em um dos mais conhecidos, polêmicos e relevantes estudos empíricos sobre o tema. Trata-se de artigo publicado em 2011, contendo pesquisa de Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso, que, após acompanharem um comitê de livramento condicional em 1.112 decisões, coletadas em mais de cinquenta dias em um período de dez meses, buscaram isolar a variável mais relevante na tomada de decisão pela concessão ou não do benefício[446]. Quando a encontraram, o resultado foi de certo modo surpreendente: a variável mais importante era o momento do dia em que a decisão era tomada. No início da sessão, quando os membros do comitê estavam descansados e alimentados, as chances de os condenados receberem o benefício eram maiores (cerca de 65%). À medida em que as horas avançavam, as chances caíam drasticamente (quase 0%) e, após a pausa para o descanso acompanhado de refeição, o comitê voltava a conceder o benefício (voltava à cerca de 65%), caindo para quase 0 novamente no final do dia. A conclusão dos autores foi a de que, de fato, as decisões judiciais são influenciadas por variáveis extrajudiciais sem relação com o direito positivado.

Os autores interpretam que esse fenômeno ocorre porque a realização do trabalho sequencial de forma repetida, associada à falta de alimento, promove um estado de depleção

---

[444] GEYRES, Béatrice. *Biais d'ancrage et ajustement sur les décisions judiciaires*: effet de l'expertise. Tese (Doutorado) apresentada à Universidade de Toulouse, sob orientação do Professor Jacques Py. Universidade de Toulouse, Faculdade de Psicologia, 2009.

[445] LIDÉN, Moa. *Confirmation Bias in Criminal Cases.* Tese (Doutorado) apresentada à Universidade de Uppsala, sob orientação do Professor Steven Penrod. 284 fls. Uppsala: Department of Law, Uppsala University, 2018.

[446] DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS), v. 108, n. 17, 2011: "Are judicial rulings based solely on laws and facts? Legal formalism holds that judges apply legal reasons to the facts of a case in a rational, mechanical, and deliberative manner. In contrast, legal realists argue that the rational application of legal reasons does not sufficiently explain the decisions of judges and that psychological, political, and social factors influence judicial rulings. We test the common caricature of realism that justice is "what the judge ate for breakfast" in sequential parole decisions made by experienced judges. We record the judges' two daily food breaks, which result in segmenting the deliberations of the day into three distinct 'decision sessions'. We find that the percentage of favorable rulings drops gradually from ≈65% to nearly zero within each decision session and returns abruptly to ≈65% after a break. Our findings suggest that judicial rulings can be swayed by extraneous variables that should have no bearing on legal decisions" (resumo da pesquisa, p. 1).

mental, que faz com que os julgamentos intuitivos (pelo Sistema 1) aconteçam com frequência. Assim, decidindo de uma forma não deliberada, os membros do comitê acabam por decidir em prol do *status quo*, que é a permanência dos indivíduos na prisão, sem a concessão do benefício. O estudo também é interpretado por Daniel Kahneman, que menciona os resultados da pesquisa como um exemplo de *esgotamento do ego* (*ego depletion*), o que leva às pessoas a não conseguir manter o Sistema 2 como sistema de decisão[447].

A narrativa realizada do referido estudo teve por objetivo demonstrar como é empiricamente comprovado que os juízes decidem também com base em fatores extrajurídicos. O exemplo fornece, ainda, um forte indício de que, em muitas de suas decisões, o Sistema 1 é utilizado em detrimento do Sistema 2, especialmente diante de situações de depleção do ego ou de cansaço, considerando o esforço necessário para mobilizar o sistema deliberado. A propósito dessa última observação, é importante que se destaque que, no Brasil, é possível que os problemas relacionados às heurísticas e seus vieses sejam ainda mais graves do que no exterior. Isso porque há um número muito elevado de processos por juiz, o que aumenta a possibilidade de depleção do ego, fazendo com que muitos não sejam decididos pelo Sistema 2.

Uma vez comprovado que os magistrados também sujeitam-se a ilusões cognitivas, deve-se buscar soluções. Possivelmente, um caminho para a redução dos desvios é o conhecimento das hipóteses em que eles mais comumente ocorrem, visando, justamente, a racionalizar a decisão (buscar o Sistema 2) quando o magistrado se deparar com uma dessas situações. Este é um dos objetivos fundamentais deste trabalho, e essas situações e os respectivos vieses serão estudados no próximo Capítulo. Por ora, deve-se responder a mais uma pergunta: será que a intuição dos juízes mais experientes, em razão de sua *expertise*, livra-os de incorrer em vieses? Magistrados com mais tempo de carreira podem confiar em sua intuição sem preocupações? Tratam-se de questões a serem respondidas no próximo tópico.

3.6 A QUESTÃO DA EXPERIÊNCIA (*EXPERTISE*) E O PENSAMENTO INTUITIVO

A partir da leitura do tópico anterior, resta claro que magistrados também decidem por meio das duas formas de pensar e que estão sujeitos a vieses cognitivos. No entanto, poder-se-ia questionar se, de alguma forma, a ocorrência desses desvios poderia ser

[447] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.,* p. 46.

mitigada pela maior experiência de determinados juízes. É preciso que se estude, então, qual é o papel da experiência e da *expertise* no aprimoramento da decisão por intuição e se isso afeta ou não a ocorrência de vieses cognitivos no processo decisório.

Gerd Gigerenzer menciona que a experiência torna a intuição de um especialista extremamente apurada. Em uma de suas obras, cita, inclusive, a partir da narrativa de um caso real, como um policial experiente costuma saber, intuitivamente, exatamente quem ele deve abordar em um aeroporto em busca de drogas ou contrabando (e que, apesar de a intuição não servir como uma justificativa no processo judicial posteriormente, ela normalmente estaria correta)[448]. De forma similar, Malcolm Gladwell narra caso em que o olhar de especialistas em arte por alguns poucos segundos, acompanhado de uma "repulsa intuitiva", foi mais preciso ao detectar a falsidade de uma escultura grega do que pesquisas e investigações realizados com esse mesmo objetivo[449].

Uma das obras mais conhecidas sobre o tema das decisões rápidas tomadas por especialistas foi escrita por Gary A. Klein, e denomina-se *Sources of Power*, publicada originalmente em 1998[450]. Neste livro, o autor cita inúmeras de suas pesquisas, nas quais demonstra como decisões precisas são tomadas rapidamente por profissionais especialistas em

---

[448] GIGERENZER, Gerd. *O poder da intuição*: o inconsciente dita as melhores decisões. Tradução de Alexandre Feitosa Rosas. Rio de Janeiro: Best*Seller*, 2009, pp. 25-27: "Dan Horan sempre quis ser policial, e mesmo após anos nessa profissão, este continua sendo seu emprego dos sonhos. O mundo dele é o Aeroporto Internacional de Los Angeles, onde tentar deter transportadores de drogas. Essas pessoas chegam ao aeroporto com centenas de milhares de dólares em espécie e voam para outras cidades americanas, distribuindo as drogas que compraram. Numa noite de verão, num terminal lotado de pessoas aguardando para embarcar em diversos voos ou para receber os passageiros no desembarque, o policial Horan circulava entre elas procurando por algo estranho. Usava uma camisa polo para fora do short no intuito de disfarçar o coldre, as algemas e o rádio. Para o olhar inexperiente, não havia nada nele que denunciasse se tratar de um policial. Uma mulher vindo do aeroporto Kennedy, de Nova York, não era nem inexperiente nem desatenta. Puxava uma mala preta com rodinhas, a cor preferida por praticamente todo o mundo hoje em dia. Havia caminhado pouco mais de cinco metros para fora da passarela de desembarque quando seus olhos cruzaram com os de Horan. Nesse instante, cada um formou uma opinião sobre o que havia trazido o outro ao aeroporto, e ambos estavam certos. [...] Como Horan identificou intuitivamente aquela mulher em meio a uma multidão de pessoas? Quando lhe fiz essa pergunta, ele não soube responder. Era capaz de bater o olho e reconhecê-la no meio da multidão, mas não sabia explicar o que havia de diferente nela. [...] Embora os palpites de Horan permitam que tenha um excelente desempenho em sua função, eles não são necessariamente aceitos pelo sistema legal. Os tribunais americanos tendem a desconsiderar os palpites dos policiais, exigindo que apresentem fatos específicos que justifiquem uma revista, interrogatório ou prisão. [...] Mas essa insistência em justificativas colhidas *a posteriori* ignora que as melhores decisões de um especialista normalmente têm origem intuitiva".

[449] GLADWELL, Malcolm. *Op. cit.*, pp. 10-11: "[...] o *kouros* [um modelo de escultura grega] não era aquilo que acreditavam que fosse. O Museu Getty, com seus advogados, cientistas e exaustivas investigações, chegara a uma conclusão, e alguns dos maiores especialistas mundiais em escultura grega - apenas por olhar para a estátua e sentir uma 'repulsa intuitiva' - haviam chegado a outra. Quem tinha razão? [...] Quando Federico Zeri, Evelyn Harrison, Thomas Hoving, Georgios Dontas e todos os outros olharam para o *kouros* e sentiram uma 'repulsa intuitiva', eles estavam absolutamente certos. Em apenas dois segundos de exame - um único relance -, eles conseguiram captar melhor a essência da estátua do que a equipe do Getty em 14 meses".

[450] KLEIN, Gary A. *Sources of Power:* how people make decisions. 20th anniversary edition. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2017, eBook.

suas respectivas áreas como, por exemplo, bombeiros[451], militares[452] e enfermeiras[453]. Klein chega a mencionar que, antes de realizar esses estudos, ele acreditava que os leigos e inexperientes em alguma atividade acabavam por simplesmente adotar a primeira conduta que viesse à mente, enquanto os especialistas ponderavam várias alternativas, mas, depois de seus estudos, chegou à conclusão do contrário: a de que os especialistas conseguiam achar justamente um único curso de ação rapidamente, enquanto os novatos costumavam ponderar diversas alternativas[454].

A dúvida é se algum desses achados aplica-se, de alguma forma, à tomada de decisão por magistrados. Isto é, será que juízes mais experientes possuem uma intuição mais apurada? Segundo Richard A. Posner, que, como se sabe, além de renomado jurista, é também magistrado há muitos anos, juízes mais experientes tendem a utilizar e a confiar mais em seu

---

[451] *Ibid.*, Capítulo 4: "It is a simple house fire in a one-story house in a residential neighborhood. The fire is in the back, in the kitchen area. The lieutenant leads his hose crew into the building, to the back, to spray water on the fire, but the fire just roars back at them. 'Odd,' he thinks. The water should have more of an impact. They try dousing it again, and get the same results. They retreat a few steps to regroup. Then the lieutenant starts to feel as if something is not right. He doesn't have any clues; he just doesn't feel right about being in that house, so he orders his men out of the building—a perfectly standard building with nothing out of the ordinary. As soon as his men leave the building, the floor where they had been standing collapses. Had they still been inside, they would have plunged into the fire below. 'A sixth sense', he assured us, and part of the makeup of every skilled commander."

[452] *Loc. cit.*: "In February 1992, I heard about a curious incident in which the HMS Gloucester, a British Type 42 destroyer, was attacked by a Silkworm missile near the end of the Persian Gulf War. The officer in charge of air defense believed strongly that the radar contact was a hostile missile, not a friendly aircraft, seconds after first detection and before the identification procedure had been carried out—even though the radar blip was indistinguishable from an aircraft, and the US. Navy had been flying airplanes through the same area. The officer could not explain how he believed this was a Silkworm missile. The experts who looked at the recordings later said there was no way to tell them apart. Nevertheless, he insisted that he knew. And he shot the object down. The mystery of the HMS Gloucester was how the officer knew it was a Silkworm missile, not an aircraft."

[453] *Loc. cit.*: "In this project, we studied the way nurses could tell when a very premature infant was developing a life-threatening infection. Beth Crandall, one of my coworkers, had gotten funding from the National Institute of Health to study decision making and expertise in nurses. She arranged to work with the nurses in the neonatal intensive care unit (NICU) of a large hospital. These nurses cared for newly born infants who were premature or otherwise at risk. Beth found that one of the difficult decisions the nurses had to make was to judge when a baby was developing a septic condition—in other words, an infection. These infants weighed only a few pounds—some of them, the microbabies, less than two pounds. When babies this small develop an infection, it can spread through their entire body and kill them before the antibiotics can stop it. Noticing the sepsis as quickly as possible is vital. Somehow the nurses in the NICU could do this. They could look at a baby, even a microbaby, and tell the physician when it was time to start the antibiotic (Crandall & Getchell-Reiter, 1993). Sometimes the hospital would do tests, and they would come back negative "Nevertheless, the baby went on antibiotics, and usually the next day the test would come back positive. This is the type of skilled decision making that interests us the most. Beth began by asking the nurses how they were able to make these judgments. 'It's intuition', she was told, or else 'through experience'".

[454] *Ibid.*, Capítulo 3: "Before we did this study, we believed that novices impulsively jumped at the first option they could think of, whereas experts carefully deliberated about the merits of different courses of action. Now it seemed that it was the experts who could generate a single course of action, while novices needed to compare different approaches."

pensamento intuitivo, e ele inclusive defende que seja assim. Apesar de longo, convém que se transcreva o respectivo trecho, por sua clareza e didática:

> Assim como na maior parte das decisões em geral, a intuição também desempenha um papel importante nas judiciais. A faculdade de intuição que permite que um juiz, um empresário ou um comandante do exército faça um julgamento rápido sem uma ponderação consciente e comparação dos prós e contras das possíveis ações é melhor entendida como uma capacidade de chegar a um repositório subconsciente de conhecimento, que foi adquirido com a educação e principalmente com as experiências (como nos casos em que se pratica até algo se tornar automático). A intuição nesse sentido está relacionada ao "julgamento" feito pelos indivíduos, como na premissa de que pessoas experientes tendem a fazer um "bom julgamento" porque suas experiências, embora amplamente esquecidas, permanecem fontes acessíveis de conhecimento para lidar com desafios que, apesar de novos, não são novidades, porque se assemelham aos desafios anteriores. [...] Isso implica, incidentalmente, que quanto mais experiente é um juiz, menos sua decisão em um novo caso será influenciada pelas evidências e argumentos próprios ao respectivo caso - o que enfurece advogados.
>
> A escolha, geralmente inconsciente, entre a solução intuitiva e a consciente das questões postas envolve um *trade-off* entre, de um lado, a quantidade de conhecimento adquirido, incluindo aquele de longa data que, no entanto, pode ser recuperado pela intuição e, de outro, a precisão possivelmente gerada pela aplicação de um conhecimento consciente à resolução do problema. [...]. [A opção por aplicar o conhecimento consciente] é muitas vezes a escolha inferior, mesmo quando o tempo não o está pressionando, embora em muitos contextos judiciais é sabido que essa pressão na verdade ocorre. Quando uma decisão depende de múltiplos fatores, sai-se melhor usando a intuição do que tentando avaliar conscientemente cada fator separadamente e combinando as avaliações para formar uma conclusão final. Os custos do processamento consciente das informações podem ser tão altos que a intuição permitirá uma decisão mais precisa e mais rápida do que o raciocínio analítico.
>
> Assim, quanto mais experiente for o juiz, mais confiança ele terá em suas reações intuitivas e menor a probabilidade de ser atraído para uma metodologia sistemática e analítica de tomada de decisões, como aquelas envolvendo o teorema de Bayes ou outros algoritmos complexos, árvores de decisão, inteligência artificial, técnicas de debiasing e assim por diante. [...]
>
> Então, o intuicionismo judicial deve permanecer no futuro próximo[455] (tradução livre).

[455] POSNER, Richard A. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010, pp. 107-109. No original: "Intuition plays a major role in judicial as in most decision making. The faculty of intuition that enables a judge, a businessman, or an army commander to make a quick judgment without a conscious weighting and comparison of the pros and cons of the possible courses of action is best understood as a capability for reaching down into a subconscious repository of knowledge acquired from one's education and particularly one's experiences (as in 'practice to the point of automaticity'). Intuition in this sense is related to 'judgment', as in the proposition that experienced people tend to have 'good judgment' because their experiences, though largely forgotten, remain accessible sources of knowledge for coping with challenges that despite being new are not novel, because they resemble previous challenges. [...] This implies incidentally that the more experienced a judge is, the less his decision in a new case will be influenced by the evidence and arguments in that case - which infuriates lawyers. The choice, which is usually unconscious, between intuitive and conscious problem solving involves a trade-off between the *amount* of available knowledge, including long-buries knowledge that nonetheless can be recovered by intuition, and the *precision* with which whatever knowledge one has can be applied to solving the problem. [...]. [The option to apply the conscious knowledge] is often the inferior choice even when time is not pressing, though it is in many judicial settings. When a decision depends on several factors, you may do better by using your intuition than by trying to evaluate consciously each factor separately and combining the evaluations to form an ultimate conclusion. The costs of consciously processing the information may be so high that intuition will enable a more accurate as well as a speedier decision than analytical reasoning would. [...] Thus, the more

Mas será que a experiência e a *expertise* - seja dos especialistas em geral, seja dos magistrados - afastam a ocorrência dos vieses cognitivos? Os estudos empíricos sobre o tema demonstram que a resposta é negativa. Em primeiro lugar, quanto aos especialistas em geral, é preciso que se diga que o próprio programa de heurísticas e vieses de Kahneman e Tversky iniciou-se com um estudo sobre a intuição estatística de especialistas (estatísticos profissionais), verificando-se a sua imprecisão[456-457]. Além disso, há estudos que buscaram precisamente comparar a ocorrência de vieses em leigos e em especialistas. Por exemplo, em 1987, Northcraft e Neale realizaram conhecido estudo em que compararam como a ancoragem (dada pelo preço pedido no anúncio) influenciava o valor de avaliação de imóveis por leigos (interessados em comprar os imóveis) ou por corretores imobiliários. O estudo será abordado em mais detalhes no Capítulo 5, mas pode-se adiantar que o resultado foi o de que ambos sujeitaram-se à ancoragem na mesma proporção[458]. Não bastasse, Arkes et al. testaram o viés retrospectivo em 194 psicólogos, e eles igualmente incorreram no viés[459]. Em 1994, Babcock et al. comprovaram que advogados especialistas em negociação estão tão sujeitos ao efeito do enquadramento quanto os leigos[460]. Por fim, em estudo de Slovic et al. publicado em 2000, psiquiatras e psicólogos forenses foram testados quanto a uma das vertentes do efeito do enquadramento (mencionar as probabilidades em formato de frequência, e não de percentual),

---

experienced the judge, the more confidence he is apt to repose in his intuitive reactions and the less likely he is to be attracted to a systematic decision-making methodology, perhaps involving Bayes' theorem or other complex algorithms, decision trees, artificial intelligence, debiasing techniques, and so forth. [...] So judicial intuitionism is here to stay for the foreseeable future".

[456] TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. *Psychological Bulletin,* vol. 76, issue 2, pp. 105-110, 1971.

[457] KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. A model of heuristic judgment. *In*: HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. (Editors). *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 267-293, p. 267: "The program of research now known as the heuristics and biases approach began with a study of the statistical intuitions of experts, who were found to be excessively confident in the replicability of results from small samples (Tversky & Kahneman, 1971). The persistence of such systematic errors in the intuitions of experts implied that their intuitive judgments may be governed by fundamentally different processes than the slower, more deliberate computations they had been trained to execute".

[458] NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, Amateurs and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. *Organizational Behavior and Human Decision Processes,* vol. 39, p. 84-97, 1987.

[459] ARKES, Hal R.; FAUST, David; GUILMETTE, Thomas J.; HART, Kathleen. Eliminating the hindsight bias. *Journal of Applied Psychology*, vol. 73, no. 2, pp. 305-307, 1988.

[460] BABCOCK, Linda; FARBER, Henry S.; FOBIAN, Cynthia; SHAFIR, Eldar. Forming beliefs about adjudicated outcomes: risk attitudes, uncertainty, and reservation values. *Working Papers*, vol. 704, n. 325, Princeton University, Department of Economics, Industrial Relations Section, 1994.

em análise que envolvia precisamente a área em que possuem *expertise* (a probabilidade de reincidência de condenados) e demonstrou-se que eles incorriam no viés[461].

Além disso, diversos dos estudos sobre o processamento dual de decisões ou sobre vieses cognitivos foram realizados com juízes com variados graus de experiência, e esta não os livrou de um pensamento intuitivo equivocado. A título exemplificativo, no tópico anterior, mencionou-se o experimento em que Guthrie, Rachlinski e Wistrich aplicaram o CRT a juízes. Como o estudo foi realizado com 252 magistrados, envolveu juízes com graus muito variados de experiência (cada um deles deveria preencher, no questionário, a sua experiência em anos como magistrado), e, segundo os pesquisadores, não houve diferença estatisticamente relevante no número de acertos em razão dessa variável[462].

Fora este, inúmeros outros estudos demonstraram a presença de vieses cognitivos em magistrados experientes. English e Mussweiler comprovaram o efeito da ancoragem em decisões judiciais utilizando juízes com uma média de 15,4 anos de experiência de magistratura[463]. Além disso, no artigo publicado pelos referidos autores em parceria com Strack em 2006, houve um experimento em que os participantes possuíam ao menos 10 anos de experiência profissional e outro no qual a média de atividade na magistratura era de 13,38 anos e, em ambos, o efeito de ancoragem ficou comprovado[464].

Em seu conhecido estudo de 2006, que, dentre outros achados, demonstrou o *efeito colegiado* (*panel effect*), Cass R. Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki analisaram 6.408 decisões de órgãos colegiados federais, contendo 19.224 votos de magistrados federais, do que se conclui que certamente havia juízes experientes na amostra (e, possivelmente, havia mais magistrados com experiência do que sem, considerando que o estudo foi realizado com órgãos colegiados)[465].

---

[461] SLOVIC, Paul; MONAHAN, John; MACGREGOR, Donald G. Violence risk assessment and risk communication: the effects of using actual cases, providing instruction and employing probability versus frequency formats. *Law and Human Behavior*, vol. 24, no. 3, pp. 271-296, 2000.

[462] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. *Op. cit.*, p. 17: "The demographic characteristics of the judges (gender, years of experience, and political party) did not correlate with CRT scores. [...] The correlation coefficient between years of experience and CRT score was .06, which was also not significant".

[463] ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas. Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. In: *Journal of Applied Social Psychology*, 31, 7, January 2001, p. 1535-1551.

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

[465] SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

Não bastasse, no recente estudo de Moa Lidén, Minna Gräns e Peter Juslin publicado em 2019, comprovou-se o viés de confirmação em pesquisa que contou com juízes reais com uma média de 10,30 anos de experiência profissional na magistratura[466]. Finalmente, ao analisar a presença do viés de grupo em juízes israelenses, Shayo e Zussman verificaram que a experiência dos magistrados não alterou o resultado com relação à presença deste desvio[467].

O que é possível concluir da apresentação desses dados? A experiência na magistratura auxilia ou não no desenvolvimento do pensamento intuitivo dos juízes? A resposta é a de que a experiência pode de fato tornar a intuição dos magistrados mais apurada, e isso pode ajudar com relação à resolução de diversos problemas jurídicos. No entanto, nos contextos e circunstâncias específicos que ativam a ocorrência dos vieses cognitivos (tema que será explorado no Capítulo 5), a experiência não é capaz de evitar esses desvios.

Conclusão semelhante foi encontrada por Linda L. Berger, em artigo dedicado especificamente a explorar essa contradição (se a intuição judicial deve ser vista como fonte de vieses cognitivos, ou se pode ser utilizada de forma positiva) publicado em 2013[468]. Para a autora, de fato, quando os juízes tentam fazer julgamentos sobre pessoas (como a credibilidade de uma testemunha ou de um réu) ou realizam predições sobre o futuro (como quem exercerá melhor a guarda de uma criança), os resultados tendem a ser enviesados. No entanto, na resolução de problemas propriamente jurídicos, a intuição judicial de um magistrado experiente pode ser bastante útil[469]. Para a autora, quando o juiz se depara com um caso que o Direito não regula expressamente, como em situações nas quais a legislação não acompanhou a evolução cultural ou tecnológica, ele precisa realizar raciocínios por analogias (com outros casos que

---

[466] LIDÉN, Moa; GRÄNS, Minna; JUSLIN, Peter. Guilty, no doubt: detention provoking confirmation bias in judges' guilt assessments and debiasing techniques. *Psychology, Crime & Law*, 25:3, pp. 219-247, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1068316X.2018.1511790?journalCode=gpcl20>. Acesso em: 06 de outubro de 2019.

[467] SHAYO, Moses; ZUSSMAN, Asaf. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126, issue 3, pp. 1447-1484, 2011, p. 1148.

[468] BERGER, Linda L. A revised view of the judicial hunch. *Scholarly Works*, paper 808, 2013. Disponível em: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/808>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

[469] *Ibid.*, pp. 1-2: "Judicial intuition is misunderstood. Labeled as cognitive bias, it is held responsible for stereotypes of character and credibility. Framed as mental shortcut, it is blamed for overconfident and mistaken predictions. Depicted as flashes of insight, it takes credit for unearned wisdom. The true value of judicial intuition falls somewhere in between. When judges are making *judgments* about people (he looks trustworthy) or the future (she will be the better parent), the critics are correct: intuition based on past experience may close minds. Once a judge recognizes a familiar pattern in a few details, she may fail to see the whole fabric's color and design. When judges are *solving problems*, the critics are, however, incorrect: it is in this process that judicial intuition has the power to open minds. Visual and verbal cues point to similarities, triggering an intuition or recognition of potential parallels, unlocking patterns and unblocking paths. When judges are solving problems—and they are doing so when they are finding, interpreting, applying, and making law—both the lawyers seeking to persuade them and the judges themselves may effectively apply lessons suggested by studies of intuitive problem solving".

tenha julgado antes, ainda que não idênticos), metáforas e mecanismos similares e a melhor solução jurídica para o problema pode advir da intuição de um magistrado experiente.

Há, de fato, várias habilidades que podem ser exercidas intuitivamente por um juiz experiente. Ele pode, por exemplo, conseguir encontrar padrões entre o caso atual e casos anteriormente julgados para aplicar as mesmas razões de Direito (ainda que eles não sejam absolutamente idênticos); pode conseguir, ainda que inconscientemente, mas pela experiência adquirida com a prática (que desenvolve a habilidade de leitura corporal), reconhecer quando uma testemunha ou uma parte estão mentindo em seu depoimento; pode identificar condutas dos advogados da parte nas quais haja má-fé (ou um intuito protelatório) oculta ou subjacente; consegue discernir de imediato as adaptações processuais necessárias ao caso, como a decisão de optar por memoriais escritos ou alegações finais orais ou quanto tempo será necessário para a contestação; dentre muitas outras situações.

No entanto, repita-se: nas circunstâncias específicas em que os vieses cognitivos são produzidos, a experiência não é capaz de evitar o desvio provocado pela intuição. Por essa razão, é absolutamente essencial que essas situações sejam conhecidas por todos os juízes, experientes ou não.

3.7 Enfrentando algumas questões e críticas fundamentais ao que se defende neste trabalho

3.7.1 Considerando o longo tempo de tramitação processual, os juízes brasileiros decidem realmente pelo Sistema 1?

Talvez o principal argumento contrário ao presente estudo esteja no fato de que o processo ou fase de conhecimento no Brasil, como regra, não é algo que tramita rapidamente. Segundo a publicação *Justiça em Números 2019* (dados do ano de 2018), do Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio de tramitação da fase de conhecimento é de 3 anos na Justiça Federal, de 3 anos e 3 meses na Justiça Estadual, e de 1 ano e 1 mês na Justiça do Trabalho[470]. Não haveria, dessa forma, bastante tempo para o juiz refletir sobre a questão a ele apresentada, evitando que a sua decisão fosse influenciada por um sistema de pensamento rápido e intuitivo?

[470] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019, pp. 39-46.

Em outros termos, será que em um sistema no qual o tempo entre o primeiro contato do juiz com o caso e a sua decisão final é tão extenso, os juízes não decidiriam sempre pelo Sistema 2?

A resposta as essas pergunta é negativa. E isso envolve ao menos cinco razões: (a) o tempo de tramitação do processo não se confunde com aquele disponível para a decisão judicial, que, no Brasil, é bastante curto; (b) esse argumento desconsidera a existência das liminares e das cautelares em geral, nos quais o magistrado decide imediatamente; (c) existe uma pressão por parte do Conselho Nacional de Justiça para que os juízes tomem o maior número de decisões no menor tempo possível; (d) apesar de o Sistema 1 ser mais rápido, grande parte de seus vieses independe do tempo; e (e) mesmo com mais tempo disponível para o processamento pelo Sistema 2, a tendência deste será a de confirmar a decisão que veio à mente em primeiro lugar, a menos que haja um esforço deliberado para superá-la. Passa-se à análise de cada um dos argumentos mencionados.

Em primeiro lugar, conforme aduzido, tem-se que o tempo de tramitação dos processos não se confunde com o tempo que o juiz possui para tomar cada decisão. Embora o tempo de tramitação de um processo no Brasil seja de fato longo, o grande número de processos, combinado com as outras inúmeras atividades que o magistrado precisa realizar (direção administrativa da Vara, realização de audiências, organização da pauta, dentre outras possíveis, como coordenação de Núcleos, cumulação de varas, grupos de sentença, etc.), faz com que o tempo de tomada de decisão propriamente dito seja extremamente curto.

Segundo o *Justiça em Números 2019,* no ano de 2018, houve uma média de 1.877 processos baixados por magistrado. Calculando o que isso representa em dias úteis (e descontando férias e recesso), essa média representa mais de 9 processos baixados por dia. Se um juiz trabalhar 8 horas diárias, isso daria mais do que uma decisão a cada hora, sem contar o tempo que precisa dedicar para a realização das audiências (o que, a depender da área de atuação, consome, de longe, a maior parte de seu tempo), para gerir administrativamente a Vara e realizar atividades correlatas. Em alguns tribunais, a situação se agrava. No Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, o índice de produtividade dos magistrados (IPM) no ano de 2018 alcançou uma média de 3.339 processos baixados por magistrado. Realizando novamente um cálculo aproximado e descontando as férias e o recesso, isso daria uma média de mais de 16 processos baixados por dia útil, o que representa ao menos uma decisão a cada meia hora para um juiz que trabalha 8 horas por dia (isso incluindo o tempo que ele leva para ler os autos, o que deixa ainda menos tempo para a decisão propriamente dita), sem contar, mais uma vez, com o tempo que ele precisa dedicar a outras atividades demandadas pela sua função.

Por isso, não se pode deixar enganar pelo tempo de tramitação de um processo, que, de forma alguma, simboliza o tempo que o juiz tem para tomar cada decisão.

Como se o argumento acima não bastasse, ainda é preciso que se leve em consideração a existência de liminares (e outras cautelares em geral, inclusive as penais). É muito comum que um pedido do gênero chegue às mãos do magistrado e, a depender da urgência, este decida acerca de sua concessão no mesmo dia. Em matéria penal, quando a questão envolve prisões, normalmente a decisão é ainda mais rápida, e isso sem contar com as audiências de custódia, nas quais precisa-se decidir *in continenti*.

Além disso, os juízes sofrem uma constante pressão por números e resultados, especialmente por parte do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Não que isso seja algo errado, muito pelo contrário, apoia-se a iniciativa, pois possivelmente incrementou muito a eficiência do Judiciário. Por outro lado, não se pode ignorar que esse contexto amplia a possibilidade de utilização de heurísticas como mecanismo de decisão. Não por outra razão, o magistrado Alexandre Morais da Rosa, tratando, no entanto, de casos penais, reconhece que "*a pressão por metas, resultados, também para os julgadores, promove o uso mais fácil das heurísticas e menos apropriação do caso penal*"[471].

Em sentido similar, Bianca Bez Goulart, que dedicou a sua dissertação de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) à *análise econômica da litigância*, inclusive sobre o prisma comportamental, ensina que:

> Na esfera jurisdicional, o estabelecimento de metas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), as quais '[...] buscam proporcionar à sociedade serviço mais célere, com maior eficiência e qualidade', é um claro exemplo de medida que pode fomentar a atuação do viés confirmatório. Ora, se ao juiz é indicado manter uma média de produção mensal de número de sentenças, independentemente da natureza da ação proposta, do direito material envolvido, do contexto e da dificuldade do caso, é evidente que eventual pressa para atingir a meta pode prejudicar a cognição reflexiva, aumentando as chances de ocorrência de decisões enviesadas[472].

O quarto argumento acima referido também procede, pois nem todos os vieses cognitivos estão relacionados a um tempo curto de decisão. Imagine-se o viés confirmatório, por exemplo. Desde o primeiro contato com os autos, o magistrado forma uma primeira impressão, e, por mais que o processo demore, a tendência ao analisar todas as provas e realizar

---

[471] *Ibid.*, pp. 168-169.

[472] GOULART, Bianca Bez. *Análise Econômica da Litigância*: entre o modelo da escolha racional e a economia comportamental. Dissertação (Mestrado) apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, sob orientação do Professor Orlando Celso da Silva Neto. Florianópolis, 2018.

todas as diligências será a de buscar a confirmação para aquela impressão inicial, a menos que haja um esforço deliberado em sentido contrário. Aliás, a maior parte dos desvios cognitivos tende a funcionar dessa maneira.

Por último, já foi demonstrado no tópico 2.5.1 que, como regra geral, e salvo se houver uma supervisão consciente, a tendência do Sistema 2 é de apenas racionalizar e justificar aquilo que o Sistema 1 decidiu ou julgou intuitivamente. Significa dizer que, caso não haja um cuidado especial, o Sistema 2 provavelmente encontrará razões para julgar desfavoravelmente o indivíduo que provocou uma primeira impressão negativa no magistrado, ainda que inconsciente e por motivos impróprios, como a sua própria aparência física ou vestimenta. Por isso, mesmo com tempo para decidir pelo sistema deliberado, é possível que este apenas confirme a decisão intuitiva inicial.

Por tudo isso, o argumento de que a longa tramitação dos processos no Brasil evita a ocorrência de vieses cognitivos é falho, e a importância do estudo do tema permanece íntegra, portanto.

3.7.2 Considerando que a maior parte das decisões judiciais é proferida em gabinete, e não em audiência, os juízes brasileiros estão sujeitos aos vieses cognitivos?

Outro argumento que poderia ser levantado contra a presente tese é o seguinte: quem possui prática forense sabe que, muitas vezes, as sentenças não são proferidas em audiência, mas em gabinete, após conclusão dos autos. Esse fator não seria um forte indicativo de que os juízes decidem, na verdade, de forma controlada/deliberada pelo Sistema 2? Considerando esse contexto, os juízes brasileiros não estariam livres dos vieses cognitivos?

Há duas razões pelas quais este argumento está equivocado: (a) embora isso ocorra em alguns casos, a verdade é que poucos desvios estão conectados com as decisões em audiências; (b) há contextos específicos em que essa espécie de decisão ocorre frequentemente. Passa-se ao exame destes argumentos.

Primeiramente, deve-se reconhecer que há alguns desvios relacionados às decisões em audiência. Dentre aqueles abordados neste trabalho, cita-se o efeito halo, segundo o qual os indivíduos geralmente são julgados, quanto às suas mais diversas características e ações, em razão de uma primeira impressão que, muitas vezes, advém da aparência, vestimenta, postura ou até mesmo linguagem. Para combater esse viés, de fato, uma das soluções é evitar

as decisões proferidas em audiência, sempre que isso for possível (nas audiências de custódia, infelizmente, não há essa possibilidade, por exemplo).

Todavia, com exceção deste efeito, todos os demais abordados neste trabalho ocorrem independentemente de a decisão ser ou não proferida em audiência. A ancoragem pode ocorrer pela simples leitura da inicial (ou por qualquer outra referência feita a alguma âncora durante o trâmite processual); o viés retrospectivo ocorre sempre que há necessidade de analisar a previsibilidade *ex ante* de um evento, e isso não guarda qualquer relação com as audiências; o enquadramento pode ocorrer sob as mais variadas formas, mas geralmente a possível manipulação do juiz estará na inicial ou na contestação (ou em eventuais memoriais de alegações finais), e não em nada que ocorra em audiência; o viés de grupo também não possui relação (ao menos não diretamente) com as assentadas; o efeito colegiado ocorre em segundo grau, no qual não há as audiências nos moldes aqui referidos; e, finalmente, o viés confirmatório também pode acontecer independentemente da realização delas.

Portanto, embora seja verdade que, ao menos com relação ao efeito halo, as decisões em audiência possam ser danosas, isso não procede com relação aos demais vieses, o que torna falho o argumento de que este estudo não teria utilidade em razão do fato de os juízes brasileiros não terem o costume de decidir em audiência.

Mas, ainda que assim não fosse - ou ainda que estejamos tratando do efeito halo -, fato é que há situações nas quais as decisões em audiências são tomadas frequentemente. Em primeiro lugar, mencione-se as audiências de custódia, *lócus* em que as decisões inevitavelmente são tomadas durante a realização da assentada, e, portanto, situação em que o efeito halo tende a acontecer. Além disso, sabe-se que, nas Subseções Judiciárias do interior dos Estados brasileiros, especialmente nos lugares em que há bastante atividade campesina, é comum que a Justiça Federal realize um grande número de audiências previdenciárias, e tem-se conhecimento de que inúmeros Juízes Federais, de modo a otimizar o tempo e o trabalho - e considerando o grande volume de ações deste gênero -, tendem a decidir imediatamente após a realização da assentada, que, em geral, busca comprovar que o segurado exercia atividade rural.

Por essas duas razões, pode-se concluir que também o argumento de que o estudo dos desvios cognitivos não seria importante no contexto brasileiro, já que os juízes não costumam decidir em audiência, não procede.

3.7.3 O fato de as minutas serem elaboradas, muitas vezes, por assessores, afasta a utilidade do presente estudo?

Um questionamento que poderia surgir com relação ao estudo das heurísticas e vieses nas decisões judiciais diz respeito de que, muitas vezes, quem elabora materialmente as decisões são os assessores dos magistrados. Qual seria a relevância, então, de se estudar se a tomada de decisão judicial é influenciada por vieses? O problema não passou despercebido por alguns estudiosos dos vieses cognitivos no Brasil. Alexandre Morais da Rosa e Paola Bianchi Wojciechowski respondem a esse questionamento, defendendo o entendimento de que a prática de delegação não retira a importância de se estudar os vieses cognitivos, conforme se verifica:

> Uma última ressalva se faz necessária nesse momento introdutório: impossível ignorar que, entre muitos membros da magistratura, é comum a prática de delegar, por completo, a análise do processo e a confecção da decisão a estagiários(as) e assessores(as). Sob este aspecto, há que se entender que as limitações cognitivas enfocadas no presente trabalho são compartilhadas por todos aqueles envolvidos no processo de tomada de decisão, o que, às vezes, pode aumentar a possibilidade de erros sistemáticos e previsíveis de julgamento, à medida que um posicionamento enviesado pode ancorar o subsequente. Além disso, os *jus-ghost-writers* adotam, em geral, o viés de manter o que já está consolidado, tendendo a reiterar o ciclo vicioso das armadilhas cognitivas[473].

A rigor, a prática brasileira de utilização de assessores não retira a importância de se estudar os vieses cognitivos por diversas razões. Primeiramente, porque o funcionamento correto do sistema pressupõe que a decisão seja de fato do juiz, e que este oriente os assessores sobre a sua decisão. Assim, estes possuem o papel apenas de elaborar materialmente a minuta ou, quando for o caso, de auxiliar com pesquisas. É o que depõe o Min. Ricardo Lewandowski, para quem: "*A decisão política, no sentido amplo da palavra, é sempre do ministro. É dele a decisão final de conceder ou não uma liminar. O assessor apenas auxilia com pesquisas*"[474].

Além disso, mesmo nos locais em que o sistema não esteja funcionando regularmente, não se pode negar que os assessores estão sujeitos aos vieses cognitivos tanto quanto os magistrados.

---

[473] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Vieses da justiça*: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018, p. 19.

[474] LEWANDOWSKI, Ricardo. Entrevista concedida à Carolina Brígido. In: Como nasce uma sentença no STF: os bastidores do processo decisório de cada ministro - e por que isso é fundamental para compreender o Judiciário. *Revista Época*, 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/como-nasce-uma-sentenca-no-stf-23453182?>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

Por outro lado, há um ponto que merece destaque. Como destaca Daniel Kahneman: "*[...] um observador objetivo tem maior probabilidade de detectar nossos erros do que nós mesmos*"[475]. No tópico 4.8.3, será apresentado um estudo empírico realizado por Emily Pronin, Daniel Y. Lin e Lee Ross em 2002 que comprovou essa assertiva. Isso significa que, se o magistrado que fará a revisão da minuta estiver familiarizado com o tema dos vieses cognitivos, o fato de atuar como revisor da minuta elaborada por uma outra pessoa aumenta as chances da detecção e prevenção de vieses cognitivos cometidos por seus assessores. Essa é mais uma razão pela qual é importante a conscientização dos juízes a respeito desse tema.

3.8 Mecanismos gerais de diminuição dos vieses

3.8.1 Introdução

Considerando que os vieses cognitivos levam a resultados não esperados, a doutrina esforça-se em buscar mecanismos de eliminação ou mitigação desses desvios. Alguns desses esforços devem, portanto, ser apresentados. Este tópico será dedicado à teoria geral e as classificações que já foram produzidas sobre os mecanismos de mitigação ou eliminação de ilusões cognitivas. Os tópicos seguintes apresentarão algumas estratégias que, como regra, podem ser utilizadas para mitigar a ocorrência dos desvios de um modo geral. Os instrumentos referentes a vieses ou fenômenos específicos (como, por exemplo, o impedimento do juiz que realizou a audiência de custódia para evitar o viés de confirmação) não serão analisados neste momento, pois serão objeto do próximo Capítulo, sem prejuízo de haver, apenas com o objetivo de exemplificar, alguma breve referência a algum deles nas linhas abaixo.

Adentrando, então, no que a doutrina desenvolveu sobre o tema a título de teoria geral, tem-se que, segundo Cass R. Sunstein e Christine Jolls, é possível imaginar duas espécies de mecanismos de "desenviesamento"[476]: (i) os de isolamento ("*insulation*"), que partem do pressuposto de que o comportamento enviesado continuará a ocorrer e, por isso, adotam fórmulas para isolar o resultado jurídico desejado dos efeitos dessa conduta indesejada; (ii) os que buscam desenviesar o comportamento do agente ("*debiasing*"), ou seja, a conduzirem os

[475] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 11.

[476] SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine. Debiasing Through Law. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 225 (2004). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=590929>. Acesso em: 26 de dezembro de 2019.

tomadores de decisões a caminhos mais racionais. Essa mesma dicotomia é adotada por outros estudiosos do tema, como Daniel Pi, Francesco Parisi e Barbara Luppi[477].

Os mecanismos de isolamento ("*insulation*") podem ocorrer de diversas formas, mas todas partem do pressuposto de que o comportamento enviesado continuará a ocorrer e, por isso, é preciso buscar mecanismos que protejam o resultado jurídico desejado.

Isso pode se dar, em primeiro lugar, pela remoção do agente enviesado (substituindo por outro que não se encontre sujeito ao correspondente viés). Como exemplo, sabe-se que, por força do viés de confirmação, o juiz que presidiu a audiência de custódia fica enviesado para a decisão de mérito. Neste caso, uma solução de isolamento ("*insulation*") seria, em vez de desenviesar o juiz ("*debiasing*"), criar regra processual que impeça quem proferiu decisões na audiência de proferir sentença, passando o encargo ao substituto ou ao tabelar. Pi, Parisi e Luppi citam outro exemplo: os consumidores tendem a sofrer do *viés do otimismo*, acreditando que os produtos adquiridos não irão lhes gerar danos, e, assim, normalmente não buscam se informar o suficiente sobre seus riscos. Para compensar por esse viés, que continuará a ocorrer, a legislação prevê a *responsabilidade objetiva* para o fornecedor por acidentes de consumo. Assim, transfere-se o julgamento sobre a aceitabilidade dos riscos do produto de um agente que os julgaria de forma enviesada (o consumidor) para outro que os visualiza de forma informada e racional (o fornecedor)[478-479].Mas também pode se dar pela criação de mecanismos legais que compensem pela conduta enviesada, que continuará a ocorrer.

Por outro lado, os mecanismos de isolamento ("*insulation*") não se resumem a remover o agente, pois abrangem também os casos em que se busque apenas isolar o resultado

---

[477] PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Biasing, Debiasing, and the Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Eds.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 143-166, p. 150: "The distinction between debiasing and insulation was first point out by Jolls and Sunstein (2006). Of course, taken literally, both approaches could be called 'debiasing', insofar as they both seek to mitigate or eliminate the effects of biased judgments from outcomes. However, Jolls and Sunstein distinguished *debiasing* as 'debiasing through law' from *insulation* as 'debiasing law'. The difference is that debiasing combats the bias itself by educating or informing biased individuals to eliminate or reduce the bias itself, whereas insulation allows biased individuals to remain biased, and instead seeks to remove biased decision-making (often by removing biased decision-*makers*) from affecting outcomes".

[478] *Ibid.*, p. 150: "For example, in the arena of products liability, it may be the case that typical consumers are prone to suffer from unrealistic optimism, misusing products in such a way that they suffer harm. By imposing liability against manufacturers for such harms, the law transfers the burden of preventing such harm from the consumer to the manufacturer. The rational manufacturer will take measures to prevent consumers from misusing their products, reducing the burden of exercising due precautionary care from the (biased) consumer, even if an *unbiased* consumer would have been the more effective precaution-taker".

[479] Curiosamente, este exemplo também é citado por SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine. *Op. cit.*, p. 200: "Consider, for instance, the large literature suggesting that boundedly rational consumers believe potentially risky products to be substantially safer than they in fact are. If such beliefs exist, then the law might - and to some degree does - respond by adopting heightened standards of manufacturer liability for consumer products".

jurídico pretendido, compensando os efeitos produzidos pelo desvio, assumindo que a conduta enviesada continuará ocorrendo. Assim, seguindo exemplo de Sunstein e Jolls, sabe-se que, em razão do viés retrospectivo, os juízes tendem a condenar corporações por condutas com resultados danosos mesmo quando fossem pouco prováveis, por superestimar a sua previsibilidade *ex ante*. Neste caso, a criação da *business judgment rule* visa exatamente a compensar por este viés, que presumivelmente continuará a acontecer[480].

Já os mecanismos que buscam desenviesar a conduta ("*debiasing*") são bastante diversos, e o mais simples é certamente a conscientização acerca do problema, aliado à adoção, por parte do agente, de técnicas de falseamento de seu pensamento intuitivo. Uma boa sugestão, mencionada por Eduardo José da Fonseca Costa, seria incluir a temática dos vieses nos cursos promovidos pelas Escolas de cada carreira (inclusive, deveria constar do currículo obrigatório dos respectivos cursos de formação)[481]. Além disso, adotar técnicas de compartilhamento do processo decisório, ampliar a transparência e o *accountability* das decisões, evitar o esgotamento do ego e fazer com que os sujeitos processuais adotem uma posição de vigilância com relação à ocorrência de vieses também são mecanismos de *debiasing.*

Independentemente da distinção acima mencionada (entre *insulating* e *debiasing*), nos tópicos seguintes serão abordados alguns mecanismos que podem ser utilizados para mitigar a ocorrência das ilusões cognitivas em geral, e, no Capítulo 5, serão analisados os instrumentos que podem ser utilizados para cada um dos vieses especificamente considerados.

3.8.2 A conscientização sobre os vieses e o comportamento contraintuitivo

Reconhecendo que a razão possui limites e que, por isso, não norteia integralmente a interpretação, e que, justamente por isso, é preciso ter autocrítica e buscar o autoconhecimento, Luís Roberto Barroso leciona que:

> Nessa vida, somos todos prisioneiros da ideologia e do inconsciente. Não existe, portanto, um intérprete isento das complexidades da subjetividade pessoal e das

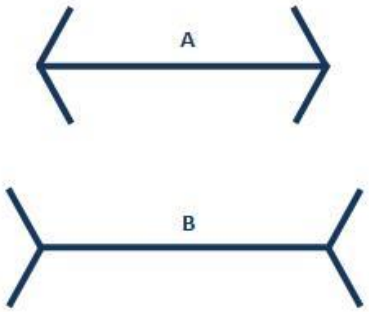
[480] *Loc. cit.*: "[...] consider the argument that 'Monday morning quarter-backing' by judges or juries adversely affects judgments reached by these decision makers on matters of corporate law, so that corporations are held liable for bad events even if preventing those events would have been extremely difficult (Rachlinski 1998:620-21). If so, then the law could respond, as indeed it has with the 'business judgment rule', by largely vitiating the liability of corporate law actors, who would otherwise be vulnerable to such second-guessing on the part of adjudicators".

[481] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p. 123.

> influências sociais, isto é: sem história, sem memória e sem desejos. O melhor que se pode fazer com relação a isso é ter autocrítica e buscar o autoconhecimento[482].

Há estudos empíricos comprovando que a conscientização sobre o funcionamento de diversos vieses cognitivos pode mitigar a sua ocorrência e, por isso, a primeira medida para tanto deve ser o aprendizado, por parte de todos aqueles que atuam na prática jurídica, acerca desse problema[483]. A partir do momento que os magistrados tiverem consciência da existência desses desvios e que podem estar sujeitos a eles, torna-se possível o exercício da autocrítica[484]. Isso funciona com grande parte dos vieses.

Para que se entenda a importância da conscientização no que diz respeito aos desvios cognitivos, vislumbre a ilusão de ótica de Müller-Lyer:



Como se sabe, as linhas são do mesmo tamanho, mas quase todos os indivíduos enxergam a linha B como sendo mais comprida, simplesmente em razão da ilusão de ótica criada pela direção das setas em suas bordas. Geralmente, após ser informado de como funciona a ilusão, a pessoa continuará a enxergar de forma distorcida. No entanto, ela alterará o seu comportamento e o seu conhecimento acerca do problema. Assim, ainda que continue a ver a

---

[482] BARROSO, Luís Roberto. Prefácio. In: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. X.

[483] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, pp. 202-203: "O desenviesamento (*debiasing*) deve passar, primeiramente, pelo conhecimento, pelos próprios sujeitos do processo (em especial, juízes, advogados e membros do ministério público), da possibilidade de que estejam decidindo com base em critérios extrajurídicos ou opções argumentativas não racionalizadas adequadamente (S2), ainda que de forma inconsciente. Nas palavras de Juarez Freitas, 'a primeira providência para não enveredar em desvios cognitivos consiste em conhecê-los'".

[484] HAMANN, Ariane. *A perpetuação das primeiras impressões por meio das decisões judiciais no processo penal: a primeira impressão é a que fica.* Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sob orientação do Professor Alexandre Morais da Rosa. Florianópolis, 2016, p. 66: " a partir do momento em que os julgadores (juízes ou membros do Júri) ficam cientes de suas limitações, de seus preconceitos e da forma com esses influenciam de forma automática em suas decisões, do fato de que sua posição de decidir sobre a vida do outro não os torna menos humanos e mais deuses, admitem que seu primeiro instinto pode estar errado, eles se tornam mais aptos a duvidar de si mesmos, menos autoconfiantes para decidir de plano, para tirar conclusões precipitadas".

linha B como maior, se lhe for perguntado sobre isso, ela corretamente responderá que as linhas são do mesmo tamanho e, inclusive, se precisar adotar um comportamento com base nessa conclusão, o fará de forma correta.

Uma vez conscientes do problema, os juízes podem adotar o que a doutrina especializada tem denominado de *atuação contraintuitiva*[485], que advém de um modelo proposto inicialmente por Guthrie, Rachlinski e Wistrich chamado de *intuitive-override*, por meio do qual reconhecem que os magistrados utilizam de fato a intuição para decidir, mas que também, por vezes, superam esse pensamento inicial por intermédio de uma deliberação (técnica de superação que os pesquisadores afirmam existir não apenas descritivamente, mas que também deve ser adotada normativamente)[486].

Assim, o magistrado, ao chegar a um conclusão intuitivamente, deve perguntar a si próprio acerca das razões jurídicas segundo as quais aquela decisão poderia estar equivocada (e também os motivos pelos quais as alternativas poderiam estar certas), e buscar falseá-la conscientemente. Essa técnica é interessante porque, diferentemente de estratégias que mitigam um ou outro desvio específico, a ideia de falseamento tem funcionado com inúmeros vieses diferentes. Como leciona Richard P. Larrick, em artigo específico sobre *debiasing*:

> Por necessidade, as estratégias cognitivas tendem a ser regras específicas para cada contexto, adaptadas para lidar com um conjunto restrito e específico de vieses, como a lei de grandes números ou a regra de custos irrecuperáveis. Esse fato torna a estratégia simples, mas geral, de 'considerar o oposto' ainda mais impressionante, porque tem sido eficaz na redução do excesso de confiança, dos desvios do viés retrospectivo e dos efeitos de ancoragem (ver Arkes, 1991; Mussweiler, Strack & Pfeiffer, 2000). A estratégia consiste em nada mais do que perguntar a si mesmo: "Quais são algumas das razões pelas quais meu julgamento inicial pode estar errado?" A estratégia é eficaz porque neutraliza diretamente o problema básico dos processos baseados em associações - uma amostra excessivamente estreita de evidências - expandindo a amostra e tornando-a mais representativa. Da mesma forma, levar os tomadores de decisão a considerar hipóteses alternativas reduziu os vieses de confirmação na busca e avaliação de novas informações. 'Considere o oposto'

[485] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Vieses da justiça*: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018.

[486] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Faculty* Publications, vol. 93, n. 2, Paper 917, Nov. 2007, p. 3: "In this Article, we argue and attempt to demonstrate that neither the formalists not the realists accurately describe the way judges make decisions, but that key insights from each form the core of a more accurate model. We propose a blend of the two that we call the 'intuitive-override' model of judging. Supported by contemporary psychological research on the human mind and by our own empirical evidence, this model posits that judges generally make intuitive decisions but sometimes override their intuition with deliberation. Less idealistic than the formalist model and less cynical than the realist model, our model is best described as 'realistic formalism'. The model is 'realist' in the sense that it recognizes the important role of the judicial hunch and 'formalist' in the sense that it recognizes the importance of deliberation in constraining the inevitable, but often undesirable, influence of intuition".

> funciona porque direciona a atenção para evidências contrárias que de outra forma não seriam consideradas (tradução livre)[487].

Em síntese, é preciso conhecer o tema e buscar conscientemente evitar ilusões cognitivas em suas decisões[488].

3.8.3 O "compartilhamento" do processo decisório

A conscientização acerca dos efeitos dos vieses cognitivos e das situações em que podem ocorrem, embora seja sempre desejável, por vezes não é suficiente para eliminar os efeitos do desvio. Isso ocorre porque já se comprovou que, ainda que educadas acerca do tema, as pessoas possuem um *ponto cego* para os próprios vieses, o que significa dizer que os indivíduos não são bons em perceber ou identificar as situações em que estão incorrendo em alguma dessas ilusões. Por outro lado, indivíduos conhecedores do tema possuem uma grande habilidade em perceber quando outras pessoas estão efetuando julgamentos ou tomando decisões de maneira enviesada[489].

Essa constatação ficou evidente quando, em 2002, Emily Pronin, Daniel Y. Lin e Lee Ross publicaram o artigo *The Bias Blind Spot: Perception of Bias in Self Versus Others*, contendo três estudos que buscaram testar a hipótese de que, quando as pessoas conhecem a

---

[487] LARRICK, Richard P. Debiasing. *In*: KOEHLER, Derek J.; HARVEY, Nigel (Editors). *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. Padstow, Cornwall: Blackwell Publishing, 2004, pp. 316-337, p. 323. No original: "By necessity, cognitive strategies tend to be context-specific rules tailored to address a narrow set of biases, such as the law of large numbers or the sunk cost rule. This fact makes the simple but general strategy of 'consider the opposite" all the more impressive, because it has been effective at reducing overconfidence, hindsight biases, and anchoring effects (see Arkes, 1991; Mussweiler, Strack, & Pfeiffer, 2000). The strategy consists of nothing more than asking oneself, 'What are some reasons that my initial judgment might be wrong?' The strategy is effective because it directly counteracts the basic problem of association-based processes – an overly narrow sample of evidence – by expanding the sample and making it more representative. Similarly, prompting decision makers to consider alternative hypotheses has been shown to reduce confirmation biases in seeking and evaluating new information. 'Consider the opposite' works because it directs attention to contrary evidence that would not otherwise be considered".

[488] PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. *Op. cit.*, pp. 152-153: "Ideally, when parties suffering from biased judgment are given access to the accurate information, they attempt to self-correct. For example, if a student routinely budgets insufficient time to complete assignments due to overoptimism, then in the event a benevolent observer draw his attention to this pattern of behavior, he might in the future allot more time than he thinks is needed, to compensate for his known tendency to underestimate (e.g., Stiglitz 1986). By educating him about his own suboptimal behavior (in effect reducing the deliberation cost), he no longer exhibits (or exhibits less) biased behavior: he has been debiased".

[489] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, p. 203: "[...] os vieses de ponto cego (*bias blind spot*) e *egocêntrico* [...] retratam exatamente a tendência de se crer mais em seus próprios juízos e se perceber menos enviesado que outras pessoas, ou identificar mais vieses cognitivos nos outros que em si próprio".

existência e o impacto dos vieses cognitivos, elas conseguem reconhecê-los nos outros, embora tendam a afirmar que os desvios não atingem seus próprios julgamentos e decisões com a mesma intensidade[490]. Embora tenha havido algumas variações de grau nos três estudos, a resposta foi positiva para a hipótese, ou seja, as pessoas não percebem que elas próprias sujeitam-se a vieses cognitivos, ao menos não com a mesma veemência com que isso ocorre com a média dos indivíduos[491].

Em 2004, Emily Pronin e Lee Ross juntaram-se a Thomas Gilovich e publicaram um ensaio denominado *Objectivity in the Eye of the Beholder: Divergent Perceptions of Bias in Self Versus Others*. Nesta publicação, abordaram, do ponto de vista teórico, os achados encontrados no artigo anterior, e o compararam inclusive com diversos outros estudos que chegaram à mesma conclusão. Em 2012, West, Meserve e Stanovich demonstraram que mesmo a sofisticação cognitiva (como pessoas mais experientes, competentes e inteligentes) possuem essa relativa cegueira no que diz respeito aos próprios vieses cognitivos[492].

A descoberta de que é mais factível detectar a ocorrência de vieses em outros pode ser utilizada para reduzir os desvios nas decisões judiciais de duas diferentes formas.

Em primeiro lugar, é importante que se ressalte que isso se aplica à questão dos assessores dos juízes que foi dita em tópico anterior. Como o juiz tem mais condições de detectar os vieses cognitivos no trabalho de seus assessores do que no dele próprio, atuar no papel de revisor das minutas pode ser uma solução para o problema, desde que o magistrado tenha consciência acerca da existência desses desvios cognitivos. Deste modo, é interessante o debate, interno ao gabinete do juiz, de casos e teses jurídicos que possam eventualmente surgir, e isso vale, evidentemente, tanto para os juízes de primeiro grau, como para os demais magistrados, sejam Desembargadores ou Ministros, sabendo-se que todos eles possuem gabinetes com diversos assessores e funcionários.

Além disso, essa descoberta pode ser utilizada em defesa de uma colegialidade material e real nos tribunais. Sabe-se que, atualmente, em grande parte das vezes, simplesmente segue-se o posicionamento do relator de determinado caso ou, mesmo nos casos em que isso

---

[490] PRONIN, Emily; LIN, Daniel Y.; ROSS, Lee. The Bias Blind Spot: Perceptions of Bias in Self Versus Others. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 28, n. 3, March 2002, p. 369-381.

[491] *Ibid.*, p. 378: "The results of our three studies suggest that knowledge of particular biases in human judgment and inference, and the ability to recognize the impact of those biases on others, neither prevents one from succumbing nor makes one aware of having done so. Indeed, our research participants denied that their assessments of their personal qualities (Study 2) and their attributions for a particular success or failure (Study 3) had been biased even after having displayed the relevant biases and reading descriptions of them".

[492] WEST, Richard F.; MESERVE, Russell J.; STANOVICH, Keith E. Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 103, n. 3, pp. 306-519, 2012.

não ocorre, o que se dá é simplesmente que cada magistrado reflete isoladamente sobre o caso. Os outros Desembargadores ou Ministros raramente analisam detidamente o voto do relator em si. De uma forma ou de outra, fato é que não ocorre uma colegialidade material, ou seja, uma análise sobre o posicionamento e o voto dos demais magistrados (ou ao menos do relator) antes de o caso ser levado à votação[493].

Caso esse sistema mude, e os demais magistrados passem a efetivamente analisar o voto do relator, existe a tendência de mitigação de desvios cognitivos por duas razões: (a) pelo motivo já exposto, de que é mais fácil detectá-los em outros do que em si próprio; e (b) porque amplia o *accountability* da decisão do relator (que saberá que a sua decisão tenderá a ser analisada de forma crítica), que, conforme será visto em tópico posterior, também é um fator que incrementa o papel do Sistema 2 na tomada de decisão.

3.8.4 Constrangimentos externos que induzem à revisão do julgamento intuitivo

Existem estudos demonstrando que a ideia de *accountability* em relação às decisões podem torná-las melhores, e gerar um incentivo para que sejam tomadas de forma deliberada pelo Sistema 2. Em artigo específico sobre como o *accountability* pode melhorar a qualidade das decisões, inclusive reduzindo vieses cognitivos, Jennifer S. Lerner e Philip E. Tetlock analisam e sistematizam diversos estudos empíricos sobre o tema, todos comprovando a hipótese acima mencionada[494].

É importante que se diga que *accountability* é um termo amplo, e pode abranger diversos tipos de estratégias. É evidente que é preciso que se adote apenas aquelas compatíveis com a independência judicial. Por esta razão, não se está defendendo (e isso jamais seria possível), que os magistrados devam responder civil, administrativa ou criminalmente pelas decisões judiciais que proferem.

Contudo, há outras formas de se aproveitar do instituto. Em primeiro lugar, a própria publicidade do processo é extremamente interessante para a melhoria das decisões, em especial quando há um contexto social em que especialistas analisam, debatem e criticam as

---

[493] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, p. 242: "O quadro atual da dinâmica dos processos nos tribunais permite distorções que favorecem a incidência e a manutenção de vieses de cognição, sobretudo dos vieses de confirmação, *lock-in effect*, ancoragem e ajustamento, *status quo* e aversão à perda, visto que o princípio da colegialidade das decisões em segundo grau fica relegado a uma mera formalidade, ou a uma *pseudocolegialidade*".

[494] LERNER, Jennifer S; TETLOCK, Philip E. Accounting for the effects of accountability. *Psychological Bulletin*, vol. 125, no. 2, pp. 255-275, 1999.

posições e fundamentações adotadas nos julgamentos. No Brasil, embora isso não tenha ocorrido por muito tempo, é uma situação presenciada nos dias de hoje (especialmente com relação ao Supremo Tribunal Federal), e isso é muito positivo. Como muito bem colocado por renomados autores como Lawrence Baum[495], Erik Navarro Wolkart[496] e Patrícia Perrone Campos Mello[497], é comum que os magistrados preocupem-se com a sua reputação. Por isso, decisões públicas e sujeitas a críticas sociais e da comunidade jurídica tendem a ser mais deliberadas do que intuitivas.

Além da publicidade, a simples possibilidade de ter a sua decisão revista também produz os mesmos efeitos. Diversos estudos empíricos já comprovaram que, quando a decisão de um indivíduo fica sujeita à uma avaliação posterior por outros, há uma tendência de decidir melhor e de modo mais deliberado[498].

Por essa razão, a ideia de *accountability* em sentido amplo é essencial para que as decisões judiciais sejam tomadas com um especial esforço pela deliberação.

3.8.5 A vigilância recíproca dos agentes que atuam no processo

Exatamente em razão de os indivíduos perceberem mais facilmente a ocorrência de vieses em outros do que em si, é preciso que haja, a todo o tempo, uma vigilância recíproca

---

[495] BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences:* a perspective on judicial behavior. New Jersey: Princeton University Press, 2006, p. 25: "In their essence, the premises of my inquiry into judges and their audiences are simple: 1. People want to be liked and respected by others who are important to them. 2. The desire to be liked and respect affects people's behavior. 3. In these respects, judges are people".

[496] WOLKART, Erik Navarro. *Op. cit.*, pp. 503-504: "Dizer que as pessoas preocupam-se com a própria reputação é afirmação quase tautológica. Além da necessidade de reconhecer-se no outro, a reputação está diretamente ligada à ideia de prestígio, poder e influência na sociedade. É, em última instância, um tipo de bem que confere grande *utilidade* ao indivíduo. Todos desejam a amizade e a influência de pessoas com alto *status* social, ao mesmo tempo em que temem sua inimizade pelas consequências negativas potencialmente daí advindas. A história biológica e psicológica da humanidade comprova, ainda, que a busca feroz pela reputação (ou *status social*) tem sido um importante mecanismo de evolução social".

[497] MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Op. cit.*, pp. 89-90: "No *domínio social*, a identidade é construída a partir da avaliação e do reconhecimento obtidos do outro. Cada indivíduo relaciona-se com diversas pessoas e com diversos grupos e preocupa-se com a opinião que eles formam a seu respeito. Por isso, quando em contato com terceiros, o indivíduo geralmente apresenta uma identidade que deseja ver reconhecida e uma espécie de plano para atingir esse objetivo. Em público, altera seus comportamentos, com o fim de produzir a imagem que deseja a respeito de si mesmo. Além disso, busca ambientes que reconheçam e validem tal imagem, selecionando e influenciando situações. Também os juízes buscam validar junto ao público uma determinada identidade almejada. Essa identidade funciona como um reforçador ou como um limitador de sua identidade real e de seus valores, conforme a identidade almejada seja convergente com os últimos ou divergente deles".

[498] GEEN, Russell G. Social motivation. *Annual Review of Psychology*, vol. 42, pp. 377-399, 1991; GUERIN, Bernard. Reducing evaluation effects in mere presence. *The Journal of Social Psychology*, vol. 129, issue 2, pp. 183-190, 1989; HARKINS, Stephen G; JACKSON, Jeffrey M. The role of evaluation in eliminating social loafing. *Personality and social psychology bulletin*, vol. 11, issue 4, pp. 457-465, 1985.

quanto ao tema por parte de todos os sujeitos processuais. Deste modo, caso algum dos sujeitos processuais perceba a ocorrência de um viés, é importante demonstrar, educadamente, por óbvio, a sua ocorrência e explicar os demais sobre o fenômeno, tudo na linha da cooperação processual que tem ganhado corpo entre os processualistas nos últimos tempos. De todo modo, sobre este aspecto, ressalta-se, na esteira de Nunes, Silva e Pedron, que:

> [...] a demonstração de vieses pelos demais sujeitos do processo não pode ser tomada negativamente pelo juiz - como algo pejorativo ou desrespeitoso -, mas antes, tem por objetivo fazer com que ele, cooperativamente, compreenda aquilo que às vezes nem ele mesmo conhecia, que se assentava no silêncio, sob a forma de um enviesamento, mas que movia sua ação em um determinado sentido, colocando em risco a racionalidade desta [...][499].

É evidente que as soluções apresentadas até este momento podem ser aplicadas conjuntamente. A título exemplificativo, em um artigo dedicado a explorar e a propor soluções para os vieses cognitivos que atingem membros do Ministério Público[500], Alafair S. Burke sugere que sejam adotadas as seguintes medidas para mitigar os desvios: (a) educar e instruir os Promotores acerca dos vieses cognitivos[501]; (b) a adoção do papel de "advogado do diabo" pelo próprio membro do Ministério Público, o que significa precisamente adotar uma postura contraintuitiva e a técnica do falseamento do pensamento intuitivo inicial[502]; (c) discutir o caso com colegas da Promotoria que não estejam envolvidos (e não estejam, assim, enviesados)[503];

---

[499] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, p. 168.

[500] BURKE, Alafair S. Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors. *N.Y.U.J.L. & Liberty*, v. 2, p. 512-530 (2007), p. 515: "[...] there has been increased attention to the possibility that unintentional cognitive biases can play at least as large a role in wrongful convictions as intentional prosecutorial misconduct. A growing literature seeks to attribute poor prosecutorial decision making to a set of information-processing biases that we all share, rather than exclusively to ethical or moral lapses. From this perspective, prosecutorial resistance to defense claims of innocence can be viewed as deep (and inherently human) adherences to the 'sticky' presumptions of guilt that result from various forms of cognitive bias that can impede the neutrality of prosecutors throughout their handling of a case".

[501] *Ibid.*, pp. 522-523: "Some empirical evidence suggests that education can potentially mitigate bias, especially if the education focuses on the cognitive processes that can lead to bias. It is not surprising, therefore, that commentators have continually called for increased prosecutorial training regarding the dangers of cognitive bias. This is an especially easy reform for prosecutors to institute. Most prosecutors' offices already conduct internal educational sessions for their lawyers to comply with state bar requirements of continuing legal education. Prosecutors' offices could readily supplement existing programs with additional training about the various forms of cognitive bias and the dangers they present for prosecutorial decision making".

[502] *Ibid.*, p. 524: "Empirical evidence suggests that cognitive bias can be mitigated when people are forced to articulate arguments that contradict their existing beliefs. Accordingly, individual prosecutors could attempt to neutralize their decision making by regularly 'switching sides' on their files and reviewing cases from the perspective of defense counsel".

[503] *Ibid.*, pp. 525-526: "Although individual prosecutors can attempt to provide their own checks on cognitive bias, an additional method of injecting neutrality into prosecutorial decision making is to involve additional, potentially less biased prosecutors in the decision making process. A 'fresh look' by attorneys unassociated with initial sticky charging decisions may dilute the biasing effects of selective information processing and belief perseverance".

(d) transparência externa sobre as decisões e os trabalhos realizados na Promotoria, a fim de ampliar o *accountability*[504].

Com algumas adaptações, essas propostas também podem ser aplicadas a juízes. A conscientização acerca do problema e a adoção de uma postura contraintuitiva (adotar o papel de "advogado do diabo", nos dizeres de Burke) são perfeitamente aplicáveis e já foram objeto de análise. A ideia de debater o caso internamente deve ser adaptada. Por evidente, não se imagina, salvo, talvez, em órgãos colegiados, um magistrado debatendo a solução de um caso com um colega. No entanto, trata-se de proposta perfeitamente utilizável quando se pensa na ideia de debater a questão dentro do respectivo gabinete, entre seus assessores e funcionários. Por fim, a ideia de transparência externa, muito ligada à publicidade, permite que os demais sujeitos processuais possam perceber e agir com relação a esses vieses, mostrando e explicando ao magistrado a sua ocorrência, além de atuar na *accountability*, também já abordada.

Enfim, tem-se que, aliada às demais estratégias analisada, a vigilância recíproca entre os sujeitos processuais pode produzir bons frutos na mitigação das ilusões cognitivas.

3.8.6 Mecanismos de isolamento do tomador de decisão enviesado

Além de todos os instrumentos mencionados, alguns dos vieses cognitivos são solucionados de modo mais eficiente pelo isolamento do agente enviesado. É o que ocorre, por exemplo, com o viés confirmatório. Como o magistrado que presidiu a audiência de custódia ou que decretou cautelares fica enviesado para a decisão de mérito do processo, a melhor solução é torná-lo impedido para proferir a sentença final. Assim, o responsável por essa decisão passará a ser o seu substituto ou o seu tabelar.

Considerando que soluções do gênero serão abordadas no Capítulo 5, deixa-se de se aprofundar neste tema neste momento, sabendo-se, no entanto, que as técnicas de isolamento são utilizadas e mencionadas por diversos estudiosos sobre o tema.

---

[504] *Ibid.*, p. 527: Accordingly, a final method of checking prosecutorial cognitive bias is to introduce external checks on prosecutor decision making. This could be accomplished indirectly by increasing the transparency of prosecutorial decisions that usually take place behind closed doors. For example, Professors Angela Davis and Daniel Medwed have each recommended the creation of prosecutorial public information offices to disclose prosecutorial policies and increase prosecutorial accountability".

3.8.7 O combate ao fenômeno do esgotamento do ego

Já se mencionou, em mais de um momento deste trabalho, que o esgotamento do ego é um fenômeno segundo o qual, após a realização de grandes esforços físicos, emocionais ou cognitivos, os indivíduos tendem a se esforçar menos para utilizar o Sistema 2 nas atividades que forem realizar em seguida. O esgotamento do ego é acentuado por fatores como fome, sono, falta de energia (glicose), dentre outros.

Quando a pessoa se encontra nesta situação, há uma tendência muito grande de decidir apenas pelo Sistema 1 e de incorrer, continuamente, em desvios cognitivos. Por isso, embora o esgotamento do ego não seja propriamente um viés, ele é uma de suas principais fontes, e constitui um contexto muito propício para a sua ocorrência. Por esta razão, é muito importante que se entenda como fazer para combatê-lo.

O tema será abordado em um tópico específico no Capítulo 5 e, por isso, não será objeto de aprofundamento neste momento. Apenas não se pôde deixar de mencioná-lo, em razão do fato de que evitá-lo é de fato um instrumento para reduzir os vieses cognitivos em geral, e não apenas um deles.

3.9 Conclusão

Neste Capítulo 4, apresentou-se, inicialmente, o conceito de heurística e de viés cognitivo, para que o leitor possa se situar no tema e distinguir esses institutos de outros similares (como simples erros). Em seguida, adentrou-se em um dos principais debates sobre o tema: é ou não positivo decidir por heurísticas? Optou-se por um caminho intermediário, segundo o qual essa espécie de decisão possui suas vantagens, mas, em circunstâncias e contextos muito específicos, podem produzir vieses cognitivos, que devem ser combatidos.

Então, passou-se a demonstrar que diversos estudos empíricos demonstram que magistrados também estão sujeitos a vieses cognitivos e que, por isso, é extremamente importante que conheçam o tema, que, infelizmente, ainda é desconhecido pela maioria dos juristas no Brasil.

O item seguinte analisou o papel da *expertise* no desenvolvimento da intuição, e se esta pode, quando decorrente de especialistas, blindar as suas decisões de incorrer em ilusões cognitivas. Demonstrou-se que, a despeito de sua importância, a *expertise* não evita os desvios

cognitivos nas circunstâncias específicas em que eles são produzidos, ainda que, de fato, possa melhorar as decisões com relação a diversos outros aspectos. Assim, mesmo os juízes experientes podem se beneficiar de uma conscientização e educação acerca do tema abordado nesta dissertação.

Este Capítulo ainda tratou de alguns dos principais questionamentos que poderiam ser opostos a este trabalho, como o fato de os processos terem uma longa tramitação, o de os juízes não terem o costume de decidir em audiência, e a constatação de que, normalmente, são seus assessores que elaboram as minutas das decisões. Conforme visto, nenhum desses argumentos afasta a utilidade do presente trabalho.

Por fim, foram estudados alguns mecanismos de mitigação ou eliminação dos vieses cognitivos de um modo geral, sabendo-se que os instrumentos que digam respeito a um desvio especificamente considerado serão objeto de estudo no próximo Capítulo.

4 HEURÍSTICAS E VIESES ESPECÍFICOS NAS DECISÕES JUDICIAIS

4.1 Introdução

Após uma análise, em abstrato, sobre a presença do Sistema 1 na tomada de decisão dos magistrados, dedica-se este Capítulo ao estudo dos vieses cognitivos em espécie. Considerando a enorme quantidade de desvios existentes, optar-se-á por um recorte metodológico de modo a abranger apenas aqueles que atendam ao seguinte: (a) tenham sido objeto de considerável elaboração teórica e demonstração empírica; (b) haja estudos sobre a sua incidência em decisões judiciais; (c) possua consequências importantes no âmbito jurídico.

Diante desse recorte, serão estudados os seguintes tópicos: (1) o fenômeno do esgotamento do ego; (2) a ancoragem; (3) o viés retrospectivo; (4) o efeito halo; (5) o viés de grupo; (6) o efeito colegiado; (7) o efeito do enquadramento e (8) o viés de confirmação.

Os tópicos dedicados a cada um desses fenômenos seguirão, ao menos como regra, uma estrutura padrão, na qual iniciar-se-á explicando no que ele consiste, em conjunto com os estudos empíricos que comprovam a sua ocorrência. Em seguida, serão apresentados os estudos voltados ao campo das decisões judiciais, seja em júris simulados ou naqueles que analisaram a presença dos vieses cognitivos nas decisões de magistrados. O item seguinte tratará dos problemas jurídicos advindos daquele desvio cognitivo e, por fim, serão analisadas estratégias para eliminação ou mitigação do viés.

4.2 O esgotamento do ego

4.2.1 No que consiste

De início, ressalta-se que o esgotamento do ego não é, em si mesmo, um viés cognitivo. Trata-se, na verdade, de fenômeno que decorre do cansaço, da fome e de variáveis semelhantes, que faz com que os indivíduos tendam a decidir pelo Sistema 1 e incorram em vieses cognitivos. Por isso, entende-se que é apropriado abordá-lo de forma específica nesta dissertação. No Capítulo 2, quando foram apresentadas as duas formas de pensar, mencionou-se que, em razão do esforço e da energia mentais exigidos para decidir de forma deliberada, o rendimento do Sistema 2 diminui quando ocorre o *esgotamento do ego* - isto é, quando já está

cansado de outros esforços (mentais, físicos ou emocionais), quando não se dormiu o suficiente, e quando o indivíduo não está adequadamente suprido de glicose. O fenômeno é real.

Os primeiros desenvolvimentos teóricos sobre o tema envolveram a ideia de autocontrole. Como lecionam Roy F. Baumeister, Kathleen D. Vohs e Dianne M. Tice, atividades que exigem esforço para autocontrole fazem com que, em ações posteriores, os indivíduos não consigam se controlar adequadamente. Assim, um indivíduo que precisou se esforçar para realizar uma atividade que não desejava, provavelmente terá menos autocontrole para, por exemplo, alimentar-se de forma saudável, ou para realizar um esforço cognitivo complexo de forma deliberada[505]. Especificamente quanto a este último ponto, encontra-se comprovado por estudos empíricos que o *esgotamento do ego* diminui a capacidade de raciocinar deliberadamente, de pensar logicamente ou de compreender textos complexos[506].

Atualmente, há mais de 200 estudos empíricos documentando consequências geradas pelo *esgotamento do ego*, que vão desde a redução do raciocínio, até o aumento da agressividade, compulsão alimentar, vícios, dentre outras. Hagger, Wood, Stiff e Chatzisarantis publicaram um artigo, em 2010, contendo uma recapitulação de 83 destes estudos[507]. Interessa a este trabalho, especificamente, os efeitos do fenômeno sobre o raciocínio e o processamento deliberado de informações e de tomada de decisões.

Em síntese, o processamento pelo Sistema 2 reduz em grande grau após atividades como pensar deliberadamente sem descanso por um longo período; precisar resistir a grandes tentações; controlar emoções; realizar um exercício físico muito vigoroso sem descansar (ou sem alimentar adequadamente posteriormente) e outros esforços semelhantes. Em 2007, demonstrou-se, ainda, que baixos níveis de glicose (ficar horas sem alimentação, por exemplo) também podem provocar o *esgotamento do ego* e que, por outro lado, a sua ingestão (como em um simples copo de limonada) pode combater o fenômeno[508].

---

[505] BAUMEISTER, Roy F.; VOHS, Kathleen D.; TICE, Dianne M. The Strength Model of Self-Control. *Current Directions in Psychological Science*, *16*(6), p. 351–355, 2007, p. 351: " Self-control is a central function of the self and an important key to success in life. The exertion of self-control appears to depend on a limited resource. Just as a muscle gets tired from exertion, acts of self-control cause short-term impairments (ego depletion) in subsequent self-control, even on unrelated tasks. Research has supported the strength model in the domains of eating, drinking, spending, sexuality, intelligent thought, making choices, and interpersonal behavior".

[506] SCHMEICHEL, Brandon J.; VOHS, Kathleen D.; BAUMEISTER, Roy F. Intellectual Performance and Ego Depletion: Role of the Self in Logical Reasoning and Other Information Processing. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 85, n. 01, p. 33-46, 2003.

[507] HAGGER, Martin S.; WOOD, Chantelle; STIFF, Chris; CHATZISARANTIS, Nikos L. D. Ego depletion and the strength model of self-control: a meta-analysis. *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 04, p. 495-525, 2010.

[508] GAILLIOT, Matthew T.; BAUMEISTER, Roy F. The physiology of willpower: linking blood glucose to self-control. *Personality and Social Psychology Review*, *11*, 303–327, 2007; GAILLIOT, Matthew T.; BAUMEISTER, Roy F. Self-regulation and sexual restraint: dis- positionally and temporarily poor self-regulatory abilities

Já foram realizados alguns estudos empíricos relacionando o *esgotamento do ego* com a tomada de decisão de um modo geral. Em primeiro lugar, comprovou-se que o ato de decidir sucessivamente promove o esgotamento para atividades ou decisões posteriores[509]. Além disso, demonstrou-se também que, quando a pessoa está neste estado de esgotamento, ela tende a tomar decisões pelos métodos que empreguem o menor esforço, adotando, em regra, pensamentos intuitivos[510]. Se considerados conjuntamente, estes estudos permitem concluir que a tomada sucessiva e prolongada de decisões, sem algum mecanismo de contrabalancear o esgotamento (como o descanso ou a alimentação) gera a tendência de que as escolhas sejam progressivamente intuitivas e processadas com cada vez menos esforço.

Diante desses achados, a importância de estudar essa condição nas decisões judiciais fica evidente, e é o que se passa a fazer no próximo tópico.

4.2.2 Estudos empíricos sobre o esgotamento do ego nas decisões judiciais

Há estudos específicos analisando o esgotamento do ego em magistrados. O mais conhecido deles, já mencionado no Capítulo anterior desta dissertação, foi conduzido por Shai Danziger, Jonathan Levav e Liora Avnaim-Pesso e publicado em 2011, tendo-se demonstrado que esse fenômeno esteve presente em decisões dos comitês sobre livramento condicional (os comitês eram presididos por juízes togados). Apenas para que se recorde os achados sobre este estudo, verificou-se que, pela manhã (com os juízes descansados e alimentados após o café), havia a tendência de se conceder uma média de 65% dos livramentos condicionais. Após longas horas de trabalho sem alimentação, esse número caía para algo próximo de 0%. Com uma pausa para o lanche, o número voltava a 65%, e, novamente, tendia a cair ao longo das horas, situação que se repetiu quando da pausa para o almoço[511].

---

contribute to failures at restraining sexual behavior. *Personality & Social Psychology Bulletin*, *33*, 173–186, 2007; GAILLIOT, Matthew T.; BAUMEISTER, Roy F.; DEWALL, C. Nathan; MANER, Jon K.; PLANT, E. Ashby; TICE, Dianne M.; BREWER, Lauren E.; SCHMEICHEL, Brandon J. Self-Control Relies on Glucose as a Limited Energy Source: Willpower Is More Than a Metaphor. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 92, no. 2, pp. 325-336, 2007.

[509] VOHS, Kathleen D.; BAUMEISTER, Roy F.; SCHMEICHEL, Brandon J.; TWENGE, Jean M.; NELSON, Noele M.; TICE, Dianne M. Making choices impairs subsequent self-control: A limited-resource account of decision making, self-regulation, and active initiative. *Journal of Personality and Social Psychology*, *94*(5), 883–898, 2008.

[510] POCHEPTSOVA, Anastasiya; AMIR, On; DHAR, Ravi; BAUMEISTER, Roy F. Deciding without Resources: Resource Depletion and Choice in Context. *Journal of Marketing Research*, *46*(3), 344–355, 2009.

[511] DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. *Op. cit.*

Mas esse não foi o único estudo realizado sobre o tema envolvendo o Poder Judiciário. Em 2017, Kyoungmin Cho, Christopher M. Barnes e Cristiano L. Guanara publicaram relevante estudo no qual testaram a hipótese de que a privação do sono (ainda que pequena) impacta significativamente na dosimetria da pena realizada pelos magistrados[512]. Para testar essa suposição, os pesquisadores utilizaram o dia em que se inicia o *daylight saving time* nos EUA, que seria o equivalente ao horário de verão no Brasil. A mudança sempre ocorre na madrugada do segundo domingo de março. Apesar de ocorrer no domingo, geralmente, neste dia, os indivíduos conseguem dormir até mais tarde, razão pela qual já se comprovou que os efeitos da privação de sono provocadas por essa alteração normalmente ocorrem na segunda-feira que se segue à alteração (a ponto de alguns a denominarem de *sleepy monday*)[513].

Os pesquisadores compararam o tempo de condenação das sentenças penais proferidas, contra cidadãos americanos, nesta segunda-feira com a das segundas anteriores e das seguintes, entre os anos de 1992 e 2003 (o total de decisões analisadas foi de 4.037). O resultado foi o de que as sentenças proferidas na segunda-feira após a mudança para o horário de verão foram 5% mais gravosas do que as decisões proferidas em outras segundas[514]. Embora o percentual pareça pequeno, é importante perceber que a mudança envolve a perda de apenas 1 hora de sono. É de se presumir que os efeitos devam ser significativamente maiores quando um juiz decide após privações longas de sono, o que, ocasionalmente, deve ocorrer.

4.2.3 Problemas jurídicos relacionados

A rigor, diferentemente dos vieses cognitivos propriamente ditos, que possuem problemas jurídicos específicos e bem individualizados, o esgotamento do ego promove, na verdade, uma condição em que os juízes tendem a decidir mais pelo Sistema 1, de modo intuitivo, e sem empregar o esforço necessário para acionar o Sistema 2. Assim, quando esgotados, tendem a incorrer com uma frequência muito mais elevada nos demais desvios cognitivos que serão estudados no restante deste Capítulo.

---

[512] CHO, Kyoungmin; BARNES, Christopher M.; GUANARA, Cristiano L. Sleepy punishers are harsh punishers: daylight saving time and legal sentences. *Psychological Science*, vol. 28, no. 2, p. 242-247, 2017.

[513] Já se comprovou, por exemplo, que, nesta segunda-feira, ocorrem mais acidentes fatais de carro do que nas demais segundas do ano, cf. VARUGHESE, Jason; ALLEN, Richard P. Fatal accidents following changes in daylight saving times: the American experience. *Sleep Medicine*, vol. 2, issue 1, p. 31-36, jan., 2001.

[514] CHO, Kyoungmin; BARNES, Christopher M.; GUANARA, Cristiano L. *Op. cit.*, p. 243: "As we predicted, results showed that sentences rendered on sleepy Mondays were approximately 5% longer than those rendered on comparison Mondays".

De todo modo, para além das consequências indiretas acima mencionadas, os estudos empíricos listados no tópico anterior evidenciam ao menos duas violações jurídicas graves. A primeira delas à isonomia, tendo em vista que indivíduos em situações semelhantes recebem julgamentos distintos dependendo de fatores que não são motivos legítimos de discriminação e que não são nem mesmo a ele imputáveis. A segunda questão importante é a de que, em geral, as decisões jurídicas devem ser norteadas por algum critério determinado pela legislação, e o *esgotamento do ego* revela uma fuga a ele. Por exemplo, a dosimetria da sentença penal é inteiramente determinada pela legislação, e foi desenvolvida uma dogmática, a partir do disposto em lei, por meio da qual se fixa o montante da condenação. Quando um fator como o horário do dia, a falta de alimentação ou o quanto se dormiu na noite anterior influenciam em uma sentença, inevitavelmente tem-se que esta foi proferida sem a adoção, à risca, dos parâmetros legais destinados a regrar esta atividade.

4.2.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema

Já foi demonstrado, por meio de estudos empíricos, que alguns mecanismos podem reduzir ou combater o *esgotamento do ego*, e diversos deles podem ser utilizados por magistrados. O primeiro deles, já mencionado, é a recomendação de evitar baixos níveis de glicose no sangue. Evidentemente, não se está sugerindo que os juízes passem a ingerir açúcares ao longo do dia, o que certamente produz muito mais malefícios do que benefícios para a saúde humana. No entanto, evitar que o oposto ocorra é importante - ou seja, é crucial manter-se minimamente alimentado, sem passar longas horas sem ingerir qualquer alimento.

Também já se comprovou que uma pausa de 10 minutos entre duas atividades que demandem esforço reduz significativamente os efeitos do esgotamento[515]. Curiosamente, no mesmo artigo em que foi divulgado o estudo empírico acerca dessa informação, há mais duas conclusões importantes: (a) se a pausa for realizada de forma simples, o tempo mínimo necessário para eliminar o esgotamento é realmente de 10 minutos - intervalos menores não foram eficazes; (b) no entanto, se empregada em conjunto com técnicas de relaxamento (que podem ser simples como ouvir músicas relaxantes enquanto se adota técnicas de respiração), até uma pausa de 3 minutos pode se revelar eficaz para recompor a capacidade decisória.

[515] TYLER, James M.; BURNS, Kathleen C. The replenishment of the self's regulatory resources. *Self and Identity*, vol. 7, issue 3, pp. 305-321, 2008.

Considerando este último achado, aprender técnicas de relaxamento e adotar, de fato, pausas de 3 minutos entre a resolução de casos complexos ou a realização de audiências pode representar uma mudança significativa na qualidade das decisões judiciais e, considerando que o intervalo de descanso não é longo, certamente não irá prejudicar em nada na eficiência ou no número de processos julgados. Por evidente, nada disso substitui as pausas maiores feitas em momentos específicos do dia para alimentação, como no almoço, por exemplo.

Além disso, e sob uma perspectiva inteiramente diversa, já se disse que quando se realiza um esforço de autocontrole com relação a uma primeira atividade, a realização de uma segunda poderia ficar prejudicada, ainda que de espécie diversa (assim, por exemplo, resistir à tentação de comer doces, ou se forçar a ir à academia poderia prejudicar a habilidade de realizar atividades cognitivas complexas posteriores). No entanto, é comprovado que isso não mais se aplica quando se consegue formar um hábito[516]. Aliás, ocorre o oposto. Por exemplo, Baumeister, Gailliot, DeWall e Oaten comprovaram que realizar exercícios físicos de forma habitual, em vez de provocar o esgotamento do ego (como pode ocorrer nos primeiros dias de quebra do sedentarismo), tende a aumentar a resistência diante deste fenômeno[517]. Assim, a adoção de bons hábitos pelos juízes é imprescindível.

Por fim, embora isso possa parecer óbvio, é de extrema importância que os magistrados se cuidem enquanto indivíduos e possuam uma boa qualidade de vida. Isso inclui, por exemplo, dormir adequadamente (e repousar de um modo geral), para evitar os efeitos nocivos do estudo mencionado no tópico anterior.

4.3 O efeito de ancoragem

4.3.1 No que consiste

Quando um indivíduo mentaliza determinado número, é provável que, posteriormente, ao resolver um problema, o valor inicialmente idealizado exerça alguma influência sobre a sua resposta, ainda que não haja qualquer correlação entre esta e aquele

[516] GOTO, T.; KUSUMI, T. How can reward contribute to efficient self-control? Reinforcement of task-defined responses diminishes ego-depletion. *Motivation and Emotion*, *37*, 726–732, 2013.

[517] BAUMEISTER, Roy. F.; GAILLIOT, Matthew; DEWALL, C. Nathan; OATEN, Megan. Self-regulation and personality: how interventions increase regulatory success, and how depletion moderates the effects of traits on behavior. *Journal of Personality*, *74*, 1773–1801, 2006.

numeral. Isso ocorre porque o referido número é adotado inconscientemente pela mente humana como referencial (âncora) para a tomada de decisão.

Daniel Kahneman menciona um estudo empírico realizado por ele e por Amos Tversky, na qual alunos da Universidade de Oregon foram recrutados e submetidos a um teste[518]. Os pesquisadores adulteraram uma roda da fortuna, que só pararia no 10 e no 65. Após o aluno girar o objeto, era pedido para que ele escrevesse o número e os pesquisadores realizam duas perguntas: (a) A porcentagem de nações africanas entre membros da ONU é maior ou menor do que o número que você acabou de escrever? (b) Qual é a sua melhor estimativa sobre a porcentagem de nações africanas na ONU?

Apesar de o giro da roda da fortuna não oferecer qualquer informação útil à solução para o que foi perguntado, elas influenciaram a resposta que os participantes deram ao segundo questionamento (percentual de nações africanas na ONU), que foi, em média, 25% e 45%, para os que viram e escreveram 10 e 65, respectivamente.

O autor menciona que isso acontece sempre que um número for apresentado como uma solução possível para um problema de estimativa. Desse modo, e seguindo o exemplo dado por Kahneman, se for perguntado se Gandhi tinha mais ou menos do que 114 anos quando morreu e, depois, for perguntado a sua idade quando deste evento, as pessoas estimariam uma idade muito mais elevada para a morte de Gandhi do que se a mesma pergunta for formulada, mas com referência à idade de 35 anos.

Após as descobertas de Kahneman e Tversky, que foram publicadas em 1974 na Revista *Science* no artigo denominado *Judgment under uncertainty*: *heuristics and biases*[519], outros autores comprovaram que a ancoragem está presente nas mais diversas situações.

Na economia comportamental, por exemplo, George Loewenstein, Dan Ariely e Drazen Prelec demonstraram como ela se manifesta na formação de preços[520]. Neste estudo, os pesquisadores realizaram um leilão de diversos objetos com a participação de 55 alunos da Sloan School of Management do MIT. De início, os pesquisadores orientavam os participantes a escreverem em um papel os dois últimos números de seu seguro social e, em seguida, a anotarem se pagariam esse valor por cada um dos itens que seriam leiloados - garrafas de vinho, teclado sem fio, livro de design, dentre outros (por exemplo, se o número social de um

[518] *Ibid*., p. 133-134.

[519] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 1974, 185, 1124-1131.

[520] ARIELY, Dan; LOEWENSTEIN, George; PRELEC, Drazen. Coherent Arbitrariness: Stable Demand Curves without Stable Preferences. *The Quarterly Journal of Economics*, feb. 2013, pp. 73-106.

participante terminasse com 23, ele deveria escrever $23, e dizer se pagaria esse valor pela garrafa de vinho; em seguida, se pagaria esse valor pelo livro de design; etc.).

Após esse exercício inicial, o leilão foi realizado, os dados foram coletados e os resultados foram analisados. No final, os ofertantes dos lances mais altos eram justamente aqueles que possuíam o final do seguro social mais alto. Nos dizeres de Dan Ariely ao descrever o resultado dessa pesquisa:

> Os dígitos do seguro social serviram de âncora? Ficou claro que sim: os alunos com os dígitos mais altos no final do seguro social (de 80 a 99) fizeram os lances mais altos, ao passo que os de final mais baixo (1 a 20) fizeram os lances mais baixos. Os lances dos 20% mais altos, por exemplo, foram, em média, $56 pelo teclado sem fio; os lances dos 20% mais baixos foram, em média, $16. No fim, vimos que os alunos cujos dois últimos dígitos do seguro social estavam nos 20% mais altos faziam lances de 216% a 346% mais altos do que os alunos com os números de seguro social que terminavam nos 20% mais baixos[521].

Poder-se-ia imaginar que a ancoragem ocorre apenas com pessoas leigas, e que profissionais de suas respectivas áreas não estariam sujeitas ao efeito. No entanto, diversos estudos já demonstraram que não é o caso.

A título de exemplo, em 1987, foi publicada uma pesquisa realizada por Northcraft e Neale, na qual estudaram os efeitos da ancoragem na negociação de preços de imóveis, tanto no que diz respeito a leigos como a corretores imobiliários[522]. Os pesquisadores buscaram verificar o quanto o preço listado no anúncio influenciaria na avaliação do imóvel realizada posteriormente. Os participantes recebiam um documento com as informações acerca do imóvel (incluindo o preço do anúncio) e poderiam visitá-lo por 20 minutos. Em seguida, precisariam preencher um questionário determinando: (a) um preço neutro de avaliação (independentemente da posição de comprador ou vendedor); (b) o preço de anúncio que eles entendiam como razoável; (c) o preço que eles considerariam razoável pagar, como comprador, por aquela casa; (d) o menor preço que ele aceitaria por aquele imóvel se fosse o vendedor. Os participantes foram divididos em diversos grupos, e todos receberam o mesmo documento com as informações sobre o imóvel e o visitaram. Entre os grupos, havia uma única diferença: o preço listado no anúncio. O estudo foi realizado com 48 indivíduos leigos e com 21 corretores imobiliários (com uma média de 7 anos de experiência na profissão). O resultado foi o de que

---

[521] ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia a dia influenciam as nossas decisões* (tradução de Jussara Simões). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 23.

[522] NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, Amateurs and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 39, p. 84-97, 1987.

o montante pedido no anúncio influenciou significativamente tanto as avaliações realizadas pelos leigos como aquelas empreendidas pelos corretores. Após o experimento, a maioria dos indivíduos leigos (56,2%) reconheceu que o valor do anúncio foi um dos parâmetros utilizados para avaliação, embora a maioria dos corretores tenha negado o fato (apenas 24% reconheceu)[523]. Isso mostra que a ancoragem não apenas influencia os especialistas, como que, por vezes, o excesso de confiança pode torná-la menos visível para estes indivíduos.

Estudos acerca do efeito da ancoragem ligados ao Direito também já foram realizados. Além daqueles envolvendo a participação de magistrados, que serão estudados no próximo tópico, pode-se mencionar um conhecido experimento de Chapman e Bornstein, publicado em 1996, no qual buscou-se analisar se os jurados estão sujeitos a este efeito na fixação do montante condenatório de indenização (o que, em nosso sistema, seria atribuição de um juiz togado)[524]. Para tanto, realizou-se experimentos com júris simulados. O resultado revelou que a quantia pedida pelo autor realmente ancora a fixação da quantia monetária de indenização. No entanto, quantias muito exageradas podem trazer uma percepção negativa acerca da parte (ligada ao efeito *halo*), reduzindo as chances de obtenção de uma sentença de procedência[525]. Por isso, o autor deve buscar um ponto de equilíbrio, pedindo-se uma quantia alta que sirva como âncora, mas sem um exagero que possa trazer uma impressão desfavorável.

Uma vez demonstrado que o efeito de ancoragem é real, cumpre ressaltar que ele existe para auxiliar o ser humano a decidir de forma ágil. Possivelmente, se uma pessoa vai vender a sua casa, olhar o preço das casas vizinhas pode ser menos custoso do que avaliar o seu apartamento a partir de fatores intrínsecos. No entanto, após tomar um valor como referência, é necessário que se faça um ajuste (certamente, no caso da venda da casa, o vendedor irá analisar se o seu imóvel está em condições melhores que os dos vizinhos, se ele possui menos ou mais pressa em realizar a venda, dentre inúmeros outros aspectos). Ocorre que, geralmente, a mente humana só realiza o ajuste enquanto possui certeza de que ele é cabível (ou seja, de que o valor ainda está fora do padrão e que, portanto, precisa ser ajustado). A partir do momento em que o

---

[523] *Ibid.*, p. 91.

[524] CHAPMAN, Gretchen B.; BORNSTEIN, Brian H. The more you ask for, the more you get: Anchoring in personal injury verdicts. *Applied Cognitive Psychology*, vol. 10, p. 519-540, 1996.

[525] *Ibid.*, pp. 526-527: "Experiment 1 revealed three main findings. First, plaintiffs asking for extremely high amounts of compensation are perceived less favorably, in that they are viewed as relatively more selfish and less generous. Second, the amount requested nonetheless provides an anchor for estimates of the probability that the defendant caused the plaintiff's injury. Finally, the amount requested also serves as an anchor that affects compensation awards; this effect is linear, even with the extreme amounts used in this study. The results show clear evidence of a monetary anchoring effect in civil damage awards, as well as a cross-modality effect of anchors on liability judgments".

valor se torna minimamente plausível, a necessidade de ajustamento torna-se incerta, e para-se de ajustar a quantia[526]. E é por isso que, nesses casos, ocorre o viés cognitivo, em decorrência da ancoragem em um primeiro momento e, especialmente, do posterior ajuste insuficiente.

Apresentados o fenômeno e os estudos empíricos que o comprovaram, passa-se a analisar, então, os experimentos que buscaram testar a hipótese de que o efeito da ancoragem também pode afetar magistrados em suas decisões.

4.3.2 Estudos empíricos sobre o efeito de ancoragem nas decisões judiciais

O efeito de ancoragem nas decisões judiciais já foi objeto de diversos estudos. A maior parte deles foi realizada no exterior, mas o tema já foi tema de pesquisa por parte de Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro, que estudaram a presença da ancoragem na fixação de danos morais a partir da análise de casos julgados pelos I e II Juizados Especiais Cíveis da Regional Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro. Os pesquisadores publicaram dois artigos sobre o tema[527]. Por sua importância, já que foi realizado no Brasil, o estudo será analisado ao final deste tópico, após a apresentação das demais pesquisas empíricas.

Iniciando, assim, pelos estudos realizados no exterior, um artigo paradigmático sobre o tema foi publicado em 2001 por Birte Englich e Thomas Mussweiler[528], no qual foram publicados três experimentos. No primeiro, participaram 19 juízes que efetivamente exerciam esta função. Eram distribuídos autos com um caso hipotético de estupro para que os magistrados sentenciassem. Para metade deles, o pedido do Promotor era por uma condenação à 2 (dois) meses de pena privativa de liberdade. Para a outra metade, a pretensão condenatória era de 34 (trinta e quatro) meses. O resultado foi o de que, no primeiro caso, a média foi de 18,78 meses

---

[526] EPLEY, Nicholas; GILOVICH, Thomas. The Anchoring-and-Adjustment Heuristic: Why the Adjustments are Insufficient. *Psychological Science*, vol. 17, no. 4, p. 311-318, 2006, p. 316: "This research was first and foremost designed to explain why the use of the anchoring-and-adjustment heuristic yields reliable anchoring effects—that is, why adjustments tend to be insuffi- cient. Testing an idea first advanced by Quattrone et al. (1981), we obtained evidence that people adjust insufficiently from an initial anchor value because they stop adjusting once their adjustments fall within an implicit range of plausible values (see also Epley, Keysar, Van Boven, & Gilovich, 2004)".

[527] LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Belo Horizonte, a. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez., 2016; e LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 777-799.

[528] ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas. Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. In: *Journal of Applied Social Psychology*, 31, 7, January 2001, p. 1535-1551.

de condenação, enquanto que, no segundo, de 28,7 meses, demonstrando a ocorrência do efeito de ancoragem[529].

O segundo estudo publicado no artigo foi realizado com estudantes de Direito, e não com magistrados reais e, por essa razão, não será objeto de análise.

Já o terceiro foi novamente realizado com juízes (16 juízes, com uma experiência média de 15,4 anos de magistratura) e acrescentou uma variável interessante. Os pesquisadores decidiram pedir aos magistrados que analisassem autos com um caso hipotético, mas esclareceram que quem preencheu a pretensão de condenação nas peças atribuídas à Promotoria foram estudantes de ciência da computação em seu primeiro ano de graduação. Metade dos magistrados recebeu um pedido de condenação de 34 meses, e a outra metade de 12 meses, e, como resultado, os juízes do primeiro grupo condenaram a uma média de 35,75 meses de prisão, enquanto os do segundo sentenciaram a 28 anos, em média[530]. Esse estudo buscou demonstrar que, mesmo quando os magistrados sabem que aquele valor adveio de uma pessoa sem a formação necessária para arbitrá-lo, ainda assim ele pode funcionar como âncora.

Alguns anos mais tarde, English e Mussweiler voltaram a trabalhar com o tema, agora em parceria com Fritz Strack[531]. Os estudos do trio levaram à publicação, em 2006, de um dos mais conhecidos artigos sobre ancoragem no Poder Judiciário, realizado com a participação de juízes reais. A cada um deles dava-se um dossiê contendo narrativas realísticas de casos e, a eles, cabia aplicar a dosimetria da pena. Antes, contudo, eles eram ancorados de alguma forma acerca desse montante, com âncoras que partiam de fontes diversas, em conformidade com os diversos cenários criados pelos pesquisadores em cada um dos experimentos. O objetivo desse estudo era verificar se a ancoragem decorrente de valores aleatórios (como os utilizados por Kahneman e Tversky no estudo narrado com referência à roda da fortuna e ao número de países africanos integrantes da ONU) influenciava apenas pessoas leigas ou se também poderia atingir especialistas, tais como os magistrados.

Em um primeiro cenário, English, Mussweiler e Strack analisaram se o valor de condenação sugerido por uma jornalista em entrevista com o magistrado ou com o promotor os influencia. Para esse primeiro estudo, foram recrutados 23 juízes e 19 promotores, com uma média de mais de 10 anos de experiência profissional. A eles era dado autos judiciais sobre um

---

[529] *Ibid.*, p. 1540.

[530] *Ibid.*, p. 1545.

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

crime hipotético (mas realista, pois os pesquisadores contaram com o auxílio de juristas para elaborar o material) de estupro. Antes de a pena ser aplicada, um jornalista os questionava sobre a condenação, perguntando, para metade dos participantes, se a pena seria maior ou menor que 1 ano. Para o restante, indagava se a pena seria maior ou menor que 3 anos. Os juízes foram orientados a não o responder e a desconsiderar a sua pergunta. Em seguida, sentenciavam. Para a metade que foi sugestionada pela pergunta de 3 anos por parte do jornalista, a média de pena foi de 33,38 meses de prisão; enquanto que, os que foram indagados acerca da pena de 1 ano condenaram, em média, a 25,43 meses de prisão, demonstrando que o efeito ancoragem afeta a tomada de decisão judicial por magistrados treinados, mesmo quando oriundo de um dado que não deveria ser levado em consideração (uma pergunta não respondida de um jornalista em uma entrevista, que pode ocorrer na vida real).

Em um segundo estudo, o trio recrutou 37 juízes e 2 promotores, com uma média de 13,38 anos de experiência profissional, e os submeteu a um caso fictício de uma mulher que havia furtado itens de um supermercado pela 12ª vez. Os juízes eram submetidos a pedidos específicos de penas vindos dos promotores, mas eram devidamente esclarecidos que o número pedido pelo órgão ministerial era aleatório, e não derivava de uma análise legal específica. Para metade da amostra, o promotor pediu 3 meses de condenação; para a outra metade, pediu-se 9 meses. Posteriormente, recebia-se o pedido da defesa, que era de 1 mês de condenação, invariavelmente. Ainda que tenham recebido a informação de que o pedido do promotor era aleatório, quem recebeu o pedido de 9 meses condenou, em média, a 6,05 meses; enquanto os que foram sugestionados com o valor de 3 meses condenaram a uma média de 4 meses. Assim, demonstrou-se que o valor apresentado por último pela defesa não neutraliza o efeito.

O trio decidiu construir um terceiro estudo, no qual ficasse absolutamente claro, para os participantes, que o número apresentado como âncora era aleatório. Desse modo, nessa pesquisa, que utilizou o mesmo dossiê do estudo anterior, o número que visaria a ancoragem seria determinado por um lançamento de dados por parte dos próprios participantes. Neste cenário, foram recrutados 52 juízes no início de sua experiência na magistratura. Metade recebeu um par de dados viciados, cuja soma seria sempre 3; enquanto o restante recebeu outro par cuja soma resultaria sempre em 9. Esse somatório seria escrito no pedido de condenação do promotor por parte dos próprios participantes. Os juízes que receberam o pedido de condenação de 9 meses (número que foi determinado pelo lançamento de dados por eles mesmos) condenaram, em média, a 7,81 meses; enquanto os que receberam o pedido de 3 meses condenaram a penas de, em média, 5,28 meses.

Por fim, os autores decidiram repetir os estudos, utilizando o dossiê apresentado nos estudos 2 e 3 (narrados nos dois últimos parágrafos) em um grupo de juízes que não recebeu qualquer ancoragem. A média de condenação ficou em 5,62 meses. Desse modo, verifica-se que, realmente, o valor ficou intermediário com relação aos grupos dos dois últimos estudos, pelo que se pode concluir que, efetivamente, as âncoras influenciaram nas decisões judiciais (tanto para cima como para baixo) nos estudos anteriores, ainda que os valores propostos como âncora tenham sido completamente aleatórios.

Outro estudo sobre o efeito da ancoragem no Judiciário que se tornou conhecido foi conduzido por Chris Guthrie, Jeffrey J. Rachlinski e Andrey J. Wistrich[532]. A rigor, o artigo do trio conta com estudos empíricos envolvendo não só a ancoragem, mas também outros desvios cognitivos que podem afetar a decisão judicial. No entanto, quanto ao efeito da ancoragem, o estudo envolveu uma *moção para arquivamento de uma demanda por não atingir o valor mínimo*. Foram convocados 167 juízes federais para a realização do teste. Neste caso, tratava-se de um material representando uma demanda de responsabilidade civil, decorrente de um acidente de trânsito. O caminhão de uma companhia causou o acidente por uma falha no sistema de freios, e colidiu com o carro do autor, que sofreu danos permanentes, e ficou paraplégico. O autor pediu danos materiais (tanto os emergentes, decorrentes da hospitalização, como os lucros cessantes da impossibilidade de exercer a sua profissão) e morais. Os 167 juízes que participavam do experimento foram divididos em dois grupos: (a) um deles não recebia qualquer número a ser utilizado como âncora; (b) o outro grupo recebia uma moção de dispensa do caso, em razão de não atingir o valor mínimo necessário (U$ 75.000) para o exercício daquela jurisdição (seria algo análogo a, no Brasil, alegar que uma demanda federal estaria abaixo de 60 salários mínimos e, portanto, deveria tramitar nos Juizados Especiais Federais, e não perante uma Vara Federal).

Os resultados foram os seguintes: enquanto os juízes que não receberam a moção condenaram, em média, a um valor de U$ 1.249.000; os que a receberam arbitraram, em média, o montante de U$ 882.000. Em outros termos, por conta de uma moção que todos sabiam que era descabida (porque o dano era, evidentemente, maior que U$ 75.000), as companhias desse segundo grupo conseguiriam economizar U$ 367.000. A conclusão dos autores é que, inegavelmente, magistrados também estão sujeitos ao efeito da ancoragem.

[532] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, vol. 86, n. 4, may 2001, p. 777-830.

Muitos outros estudos já foram igualmente realizados para demonstrar o efeito da ancoragem em juízes, como: (a) o que demonstrou que fixar a pena criminal com base em meses ou em anos produz uma diferença significativa no tempo final de condenação[533]; (b) o que provou que a pauta influencia os julgamentos em razão da ancoragem, em um estudo no qual se demonstrou que a condenação elevada em um caso faz com que, no processo seguinte, os juízes tenham a tendência de fixação de penas numericamente mais elevadas[534]; (c) o que comprovou que saber que o autor recebeu um prêmio de U$ 415.300 em um programa de TV faz com que os juízes fixem indenizações mais altas para ele, mesmo em uma ação que não tem qualquer relação com o programa, cuja causa de pedir envolvia um tratamento discriminatório em uma relação de trabalho[535]; dentre inúmeros outros.

Além destes, Francisca Fariña, Ramón Arce e Mercedes Novo realizaram uma investigação em 555 decisões já proferidas, buscando isolar a variável da ancoragem por meio de análise multivariada de variância, e, como resultado, descobriram que 63,6% das decisões (proferidas fora de um contexto de laboratório, mas em casos reais) foram influenciadas pelo efeito da ancoragem[536]. Em 2017, em conjunto com outros pesquisadores, Fariña realizaria um novo estudo sobre a ancoragem com base em decisões reais, agora envolvendo 811 casos envolvendo disputa de custódia familiar, e o experimento concluiu pela presença do referido viés cognitivo em 70,2% dos casos[537].

Dois artigos em particular merecem especial atenção, por terem envolvido experimentos realizados no Brasil, realizados por Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro. No primeiro, publicado em 2016, os pesquisadores analisaram 1.102 processos julgados pelos I e II Juizados Especiais Cíveis da Regional Barra da Tijuca entre 2004 e 2015[538]. O resultado foi o de que, como regra geral, houve alguma correlação entre o valor da causa (suposta, pelos autores, como tendo sido o pedido da parte, tendo em vista que este foi o único dado que

---

[533] *Idem.* Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. In: Indiana Law Journal, 90, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1417>. Acesso em: 02/10/2018.

[534] *Loc. cit.*

[535] *Idem*. The "Hidden Judiciary": An Empirical Examination of Executive Branch Justice, *Duke Law Journal*, 58, p. 1477-1530, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol58/iss7/8>. Acesso em: 02/10/2018.

[536] FARIÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes. Anchoring in judicial decision-making. *Psychology in Spain,* vol. 7, no. 1, p. 56-65, 2003.

[537] FARIÑA, Francisca; REDONDO, Laura; CORRÁS, Tania; VILARIÑO, Manuel. Study of the effects of anchorage in judicial judgements in child custody dispute proceedings. *Acción Psicológica*, vol. 14, no. 2, pp. 147-156, 2017.

[538] LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, no. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016.

obtiveram) e o valor da condenação, porém ela foi pequena. As exceções ocorriam quando as partes pediam valores abaixo da média que normalmente era pedida ou quando requeriam valores quebrados, casos em que os índices de correlação aumentavam.

Talvez a baixa correlação possa ser explicada pelo seguinte aspecto: casos de dano moral envolvendo consumidores em juizados especiais são extremamente repetitivos. Deste modo, de fato, provavelmente o magistrado não fica ancorado pelo valor pedido na inicial, mas sim pelo montante fixado nos precedentes que, invariavelmente, são utilizados para decidir (até porque, normalmente, as minutas em casos repetitivos são elaboradas com base em modelos de casos anteriores). Por isso, acredita-se que a ancoragem deva ser sentida mais fortemente em casos que não representem temas repetitivos.

Dois anos mais tarde, Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro voltaram ao tema, e analisaram 524 casos nos I e II Juizados Especiais Cíveis da Regional Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, julgados entre 2011 e 2014, a fim de verificar a presença da ancoragem na fixação de danos morais em demandas envolvendo consumidores[539]. Desta vez, no entanto, houve algumas variações com relação à pesquisa anterior: (a) o estudo foi feito efetivamente com base no valor do pedido, e não no valor da causa; (b) analisou-se como a ancoragem impactaria em alguns setores diferentes (varejo, telecomunicações, bancário e aéreo). O resultado foi inicialmente semelhante ao anterior (com alguma correlação, porém baixa, exceto nos casos de valores abaixo da média ou quebrados), porém observou variação no que diz respeito aos setores envolvidos. Mais especificamente, no caso do setor aéreo, a influência da ancoragem foi extremamente significativa.

Esse achado parece confirmar a hipótese que se sustentou anteriormente, no sentido de que haveria menos ancoragem no caso de temas mais repetitivos, como, por exemplo, no varejo e em telecomunicações. Quando o caso envolve maiores particularidades ou complexidades, a tendência da ancoragem possivelmente é maior. Precisamente em razão disso, imagina-se que, fora dos juizados especiais, em casos bastante individualizados (como ações civis públicas e demandas ambientais, por exemplo), a ancoragem deva exercer uma influência notável. De todo modo, esta é uma hipótese que ainda demanda um estudo empírico.

---

[539] LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, pp. 777-799, 2018.

O fato é que, diante de tantos estudos empíricos anteriores que possuem a mesma conclusão, não há como se negar que existe um viés de ancoragem que afeta o contexto de descoberta das decisões judiciais, e que isso não pode ser negligenciado pela Ciência Jurídica.

4.3.3 Problemas jurídicos relacionados ao efeito da ancoragem

4.3.3.1 A ancoragem na fixação de indenizações

Conforme visto pelos estudos anteriormente mencionados, um dos problemas mais comumente relacionados ao efeito da ancoragem diz respeito à fixação de indenizações. É possível que fatores como o pedido elaborado pela parte autora, ou eventual contestação por parte do réu (inclusive de incompetência de uma Vara Federal, por supor que o montante é menor do que o limite para litigar nos Juizados) influenciem a quantia final da condenação[540].

É evidente que alguns fatores podem gerar variações nesta análise. Por exemplo, quando se trata de danos materiais - especialmente os emergentes -, é possível que este efeito seja reduzido, tendo em vista que se exige a comprovação dos prejuízos efetivamente sofridos. No entanto, em casos com menor grau de concretude, como danos morais, há espaço para a ocorrência deste viés. Esta foi uma das razões para Leal e Ribeiro terem realizado os estudos acima citados com base nos danos morais, conforme ressaltam os autores:

> [...] selecionamos casos que envolvem a fixação de valores devidos a título de danos morais. Este nos pareceu um tipo de problema plenamente adequado para a verificação de efeito de ancoragem, uma vez que a fixação de dano moral pressupõe análises particularistas relacionadas a eventuais restrições a direitos fundamentais que não são claramente parametrizadas por regras do direito. Havendo, portanto, altas margens de liberdade para o magistrado, pretendemos investigar, no fundo, se, para a fixação do quantum devido, dada a indeterminação do direito, como a psicologia cognitiva sugere, os juízes são simplesmente enviesados a ajustar os valores deferidos em função do pedido formulado pela parte – o que pode ser, por exemplo, um obstáculo para a efetiva concretização da proteção ao consumidor como garantia constitucional[541].

---

[540] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, pp. 103-104: "Advogados, mesmo inconscientemente, ao realizar judicialmente pretensões de alimentos e indenizatórias apresentam de modo recorrente pedidos superiores ao que almejam. O que agora se percebe é que tais valores conduzem a ancoragens decisórias que balizam os julgamentos que muitas vezes não encontram lastro probatório nos autos, mas que com alguma habitualidade induzem os julgadores a tomar aquele valor na fixação da condenação. Schweizer aponta que advogados hábeis utilizam o viés de ancoragem estrategicamente em benefício de seus clientes".

[541] LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, no. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016, p. 261.

Além disso, é preciso que se ressalte que, em casos envolvendo temas repetitivos e com muitos precedentes com danos morais já fixados, é provável que a ancoragem não exerça efeito ou que a correlação seja muito baixa (por esta razão, aliás, embora alguns autores apontem que a fixação de alimentos estaria sujeita a ancoragem, é provável que seu efeito nesse tipo de decisão seja muito baixo no Brasil). Crê-se que, em processos mais individualizados e com muitas particularidades, a possibilidade de incidência do efeito seja maior, considerando que haverá menos parâmetros para o magistrado se basear no momento de fixar a indenização.

4.3.3.2 A ancoragem na dosimetria da pena

Conforme se pôde perceber diante dos estudos empíricos apresentados, outro sério problema relacionado ao efeito da ancoragem diz respeito à dosimetria da pena[542]. Como se demonstrou, fatores como a pena pedida pelo Promotor de Justiça, a indagada por um jornalista ou mesmo a decorrente de um número sorteado no dado e anotado pelo juiz no processo podem influenciar o montante da condenação criminal.

É irrefutável que isso afeta toda a dogmática construída para o Direito Penal. Em primeiro lugar, sabe-se que o sistema constitucional brasileiro adota o princípio da individualização da pena em seu art. 5º, XLVI[543], de modo que esta deve ser particularizada para cada indivíduo nos planos legislativo, judicial e executório. Não bastasse, o Código Penal determinou, em seu art. 59, que a pena seja escolhida, aplicada e fixada na medida em que seja necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime[544]. Além disso, adotou-se o sistema trifásico de Nelson Hungria em que primeiro se fixa a pena-base com base nas circunstâncias judiciais, em seguida a intermediária com base em agravantes e atenuantes e,

---

[542] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, p. 104: "Tal situação [a ancoragem] é igualmente verificável na atuação do Ministério Público ao requerer fixações de pena (no campo penal) e pretensões indenizatórias no campo ambiental. Punições inapropriadas são frequentemente aplicadas pelo seguimento de valores orientadores apresentados conscientemente ou inconscientemente".

[543] Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. (...) XLVI - a lei regulará a individualização da pena (...).

[544] Código Penal (Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

finalmente, a pena definitiva a partir das causas de aumento e de diminuição de pena. Vê-se, portanto, que o sistema buscou formas de reduzir a discricionariedade judicial e de assegurar que cada indivíduo receba apenas a quantidade de pena adequada ao seu caso específico.

Por um lado, não se pode negar que todos esses parâmetros legais provavelmente reduzem a incidência de vieses cognitivos e do efeito da ancoragem na fixação da pena (o que demanda, no entanto, estudo empírico posterior para comprovar essa hipótese). No entanto, fato é que, se o efeito permanecer (ainda que de forma mitigada), todo esse sistema estará sob risco, pois fatores absolutamente indiferentes ao crime cometido estarão influenciando sensivelmente o montante de pena fixado.

4.3.3.3 A ordem de processos na pauta e o viés da ancoragem

Em primeiro lugar, é interessante notar como alguns magistrados experientes possuem, ao menos instintivamente, a ideia de que a ordem dos processos na pauta pode efetivamente influenciar o seu resultado. Conforme foi analisado no Capítulo 3, José Carlos Barbosa Moreira, em artigo de 1994, já intuía que a ordem e a proximidade com que determinados processos estejam pautados poderia gerar consequências no julgamento[545].

De forma semelhante, Alexandre Morais da Rosa, juiz que conta com muitos anos de experiência na magistratura, é capaz de reconhecer o efeito da ancoragem com relação à ordem de processos na pauta, conforme se verifica:

> O processo de ancoragem guarda pertinência com o que temos armazenado em nossa memória e, por isso mesmo, pode ser sugerido em cada momento do jogo processual, quer por argumentos, gestos ou sensações que promovam alteração na capacidade perceptiva, pela modulação da referência. Daí que a ordem das audiências pode fazer a diferença, já que se são pautados casos graves para o início e acontece condenação, fica-se a âncora, muitas vezes, para a análise do caso subsequente, com a tendência de considerar um caso menor como sendo de bagatela. Por exemplo, já realizei audiências no início da tarde de roubo (uso de armas e violência), com condenação, tendo, na sequência, o mesmo representante do Ministério Público considerado o caso de furto que havia denunciado como sendo insignificante. Se a ordem das audiências fosse invertida, talvez o resultado fosse outro. A referência ao julgamento anterior pode contaminar o seguinte. A elaboração de uma pauta de audiências é uma arte[546].

Buscando testar justamente esta hipótese, Guthrie, Rachlinski e Wistrich publicaram estudo em 2015 no qual, dentre os diversos experimentos realizados, constava um

[545] Vide nota 293.

[546] ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.*, pp. 150-151.

em que se analisava se a ordem dos processos na pauta influencia ou não o seu resultado em razão do efeito da ancoragem[547]. A hipótese dos pesquisadores era a de que julgar um processo em que se impôs uma sentença condenatória alta pode ancorar o juiz para os julgamentos subsequentes (ainda que de crimes menos graves).

Para testá-la, eles realizaram o estudo em três oportunidades, todas com juízes: (a) com magistrados da Justiça Militar completando o curso de formação (e, portanto, sem experiência); (b) com os juízes que frequentaram a Conferência Judicial de Arizona de 2011; (c) com magistrados holandeses também em uma Conferência Judicial. Os participantes de todos os grupos deveriam julgar dois casos: um envolvendo um crime menos grave e outro relacionado a uma ofensa de maior gravidade. A diferença era a de que metade dos juízes analisaria os processos em determinada ordem, e a outra faria a sequência inversa.

O resultado foi o de que, com relação a todos os grupos de participantes, julgar o crime mais sério primeiro elevou sensivelmente a pena aplicada ao segundo (embora, curiosamente, o oposto não tenha ocorrido com a ordem invertida, com relação aos grupos de controle – ou seja, julgar primeiro o menos grave não atenuou a pena do crime mais grave)[548]. Deste modo, é possível concluir que a percepção dos juízes acima citados de que a ordem dos processos pode influenciar o resultado dos julgamentos efetivamente possui fundamento.

4.3.3.4 O processo penal e a "prerrogativa" da defesa de falar por último

Diante do exposto, vê-se que é uma boa estratégia para as partes a utilização de valores numéricos visando a ancorar os magistrados, desde que não busquem montantes excessivamente altos. Por isso, no Direito Penal, tanto o Ministério Público como a defesa podem se valer desse viés cognitivo para sugerir (e, assim, sugestionar o juiz) quantias de pena

---

[547] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. In: Indiana Law Journal, 90, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1417>. Acesso em: 02/10/2018

[548] *Ibid.*, p. 731: "Sentence order influenced the judges. Even though the cases clearly had nothing to do with each other, sentencing one defendant influenced the sentencing of the next. Sentencing a defendant to roughly 1 year in prison made a lengthy sentence seem excessive to the judges, even though the second case was a serious one. Additionally, sentencing a defendant to a lengthy sentence made a short sentence seem too short by comparison. We saw no evidence of the contrast effect. Instead, anchoring prevailed. The effect was more pronounced on the less serious case than the more serious one. In all three versions, sentencing the more serious crime first raised the sentence of the less serious crime, but the more serious crime was unaffected in two of the three variations. We are not certain why this occurred. Possibly, the judges felt that they had more discretion to raise the somewhat short sentence for the less serious crime than they had to lower the sentence for the more serious crime".

que entendem apropriadas ao caso. Como ambas as partes podem fazer isso, poder-se-ia crer que estariam em situação de igualdade, e que a âncora fornecida por uma anularia a da outra.

Ocorre que um ponto específico merece atenção. Como se sabe, na maior parte dos países ocidentais, inclusive no Brasil, a defesa possui a prerrogativa de "falar por último". Em outros termos, ela apresenta a contestação e alegações finais após a acusação, faz a sustentação oral em tribunais somente depois do acusador, falará nos debates orais perante o tribunal do júri após o Ministério Público, e assim por diante. Entende-se que esta é uma prerrogativa decorrente da ampla defesa, tendo em vista que possibilitará que a defesa seja apresentada já ciente dos argumentos utilizados pela acusação, permitindo rebatê-los.

No entanto, em 2005, Englich, Mussweiler e Strack publicaram estudo contendo dois experimentos, que juntos demonstraram que a âncora oferecida pelo Promotor de Justiça não é passível de neutralização pela defesa, ainda que esta ofereça uma "contra-âncora"[549]. Isso porque a parte defensiva, ao oferecer a sua própria sugestão de pena, já é previamente ancorada pela proposição acusatória. Dois dados são importantes sobre o experimento. O primeiro é o de que ele foi realizado com bacharéis em Direito (ainda que não juízes). A segunda informação é, todavia, ainda mais importante: o estudo foi realizado na Alemanha, com bacharéis deste país. Isso é relevante porque o Código Penal alemão adota um sistema muito parecido com o brasileiro, inclusive com um mecanismo rígido de dosimetria de pena. Poder-se-ia esperar que isso neutralizaria o efeito de ancoragem, mas isso não ocorreu.

Feitas essas observações, menciona-se que, no primeiro experimento (que verificou se a defesa, quando faz a sua proposta de pena, fica ancorada pela sugestão prévia dada pela acusação), os participantes foram divididos em dois grupos. Em um deles, o Ministério Público sugeriu 34 meses de pena e, no outro, 12 meses. O resultado constatou que essa alteração influenciou significativamente a pena proposta pela defesa em suas alegações finais (de 16,77 meses no primeiro caso; e de 9,6 meses no segundo).

No segundo experimento, eles recrutaram 40 juízes e 2 promotores (com uma média de 13,8 anos de experiência profissional) para proferir as sentenças do caso anterior, já com o pedido do Ministério Público e com a contraproposta da defesa apresentada. A ideia deste experimento foi a de verificar o quanto a proposta da acusação influenciava no julgamento, já considerada a contraproposta da defesa. Como resultado, os magistrados submetidos à proposta de 34 meses da acusação (com os correspondentes 16,77 da defesa)

[549] ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz. The last word in court - a hidden disadvantage for the defense. *Law and Human Behavior*, vol. 29, no. 6, pp. 705-722, December 2005.

condenaram a uma média de 27,64 meses. Já os juízes que receberam o pedido ministerial de 12 meses (com a contraproposta defensiva de 9,6 meses) condenaram a 19,3 meses, em média.

Daí restar inequívoco que a âncora ministerial mais alta acabou por influenciar a sentença final, seja porque também interferiu na contraproposta defensiva (que foi, por si só, mais alta), seja porque, conforme já comprovado por estudos empíricos, a primeira proposição utilizada como âncora não se desfaz integralmente só pelo fato de se apresentar uma segunda[550].

Em síntese, sabe-se que a prerrogativa defensiva de falar por último tem as suas vantagens (como o prévio acesso aos argumentos ministeriais para poder refutá-los). Contudo, o efeito da ancoragem demonstra que também há desvantagens. Por esta razão, e considerando que se trata de uma prerrogativa, a melhor solução seria permitir que a defesa pudesse optar no que diz respeito à ordem da palavra, ao menos no que diz respeito às alegações finais, sustentações orais e debates orais no júri (já que isso não seria possível na contestação).

4.3.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema

No Capítulo anterior, mencionou-se as vantagens da conscientização acerca dos vieses e de se adotar um comportamento contraintuitivo. Deve-se ressaltar que, com relação ao efeito de ancoragem, Mussweiler, Strack e Pfeiffer comprovaram que a adoção de uma técnica de falseamento, consistente em tentar listar razões e argumentos segundo os quais aquela âncora inicial (ou os valores dela decorrentes) é inapropriada, efetivamente reduzem a influência deste viés cognitivo[551]. Um dado interessante é que o estudo foi realizado com especialistas, e tudo indica pela aplicabilidade dos resultados a magistrados.

Fora esta, outra possível solução para a ancoragem advém da ideia de compartilhamento do processo decisório analisada no Capítulo anterior. Ao se deparar com uma pretensão indenizatória que não seja tão comum (e que, por isso, não tenha diversos precedentes

---

[550] ARIELY, Dan. *Op. cit.*, pp. 23 e ss.

[551] MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz; PFEIFFER, Tim. Overcoming the inevitable anchoring effect: considering the opposite compensates for selective accessibility. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 26, issue 9, pp. 1142-1150, 2000, p. 1142: "Anchoring effects - the assimilation of a numeric estimate to a previously considered standard - have proved to be remarkably robust. Results of two studies, however, demonstrate that anchoring can be reduced by applying a consider-the-opposite strategy. Based on the Selective Accessibility Model, which assumes that anchoring is mediated by the selectively increased accessibility of anchor-consistent knowledge, the authors hypothesized that increasing the accessibility of anchor-inconsistent knowledge mitigates the effect. Considering the opposite (i.e., generating reasons why an anchor is inappropriate) fulfills this objective and consequently proves to be a successful corrective strategy. In a real-world setting using experts as participants, Study 1 demonstrated that listing arguments that speak against a provided anchor value reduces the effect. Study 2 further revealed that the effects of anchoring and considering the opposite are additive".

nos quais seja possível se apoiar para a fixação do valor, evitando o desvio), provavelmente vale a pena narrar o caso a algum dos assessores do gabinete (com experiência no respectivo tema), que não esteja trabalhando nele e que não tenha lido a inicial, e, em seguida, indagar sobre o valor que ele fixaria para um caso como aqueles. Ele não saberá quanto foi pedido na inicial e, por evidente, o magistrado não adotará a sua sugestão de olhos fechados. No entanto, a sua resposta pode fornecer um bom indício de que o pensamento do juiz está ancorado (para cima ou para baixo) e que, por isso, pode ser positivo realizar uma nova ponderação acerca da fixação do respectivo valor.

Além disso, é possível promover o *debiasing* por meio da legislação, que pode oferecer parâmetros para tornar o julgamento mais objetivo. Por exemplo, acredita-se que, em razão da rigidez da fixação da pena no direito brasileiro (havendo diversos critérios para a dosimetria), embora o efeito de ancoragem possa existir (e o estudo de Englich, Mussweiler e Strack realizado na Alemanha e citado no tópico precedente indica isso), ele possivelmente ocorre em menor grau do que em países de *common law*. Leal e Ribeiro citam, ainda, que o teto para fixação de valores de condenação em juizados especiais possivelmente também atenua o efeito, ao menos com relação às âncoras altas[552].

No que diz respeito especificamente à questão da prerrogativa de "falar por último" da defesa no processo penal, já foi mencionado que uma possível solução é deixar a critério da parte defensiva a decisão acerca da referida ordem (ao menos das alegações finais, da sustentação oral e dos debates orais no júri, ainda que isso não seja possível na contestação). Somente assim poder-se-á falar em uma verdadeira prerrogativa, e a defesa poderá ponderar entre, de um lado, os benefícios de se defender já ciente dos argumentos da parte contrária, e, de outro, os malefícios que possam advir do efeito da ancoragem.

---

[552] LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. O Direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, no. 35, p. 253-284, jul./dez. 2016, p. 280: "O primeiro fator positivo está no reconhecimento de que o direito pode atuar como importante mecanismo inibidor ou neutralizador de vieses causados por julgamentos intuitivos.26 É o que se pode constatar quando se extrai da base de dados que a indicação de tetos para a propositura de ações em juizados especiais pode acabar funcionando como instrumento de ativação de julgamentos mais críticos e detalhados sobre a valoração jurídica dos fatos do caso. Ter um teto numérico previamente estabelecido pelo direito e conhecido de antemão pelo julgador já estabelece desde o início um limite para o ajuste de valores em função de possíveis "âncoras" lançadas pelas partes. Vale ressaltar mais uma vez que a heurística de ancoragem atua pretensamente em cenários de arbitramento de valores em cenários de incerteza a respeito dos resultados. Uma coisa é, como no experimento de Guthrie, Rachlinski e Wistrich, ter que arbitrar uma quantia indenizatória em um cenário de praticamente infinitas possibilidades tendo como referência o valor de dez milhões de dólares e em uma situação praticamente de laboratório. Outra, pelo que se nota, bem diferente, é ter que arbitrar um valor entre zero e "x" quando o valor que pretende funcionar como âncora é exatamente "x" e, ainda, tendo em vista a experiência acumulada do magistrado na apreciação de diversos casos em que o autor pede o maior valor possível. A possibilidade de o direito e a experiência acumulada atuarem como mecanismos neutralizadores de vieses no caso analisado neste trabalho é, contudo, apenas uma hipótese".

Por fim, a formação de precedentes sobre os respectivos temas, com uma maior uniformização dos valores concedidos, pode reduzir a ancoragem em casos posteriores, como bem observado por Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro em sua pesquisa[553]. Aliás, a questão do *debiasing* (ao menos parcial) por meio do estudo, pelos juízes, de precedentes anteriores em que os valores fixados tenham sido razoáveis não é mera suposição. Em artigo publicado em 2015, Guthrie, Rachlinski e Wistrich testaram, em um dos experimentos, se essa estratégia de desenviesamento poderia funcionar[554]. O estudo foi realizado com 242 juízes com uma média de 14,2 anos de experiência. Um terço dos juízes julgava um caso hipotético sem âncora, outro terço com uma âncora baixa e o restante com uma alta. Além disso, metade dos magistrados tinha acesso a precedentes anteriores e o restante não. O resultado foi parcialmente bem-sucedido. Isso porque, apesar de a estratégia ter eliminado a ancoragem no que diz respeito às âncoras altas (que faziam com que fosse fixado um valor acima da média), não houve desenviesamento no que diz respeito às baixas[555].

4.4 O viés retrospectivo

4.4.1 No que consiste e quando ocorre

O viés retrospectivo (*hindsight bias*) passa pelo entendimento de que, quando o ser humano obtém conhecimento sobre o resultado de determinado evento, ele não mais consegue olhar para o passado sem levar em conta esse dado, ainda que seja instruído a ignorá-lo. Ou seja, é impossível avaliar corretamente a previsibilidade *ex ante* de ocorrência de determinado resultado, se este já for do conhecimento do julgador, pois, nestes casos, aquela sempre será superestimada. Kahneman explica:

> Uma limitação geral da mente humana é sua capacidade imperfeita de reconstruir estados passados de conhecimento, ou crenças que depois mudaram. Uma vez tendo adotado uma nova visão do mundo (ou de qualquer parte dele), você imediatamente perde muito de sua capacidade de recordar em que costumava acreditar antes de mudar de ideia[556].

---

[553] *Ibid.,* p. 281: "Uma maneira de neutralizar a heurística de ajuste e ancoragem é simplesmente homogeneizar todos os casos que precisam ser decididos, algo que pode se revelar, na prática, por exemplo, via tabelamento ou uniformização de dano moral".

[554] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey; WISTRICH, Andrew. *Op. cit.*, pp. 731 e ss.

[555] *Ibid.,* p. 735.

[556] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.,*, p. 154.

De forma simples e didática, Jeffrey Rachlinski ensina que "*Conhecer como a história termina faz com que o resultado pareça inevitável e previsível, distorcendo nossa percepção do que poderia ter sido previsto*" (tradução livre)[557].

O viés retrospectivo é bastante sensível em áreas nas quais há a necessidade de se avaliar se uma determinada pessoa agiu corretamente, o que inclui, por certo, a atividade dos juízes. Como o magistrado julga, por exemplo, a negligência de determinada pessoa ao praticar uma conduta, tendo conhecimento de qual foi o resultado, a sua visão incluirá as consequências do evento em sua avaliação, sem que ele tenha consciência disso. Assim, ele terá uma tendência a achar que o resultado era previsível, ainda que não o fosse[558].

Segundo os especialistas no viés retrospectivo, este decorre do sistema de memória do ser humano, que, ao receber informações novas a respeito de determinado evento, atualiza as anteriores (que existiam antes do evento, em visão prospectiva), que deixam de existir. Assim, as pessoas passam a acreditar que sempre souberam a respeito da ocorrência daquele possível resultado, porque a memória que possuem daquele evento já inclui as suas consequências[559].

Dois dos responsáveis pela difusão do estudo sobre o viés retrospectivo foram Baruch Fischhoff, e Ruth Beyth que, em artigo de 1975 (*I Knew It Would Happen: Remembered*

---

[557] RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *University of Chicago Law Review*, 65, 1998, p. 571-625, p. 571. No original: "Learning how the story ends makes the outcome seem inevitable and predictable, thereby distorting our perception of what could have been predicted".

[558] *Ibid.*, p. 572: "The hindsight bias clearly has implications for the legal system. Consider, for example, the dilemma of a defendant who, despite taking reasonable care, has caused an accident and has been sued. The defendant's level of care will be reviewed by a judge or jury who already knows that it proved inadequate to avoid the plaintiff's injury. Consequently, the defendant's level of care will seem less reasonable in hindsight than it did in foresight. Reasonableness must be determined from the perspective of the defendant at the time that the precautions were taken, but the hindsight bias ensures that subsequent events will influence that determination. The law relies on a process that assigns liability in a biased manner".

[559] DAVIES, Martin F. Reduction of Hindsight Bias by Restoration of Foresight Perspective: Effectiveness of Foresight-Encoding and Hindsight-Retrieval Strategies. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, 40, pp. 50-68 (1987), p. 51: "It is important, therefore, to understand the processes which lead to hindsight bias and to devise methods of reducing or preventing such bias. According to Fischhoff (1977), hindsight bias is a product of the human memory system. Upon receipt of outcome knowledge, we immediately assimilate this information with existing information about the event; old information is updated by new outcome information. In their general model of memory storage, Loftus and Loftus (1980) maintain that, under certain circumstances, updating of memories by new information results in the erasure of old information such that no trace remains in memory of the original event or foresight state of mind. Updating and erasing occurs when it is inefficient or inconsistent to retain two different memories for an event. Such circumstances are present in the hindsight paradigm. After learning the outcome of an event, it is not only inefficient to retain the foresight state of uncertainty along with the hindsight state of certainty, but is inconsistent-and possibly confusing-to maintain some belief in the outcome that did not occur".

Probabilities of Once-Future Things)[560], demonstraram que ele existe. No mesmo ano, Baruch Fischhoff ainda publicou o artigo *Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty*[561] com outros estudos comprovando o fenômeno. Posteriormente, Fischhoff publicou o trabalho *For those condemned to study the past: heuristics and biases in hindsight* (1982)[562], assim descrevendo a visão retrospectiva (de alguém que julga olhando para o passado):

> Ao olhar em retrospectiva, as pessoas sempre exageram o que poderia ter sido antecipado na previsão do evento. Eles não apenas tendem a ver o que aconteceu como inevitável [*ex post*], mas também a vê-lo como "relativamente inevitável" antes de acontecer [*ex ante*]. As pessoas acreditam que outros deveriam ter sido capazes de antecipar eventos muito melhor do que realmente era o caso. Eles até se lembram de suas próprias previsões, de modo a exagerar, ao olhar em retrospectiva, o que sabiam na previsão (Fischhoff and Beyth, 1975) [563]. (tradução livre)

Exemplos atuais do fenômeno não faltam. Para citar apenas um deles, após a crise financeira de 2008, muitos analistas se prontificaram a afirmar que a crise era previsível. Ainda assim, foram poucos os que, antes de sua ocorrência, afirmaram que ela ocorreria. Esse viés é trágico para os tomadores de decisão que, posteriormente, serão julgados pelos seus resultados. Como assevera Daniel Kahneman:

> A percepção tardia é particularmente cruel com tomadores de decisão que desempenham o papel de agentes para outros — médicos, consultores financeiros, treinadores de terceira-base no beisebol, CEOs, assistentes sociais, diplomatas, políticos. Somos propensos a culpar os tomadores de decisão por boas decisões que funcionaram mal e a lhes dar pouco crédito por medidas bem-sucedidas que parecem óbvias apenas após o ocorrido. Há um claro viés de resultado (outcome bias). Quando os resultados são ruins, os clientes muitas vezes culpam seus agentes por não enxergarem os sinais claros da desgraça — esquecendo que os sinais estão escritos em uma tinta invisível que só se torna legível após o ocorrido. Atitudes que pareciam prudentes quando vistas previamente podem parecer de uma negligência irresponsável quando vistas retrospectivamente[564].

---

[560] FISCHHOFF, Baruch; BEYTH, Ruth. I Knew It Would Happen: Remembered Probabilities of Once-Future Things. In: *Organization Behavior and Human Performance*, 13, 1975, p. 1-16.

[561] FISCHHOFF, Baruch. Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty. *Journal of Experimental Psychology*: *Human Perception and Performance* (1975), vol. 1, n. 3, 288-299.

[562] FISCHHOFF, Baruch. For those condemned to study the past: Heuristics and biases in hindsight in: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (coords.). *Judgment under uncertainty*: Heuristics and biases. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 335-354.

[563] *Ibid.*, p. 341. No original: "In hindsight, people consistently exaggerate what could have been antecipated in foresight. They not only tend to view what has happened as having been inevitable but also to view it as having appeared "relatively inevitable" before it happened. People believe that others should have been able to antecipate events much better than was actually the case. They even misremember their own predictions so as to exaggerate in hindsight what they knew in foresight (Fischhoff and Beyth, 1975)".

[564] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 155.

Diversos estudos empíricos já foram realizados comprovando a existência desse viés. No primeiro deles, de autoria de Fischhoff e Beyth, foi utilizado o seguinte método: antes das visitas do Presidente dos EUA Richard Nixon à China e à União Soviética em 1972, dezenas de estudantes da Universidade Hebraica de Jerusalém deveriam estimar a probabilidade de alguns possíveis resultados destas viagens diplomáticas. Algum tempo depois (já cientes dos desfechos diplomáticos), os estudantes foram convocados para uma nova tarefa (da qual não haviam sido alertados anteriormente): tentar reproduzir as probabilidades por eles atribuídas a cada um dos possíveis eventos na primeira sessão, e dizer quais de fato ocorreram ou não[565]. O resultado foi o de que, na segunda sessão (após a ocorrência das viagens), os participantes acreditavam ter atribuído anteriormente (na primeira sessão) uma probabilidade mais elevada do que de fato o fizeram para os eventos que, de fato, acabaram acontecendo[566].

Também em 1975, no artigo publicado apenas por Fischhoff[567], divulgou-se uma série de estudos comprovando a existência desse viés. Apenas para exemplificar, cite-se o primeiro experimento divulgado neste artigo, no qual os participantes eram divididos em cinco grupos: o primeiro lia uma descrição resumida de uma história ou de um evento clínico com quatro possíveis desfechos (sem indicação de qual teria ocorrido). Já os outros quatro grupos liam o mesmo evento, também contendo quatro possíveis desenredos, porém, indicava-se um deles como tendo efetivamente ocorrido (um para cada um dos 4 grupos). Diante desse cenário, os participantes (tanto do grupo de controle, em que nenhum desfecho havia sido indicado, como de cada um dos outros quatro grupos) deveriam estimar a probabilidade de ocorrência de cada uma das quatro conclusões (somando-se 100%), além de avaliar a importância de cada dado contido na descrição do evento para a referida estimativa[568]. Esse método, com a divisão em cinco grupos, foi utilizado quatro vezes, com quatro diferentes narrativas de eventos.

---

[565] FISCHHOFF, Baruch; BEYTH, Ruth. *Op. cit.,* p. 3: "The effect of outcome knowledge on prediction recall-reconstruction was tested in the following fashion: Subjects estimated the probability of a number of events whose outcome would be known within a fixed period of time (Prediction). Sometime after the time period had elapsed, these same subjects were asked to remember or reconstruct their own predictions as accurately as possible (Prediction Memory). No mention was made of the Prediction Memory task at the time of the original prediction. Finally, subjects indicated whether they thought that each event had or had not occurred on an Information questionnaire which was distributed immediately after the collection of the Prediction Memory questionnaire. [...] Events used were possible outcomes of President Nixon's visits to China and the USSR in the first half of 1972".

[566] *Ibid.,* pp. 6-7.

[567] FISCHHOFF, Baruch. Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty. *Journal of Experimental Psychology*: *Human Perception and Performance* (1975), vol. 1, n. 3, 288-299.

[568] *Ibid.,* p. 289: "The six subexperiments described in this section are identical except for the stimuli used. In each, subjects were randomly assigned to one of five experimental groups, one Before group and four After groups. In each subexperiment, the Before group read a brief (150 words) description of a historical or clinical event for

Como resultado, verificou-se que, para todos os eventos narrados, o grupo que não possuía nenhum desfecho indicado como verdadeiro costumava atribuir uma probabilidade média equilibrada para cada um dos possíveis desenredos. Por outro lado, cada um dos outros quatro grupos atribuía à alternativa a eles indicada como verdadeira uma probabilidade bastante alta de ocorrência, mais elevada do que todos os demais grupos (incluindo o grupo de controle) havia atribuído àquele desfecho específico. Além disso, eles passavam a enxergar como relevantes somente os dados contidos no problema que comprovavam ou indicavam no sentido desse desfecho, ignorando os demais (efeito do viés de confirmação, analisado adiante). Sobre o experimento, Baruch Fischhoff concluiu que *"relatar a ocorrência de um desfecho aumenta consistentemente a percepção de probabilidade de sua ocorrência e altera a relevância julgada dos dados que descrevem a situação anterior ao evento*" (tradução livre)[569].

Esse viés é particularmente importante para o Direito, que se ocupa, em parte, de responsabilizar pessoas por suas condutas, após a ocorrência do resultado. Isso acontece na responsabilidade civil, no controle da Administração Pública e também no Direito Penal. Exatamente em razão de sua importância, trata-se de um dos vieses cognitivos mais estudados por juristas. Como exemplos de estudos do tema envolvendo questões jurídicas, foi realizada uma pesquisa empírica por Susan J. LaBine e Gary LaBine em 1976, que envolveu, inclusive, discussões a respeito de enquadramento legal de condutas como negligência. Constatou-se que os indivíduos que sabiam, de antemão, o resultado da conduta, possuíam tendência a classifica-la como negligente[570]. Já na década de 1990, pode-se mencionar as pesquisas empíricas comprobatórias do fenômeno de Jim A. Kamin e Jeffrey J. Rachlinski (*Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight*), de 1995[571]; e uma que Rachlinski escreveu como único autor (*A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*)[572] em 1998.

---

which four possible outcomes were provided. The After groups read identical passages to which a final sentence presenting one of the possible outcomes as the 'true' outcome had been added. As the possible outcomes were mutually exclusive, three of the four After groups received 'true' outcomes that actually had not happened. Subjects in all groups were asked to (a) estimate the likelihood of occurrence of each of the four possible outcomes, and (b) evaluate the relevance of each datum in the event description".

[569] *Ibid.*, p. 292. No original: "Reporting an outcome's occurrence consistently increases its perceived likelihood and alters the judged relevance of data describing the situation preceding the event".

[570] LABINE, Susan J.; LABINE, Gary. Determinations of Negligence and the Hindsight Bias. *Law and Human Behavior*, Vol. 20, No. 5, 1996, p. 501-516.

[571] KAMIN, Jim A.; RACHLINSKI, Jeffrey J. Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight. In: *Law and Human Behavior*, 19, 1995, p. 89-104.

[572] RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *University of Chicago Law Review*, 65, 1998, p. 571-625.

Esses estudos, além de outros ainda mais recentes, serão analisados no tópico seguinte, dedicado a verificar como esse viés impacta nas decisões judiciais.

4.4.2 Estudos empíricos sobre o viés retrospectivo em júris simulados

Conforme ressaltado anteriormente, o viés retrospectivo ocorre porque o cérebro humano olha para o passado já com a memória atualizada pelo que tomou conhecimento no presente. A cada evento, os valores mudam, e, na hora de avaliar algo ocorrido no passado, a tendência é que o julgador não se desvencilhe desse novo valor. Daniel Kahneman exemplifica, exatamente na área jurídica, com bastante didática:

> O viés retrospectivo apresenta efeitos perniciosos nas estimativas dos tomadores de decisão. Leva os observadores a avaliar a qualidade de uma decisão sem considerar se o processo foi sólido, mas se o desfecho foi bom ou ruim. Imagine uma intervenção cirúrgica de baixo risco em que um acidente imprevisto ocorreu e levou à morte do paciente. O júri ficará propenso a acreditar, após o fato, que a operação era de fato arriscada e que o médico que a recomendou deveria ter pensado duas vezes. Esse viés de resultado torna quase impossível avaliar uma decisão do modo apropriado - em termos de crenças que eram razoáveis quando a decisão foi tomada[573].

Ainda no contexto narrado na citação acima, é importante mencionar alguns estudos que, em vez de se avaliar juízes, avaliaram jurados. Apesar de o presente trabalho se destinar, primordialmente, à análise da tomada de decisão judicial, é extremamente pertinente a menção a estes artigos por sua conexão com o contexto de apuração de responsabilidade.

O primeiro dentre esses estudos foi realizado por Susan J. LaBine e Gary LaBine. Nele, os pesquisadores analisam o precedente da Suprema Corte da Califórnia no caso *Tarasoff v. Regents of University of California*, de 1976, e a viabilidade real de aplicabilidade dos critérios ali fixados[574]. Neste caso, o Tribunal decidiu que, quando um terapeuta (ou outros profissionais da área de saúde mental) percebe que seu paciente pode representar perigo para alguém, ele tem o dever de tomar medidas para proteger a vítima em potencial (o que ocorreria se o paciente mencionasse, em uma consulta, o desejo de assassinar a sua esposa, por exemplo). Esse dever inclui medidas como notificar a polícia, avisar à vítima em potencial ou qualquer outra medida razoável para a sua proteção. Caso o terapeuta não cumpra esse dever (e o resultado ocorra), ele é responsabilizado por negligência.

---

[573] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.,* p. 155.

[574] LABINE, Susan J.; LABINE, Gary. *Op. cit.*

No entanto, Susan LaBine e Gary LaBine não estavam convencidos de que a tarefa de responsabilizar alguém por esse critério era tão simples quanto parecia, e, partindo dos estudos de Fischhoff e Beyth (1975), decidiram verificar se a decisão de um júri que responsabilizava o terapeuta em um caso como esse era de fato isenta ou se era enviesada pelo viés retrospectivo. Após a ocorrência de um ato violento por parte do paciente, é fácil acionar a visão retrospectiva e o que denominam de *lembrança seletiva* (as pessoas só se recordam dos fatos que indicavam que o paciente era perigoso, sem se recordar daqueles que indicavam o oposto). Por isso, os LaBine realizaram um estudo empírico sobre o tema. Eles convocaram 297 cidadãos para representar os jurados, e criaram cenários jurídicos para que eles analisassem. Antes de enviar o material para os participantes da pesquisa, os pesquisadores enviaram o histórico do paciente para terapeutas reais, para que dissessem qual seria a sua conduta diante das circunstâncias apresentadas (se o classificariam como perigoso, se avisariam a vítima ou a polícia, etc.). E, de fato, eles adotaram algumas medidas, que posteriormente seriam avaliadas como razoáveis ou não pelos cidadãos recrutados como jurados.

Então, "*os autos fictícios*" foram enviados aos 297 cidadãos que participaram da pesquisa como jurados. Houve a divisão dos participantes em três grupos: (1) em um terço dos autos criados para a simulação, constava que não houve qualquer violência como resultado; (2) no segundo terço, não constava qualquer informação acerca do resultado (não constava, por exemplo, se o paciente matou alguém ou não); e (3) no terceiro grupo, havia menção de que alguém foi vítima de violência por parte do paciente. De resto, toda a informação era idêntica (incluindo todo o histórico do paciente e tudo o que o terapeuta disse a respeito do caso). A única diferença, portanto, estava na descrição do resultado. Ao final, o comportamento que os terapeutas participantes da pesquisa disseram que adotariam seria avaliado (como negligente ou não) pelos cidadãos que foram recrutados para representar os jurados.

A primeira pergunta, então, que fizeram aos jurados, foi para avaliar, em uma escala de 1 a 7, o quão razoável foi o comportamento do terapeuta para evitar o resultado violento. 1 representaria um comportamento totalmente negligente, enquanto 7 representaria o comportamento esperado. O resultado da pesquisa foi o seguinte: (a) para o grupo que já sabia que, como resultado, o paciente não foi violento, a média dada ao comportamento do terapeuta (como negligente ou não) foi de 6,18 (de um máximo de 7, que representaria a melhor conduta possível); (b) para aqueles que não tinham qualquer informação sobre o resultado, a média foi 6,08; e (c) para os que já sabiam que o resultado violento se materializou, a avaliação de negligência do comportamento do terapeuta foi de 5,36 em média. A diferença é notável, e o

que impressiona é que o comportamento do terapeuta analisado pelos jurados foi exatamente o mesmo em todos os casos.

Uma segunda pergunta foi a seguinte: "*você concorda ou discorda que o terapeuta deveria ter feito mais para evitar comportamentos violentos?"*. Mais uma vez, os participantes davam uma nota de 1 a 7 (sendo 1 para a afirmação de que ele deveria ter feito mais; e 7 para a afirmação de que ele fez exatamente o que deveria fazer). Os resultados foram os seguintes: (a) os que sabiam que não houve violência como resultado deram, em média, 5,19 (ou seja, consideraram que o terapeuta fez o suficiente); (b) os que não sabiam nada sobre o resultado deram, em média 5,20; (c) já os que sabiam do resultado violento posterior deram, em média, 3,67, indicando que o terapeuta deveria ter feito mais para evitar a violência.

Muitas outras perguntas foram feitas, mas, no que interessa ao presente estudo (que possui foco na análise jurídica), duas são as mais relevantes. A primeira delas foi a pergunta feita ao final do estudo, ao se questionar se a conduta do terapeuta deveria sere responsabilizada. Mais uma vez, as respostas variavam em uma escala de 1 a 7 (sendo 1 para a conduta que deveria ser responsabilizada; e 7 para a conduta responsável). Os resultados foram os seguintes: (a) o grupo que sabia que não houve violência como resultado (ou seja, que o comportamento do paciente não feriu ninguém), deu a média de 6,10 para o comportamento do terapeuta, pela ausência de responsabilização, já que 7 seria a conduta mais responsável possível; (b) o grupo que não sabia acerca de qualquer resultado deu a média de 6,0; e (c) o grupo que sabia que o comportamento do paciente acabou ferindo alguém deu a média de 5,36. Percebe-se, portanto, que, diante de um mesmo comportamento, o grupo que sabia do resultado danoso posterior considerou mais a sua responsabilização do que aqueles que não o sabiam.

Curiosamente, uma das perguntas que foram feitas nesse estudo pode indicar uma solução possível para o viés retrospectivo. Perguntou-se: "*Você acha que o comportamento adotado pelo terapeuta seria diferente do comportamento de outros terapeutas na mesma situação?*". A nota variava de 1 a 7 (o 7 representava que outros terapeutas adotariam o mesmo comportamento do terapeuta que estava sendo julgado). E o resultado foi uma média de 5,66, sem que houvesse qualquer variação relevante entre os grupos analisados.

Em síntese, talvez a solução para o julgamento de casos como esse seja questionar se o tomador de decisão que está sendo avaliado adotou as regras de ética profissional e, principalmente, se ele agiu como outros tomadores de decisão, de sua mesma área, também agiriam. Não se deve avaliar diretamente a conduta, pois, neste caso, o julgador estaria contaminado pelo viés retrospectivo, em razão de já saberem o resultado.

Em 1990, Jim A. Kamin e Jeffrey Rachlinski publicaram estudo[575] em que os participantes assumiriam o papel de jurados, e analisariam um caso semelhante ao que foi julgado em *Petition of Kinsman Transit Co.* (1964). Basicamente, uma cidade havia construído uma ponte bascular e precisava decidir se os riscos de uma inundação justificariam a contratação de um operador durante o inverno (período em que a ponte não era utilizada), que serviria como precaução (ele monitoraria as condições climáticas e, havendo risco de inundação, ele levantaria a ponte). Parte dos participantes analisaria, em uma audiência pública promovida pela cidade, se havia uma probabilidade que justificasse a referida contratação (antes, portanto, de qualquer evento acontecer). Outra parte analisaria, como jurado, uma situação em que o Poder Público não contratou o operador, uma inundação ocorreu, e danificou o imóvel de um proprietário ribeirinho, que agora estava processando a cidade. Este grupo também deveria analisar se o evento era previsível, de modo a justificar a contratação do operador pela cidade, apta a configurar a sua negligência.

Basicamente, no primeiro grupo (da análise prospectiva), apenas 24% dos participantes decidiu contratar o operador, porque entenderam que não havia uma probabilidade real que justificasse a contratação. No entanto, no segundo grupo (da análise retrospectiva), 56,9% dos jurados decidiu responsabilizar a cidade, sob o fundamento de que a inundação era provável e previsível e, portanto, o operador deveria ter sido contratado.

Outro artigo que trabalhou com o tema foi escrito por Erin M. Harley[576] (*Hindsight Bias in Legal Decision Making*). Ele inicia o trabalho mencionando como o sistema legal norte-americano é falho, considerando que jurados analisam se os danos ou prejuízos que advieram da conduta do réu eram ou não previsíveis, já conhecendo o resultado material daqueles atos. Segundo Erin Harley, isso geraria o viés retrospectivo, que se desdobra em dois efeitos: (a) considerar que aquele dano tinha mais probabilidade de ocorrer do que ele realmente possuía no momento em que a conduta foi praticada; e (b) ativar uma memória seletiva, que só se lembrará dos fatos que poderiam explicar aquele resultado, e não dos diversos outros que também podem ter influenciado aquela tomada de decisão em sentido contrário[577].

---

[575] KAMIN, Jim A.; RACHLINSKI, Jeffrey J. Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight. In: *Law and Human Behavior*, 19, 1995, p. 89-104.

[576] HARLEY, Erin M. Hindsight bias in legal decision making. *Social Cognition*, Vol. 25, No 1, 2007, p. 48-63.

[577] Nos dizeres do autor: "When people with outcome knowledge make judgments about the prior predictability of that outcome they often fall victim to hindsight bias, the tendency to exaggerate the likelihood of a given outcome compared to its foresight predictability (Fischhoff, 1975). With the benefit of hindsight, people not only rate the given outcome as more foreseeable, but are also more likely to remember event information that is consistent with the reported outcome and rate that information as more influential. They minimize, discount, or even forget event information that is inconsistent with the reported outcome (for reviews, see Christensen–Szalanski & Willham,

Erin Harley cita diversos estudos empíricos ao longo do artigo, incluindo o de Hastie, Schkade e Payne (1999)[578], no qual os jurados participantes foram divididos em dois grupos, e ambos analisavam a conduta de uma companhia férrea (se estavam adotando todas as cautelas ou não - ou seja, se estavam sendo negligentes), mas o primeiro analisava apenas a conduta, enquanto o segundo sabia de um resultado danoso. No primeiro grupo, apenas 1/3 dos jurados considerou a conduta negligente; enquanto que, no segundo, 2/3 dos jurados assim entenderam. Esse resultado, que deve ser levado em consideração apenas na quantificação de danos, não deveria importar na apuração de negligência da conduta. Resultados semelhantes foram encontrados por Casper, Benedict e Kelly (1988) ao analisar a decisão que analisa se um mandado judicial de busca e apreensão foi ou não legal quando foi decretado. Há uma tendência a se considerar o mandado como válido caso ele, de fato, encontre algo[579].

Como se não bastasse, as pesquisas vão além, para comprovar que, quanto mais severo é o dano, maior é a negligência imputada à conduta, efeito demonstrado em ao menos quatro pesquisas citadas por Erin Harley[580]. Para se ter a ideia do absurdo dessa situação, seria como se a realização de uma cirurgia sem assepsia só fosse negligente se algo ruim acontecesse ou fosse considerada mais culposa se o paciente morresse do que se ele simplesmente tivesse uma pequena infecção. Não se está discutindo que o resultado é mais grave no caso de morte, e que isso pode influenciar na quantificação do dano. No entanto, o resultado não deve influenciar na apuração da negligência ou da previsibilidade da conduta, que se situam outra etapa da apuração da responsabilidade, como requisito prévio e autônomo. Se a conduta seguiu todas as normas e o desfecho não era previsível, não importa a sua gravidade, ele não poderia ser imputado ao tomador de decisão (que, neste exemplo, é o cirurgião).

Após citar mais algumas dezenas de estudos que apuraram o viés retrospectivo em jurados, Erin Harley finalmente chega ao ponto que mais interessa ao presente trabalho: os estudos em que foi estudado o comportamento de magistrados togados. Ele então cita ao menos dois estudos em que se comprovou esse efeito[581], tema que será objeto do próximo tópico.

1991; Hawkins & Hastie, 1990). Because the very nature of our legal system is to assess blame or responsibility after an outcome has occurred, there are numerous ways in which hindsight bias can exert its influence on legal decision makers". *Ibid.*, p. 48-49.

[578] Hastie, R., Schkade, D. A., & Payne, J. W. (1999). Juror judgments in civil cases: Hindsight effects on judgments of liability for punitive damages. Law and Human Behavior, 23(5), 597–614 apud**:** *Ibid.*, p. 50.

[579] Casper, J. D., Benedict, K., & Kelly, J. R. (1988). Cognitions, attitudes and decision– making in search and seizure cases. Journal of Applied Social Psychology, 18(2), 93–113 apud**:** *Loc. Cit.*

[580] Ibid., p. 51.

[581] Anderson, J. C., Jennings, M. M., Lowe, D. J., & Reckers, P. M. J. (1997). The mitigation of hindsight bias in judges' evaluation of auditor decisions. Auditing: A Journal of Practice and Theory, 16(2), 20–39; e Jennings, M.

4.4.3 Estudos empíricos sobre o viés retrospectivo em juízes togados

Não há muitos estudos empíricos sobre o viés retrospectivo realizados especificamente em magistrados. No entanto, é possível mencionar alguns.

Um estudo pioneiro sobre o tema foi publicado em 1997, em artigo de autoria de Anderson, Jennings, Lowe e Reckers[582]. O experimento foi realizado com 157 juízes estaduais, divididos em grupos. Parte deles recebia a informação acerca do resultado de determinada conduta, e o restante deveria analisar a negligência da conduta sem conhecer suas consequências. O resultado comprovou que os magistrados sujeitavam-se ao viés retrospectivo.

Um ano mais tarde, três daqueles pesquisadores (Jennings, Lowe e Reckers) publicaram outro artigo contendo um novo experimento sobre o viés retrospectivo realizado com juízes[583]. O estudo contou com a participação de 96 juízes togados, que foram divididos em quatro grupos. Todos receberam um material narrando um caso hipotético em que deveriam analisar a responsabilidade de um contador. O primeiro grupo não tinha acesso a nenhum resultado, enquanto os outros três recebiam informações variadas acerca do desfecho. O resultado do experimento confirmou que os magistrados que recebiam a informação acerca das consequências danosas tendiam a acreditar que elas eram previsíveis para o contador, enquanto os juízes do primeiro grupo acreditavam no oposto.

Finalmente, não se pode encerrar este tópico sem mencionar, novamente, os estudos de Guthrie, Rachlinski e Wistrich[584]. Como já ressaltado, eles analisaram a presença de cinco diferentes desvios cognitivos em um universo de 167 juízes federais. Um dos vieses foi o da ancoragem já mencionado no tópico anterior, mas outro dentre os desvios estudados foi justamente o viés retrospectivo. No artigo *Inside the Judicial Mind*, os autores mencionam diversos estudos anteriores que já haviam demonstrado como jurados são afetados pelo viés retrospectivo e como isso é danoso para o sistema jurídico de responsabilidade civil. Diante

M., Lowe, D. J., & Reckers, P. M. J. (1998). Causality as an influence on hindsight bias: An empirical examination of judges' evaluation of professional audit judgment. Journal of Accounting and Public Policy, 21, 143–167.

[582] ANDERSON, John C.; JENNINGS, Marianne M.; LOWE, D. Jordan; RECKERS, Philip M. J. The mitigation of hindsight bias in judges' evaluation of auditor decisions. *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, vol. 16, no. 2, pp. 20.-39, fall 1997.

[583] JENNINGS, Marianne M.; LOWE, D. Jordan; RECKERS, Philip M. J. Causality as an influence on hindsight bias: an empirical examination of judges' evaluation of professional audit judgment. *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 21, pp. 143-167, 1998.

[584] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI , Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, vol. 86, n. 4, may 2001, p. 777-830.

disso, eles salientam que uma das soluções apresentadas por estudiosos foi a de transferir todos esses casos para o julgamento de um magistrado treinado (como ocorre no Brasil). Para verificar se a proposta resolveria o problema, eles decidiram realizar a pesquisa empírica com os 167 juízes federais, para verificar, afinal, se eles também se sujeitavam ao viés retrospectivo.

Para o estudo, eles apresentaram aos juízes federais participantes um caso hipotético (baseado em fatos de um caso real). No caso concreto, o autor repetiu uma demanda que já havia realizado no passado e havia perdido. A Corte Local, então, aplicou um instituto análogo ao que seria a litigância de má-fé do nosso Direito, e, como sanção, proibiu que o autor entrasse com qualquer outra demanda sem a permissão do Presidente da Corte local. O autor apelou contra essa decisão, tão somente com relação à sanção processual aplicada.

Os pesquisadores indagaram aos juízes, então, qual seria o resultado provável dessa apelação, segundo a sua avaliação especializada em Direito. Os juízes deveriam escolher entre três possíveis resultados como o mais provável: (a) a Corte daria provimento parcial à apelação, apenas para reduzir a gravidade da sanção aplicada; (b) a Corte confirmaria a decisão; (c) a Corte daria provimento integral à apelação, para afastar qualquer sanção processual.

No entanto, antes de darem a sua resposta, os juízes federais foram divididos em 3 grupos, e cada um desses grupos recebeu a informação acerca de qual teria sido a decisão da Corte no caso concreto (em palavras mais claras, 1/3 dos juízes recebeu a informação de que a Corte deu provimento parcial à apelação; outro 1/3 dos juízes foi informado de que a decisão havia sido confirmada; e o último 1/3 de que a sanção foi afastada). Apesar de cada um dos grupos saber do resultado do julgamento pela Corte, os pesquisadores queriam saber qual era a probabilidade de a Corte ter, de fato, decidido do modo como decidiu. Se os juízes não fossem afetados pelo viés retrospectivo (*hindsight bias*), a resposta acerca da probabilidade deveria ser a mesma em todos os três grupos (ainda que a Corte tivesse optado, no caso concreto, pela decisão que eles entendiam como menos provável de ocorrer).

Dentre os resultados apresentados, destaca-se a previsibilidade atribuída, pelos juízes federais, de que a decisão seria pela confirmação da sanção. Em outras palavras, quão provável seria, para os juízes federais de cada um dos grupos, que a Corte confirmasse a sanção processual aplicada? Os resultados foram os seguintes: (a) dentro do grupo que soube de forma prévia que a Corte havia confirmado a sanção aplicada, 81,5% dos juízes federais afirmaram que eles teriam previsto esse resultado apenas com base no Direito, e que esta era, de fato, a decisão mais provável; (b) no grupo que recebeu a informação de que a sanção foi reduzida, apenas 40,4% dos juízes federais afirmaram que a decisão mais provável seria a confirmação

da sanção processual, ainda que isso não tenha ocorrido (na informação que lhes foi repassada); e (c) no grupo que recebeu a informação de que a apelação havia sido integralmente provida, só 27,8% dos juízes federais consideraram que a decisão mais provável seria a confirmação da sanção (a título de curiosidade, dentro deste grupo, 51,9% dos juízes federais consideraram que, de fato, o provimento integral da apelação era o resultado mais provável do julgamento)[585].

Conforme se verifica dos resultados, os juízes federais foram fortemente afetados pelo viés retrospectivo, e as chances que atribuíram à confirmação da sanção processual pelo Tribunal variou em conformidade com o resultado a eles apresentado.

Em síntese do que se expôs neste tópico, os diversos estudos apresentados demonstram que existe o viés retrospectivo e que isso possui relevância na área jurídica.

4.4.4 Problemas jurídicos relacionados ao viés retrospectivo

4.4.4.1 A previsibilidade do dano/resultado na responsabilização

O problema da previsibilidade do dano na responsabilização surge nas mais diversas esferas, e aqui destaca-se a responsabilidade civil subjetiva e o âmbito penal.

No que diz respeito à responsabilidade civil, tem-se que, apesar de alguma divergência doutrinária, prevalece que os seus requisitos seriam, em regra[586]: (a) o ato ilícito; (b) culpa (dolo ou culpa *stricto sensu*); (c) dano; e (d) nexo de causalidade[587].

Acerca da culpa em sentido estrito (causada por imprudência, negligência ou imperícia), verifica-se que ela sempre foi relacionada pela doutrina à ideia de previsibilidade do resultado. A título de exemplo, para José de Aguiar Dias, a culpa representa:

> [...] a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado,

[585] *Ibid.*, p. 802-803. Uma análise mais aprofundada dos resultados, inclusive com a tabela com todos os percentuais de probabilidade atribuídos por cada um dos grupos de juízes, consta da página 803 do artigo.

[586] Diz-se em regra, em primeiro lugar, porque na responsabilidade objetiva não se exige a presença de culpa. Além disso, há hipóteses até mesmo de dissolução da causalidade, como na teoria do risco integral. Finalmente, verifica-se que existem casos de responsabilidade por ato lícito, como ocorre no estado de necessidade agressivo, que gera o dever de indenizar a vítima.

[587] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 154: "Existem acentuadas divergências doutrinárias no tocante ao elenco dos pressupostos da responsabilidade civil [...]. Optamos assim por uma classificação tetrapartida dos pressupostos da responsabilidade civil, cujos elementos são: (a) ato ilícito; (b) culpa; (c) dano; (d) nexo causal".

> mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude[588].

Em sentido similar, Farias, Rosenvald e Braga Netto menciona que "*a culpa passa a ser compreendida como uma falta de atenção daquele que poderia prever o resultado de seu agir*"[589]. Precisamente porque, para que se configure a culpa, exige-se que o resultado fosse previsível ao agente que praticou a conduta, surge o problema do viés retrospectivo, tendo em vista que os magistrados dificilmente conseguirão apurar corretamente esse grau de previsibilidade após ter conhecimento do dano. Por isso, Nunes, Silva e Pedron lecionam que:

> Especificamente na atividade judicial, o viés de retrospectiva é relevante quando consideramos que a tarefa dos juízes envolve, às vezes, a avaliação da previsibilidade de um resultado para, então, avaliar se o agente levou em consideração a probabilidade de ocorrência do fato ao levar a cabo o comportamento danoso. [...] Ao se tratar de responsabilidade civil, o que se percebe é que essa se afere a partir da observância, no caso concreto, da existência de um ato ilícito, de culpa por parte do agente, de um dano, e do nexo de causalidade entre ambos. O grau de culpa não é um fator determinante - visto que a indenização se mede pela extensão do dano. Entretanto, a avaliação quanto à previsibilidade do dano é fundamental para a averiguação da existência de culpa. Isso porque caso o agente não esteja sendo imprudente, imperito ou negligente, não poderá ser responsabilizado por danos decorrentes, visto que caso algum dano venha a ocorrer, decorrerá de caso fortuito, força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro - salvo nos casos de responsabilidade objetiva. O viés de retrospectiva (*hindsight bias*), nesse ponto, pode atuar dificultando que o julgador reconheça a inexistência de culpa quando conhecido o resultado danoso, havendo, portanto, uma distorção quanto à interpretação do caso concreto[590].

Situação similar acontece no Direito Penal, no que diz respeito aos crimes culposos. Afinal, como salienta Juarez Cirino dos Santos, ao tratar dos crimes culposos, *"a teoria dominante considera a previsibilidade do resultado como condição para sua atribuição ao autor*"[591]. De forma idêntica, Luciano Anderson de Souza ensina que:

> [...] para caracterização do injusto culposo, necessária a *previsibilidade* objetiva do resultado para o gente, sem o que não se pode cogitar de culpa. Previsibilidade significa possibilidade de prognose do resultado lesivo no caso concreto. Não é sinônimo de previsão efetiva, mas de chance de sua ocorrência[592].

---

[588] DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 12 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 149.

[589] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. *Op. cit.*, p. 195.

[590] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, pp. 100-102.

[591] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 6ª ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014, p. 180.

[592] SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal:* volume 1: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 254.

Ainda dentro do Direito Penal, Juarez Tavares salienta que, nos crimes culposos: "*o juízo de atribuição pessoal de responsabilidade está condicionado ainda à demonstração de que o agente, em virtude de suas condições e qualidades, tenha previsto ou estivesse dotado da capacidade de prever o resultado e o nexo causal em toda sua extensão*"[593].

Conforme se nota, seja na responsabilidade civil, seja na penal, a culpa está indissociavelmente ligada à ideia de previsibilidade. O problema é que, graças ao viés retrospectivo, o julgador não possui condições apropriadas de analisar essa previsibilidade *ex ante* após tomar conhecimento do resultado.

4.4.4.2 O princípio da originalidade no Direito de propriedade industrial

O Direito de propriedade intelectual e, mais especificamente, o direito de propriedade industrial[594], disciplina um campo bastante sensível para a economia, para o desenvolvimento e a tecnologia, e para a criatividade humana. Isso porque busca criar uma situação de equilíbrio entre, de um lado, o incentivo que se deve ter para inventar, pesquisar e desenvolver e, do outro, o interesse público resultante da utilização de determinada invenção (como um medicamento ou um tratamento terapêutico, por exemplo). Para assegurar os referidos incentivos, este ramo do Direito prevê institutos como a concessão de patentes de invenção e de modelos de utilidade, a concessão de registro de desenho industrial e de marca, a repressão a falsas indicações geográficas e a repressão à concorrência desleal. Para este estudo, interessa especialmente a questão das patentes.

Segundo o Instituto Nacional de Propriedade Industrial:

> Patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação. Com este direito, o inventor ou o detentor da patente tem o direito de impedir terceiros, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar a venda, vender ou importar produto objeto de sua patente e/ou processo ou produto obtido diretamente por processo por ele patenteado. Em contrapartida, o inventor se obriga a revelar detalhadamente todo o conteúdo técnico da matéria protegida pela patente[595].

---

[593] TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 477-478.

[594] Como se sabe, é bastante tradicional na maior parte do mundo a menção ao *direito de propriedade intelectual* como um gênero, dentro do qual se enquadram o *direito autoral* e o *direito de propriedade industrial*. Nesse sentido: WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). *Understanding Industrial Property*. 2ª ed. Geneva: WIPO, 2016, pp. 5-6.

[595] Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/servicos/perguntas-frequentes-paginas-internas/perguntas-frequentes-patente>. Acesso em: 08 de dezembro de 2019.

Há uma pequena divergência doutrinária acerca da categorização dos requisitos necessários para que uma invenção ou um modelo de utilidade sejam considerados como tais e recebam a concessão da patente. Rubens Requião afirma que há cinco requisitos: originalidade, novidade, estado da técnica, industriabilidade e licitude[596]. Ricardo Negrão afirma, por sua vez, que são *"quatro os requisitos exigidos para a obtenção da patente de invenção ou de modelo de utilidade: a novidade, a industriabilidade, a originalidade (ou inventividade) e a licitude"*[597]. A diferença entre os autores está no requisito do *estado da técnica*, que Negrão prefere considerar como um dos elementos do requisito da *novidade*.

De uma forma ou de outra, um dos requisitos é a *originalidade*, previsto pela legislação como *atividade inventiva*. Ou seja, para além de se tratar de algo novo, só é considerado invenção para fins de patente o que for dotado de originalidade, considerando que o art. 8º da Lei nº 9.279/1996 prevê que: *"É patenteável a invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial"*. O conceito do que se considera como atividade inventiva é dado, por sua vez, pelo art. 13 da Lei nº 9.279/1996, que prevê que "*a invenção é dotada de atividade inventiva sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica*"[598]. Ou seja, a invenção não pode decorrer de uma obviedade, segundo o estado da técnica daquela área.

No entanto, Jeffrey Rachlinski, notoriamente um dos principais estudiosos da atualidade sobre os impactos dos vieses cognitivos no Direito, percebe que "*a determinação sobre a ausência de obviedade* [da invenção] *é provavelmente afetada pelo viés retrospectivo [...]. Mesmo uma ideia verdadeiramente nova pode parecer óbvia depois de ter sido revelada*" (tradução livre)[599]. O autor menciona ainda que, no que diz respeito à propriedade industrial e ao referido requisito, as próprias Cortes norte-americanas têm reconhecido a dificuldade de se afirmar a originalidade de algo *ao tempo de invenção*, tendo em vista a existência do problema de se olhar para algo de forma retrospectiva[600]. Para solucionar o problema, desenvolveram

---

[596] REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 276-277.

[597] NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, volume 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 135.

[598] Requisito e conceito similares são previstos para o modelo de utilidade no art. 9º e no art. 14 da Lei nº 9.279/96, respectivamente.

[599] RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *University of Chicago Law Review*, 65, 1998, p. 614. No original: "The determination of nonobviousness is likely to be affected by the hindsight bias [...]. Even a truly novel idea might seem obvious after it has been revealed".

[600] *Loc. cit.*: "The law requires that nonobviousness be determined at the time the invention was made, although hindsight is often difficult to avoid in determining obviousness of inventions. Courts have recognized the problem of hindsight and have expressed concern that they 'must be continually on guard against the natural tendency to

técnicas de decisão que envolvem analisar *circunstâncias secundárias* que sirvam como indício acerca da originalidade de determinado produto no momento de sua suposta invenção. O tema, no entanto, por envolver uma possível solução para o problema do viés retrospectivo, será analisado no tópico subsequente.

4.4.5 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o viés retrospectivo

Com relação a alguns dos vieses cognitivos, ser informado e alertado acerca de sua existência (a conscientização) pode prevenir ou mitigar os seus efeitos. Contudo, conforme demonstram estudos empíricos, esse não é o caso com o viés retrospectivo, pois ainda que alertados sobre a sua existência, diversas pesquisas mostram que os indivíduos não conseguem evitá-lo[601]. Aliás, mesmo quando, após instruídos acerca do viés (os indivíduos foram instados expressamente a esforçar-se ao máximo para evitá-lo), os seus efeitos permaneceram[602]. Já se tentou, inclusive, a técnica de perguntar o quanto o indivíduo achava que aquele resultado seria previsível *ex ante* para um terceiro (e não para ele próprio), para verificar se seria mais fácil a sua detecção em outrem do que em si mesmo, mas, no caso do viés retrospectivo, nem mesmo isso funcionou[603].

No entanto, uma forma de conscientização e autocrítica revelou algum grau de mitigação do viés: tentar explicar e imaginar a "ocorrência" das alternativas de resultados que não aconteceram. Por exemplo, se determinado empreendimento causa um dano a alguém, em vez de simplesmente tentar adivinhar se esse resultado era previsível para o empreendedor, deve-se buscar imaginar todos os resultados possíveis que poderiam advir dessa atividade, e, então, tentar explicá-los mentalmente, buscando, inclusive, evidências aptas a corroborar essas alternativas[604]. Embora possa parecer algo simplório, um estudo conduzido por Arkes, Faust,

---

treat as obvious something which appears simple in the light of hindsight, but which may not actually have been so at the time of the invention'".

[601] DAVIES, Martin F. *Op. cit.*, pp. 61-64.

[602] FISCHHOFF, Baruch. Perceived Informativeness of Facts. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, vol. 3, no. 2, p. 349-358, p. 349: "Subjects told the correct answers to such questions were found to overestimate both how much they would have known about the answer had they not been told and how much they actually did know about the answer before being told. Attempts to undo this *knew-it-all-along* effect by exhorting subjects to work harder or telling them about the bias failed".

[603] WOOD, Gordon. The Knew-It-All-Along Effect. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1978, vol. 4, no. 2, p. 345-353.

[604] SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch. On The Psychology of Experimental Surprises. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, vol. 3, no. 5, p. 544-551, p. 544: "[...] the hindsight effect was reduced by forcing people to consider how the research could otherwise have turned out".

Guilmette e Hart comprovou que essa estratégia é funcional[605]. O estudo foi conduzido da seguinte forma: um primeiro experimento separou os participantes (todos neuropsicólogos) em três grupos, e eles deveriam analisar um caso com três possíveis diagnósticos, e indicar a probabilidade *ex ante* de que cada um deles estivesse correto. Cada um dos grupos recebeu a informação de que um diagnóstico específico era o certo. Como era de se esperar, cada grupo atribuiu uma probabilidade maior ao resultado já conhecido. Ocorre que, em uma segunda fase do experimento, os pesquisadores pediram a novos participantes que, antes de avaliar a probabilidade de cada um dos diagnósticos, apresentassem razões segundo as quais cada um deles poderia de fato estar correto. Apenas depois desse exercício, haveria a etapa de estimar a probabilidade de cada uma das alternativas. O resultado foi o de que esse simples método reduziu significativamente o viés retrospectivo nos participantes[606].

De todo modo, em um cenário ideal e otimizado, as soluções de mitigação do problema devem ir além da conscientização, alterando-se o modelo de estrutura decisória.

A título de exemplo, Jeffrey Rachlinski menciona que a prática jurídica norte-americana sobre propriedade intelectual desenvolveu estratégias para mitigar o viés retrospectivo na análise do princípio da originalidade de uma suposta invenção[607]. Conforme já foi afirmado no tópico anterior, não é difícil verificar a importância do papel que o viés retrospectivo pode exercer em casos como este, tendo em vista que, após tomar conhecimento de uma invenção, ela quase sempre parecerá óbvia. Por isso, em vez de se analisar diretamente se ela é de fato original (análise que seria diretamente prejudicada pelo viés retrospectivo, que criaria a tendência no julgador de dizer que não há originalidade), as Cortes norte-americanas têm buscado analisar *circunstâncias secundárias* que sirvam de indício da originalidade de determinada invenção, como, por exemplo: (a) o grau de sucesso comercial (que dificilmente ocorreria se a invenção fosse de fato óbvia); (b) a sensação de que havia uma necessidade humana não satisfeita antes dessa invenção; e (c) o fato de outros terem falhado no atendimento da referida necessidade.

---

[605] ARKES, Hal R.; FAUST, David; GUILMETTE, Thomas J.; HART, Kathleen. *Op. cit.*

[606] ARKES, Hal R. *Op. cit.*, p. 494: "Arkes, Faust, Guilmette, and Hart (1988) presented neuropsychologists with a small case history and then asked them to state the probability that each of three possible diagnoses was correct. The estimates of these subjects comprised the foresight estimates. Other neuropsychologists were told that one of the diagnoses was correct and that they should estimate the probability they would have assigned to the three diagnoses if they did not know which one correct. These hindsight subjects exhibited a bias by assigning a higher probability level to the 'correct' diagnosis than did the foresight subjects. However, hindsight subjects who had to state one reason supporting each of the diagnoses before making their probability estimates manifested no hindsight bias".

[607] RACHLINSKI, Jeffrey. *Op. cit.*, pp. 613 e ss.

Em processos envolvendo responsabilização, também é possível buscar circunstâncias secundárias que forneçam indícios sobre a previsibilidade do resultado. Em condutas envolvendo atividades profissionais, pode-se questionar se o causador do dano (um médico ou um advogado, por exemplo) seguiu o código de conduta e de ética daquela profissão, bem como os costumes envolvidos e recomendados em sua prática. Defendendo exatamente essa solução para o Direito Médico, Russell B. Korobkin e Thomas S. Ulen que a responsabilidade civil deveria considerar a aderência a códigos de conduta e de práticas médicas como uma presunção relativa de que não houve comportamento culposo[608]. Ou seja, o critério para a determinação de negligência seria o *compliance* com normas pré-existentes à conduta[609]. Além disso, deve-se indagar se o comportamento daquele profissional difere do que outros que atuem na mesma área adotariam. No trabalho de Susan LaBine e Gary LaBine, demonstrou-se que a resposta a esta pergunta foi a única que não sofreu alteração em razão do viés retrospectivo e, portanto, este pode ser um bom critério a ser adotado na análise da negligência profissional[610].

Para Cass Sunstein, Richard H. Thaler e Christine Jolls, uma possível solução para ao menos mitigar o viés retrospectivo seria estabelecer ônus probatórios mais elevados para responsabilizar alguém do que para livrá-lo de responsabilidade[611]. No Direito Penal, tende-se a se admitir, ao menos nos planos teórico e doutrinário, esse ônus probatório mais elevado a partir do princípio do *in dubio pro reu*, de forma que o réu só deve ser condenado se os requisitos necessários para a condenação (o que abrange a previsibilidade do resultado, no

608 KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. *Op. cit.*, p. 1090: "[...] tort law could provide that adherence to practice guidelines by a physician creates a rebuttable presumption of nonnegligence in malpractice lawsuits or even an affirmative defense to a charge of mal practice".

609 RACHLINSKI, Jeffrey. *Op. cit.*, p. 608: "A reliable judgment of reasonable care that was made before an accident has occurred is sometimes available. Many customary practices within an industry or a profession are attempts to identify precautions that constitute a reasonable level of care. So are many government safety regulations. In such cases, rather than conducting an open-ended inquiry into whether a defendant took reasonable precautions, a court could assess whether the defendant complied with the relevant custom or regulation. Under this rule, only a determination that the defendant had not complied with the ex ante norm could support a conclusion that the defendant was negligent. This decision rule would avoid the need to determine ex post an ex ante probability, which an assessment of reasonableness otherwise demands, thereby eliminating much of the hindsight bias' influence on the judgment".

610 LABINE, Susan; LABINE, Gary. *Op. cit.*

611 JOLLS, Christine; THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Op. cit.*, p. 1529: "The result of hind-sight bias, as described above, is that jurors will overestimate the probability that harm will occur (since harm did, in fact, occur). The determination of the probability of harm would conventionally be made under a "preponderance of the evidence" standard: If jurors think it more likely than not, based on the evidence, that the probability of harm was above the threshold level required for liability, they are to find the defendant liable. One might imagine counteracting the effects of hindsight bias by raising the evidentiary standard [...]. Thus, for example, if the jurors were to find the defendant liable only if the evidence suggested at least a seventy-five percent likelihood—rather than merely a fifty-one percent likelihood—that the critical harm probability threshold was met, then they might well reach the correct conclusion about liability: They would overestimate the likelihood attached to the critical threshold, but the overestimate might well be below the new required level".

caso de crimes culposos) estiverem provados "acima de qualquer dúvida razoável". No entanto, na responsabilização civil e administrativa, não se aplica a referida exigência. Talvez fosse o caso de, seguindo o conselho de Sunstein, Thaler e Jolls, aplicá-lo, ainda que não com o mesmo grau de exigência do Direito Penal. No direito societário, aproxima-se a essa ideia, com relação às ações que buscam a responsabilização de administradores, o desenvolvimento da a *business judgment rule*, que exige requisitos mais rígidos para a imputação de conduta indevida[612].

Outra possível solução para o viés retrospectivo é basear a análise da previsibilidade em estatística. Os próprios advogados podem buscar realizar esse tipo de prova. Em outros termos, busca-se analisar estatisticamente as vezes em que aquela conduta, na verdade, teve resultados positivos, e, por outro lado, em quantas vezes produziu o dano. Isso visa a convencer o julgador, de modo objetivo (e não por meio de uma percepção subjetiva enviesada) que aquele resultado não era tão previsível como agora parece.

Enfim, todas essas são soluções possíveis para mitigar os efeitos nocivos do viés retrospectivo, que podem e devem, evidentemente, ser adotadas conjuntamente.

4.5 O efeito halo

4.5.1 No que consiste e demonstração empírica

O efeito halo, estudado há bastante tempo pela psicologia social, significa basicamente que os indivíduos tendem a formar uma primeira impressão a respeito de determinada pessoa (positiva ou negativa), e, a partir de então, transportam essa percepção inicial para as suas demais características, ainda que não possuam qualquer nexo com aquela. Por exemplo, quando se acha, em uma primeira impressão, que determinado indivíduo é atraente ou agradável, tende-se a acreditar que os seus outros traços também serão positivos, e, automaticamente, imaginam-no como generoso, inteligente, esforçado, e assim por diante[613].

---

[612] RACHLINSKI, Jeffrey. *Op. cit.*, p. 574: "In many circumstances, [...] no mechanism to avoid or reduce the influence of the hindsight bias is available and the law must pursue some second-best course of action. It must tolerate biased assessments of liability or create some form of immunity for potential defendants. For example, in corporate law, the business judgment rule protects corporate officers and directors from liability for negligent business decisions because, in part, of the tendency for adverse outcomes to seem inevitable".

[613] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 107: "Se você gosta da política do presidente, provavelmente gosta da voz dele e também de sua aparência. A tendência de gostar (ou desgostar) de tudo o que diz respeito a uma pessoa - incluindo coisas que você não observou - é conhecida como efeito halo. O termo tem sido usado pela psicologia há um século, mas não entrou em amplo uso na linguagem cotidiana. É uma pena, porque o efeito halo é um bom nome para um viés comum que desempenha um grande papel no modo como vemos as pessoas e as situações. É

Uma questão importante é o fato de que, geralmente, a primeira impressão que se tem de uma pessoa advém de sua aparência, em um sentido geral (seja sua beleza, o modo como se veste, sua postura, se possui traços que traduzem dominância, ou, por exemplo, se aparenta confiança). Como bem expõe Kahneman: "*Quando um orador bem-apessoado e confiante sobe no palco, por exemplo, você pode prever que o público julgará seus comentários de modo mais favorável do que ele fez por merecer*"[614].

Relacionando o *efeito halo* à atratividade física, os psicólogos sociais Aronson, Wilson, Akert e Sommers lecionam que:

> Diversos estudos descobriram que a atratividade física afeta os juízos que as pessoas fazem sobre os outros (e vice-versa). Essa tendência fornece um exemplo específico do que os psicólogos chamam mais geralmente de efeito halo (Forgas, 2011; Thorndike, 1920). O efeito halo é um viés cognitivo em que a percepção de que um indivíduo possui uma característica positiva nos torna mais propensos a acreditar que ele ou ela também possui outras características positivas (mesmo que não relacionadas). Especificamente, quando se trata de atratividade, tendemos a atribuir às pessoas bonitas outras boas qualidades, incluindo algumas que nada têm a ver com sua aparência, comprando o estereótipo "o que é bonito é bom" (Ashmore & Longo, 1995; Dion, Berscheid e Walster, 1972; Lemay, Clark e Greenberg, 2010; Zebrowitz e Franklin, 2014) (tradução livre)[615].

Aliás, um dos primeiros estudos a comprovar que o belo é normalmente visto como possuindo outras características positivas foi realizado por Dion, Berscheid e Walster e publicado em 1972[616]. Comprovou-se que os indivíduos vistos como mais bonitos também eram percebidos, por inferência, como sendo pessoas de maior *status* social, melhores pais, mais bem-sucedidos profissionalmente e até mesmo mais felizes[617].

Em 1991, Eagly, Makhijani, Ashmore e Longo publicaram estudo cujos resultados ratificaram a conclusão anteriormente mencionada (de que há um estereótipo no

---

uma das maneiras pelas quais a representação do mundo que o Sistema 1 gera é mais simples e coerente do que a coisa real".

[614] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 10.

[615] ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D; AKERT, Robin M.; SOMMERS, Samuel R. *Social Psychology*. 9th edition. Boston: Pearson, 2013, p. 314. No original: "Many studies have found that physical attractiveness affects the attributions people make about others (and vice versa). This tendency provides a specific example of what psychologists refer to more generally as the halo effect (Forgas, 2011; Thorndike, 1920). The halo effect is a cognitive bias in which the perception that an individual possesses one positive characteristic makes us more likely to believe that he or she also possesses other (even unrelated) positive characteristics. Specifically, when it comes to attractiveness, we tend to attribute to beautiful people other good qualities, including some that have nothing to do with their looks, buying into a "what is beautiful is good" stereotype (Ashmore & Longo, 1995; Dion, Berscheid, & Walster, 1972; Lemay, Clark, & Greenberg, 2010; Zebrowitz & Franklin, 2014)".

[616] DION, Karen; BERSCHEID, Ellen; WALSTER, Elaine. What is beautiful is good. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 24, no. 3, pp. 285-290, 1972.

[617] *Ibid.*, p. 288.

sentido de que "o que é belo, é bom"), mas que descobriram que essas inferências variam a depender da característica em questão[618]. Por exemplo, de fato, pessoas belas são vistas como mais socialmente competentes (dentre outras qualidades positivas), mas a sua aparência não influencia, por exemplo, na percepção dela como altruísta e empática (é importante ressaltar que não há correlação negativa - simplesmente não existe correlação)[619].

Curiosamente, já se comprovou, inclusive, uma correlação entre a atratividade física e as inferências que se faz acerca da capacidade intelectual de determinado indivíduo[620].

Em 2006, Willis e Todorov demonstraram que 100ms já são o suficiente para que alguém seja julgado, pela sua aparência, quanto à sua confiabilidade (não envolvia a atratividade física, mas a presença de traços que transmitissem confiança)[621]. Em 2009, Todorov, Pakrashi e Oosterhof demonstraram que as pessoas tendem a fazer esse julgamento pela exposição ao rosto de uma pessoa por tão pouco tempo quanto 33ms[622]. Ou seja, as pessoas não apenas julgam os outros pela aparência, como o fazem diante de um pequeno tempo de exposição ao outro e, em decorrência disso, ainda fazem inferências sobre outras características do indivíduo observado. Tudo isso representa o viés cognitivo em estudo.

A propósito, é preciso que se diga que já foi demonstrada a influência do *efeito halo* nos mais diversos campos.

Como exemplo, há estudos empíricos relacionando a ocorrência do *efeito halo* com o papel que a aparência dos candidatos pode exercer em eleições. Assim, é comprovado que a atratividade física de um candidato pode influenciar a percepção acerca de sua imagem (os eleitores o veem como mais competente)[623] e que, por isso, pode influenciar no resultado de eleições[624]. Para verificar se esses achados poderiam de fato se aplicar em um contexto de

---

618 EAGLY, Alice H.; MAKHIJANI, Mona G.; ASHMORE, Richard D.; LONGO, Laura C. What is beautiful is good, but...: a meta-analytic review of research on the physical attractiveness stereotype. *Psychological Bulletin,*, vol. 110, no. 1, pp. 109-128, 1991.

619 *Ibid.*, p. 124.

620 JACKSON, Linda A.; HUNTER, John E.; HODGE, Carole N. Physical attractiveness and intellectual competence: a meta-analytic review. *Social psychology quarterly*, vol. 58, no. 2, pp. 108-122, 1995;

621 WILLIS, J.; TODOROV, A. First impressions: making up your mind after 100ms exposure to a face. *Psychological Science*, vol. 17, pp. 592-598, 2006.

622 TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish; OOSTERHOF, N. Nikolaas. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. *Social cognition*, vol. 27, no. 6, pp. 813-833, 2009.

623 OTTATI, Victor C. Determinants of political judgments: The joint influence of native and heuristic rules of inference. *Political Behavior*, vol. 12, p. 159-179, 1990.

624 ROSENBERG, Shawn W.; MCCAFFERTY, Patrick. The image and the vote: manipulating voters' preferences. *Public Opinion Quarterly*, Volume 51, Issue 1, p. 31–47, 1987; ROSENBERG, Shawn W.; KAHN, Shulamit; TRAN, Thuy. Creating a political image: Shaping appearance and manipulating the vote. *Political Behavior*, p. 13, p. 345-367, 1991.

campanha eleitoral, no qual a imagem dos candidatos não é formada apenas pela aparência, mas também pelas informações acerca de sua personalidade repassadas pela mídia e pela divulgação de seus posicionamentos políticos e ideológicos, Thomas Lee Budesheim e Stephen J. DePaola realizaram um estudo sobre o tema em 1994[625]. O resultado foi o de que a aparência dos candidatos continuava influenciando a avaliação dos candidatos, mesmo diante de informações recebidas de outras fontes. Aliás, quando os eleitores tinham acesso às imagens, o peso relativo dos posicionamentos políticos do candidato na decisão acerca do voto do eleitor caía. Além disso, o impressionante é que a imagem do candidato influenciou até no grau de concordância que os eleitores possuíam com os posicionamentos defendidos por cada um deles[626].

Outros estudos do gênero foram publicados posteriormente, e alguns dos mais interessantes deles foram realizados pelo Professor da *Princeton University* Alexander Todorov, em parceria com outros pesquisadores.

No primeiro desses estudos, publicado em 2005, Todorov, junto com Anesu N. Mandisodza, Amir Goren e Crystal C. Hall, decidiram testar a hipótese de que, em parte, as pessoas escolhem seus candidatos nas eleições em razão da aparência, tendo em vista que extraem, a partir de certas qualidades eventualmente presentes no rosto dos concorrentes, a presunção de competência[627]. Para os autores, a primeira impressão que se tem de uma pessoa ao olharmos para o seu rosto é gerada pelo Sistema 1, e isso gera uma grande influência sobre as inferências acerca de suas outras características[628]. No experimento, os participantes eram instados a avaliar o rosto de candidatos ao cargo de Senador e de Deputado Federal. O estudo foi feito tanto de forma prospectiva (antes de as eleições de 2004 ocorrerem), como retrospectiva (com relação às eleições de 2000 e 2002, mas somente com candidatos que os participantes não conhecessem - quando alguém era reconhecido, os dados relativos a ele eram

---

[625] BUDESHEIM, Tomas Lee; DEPAOLA, Stephen J. Beauty or the Beast? The Effects of Appearance, Personality, and Issue Information on Evaluations of Political Candidates. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 20, n. 4 (august 1994), p. 339-348.

[626] *Ibid.*, p. 346: "Three important findings emerged from this research. First, a candidate's physical appearance influenced evaluations, even when individuating personality information was provided. Second, presentation of image information reduced subjects' reliance on issue agreement. This was especially true if the image information was evaluatively mixed. Third, the image formation affected subjects' perception of how similar the candidates' issue positions were to their own. Our research indicates that the physical attractiveness of candidates matters to voters".

[627] TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu N.; GOREN, Amir; HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. *Science* (10 June 2005), vol. 308, issue 5728, pp. 1623-1626.

[628] *Ibid.*, p. 1623: "Recent models of social cognition and decision-making posit a qualitative distinction between fast, unreflective, effortless 'system 1' processes and slow, deliberate, effortful 'system 2' processes. Many inferences from facial appearance can be characterized as system 1 processes. The implications of the dual-process perspective are that person impressions can be formed 'on-line' in the very first encounter with the person and can have subtle and often subjectively unrecognized effects on subsequent deliberate judgments".

desconsiderados). Não houve diferença significativa entre a pesquisa feita de forma prospectiva e a feita de forma retrospectiva (considerando que só eram computados dados de candidatos que os participantes não conhecessem e, portanto, não soubessem se ele havia sido eleito). O resultado foi surpreendente: os candidatos que eram percebidos como mais competentes (apenas pela rápida visualização de seu rosto) foram de fato eleitos em 71,6% para o Senado e em 66,8% para a Câmara dos Representantes (o equivalente à Câmara dos Deputados)[629]. Mais que isso, os resultados também foram correspondentes às respectivas margens de voto pelas quais venceram[630]. Para buscar comprovar a correlação desses resultados com a ideia de que essas inferências são feitas pelo Sistema 1, eles também realizaram uma versão do experimento com 40 participantes, no qual estes tinham apenas 1 segundo para avaliar a competência do candidato (desta vez, unicamente para o Senado) olhando apenas para a sua aparência. Ainda assim, a correlação foi de 67,6%[631].

Posteriormente, Todorov, em parceria com Charles C. Ballew II, reproduziu o estudo nas eleições para Senador e Governador nos EUA em 2006 (antes das eleições ocorrerem), com o mesmo resultado (para o Senado, a correlação chegou a 72,4%)[632], o que comprovou, mais uma vez, como o *efeito halo* é algo real e importante no cenário eleitoral.

Em outra vertente de análise, estudos empíricos comprovam existir correlação (especialmente para homens) entre a altura, de um lado, e o sucesso profissional e a renda, do outro. Esse atributo, percebido de imediato ao se conhecer uma pessoa, estaria implicitamente associado a qualidades como liderança, sucesso e competência, conforme demonstraram Timothy A. Judge e Daniel M. Cable, em um dos mais conhecidos estudos sobre o tema[633]. Não bastasse, Malcolm Gladwell narra que pesquisou cerca de metade das 500 maiores empresas dos EUA segundo a revista *Fortune* perguntando sobre a altura do CEO. Embora a altura média do homem norte-americano seja de 1,75m, a dos CEO's do sexo masculino era de 1,85m, e um terço deles era mais alto do que isso. Ademais, havia apenas 10 CEO's com 1,65m ou menos[634].

---

[629] *Ibid.*, p. 1624: "[...] the candidate who was perceived as more competent won in 71.6% of the Senate races and in 66.8% of the House races".

[630] *Loc. cit.*: "Inferences of competence not only predicted the winner but also were linearly related to the margin of victory".

[631] *Loc. cit.*

[632] TODOROV, Alexander; BALLEW II, Charles C. Predicting political elections from rapid and unreflective face judgments. *PNAS*, vol. 104, n. 46 (November 13, 2007), 17948-17953.

[633] JUDGE, Timothy A.; CABLE, Daniel M. The effect of physical height on workplace success and income: preliminary test of theoretical model. *Journal of Applied Psychology*, vol. 89, no. 3, p. 428-441, 2004.

[634] GLADWELL, Malcolm. *Op. cit.*, pp. 82-83.

Em síntese, não parece haver dúvidas de que a primeira impressão, adquirida por meio da aparência de determinado sujeito, influencia decisivamente em como se pensa e se infere sobre ele. O ponto central é constatar que o *efeito halo* também possui um impacto significativamente no Direito, tema a ser analisado a partir do próximo tópico.

4.5.2 Estudos empíricos demonstrando este desvio cognitivo em júris

Pesquisas demonstrando a existência do *efeito halo* em júris são abundantes, e são realizadas ao menos desde o final da década de 60[635]. De todo modo, é preciso que se diga que a maior parte delas envolve júris simulados.

Em 1974, Michael G. Efran publicou um estudo envolvendo um júri simulado em que ficou comprovado que a atratividade física dos réus fazia com que tivessem uma chance menor de condenação e, caso não fossem absolvidos, ao menos eram condenados a penas menores do que réus não atraentes[636]. No ano seguinte, foi publicado um dos estudos mais conhecidos sobre o tema, realizado por Sigall e Ostrove, no qual demonstrou-se que a regra geral é que, de fato, as pessoas fisicamente atraentes recebem um tratamento mais leniente quando são julgadas pela maioria dos crimes[637]. No entanto, haveria uma exceção: elas seriam julgadas de maneira até mesmo mais rigorosa que o normal se, em razão da natureza do crime em questão, os jurados entendessem que ela fez uso da sua boa aparência para o cometimento do crime (como em determinadas hipótese de estelionato)[638]. No final da década de 70, ao

---

635 LANDY, David; ARONSON, Elliot. The influence of the character of the criminal and his victim on the decisions of simulated jurors. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 5, issue 2, pp. 141-152, 1969. Neste estudo, Landy e Aronson publicaram um conhecido estudo contendo dois experimentos envolvendo um júri simulado. No primeiro, com 261 participantes, demonstrou-se que a uma primeira impressão positiva da vítima de um homicídio culposo na condução de veículo automotor influencia no montante de condenação do autor da infração. Em síntese, quando a vítima era descrita positivamente, o autor do crime foi condenado a uma média de 15,77 anos; quando não o era, a média foi de 12,90 anos. No segundo experimento, com 116 participantes, comprovaram que este efeito também pode beneficiar o réu: quando ele não possuía características atrativas, a condenação era de uma média de 11,75 anos (chegando a 13,89 nos casos em que a vítima possuía uma descrição positiva, em análise cruzada); já quando o réu tinha qualidades atraentes, a média da condenação era de 8,58 anos. Optou-se por não trabalhar este estudo no corpo do trabalho tendo em vista que as características narradas não são primordialmente ligadas à atratividade física, havendo outros estudos mais representativos. Um estudo semelhante ao acima citado (que se baseia em outras características atrativas que não a física) consta de: NEMETH, Charlan; SOSIS, Ruth Hyland. A simulated jury study: characteristics of the defendant and the jurors. *The Journal of Social Psychology*, vol. 90, issue, 2, pp. 221-229, 1973.

636 EFRAN, Michael G. The effect of physical appearance on the judgment of guilt, interpersonal attraction, and severity of recommended punishment in a simulated jury task. *Journal of Research in Personality*, vol. 8, pp. 45-54, 1974.

637 SIGALL, Harold; OSTROVE, Nancy. Beautiful but dangerous: effects of offender attractiveness and nature of the crime on juridic judgment. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 31, no. 3, pp. 410-414, 1975.

638 *Ibid.*, pp. 412-413.

menos outros três estudos do gênero foram realizados e resultados semelhantes aos descritos foram encontrados em todos eles[639].

Em 1997, DeSantis e Kayson publicaram um estudo empírico mais recente, também envolvendo a realização de júris simulados[640]. Nessa pesquisa, os autores constataram que réus considerados atraentes eram condenados a penas significativamente menores do que os pouco atraentes. O estudo trabalhou com 160 participantes que julgaram um crime fictício de furto a uma residência. Como concluem os próprios pesquisadores em seu artigo, isso demonstra o acerto da orientação, por parte dos advogados, que seus clientes, quando réus em processos, cortem o cabelo, aparem a barba, vistam-se bem e ajam de forma calma e madura[641].

Finalmente, em um estudo publicado em 2001, Abwender e Hough confirmaram os achados anteriores, demonstrando que a atratividade física leva a um tratamento mais leniente por parte dos jurados, ao menos como regra geral[642]. Assim, com relação a estudos relacionados a júris, não deve haver dúvida de que a aparência pode impactar significativamente no resultado do julgamento. Resta saber como isso ocorre com relação a juízes togados.

4.5.3 Estudos empíricos demonstrando o efeito *halo* no Poder Judiciário

Poder-se-ia questionar se as descobertas referidas nos estudos mencionados anteriormente aplicar-se-iam a magistrados treinados. Para responder a esse questionamento, estudos empíricos relacionados diretamente ao Poder Judiciário foram realizados.

Em 1980, John E. Stewart II publicou um artigo contendo um estudo em que foram analisados 74 réus (e, consequentemente, 74 casos) em processos criminais julgados na Pennsylvania, todos eles por juízes togados[643]. Observadores ligados ao estudo assistiam aos

---

[639] SELIGMAN, C.; BRICKMAN, J.; KOULACK, D. Rape and physical attractiveness: Assigning responsibility to victims. *Journal of Personality*, 45, 554–563, 1977; GERBASI, K. C.; ZUCKERMAN, M.; REIS, H. T. Justice needs a new blindfold: a review of mock jury research. *Psychological Bulletin*, vol. 84, issue 2, pp. 323–345, 1977; SMITH, E. D.; HED, A. Effects of offenders' age and attractiveness on sentencing by mock juries. *Psychological Reports*, vol. 44, issue 3, pp. 691-694, 1979.

[640] DESANTIS, Andrea; KAYSON, Wesley A. Defendants' characteristics of attractiveness, race, and sex and sentencing decisions. *Psychological Reports*, vol. 81, pp. 679-683, 1997.

[641] *Ibid.*, p. 679: "It should come as no surprise then that, when a person charged with a crime goes to trial, his lawyer instructs him to cut his hair, shave, dress neatly, and act in a calm and mature fashion".

[642] ABWENDER, David A.; HOUGH, Kenyatta. Interactive effects of characteristics of defendant and mock jurors on U.S. participants' judgment and sentencing recommendations. *The Journal of Social Psychology*, vol. 141, issue 5, pp. 603-615, 2001.

[643] STEWART II, John E. Defendant's attractiveness as a factor in the outcome of criminal trials: an observational study. *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 10, issue 4, pp. 348-361, 1980.

casos e, antes de ocorrer o julgamento, observando o réu por 30 minutos, deveriam preencher um formulário no qual o avaliavam com relação a inúmeros itens (a atratividade física era um deles, mas foi colocada no meio de outros - como educado ou não, confiante ou não, etc. -, para disfarçar a sua centralidade para o estudo, de modo a não influenciar os participantes). Como resultado, Stewart encontrou uma forte correlação inversa entre os valores atribuídos à atratividade física e a gravidade da pena fixada, pois os menos atraentes eram condenados a uma média de 4,10 anos, enquanto os mais atraentes recebiam condenações de 1,87 anos em média, demonstrando que os magistrados foram mais lenientes com estes.

Em 1985, John E. Stewart II realizou um novo estudo do gênero, agora analisando a aparência em um sentido mais amplo, para abranger não só a atratividade física propriamente dita, como também: (a) o asseio (se tinha a aparência de sujo ou limpo); (b) se era desleixado ou bem-cuidado; (c) se estava bem ou mal vestido; (d) se tinha uma postura boa ou ruim[644]. Foram analisados os casos de 60 réus em dois condados do Estado da Pennsylvania. O resultado foi o de que todas as cinco variáveis mencionadas impactaram na decisão judicial, e os réus que possuíam bons indicadores nesses fatores recebiam um tratamento mais leniente por parte do Poder Judiciário com relação à quantidade de pena, confirmando a ocorrência, portanto, do *efeito halo* (a diferença entre a punição dos mais atraentes para os menos variava entre 119,25% e 304,88%).

Um conhecido estudo, realizado por Leslie A. Zebrowitz e Susan M. McDonald e publicado em 1991, resolveu testar a hipótese de que a beleza ou até mesmo simplesmente um rosto com traços de bebê impactariam nas decisões judiciais[645]. A pesquisa analisou 506 casos julgados nos juizados de pequenas causas. O resultado foi o de que, quando os autores eram bonitos, tinham mais chances de ganhar o caso. Além disso, descobriu-se que, quando os réus possuíam faces com traços de bebê, eles geralmente eram absolvidos nos casos em que eram acusados de conduta dolosa, mas comumente perdiam aqueles em que a ação imputada era culposa (ou seja, os juízes tendiam a acreditar que essa tipologia de face era menos propensa a cometer um crime intencionalmente, embora fosse mais tendente a incorrer em atos de falta de cuidado). Por fim, quando um réu possuía um rosto mais amadurecido, eles eram condenados

[644] STEWART II, John E. Appearance and punishment: the attraction-leniency effect in the courtroom. *The Journal of Social Psychology*, vol. 125, issue 3, pp. 373-378.

[645] ZEBROWITZ, Leslie A.; MCDONALD, Susan M. The Impact of Litigants' Baby-Facedness and Attractiveness on Adjudications in Small Claims Courts. *Law and Human Behavior*, vol. 15, n. 6, p. 603-623, 1991.

a pagar somas indenizatórias maiores a autores com rostos de bebê, o que não se aplicava se o autor também possuísse o rosto amadurecido, pois isso neutralizava o efeito[646].

Também no ano de 1991, foi publicado um dos estudos mais citados sobre o tema, de autoria de Downs e Lyons[647]. O estudo envolveu casos reais decididos por juízes de direito. O método foi o seguinte: durante um período de 18 meses, 915 mulheres e 1.320 homens (um total de 2.235 pessoas) foram presos em flagrante e acusados de terem cometido um crime nos locais onde o estudo foi realizado, na costa do golfo do Texas (as pessoas que eram acusadas de mais de um crime foram descartadas, porque dificultaria isolar a variável da aparência quando as condenações fossem comparadas). Então, eles pediam que um dos 31 policiais (19 homens e 12 mulheres) responsáveis por conduzir os presos a um dos 40 juízes (22 homens e 18 mulheres), para fixação de fiança ou determinação de pena de multa, avaliassem aquela pessoa com relação à sua atratividade física, em um grau de 1 a 5. Os magistrados não tomaram conhecimento de que os guardas estavam fazendo a referida avaliação. O resultado consta na tabela a seguir, sendo o grau 1 o menos atraente e o 5 o mais.

Grau de atratividade	Média de fiança ou multa fixada
1	$772,00
2	$658,51
3	$534,54
4	$387,85
5	$247,67

Observa-se, portanto, uma correlação inversa muito acentuada entre a atratividade física dos presos e a fiança ou multa fixadas (ou seja, quanto mais atraente, menor seria a penalidade ou a fiança), o que comprova o *efeito halo*.

---

[646] *Ibid.*, p. 603: "The effects of litigants' facial appearance on judicial decisions were investigated in 506 cases heard in small claims courts. Replicating previous laboratory studies, both baby-facedness and attractiveness exerted a significant impact on adjudications. As plaintiffs increased in attractiveness, defendants were more likely to lose the case. Also, as defendants increased in baby-facedness, they were more likely to win cases involving intentional actions and less likely to win cases involving negligent actions, although the latter simple effect was not significant. Finally, as defendants increased in facial maturity, they were required to pay larger monetary awards to baby-faced plaintiffs, albeit not to average or mature-faced plaintiffs".

[647] DOWNS, Chris A.; LYONS, Phillip M. Natural observations of the links between attractiveness and initial legal judgments. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 17, no. 5, pp. 541-547, 1991.

Há estudos que, embora não digam respeito propriamente à aparência física das partes, demonstram como a primeira impressão que os magistrados formam acerca da pessoa que está sendo julgada pode, por vezes, ser mais relevante que o Direito aplicável.

Por exemplo, recentemente, já no ano de 2016, o Professor da *Harvard Law School* Holger Spamann e o Professor da *Humboldt-University Berlin* Lars Klöhn publicaram um artigo escrito a quatro mãos divulgando um estudo que realizaram com a participação de 39 juízes federais norte-americanos[648]. Com a pesquisa, eles pretendiam verificar qual fator seria mais determinante para a tomada de decisão: um precedente sobre o tema ou as características do réu. Os pesquisadores colocaram os magistrados para julgar uma apelação real (com apenas algumas adaptações) que havia sido julgada pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia. Além disso, utilizaram dois precedentes (um levemente favorável ao réu e o outro ligeiramente desfavorável) e dois réus (um com personalidade favorável e outro desfavorável).

Diante desse cenário, eles dividiram os magistrados em quatro grupos, cruzando os dados relativos aos precedentes e aos réus: (a) o primeiro receberia os autos com um precedente levemente favorável ao réu, que era caracterizado como um sérvio nacionalista e odioso; (b) o segundo grupo recebeu os autos para o mesmo réu, porém com um precedente levemente desfavorável a ele; (c) o terceiro grupo recebeu autos com o precedente favorável (o mesmo que o primeiro grupo), porém com um réu croata arrependido e com perfil conciliador; (d) o último grupo também julgou o réu arrependido, porém com o precedente desfavorável.

Esse método "cruzado" visou precisamente a isolar a variável que mais impactou no julgamento por parte dos magistrados. E o resultado foi o de que, apesar de os juízes não terem escrito isso expressamente em sua fundamentação, a variável do precedente não teve impacto nas decisões, enquanto que as características do réu pesaram bastante, já que 87% dos magistrados mantiveram a condenação contra o réu sérvio contra apenas 41% contra o croata[649].

---

[648] SPAMANN, Holger; KLÖHN, Lars. Justice is less blind, and less legalistic, than we thought: Evidence from an experiment with real judges. *Journal of Legal Studies*, vol. 45, no. 2, 2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2844896>. Acesso em: 24 de janeiro de 2020.

[649] *Ibid.*, p. 2: "In this paper, we report findings from an experiment testing the effect of legally relevant and irrelevant factors side by side. Our 2×2 factorial between-subject design preserves key attributes of real-world judicial decision-making. Real judges reviewed a full set of legal briefs and materials for almost one hour before rendering a decision with written reasons. The case was based on a real appeals case from the International Criminal Court for the Former Yugoslavia (ICTY). The judges were randomly assigned one of two defendants and one of two precedents. One of the precedents weakly favored the defendant's position (*obiter dictum*), whereas the other weakly disfavored it (based on distinguishable facts). The precedent was the focus of the briefs and the judges' written reasons but had no detectable effect on the judges' decisions. By contrast, the second, legally irrelevant variation had a strong effect. Of the judges who judged a nationalist, hateful Serb defendant, 87% upheld the conviction, as opposed to only 41% of the judges who judged a conciliatory, regretful Croat defendant. The judges' written reasons show no awareness of this effect. In a survey, law professors had predicted the opposite result, i.e., that even the weak precedent should matter more for the outcome than the defendant".

Uma observação é importante para demonstrar a relevância desse estudo para o presente trabalho: no caso narrado, as características dos réus estavam claras nos autos (havia uma descrição de sua personalidade). No entanto, no mundo real, especialmente diante de encontros efêmeros como audiências de custódia, as inferências que o magistrado faz acerca das características do réu advém, em parte, de sua aparência e de sua apresentação (em sentido amplo, abrangendo também a vestimenta e a postura), conforme demonstrado anteriormente.

Pelo que se observou, assim, o *efeito halo* também afeta os juízes togados.

4.5.4 Problemas jurídicos relacionados ao efeito *halo*

4.5.4.1 A problemática da isonomia, inclusive social e econômica

Sabe-se que um dos principais problemas no Brasil é a questão da desigualdade socioeconômica e, associada a ela, a forma como o Estado trata diferentemente seus mais diversos cidadãos. Na observação de José Murilo de Carvalho, após narrar uma história na qual houve uma clara a diferença de tratamento, por parte da polícia, com relação a ele e, de outro lado, referente a uma senhora pobre, consta que:

> De início, podemos verificar que, naquele contexto, a igualdade de todos perante a lei, estabelecida no artigo 5º da Constituição em vigor, é balela. Quem define a cidadania, na prática, é a polícia. Na curta conversa de dez minutos com um agente da lei, com alguém que deveria implementar os dispositivos constitucionais, descobrimos que ele estabelece, por conta própria, três classes de cidadãos, a saber: o doutor, o crente, o macumbeiro. Doutor é o cidadão de primeira classe, titular dos direitos constitucionais, merecedor do respeito e da deferência dos agentes da lei. O crente vem em segundo lugar: pode ter alguns direitos violados, mas ainda merece algum respeito. Por fim, o macumbeiro: não tem direitos, nem pode ser considerado cidadão[650].

Em primeiro lugar, é destaca-se que o problema não é exclusivo da polícia. Ao contrário: trata-se de condição difundida em toda a sociedade, e a instituição policial é apenas um reflexo disso. Além disso, é preciso que se diga que, se o problema já é grave normalmente, o *efeito halo* amplifica a grave situação narrada pelo Professor José Murilo de Carvalho.

Conforme já se ressaltou, a inferência acerca das mais diversas características acerca dos indivíduos que participam dos processos judiciais (incluindo partes e advogados)

---

[650] CARVALHO, José Murilo de. Brasileiro: Cidadão? In: CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados:* escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998, pp. 275-288, p. 276.

decorre, muitas vezes, do modo como estes se apresentam, e isso abrange, por exemplo, fatores como vestimenta e o linguajar, que podem ser distintos daqueles que circundam o contexto social vivido pela maior parte dos magistrados e promotores brasileiros. A existência do efeito *halo*, nesse contexto, não passou despercebida para alguns juristas brasileiros[651]. Por exemplo, Alexandre Morais da Rosa assim discorre sobre este efeito:

> O ditado popular diz que a primeira impressão é a que fica. Ainda que possa não acontecer em todos os momentos, no ambiente forense, não raro, há possibilidade de que a primeira avaliação do acusado, do defensor, da testemunha, etc., possa contaminar o julgamento de outros fatores e, talvez, o resultado. O efeito halo opera pela expansão, contaminação, de uma característica da pessoa às qualidades que se imagina, tanto positiva como negativamente. [...] Por exemplo - efeito halo - quando chega para a audiência advogado bem-sucedido, bem vestido, bem informado ou um membro do Ministério Público nas mesmas circunstâncias, o efeito estético é diverso de um jogador [o autor utiliza esta expressão porque a sua obra situa-se no contexto da teoria dos jogos, mas o conceito abrange todos os participantes do processo] malvestido, malsucedido e com má reputação, assim como um agente 'bonito' ou 'feio'. O efeito no julgador é evidente[652].

A constatação de que fatores como, por exemplo, a vestimenta utilizada podem influenciar, de modo inconsciente, na percepção que o magistrado possui de determinado advogado ou de seu cliente é assustadora, e, certamente, é um problema que amplifica as distorções decorrentes da desigualdade socioeconômica brasileira.

4.5.4.2 A utilização de algemas ou "uniforme de preso" nas audiências

A Súmula Vinculante 11, editada pelo Supremo Tribunal Federal, preconiza que:

> Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perito à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

---

[651] HAMANN, Ariane. *Op. cit.*, p. 56: "Uma grande causa para a utilização da primeira impressão na tomada de decisão, da formação de um conceito prévio acerca de uma pessoa que acabou de ver, acerca de vários aspectos da vida dela, ainda que nada tenham a ver com sua aparência é o chamado *efeito halo* [...]. Utilizando da tradução da palavra para explicar o efeito, é como colocar uma auréola em torno da primeira impressão que se tem de uma pessoa, fazendo com que o brilho que emana dela atinja as próximas características que virão a ser percebidas, passando a ter o mesmo sentido da primeira. Por exemplo, se a primeira impressão que se tem de uma pessoa é que ela é inteligente e, a seguir, vê-se essa pessoa discutindo com alguém, tentando mostrar que tem razão, o efeito causado pela primeira característica fará com que o observador veja tal atitude como obstinação ou persistência. Caso, porém, a primeira impressão que se teve da pessoa é que ela é antipática e ela, em seguida, seja vista na exata situação acima, poderá ser tida como teimosa ou arrogante".

[652] *Ibid.*, pp. 159-160.

Além da mencionada Súmula Vinculante, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao regulamentar as audiências de custódia por intermédio da Resolução 213/2015, incluiu dispositivo no sentido de que a pessoa presa em flagrante não deve estar algemada na audiência de custódia, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito[653].

Longe de se imaginar que o "uniforme" de preso possa ser indiferente, é preciso que se mencione que, em 1996, Marc Posner realizou um estudo no qual comprovou que, quando há, simultaneamente, tanto estudantes com o uniforme da escola, como outros alunos que podiam se vestir livremente, os professores (e também os demais colegas) possuíam uma percepção de que os uniformizados possuíam um desempenho acadêmico melhor do que os demais, além de serem mais disciplinados[654]. Em uma das escolas, os alunos sem uniforme eram mandados à Diretoria (por questões disciplinares) 22 vezes mais do que os uniformizados, por exemplo. O autor atribuiu esse resultado justamente ao *efeito halo*, por meio do qual os professores e os outros estudantes estendiam o alcance da primeira impressão benéfica que tiveram (em razão do uniforme) para outras qualidades do aluno que estava sendo analisado.

De modo similar, conforme ressalta o Professor Chris Baumann, o tipo de uniforme utilizado por funcionários dos mais diversos empreendimentos possui notável impacto no profissionalismo atribuído a cada uma dessas empresas pelos consumidores[655].

Não há razão para se imaginar que algo diverso ocorreria com o "uniforme de preso" ou com a utilização de algemas por um réu que ainda não foi condenado. Naturalmente, a primeira impressão do magistrado, obtida pela aparência do réu, será o de alguém que se enquadra em um estereótipo de culpado. Por isso, não apenas se concorda com a existência da Súmula e com a orientação do CNJ para as audiências de custódia, como se sempre deve ser dada a oportunidade de o réu preso trocar de vestimenta antes das audiências.

---

[653] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213/2015*. DJe/CNJ nº 1, de 08/01/2016, p. 2-13. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020: "Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: II - assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito".

[654] POSNER, Marc. Perception Versus Reality: school uniforms and the 'halo effect'. *Harvard Education Letter*, vol. 12, issue 3, march/april, 1996.

[655] BAUMANN, Chris. The impact of uniforms on consumers brands preferences. 20 january 2016. Disponível em: <https://www.cmo.com.au/blog/marketing-science/2016/01/20/the-impact-of-uniforms-on-consumer-brand-preferences/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

4.5.4.3 A credibilidade da testemunha ou do réu com "uniforme do Estado"

Em razão do *efeito halo*, há juristas que questionam o fato de policiais testemunharem fardados. Isso em razão de gerar a impressão de que ele esteja falando em nome do Estado, bem como por conferir uma maior credibilidade ao depoimento apenas em razão do uniforme. Este viés atuaria aqui da seguinte maneira: a primeira impressão passada pelo policial seria influenciada por sua vestimenta, e, em razão do *efeito halo*, essa característica, geralmente positiva, seria transmitida para a percepção que se tem acerca das demais qualidades do réu, inclusive a credibilidade. No Tribunal do Júri, o efeito provavelmente é mais significativo do que sobre um juiz togado, tendo em vista o modo como a sociedade enxerga as autoridades.

Curiosamente, já houve um estudo empírico, realizado pelo então Professor de Stanford Robert Mauro, que demonstrou (fora do contexto judicial) como o uniforme policial traz a percepção de credibilidade perante os cidadãos[656]. Como alguns departamentos de polícia norte-americanos estavam, à época, preferindo vestir os policiais à paisana (com blazers) para aumentar a integração com os cidadãos e para incrementar a sua relação com a comunidade, experimentos como o de Mauro foram realizados, nos quais os participantes avaliavam os policiais com relação a diversos critérios. O resultado foi o de que os policiais com uniformes tradicionais eram vistos como mais honestos, mais ativos, mais prestativos, mais competentes, mais bondosos, mais valorosos, mais rápidos e possuidores de melhores julgamentos[657].

Além de impactar em casos nos quais os policiais funcionem como testemunhas, isso ocorre, naturalmente, com agentes que estejam respondendo como réus. Não por outra razão, o item 13-a do Boletim Geral PM 153, de 9 de agosto de 2000, da Polícia Militar do Estado de São Paulo, prevê que: "*quando na condição de réu em processo de crime comum, [deve se apresentar] em trajes civis, social, condizentes com aquele exigido pelo Poder Judiciário*"[658]. A norma é pertinente, e deveria existir em todos os Estados e no âmbito federal.

---

[656] MAURO, Robert. The constable's new clothes: effects of uniforms on perceptions and problems of police officers. *Journal of Applied social Psychology*, vol. 14, issue 1, pp. 42-56, 1984.

[657] *Ibid.*, p. 42: "Popular beliefs concerning the effect of clothing styles on behavior have had important policy ramifications. For instance, in the interest of developing better police-community relations, numerous police departments have considered changing from a traditional police uniform to a more “civilian” style of dress. Effects of such an alteration were examined in the laboratory and in the field. No positive effects of the uniform change were found. Compared to officers wearing a blazer-style uniform, officers wearing traditional uniforms were perceived as more honest, more active, more helpful, more competent, more “good,” more valuable, faster, and as possessing better judgment".

[658] Cf. CUNHA, André Luiz Bogado. Réu PM pode comparecer fardado a seu julgamento no plenário do Tribunal do Júri? *Jornal Carta Forense* (02/07/2013). Disponível em:

4.5.4.4 O princípio da identidade física do juiz

Como se sabe, o princípio da identidade física do juiz é bastante tradicional no direito processual brasileiro, e significa que o juiz que teve contato com as provas orais deve preferencialmente sentenciar aquele caso. Apesar de sua supressão expressa no Novo CPC, continua previsto no art. 399, §2º, do Código de Processo Penal (inserido pela Lei nº 11.719/2008), que prevê que "*o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença*".

Os perigos do princípio da identidade física do juiz diante da possibilidade de ocorrência de vieses cognitivos derivados da audiência é mencionado por Eduardo José da Fonseca Costa, embora com referência à heurística da representatividade (que, assim como o efeito halo, também gera vieses a partir da aparência das partes)[659]. Por isso, o autor sugere que seja adotado modelo semelhante àquele de alguns países europeus, em que o juiz da instrução, responsável pela colheita da prova oral, não é o mesmo magistrado que irá proferir a sentença[660]. Neste trabalho, adota-se a posição de que o princípio da identidade física do juiz possui pontos favoráveis e outros desfavoráveis. Por um lado, é certo que o magistrado que presidiu a audiência de instrução e julgamento terá mais elementos para o seu julgamento, muitos deles não relacionados a vieses (como, por exemplo, a leitura corporal após anos de experiência na magistratura). De todo modo, o que se quer destacar é que nem só de pontos positivos se cerca o referido instituto, tendo em vista que é certo que o juiz da audiência estará mais enviesado pelo *efeito halo* do que qualquer outro magistrado. Assim, embora não se firme um posicionamento definitivo sobre a proposta de Costa, admite-se que é interessante ao menos o seu debate por parte da comunidade jurídica.

4.5.5 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema

Em primeiro lugar, parece evidente que as primeiras medidas a serem tomadas para mitigar o *efeito halo* sejam justamente aquelas relativas aos uniformes. Ou seja, preferencialmente, o preso deve ser apresentado à audiência sem o uniforme do presídio e sem

---

<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reu-pm-pode-comparecer-fardado-a-seu-julgament-o-no-plenario-do-tribunal-do-juri/11499>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

[659] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, pp. 139-145.

[660] *Ibid.*, pp. 143-144.

as algemas (a menos, neste último caso, que haja justificada necessidade). Além disso, os policiais, os militares e outros profissionais semelhantes devem comparecer às audiências com vestimenta civil, sem uniformes, e isso vale tanto para os casos em que compareçam como testemunhas como aqueles em que detenham a condição de réu.

Além disso, convém que os juízes se abstenham de decidir em audiência. Optar pelos memoriais de alegações finais escritos, com a conclusão dos autos para decisão posterior em até 30 dias tende a tornar a decisão mais impessoal, evitando que a aparência do réu (ou dos advogados, ou até mesmo do autor) na audiência possa impactar na formação da convicção.

Uma terceira medida interessante é tentar ao máximo montar padrões de perguntas (ou, mesmo que estas fujam do padrão, tentar pensar acerca delas antes da audiência) e até mesmo determinar, de forma prévia e de modo mais objetivo possível, quais informações extrair de cada uma das respostas. Isso se aproxima muito a montar um algoritmo, e foi precisamente o que Daniel Kahneman fez quando precisou montar um sistema de entrevista para todo o Exército de Israel, com o objetivo de avaliar a personalidade dos soldados e, assim, encaminhá-lo à divisão apropriada (infantaria, artilharia, tanques, etc.). O psicólogo substituiu o método antigo, baseado em impressões subjetivas dos entrevistadores, por um sistema em que as perguntas eram razoavelmente padronizadas e eram atribuídos pontos a cada uma das características dos entrevistados, formando uma média objetiva em cada uma delas. Como narra Kahneman, o novo método obteve resultados muito mais satisfatórios que o anterior[661].

Por fim, deve-se levar a sério o debate acerca da identidade física do juiz e, inclusive, sobre a implementação de diferentes magistrados para momentos distintos do processo. Não se toma partido a favor da adoção do juiz de instrução diferenciado do de mérito neste trabalho, porque se entende que o tema merece um estudo específico e profundo, que não

[661] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, pp. 286-289: "Em 1955, então um jovem tenente de 21 anos nas Forças de Defesa de Israel, fui incumbido de criar um sistema de entrevista para todo o Exército. [...] Decidi por um procedimento em que os entrevistadores avaliariam diversos traços de personalidade relevantes e dariam notas separadamente para cada um. A contagem final de adequação para servir em combate seria calculada segundo uma fórmula padronizada, sem nenhum input adicional dos entrevistadores. Elaborei uma lista de seis características que pareciam relevantes para o desempenho numa unidade de combate, incluindo 'responsabilidade', 'sociabilidade' e 'orgulho masculino'. Depois escrevi, para cada característica, uma série de questões factuais sobre a vida do indivíduo antes de seu alistamento, incluindo o número de diferentes trabalhos que ele tiveram, quão assíduo e pontual fora em seu trabalho ou estudos, a frequência de suas interações com amigos e seu interesse e participação em esportes, entre outras coisas. A ideia era avaliar tão objetivamente quanto possível até que ponto o recruta se saíra bem em cada dimensão. Concentrando-me em questões padronizadas, factuais, eu esperava combater o efeito halo, em que primeiras impressões favoráveis influenciam julgamentos posteriores. Como precaução extra contra halos, instruí os entrevistadores a percorrer as seis características numa sequência fixa, classificando cada traço numa escala de cinco pontos antes de passar à seguinte. [...] Centenas de entrevistas foram conduzidas por esse novo método e alguns meses depois recebemos as avaliações do desempenho dos soldados das mãos dos oficiais comandantes das unidades para as quais eles haviam sido destacados. Os resultados nos deixaram satisfeitos".

se insere no recorte temático desta dissertação. No entanto, ressalta-se ao menos que os pontos positivos e negativos (e o *efeito halo* é um destes) devem ser encarados com seriedade neste debate doutrinário e legislativo tão importante.

4.6 O viés de grupo

4.6.1 No que consiste e quando ocorre

Entender o viés de grupo implica compreender, inicialmente, que o autoconceito de cada indivíduo inclui não apenas a *identidade pessoal*, mas igualmente uma *identidade social*. Significa que as pessoas se definem não apenas com relação a seus traços individuais mais característicos, mas também de acordo com os grupos que integram.

Como leciona didaticamente o psicólogo social David G. Myers:

> Os seres humanos são uma espécie que tende a estar em grupo. Nossa história ancestral nos prepara para nos alimentarmos e nos protegermos - ou seja, para viver - em grupos. Os seres humanos torcem, matam, morrem por seus grupos. Não surpreendentemente, também nos definimos de acordo com nossos grupos, observam os psicólogos sociais australianos John Turner (1981, 2001, 2004), Michael Hogg (1992, 1006, 2008) e seus colegas.
>
> O autoconceito - nossa ideia sobre quem somos - contém não apenas uma *identidade pessoal* (nossa ideia sobre nossos próprios atributos e atitudes pessoais), mas também uma *identidade social* (Chen et al., 2006). Fiona se identifica como mulher australiana, simpatizante do partido trabalhista, estudante da University of New South Wales, membro da família MacDonald[662].

Da mesma forma, os psicólogos sociais Aronson, Wilson, Akert e Sommers ensinam que, além da identidade pessoal, "*nós também desenvolvemos uma identidade social baseada nos grupos que integramos, incluindo nossos grupos nacionais, religiosos, políticos e ocupacionais*" (tradução livre)[663].

A questão é que, ao definir-se pelo grupo (endogrupo), automaticamente, o indivíduo está também caracterizando o que ele não é em razão do não pertencimento a determinado agrupamento (exogrupo), e isso provoca o viés de grupo (que David G. Myers

[662] MYERS, David G. *Op. cit.*, p. 260.

[663] ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D; AKERT, Robin M.; SOMMERS, Samuel R. *Op. cit.*, p. 436. No original: "But we also develop a social identity based on the groups we belong to, including our national, religious, political, and occupational groups (Brewer & Brown, 1998; Dovidio & Gaertner, 2010; Tajfel, 1982; Tajfel & Turner, 1986)".

denomina de *viés endogrupal*). Desse modo, os indivíduos tendem a, inconscientemente, favorecer as pessoas com quem possuem pontos em comum (vislumbrando-as como pertencentes a um mesmo grupo), em detrimento das demais.

Pode-se definir o viés do grupo, portanto, como a tendência de favorecer membros do grupo daquele indivíduo em desfavor de indivíduos externos[664].

É importante que se diga que não precisa ser um agrupamento formal, bastando que haja a percepção de que as pessoas em questão compartilham características similares. Por exemplo, em 1998, Millers, Down e Prentice conduziram um estudo em que demonstraram que simplesmente compartilhar uma mesma data de aniversário pode criar uma percepção de grupo que favoreça o tratamento dado a determinado indivíduo[665]. Nos dois experimentos realizados, os pesquisadores construíram um cenário de *dilema do prisioneiro*[666] para os participantes. Em determinados contextos, ao participante era dado conhecimento de que ele e o outro "preso" (fictício) haviam nascido na mesma data. O resultado foi o de que, nessas situações, houve um maior índice de cooperação, enquanto que, quando eles não compartilhavam qualquer dado em comum, os referidos índices foram menores, e houve uma maior ocorrência de traição[667].

Cronologicamente, um dos primeiros estudos a demonstrar empiricamente o viés de grupo foi realizado por Albert H. Hastorf e Hadley Cantril, e publicado em 1954[668]. Em 1951, havia ocorrido uma violentíssima partida de futebol americano, disputada entre o *Dartmouth College* e a *Princeton University*, com um grande número de infrações e de jogadores lesionados. Considerando que Albert H. Hastorf era Professor do *Darmouth College*

---

[664] *Loc. cit.*: "[...] in-group bias refers to the positive feelings and special treatment we give to people we have defined as being part of our in-group; unfortunately, it often leads to unfair treatment of others merely because we have defined them as being in the out-group".

[665] MILLER, Dale T.; DOWNS, Julie S.; PRENTICE, Deborah A. Minimal conditions for the creation of a unit relationship: the social bond between birthdaymates. *European Journal of Social Psychology*, vol. 28, pp. 475-481, 1998.

[666] O dilema do prisioneiro envolve um problema da *teoria dos jogos*, que consiste na seguinte formulação: "Dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia. A polícia tem provas insuficientes para os condenar, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Cada prisioneiro faz a sua decisão sem saber que decisão o outro vai tomar, e nenhum tem certeza da decisão do outro. A questão que o dilema propõe é: o que vai acontecer? Como o prisioneiro vai reagir?". Percebe-se que o melhor saldo ocorre se ambos cooperarem. No entanto, individualmente, a melhor decisão do ponto de vista estratégico seria delatar.

[667] *Ibid.*, p. 475: "We hypothesize that sharing a birthday is sufficient to create a unit relationship. Two studies demonstrated that individuals cooperated more in a prisoners dilemma game when their (fictitious) opponent shared their birthday. They also reacted more negatively to betrayal and were less sensitive to relative gains for self versus other".

[668] HASTORF, Albert H.; CANTRIL, Hadley. They Saw a Game: a Case Study. *The Journal of Abnormal Psychology*, vol. 49, issue 1, pp. 129-134, 1954.

e que Hadley Cantril lecionava na *Princeton University*, eles decidiram realizar o referido experimento, que consistiu no seguinte: cada um deles mostraria, para os alunos de sua respectiva faculdade, as filmagens da partida, e pediriam para os participantes preencherem um questionário dizendo, a partir das imagens, quem praticou mais infrações, e quais foram as mais severas. Como resultado, os alunos de Princeton entenderam que os jogadores de Dartmouth que começaram a jogar sujo, e visualizaram, no vídeo, duas vezes mais infrações cometidas pelos adversários do que por seus próprios jogadores. Já os alunos de Dartmouth visualizaram, nas imagens, que ambos os times cometeram um número idêntico de infrações, e o número contado de infrações de seus próprios jogadores foi apenas a metade do que os alunos de Princeton haviam apontado[669].

Inúmeros estudos foram realizados envolvendo diversas formas diferentes de grupos. Por exemplo, em 2007, Whitt e Wilson publicaram estudo no qual realizaram o *dilema do prisioneiro* com a participação de 681 muçulmanos, croatas e sérvios após a guerra da Bósnia-Herzegovina, e constataram que houve um tratamento preferencial dos participantes com relação as pessoas de mesma etnia[670]. Fowler e Kam publicaram em 2006 um estudo em que também foi utilizado o referido cenário, porém envolvendo três possibilidades: o jogo com outro participante anônimo, com um democrata ou com um republicano[671]. O estudo demonstrou existir viés de grupo diante do tratamento preferencial daquele que possuía um posicionamento político-ideológico similar. Foi demonstrado em um estudo até mesmo que há um viés de grupo na escolha dos artigos a serem escolhidos para publicação nas revistas acadêmicas das Universidades norte-americanas (cada universidade favorecendo os artigos de seus discentes ou docentes, independentemente da qualidade, que foi medida posteriormente pelo número de citações)[672].

---

669 *Ibid.*, pp. 130-132: "When Princeton students looked at the movie of the game, they say the Dartmouth team make over twice as many infractions as their own team made. And they saw the Dartmouth team make over twice as many infractions as were seen by Dartmouth students. When Princeton students judged these infractions as "flagrant" or "mild," the ratio was about two "flagrant" to one "mild" on the Dartmouth team, and about one "flagrant" to three "mild" on the Princeton team [...] When Dartmouth students looked at the movie of the game they saw both teams make about the same number of infractions. And they saw their own team make only half the number of infractions the Princeton students saw them make. The ratio of "flagrant" to "mild" infractions was about one to one when Dartmouth students judged the Dartmouth team, and about one "flagrant" to two "mild" when Dartmouth students judged infractions made by the Princeton team".

670 WHITT, Sam; WILSON, Rick K. The dictator game, fairness and ethnicity in postwar Bosnia. *American Journal of Political Science*, vol. 51, issue 3, pp. 655-668, 2007.

671 FOWLER, James H.; KAM, Cindy D. Beyond the self: social identity, altruism, and political participation. *The Journal of Politics*, vol. 69, issue 3, pp. 813-827, 2007.

672 REINGEWERTZ, Yaniv; LUTMAR, Carmela. Academic in-group bias: an empirical examination of the link between the author and journal affiliation. *Journal of Informetrics*, vol. 12, pp. 74-86, 2018.

De forma mais relacionada ao Direito, Jeremy West demonstrou, em artigo publicado em 2018, que, quando da ocorrência de acidentes de trânsito, os policiais notificam por infração mais frequentemente condutores de outros grupos raciais, sendo mais lenientes com os integrantes da mesma raça[673]. O estudo foi realizado a partir da análise estatística dos dados relativos a acidentes ocorridos entre 2006 e 2012, e fornecidos pelo Departamento Estadual de Polícia de determinado Estado norte-americano (que não foi revelado em razão de acordo com o Departamento).

Fato é, portanto, que o viés de grupo existe, e resta saber como ele afeta o processo de tomada de decisão judicial.

4.6.2 Estudos empíricos sobre o viés de grupo nas decisões judiciais

Curiosamente, e mesmo sem uma menção específica ao viés de grupo, Lawrence Baum foi um dos primeiros autores a escrever que as decisões dos magistrados tendiam a ser influenciadas pelos grupos sociais que integravam e que buscavam tentar agradar, conscientemente ou não[674]. Conforme defende o autor:

> As pessoas querem ser apreciadas e respeitadas por outras pessoas, especialmente por aquelas que são mais importantes para suas identidades sociais. O que elas fazem para ganhar popularidade e respeito pode ser entendido como um esforço para causar impressões favoráveis. Esses esforços foram conceituados como autoapresentação ou alternativamente, gerenciamento de impressões (Goffman 1959; Schlenker e Weigold 1992; Leary 1996; Schlenker e Pontari 2000) .O conceito de autoapresentação pode estar limitado a ações intencionais (Weary e Arkin 1981, 225), mas também pode ser útil ampliá-lo para incluir os esforços menos conscientes das pessoas para se apresentarem de uma maneira positiva (Tetlock e Manstead, 1985, p. 61-62) De fato, muitas das autoapresentações dos indivíduos podem ser semiconscientes e habituais (Schlenker 1980, 41; ver Chartrand e Bargh 2002) (tradução livre)[675].

---

673 WEST, Jeremy. Racial bias in police investigations. 2016. Disponível em: <https://kelley.iu.edu/doc/bloomington/business-economics-and-public-policy/seminars/spring-2016/jeremy-west.pdf>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

674 BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*: a perspective on judicial behavior. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

675 *Ibid.*, p. 28. No original: "People want to be liked and respected by others, especially those who are most important to their social identities. What they do to win popularity and respect can be understood as efforts to make favorable impressions. These efforts have been conceptualized as self-presentation or, alternatively, impression management (Goffman 1959; Schlenker and Weigold 1992; Leary 1996; Schlenker and Pontari 2000). The concept of self-presentation might be limited to intentional actions (Weary and Arkin 1981, 225), but the concept usefully can be broadened to include people's less conscious efforts to present themselves in a positive light (Tetlock and Manstead 1985, 61-62). Indeed, much of people's self-presentation may be semiconscious and habitual (Schlenker 1980, 41; see Chartrand and Bargh 2002)".

Embora Baum não tenha não realizado nenhum estudo empírico para comprovar a sua hipótese, outros pesquisadores o fizeram.

Um conhecido estudo sobre o viés de grupo foi realizado por Shayo e Zussman e publicado em 2011[676]. Os pesquisadores analisaram 1.748 decisões dos juizados de pequenas causas de Israel entre 2000 e 2004, nas quais uma das partes era árabe e a outra judia. Quanto aos magistrados, 31% das decisões foram tomadas por juízes árabes, e o restante por judeus. O resultado foi o de que a pretensão possuía entre 17% e 20% a mais de chance de sucesso se fosse julgada por um magistrado da mesma etnia que o autor[677].

Outro estudo sobre o tema foi realizado por Gazal-Ayal e Sulitzeanu-Kenan e envolveu decisões acerca de detenções em processos criminais, também examinando a questão com relação a magistrados árabes e judeus em cortes israelenses[678]. O estudo foi realizado justamente na primeira decisão do processo criminal, que ocorre em até 24 horas após a decisão em flagrante, o que corresponderia ao pronunciamento feito na audiência de custódia no Brasil. Os pesquisadores analisaram todas as sentenças do gênero proferidos às sextas e aos sábados (aparentemente, a escolha desses dias foi porque, neles, há um rodízio de magistrados, o que permitiria uma análise verdadeiramente randomizada - e mais ampla) em 2004 em Haifa, Nazareth e Acre, totalizando 1.852 decisões. O número de juízes da amostra era de 59, dos quais 15 eram árabes e 44 judeus. O resultado foi o de que suspeitos judeus possuíam 10,4% de chance de serem soltos a mais do que árabes quando julgados por magistrados judeus, enquanto árabes possuíam 6,3% de probabilidade a mais de soltura do que judeus ao serem julgados por juízes de sua mesma etnia[679].

Mas nem todos os estudos de viés de grupo se resumem à etnia. Em 2018, Epstein, Parker e Segal publicaram uma análise que realizaram da Suprema Corte norte-americana com o objetivo de verificar se esse desvio cognitivo afetava o modo como os seus magistrados julgavam casos relacionados à liberdade de expressão[680]. Os pesquisadores

---

[676] SHAYO, Moses; ZUSSMAN, Asaf. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126, issue 3, pp. 1447-1484, 2011.

[677] *Ibid.*, p. 1448: "We find robust evidence for the existence of judicial ingroup bias in this period. A claim is between 17% and 20% more likely to be accepted if assigned to a judge of the same ethnicity as the plaintiff. In monetary terms the estimated bias translates to over $200 per case".

[678] GAZAL-AYAL, Oren; SULITZEANU-KENAN, Raanan. Let my people go: ethnic in-group bias in judicial decisions - evidence from a randomized natural experiment. *Journal of Empirical Legal Studies*, volume 7, issue 3, pp. 403-428, september 2010.

[679] *Ibid.*, p. 417.

[680] EPSTEIN, Lee; PARKER, Christopher M.; SEGAL, Jeffrey A. Do Justices Defend the Speech They Hate? An Analysis of in-group bias on the US Supreme Court. *Journal of Law and Courts*, vol. 6, no. 2, pp. 237-262, 2018.

analisaram todos os votos proferidos entre 1953 e 2014 (relacionados ao tema), e chegaram à conclusão de que, apesar de os juízes liberais tenderem a defenderem um pouco mais a liberdade de expressão de um modo geral, fato é que, no geral, os magistrados com ideologia liberal ou conservadora tendem a ser muito mais favoráveis à liberdade de expressão quando esta advém de seu mesmo grupo ideológico. Os autores atribuem este resultado ao viés de grupo e sugerem que mais pesquisas envolvendo vieses devam ser desenvolvidas[681].

Não bastasse, Manning, Caroll e Carp publicaram artigo em 2004 contendo um estudo empírico no qual demonstram que juízes mais idosos, em comparação com os mais jovens, possuem uma maior tendência a acolher demandas com fundamento em discriminação por idade (sofrida por pessoas idosas)[682]. As chances de a ação prosperar chegavam quase ao dobro caso o magistrado tivesse mais idade.

A questão de gênero também contem pesquisas desde os anos 80 e 90. Nesse sentido, pesquisas como as de Davis, Haire e Song de 1993[683], a de Gryski, Main e Dixon de 1986[684] e de Allen e Wall de 1993[685] demonstraram que magistrados homens costumam acolher menos frequentemente demandas alegando discriminação de gênero (propostas, evidentemente, por mulheres) do que juízas mulheres. Em 2016, um estudo de Christina L. Boyd confirmou esses achados[686] e, em artigo publicado em 2019, Ash, Chen e Ornaghi demonstraram que existe, de um modo geral, uma linguagem sexista no Judiciário, e que juízes homens que a adotam votam de modo mais conservador em demandas envolvendo direitos femininos e possuem tendência a reverter decisões de primeira instância tomadas por juízas mulheres[687].

---

[681] *Ibid.,* p. 237: "For decades now, experiments have revealed that we humans tend to evaluate the views or activities of our own group and its members more favorably than those of outsiders. To assess convergence between experimental and observational results, we explore whether US Supreme Court justices fall prey to in-group bias in freedom-of-expression cases. A two-level hierarchical model of all votes cast between the 1953 and 2014 terms confirms that they do. Although liberal justices are (overall) more supportive of free-speech claims than conservative justices, the votes of both liberal and conservative justices tend to reflect their preferences toward the speech's ideological grouping and not solely an underlying taste for (or against) greater protection for expression. These results suggest the importance of new research programs aimed at evaluating how other cognitive biases identified in experimental work may influence judicial behavior in actual court decisions".

[682] MANNING, Kenneth L.; CAROLL, Bruce A.; CARP, Robert A. Does age matter? Judicial decision making in age discrimination cases. *Social Science Quarterly*, vol. 85, n. 1, mar. 2004.

[683] DAVIS, Sue; HAIRE, Susan; SONGER, Donald R. Voting behavior and gender on the U.S. Courts of Appeals. *Judicature*, vol. 77, pp. 129-133, 1993.

[684] GRYSKI, Gerad S.; MAIN, Eleanor C.; DIXON, William J. Models of high court decision making in sex discrimination cases. *Journal of Politics*, vol. 48, pp. 143-155, 1986.

[685] ALLEN, David W.; WALL, Diane E. Role orientations and women state supreme court justices. *Judicature*, vol. 77, pp. 156-165, 1993.

[686] BOYD, Christina L. Representation on the courts? The effects of trial judges' sex and race. *Political Research Quarterly*, vol. 69, issue 4, pp. 788-799, 2016.

[687] ASH, Elliot; CHEN, Daniel L.; ORNAGHI, Arianna. Implicit bias in the Judiciary (2019). Disponível em: <https://users.nber.org/~dlchen/papers/Implicit_Bias_in_the_Judiciary.pdf>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

Quanto à questão racial, Welch, Combs e Cruhl em 1988[688] e Mustard em 2001[689], demonstraram que, enquanto juízes brancos tendem a impor penas mais severas a réus afro-americanos do que a réus brancos, o oposto ocorre com os magistrados afro-americanos. Em 2009, um estudo realizado por Chew e Kelley chegou a demonstrar que autores em demandas alegando discriminação racial possuíam 42,2% de chance de prosperar se o juiz fosse negro; 20,6% com magistrados brancos e apenas 15,6% com julgadores latinos[690]. A diferença é enorme, bastando dizer que os brancos acolhem menos da metade dessas ações, e os latinos quase três vezes menos.

De todo modo, é preciso que se diga que muitos dos aspectos acima delineados, por envolver também possíveis discriminações, são multifacetados e podem possuir outras causas que não apenas o viés de grupo. Sem prejuízo disso, esse desvio cognitivo provavelmente colabora bastante com a intensificação do problema.

4.6.3 Questões jurídicas relacionadas ao viés de grupo

O principal e mais óbvio problema jurídico relacionado ao viés de grupo é a isonomia. Pessoas são tratadas favoravelmente apenas por possuir determinadas características compartilhadas com o julgador. Conforme foi demonstrado por estudos empíricos, possuir, por exemplo, a etnia em comum com o magistrado, aumenta as chances da parte tanto em processos cíveis como criminais. Igualmente, pesquisas comprovaram tratar-se de um caso envolvendo um liberal ou um republicano amplia as chances de ter a sua liberdade de expressão assegurada pelo Poder Judiciário, a depender de idêntico ou divergente posicionamento dos julgadores. Tudo isso é, evidentemente, inaceitável.

Há outro problema jurídico muito grave relacionado ao viés de grupo no Brasil: a homogeneidade do Poder Judiciário. Conforme demonstrado no Perfil Sociodemográfico dos Magistrados (2018), relatório produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, a magistratura brasileira ainda é formada majoritariamente por homens, brancos, católicos, casados e com

---

[688] WELCH, Susan; COMBS, Michael; GRUHL, John. Do black judges make a difference? *American Journal of Political Science*, vol. 21, pp. 126-136, 1988.

[689] MUSTARD, David. Racial, ethnic, and gender disparities in sentencing: evidence from the U.S. Federal Courts. *The Journal of Law and Economics*, vol. 44, issue 1, pp. 285-314, 2001.

[690] CHEW, Pat K.; KELLEY, Robert E. Myth of the color-blind judge: an empirical analysis of racial harassment cases. *Washington University Law Review*, vol. 86, issue 5, pp. 1117-1166, 2009.

filhos[691]. Esse padrão é ainda mais intenso nas instâncias mais elevadas do Poder Judiciário. Por exemplo, com relação ao gênero, homens representam 84% dos ministros, 77% dos desembargadores e 61% dos juízes titulares. Em relação à questão racial, 80,3% da magistratura brasileira se declara branca, enquanto 16,5% se declara pardo, apenas 1,6% se reconhece negro, 1,6% de origem asiática e 11 magistrados se declararam indígenas. Quanto à religião, listando apenas algumas, 57,5% são de católicos, 12,7% de espíritas, 6,2% de evangélicos tradicionais, 0,6% de religiões de matriz africana, 0,4% de religião judaica e 18,2% ateus ou agnósticos.

Nota-se que, de fato, a homogeneidade no Poder Judiciário ainda é enorme, e isso gera ao menos dois tipos de problemas relacionados ao viés de grupo. O primeiro deles está enraizado no próprio viés: como pessoas de determinado agrupamento tendem a decidir de maneira mais favorável a indivíduos que também possuam essa característica, a homogeneidade gera um perfil institucional antidemocrático. Ainda que inconscientemente, pessoas de determinada religião estarão enviesadas para o julgamento de indivíduos do mesmo grupo; mulheres são muitas vezes julgadas diferentemente a depender do gênero do julgador; e o mesmo ocorre diante de uma perspectiva racial. Por isso, a falta de diversidade gera uma situação na qual determinados cidadãos possuem estatisticamente uma chance maior nos litígios judiciais do que outros (especialmente em processos relacionados à respectiva característica).

Também há um segundo problema de viés de grupo diante da homogeneidade: o fato de que vieses ligados à ideia de grupo tendem a ser mitigados diante da exposição e da convivência com pessoas de fora do referido agrupamento. Isso está ligado, em parte (mas não apenas), ao *efeito colegiado*, que será estudado adiante. A falta de diversidade anula, portanto, qualquer efeito benéfico que poderia surgir nesse sentido. É claro que a falta de heterogeneidade no Poder Judiciário também gera uma série de outros problemas sociais, econômicos e democráticos. No entanto, ao que interessa a este trabalho, referente aos vieses cognitivos, as duas questões acima mencionadas são certamente as mais proeminentes.

4.6.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema

Em primeiro lugar, destaca-se que é amplamente aceito na psicologia social que a exposição e a convivência com membros de outros agrupamentos sociais pode reduzir

[691] CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Perfil Sociodemográfico dos Magistrados (2018). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/49b47a6cf9185359256c22766d5076eb.pdf>. Acesso em: 15 de fevereiro de 2020.

sensivelmente o viés de grupo. O experimento clássico da área que demonstrou como isso funciona foi realizado por Sherif et al. em 1954, dando origem a um livro publicado em 1961[692]. No experimento, 22 meninos de 11 anos de idade visitaram um acampamento de verão no *Robbers Cave State Park*. Antes da viagem, os meninos foram divididos aleatoriamente em dois grupos: os *Rattlers* e os *Eagles*. Os grupos foram mantidos à distância, e os membros de cada um deles não se conhecia. Por uma semana, foram realizadas diversas atividades buscando aumentar o grau de união interno de cada grupo (cozinhar, escavar buracos para construir uma piscina, participar de vários jogos, etc.). Na segunda fase do experimento, Sherif et al. fizeram com que os grupos tivessem contato e iniciassem uma série de eventos competitivos, nos quais apenas o vencedor seria premiado. Isso começou a gerar uma situação de conflito em que um dos grupos xingava os membros do outro, queimava a sua bandeira e gerou até mesmo uma briga de socos. Ao final do torneio, cada grupo atribuía aos membros do outro com qualidades extremamente negativas e recusavam-se a manter contato. Na fase final do estudo, os pesquisadores criaram artificialmente problemas no acampamento (por exemplo, era preciso consertar o abastecimento de água, sob pena de ninguém mais ter acesso a esse recurso), que dependiam da cooperação de todos os meninos. Então, aos poucos, eles começaram a ter contato constante para resolver cooperativamente problemas e, progressivamente, acabaram tendo experiências positivas. Ao final do experimento, atingiu-se a paz entre os dois grupos.

No mundo real, diversos estudos também já constataram que o contato e o convívio podem trazer efeitos benéficos. Por exemplo, do ponto de vista racial, em um período no qual a segregação ainda era bastante forte nos EUA (1951), Deutsch e Collins examinaram como ficaria o comportamento dos indivíduos em dois conjuntos habitacionais[693]. Em um deles, brancos e negros viviam em prédios separados. Em outro, viviam no mesmo prédio. Ao final da análise, os pesquisadores constataram que os últimos estavam muito mais integrados e sem preconceitos do que os primeiros. Conforme relatam Aronson, Wilson, Akert e Sommers:

> A hipótese do contato [como mecanismo redutor do preconceito e do víes de grupo] foi apoiada por muitos estudos em laboratório e no mundo real: atitudes dos jovens em relação aos idosos, atitudes saudáveis em relação aos doentes mentais, atitudes das crianças não deficientes em relação aos deficientes e preconceitos diretos das pessoas

[692] SHERIF, Muzafer; HARVEY, O. J.; WHITE, B. Jack; HOOD, William R.; SHERIF, Carolyn W. *Intergroup conflict and cooperation*, 1ª Wesleyan ed (original published in 1961). Connecticut: Wesleyan University Press, 1988.

[693] DEUTSCH, M.; COLLINS, M. E. *Interracial housing: A psychological evaluation of a social experiment.* Minneapolis: University of Minnesota Press, 1951.

> em relação a gays e lésbicas (Herek & Capitanio, 1996; Pettigrew & Tropp, 2006; Wilner, Walkley & Cook, 1955) (tradução livre)[694].

Se os magistrados mantiverem um convívio (especialmente em experiências positivas) com indivíduos que não integrem tradicionalmente os seus grupos, certamente isso influenciará as suas decisões com relação à redução do viés de grupo. Isso pode ocorrer, por exemplo, pelo aumento da diversidade no próprio Poder Judiciário, conforme já se mencionou. No entanto, a estratégia funciona ainda que esse convívio ocorra em suas respectivas vidas privadas. Exemplo disso é que Glynn e Sen comprovaram, em 2015, que o já mencionado viés de grupo em ações de discriminação de gênero (pelo qual juízes homens tendem a ser menos receptivos a essas demandas propostas por mulheres) é significativamente reduzido nos casos de magistrados homens que possuem filhas, em comparação com aqueles que não possuem prole ou somente a possuem no sexo masculino[695]. Esse mesmo efeito com relação a possuir filhas foi encontrado por Ash, Chen e Ornaghi em estudo publicado em 2019[696].

Por evidente, ampliar a diversidade no Poder Judiciário contribui bastante para a redução do viés de grupo. Em primeiro lugar, por aumentar a convivência e a exposição com pessoas de outros grupos sociais no ambiente de trabalho. No estudo de Ash, Chen e Ornaghi, ficou comprovado que o incremento no convívio com juízas mulheres nas cortes reduziu o viés de grupo com relação ao gênero[697]. Além disso, a heterogeneidade possui outros dois efeitos benéficos com relação ao viés de grupo: o primeiro é o de tornar mais isonômicas as chances de integrantes dos mais diversos agrupamentos sociais em suas demandas perante o Poder Judiciário, tornando-o, assim, mais democrático. O segundo relaciona-se ao efeito colegiado. Conforme será demonstrado, a presença de uma só pessoa de outro grupo em um órgão colegiado já tende a impactar positivamente na visão dos demais com relação a integrantes desse agrupamento. O tema não será aprofundado, no entanto, neste momento, pois será objeto do próximo tópico desta dissertação.

---

[694] ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D; AKERT, Robin M.; SOMMERS, Samuel R. *Op. cit.*, p. 443. No original: "The contact hypothesis has been supported by many studies in the laboratory and in the real world: young people's attitudes toward the elderly, healthy people's attitudes toward the mentally ill, nondisabled children's attitudes toward the disabled, and straight people's prejudices toward gay men and lesbians (Herek & Capitanio, 1996; Pettigrew & Tropp, 2006; Wilner, Walkley, & Cook, 1955)".

[695] GLYNN, Adam N.; SEN, Maya. Identifying judicial empathy: does having daughters cause judges to rule for women's issues? *American Journal of Political Science***,** vol. 59, no. 1, pp. 37–54, January 2015.

[696] ASH, Elliott; CHEN, Daniel L.; ORNAGHI, Arianna. *Op. cit.*, p.1.

[697] *Loc. cit.*

Além do já exposto, Todd, Bodenhausem, Richeson e Galinski publicaram artigo em 2011, no qual demonstraram, analisando o tema sob um contexto racial, que o viés de grupo pode ser reduzido pelo que chamaram de *tomada de perspectiva* (*perspective taking*)[698]. Em síntese, tentar adotar a perspectiva da pessoa do outro grupo, o que pode ser feito, por exemplo, pelo ato de escrever um breve texto sobre como deve ser um dia na vida daquela pessoa, demonstrou auxiliar na mitigação do referido desvio cognitivo.

E, por fim, a consciência desse fenômeno também pode contribuir para que os próprios juízes tentem regular o seu comportamento e as suas decisões com relação a membros de outros grupos sociais.

4.7 O efeito colegiado

4.7.1 No que consiste

O *efeito colegiado* (*panel effect*) está relacionado ao *viés de grupo* e uma de suas possíveis explicações está na necessidade humana de aceitação pelos seus pares. O que é tratado, aqui, como *efeito colegiado*, diz respeito ao efeito observado em estudos empíricos segundo o qual a presença de diversidade em um colegiado tende a tornar os posicionamentos individuais mais equilibrados e ponderados, enquanto, por outro lado, a homogeneidade tende a levar a votos individuais extremados. Isso significa que a simples presença de um membro do colegiado minoritário tende a exercer uma espécie de efeito inibidor ou apaziguador sobre eventuais posicionamentos mais polarizados dos demais.

Grande parte dos estudos que constataram o referido efeito apaziguador dos colegiados heterogêneos evolveu a análise de posicionamento ideológico (embora, mais adiante, apresentar-se-ão outros fatores). Como foram realizados nos EUA, trataram, basicamente, de comparar julgamentos realizados, de um lado, por colegiados integralmente compostos por juízes com uma mesma ideologia política (seja republicanos, seja democratas) e, de outro lado, colegiados heterogêneos. Curiosamente, apesar de, neste último caso, sempre existir maioria republicana ou democrata no colegiado, a mera existência de um juiz da ideologia minoritária (que poderia simplesmente sair sempre vencido) mostrou-se suficiente

[698] TODD, Andrew R.; BODENHAUSEN, Galen V.; RICHESON, Jennifer A.; GALINSKY, Adam D. Perspective taking combats automatic expressions of racial bias. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 100, issue 6, pp. 1027-1042, 2011.

para que o voto individual de cada magistrado da ideologia oposta (majoritária) fosse, por si só, mais ponderado. Como consequência, o julgamento colegiado também o foi.

Em 1997, Richard L. Revesz realizou um estudo empírico em que procurava analisar a influência da ideologia política dos juízes nas decisões judiciais que analisavam a validade de atos praticados pela Agência de Proteção Ambiental (*Environmental Protection Agency - EPA*)[699]. Além de encontrar a já esperada conclusão de que a ideologia afeta o posicionamento dos juízes, Revesz acabou constatando que o posicionamento dos demais juízes que compõem o colegiado é um fator de grande influência não apenas no resultado do julgamento pelo colegiado, como também no voto individual dos demais magistrado[700]. Assim, um magistrado Democrata em um órgão com dois juízes Republicanos tendia a votar de forma mais conservadora do que um magistrado Republicano em um colegiado com dois juízes Democratas, e o inverso também se provou verdadeiro, o que demonstra que votar em harmonia com o posicionamento dos colegas foi mais importante do que a própria ideologia política[701].

Em 1998, foi publicado um estudo de Frank B. Cross e Emerson H. Tiller, no qual os pesquisadores também analisaram a influência da ideologia política na aplicação, pelos demais órgãos do Poder Judiciário norte-americano, do precedente da Suprema Corte que estabeleceu a doutrina Chevron[702]. Os autores pretendiam responder, em síntese, se os juízes de órgãos colegiados respeitam a doutrina Chevron no julgamento de atos administrativos contrários à sua ideologia política. Curiosamente, os autores constataram que o fator que mais influencia a adesão ao precedente nesses casos era a presença de um magistrado da ideologia oposta. O efeito foi especialmente mais acentuado quando se comparava, de um lado, um colegiado com três Republicanos e, de outro, um órgão em que havia dois Republicanos e um Democrata. No caso do órgão homogêneo, os votos tendiam a ser extremados, enquanto que,

---

[699] REVESZ, Richard L. Environmental regulation, ideology, and the D.C. circuit. *Virginia Law Review*, vol. 83, n. 8 (nov./1997), p. 1717-1772.

[700] *Ibid.*, p. 1719: "The study has three central conclusions. First, ideology significantly influences judicial decisionmaking on the D.C. Circuit. Second, ideological voting is more prevalent in cases, such as those raising procedural challenges, that are less likely to be reviewed by the United States Supreme Court. Third, a judge's vote (not just the panel outcome) is greatly affected by the identity of the other judges sitting on the panel; in fact, the party affiliation of the other judges on the panel has a greater bearing on a judge's vote than his or her own affiliation".

[701] *Ibid.*, p. 1764.

[702] CROSS, Frank B.; TILLER, Emerson H. Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals. *Yale Law Journal*, vol. 107, issue 7 (1998), p. 2155-2176.

no colegiado heterogêneo, a simples presença do juiz Democrata exercia uma enorme influência moderadora e apaziguadora no voto dos demais magistrados[703].

Já em 2006, Cass R. Sunstein, David Schkade, Lisa M. Ellman e Andres Sawicki publicaram o conhecido livro *Are Judges Political? An Empirical Analisys of the Federal Judiciary*[704]. Neste livro, os autores procuraram responder ao questionamento sobre se os juízes federais de fato julgam segundo a sua ideologia política. No entanto, além de responder a este questionamento, os pesquisadores resolveram testar também se os magistrados são ou não influenciados pelo efeito colegiado (*"panel effect*"). Nos didáticos dizeres dos autores:

> Os seres humanos são frequentemente influenciados por outros seres humanos, particularmente aqueles com quem eles frequentemente interagem. Quando pessoas com ideias semelhantes se reúnem, elas frequentemente chegam a extremos. E às vezes as pessoas suprimem suas visões particulares e se adaptam às visões aparentes de outras pessoas. Com base nessas conclusões, podemos especular que os juízes federais das Cortes de Apelação estão sujeitos ao "efeito colegiado" - que os votos de individuais dos juízes são afetados pelos votos de outros juízes no colegiado. Em um órgão de três juízes, o voto esperado como provável de um juiz pode ser afetado pelos outros dois juízes designados para o mesmo colegiado. Em particular, poderíamos perguntar: Um juiz vota de maneira diferente dependendo de estar votando desacompanhado, acompanhado de um juiz ou então de dois juízes nomeados por um presidente do mesmo partido político ? Pode-se supor que um nomeado republicano, sentado com dois nomeados democratas, teria maior probabilidade de votar como nomeados democratas normalmente o fazem - enquanto um nomeado democrata, sentado com dois Nomeados republicanos, seriam mais propensos a votar como os nomeados republicanos normalmente o fazem.[705] (tradução livre)

Para responder a seus questionamentos, os autores examinaram 6.408 decisões de órgãos colegiados federais e, em seu bojo, 19.224 votos de magistrados federais que os

---

[703] *Ibid*., p. 2173: "The data raise an intriguing question about decisions to grant deference: Why does panel composition matter so dramatically? Circuit court decisions, of course, are decided by majority vote. Consequently, a 2-1 majority has every bit as much power to effect their partisan inclinations as does a 3-0 majority. Yet in practice, a 3-0 majority will be far more driven by partisanship than a 2-1 majority. While the number of 3-0 Democrat panels is too small to provide convincing results, the results on the Republican side are dramatic. The presence of a single Democrat on a panel appears to have had a distinct political moderating effect on the two Republicans. Republican majorities still decided along partisan lines in a material subset of cases, but the subset was clearly smaller than for politically unified panels".

[704] SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

[705] *Ibid.*, p. 7. No original: "Human beings are often influenced by other human beings, particularly those with whom they frequently interact. When like-minded people get together, they often go to extremes. And sometimes people suppress their private views and conform to the apparent views of others. Drawing on these findings, we might speculate that federal appellate judges are subject to "panel effects"—that the votes of individual judges are affected by the votes of other judges on the panel. On a three-judge panel, a judge's likely vote might well be affected by the other two judges assigned to the same panel. In particular, we might ask: Does a judge vote differently depending on whether she is sitting with no judge, one judge, or two judges appointed by a president of the same political party? It might be hypothesized that a Republican appointee, sitting with two Democratic appointees, would be more likely to vote as Democratic appointees typically do—whereas a Democratic appointee, sitting with two Republican appointees, would be more likely to vote as Republican appointees typically do".

integravam. Exploraram casos envolvendo temas politicamente divididos como, por exemplo, aborto, ações afirmativas, financiamento de campanha eleitoral, pena de morte, publicidade, direitos LGBT, proteção ambiental, segregação racial e discriminação racial, de gênero e de pessoas com deficiência[706].

A análise buscou confirmar ou refutar três hipóteses: (a) o voto em casos como os mencionados é influenciado pela ideologia do magistrado (aferida com base na ideologia do partido que o indicou); (b) o voto minoritário tende a ser influenciado pelo voto dos demais, de modo que um indicado Democrata tende a votar de forma mais conservadora quando está acompanhado de dois Republicanos, e vice-versa; e, como consequência mais importante, (c) a os votos dos magistrados tendem a assumir posições mais extremadas quando todos possuem uma mesma ideologia e, por outro lado, tendem a ser mais ponderados quando o colegiado é heterogêneo. Enquanto a primeira hipótese trata apenas de verificar o papel que a ideologia exerce na tomada de decisão judicial, a segunda e a terceira tratam precisamente do que convencionou-se chamar (inclusive pelos autores) de efeito colegiado (*panel effect*).

O resultado da pesquisa confirmou as três hipóteses dos pesquisadores, para quase todos os assuntos pesquisadores. Excepcionalmente, em alguns casos específicos, não se verificou qualquer influência ideológica (apelações criminais, ou que discutissem legitimidade processual, desapropriações, violações à *Commerce Clause*[707] e indenizações punitivas), o que os autores atribuem a um caráter legal mais técnico, claro e menos poroso desses temas. No extremo oposto, nos julgados envolvendo aborto ou pena de morte, não apenas a ideologia exerceu um papel muito importante, como constatou-se que os juízes não ficam sujeitos ao *efeito colegiado*. Ou seja, quando se trata desses temas, os Democratas irão votar de forma liberal e os Republicanos irão votar de forma conservadora, independentemente da posição dos demais magistrados com quem dividem o colegiado. Com exceção desses temas, os colegiados com ideologia uniforme assumem padrões muito mais extremados do que aqueles que possuem

[706] *Ibid.*, p. 8: "In this book, we examine many different areas of the law, focusing on a number of controversial issues that seem especially likely to reveal divisions between Republican and Democratic appointees. Our list of areas is long. We explore cases involving abortion, affirmative action, campaign finance, capital punishment, Commerce Clause challenges to congressional enactments, commercial speech, congressional abrogation of state sovereign immunity, the Contracts Clause, criminal appeals, disability discrimination, the Federal Communications Commission (FCC), gay and lesbian rights, environmental regulation, the National Labor Relations Board (NLRB), the National Environmental Policy Act (NEPA), obscenity, standing, school and racial segregation, piercing the corporate veil, punitive damages, race discrimination, sex discrimination, sexual harassment, and takings of private property without just compensation".

[707] Trata-se de dispositivo previsto constitucionalmente que concede poder ao Congresso Nacional para regular o comércio internacional, o comércio interestadual e o comércio com indígenas.

um magistrado minoritário de outra ideologia, ainda que a maioria pudesse simplesmente continuar votando segundo a sua ideologia e sempre se sair vencedora[708].

Curiosamente, em alguns dos temas analisados, o efeito colegiado (composto pelas duas últimas hipóteses testadas pelo trabalho) exerceu influência até mesmo maior do que a ideologia por si só. Os autores buscam, então, tentar apontar razões para a produção do efeito colegiado e, dentre elas, citam que possivelmente o magistrado com a ideologia minoritária acaba aceitando o posicionamento majoritário, mas, em troca, percebe que o seu entendimento exerceu alguma influência no resultado, moderando-o[709]. Assim, os autores supõem que, como votos dissidentes criam algum grau de tensão entre os juízes, existe uma espécie de acordo implícito no sentido de não discordar da votação da maioria, desde que esta respeite minimamente o posicionamento do magistrado minoritário[710]. Independentemente das razões, certo é que os pesquisadores conseguiram demonstrar o efeito colegiado empiricamente.

Além dos estudos já mencionados, em 2007, Frank B. Cross publicou um livro sobre os inúmeros fatores que influenciam na tomada de decisão judicial por parte dos Tribunais de Apelação dos EUA[711]. No referido livro, dedicou todo o Capítulo 6 apenas para analisar o *efeito colegiado* (*panel effect*). O autor menciona a correlação entre o efeito colegiado e a ideia de que os magistrados integrantes do colegiado ocupam um mesmo grupo social, razão pela qual assume-se que todos eles possuam um mínimo de valores compartilhados e merecedores

---

[708] *Ibid.*, p. 12: "To understand the importance of group dynamics on judicial panels, it is important to emphasize that a Democratic majority, or a Republican majority, has enough votes to do what it wishes. Apparently, however, a large disciplining effect comes from the presence of a single panelist from another party. Hence all- Republican panels show far more conservative patterns than majority Republican panels, and all-Democratic panels show far more liberal patterns than majority Democratic panels".

[709] *Ibid.*, p. 65-66: "Perhaps Democratic appointees show a conservative voting pattern when sitting with two Republicans; but perhaps they are able to affect the court's opinion by moving it in the direction of greater moderation. To the extent that this is so, the effect of the isolated judge is significantly understated by our data; that effect can be measured only by examining opinions for their moderation or extremism (a possibility to which we shall return). And in fact we suspect that a sole Republican appointee, or a sole Democratic appointee, often does have a greater impact than is found by an examination of votes alone. If an isolated judge can ensure a moderated opinion, his effect might well be substantial. In short, the isolated judge might accept the outcome, but only after ensuring that it does not damage legal principles to which the judge subscribes. A judge might offer a collegial concurrence because that very judge has affected the opinion in which he has concurred".

[710] *Ibid.*, p. 66: "In any case, dissenting opinions might also cause a degree of tension among judges—a particular problem in light of the fact that the same judges often work together for many years. According to informal lore, a kind of implicit bargain is struck within many courts of appeals, in the form of, 'I won't dissent from your opinions if you won't dissent from mine, at least not unless the disagreement is very great.' Sometimes judges go along with results with which they do not really agree, expecting and receiving a degree of reciprocity; and reciprocity therefore contributes to ideological dampening on all sides. In these circumstances, it should be no surprise that Republican appointees show fairly liberal voting patterns when sitting with two Democratic appointees, or that Democratic appointees show fairly conservative voting patterns when sitting with two Republican appointees".

[711] CROSS, Frank B. *Decision Making in the U.S. Court of Appeals.* Stanford, California: Stanford University Press, 2007.

de respeito mútuo, até na linha do que já foi dito com relação ao viés de grupo[712]. Segundo Cross, o fenômeno abrange alguns efeitos específicos. Em primeiro lugar, ele abarca a influência do voto minoritário no voto individual dos demais, que poderiam simplesmente votar como o fariam normalmente, já que superariam numericamente o minoritário em todas as ocasiões, mas não o fazem, votando de forma mais moderada. Mas, além disso, abrange o que o autor denomina de "polarização de grupo", que é justamente a tendência de que, em colegiados homogêneos, os posicionamentos tendem a ser extremados, e os votos perdem em qualidade argumentativa[713].

De todo modo, conforme já se mencionou anteriormente, o efeito colegiado não se resume a questões de ideologia política e é justamente nesses outros aspectos que se situam algumas de suas implicações mais ricas.

Por exemplo, em 2013, Jonathan P. Kastellec publicou um artigo em que analisou os dados referentes a demandas relacionadas a ações afirmativas dentro do contexto racial[714]. Em primeiro lugar, o autor demonstrou que juízes negros possuem maior tendência a acolher essas ações que magistrados brancos. Em seguida, Kastellec comprovou que a simples presença de um único juiz negro em um colegiado que, do contrário, seria inteiramente branco, torna quase certa a decisão do órgão em sentido favorável às ações afirmativas. O mesmo autor publicou um estudo mais recente, no qual analisou a probabilidade de reversão de sentenças de pena de morte imposta a réus negros, e constatou que a presença de um único magistrado afrodescendente em um colegiado com outros dois juízes brancos aumenta em 25% as chances da defesa nesse sentido[715].

Também com este resultado, Stephen B. Burbank e Sean Farhang publicaram recentíssimo estudo, já em 2020, no qual concluíram, dentre outras coisas, que a presença de

---

[712] *Ibid.*, p. 155-156: "The minority effect may be greater for circuit court panels than for other groups because the minority position is occupied by a close colleague, an in-group member, whose opinions presumably are based on jointly shared values and considered worthy of serious consideration".

[713] *Ibid.*, p. 159: "Research has found that when decision-making groups had a minority advocating a position that diverged from the majority preference, the result was that the group made less extreme and less polarized strategy decisions. When members of a group all share the same proclivities, though, they lack this moderating counterweight. Other research has confirmed this effect and found that appointing a devil's advocate to join a group improved the quality of that group's decision-making processes, the quality of their decisions, and their ultimate commitment to those decisions. These findings suggest that a minority can influence a majority to make a better decision by some relatively objective standard, such as the law".

[714] KASTELLEC, Jonathan P. Racial diversity and judicial influence on appellate courts. *American Journal of Political Science*, vol. 57, no. 1, pp. 167-183, 2013.

[715] *Idem.* Race, context, and judging on the courts of appeals: race-based panel effects in death penalty cases. July 26, 2016. *SSRN Electronic Journal*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2594946>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

um único magistrado afroamericano em um colegiado composto por um total de três juízes pode alterar significativamente o resultado dos julgamentos, influenciando o voto dos demais[716]. Um dado interessante é que os autores concluíram que essa influência não ocorre apenas nas ações tipicamente ligadas à questão racial, mas também em diversos outros temas.

Além disso, em 2016, Grossman, Gazal-Ayal, Pimentel e Weinstein publicaram artigo envolvendo estudo sobre o Poder Judiciário de Israel, majoritariamente composto por judeus, no qual foi observado que, no julgamento de réus árabes por colegiados que possuam ao menos um juiz árabe (mesmo que a maioria do órgão permanecesse sendo judeu), havia a redução de 14 a 20% nos índices de encarceramento e de 15 a 26% nas sentenças condenatórias a penas privativas de liberdade[717].

Há inúmeros estudos também comprovando a importância do efeito colegiado em questões de gênero. Por exemplo, em 2005, Jennifer L. Peresie publicou um estudo que permitiu a conclusão de que a presença de uma única mulher em um colegiado (de três juízes) é capaz de dobrar as chances do autor em uma demanda envolvendo abuso sexual e de triplicá-la em casos de discriminação de gênero (ainda que os demais magistrados sejam homens)[718]. Um achado idêntico foi obtido por Robert S. Erikson em estudo publicado em 2015[719]. Em 2010, Christina L. Boyd, Lee Epstein e Andrew D. Martin publicaram um amplo estudo analisando casos de discriminação de gênero resolvidos nos circuitos federais entre 1995 e 2002 e encontraram dois resultados importantes: o primeiro no sentido de que as chances de um juiz acolher uma demanda deste tipo eram 10% menores se o magistrado fosse homem, confirmando o viés de grupo; e a segunda pela conclusão de que as chances de um juiz do sexo masculino votar a favor de uma demanda desta espécie aumentava significativamente diante da presença de uma única mulher no colegiado por ele integrado[720].

---

[716] BURBANK, Stephen B.; FARHANG, Sean. Politics, identity, and class certification on the U.S. Courts of Appeals. *Faculty Scholarship at Penn Law*, working paper 2095, 2020. Disponivel em: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/2095>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

[717] GROSSMAN, Guy; GAZAL-AYAL, Oren; PIMENTEL, Samuel D.; WEINSTEIN, Jeremy M. Descriptive Representation and Judicial Outcomes in Multiethnic Societies. *American Journal of Political Science*, vol. 60, no. 1, pp. 44-69, 2016.

[718] PERESIE, Jennifer L. Female judges matter: gender and collegial decisionmaking in the federal appellate courts. *The Yale Law Journal*, vol. 114, no. 7, pp. 1759-1790, 2005.

[719] ERIKSON, Robert S. Testing Appellate Court Assignments as a Natural Experiment: Gender Induced Panel Effects in Sex-Discrimination Cases (July 10, 2015). *SSRN Electronic Journal.* Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2629317>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2020.

[720] BOYD, Christina L.; EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Untangling the causal effects of sex on judging. *American Journal of Political Science*, vol. 54, no. 2, pp. 389-411, 2010.

Diante de todos os trabalhos acima mencionados, não há como se duvidar da existência do efeito colegiado, no sentido de que órgãos homogêneos tendem a votar de forma extremada, enquanto em órgãos heterogêneos, o voto minoritário exerce um efeito inibidor e moderador, e cada voto individual, assim como o julgamento resultante, tende a ser mais ponderado e equilibrado.

Por fim, é importante que se ressalte que a ocorrência do efeito colegiado se dá em órgãos colegiados que decidem de forma deliberativa (e não agregativa) e não anônima. Em outros termos, no modelo de júri existente no Brasil, em que cada jurado não pode se comunicar com os demais, e no qual o voto de cada um é absolutamente anônimo para os demais, acredita-se não haver manifestação do mencionado fenômeno (embora isso seja passível de exame por algum estudo empírico). Por outro lado, nos tribunais em geral, instituídos para decidir de forma deliberativa, o efeito colegiado faz-se presente.

4.7.2 Importância e implicações jurídicas

É importante que se perceba, na linha do defendido por André Valadares, que, desde a década de 1990, a legislação brasileira vem, cada vez mais, reforçando a eficácia dos julgamentos de tribunais[721]. Houve alterações para permitir ao relator decidir monocraticamente quando já houvesse orientação firmada pelo colegiado (Lei nº 9.756/1998), introduziu-se o instituto da Súmula Vinculante (EC nº 45/2004), criou-se um sistema de julgamento de recursos repetitivos para o recurso extraordinário (Lei nº 11.418/2006) e especial (Lei nº 11.672/2008) e atingiu-se o ápice dessa tendência com o Código de Processo Civil de 2015, que prevê, em seu artigo 927, *caput*[722], uma série de decisões que passam a ser consideradas como precedentes vinculantes para os magistrados. Todas as formas citadas de formação de precedentes vinculantes ocorrem por meio de uma decisão colegiada. Por essa razão, se, de um modo geral, o efeito colegiado já seria importante por si só, essa importância sobressai ainda mais em intensidade diante do sistema de precedentes que vem sendo adotado paulatinamente no Brasil.

---

[721] VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 719-739, p. 721.

[722] Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Dito isso, e correlacionando o efeito colegiado ao viés de grupo já estudado, não se pode deixar de mencionar que um dos principais problemas do Poder Judiciário brasileiro está em sua já mencionada homogeneidade e que uma das possíveis soluções é justamente a ampliação da diversidade na sua composição.

A propósito, após a realização e publicação do estudo mencionado no tópico anterior, o que ocorreu em 1998, Emerson H. Tiller e Frank B. Cross publicaram um ensaio no qual apresentaram a proposta de que todos os colegiados federais fossem obrigatoriamente heterogêneos do ponto de vista da ideologia política, ou seja, que todos contivessem ao menos um magistrado indicado por um Republicano e um juiz indicado por um Democrata[723]. Embora não se concorde com um mecanismo tão rígido como o proposto pelos autores, até porque a sua proposta se baseia unicamente na questão da ideologia política, e não em outros fatores, certo é que os articulistas possuem inteira razão em um ponto: a diversidade nos órgãos colegiados é positiva (conforme já foi demonstrado em questões ideológicas, étnicas, raciais e de gênero), e deve ser buscada como um objetivo do ordenamento jurídico.

Como apontam Andrew Wistrich e Jeffrey Rachlinski, em coletânea dedicada à redução de vieses cognitivos na jurisdição:

> O sistema de justiça pode ser modificado para minimizar o impacto indesejável de vieses inconscientes. [...] Sabemos como criar diversidade nos colegiados de apelação - basta designar mais juízes do sexo feminino e de minorias (raça, etnia, orientação sexual e assim por diante). Pesquisas revelam que o incremento da diversidade dos painéis dos tribunais de apelação pode afetar os resultados dos julgamentos. Um estudo constatou que "a inclusão de uma juíza no painel mais do que duplicou a probabilidade de um magistrado homem decidir pelo autor no caso de assédio sexual ... e quase triplicou essa probabilidade em casos de discriminação de gênero (tradução livre)[724].

---

[723] CROSS, Frank B.; TILLER, Emerson H. A Modest Proposal for Improving American Justice. Columbia Law Review, Vol. 99, No. 1 (Jan., 1999), pp. 215-234, p. 216: "The partisan ideological component of judging is widely considered improper. [...] To address this weakness in our federal judicial system, we propose a requirement that every three-member circuit court panel be politically split, with each containing judges appointed by both Republican and Democratic Presidents. In short, there would be no panels where all three members were the appointees of a single party. Every panel would have one judge whose partisanship differs from the other two, thereby offering a political check on partisan decisionmaking by the majority. [...] this proposal would reduce ideologically extreme outcomes, enhance the role of stare decisis, and improve the horizontal equity of the federal justice system".

[724] WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J. Implicit bias in judicial decision making: how it affects judgment and what judges can do about it. In: REDFIELD, Sarah E. (Ed.). *Enhancing justice:* reducing bias. Washington, DC: ABA Book Publishing, 2017, pp. 87-130, p. 110. No original: "The justice system could be modified to minimize the untoward impact of unconscious bias. [...] We know how to create diversity on appellate panels - appoint more female and minority (race, ethnicity, sexual orientation, and so on) judges. Research reveals that improving the diversity of appellate courts panels can affect outcomes. One study found that 'adding a female judge to the panel more than doubled the probability that a male judge ruled for the plaintiff in sexual harassment case... and nearly tripled this probability in sex discrimination cases".

Um dos mecanismos para isso são as ações afirmativas, como as atualmente existentes do ponto de vista racial para o ingresso na magistratura, e este é mais um argumento favorável à sua aceitação no ordenamento jurídico. Outros, mais complexos, residem na própria mudança cultural do meio, eis que é comprovado que, quanto mais alta a instância do Poder Judiciário, menor é o número de mulheres, negros e de outras minorias em seus quadros. Finalmente, politicamente, institutos como o quinto e a indicação de juízes para os tribunais superiores poderiam ser utilizados para ampliar a diversidade no Poder Judiciário.

Finalmente, e embora sem estudos comprovados, é possível que a ampliação da diversidade no próprio quadro de assessores dos magistrados possa produzir um efeito ao menos similar (ainda que mitigado) ao efeito colegiado (desde que os juízes discutam os temas com a cabeça aberta e conscientes de fenômenos como o viés de grupo)[725]. Assim, esta medida também é certamente muito bem-vinda.

4.8 O efeito do enquadramento

4.8.1 No que consiste e quando ocorre

A demonstração do *efeito do enquadramento* (*framing effect*) nas decisões humanas é uma das principais provas de que a *teoria da escolha racional* não poderia estar inteiramente correta. Como se sabe, a referida teoria parte de alguns pressupostos lógicos insuperáveis, dentre os quais se inclui a ideia de invariância (a escolha racional será a mesma independentemente de como a pergunta for formulada, ou seja, de como foi feito o enquadramento de suas alternativas)[726]. Isso ocorre porque, a rigor, cada uma das alternativas em uma tomada de decisão possuirá uma utilidade esperada, que não irá variar em razão de uma diferença na formulação da questão.

---

[725] *Loc. cit.*: "Trial judges could attempt to create their own diversity in their chambers by hiring a diverse staff and discussing cases with them. A non-white law clerk or judicial assistant might react very differently to particular facts or arguments than a white judge, and vice versa".

[726] Outros pressupostos podem ser apontados, como a dominância. No entanto, a invariância é o que interessa para a demonstração do efeito do enquadramento. Para aprofundamento: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Choices, Values, and Frames. In: KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos (Ed.). *Choices, Values and Frames*. New York: Cambridge University Press, 2000, pp. 1-16, p. 4: "[...] all analysis of rational choice incorporate two principles: *dominance* and *invariance*. Dominance demands that if prospect A is at least as food as prospect B in every respect and better than B in at least one respect, then A should be preferred to B. Invariance requires that the preference order between prospects should not depend on the manner in which they are described. In particular , two versions of a choice problem that are recognized to be equivalent when shown together should elicit the same preference even when shown separately".

O efeito do enquadramento busca comprovar exatamente que isso não ocorre, ou, em outras palavras, que a simples expressão das alternativas de forma diferente modifica substancialmente a percepção dos indivíduos com relação a elas.

Para demonstrar esse efeito, Kahneman e Tversky realizaram um estudo no qual apresentaram dois problemas para os participantes, e solicitaram que fizessem uma escolha entre as alternativas a seguir listadas. O primeiro dos problemas apresentados foi o seguinte[727]:

> Problema 1 (152 participantes): Imagine que os EUA estão se preparando para a eclosão de uma doença asiática incomum, com a expectativa de mortalidade de 600 pessoas. Dois programas alternativos para combater a doença foram propostos. Presuma que as estimativas científicas exatas das consequências dos programas são as seguintes:
>
> Se o Programa A for adotado, 200 pessoas serão salvas.
>
> Se o Programa B for adotado, há uma probabilidade de um terço de que 600 pessoas serão salvas e uma probabilidade de dois terços de que ninguém será salvo.
>
> Qual dos dois programas você apoiaria?

Os resultados da pesquisa quanto ao primeiro problema foram os seguintes: 72% dos participantes optaram pelo Programa A, ou seja, preferiram salvar 200 vidas com certeza; e apenas 28% arriscaria a salvação de todas as pessoas com 1/3 de chances. O problema se verifica quando Kahneman e Tversky formularam o segundo problema de sua pesquisa, que consistia no seguinte[728]:

> Problema 2 (155 participantes): Mesma situação fática.
>
> Se o Programa C for adotado, 400 pessoas morrerão.
>
> Se o Programa D for adotado, há uma probabilidade de um terço de que ninguém morrerá e uma probabilidade de dois terços de que 600 pessoas vão morrer.

A rigor, o Programa C significa exatamente a mesma coisa que o Programa A representava no Problema anterior, ou seja, de que 200 pessoas serão salvas e 400 irão morrer. Da mesma forma, o Programa D reflete precisamente a mesma solução do Problema B, simplesmente descrito de forma diferente.

No entanto, os resultados foram surpreendentes. Isso porque, na segunda formulação do problema, apenas 22% das pessoas optaram pelo Programa C (que apresenta exatamente a mesma solução que o Programa A, o qual teve 72% de adesão no Problema 1) e

---

[727] *Ibid.*, p. 4-5.

[728] *Ibid.*, p. 5.

78% dos participantes escolheram o Programa D (que reflete idêntica resposta, formulada de outra maneira, à do Programa B, que obteve apenas 28% de adesão).

A conclusão da pesquisa só pode ser uma: a depender do enquadramento dado pelo Problema, o ser humano tende a olhar para as soluções sob a ótica de perspectivas distintas. Não por outra razão, Daniel Kahneman trata este fenômeno dentro da teoria da decisão que desenvolveu com Amos Tversky em 1979, denominada de *teoria da perspectiva*[729]. Como lecionam Thomas S. Ulen e Russell B. Korobkin:

> Um insight fundamental da teoria da perspectiva, conhecido como efeito do "enquadramento", é que as escolhas dos atores sob condições de incerteza dependem não apenas dos valores absolutos esperados das opções concorrentes, mas também da direção na qual essas opções se desviam de um ponto de referência. Quando as alternativas são percebidas como 'ganhos' em relação ao ponto de referência, os indivíduos são avessos ao risco; isto é, eles preferem ganhos certos do que apostas com o mesmo valor esperado. Mas quando as opções são percebidas como "perdas" em relação ao ponto de referência, os mesmos indivíduos buscam riscos; isto é, eles preferem uma aposta à alternativa de perda certa quando ambos têm o mesmo valor esperado. Por exemplo, quando os indivíduos experimentais foram convidados a escolher entre um determinado pagamento de $240 e uma chance de 25% de receber $1.000, 84% preferiram o pagamento certo (embora essa opção tenha um valor esperado um pouco menor do que a aposta - $240 contra $250). Mas quando provocados a escolher entre uma perda certa de $750 e uma chance de 75% de perder $1000, 87% preferiram a aposta (embora as duas opções tenham o mesmo valor esperado)[730]. (tradução livre)

O efeito do enquadramento abrange alguns fatores e fenômenos diferentes, como, por exemplo: (a) a aversão à perda; (b) o efeito chamariz (ou efeito de contraste); (c) a

---

[729] KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar.* Trad. Cássio Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 454 e seguintes. Na página 461, o autor descreve que Amos Tversky teve a oportunidade de realizar esse mesmo teste para os profissionais responsáveis pelas formulações de políticas públicas em saúde pública e que, como o restante da população, eles fizeram escolhas ilógicas e incompatíveis. No original: "Uma experiência que Amos compartilhou comigo acrescenta uma nota de desânimo à história. Amos foi convidado para dar uma palestra a um grupo de profissionais de saúde pública - as pessoas que tomam decisões sobre vacinações e outros programas. Ele aproveitou a oportunidade para apresentar-lhes o problema da doença asiática: metade viu a versão "vidas salvas", os outro responderam a questão de "vidas perdidas". Como outras pessoas, esses profissionais foram suscetíveis aos efeitos de enquadramento. É de certo modo preocupante que os funcionários que tomam decisões que afetam a saúde de todo mundo possam ser influenciados por uma manipulação tão superficial - mas devemos nos acostumar com a ideia de que mesmo decisões importantes são influenciadas, se não governadas, pelo Sistema 1".

[730] KOROBKIN, Russell B.; ULEN, Thomas S. *Op. cit.*, p. 1104-1105. No original: "One fundamental insight of prospect theory, known as the 'framing' effect, is that actors' choices under conditions of uncertainty depend not only on the absolute expected values of the competing options but also on the direction in which those options deviate from a baseline, or reference point. When decision options are perceived as 'gains' relative to the reference point, individuals are risk averse; that is, they prefer more certain options to gambles with the same expected value. But when decisions options are perceived as 'losses' relative to the reference point, the same individuals will be risk-seeking; that is, they will prefer a gamble to the certain option when both have the same expected value. For example, when experimental subjects were asked to choose between a certain payment of $240 and a 25% chance do receive $1.000, 84% preferred the certain payment (although this option has a slightly lower expected value than the gamble - $240 versus $250). But when asked to choose between a certain loss of $750 and a 75% chance of losing $1000, 87% preferred the gamble (although the two choices have the same expected value)".

forma de formular uma pergunta quando uma das alternativas possui qualidades extremadas; (d) o efeito conciliatório (*compromise effect*); e (e) a percepção diferenciada quando um dado é apresentado na forma de frequência ou de percentual.

O mais comum e mais trabalhado desses fenômenos é a *aversão à perda*, natural aos seres humanos. Assim, o fato de a alternativa concentrar o seu foco no percentual de ganho ou, de outro lado, na probabilidade de perda, pode afetar consideravelmente a escolha dos indivíduos, ainda que todas as opções mantenham a sua utilidade esperada. Mencione-se, como exemplo do fenômeno, o fato de que mais indivíduos decidem se submeter a um tratamento médico quando recebem a informação de que ele possui 90% de chance de sucesso do que quando são apresentados a ele com o dado de que há 10% de risco de falhar[731].

Ainda como decorrência desse fenômeno, observou-se que, quando se trata de algo percebido como um ganho, os indivíduos tendem a preferir uma quantia menor, mas certa; do que uma chance equivalente de receber uma quantia maior (por exemplo, preferem receber 800 reais do que ter 80% de chance de receber 1.000 reais). Por outro lado, quando se trata de algo percebido como uma perda, a tendência se inverte, e os indivíduos tendem a preferir o risco de perda do que a perda certa, ainda que de uma quantia menor (preferem ter 80% de chance de perder 1.000 reais do que perder, com certeza, 800 reais).

Conforme já percebido por diversos juristas, essa constatação possui consequências para diversos campos do Direito, como, por exemplo, para as decisões das partes entre negociar ou litigar. Conforme empiricamente comprovado por estudos realizados por autores como Randall Kiser[732] e Jeffrey J. Rachlinski[733], diante de um litígio, o autor decide entre ganhos, enquanto o réu decide entre perdas. Assim, geralmente o autor possui duas opções: negociar por um valor certo, porém menor, ou litigar por um valor maior (com chances de ganhar mais, mas também com o risco de não ganhar nada). Como diante de possibilidade de ganhos, as pessoas são avessas ao risco, existe a tendência de que os autores prefiram negociar, obtendo um ganho menor, porém certo. É exatamente o oposto do que acontece com os réus, que, que possuem uma tendência natural a preferir o litígio[734].

---

[731] MCNEIL, Barbara J.; PAUKER, Stephen G.; SOX JR., Harold C.; TVERSKY, Amos. On the elicitation of preferences for alternative therapies. *The New England Journal of Medicine*, vol. 306, n. 21 (may, 1982), p. 1259-1262.

[732] KISER, Randall. *Beyond right and wrong*: The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients. Heidelberg, Dordrecht, London, New York: Springer, 2010, p. 29-86.

[733] RACHLINSKI, Jeffrey J. Gains, Losses and the Psychology of Litigation. *Southern California Law Review*, vol. 70, n. 1 (november 1996), p. 113-185.

[734] RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Gains, Losses and Judges: Framing and the Judiciary. *Notre Dame Law Review*, vol. 94:2 (2018), p. 521-582, p. 540: "[...] research has demonstrated that litigation provides a

De todo modo, é importante que se diga que o enquadramento também abrange outros fenômenos correlatos, e não apenas a aversão à perda. Por exemplo, é comum que especialistas estudem o *efeito chamariz* ou *efeito contraste* (tecnicamente denominado de efeito de dominância assimétrica, ou *decoy effect*) dentro do contexto do efeito do enquadramento[735]. Quando um indivíduo precisa decidir entre A e B, caso seja apresentada a ele uma alternativa C, parecida com A, mas claramente inferior, ele tenderá a decidir por A entre as três alternativas, em detrimento de B, porque A parecerá mais atrativa relativamente à nova alternativa que foi inserida no quadro. O efeito ficou demonstrado, inclusive com estudos empíricos realizados por Dan Ariely, no tópico 2.4.5 desta dissertação, para o qual se remete o leitor. Tversky e Simonson explicam o fenômeno de forma clara, citando dois estudos sobre o tema:

> Outra implicação da hipótese de contraste é que a 'participação de mercado' de x pode ser aumentada adicionando a {x, y} uma terceira alternativa que é claramente inferior a x, mas não a y. As violações da regularidade com base nesse padrão foram demonstradas pela primeira vez por Huber et al. (1982). O exemplo a seguir é retirado de Simonson e Tversky (1992): A um grupo (n = 106), ofereceu-se uma escolha entre $ 6 em dinheiro e uma elegante caneta Cross. A caneta foi selecionada por 36 % dos sujeitos e os 64% restantes escolheram o dinheiro. Um segundo grupo (n = 115) escolheu entre três opções: $ 6 em dinheiro, a mesma caneta Cross e uma segunda caneta menos atraente. Esta caneta sujeita-se a uma relação de dominância com relação à primeira caneta, o que não acontece com o dinheiro. De fato, apenas 2% dos sujeitos escolheram a caneta menos atraente, mas sua presença aumentou a porcentagem de sujeitos que escolheram a caneta Cross de 36% para 46%, contrariando a ideia de regularidade [advinda da teoria da escolha racional].
>
> Em outro estudo, os sujeitos receberam descrições e fotos de fornos de micro-ondas retirados do catálogo da *Best*. Um grupo (n = 60) foi convidado a escolher entre um forno Emerson ao preço de $ 110 ou um Panasonic ao preço de $ 180. Ambos os itens estavam em promoção, com desconto de um terço do preço normal. Aqui, 57% escolheram a Emerson e 43% escolheram a Panasonic. Um segundo grupo (n = 60) foi apresentado com essas opções, juntamente com uma Panasonic de $ 200 que estava com um desconto de 10%. Como as duas Panasonic eram bastante semelhantes, a que possuía um desconto mais baixo era nitidamente inferior à outra Panasonic, mas não isso não ocorria com relação à Emerson. De fato, apenas 13% dos sujeitos escolheram a Panasonic mais cara, mas sua presença aumentou a porcentagem de sujeitos que

natural frame, in which plaintiffs choose among gains while defendants choose among losses. Plaintiffs are thus much more inclined to accept settlement offers than are defendants. Defendants try to avoid the certain loss of a settlement by rejecting even economically favorable settlements, gambling that further litigation will bring a better outcome, even though it also carries great risk".

[735] KELMAN, Mark. *Op. cit.*, pp. 29-30: "Similarly, H&B researchers assert that as a result of what they dub 'contrast effects' that influence decision making, a particular legal outcome X might be preferred to another outcome Y depending on whether the choice between them is coupled with the option of selecting a clearly inferior outcome Z that is somewhat similar to X. We know in these experiments that Z is clearly inferior to X because no, or nearly no, subjects select Z. Such a decision violates one core principle of rational choice: Options are selected based on the presence or absence of irrelevant alternatives. Thus, experimental subjects are more likely to choose that a convicted white-collar defendant be punished by being placed on probation rather than ordered to serve time in jail when a third option, an especially silly and pointless *form* of probation, is offered as an additional option, because sensible probation most clearly contrasts with 'silly' probation. Their judgment appears precisely the same as the judgment of experimental subjects who are more likely to choose a Mark Cross pen over $6 when they are also given the option of choosing a markedly inferior pen".

> escolheram a Panasonic menos cara de 43% para 60%, contrariamente à ideia de regularidade (tradução livre)[736].

Além disso, a ideia de enquadramento também comporta outras variáveis. Por exemplo, quando os indivíduos se encontram em uma situação na qual precisam escolher entre duas alternativas (A e B), sendo que A envolve fortes razões tanto positivas como negativas, enquanto B é uma opção mais neutra, a forma por meio da qual o problema é formulado influencia diretamente na decisão. Um exemplo de estudo empírico demonstrando este efeito (em uma situação com implicações diretas para o Direito) deixará mais claro o funcionamento do fenômeno. Trata-se de conhecida pesquisa realizada pelo Professor da *Princeton University* Eldar Shafir, publicado em 1993[737]. O experimento foi realizado com 170 estudantes de Princeton, que foram submetidos ao seguinte enunciado:

> Imagine que você atua no júri de um caso de custódia de um filho único, após um divórcio relativamente confuso. Os fatos do caso são complicados porque envolvem considerações econômicas, sociais e emocionais ambíguas, e você decide basear sua decisão inteiramente nas poucas observações a seguir.
>
> Pai/Mãe A: renda média; saúde média; média de horas de trabalho; relacionamento razoável com a criança; vida social relativamente estável.
>
> Pai/Mãe B: renda acima da média; relacionamento muito próximo com a criança; vida social extremamente ativa; muitas viagens relacionadas ao trabalho; pequenos problemas de saúde (tradução livre)[738].

---

[736] TVERSKY, Amos; SIMONSON, Itamar. Context-dependent Preferences. *Management Science*, vol. 39, no. 10, p. 1179-1189, out. 1993, p. 1182. No original: "Another implication of the tradeoff contrast hypothesis is that the 'market share' of *x* can be increased by adding to {*x*, y} a third alternative that is clearly inferior to *x* but not to *y*. Violations of regularity based on this pattern were first demonstrated by Huber et al. (1982). The following example is taken from Simonson and Tversky (1992). One group (*n* = 106) was offered a choice between a $6 and an elegant Cross pen. The pen was selected by 36% of the subjects and the remaining 64% chose the cash. A second group (*n* = 115) was given a choice among three options: $6 in cash, the same Cross pen, and a second less attractive pen. The second pen, we suggest, is dominated by the first pen but not by the cash. Indeed, only 2% of the subjects chose the less attractive pen, but its presence increased the percentage of subjects who chose the Cross pen from 36% to 46%, contrary to regularity. In another study, subjects received descriptions and pictures of microwave ovens taken from the Best catalog. One group (*n = 60*) was asked to choose between an Emerson priced at $110 and a Panasonic priced at $180. Both items were on sale, a third off the regular price. Here, 57% chose the Emerson and 43% chose the Panasonic. A second group (*n* = 60) was presented with these options, along with a $ 200 Panasonic at a 10% discount. Because the two Panasonic were quite similar, the one with the lower discount appeared inferior to the other Panasonic but it was not clearly inferior to the Emerson. Indeed, only 13% of the subjects chose the more expensive Panasonic, but its presence increased the percentage of subjects who chose the less expensive Panasonic from 43% to 60%, contrary to regularity".

[737] SHAFIR, Eldar. Choosing versus rejecting: Why some options are both better and worse than others. *Memory & Cognition*, vol. 21, n. 4, p. 546-556, 1993.

[738] *Ibid.*, p. 549. No original: "Imagine that you serve on the jury of an only-child sole-custody case following a relatively messy divorce. The facts of the case are complicated by ambiguous economic, social, and emotional considerations, and you decide to base your decision entirely on the following few observations. Parent A: average income; average health; average working hours; reasonable rapport with the child; relatively stable social life. Parent B: above-average income; very close relationship with the child; extremely active social life; lots of work-related travel; minor health problems".

Percebe-se que o(a) Pai/Mãe A não apresenta motivos fortes nem para a concessão, e nem para a negativa da custódia, pois suas características são neutras, de um modo geral. Já o(a) Pai/Mãe B apresenta fortes razões tanto para a concessão (como o relacionamento próximo com a criança e a renda acima da média) como para a negativa (como problemas de saúde e ausências em razão de viagens de trabalho).

Os 170 participantes, após a leitura do enunciado acima, foram divididos em dois grupos. Para o primeiro, perguntava-se para qual Pai/Mãe seria concedida a custódia. Para o segundo, perguntava-se para qual Pai/Mãe a custódia seria negada.

Curiosamente, quando se indagou, ao primeiro grupo, sobre a concessão da custódia (questionamento elaborado de forma positiva), 64% afirmaram que a concederiam ao Pai/Mãe B (e apenas 36% a concederam para A). Por outro lado, quando foi perguntado ao segundo grupo para qual Pai/Mãe a custódia seria negada (pergunta formulada de forma negativa), 55% afirmou que negaria para o Pai/Mãe B (e apenas 45% negaria para o Pai/Mãe B). Isso significa que, diante da mesma situação, quando a pergunta indagou quem receberia a custódia, B acabou ganhando a custódia para 64% dos participantes; e, quando formulada de forma negativa, 55% acabaram optando por A (já que afirmaram que a negariam para B)[739].

As implicações deste estudo para o Direito são evidentes, ainda que ele não tenha sido realizado com magistrados reais.

Ademais, dentro da ideia de *enquadramento* também se situa o efeito conciliatório (*compromise effect*), que significa que a inserção de uma alternativa intermediária entre duas extremadas faz com que a maior parte dos indivíduos opte por escolhê-la. Na precisa explicação de Teichman e Zamir, contendo, inclusive, um exemplo de estudo:

> O efeito conciliatório alude à tendência das pessoas de escolher opções intermediárias, e não extremas. Por exemplo, quando os consumidores eram solicitados a escolher entre uma câmera de preço médio e uma de baixo preço, cada tipo era escolhido por 50% dos participantes. No entanto, quando solicitado a escolher entre essas duas

[739] *Loc. cit.*: "Parent A, the impoverished option, is quite plain, with no striking positive or negative features. There are no particularly compelling reasons to award Parent A custody of the child, nor are there good reasons to deny him/her. Parent B, the enriched option, on the other hand, has good reasons to be awarded custody (such as a very close relationship with the child and a high income), but also good reasons to be denied sole custody (such as health problems and extensive absences due to travel). To the right of the options are the percentages of subjects who chose to award and to deny custody to each of the parents. Parent B is the modal choice both for being awarded custody of the child and for being denied it. As predicted, the value of Il, + II, for Parent B (64 +55 = 119) is significantly greater than the 100 that we would expect if choosing and rejecting were complementary (z = 2.48, $p < .02$). Because he/she presents better reasons for both decisions, note that Parent B's likelihood of obtaining custody is significantly greater when subjects decide whom to award than when they ask themselves whom to deny (64% vs. 45%, z = 2.49, $p < .02$)".

> câmeras e uma high-end adicional [mais cara], 72% escolheram a opção média (Simonson e Tversky, 1992)[740] (tradução livre).

Por último, é comprovado que, ao avaliar a probabilidade de determinado evento acontecer, os indivíduos tendem a atribuir maior importância quando a alternativa é expressa no formato de frequência (*e.g.*: 7 a cada 10 condenados voltarão a reincidir) do que na forma de percentual (*e.g.*: 70% dos condenados voltarão a reincidir). Em 2000, Slovic, Monahan e MacGregor realizaram um estudo em que psiquiatras e psicólogos forenses deveriam decidir se era possível dar alta a um paciente do hospital psiquiátrico com histórico de violência. As informações para decidir incluíam uma análise de um especialista em risco, sendo que metade dos psiquiatras/psicólogos receberam a informação de que pacientes como ele possuíam 10% de chance de reincidir em atos de violência, e a outra metade de que 1 em cada 10 pacientes semelhantes reincidiam em comportamentos violentos. Os que receberam a primeira informação deram alta em 41%, e apenas 21% dos demais o fizeram[741]. A explicação mais plausível para esse efeito é o fato de que, quando a informação é exposta na forma de frequência, a imagem de um reincidente cometendo um novo ato violento é evocada mais vividamente[742]. Conforme será demonstrado, isso pode gerar o risco de inúmeras formas de manipulação da decisão judicial por parte de advogados treinados acerca do tema.

Dentro dos campos jurídicos potencialmente afetados pelo *efeito do enquadramento*, interessa a este estudo saber se esse fenômeno afeta, de alguma forma, a tomada de decisão judicial, e se isso pode gerar o risco de manipulação dos juízes pelos demais operadores do Direito. Assim, no tópico subsequente, passa-se à apresentação dos estudos que estudaram a ocorrência deste efeito no âmbito jurídico.

---

[740] TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. Judicial Decision-Making: A Behavioral Perspective. In: ZAMIR, Eyal (Org.); TEICHMAN, Doron (Org.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 664-702, p. 670. No original: "The compromise effect alludes to people's tendency to choose intermediate rather than extreme options. For example, when consumers were asked to choose between a medium-priced and a low-priced camera, each type was chosen by 50% of the participants. However, when asked to choose between those two cameras and an additional high-end camera, 72% chose the medium option (Simonson and Tversky 1992)".

[741] SLOVIC, Paul; MONAHAN, John; MACGREGOR, Donald G. *Op. cit.*, p. 271: "Similarly, communicating a patient's dangerousness as a relative frequency (e.g., 2 out of 10) led to much higher perceived risk than did communicating a comparable probability (e.g., 20%)".

[742] *Loc. cit.*: "The different reactions to probability and frequency formats appear to be attributable to the more frightening images evoked by frequencies".

4.8.2 Estudos empíricos sobre o efeito do enquadramento em júris e em juízes

No tópico anterior, foram mencionados alguns fenômenos decorrentes do *efeito do enquadramento.* De forma mais específica, tratou-se do seguinte: (a) aversão à perda; (b) efeito chamariz (ou efeito de contraste); (c) da forma de formular uma pergunta quando uma das alternativas possui qualidades extremadas; (d) do efeito conciliatório (*compromise effect*); e (e) da percepção diferenciada quando um dado é apresentado na forma de frequência ou de percentual. É preciso que se reconheça, contudo, que a maior parte desses efeitos foram testados e demonstrados apenas em júris simulados, e não em decisões de juízes de direito togados.

Por esta razão, diferentemente do que foi feito no estudo dos demais vieses, este tópico abrangerá tanto os experimentos realizados com júris simulados como os poucos feitos com magistrados. Sabe-se que, idealmente, deveria haver mais estudos feitos com juízes de direito. No entanto, a princípio, e, considerando que isso também acontece com os demais vieses cognitivos, tudo leva a crer que os resultados encontrados com júris simulados também sejam aplicáveis a magistrados. Além disso, a ampla possibilidade de utilização do efeito do enquadramento para manipular os juízes e o ineditismo deste tema no Direito brasileiro são fatores que levaram à decisão de abordá-lo nesta dissertação, mesmo havendo poucos estudos empíricos realizados especificamente com magistrados reais.

Feita essa observação, passemos a analisar cada um dos fenômenos decorrentes do efeito do enquadramento, tal como acima delineados.

Iniciando pela aversão à perda, verifica-se que, em 2001, quando realizaram uma série de estudos sobre os vieses cognitivos nas decisões judiciais, publicados sob o título de *Inside the Judicial Mind*, Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich também analisaram se o *efeito do enquadramento*, na referida vertente, afetaria ou não juízes federais treinados. Como se sabe, em razão da aversão à perda, diante de situações de risco, as pessoas tendem a optar pelo certo com relação aos ganhos, e pelo incerto com relação a perdas. Em um litígio, o autor geralmente precisa decidir entre fazer um acordo (opção de algum ganho certo, ainda que menor) ou litigar (ganho incerto, porém potencialmente maior); e o réu, por sua vez, precisa decidir o mesmo, ou seja, fazer um acordo (perda certa menor) ou litigar (perda incerta, porém possivelmente maior). Em razão da aversão à perda, isso significa que o autor é mais aberto a um acordo do que o réu, que geralmente prefere a opção que envolve a incerteza[743].

[743] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, vol. 86, n. 4, may 2001, p. 777-830, p. 795: "Framing can have a profound impact on civil lawsuits because

Feita essa observação, é importante destacar que esse estudo não analisou a tomada de decisão judicial em sentido estrito, mas se os juízes recomendariam, para o autor ou para o réu, que firmassem o acordo em determinado valor específico (o que, como indica o artigo, parece ser uma prática comum nos EUA[744]). O enunciado do problema apresentado aos juízes federais que participaram do estudo consistiu no seguinte:

> Imagine que você está presidindo um caso em que o demandante processou o réu por U$ 200.000 em uma ação de direitos autorais. Tanto o demandante quanto o réu são editoras de médio porte com receita anual de cerca de U$ 2,5 milhões por ano. Elas são representadas por advogados competentes que nunca haviam patrocinado casos julgados por você. Você acredita que o caso é simples, mas apresenta algumas questões factuais difíceis. Não há disputa quanto ao valor em jogo, apenas se as ações do réu violaram os direitos autorais dos demandantes. Você acredita que o autor tem 50% de chance de recuperar os U$ 200.000 e 50% de chance de não recuperar nada. Você imagina que, caso as partes não cheguem a um acordo, cada um gaste aproximadamente U$ 50.000 em despesas de litígio. Suponha que não haja a possibilidade de que a parte perdedora no julgamento tenha que compensar o vencedor por essas despesas (tradução livre)[745].

Então, metade dos juízes analisava um caso sob a perspectiva do autor, no qual constava que o réu pretendia oferecer ao autor U$ 60.000 para encerrar o caso, e questionava se eles achavam que o autor deveria aceitar o valor. Basicamente, isso significava que o autor deveria escolher entre U$ 60.000 certos ou um valor esperado de U$ 50.000 (50% de chance de ganhar U$ 200.000 - o que dá U$ 100.000 -, menos os U$ 50.000 de custo do litígio). A outra metade dos magistrados recebeu um material sob a ótica do réu, no sentido de que o autor pretende aceitar U$ 140.000 como acordo. Assim, o réu deve decidir entre a perda certa de U$ 140.000 (com o acordo) ou entre um valor esperado de uma perda de U$ 150.000 (50% de

---

litigation produces a natural frame. In most lawsuits, plaintiffs choose either to accept a certain settlement from the defendant or to gamble, hoping that further litigation will produce a larger gain. Most defendants, by contrast, choose either to pay a certain settlement to the plaintiff or to gamble that further litigation will reduce the amount that they must pay. Thus, plaintiffs often choose between options that appear to represent gains, while defendants often choose between options that appear to represent losses. As such, plaintiffs are more likely to prefer settlement, the risk-averse option, while defendants are more likely to prefer trial, the risk-seeking option".

[744] *Ibid.*, p. 796: "Judges, of course, are neither plaintiffs nor defendants in the typical civil suit, but they often play an active role in supervising settlement talks. Does framing lead judges to perceive the settlement decisions of plaintiffs and defendants differently? To determine whether framing might impact judges' settlement recommendations, we presented each of the judges with a hypothetical fact pattern labeled "Suit and Settlement".

[745] *Loc. cit.* No original: "Imagine that you are presiding over a case in which a plaintiff has sued a defendant for $200,000 in a copyright action. Both the plaintiff and the defendant are mid-sized publishing companies with annual revenues of about $2.5 million per year. They are represented by competent attorneys who have not tried cases before you in the past. You believe that the case is a simple one, but it presents some tough factual questions. There is no dispute as to the amount at stake, only as to whether the defendant's actions infringed on the plaintiffs copyright. You believe that the plaintiff has a 50% chance of recovering the full $200,000 and a 50% chance of recovering $0. You expect that should the parties fail to settle, each will spend approximately $50,000 at trial in litigation expenses. Assume that there is no chance that the losing party at trial will have to compensate the winner for these expenses".

chance de perder U$ 200.000 - o que dá U$ 100.000 -, mais os custos de U$ 50.000 do litígio). Este último grupo deveria opinar sobre se valia a pena para o réu aceitar o acordo[746].

Enquanto 39,8% dos magistrados olhando sob a ótica do autor (perspectiva de ganho) opinaram que ele deveria fechar o acordo, apenas 25% daqueles que olharam sob a perspectiva do réu (com a visão da perda) assim entenderam, o que parece sugerir que os juízes também estão sujeitos ao efeito do enquadramento, conforme, inclusive, concluíram os autores.

Ainda ligado à aversão à perda, mas focando agora nas decisões judiciais propriamente ditas, Guthrie, Rachlinski e Wistrich realizaram um estudo[747] com juízes de um tribunal administrativo de Nova Iorque, que julgam questões relacionadas a locações e algumas outras questões imobiliárias, dividindo os participantes em dois grupos, e cada um analisaria a abusividade de uma cláusula (distintas, mas equivalentes) em um contrato de locação. No primeiro grupo, verificou-se que 47% dos juízes entendia ser abusiva uma cláusula que previa que o pagamento do aluguel por cartão de crédito era U$ 50,00 mais caro. No entanto, no segundo apenas 5% entendeu ser abusiva a cláusula que previa U$ 50,00 de desconto para pagamento em dinheiro. Isso mostra, sem sombra de dúvidas, que o problema está em gerar uma perda para o inquilino, já que a esta é atribuída uma importância muito mais significativa do que simplesmente deixar de ganhar a mesma quantia.

Como se não bastasse, Rachlinski e Wistrich realizaram 8 experimentos com 1.186 juízes togados sobre a questão da aversão à perda e seus reflexos, constatando a presença do efeito em todos esses testes, confirmando os resultados mencionados nas pesquisas citadas nos parágrafos anteriores. O estudo é recente, tendo sido publicado em 2018[748]. Um desses experimentos é bastante interessante e merece menção, porque envolve um teste similar ao que foi feito por Kahneman e Tversky com relação aos programas de saúde A e B envolvendo a vida de 600 pessoas, já narrado no tópico anterior. Neste experimento em particular, participaram 139 juízes federais e 74 estaduais (dentre atuantes em primeira e segunda instâncias). Todos os juízes liam o mesmo caso, porém, ao final, ao primeiro grupo era apresentado um quadro sob uma perspectiva de ganho, enquanto que, para o segundo, de perda.

---

[746] É importante ressaltar que os valores utilizados pelos pesquisadores não refletem a mesma proposta em si, mas trazem um espelho de qual seria a proposta que minimamente superaria o valor esperado da alternativa de demandar (superaria em U$ 10.000, no caso). Ou seja, ambas as propostas podem não refletir o ideal para o autor (no primeiro caso, de U$ 60.000) ou do réu (no segundo caso, de U$ 140.000), mas elas são espelhos perfeitos (ou seja, a segunda oferta representa, para o réu, exatamente o que a primeira representa para o autor.

[747] *Idem.* The "Hidden Judiciary": An Empirical Examination of Executive Branch Justice, *Duke Law Journal*, 58, p. 1477-1530, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol58/iss7/8>. Acesso em: 02/10/2018.

[748] RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Gains, Losses and Judges: Framing and the Judiciary. *Notre Dame Law Review*, vol. 94:2 (2018), p. 521-582.

Basicamente, o caso narrava que uma nova doença estava surgindo e já havia contaminado 600 pessoas, mas uma vacina foi desenvolvida e aplicada. No entanto, não foram salvas todas as pessoas. O laboratório farmacêutico havia tido duas opções de vacina:

> Para o primeiro grupo de juízes (perspectiva de ganho):
>
> Vacina A: 200 pessoas seriam salvas.
>
> Vacina B: 1/3 de probabilidade de que todas as 600 pessoas seriam salvas, e 2/3 de probabilidade de que ninguém seria salvo.
>
> Para o segundo grupo de juízes (perspectiva de perda):
>
> Vacina A: 400 pessoas morreriam.
>
> Vacina B: 1/3 de probabilidade de que ninguém morreria da doença e 2/3 de chance de que todos morreriam.

Sem avisar aos oficiais de saúde que existia a Vacina B, o laboratório escolheu a Vacina A como a mais apropriada para a doença e a produziu. Os juízes então precisavam julgar a conduta do laboratório com relação à morte dessas pessoas (não a conduta de não divulgar a alternativa, mas apenas a referente à escolha da vacina). O resultado foi o de que, enquanto, no primeiro grupo de juízes (perspectiva de ganho), 91% entendeu que a conduta do laboratório de escolher a Vacina A foi apropriada; este número foi de 74% no segundo grupo, que possuía a versão do problema sob a ótica da perda. Isso demonstra claramente a diferença percentual entre os grupos, comprovando a aversão à perda nos magistrados.

Com relação aos demais subefeitos, não há notícia de estudos empíricos realizados especificamente com juízes togados. No entanto, há inúmeras pesquisas com júris simulados que merecem menção, por sua importância e impacto no Direito.

Em primeiro lugar, quanto ao efeito contraste (ou efeito de chamariz), Kelman, Rottenstreich e Tversky realizaram um estudo em 1996[749], contendo alguns experimentos, dentre os quais um em que se demonstrou o referido efeito no julgamento de um júri simulado. Para que se recorde, esse efeito significa que acrescentar uma terceira alternativa ao quadro de escolhas, que seja parecida com uma delas, mas claramente inferior, aumenta a atratividade desta, em detrimento da segunda opção que já estava presente.

No experimento destes pesquisadores, um corretor havia vendido um imóvel a um comprador sem tê-lo informado de defeitos dos quais possuía conhecimento, o que é

[749] KELMAN, Mark; ROTTENSTREICH, Yuval; TVERSKT, Amos. Context-Dependence in Legal Decision Making. *The Journal of Legal Studies*, vol. 25, no. 2, pp. 287-318, 1996, p. 295 e ss.

caracterizado como infração no Código Penal daquele Estado. Então, os jurados foram divididos em dois grupos. O primeiro deveria escolher entre condená-lo a: (a) uma multa de U$ 2.500 e 1 mês de prisão; ou (b) a multa de U$ 2.500 e 50 horas de serviço comunitário. Já o segundo grupo teria essas mesmas duas opções acrescida de uma terceira: a multa de U$ 2.500 e 6 meses de terapia. Os autores incluíram essa terceira opção como uma alternativa parecida à opção (b) do primeiro grupo, porém inferior, menos eficaz e menos útil para a sociedade, ao menos na opinião da maior parte das pessoas em geral. E, de fato, os resultados mostraram que, quando havia apenas duas opções, 74% escolheu a opção (b). Já quando foi acrescentada a terceira opção, 88% dos jurados escolheu a alternativa do serviço comunitário, comprovando o efeito contraste ou chamariz em júris simulados.

Quanto ao fenômeno segundo o qual, quando uma alternativa possui qualidades tanto positivas como negativas de forma extremada, a forma de perguntar impacta significativamente, já foi mencionado um estudo realizado em um júri simulado no tópico anterior. Por esta razão, deixa-se de se abordar este fenômeno novamente.

Passando para o efeito conciliatório (ou compromissório), já se mencionou que uma alternativa que, em conjunto com apenas uma segunda, talvez não fosse a mais escolhida, passa a ser quando é inserida uma terceira e aquela é colocada como a opção intermediária. Significa dizer que, em havendo três alternativas, os indivíduos tendem a escolher pela intermediária, ainda que esta não fosse a opção preferencial caso o quatro não tivesse sido colocado dessa forma. Sobre o tema, um estudo bastante importante para o Direito foi realizado e publicado por Kelman, Rottenstreich e Tversky em 1996, no artigo já mencionado[750]. No estudo, era narrado um caso de uma esposa que colocou 20 comprimidos de um remédio para dormir no café do marido, que o levaram à morte. Ela confessou que, após dar a ele o café, digitou uma carta de suicídio para que não desconfiassem de sua conduta. No entanto, havia restado comprovado que, menos de uma hora antes da conduta, a ré havia ouvido a sua filha de 17 anos contar à sua melhor amiga no telefone que o padrasto havia tentado abusar sexualmente dela mais uma vez. A vítima sofreu para morrer e a ré iria herdar uma grande quantia de dinheiro em razão de sua morte.

Os participantes, que iriam julgar o caso como jurados, foram separados em dois grupos. Ao primeiro deles, dizia-se que o crime ocorreu no Distrito de Columbia e, por isso, eles tinham a opção, segundo aquela legislação, de condená-la por homicídio privilegiado em

[750] KELMAN, Mark; ROTTENSTREICH, Yuval; TVERSKT, Amos. *Op. cit.*, p. 290 e ss.

razão de forte emoção (*manslaughter*[751]) ou por homicídio simples (*murder*). Já o segundo grupo de jurados foi informado de que o crime ocorreu na Califórnia e, por isso, segundo a legislação deste Estado, eles teriam três opções: as duas já anteriormente referidas, bem como o homicídio qualificado (que poderia ser porque o crime se deu por motivos financeiros; porque houve sofrimento desnecessário da vítima; ou pela administração de veneno), opção mais grave.

O resultado foi o seguinte: quando havia somente duas opções (e, portanto, não havia extremos e uma alternativa intermediária), 47% dos participantes entenderam que o caso era de homicídio privilegiado (*manslaughter*). No entanto, acrescentar a terceira opção mais gravosa no segundo grupo fez com que apenas 19% entendessem que a mesma narrativa poderia se enquadrar na modalidade privilegiada. Isso ocorre, segundo os participantes, porque, neste caso, o *manslaughter* passou a ser uma das opções "extremadas" (para o lado menos gravoso).

Os mesmos pesquisadores realizaram um segundo experimento muito similar (mas com outra narrativa de caso), na qual um dos grupos poderia escolher por condenar o réu em (do mais gravoso para o menos) homicídio qualificado; homicídio simples ou homicídio privilegiado; e o outro poderia escolher entre homicídio simples, homicídio privilegiado e homicídio culposo[752]. No primeiro grupo, o homicídio privilegiado estava em um dos extremos e, por isso, apenas 31% o selecionou. Por outro lado, no segundo grupo, como esta era a opção intermediária, ela foi escolhida por 55% dos participantes do júri simulado[753]. Deve-se lembrar que o caso era o mesmo. Fica claro, assim, o efeito compromissório nos participantes.

Por último, não foram encontrados estudos sobre a questão da apresentação de um problema em termos de frequência ou em percentual em júris simulados ou magistrados. No entanto, a pesquisa apresentada no tópico anterior, envolvendo a concessão de alta em uma medida de segurança (que é prevista após um processo penal para os inimputáveis) já demonstra a sua importância para o Direito. E, embora não haja estudos específicos com juízes, é de se presumir que eles também se sujeitem a este efeito, já demonstrado nas pessoas em geral, o que os torna passíveis de manipulação, conforme será demonstrado no tópico seguinte.

---

[751] Em inglês, a condenação seria por *manslaughter*. Ocorre que essa expressão pode significar duas coisas diferentes. O *manslaughter* voluntário é equiparado ao homicídio privilegiado, enquanto o *manslaughter* involuntário é comparado ao homicídio culposo. No caso, tratava-se do primeiro.

[752] *Ibid.,* p. 294.

[753] *Loc. cit.*

4.8.3 Problemas jurídicos relacionados ao efeito do enquadramento

4.8.3.1 Os julgamentos com resultado variável em razão da aversão à perda (ex.: desconto de pontualidade *v.* encargos moratórios)

Já foi mencionado que os seres humanos tendem a atribuir um peso ou uma importância maior para as perdas do que para os ganhos, e que, assim, tendem a evitar as perdas de qualquer forma. Precisamente por conhecerem esse efeito, quando os cartões de crédito foram disseminados no Brasil, as administradoras tentaram, de qualquer forma, que, no momento do pagamento, não se colocasse o método do cartão como 5% mais caro, mas sim o pagamento em dinheiro com 5% de desconto. Embora isso represente a mesma coisa, o efeito psicológico distinto produzido nos consumidores é conhecido das administradoras.

Como salientam Jeffrey J. Rachlinski e Andrew J. Wistrich:

> Perder [algo] não é idêntico a não ganhar [algo]. Perdas nos prejudicam muito mais do que ganhos equivalentes nos fazem sentir bem, e assim focamos nossa atenção nas perdas. A aversão às perdas é um dos fenômenos mais robustos no panteão da teoria da decisão e da economia comportamental (tradução livre)[754].

O mesmo ocorre no Poder Judiciário em algumas situações. Como exemplo (muito parecido com o do pagamento por cartão de crédito, a propósito), mencione-se os casos em que os magistrados julgam diferentemente a depender de o demandante (e o contrato, ou o ordenamento jurídico) enquadrarem determinado valor como uma perda ou como simplesmente a ausência de um ganho.

Exemplo típico disso ocorre no julgamento de cláusulas prevendo descontos de pontualidade em percentuais altíssimos, criados após o Código de Defesa do Consumidor proibir a previsão de multas moratórias acima de 2% do valor da prestação (ou, no caso dos condomínios, após a vedação de multas acima do mesmo valor pelo CC/02). Ou seja, se antes o preço de determinado produto ou serviço era de R$ 100,00, com previsão de multa moratória de 10% (ou seja, um comprador em atraso pagaria R$ 110,00), após o CDC, o contrato passou a prever que o preço seria, em tese R$ 111,00 (em letras pequenas) com o anúncio em letras

[754] RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Gains, losses, and judges: framing and the Judiciary. *Notre Dame Law Review*, vol. 94, issue 2, pp. 521-582, 2018, p. 513. No original: "Losing is not identical to failing to win. Losses hurt much more than equivalent gains feel good, and we thus focus our attention on losses. Aversion to losses is one of the most robust phenomena in the pantheon of decision theory and behavioral economics".

grandes de que o produto custaria R$ 100,00 com o desconto de pontualidade. Na prática, apenas burlou-se a vedação imposta pelo CDC para a multa moratória (ou o CC/02, no caso específico dos condomínios). No entanto, pelo simples fato de a diferença no atraso ser prevista agora como "deixar de ganhar" [o desconto] e não como perder, os tribunais têm permitido a validade de uma cláusula notoriamente abusiva, conforme se verifica:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DESPEJO CUMULADA COM COBRANÇA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. PERDA DO ABONO DE PONTUALIDADE E INCIDÊNCIA DA MULTA MORATÓRIA. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. JULGAMENTO: CPC/15.
>
> (...) 2. O propósito recursal é dizer sobre a negativa de prestação jurisdicional e se configura duplicidade (bis in idem) a cobrança do valor integral dos alugueis vencidos, desconsiderando os descontos de pontualidade, acrescido da multa moratória.
>
> (...) 4. Embora o abono de pontualidade e a multa moratória sejam, ambos, espécies de sanção, tendentes, pois, a incentivar o adimplemento da obrigação, trata-se de institutos com hipóteses de incidência distintas: o primeiro representa uma sanção positiva (ou sanção premial), cuja finalidade é recompensar o adimplemento; a segunda, por sua vez, é uma sanção negativa, que visa à punição pelo inadimplemento.
>
> 5. À luz dos conceitos de pontualidade e boa-fé objetiva, princípios norteadores do adimplemento, o abono de pontualidade, enquanto ato de liberalidade pela qual o credor incentiva o devedor ao pagamento pontual, revela-se, não como uma "multa moratória disfarçada", mas como um comportamento cooperativo direcionado ao adimplemento da obrigação, por meio do qual ambas as partes se beneficiam. 6. Hipótese em que não configura duplicidade (bis in idem) a incidência da multa sobre o valor integral dos alugueis vencidos, desconsiderando o desconto de pontualidade.
>
> 7. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
>
> (STJ, REsp 1745916/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/02/2019, DJe 22/02/2019)

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - "DESCONTO DE PONTUALIDADE" - PRÁTICA COMERCIAL NÃO ABUSIVA - MULTA CAMUFLADA - INEXISTÊNCIA - CONTRATAÇÃO REGULAR.
>
> O "desconto de pontualidade", concedido pela instituição de ensino aos alunos que efetuem o pagamento das mensalidades até a data do vencimento ajustada, por si só, não configura prática comercial abusiva - Ausente qualquer irregularidade, o "desconto de pontualidade" serve de instrumento que facilita e estimula o cumprimento voluntário da obrigação ajustada; também confere ao consumidor uma vantagem de índole patrimonial.
>
> (TJ/MG, AC 10344140026149001, Relator: Des. Ramon Tácio, julg. 02/05/2018, pub. 11/05/2018)

> APELAÇÃO CÍVEL. CONDOMÍNIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. INEXISTENTE. DESCONTO DE PONTUALIDADE. POSSIBILIDADE. CONTAS CONDOMINIAIS. ENTENDIMENTO DO STJ. HONORÁRIOS MANTIDOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.
>
> O desconto de pontualidade não configura ilegalidade e/ou abusividade, pois incentiva os condôminos a adimplirem antecipadamente as dívidas condominiais. Não há bis in idem, ou multa implícita, na prática do condomínio no desconto por pontualidade. (...) Sentença mantida. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME.

> (TJ/RS, AC 70078663085, 20ª Câmara Cível, Relator: Des. Glênio José Wasserstein Hekman, julgado em 29/08/2018, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 04/09/2018)
>
> DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE LOCAÇÃO. FIADOR. BENEFÍCIO DE ORDEM. DESCONTO DE PONTUALIDADE. SENTENÇA MANTIDA.
>
> (...) 2. A estipulação de desconto de pontualidade não constitui penalidade, mas tão somente um bônus convencionado livremente entre as partes contratantes com o fim de evitar a inadimplência.
>
> 3. Por terem natureza diversa, nada obsta a cumulação do desconto de pontualidade com a multa moratória.
>
> 4. Apelação parcialmente conhecida, e, nessa parte, não provida. Unânime.
>
> (TJDFT, 3ª Turma Cível, AC 20171610033332 / 0003039-80.2017.8.07.0020, Rel. Des. Fátima Rafael, julg. 08/08/2018, data de publicação: Publicado no DJe: 22/08/2018, Pág.: 196/201)

O problema envolvido é notório, e se parece muito, inclusive, com o estudo realizado por Guthrie, Rachlinski e Wistrich, mencionado no tópico anterior, envolvendo os juízes administrativos de um tribunal em Nova Iorque.

4.8.3.2 A manipulação dos magistrados em pedidos alternativos ou eventuais

Ao menos três dos fenômenos narrados podem ser utilizados para influenciar significativamente os magistrados quando há cumulação de pedidos, especialmente na modalidade alternativa ou eventual.

Pelo efeito contraste, já se viu que uma opção determinada se torna mais atrativa pela inserção de uma outra alternativa que se pareça com ela, porém claramente menos adequada. Assim, se o autor pretende aumentar as chances de ter determinada pretensão acolhida, poderia incluir um pedido alternativo parecido, porém menos adequado juridicamente, tornando o primeiro, aparentemente, mais plausível. Isso também poderia ocorrer quando, em pedidos cumulados (sejam alternativos ou eventuais), o autor tiver a preferência por um específico. Querendo aumentar as chances de este ser o escolhido, bastaria acrescentar uma opção chamariz parecida com ele.

Em sentido similar, caso a parte possuísse dois pedidos alternativos, pretendendo que o de maior valor fosse acolhido, bastaria inserir um terceiro, ainda mais alto, para transformar o primeiro em uma alternativa intermediária, beneficiando-se, dessa forma, do efeito conciliatório. De outro lado, conforme já se demonstrou, esse efeito pode ser bastante

utilizado na área criminal, quando há mais de uma possibilidade ou tese acerca da imputação (como homicídio privilegiado, simples ou qualificado, por exemplo).

Por fim, caso a parte conheça bem a situação em jogo (sabendo, como no exemplo do estudo da custódia da criança, quais as razões positivas ou negativas de concedê-la a cada um dos pais), é possível formular a pergunta de modo positivo ou negativo a depender do resultado que se busque, como já foi demonstrado.

4.8.3.3 A manipulação dos magistrados na fundamentação

O enquadramento também pode ser utilizado para manipular o magistrado a partir da fundamentação. A principal forma de fazê-lo está na utilização de determinadas informações a partir de percentuais ou de estatísticas de frequência, a depender do resultado buscado pelo autor. Como corretamente observado por Daniel Kahneman:

> A ideia da negligência com o denominador ajuda a explicar por que modos diferentes de comunicar riscos variam tanto em seus efeitos. Você lê que 'uma vacina que protege crianças de uma doença fatal compreende um risco de incapacitação permanente de 0,001%'. O risco parece pequeno. Agora considere outra descrição do mesmo risco: 'Uma em cada 100 mil crianças vacinadas ficará permanentemente incapacitada'. A segunda advertência faz algo em sua mente que a primeira não faz: evoca a imagem de uma criança individual que ficou permanentemente incapacitada por uma vacina: as 999.999 crianças vacinadas a salvo desapareceram no pano de fundo. Como previsto pela negligência com o denominador, eventos de baixa probabilidade são pesados com gravidade bem maior quando descritos em termos de frequências relativas (qual a quantidade) do que quando referidos em termos mais abstratos de 'chances', 'risco' ou 'probabilidade' (qual a possibilidade)[755].

Assim, querendo, por exemplo, responsabilizar um médico ou, de outro lado, obter o deferimento de um medicamento, será mais interessante para a parte apresentar as estatísticas de saúde a partir da frequência, e não de um percentual (ou seja, de que 1 em cada 20 pessoas operadas por ele morrem, em vez de mencionar 5%; no caso do médico, ou de que 1 a cada 10 pessoas não tratadas pelo medicamento perecem, e não 10%). Por outro lado, para a parte que quiser retirar a importância desses dados, a estratégia será a oposta, apresentando as estatísticas na forma de percentual.

Por evidente, além desse subefeito, todos os demais também podem ser utilizados na fundamentação. O estudo realizado por Rachlinski e Wistrich com os magistrados

[755] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 411.

sobre as Vacinas A e B, analisando a conduta de um laboratório, bem retratam isso: sempre é possível às partes, para justificar determinada conduta sua, apresentar qual seria a alternativa, e sempre podem apresentar isso como ganhos ou como perdas, a depender do seu interesse no resultado final do processo. Essas alternativas podem ser apresentadas de forma a explorar, ainda, o efeito conciliatório e o efeito contraste com bastante facilidade.

Assim, interessa a todos os sujeitos processuais conhecer a forma como a psicologia molda a percepção humana acerca de determinada pretensão.

4.8.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema

Em primeiro lugar, é preciso que se diga que as soluções para evitar vieses de um modo geral, estudadas no Capítulo 4, são passíveis de utilização para evitar o efeito do enquadramento. Mas, além destas, algumas estratégias podem ser utilizadas, e envolvem, geralmente, pensar sobre a questão desfazendo o enquadramento que foi dado a determinada estrutura decisória. Claro que isso envolve, anteriormente, conhecer como funciona o próprio efeito do enquadramento, o que demonstra, mais uma vez, a utilidade do estudo deste tema. Como salientam Rachlinski e Wistrich:

> Os juízes podem remediar as escolhas erráticas que o enquadramento pode produzir? Embora este possa ser poderoso, suspeitamos que os juízes possam fazer mais [do que fazem atualmente] para reconhecer o poder das ilusões que eles criam. A conscientização da arbitrariedade gerada pelo efeito do enquadramento é um primeiro passo. Julgadores que entendem que este efeito podem influenciar seu julgamento estão, pelo menos, preparados para lidar com essa influência extralegal em suas decisões. Os juízes que sabem que um direito legal podem ser descritos como um ganho e uma perda podem contemplar sua decisão de ambas as perspectivas (tradução livre)[756].

Como exemplo desse método, com relação à aversão à perda, basta tentar analisar como o julgamento seria feito caso se tratasse de um ganho (ou vice-versa), para verificar se as soluções realmente merecem soluções diversas - em geral, não merecerão (como ocorre no caso do desconto de pontualidade, injustificável do ponto de vista jurídico e

[756] RACHLINSKI, Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. *Op. cit.*, p. 573. No original: "Can judges remedy the erratic choices that framing can produce? Although frames can be powerful, we suspect judges can do more to recognize the power of the illusions they create. Awareness of the arbitrariness of framing is a first step. Judges who understand that framing can influence their judgment are at least prepared to address this extralegal influence on their decisionmaking. Judges who know that a legal right can be described as either a gain and as a loss can contemplate their decision from both perspectives".

econômico). De modo parecido, com relação ao efeito contraste e ao efeito conciliatório, que envolvem o acréscimo de uma terceira alternativa, basta, em vez de decidir qual das três acolher, resolver o problema eliminando uma das opções. Assim, por exemplo, no caso do efeito contraste, em que haverá uma terceira alternativa muito parecida com uma das anteriores (mas claramente inferior), esta deve ser eliminada em primeiro lugar, para que o magistrado depois possa ponderar com calma tendo em mente apenas as outras duas. Com relação à diferença de julgamento em razão da exposição de um julgamento na forma de uma frequência ou de um percentual, basta que o juiz transforme essa estatística no outro modelo, e possa decidir tendo ambos em mente, e não apenas um deles. Por fim, nos casos em que uma opção possui qualidades e defeitos extremos, sabendo que a forma do pedido influencia significativamente a decisão, mais uma vez o magistrado pode reescrever o questionamento para conseguir analisar a demanda sob as duas óticas.

Por fim, os demais sujeitos do processo também podem tomar conhecimento deste efeito e, em um sistema adversarial, assegurar que o magistrado possua ambas as versões. Em havendo autor e réu em um processo, se ambos souberem do efeito do enquadramento, é possível que cada um deles formule a sua pretensão da forma mais favorável, e, desta forma, o magistrado tomará conhecimento de ambas, o que, eventualmente, pode neutralizar o viés. É claro que é preciso que se reconheça que, por outro lado, se apenas uma das partes o fizer, não apenas isso desequilibra o litígio, como é possível que até mesmo a outra parte fique psicologicamente vinculada a esse enquadramento.

4.9 O viés de confirmação

4.9.1 No que consiste e quando ocorre

O viés de confirmação está relacionado diretamente com a dificuldade que os seres humanos possuem em superar uma crença inicialmente formada. Em outras palavras, trata-se do bloqueio à mudança de opinião, naturalmente existente em todos os indivíduos, que preferem tentar buscar e interpretar as evidências de um modo que confirme o seu pensamento inicial. Segundo definição de Raymond S. Nickerson, em influente artigo escrito sobre o tema: "*O viés de confirmação, como o termo é tipicamente utilizado na psicologia, denota a busca*

ou interpretação das evidências de uma maneira parcial a crenças e expectativas já existentes, ou a uma hipótese em questão"[757] (tradução livre).

Significa, basicamente, a seletividade na busca, no uso e na avaliação das evidências e argumentos em favor da crença ou hipótese inicialmente formada[758]. De forma involuntária, enxerga-se todas as evidências favoráveis à comprovação da hipótese inicial e ignora-se os fatos ou provas que serviriam para refutá-la. O aspecto da involuntariedade é importante. Conforme ensina Nickerson:

> [O viés de confirmação] refere-se normalmente à seletividade involuntária na aquisição e no uso das evidências. A linha entre a seletividade deliberada no uso das evidências e na moldagem involuntária de fatos para que se encaixem a hipóteses ou crenças é difícil de se traçar na prática, mas a distinção é conceitualmente importante, e o viés de confirmação tem mais relação com esta do que com aquela (tradução livre)[759].

Ao menos desde Francis Bacon, já se defende a existência da ideia por detrás do viés de confirmação. De fato, em sua obra *Novum organum*, publicada originalmente em 1620, Bacon já aduzia que:

> A compreensão humana, uma vez adotada determinada opinião (seja uma opinião decorrente do senso comum, ou como sendo aceitável à referida compreensão), atrai todas as coisas que a embasam e que estão em conformidade com ela. E, ainda que exista um número e peso maior de circunstâncias do outro lado, ela as negligencia e as despreza ou, valendo-se de um fundamento de distinção, deixam-nas de lado e rejeitam-nas; visando a que, por um grande e pernicioso movimento de predeterminação, a autoridade de suas conclusões anteriores possa permanecer inviolável[760] (tradução livre).

---

[757] NICKERSON, Raymond S. Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of General Psychology*, 1998, vol. 2, no. 2, 175-220, p. 175. No original: "*Confirmation bias,* as the term is typically used in the psychological literature, connotes the seeking or interpreting of evidence in ways that are partial to existing beliefs, expectations, or a hypothesis in hand".

[758] PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. *Op. cit.*, p. 114-115: "If people have a preconception or hypothesis about a given issue, they tend to favor information that corresponds with their prior beliefs and disregard evidence pointing to the contrary. This confirmation bias makes people search, code, and interpret information in a manner consistent with their assumptions, leading them to biased judgments and decisions".

[759] *Loc. cit.* No original: "It refers usually to unwitting selectivity in the acquisition and use of evidence. The line between deliberate selectivity in the use of evidence and unwitting molding of facts to fit hypotheses or beliefs is a difficult one to draw in practice, but the distinction is meaningful conceptually, and confirmation bias has more to do with the latter than with the former".

[760] BACON, Francis. Novum Organum. *In:* BURTT, Edwin A. *The English Philosophers from Bacon to Mill*. New York: The Modern Library, 1939, p. 36. No original: "The human understanding when it has once adopted an opinion (either is being the received opinion or as being agreeable to itself) draws all things else to support and agree with it. And though there be a greater number and weight of instances to be found on the other side, yet these it either neglects and despises, or else by some distinction sets aside and rejects; in order that by this great and pernicious predetermination the authority of its former conclusions may remain inviolate".

Entre os estudiosos da psicologia, Robert S. Feldman define o viés de confirmação como a "*tendência de priorizar as informações que apoiam uma hipótese inicial e ignorar informações contraditórias que apoiam hipóteses ou soluções alternativas*"[761], e aponta que uma das razões para a sua ocorrência é o fato de que "*repensar um problema que parece já estar resolvido demanda um esforço cognitivo extra*"[762], e, assim, "*tendemos a continuar com a nossa primeira opção*"[763].

Além dessa explicação, pode-se fundamentar a existência do viés confirmatório nas descobertas comportamentais sobre os *custos afundados* ou *gastos a fundo perdido* (*sunk costs*), que podem ser definidos como "*a tendência de se continuar uma atividade na qual já se investiu dinheiro, esforço ou tempo em quantidade relevante*"[764], ainda que se trate de um projeto falido[765]. Basicamente, os seres humanos tendem a rejeitar a ideia de ter desperdiçado tempo, esforço e recursos e, por isso, tendem a buscar "salvar" de qualquer forma o projeto ou a ideia. Nesse contexto, um magistrado que tenha estudado determinado tema para conceder uma decisão provisória (ou para prolatar uma sentença posteriormente anulada por uma questão processual) possui a tendência de tentar confirmar o pronunciamento anterior. Alguns doutrinadores tratam, inclusive, dessa particularidade do viés confirmatório como um desvio cognitivo próprio, chamando-o de *lock-in effect*[766]. No entanto, nesta dissertação, entende-se que não há razões para tratar do tema como um viés cognitivo diverso, sendo, na verdade, mais uma das situações e explicações para a ocorrência do viés confirmatório.

Embora o viés de confirmação já tenha sido abordado na filosofia anteriormente, como, por exemplo, por Francis Bacon, estudos empíricos buscando comprová-lo datam, principalmente, da década de 1960. Nesse sentido, um dos primeiros e seminais estudos sobre

---

[761] FELDMAN, Robert S. *Op. cit.*, p. 253.

[762] Loc. cit.

[763] Loc. cit.

[764] WOLKART, Erik Navarro. *Op. cit.*, p. 430.

[765] *Loc. cit.*: "Considere o leitor duas situações. Imagine primeiro que você tenha programado uma ida ao teatro numa noite de quarta-feira, para assistir a uma peça de seu relativo interesse, sem, todavia, prévia aquisição do ingresso. Poucos minutos antes de sair de casa cai uma tempestade na cidade. De zero a dez, qual seria seu nível de motivação para ir ao teatro? Considere agora que você já tenha adquirido o ingresso da peça, pagando por ele R$ 200,00. Qual seria seu novo nível de motivação? Igual, maior ou menor do que na primeira situação? Um agente racional diria que o nível de motivação é o mesmo, de modo que, se ele decidiu não ir ao teatro por causa da tempestade na situação um, ele também não irá na situação dois. Mas não é isso que ocorre à maioria das pessoas, e talvez não seja isso que ocorreu ao leitor. Em verdade, a maioria relata um nível maior de motivação na segunda situação, exatamente por conta do valor dispendido na compra do ingresso. Essa tendência irracional é conhecida na economia comportamental como a *falácia dos gastos a fundo perdido* (*sunk costs fallacy*), e é a responsável por graves erros decisórios, desde a continuidade de um projeto falido que já consumiu muito investimento até a manutenção de um casamento infeliz, de um emprego ruim ou de um projeto de pesquisa equivocado".

[766] LYNCH, Kevin J. *Op. cit.*

o tema foi realizado por Peter Cathcart Wason e publicado em 1960 sob o título *On the failure to eliminate hypotheses in a conceptual task*[767]. Nesse estudo, Wason buscou demonstrar, empiricamente, que a maioria dos seres humanos, ao tentar confirmar a validade de determinada hipótese, buscam e enxergar apenas as evidências que a corroborem, ficando cegos àquelas que possam falseá-la, sendo que, como se sabe, estas é que deveriam ser utilizadas para comprovar a validade de determinada premissa (tendo em vista que realizar inferências de evidências de confirmação, e não falseando hipóteses alternativas, pode fazer com que se conclua por uma hipótese que também seja compatível com aqueles dados).

O estudo foi realizado da seguinte forma: Wason apresentou uma sequência com os números "2-4-6" a vinte e nove estudantes de psicologia, e os informou que cadeia estava regida por uma regra X, que dizia respeito à relação entre os números, e não ao seu valor absoluto (por exemplo, não é uma regra como "todos os números são inferiores a 50")[768]. O objetivo dos participantes era tentar descobrir qual seria essa regra X.

A regra X, não revelada para os participantes, era simples: tratava-se de uma sequência de três números em ordem ascendente de valor numérico.

Para tentar descobrir qual seria a regra X, os participantes poderiam, então, escrever quaisquer outras sequências de três números e Wason lhes daria um *feedback* sobre se os numerais apresentados pelos participantes também obedeciam àquela regra ou não[769]. Os participantes poderiam escrever (e obter o respetivo *feedback*) quantas sequências fossem necessárias para que chegassem a alguma conclusão sobre qual seria a regra X, mas havia uma instrução no sentido de que apresentassem a sua resposta com o menor número possível de apresentação de cadeias (no entanto, isso deveria ocorrer somente quando os participantes se sentissem confiantes o bastante acerca da correção de sua hipótese).

---

[767] WASON, Paul Cathcart. On the failure to eliminate hypothesis in a conceptual task. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 12:3, 129-140, 1960.

[768] *Ibid.*, p. 131: "The subjects, 29 psychology undergraduates (17 men and 12 women), were examined individually and instructed as follows: 'You will be given three numbers which conform to a simple rule that I have in mind. This rule is concerned with a relation between any three numbers and not with their absolute magnitude, i,e, it is not a rule like all numbers above (or below) 50, etc. Your aim is to discover this rule by writing down sets of three numbers, together with reasons for your choice of them. After you have written down each set, I shall tell you whether your numbers conform to the rule or not, and you can make a note of this outcome on the record sheet provided. There is no time limit but you should try to discover this rule by citing the minimum sets of numbers. Remember that your aim is not simply to find numbers which conform to the rule, but to discover the rule itself. When you feel highly confident that you have discovered it, *and not before*, you are to write it down and tell me what it is. Have you any questions?".

[769] *Ibid.*, p. 130: "In the experiment the concept to be attained is '*three numbers in increasing order of magnitude*. Subjects were told that the three numbers 2, 4, 6, conformed to a simple relational rule and that their task was to discover it by making up successive sets of three numbers, using information given after each set to the effect that the numbers conformed, or did not conform, to the rule".

Ao longo do experimento, Wason percebeu que a maior parte dos participantes apenas escrevia sequências de números que pudessem confirmar a sua hipótese inicial. Por exemplo, participantes que partiam de uma tese inicial de que a regra seria a de que o segundo número seria 2 vezes o primeiro e que o terceiro seria 3 vezes o primeiro, apresentavam sequências compatíveis com essa hipótese (como, por exemplo, 3-6-9 ou 100-200-300). Assim, após apresentarem algumas sequências compatíveis com a própria hipótese, os participantes concluíam, erroneamente, que haviam encontrado a regra X.

Apenas 21% dos participantes (6, de um total de 29) utilizaram um método de exclusão para encontrar a regra X (buscando falsear suas hipóteses iniciais). Assim, apresentavam sequências como 1-47-16 ou 6-4-2 e, caso em algum momento achassem que a regra X poderia ser uma hipótese determinada, em vez de apresentar sequências que seriam com ela compatíveis, apresentavam justamente sequências que não o seriam. Por exemplo, caso entendessem pela mesma regra descrita no parágrafo anterior, de que o segundo número era 2 vezes o primeiro e o terceiro era 3 vezes o primeiro, apresentariam uma sequência como 100-150-200. Se o *feedback* recebido fosse no sentido de que a sequência se enquadrava na regra, então a hipótese seria falsa.

Com esse estudo, Wason buscou demonstrar como a maior parte dos participantes possuía a tendência de buscar apenas evidências confirmatórias de suas hipóteses, e como só enxergavam as alternativas que nela se enquadrassem. Além disso, apresentavam a sua hipótese como certa antes mesmo de tentar falseá-la (de apresentar uma evidência que buscasse comprovar a incorreção da hipótese, e não a sua correção) ou de tentar confirmar teses alternativas, bastando, para terem a suposta certeza de sua correção, a utilização de evidências "confirmatórias".

Intrigado com os resultados e com o impacto do viés de confirmatório no raciocínio humano, Wason realizou outros experimentos. Um deles, já mencionado no segundo capítulo deste estudo, foi o que mencionava a apresentação das quatro cartas, em cujas faces aparentes constava o seguinte: E - C - 5 - 4. Cada uma dessas cartas possui uma letra em uma de suas faces e um número na outra.

Indagados sobre qual(is) carta(s) precisariam virar para confirmar a regra de que "*se uma carta possui uma vogal em uma face, ela possui um número ímpar na outra face*", a maior parte dos participantes afirmou que precisariam ser viradas a primeira (letra E) e a terceira (número 5), e que não haveria necessidade de se virar a quarta carta (número 4). Uma das explicações para esse equívoco por parte dos participantes está no aspecto do viés de

confirmação que indica que os seres humanos buscam evidências que confirmem a sua hipótese (como virar a letra E), mas não buscam aquelas que pudessem falseá-la (virar a letra 4).

Em síntese, o viés de confirmação ocorre porque os indivíduos possuem a tendência de testar a validade de uma hipótese pelo que se convencionou chamar de *estratégia de teste positivo* (*positive test strategy*), ou seja, buscar dados e informações que possam corroborá-la, e não, como deveria ser, pela procura de elementos que pudessem falseá-la. De forma didática, Kahneman leciona que:

> Uma busca deliberada por evidência confirmadora, conhecida como *estratégia de teste positivo* (*positive test strategy*), é também o modo como o Sistema 2 testa uma hipótese. Contrariamente às regras dos filósofos da ciência, que aconselham testar hipóteses tentando refutá-las, as pessoas (e os cientistas, muitas vezes) buscam dados que tenham maior probabilidade de se mostrarem compatíveis com as crenças que possuem no momento[770].

O viés de confirmação também foi objeto de estudos por outros pesquisadores, além de Wason. Um conhecido estudo sobre o viés de confirmação, publicado em 1979, foi realizado por Charles G. Lord, Lee Ross e Mark R. Lepper. Neste caso, os pesquisadores confirmaram a hipótese de que pessoas que possuem um posicionamento firme acerca de determinada questão social complexa tendem a só enxergar evidências e argumentos favoráveis aos seus posicionamentos (os contrários são desacreditados, são tidos com menor importância ou são subjetivos a um maior rigor crítico)[771]. Assim, concluíram que submeter dois grupos que defendem posicionamentos opostos a um dossiê informativo que contenha os prós e contras de cada posição, em vez de torná-los mais ponderados, acaba ampliando a polarização, já que as pessoas não selecionam, interpretam e valoram as evidências e os argumentos com imparcialidade, mas sim de forma a confirmar e reforçar as suas crenças iniciais[772].

Para a realização deste estudo, um total de 151 estudantes preencheram um questionário que incluíam três questionamentos sobre a eficácia da pena de morte na prevenção de crimes. Com base nos dados preenchidos, os pesquisadores selecionaram 48 estudantes (24

---

[770] KAHNEMAN, Daniel. *Op. cit.*, p. 106.

[771] LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1979, vol. 37, nº 11, p. 2098-2109.

[772] *Ibid.*, p. 2098: "People who hold strong opinions on complex social issues are likely to examine relevant empirical evidence in a biased manner. They are apt to accept 'confirming' evidence at face value while subjecting 'discontinuing' evidence to critical evaluation, and as a result to draw undue support for their initial positions from mixed or random empirical findings. Thus, the result of exposing contending factions in a social dispute to an identical body of relevant empirical evidence may be not a narrowing of disagreement but rather an increase in polarization".

a favor da pena de morte, e 24 contrários) para participar do estudo. Os participantes foram instruídos a se sentar em torno de uma mesa e a ler dois estudos selecionados sobre a pena de morte, um favorável e o outro contrário. Em seguida, foram mostrados dez cartões contendo dados empíricos favoráveis ou contrários à pena de morte. Após ler cada cartão, o participante deveria mencionar o quanto aquele dado divulgado mudou a sua atitude com relação à eficácia da pena capital, e qual era o seu grau de posicionamento atual (cumulado) sobre o tema (ambas as perguntas em uma escala de 16 pontos)[773]. Em seguida, era feito o mesmo com relação a ensaios críticos sobre cada estudo.

O resultado foi o de que os participantes avaliaram os dados que confirmavam o seu posicionamento inicial como mais convincentes, adotando uma visão extremamente crítica e negativa diante dos estudos que o refutavam. Assim, ao serem submetidos a uma série de dados favoráveis e contrários à pena de morte, em vez de passarem a adotar uma posição mais ponderada (por reconhecer que haveria argumentos favoráveis e contrários), tornaram-se ainda mais polarizados, tendo em vista que os dados que confirmaram a sua hipótese inicial foram considerados convincentes, e o igual número de dados em sentido contrário foi descartado[774].

Finalmente, deve-se ressaltar que já se testou também como o viés de confirmação funcionaria no Direito.

Em 2005, Ask e Granhag publicaram um estudo em que os participantes (50 policiais que trabalhavam em investigações, com experiência média de 11,9 anos de trabalho) deveriam analisar autos fictícios de uma investigação de homicídio (uma psiquiatra que havia sido assinada) e formar a sua convicção acerca do culpado[775]. No estudo, outros aspectos foram estudados, e houve uma divisão em grupos dos participantes. No entanto, no que interessa à esta dissertação, o importante é perceber o seguinte: aos participantes era apontado, desde o início, um suspeito principal (no apartamento da psiquiatra, junto ao seu corpo, uma mulher fora flagrada - que se defendeu alegando que um homem havia escapado do local após assassinar a vítima). Em determinado momento da investigação (e após os policiais estarem com a convicção direcionada para a suspeita principal), constava que fora descoberta uma testemunha ocular que viu de fato um homem correndo pela rua do apartamento da vítima. Fato é que, de um modo geral, os participantes foram incapazes de atribuir a esta nova evidência qualquer peso na formação de sua opinião. Apenas as evidências anteriormente apresentadas

[773] *Ibid.,* p. 2100.

[774] *Ibid.,* p. 2101 e ss.

[775] ASK, Karl; GRANHAG, Pär Anders. Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, vol. 2, pp. 43-63, 2005.

foram utilizadas. A interpretação dos pesquisadores foi no sentido de que o viés de confirmação induz os investigadores a ignorarem as evidências que possam falsear a sua hipótese inicial quanto à solução do crime. Por isso, os policiais valoraram tão somente as outras evidências que constavam nos autos, e que poderiam incriminar a suspeita principal.

Além disso, em 2010, Rassin, Errland e Kuijpers publicaram um artigo contendo três estudos demonstrando como uma impressão inicial sobre a culpa de um indivíduo pode influenciar todas as medidas investigatórias tomadas a partir daquele momento[776]. Os pesquisadores narraram para os participantes (79 estudantes de Direito) um caso, e eles deveriam indicar se achavam que o suspeito era inocente ou culpado. Em seguida, deveriam selecionar quais medidas investigatórias adicionais eles determinariam que fossem feitas (de uma lista que continha tanto medidas tendentes a confirmar a culpa do suspeito, como outras tendentes a exonerá-lo). Conforme esperado, os participantes que achavam que o suspeito era inocente selecionaram medidas de investigação que confirmassem a sua inocência, e o mesmo ocorreu (inclusive em maior grau) com os estudantes que entenderam inicialmente pela culpa, que determinaram ações investigativas que confirmassem a autoria do crime.

Demonstrado, assim, como o viés confirmatório pode impactar no Direito, resta analisar se isso também ocorre nas decisões judiciais tomadas por juízes togados.

4.9.2 Estudos empíricos sobre o viés de confirmação nas decisões judiciais

Se o viés de confirmação já chama a atenção quando se trata de indivíduos leigos, mais importância ele possui quando se cuida de juízes no exercício da função jurisdicional[777]. Fato é que existem alguns estudos empíricos demonstrando o viés de confirmação em decisões jurisdicionais, havendo, inclusive, uma pesquisa realizada no Brasil.

---

[776] RASSIN, Eric; EERLAND, Anita; KUIJPERS, Ilse. Let's find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, vol. 7, pp. 231-246, 2010.

[777] GOULART, Bianca Bez. *Análise econômica do litígio:* entre acordos e ações judiciais. Salvador: Editora Juspodivm, 2019, p. 154: "Sob a perspectiva do juiz, considerando o papel decisório por ele desempenhado, a possibilidade de sua afetação pelo viés confirmatório é mais inquietante. De início, bem sabemos que os elementos fáticos expostos ao magistrado nunca serão completos ou plenamente realísticos, pois já partem de uma prévia avaliação realizada por terceira pessoa - o advogado, a parte, o promotor de justiça ou a autoridade policial/investigativa. Ao analisar o caso em particular, que é repleto de informações incompletas, o juiz tende a experimentar uma inclinação e escolher, desde logo, o lado que lhe fez mais sentido e que aparentou ser o mais crível. A partir desse momento, ainda que a posição inicial tomada possa estar equivocada diante da escassez de dados disponíveis ou até mesmo devido a contágios de cunho emocional [...], o juiz tende a selecionar as provas e os argumentos que confirmem a sua crença preliminar e afastar tudo que se puser em dissonância com essa opinião".

Iniciando precisamente por esta, tem-se que Ricardo Jacobsen Gloeckner analisou 185 acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgados entre 03/10/2012 e 31/12/2013, buscando isolar a variável da prisão provisória e relacioná-la com a posterior resolução do mérito da causa[778]. Segundo o autor, "*chegou-se à conclusão de que de forma direta ou indireta a prisão processual (como regra geral a prisão em flagrante) foi utilizada como elemento formador de convicção judicial em todos os casos*"[779]. Inclusive, em todos os casos, houve a menção, em pelo menos uma das duas instâncias, à prisão processual nos fundamentos da decisão.

Diante dessa conclusão, o autor sugere uma série de mecanismos para reduzir o viés cognitivo, como: o impedimento do juiz que decide a prisão cautelar para julgar o mérito e a autuação dos elementos das medidas cautelares em apartado dos autos principais, devendo este permanecer com juiz diverso daquele responsável pela instrução (para o magistrado que for julgar o mérito não tenha acesso aos fundamentos da cautelar e não se deixe influenciar)[780].

No exterior, também já foram realizados estudos sobre o viés confirmatório nas decisões judiciais. Por exemplo, em artigo publicado em 2019, Moa Lidén, Minna Gräns e Peter Juslin divulgaram os resultados de um estudo que realizaram com juízes suecos, buscando verificar a ocorrência do viés de confirmação no processo penal[781]. Os referidos pesquisadores realizaram dois experimentos para tentar verificar a hipótese. O primeiro deles foi realizado com 64 juízes suecos (29 homens e 35 mulheres), que, em razão de sua área de atuação, proferem regularmente decisões de prisão preventiva e de juízo de culpa (condenatório ou absolutório). A idade variou entre 32 e 68 anos (com média em 43,93 anos) e o tempo de experiência profissional variou entre 2 e 35 anos (com média de 10,30 anos).

No que interessa a este trabalho, este experimento comparou situações em que as decisões acerca da prisão provisória haviam sido tomadas pelo mesmo juiz da decisão de mérito, com as outras em que os magistrados para cada um desses pronunciamentos eram diversos. O resultado foi o de que, quando a decisão pela prisão preventiva era tomada pelo próprio magistrado do julgamento do mérito, 62,5% dos casos resultaram em condenação. Já nos casos em que o réu era preso preventivamente por outro juiz participante do estudo, o

---

[778] GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Op. cit.*

[779] *Ibid.*, p. 273.

[780] *Ibid.*, p. 283.

[781] LIDÉN, Moa; GRÄNS, Minna; JUSLIN, Peter. Guilty, no doubt: detention provoking confirmation bias in judges' guilt assessments and debiasing techniques. *Psychology, Crime & Law*, 25:3, pp. 219-247, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1068316X.2018.1511790?journalCode=gpcl20>. Acesso em: 06 de outubro de 2019.

percentual de condenação era de 37,37% (e, nestes casos, o réu estava com prisão preventiva decretada de qualquer forma, só que por um colega).

Interessa mencionar que o estudo do viés de confirmação no sistema criminal sueco foi objeto da tese de doutorado de Moa Lidén na Universidade de Uppsala, defendida em 2018, e esta contou com experimentos realizados em policiais, promotores e juízes, todos eles com resultados positivos para a hipótese de existência do referido desvio cognitivo[782].

Mas esses não foram os únicos estudos. Em 2012, Bernd Schünemann, Professor Catedrático da Ludwig Maximilians Universität, em Munique, e sabidamente um dos maiores penalistas da atualidade, realizou um estudo empírico na Alemanha buscando verificar se o inquérito e a apreciação fática feita pelo Ministério Público vinculam o magistrado no Processo Penal Alemão[783]. Neste caso, não se tratava de verificar o viés confirmatório diante de uma decisão anterior do próprio juiz, mas da convicção inicial que ele formava de determinado caso a partir da leitura do inquérito e da visão do Ministério Público (MP). O autor realizou um experimento para cada uma dessas ideias (primeiro a vinculação ao inquérito e, depois, a influência pela visão do MP).

Com relação ao inquérito Schünemann testou quatro hipóteses: (a) a de que o juiz condena mais frequentemente quando possui conhecimento do conteúdo do inquérito antes da audiência de instrução e julgamento (AIJ), tendo em vista que a busca e seleção das provas estaria enviesada; (b) a de que ele comete mais erros de retenção de informações que não se conjugam com o teor do inquérito quando possui acesso a ele do que quando não possui; (c) a de que haverá uma redução quantitativa de erros se ele não tiver acesso aos autos do inquérito; (d) a de que haverá mais perguntas formuladas na AIJ quando o juiz tiver acesso aos autos da referida investigação. Os autos utilizados foram retirados de um processo criminal real, e participaram da pesquisa 58 juízes criminais e membros do Ministério Público, aleatoriamente selecionados em todo o território alemão.

Os resultados foram os seguintes. Com relação à primeira hipótese, os 17 magistrados que tiveram acesso ao inquérito condenaram, enquanto, dos que não tiveram, 8 condenaram e 10 absolveram. Com relação à segunda hipótese, os magistrados com conhecimento do inquérito se recordaram do relato das testemunhas em 6,59 perguntas, de um

[782] LIDÉN, Moa. *Confirmation Bias in Criminal Cases.* Tese (Doutorado) apresentada à Universidade de Uppsala, sob orientação do Professor Steven Penrod. 284 fls. Uppsala: Department of Law, Uppsala University, 2018.

[783] SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, vol. 11, setembro/dezembro 2012.

total de 11; enquanto os sem o acesso se recordaram em média de 7,69. Quanto à terceira proposição, Schünemann analisou inicialmente os casos de magistrados que não tinham a possibilidade de fazer as suas próprias perguntas às testemunhas, e eles lembraram apenas de 6,33 respostas corretas quanto aos relatos; enquanto aqueles que poderiam fazê-lo recordaram-se de 8,65. No entanto, o grupo com a melhor média foi o que, além de poder fazer as suas próprias perguntas, não conhecia o inquérito, tendo sentenciado a favor da absolvição, pois estes acertaram 9,25 dos relatos. Por fim, os juízes com acesso ao inquérito realmente formularam mais perguntas na AIJ a fim de confirmar suas impressões iniciais.

Em um segundo experimento, Schünemann dividiu os membros do MP e os magistrados para testar se o oferecimento da denúncia pelos promotores vinculava psicologicamente o juiz quanto ao seu recebimento. Para fazer o teste, o pesquisador submeteu os membros do MP a uma decisão sobre oferecer ou não uma denúncia, e, no caso narrado, 6 decidiram positivamente e 19 negativamente (demonstrando que, mesmo para o MP, aparentemente, não parecia caso de oferecimento da denúncia). Em seguida, no grupo formado com magistrados, Schünemann afirmou que a denúncia havia sido oferecida, e pediu aos juízes que decidissem quanto ao seu recebimento. 23 receberam a denúncia e 18 não a receberam, demonstrando que o simples fato de achar que um membro do MP analisou o caso anteriormente e optou pelo oferecimento faz com que os magistrados estejam mais tendentes ao recebimento do que à negativa.

Com esses dois experimentos, Bernd Schünemann pretendeu demonstrar que a impressão inicial que o juiz forma de determinado caso, geralmente obtida a partir da leitura do inquérito ou da denúncia oferecida pelo Ministério Público, influencia sensivelmente seu comportamento na decisão de recebimento da denúncia, na audiência de instrução e julgamento (em busca da confirmação dessa impressão) e também na decisão final de mérito.

Em um estudo semelhante, que buscava, assim, verificar a influência do posicionamento de órgãos anteriores (como a polícia e o MP) no comportamento posterior do magistrado, que provavelmente formava a sua impressão inicial a partir desses dados, Mandeep K. Dhami analisou o julgamento quanto à fixação de fiança por colegiados de duas cortes de Londres por quatro meses (55 juízes compunham a primeira corte, com experiência média de 10,1 anos; e 56 juízes a segunda, com a média de 9,5 anos na magistratura)[784]. O resultado foi

[784] DHAMI, Mandeep K. Psychological models of professional decision making. *Psychological Science*, vol. 14, no. 2, pp. 175-180, 2003.

o de que a principal variável nesta decisão era o posicionamento anterior de outros órgãos a respeito do tema, seja da polícia, do MP ou de eventual decisão judicial anterior.

Com todos esses estudos, não parece haver dúvida de que o viés de confirmação impacta significativamente nas decisões judiciais.

4.9.3 Questões jurídicas ao viés de confirmação

4.9.3.1 O juiz que preside a audiência de custódia deve julgar o mérito?

A audiência de custódia é o instrumento utilizado para que a pessoa que for presa em flagrante seja levada, sem demora (no prazo de 24 horas, ou, desde que devidamente justificado, em até 72 horas) a um juiz que possa decidir sobre a prisão[785].

A inserção das audiências de custódia no Direito brasileiro é recente, e é fruto do reconhecimento da aplicabilidade do art. 9º, "3", do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP)[786] e do art. 7º, "5" da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de *San José da Costa Rica*)[787]. O histórico das audiências de custódia no Brasil iniciou-se em São Paulo, por meio de parceria do CNJ com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), o que deu origem ao Provimento Conjunto 03/2015[788]. Não tardou até que a novidade fosse questionada no Supremo Tribunal Federal (STF) pela Associação dos Delegados de Política do Brasil (ADEPOL), que propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5240. No entanto, o STF não apenas reconheceu a validade das

---

[785] ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.*, p. 451: "Qualquer pessoa que for presa em flagrante ou por mandado de prisão deve ser apresentada obrigatoriamente à autoridade judicial competente (para conhecer da pretensão acusatória) no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sem interrupção por feriados, finais de semana ou recesso, com as exceções regulamentadas. Não realizada a audiência de custódia a prisão será ilegal, embora tenha prevalecido que somente será ilegal onde estiver em pleno funcionamento o sistema; nos demais permanece a lógica de análise documental. Aceita-se, diante das contingências do país, possa a audiência ser realizada em prazo superior ao de 24 (vinte e quatro) horas, desde que devidamente justificada, no limite de 72 (setenta e duas) horas. A audiência de custódia se inscreve no marco do reconhecimento da efetividade da convencionalidade em território brasileiro, ainda que com a resistência de parcela da magistratura. É um caminho sem volta, embora alguns se neguem a cumprir".

[786] PIDCP. Artigo 9, "3": "Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. [...]".

[787] CADH. Artigo 7º, "5": "Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. [...]".

[788] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiências de Custódia: Histórico.* Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

audiências de custódia, em razão de a Convenção Americana de Direitos Humanos ter *status* supralegal, como também recomendou a adoção da referida prática por todos os tribunais do País[789]. No julgamento da medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, no qual o STF reconheceu que o sistema penitenciário brasileiro vive um *Estado de Coisas Inconstitucional*[790], o Tribunal igualmente determinou que as audiências de custódia são de observância obrigatória por todos os demais tribunais do País, que deveriam implementá-la no prazo de até 90 (noventa) dias[791].

Diante desse contexto, o CNJ editou a Resolução 213/2015 dispondo sobre as Audiências de Custódia, bem como os Protocolos I (Procedimentos para a aplicação e o acompanhamento de medidas cautelares diversas da prisão para custodiados apresentados nas audiências de custódia) e II (Procedimentos para a oitiva, registro e encaminhamento de denúncias de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes).

A questão que interessa a este trabalho é a seguinte: quando o CNJ regulamentou o tema por meio da Resolução 213/2015, deixou a critério de cada tribunal definir quem seria a autoridade judiciária competente para a realização da audiência de custódia[792].

---

[789] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016: "AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu artigo 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". [...] 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país".

[790] O conceito de *Estado de Coisas Inconstitucional* foi desenvolvido pela Corte Constitucional Colombiana no julgamento da *Sentença de Unificación* (SU) 559, de 1997. Posteriormente, a mesma Corte reconheceria o *Estado de Coisas Inconstitucional* na *Sentencia T* 025, de 2004. Basicamente, o reconhecimento desse estado depende da presença de três requisitos: (a) a constatação de uma violação massiva, sistemática, contínua e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas; (b) a omissão reiterada e persistente das autoridades públicas em sanar esse problema; (c) quando a superação do problema não envolver apenas um órgão específico, mas depender de alterações estruturais. Para aprofundamento sobre o tema, sugere-se a consulta à principal obra brasileira sobre o assunto, escrita pelo Professor Carlos Alexandre de Azevedo Campos, como resultado de sua Tese de Doutorado em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019).

[791] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016: "CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. [...] AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão".

[792] BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 213/2015*. DJe/CNJ nº 1, de 08/01/2016, p. 2-13. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020: "Art. 1º. §2º Entende-se por autoridade judicial competente aquela assim disposta pelas leis de organização judiciária locais,

A título exemplificativo, o tema foi disciplinado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJRJ) pela Resolução 29/2015, optando por criar Centrais de Audiência de Custódia (CEAC's) em locais do Sistema Carcerário onde haja ingresso de presos, e a pessoa presa em flagrante delito passa a ser apresentada, sem demora, ao juiz com atribuição junto aos CEAC's[793]. A designação de um juiz para atuar perante as CEAC's (por quatro meses, podendo haver reconduções) é feita pelo Presidente do Tribunal de Justiça, dando-se preferência aos juízes com experiência em matéria penal e àqueles que tenham participado de curso de capacitação específico ministrado pela EMERJ[794]. Desse modo, a atuação perante as CEAC's não integra as atribuições ordinárias do magistrado com competência criminal, tratando-se de uma designação à parte. Significa dizer que o magistrado que realizou a audiência de custódia muito provavelmente não será o mesmo juiz que decidirá o mérito do processo, salvo se cumular essa atribuição com uma Vara Criminal, quando pode acabar julgando o mérito de um caso no qual realizou a audiência de apresentação.

No entanto, é preciso que se diga que, com relação aos plantões realizados em finais de semana, o Ato Normativo Conjunto 01/2020, assinado pela Presidência do TJ/RJ e pela Corregedoria Geral da Justiça; e depois o Ato Executivo 41/2020, determinaram que os juízes de determinada região realizem as audiências e custódia em sistema de rodízio (sem prejuízo das funções ordinárias). Neste caso, também, em alguns casos, pode ocorrer a coincidência de o mesmo magistrado presidir a audiência de custódia e julgar o mérito, embora isso não deva acontecer com frequência, em razão de um alto número de juízes participando do revezamento.

No Tribunal Regional Federal da 2ª Região (RJ/ES), as audiências de custódia foram disciplinadas pela Resolução TRF2-RSP-2015/00031, de 18 de dezembro de 2015 e, em

---

ou, salvo omissão, definida por ato normativo do Tribunal de Justiça, Tribunal de Justiça Militar, Tribunal Regional Federal, Tribunal Regional Eleitoral ou do Superior Tribunal Militar que instituir as audiências de apresentação, incluído o juiz plantonista".

[793] BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução 29/2015* (texto consolidado). DJERJ, ADM, n. 8, de 11/09/2015, p. 20. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=189337&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020: "Art. 1º. Parágrafo único. O Presidente poderá instalar Centrais de Audiência de Custódia, em locais do Sistema Carcerário, onde haja ingresso de presos, que passarão a ser denominadas CEAC's. Art. 2º Toda pessoa presa em flagrante delito será apresentada, sem demora, ao juiz com atribuição junto aos CEAC's, a fim de permitir a realização de audiência de custódia".

[794] *Loc. cit.*: "Art. 9º - Caberá ao Presidente do Tribunal de Justiça designar aos Juízes de Direito que atuarão nas Centrais de Audiência de Custódia, com ou sem afastamento de suas funções, recaindo a escolha, preferencialmente, dentre os que preencham os seguintes requisitos: I - Juízes com atribuição, há pelo menos 6 (seis) meses, junto aos juízos de competência criminal e de execução penal; II - Juízes que tenham participação regular em curso de capacitação específico ministrado pela EMERJ [...] § 2º A designação de que trata o caput terá a duração de 4 (quatro) meses, podendo haver a recondução, a critério da Presidência".

um primeiro momento, funcionava da seguinte forma: criou-se, na Capital (Seção Judiciária do Rio de Janeiro), a Central de Audiências de Custódia - CAC, que ficaria responsável por realizar todas as audiências de custódia concernentes a fatos de competência das Varas Federais da Capital (e não das demais Subseções Judiciárias)[795]. Ainda que a CAC funcione por meio de rodízio dos próprios magistrados integrantes das Varas Federais Criminais da Capital (em um momento inicial) e também dos de Niterói (com a alteração promovida pela Resolução TRF2-RSP-2018/00043, de 18 de setembro de 2018), percebe-se que o magistrado que realiza a audiência de custódia geralmente não será o mesmo que analisará o mérito do processo (salvo se houver, de fato, uma coincidência). No entanto, as Subseções Judiciárias do interior não funcionavam assim, e quem realizava as audiências de custódia era o mesmo juiz que detinha a competência criminal, responsável por analisar o mérito do processo posteriormente[796].

O problema foi mitigado com a edição da Resolução TRF2-RSP-2018/00043, de 18 de setembro de 2018, que passou a determinar que o CAC funcione também para as audiências de custódia de fatos relativos, não apenas à Capital, mas também à São João de Meriti, Magé, São Gonçalo, Niterói, São Pedro da Aldeia, Itaboraí, Teresópolis, Nova Friburgo, Petrópolis, Três Rios e Angra dos Reis[797]. De todo modo, nas Subseções não contempladas pelo dispositivo, o magistrado competente para a audiência de custódia continua a ser aquele com atribuição para decidir o mérito ao final do processo[798].

---

[795] BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Resolução TRF2-RSP-2015/00031, de 18 de dezembro de 2015* (redação original). Publicação - eDJF2R-TRF2, Adm., 23/12/2015 - Disponibilização: 22/12/2015, p. 9. Disponível em: <http://www7.trf2.jus.br/sophia_web/index.asp?codigo_sophia=99055>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020: "Art. 7º Fica criada na Sede da Seção Judiciária do Rio de Janeiro a Central de Audiências de Custódia - CAC -, que terá competência para a análise de autos de prisão em flagrante e para a realização das audiências de custódia, concernentes a fatos de competência das Varas Federais da Seção Judiciária da Capital do Estado".

[796] *Loc. cit.*: "Art. 7º. Parágrafo único. As audiências de custódia nas subseções judiciárias do Rio de Janeiro serão realizadas pelas Varas Federais respectivamente competentes para a apreciação da prisão em flagrante".

[797] BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Resolução TRF2-RSP-2018/00043, de 18 de setembro de 2018* (altera a Resolução TRF2-RSP-2015/00031, de 18 de dezembro de 2015). Publicação - eDJF2R-TRF2, Adm., 25/09/2018 - Disponibilização; 24/09/2018, p. 2. Disponível em: <http://www7.trf2.jus.br/sophia_web/index.asp?codigo_sophia=116287>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020: " Art. 7º. Fica criada na Sede da Seção Judiciária do Rio de Janeiro a Central de Audiências de Custódia - CAC -, que terá competência para a análise dos autos de prisão em flagrante e para a realização das audiências de custódia concernentes a fatos de competência das Varas Federais das Subseções da Capital e de São João de Meriti, Magé, São Gonçalo, Niterói, São Pedro da Aldeia, Itaboraí, Teresópolis, Nova Friburgo, Petrópolis, Três Rios e Angra dos Reis, bem como para apreciação de cartas precatórias expedidas por Juízos de outras Subseções Judiciárias para realização de Audiência de Custódia em Prisão Preventiva e em Prisão Temporária".

[798] *Loc. cit.*: Art. 7º. §2º As audiências de custódia nas demais subseções judiciárias do Rio de Janeiro serão realizadas pelas Varas Federais respectivamente competentes para a apreciação da prisão em flagrante, observado o seguinte: [...]".

Conforme se notou, no TJ/RJ e no TRF-2, ainda existem alguns casos em que o juiz que julga o mérito é o mesmo que decidiu na audiência de custódia. No entanto, essa situação está progressivamente sendo resolvida. No entanto, em outros tribunais, a situação não é positiva. A título de exemplo, no TRF da 3ª Região, a Resolução Conjunta PRES/CORE nº 2/2016, que disciplina as audiências de custódia, prevê a sua realização em todas as subseções judiciárias, sem haver qualquer espécie de central ou atribuição específica, havendo simples distribuição (por sorteio ou prevenção), de modo que, em grande parte dos casos, o magistrado da audiência acabará sendo o mesmo que julga o mérito do processo. O mesmo ocorre no TRF da 4ª Região, conforme a Resolução Conjunta nº 01/2016; no TRF da 5ª Região, conforme a Resolução 04/2016; e no TRF da 1ª Região, nos termos da Resolução PRESI nº 18/2016.

No âmbito dos Tribunais de Justiça, o procedimento varia conforme o Estado.

Fato é que, em 1989, ao julgar o caso *Hauschildt v. Denmark*, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) decidiu que, por ter sido julgado pelo mesmo magistrado que já havia decidido reiteradas vezes por sua prisão preventiva, Hauschildt sofreu uma violação ao seu direito ao devido processo legal. Entendeu-se, na ocasião, que ele havia sido julgado por um juiz parcial, e a imparcialidade judicial é uma decorrência do direito a um processo justo. Além disso, nos estudos mencionados no capítulo anterior - em especial o de Moa Lidén, Minna Gräns e Peter Juslin -, comprovou-se que a decretação da prisão preventiva e a decisão de mérito pelo mesmo juiz pode influenciar no percentual de condenação final dos réus. Por isso, recomenda-se que os demais tribunais do País passem a adotar, progressivamente, a separação funcional de competência para a audiência de custódia e para a decisão de mérito, conforme vem fazendo (embora ainda não de forma integral) o TJ/RJ e o TRF da 2ª Região.

4.9.3.2 As cautelares penais na fase investigatória e o juiz de garantias

Esta questão é bastante relacionada com a analisada no tópico anterior, pois, em razão do viés confirmatório, entende-se que o juízo que decreta medidas cautelares na fase investigatória (em que o objetivo, na prática - embora isto seja criticável -, normalmente é encontrar o maior número de indícios da prática de um crime) fica sugestionado para a análise do mérito da ação penal propriamente dita.

Como se sabe, o sistema processual penal brasileiro sempre funcionou de forma que o mesmo magistrado execute ambas as funções. Aliás, aqui, encontra-se um agravante com relação à questão da audiência de custódia. É que, ao menos até a presente data, o Código de

Processo Penal (CPP), em seu art. 83, fixa a prevenção para o juízo que tiver proferido qualquer ato com conteúdo decisório, inclusive anterior ao oferecimento da denúncia ou queixa[799]. O sistema funcionará deste modo ao menos até que o trecho relativo ao juiz de garantias da Lei nº 13.964/2019 entre em vigor. Com esse sistema, haverá um juiz específico para funcionar na fase investigatória, e outro para realizar a instrução processual e decidir o mérito.

Como se sabe, apesar da aprovação e sanção da referida lei, houve ao menos duas decisões judiciais polêmicas de Ministros do STF sobre o tema. Pela primeira, proferida pelo Min. Dias Toffoli nas ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305[800] na condição de Presidente durante o recesso forense, a implementação desse novo sistema foi postergada por 180 (cento e oitenta) dias. Pela segunda, em vigor no momento de conclusão desta dissertação, o Min. Luiz Fux, na condição de relator das referidas ações, o sistema foi suspenso indefinidamente, até que o colegiado delibere sobre a questão[801].

O sistema ainda vigente, no qual o mesmo magistrado responsável pelas decisões na fase pré-processual julga o mérito do processo, tem sido criticado por diversos doutrinadores, que, há tempos, defendiam a implementação de um modelo de juiz de garantias[802]. Sem adentrar na problemática do tempo que será necessário para o Poder Judiciário se aparelhar e se adaptar ao novo sistema, fato é que, ao menos com relação à questão do viés confirmatório, a mudança representará uma mudança bastante positiva.

---

[799] BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020: "Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3º, 71, 72, § 2º, e 78, II, *c*)".

[800] A íntegra da decisão pode ser encontrada em: <https://www.conjur.com.br/dl/liminar-suspende-implantacao-juiz.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

[801] A íntegra da decisão pode ser encontrada em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/01/adi-6305-6300-6299-6298-1.pdf>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

[802] ROSA, Alexandre Morais da. *Op. cit.*, p. 498: "[...] o cenário mais grave e recorrente no processo penal é a contaminação decorrente da prática de diversos atos (pior ainda quando *ex officio*) na fase pré-processual. Infelizmente, no Brasil, a prevenção é causa de fixação da competência, quando o Tribunal Europeu de Direitos Humanos vem (há décadas) afirmando que o juiz prevento é juiz contaminado, que não pode julgar. É, por tudo isso, que precisamos lutar para que, na reforma do CPP, seja implantada a (mal) denominada figura do juiz das garantias, separando o juiz que participa da investigação daquele que irá julgar o processo. Melhor andará o Poder Legislativo, até para romper com o estigma, se trocar o nome para 'juiz da investigação' (que não tem qualquer semelhança com o famigerado 'juiz de instrução'). Portanto, o juiz criminal - para efetivamente ser juiz e, portanto, imparcial - deve conhecer do caso penal originariamente no processo. Deve formar a sua convicção pela prova colhida originariamente no contraditório judicial, sem pré-juízos e pré-cognições acerca do objeto do processo. Do contrário, a seguir-se com a prática atual, o processo acaba sendo um mero golpe de cena, com um juiz que já formou sua imagem mental sobre o caso e que entra na instrução apenas para confirmar as hipóteses previamente estabelecidas pela acusação e tomadas por verdadeiras por ele, juiz, tanto que decretou a busca e apreensão, a interceptação telefônica, a prisão preventiva, etc., e, ainda, recebeu a denúncia. A instrução é apenas confirmatória e simbólica de uma decisão previamente tomada".

4.9.3.3 As cautelares cíveis e a decisão de mérito

É importante que se destaque que tudo o que foi mencionado anteriormente para as cautelares penais ou para a decisão na audiência de custódia também se aplica no âmbito dos processos cíveis, com relação às decisões de tutela provisória[803]. Além disso, é preciso que se ressalte que o que foi dito sobre a ocorrência do viés de confirmação em razão da *falácia dos custos a fundo perdido* ou *custos afundados*, que muitos autores tratam como um viés específico (o *lock-in effect*) se aplica para todas as decisões cautelares, tanto as penais como as cíveis, especialmente quando a liminar inicialmente concedida, apesar de o ter sido sem contraditório, tiver demandado algum esforço cognitivo. Nos dizeres de Kevin J. Lynch, que escreveu um artigo sobre este aspecto do viés de confirmação (o *lock-in effect*) no Direito norte-americano:

> Em termos gerais, este artigo emprega o termo *lock-in* para descrever uma situação em que um tomador de decisão chega a uma decisão inicial sobre um problema, o que demandou uma alocação de recursos, e, posteriormente, a revisita. O *lock-in effect* refere-se ao fato de que é menos provável que o agente mude a sua decisão, mesmo à luz de novas informações ou após mais tempo para reflexão, do que teria ocorrido se nunca tivessem sido solicitados a tomar a decisão inicial. O *lock-in* ocorre devido à tendência de justificar a alocação inicial de recursos, o que é feito com a confirmação de que a decisão inicial estava correta. A situação mais provável para o *lock-in* ocorrer seria quando uma mudança na decisão durante essa revisão posterior implicasse que a alocação anterior de recursos não foi o melhor curso de ação (tradução livre)[804].

Por tudo isso, Nunes, Silva e Pedron arrematam que:

> Após ter gasto tempo e recursos na análise do caso em sede liminar, de modo a avaliar a existência de requisitos autorizadores da concessão de medidas de urgência ou tutelas de evidência, o juiz deverá revisitar, quando da prolação da sentença, a decisão proferida anteriormente. E o viés de trancamento, associado ao viés de confirmação,

---

[803] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, pp. 89-90: "Observa-se a influência do viés de confirmação quando o magistrado se vincula à decisão liminar proferida, analisando todas as demais provas e evidências do processo sob o prisma da conclusão jurídica adotada inicialmente, atribuindo maior ou menor representatividade às provas conforme contribuam para sua ratificação, inabilitando o princípio da imparcialidade".

[804] LYNCH, Kevin J. *Op. cit.*, p. 783. No original: "Stated generally, this Article employs the term 'lock-in' to describe a situation where a decision maker reaches an initial decision on an issue, which leads to some allocation of resources, and then revisits that decision later. The lock-in effect refers to the extent that the decision maker is less likely to change her decision, even in light of new information or after more time for reflection, than she would have been if she never were asked to make the initial decision. Lock-in occurs because of the tendency to want to justify the initial allocation of resources by confirming that the initial decision was correct. The most likely situation for lock-in to occur is when a change in the decision upon later review would imply that the earlier allocation of resources was not the best course of action".

> exercerá coerção cognitiva de modo a favorecer uma confirmação da decisão liminar concedida[805].

Considerando que o magistrado que proferiu a decisão da tutela provisória possui uma tendência maior a confirmá-la do que a rejeitá-la no momento de decidir o mérito, autores como Eduardo José da Fonseca Costa ressaltam que essas decisões não deveriam ser tomadas pelo mesmo magistrado (ao contrário do que ocorre no Direito pátrio)[806]. Como essa mudança não é simples e demanda uma alteração estrutural no Poder Judiciário, não se defende que seja feita sem planejamento. No entanto, convém, de fato, que o tema seja ao menos estudado para que se analise a viabilidade de implementar a sugestão do referido processualista.

4.9.3.4 Viés de confirmação e decisões anuladas ou rescindidas

No direito processual brasileiro, quando uma sentença é anulada, é comum que o mesmo magistrado que prolatou a primeira decisão pronuncie-se novamente sobre o tema. Pelo que já se expôs acerca do viés de confirmação, não há dúvidas que há uma tendência de a nova decisão confirmar a primeira. Como pontua Bianca Bez Goulart: *"[...] diante da tendência das pessoas de buscarem dados, informações e argumentos que confirmem sua posição ou crença inicial, ainda que de forma inconsciente, também não é recomendado que o juiz da sentença anulada ou nula reaprecie a demanda judicial"*[807].

O mesmo posicionamento é defendido por Eduardo José da Fonseca Costa, para quem "*o juiz da sentença anulada ou nulificada não pode reapreciar a causa*"[808]. O autor cita, inclusive, precedente da Segunda Sala do Tribunal Supremo na Espanha que decidiu que o novo julgamento deve ser necessariamente realizado por magistrados que não participaram do que foi anulado[809]. O mesmo ocorre com a Súmula 252 do STF, pela qual "*Inexiste impedimento do relator do feito originário para atuar como revisor da respectiva ação rescisória*". Costa critica o conteúdo da referida súmula, diante da possibilidade de ocorrência do viés confirmatório[810].

---

[805] NUNES, Dierle; SILVA, Natanael Lud Santos e; PEDRON, Flávio Quinaud. *Op. cit.*, p. 97.
[806] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, pp. 160-161.
[807] GOULART, Bianca Bez. *Op. cit.*, p. 157.
[808] COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Op. cit.*, p. 159.
[809] *Loc. cit.*
[810] *Ibid.*, p. 161.

A rigor, trata-se de terreno próprio ao que se mencionou como *lock-in effect*, em razão dos custos a fundo perdido (que geralmente são maiores para proferir uma sentença do que uma tutela provisória). Por isso, o ideal é que haja uma reforma processual para que, com a anulação de uma sentença, o juiz que a proferiu fique impedido de proferir a nova decisão.

4.9.4 Possíveis soluções para eliminar ou mitigar o problema

As soluções para o viés confirmatório dividem-se em dois tipos: aquelas voltadas ao comportamento do próprio magistrado; e as outras que procuram modificar a estrutura processual ou decisória.

Com relação ao primeiro tipo de remédio, é possível a redução da incidência do viés de confirmação por meio de uma estratégia na qual o agente, de forma consciente e ativa, busca evidências que comprovem outras alternativas, que não a inicialmente pensada[811]. Dessa forma, os agentes públicos devem, conscientemente, buscar também provas para as versões que não aquela que eles acreditem como correta - o mesmo valendo para o juiz, que deve procurar, nos autos, indícios confirmatórios de perspectivas alternativas do problema.

Além disso, pode-se adotar a solução relativa à técnica do falseamento, que nada mais é do que a atuação contraintuitiva (fazer o papel de "advogado do diabo"), já analisada no Capítulo anterior como medida que mitiga os vieses em geral. Ou seja, quando o magistrado começar a formar a sua convicção em determinada direção, em vez de tentar buscar todas as evidências que possam confirmar o seu acerto, deve-se tentar encontrar aquelas que possam falseá-la, demonstrando, assim, que ela estava equivocada. Apenas passando nesse teste é que se deve iniciar a busca por evidências meramente confirmatórias.

Com relação à segunda espécie das técnicas de *debiasing* do viés confirmatório (a alteração na estrutura decisória, como medida de *insulating*), deve-se ressaltar que elas são

---

[811] GOULART, Bianca Bez. *Op. cit.*, pp. 162-163: "Em relação ao viés confirmatório, como mencionado em momento anterior, é recomendável que os órgãos judiciários, os advogados, os promotores de justiça e até mesmo as próprias partes desconfiem de suas crenças iniciais. Esse é o hábito a ser criado, qual seja, desconfiar de posicionamentos primários e de preconcepções, no intuito de que se reflita e se amplie a visão do cenário posto e das escolhas a serem tomadas [...]. Basta recordar os cavalos que andam à beira da estrada, cujos olhos estão parcialmente vendados por um acessório chamado antolhos. O objetivo desse equipamento é justamente forçar o cavalo a olhar apenas para a frente, evitando que o animal perceba o que se passa aos lados e eventualmente se assuste. O viés confirmatório interage dessa mesma forma com a mente humana, fazendo-a observar apenas aquelas informações que corroborem as concepções primárias, enquanto diversos e importantes dados vão passando despercebidos ou, quando notados, terminam ignorados. Tomar consciência da existência desse viés cognitivo, portanto, é o ponto de partida para a retirada dos antolhos e, por corolário, permitir que outros elementos cruzem a estrada da reflexão".

as mais eficazes. Diversas delas já foram analisadas nos tópicos anteriores, e incluem: a adoção do juiz de garantias; evitar que o juiz que proferiu a sentença anulada julgue novamente o caso; impedir que os magistrados que julgaram a decisão rescindida atuem na ação rescisória; ao menos repensar se o mesmo magistrado responsável pela tutela provisória cível deve, de fato, decidir o mérito (quanto a este ponto, entende-se que, em razão dos custos e da eficiência, o tema deve ser ponderado com alguma cautela); e que o juiz que preside a audiência de custódia jamais seja o mesmo magistrado que irá proferir a decisão de mérito ao final do processo.

Esses são apenas alguns exemplos de medidas que podem ser adotadas para mitigar os efeitos nocivos do viés confirmatório, e adotando-os em conjunto com as técnicas de falseamento e de busca de evidências por versões alternativas, esses mecanismos provavelmente produzirão resultados positivos.

4.10 Conclusão

Neste Capítulo, foram estudados, como vieses cognitivos ou efeitos correlatos: o esgotamento do ego, a ancoragem, o viés retrospectivo, o efeito halo, o viés de grupo, o efeito colegiado, o efeito do enquadramento e o viés confirmatório. Esse estudo incluiu a apresentação do conceito e dos estudos gerais sobre cada um dos desvios, além de pesquisas realizadas primordialmente em magistrados (em alguns casos, foram apresentados também estudos realizados em júris simulados). Seguiu-se com os problemas jurídicos mais relevantes com relação a essas ilusões, e a apresentação de algumas possíveis soluções para cada uma delas. Reconhece-se que algumas dessas soluções demandam reformas estruturais ou legislativas. No entanto, outras são mais simples, bastando mudanças comportamentais do próprio magistrado ou dos demais sujeitos processuais, podendo ser implementadas desde já.

De todo modo, espera-se que, com essa abordagem abrangente acerca dos desvios cognitivos em espécie e dos diversos problemas jurídicos que eles podem causar, tenha-se consciência da relevância do tema para o Direito, algo que, embora já percebido alhures, ainda tem sido um fenômeno incipiente no Brasil.

CONCLUSÃO: OS JUÍZES COMO SERES HUMANOS

Existe uma ideia subjacente às teorias normativas da decisão, que também está impregnada no cotidiano forense, de que os juízes decidiriam com base exclusivamente na razão, e de que fatores extrajurídicos estariam excluídos desse processo. No presente estudo, buscou-se demonstrar que, com exceção de alguns autores representativos do movimento conhecido como realismo jurídico norte-americano, a premissa de racionalidade na tomada de decisão judicial tem sido uma constante nas obras sobre hermenêutica jurídica. A ideia não resiste, contudo, às descobertas das ciências cognitivas que vêm se avolumando desde a década de 1970. Por isso, são irreparáveis as conclusões de Alexandre Morais da Rosa e Paola Bianchi Wojciechowski no sentido de que, atualmente, é "*impossível se pensar em uma teoria da decisão judicial que não se socorra do vasto conhecimento produzido na área das ciências cognitivas, sobretudo pelos pesquisadores das teorias do processo dual*"[812].

Juízes são, final, seres humanos. Nessa linha, após extenso trabalho empírico para comprovar suas alegações, concluem Guthrie, Rachlinski e Wistrich que: "*Os juízes, ao que parece, são humanos. Como o resto de nós, o julgamento deles é afetado por ilusões cognitivas que podem produzir erros sistemáticos no julgamento" (tradução livre*)[813].

Deve-se, enfim, acordar do sonho da racionalidade judicial absoluta, tendo em vista que essa circunstância pode obnubilar a ocorrência de vieses na tomada de decisão por parte dos magistrados, impedindo, assim, justamente a forma pela qual, racionalmente, eles poderiam evitar o viés. Por isso o conhecimento do tema pelos juízes é fundamental.

Em consonância com este desiderato, este trabalho demonstrou, na introdução (Capítulo 1), como a pressuposição da racionalidade ainda está constantemente presente na doutrina jurídica e como isso está em descompasso com os avanços em outras áreas do conhecimento, como a psicologia e as ciências comportamentais em geral.

No Capítulo 2, apresentou-se todo o marco teórico do trabalho, incluindo as diversas construções científicas que, apesar de complexas, são essenciais à compreensão deste tema. Introduziu-se falando da distinção entre o contexto de descoberta e o de justificação (tema ainda pouco abordado pelos juristas, especialmente os brasileiros), seguindo-se de alguns temas

---

[812] WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Vieses da justiça: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 17.

[813] GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI , Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, vol. 86, n. 4, may 2001, p. 778. No original: "*Judges, it seems, are human. Like the rest of us, their judgment is affected by cognitive illusions that can produce systematic errors in judgment*".

estudados sobre o comportamento judicial no Brasil e no exterior e, adentrando, finalmente, nos estudos acerca da racionalidade humana, desde os seus primórdios até a sua abordagem pela análise econômico-comportamental do Direito. Por fim, este Capítulo tratou da teoria do sistema dual de julgamento e de tomada de decisão, na psicologia, na neurociência, e no Direito. Os seres humanos efetivamente possuem duas formas de pensar: uma mais intuitiva e outra mais elaborada, e isso impacta em todas as atividades humanas, incluindo a jurídica.

No Capítulo 3, o foco foi o tratamento do tema do ponto de vista histórico, ou seja, foram abordadas as manifestações e as preocupações anteriores com o assunto, incluindo movimentos mais remotos, como o realismo jurídico norte-americano, mas também pronunciamentos de Ministros do STF, bem mais recentes. Ao final, fez-se uma revisão da literatura jurídica brasileira que tratou do tema, seja de forma indireta (ou seja, a doutrina que mencionou esses efeitos, mesmo que sem tratar dos vieses com essa terminologia, como no caso de Barbosa Moreira), seja de forma direta. Com isso, demonstrou-se que, apesar de incipiente, o assunto começa a ganhar algum fôlego na doutrina nacional.

No Capítulo 4, houve, finalmente, o aprofundamento do tema principal deste trabalho, incluindo a conceituação de heurística e de viés cognitivo. Em seguida, abordou-se uma complexa e polêmica questão: decidir por heurísticas realmente é algo negativo? Concluiu-se que, apesar da euforia da comunidade científica com as descobertas das ciências comportamentais (que inicialmente focou nos aspectos negativos), fato é que, em muitas situações, a decisão intuitiva pode funcionar adequadamente. No entanto, isso nem sempre ocorre, e é justamente com relação a essas situações que esta dissertação pretende trabalhar. Tratou-se, ainda da discussão sobre os magistrados realmente decidem por meio do Sistema 1 e abordou-se a relação entre a intuição e a *expertise*.

Seguiu-se com o enfrentamento de algumas questões e críticas fundamentais a este tema. Em primeiro lugar, demonstrou-se que o longo tempo de tramitação processual não significa necessariamente que os magistrados não decidam pelo Sistema 1, e menos ainda que tenham um tempo considerável para a tomada de suas decisões. Além disso, argumentou-se que o fato de muitas decisões no Brasil serem tomadas em gabinete, e não em audiências, também não retira a utilidade deste estudo. Em primeiro lugar, porque apenas alguns dos vieses (como o efeito *halo* e a representatividade) possuem ligação com as audiências; os demais manifestam-se independentemente disso. Em segundo lugar, porque ainda há alguns contextos específicos em que elas ocorrem frequentemente, como no âmbito previdenciário (especialmente no interior do País, para o julgamento de tempo de trabalho rural) e nas audiências de custódia.

Finalmente, defendeu-se que o fato de as minutas jurídicas serem elaboradas principalmente por assessores, em vez de reduzir a importância deste trabalho, contribui para aumentá-la. É que é comprovado cientificamente que as pessoas detectam melhor a ocorrência de vieses no trabalho dos outros, desde que conheçam do tema e estejam conscientes sobre as circunstâncias de sua ocorrência. Dessa forma, se os magistrados que orientam e revisam a minuta estiverem educados e instruídos no assunto, essa estrutura decisória pode mitigar os efeitos nocivos dos referidos desvios cognitivos.

Ainda no Capítulo 4, foram estudados os mecanismos gerais de diminuição de vieses, ou seja, aqueles que funcionam, como regra, para todos os desvios (ou para a maioria deles). Tratou-se da conscientização sobre o tema (que deve ser acompanhada da adoção de um comportamento contraintuitivo), do compartilhamento do processo decisório, de alguns constrangimentos externos que auxiliam neste objetivo, da vigilância recíproca dos sujeitos processuais, dos mecanismos de isolamento do tomador de decisão enviesado e, finalmente, do combate ao fenômeno do esgotamento do ego.

Já o Capítulo 5 foi dedicado à exploração dos vieses cognitivos em espécie, o que incluiu o esgotamento do ego, a ancoragem, o viés retrospectivo, o efeito halo, o viés de grupo, o efeito colegiado, o efeito do enquadramento e o viés de confirmação. O conceito e a demonstração empírica de cada um deles foram apresentados, e, em seguida, foram estudadas as pesquisas empíricas realizadas com magistrados (e, em alguns casos, com júris simulados). Ao final, os problemas jurídicos relacionados a cada um deles foram abordados, bem como as possíveis soluções.

É preciso que se diga que o problema dos desvios cognitivos é sério e atinge os juízes, e que, além disso, os mecanismos que buscam a sua mitigação ou eliminação ainda são incipientes na pesquisa científica. Há muito a se evoluir. De todo modo, não se deve ser pessimista, pois há boas razões para o otimismo.

Em primeiro lugar, conforme já se afirmou reiteradas vezes, a própria conscientização quanto à ocorrência do fenômeno e em quais condições ele ocorre com maior frequência já permite que o juiz fique atento, buscando se esforçar para não cair nessas armadilhas. Como ressaltam Daniel Kahneman e Shane Frederick, as pessoas possuem intuições iniciais sobre a sua decisão, e podem ou não as superar com uma deliberação posterior em prol de uma decisão mais racional, a depender de diversas variáveis, como o tempo, humor

e atenção[814]. É possível, portanto, com esforço e conscientização, fazer com que o sistema de pensamento deliberativo (Sistema 2) revise as informações repassadas pela intuição humana, seja para confirmá-las ou para refutá-las.

Em segundo lugar, porque há inúmeras estratégias que podem ser adotadas para combater o fenômeno, muitas delas independentemente de reformas, como as relacionadas ao comportamento do magistrado, ou mesmo à formação (e à sinergia decisória) de seu gabinete. Embora ainda falte algum método integralmente eficaz e garantido para combater todos os vieses, a adoção conjunta das diversas técnicas apresentadas neste trabalho tem o potencial de produzir de excelentes resultados, já que algumas delas demonstraram, em estudos, de forma isolada, a capacidade de mitigação dos desvios em algum grau.

Em terceiro lugar, porque, embora não se tenha abordado neste estudo este viés, é comprovado que a *representatividade* incide de maneira mais atenuada em magistrados treinados do que nos indivíduos em geral, conforme resultados de estudos de Guthrie, Rachlinski e Wistrich[815]. Algo que resulta de sua formação contribui para que os efeitos desses vieses sejam mitigados nos juízes, quando comparados com o público leigo. É preciso, então, que sejam realizados estudos posteriores buscando isolar essa variável e descobrir o motivo disso, e, a partir de então, será possível adequar a formação de magistrados de modo a blindar cada vez mais a cognição judicial contra os referidos desvios cognitivos.

Em quarto lugar, porque é possível utilizar o conhecimento obtido nos estudos das ciências comportamentais para buscar melhorar o próprio sistema jurídico, a partir da introdução de alterações normativas materiais. Como exemplo de mudança dessa espécie, e que possui o objetivo de minimizar o viés retrospectivo, pode ser citada a recente alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileira pela Lei nº 13.655/2018, que inseriu, no art. 22

---

814 "In the particular dual-process model we assume, System 1 quickly proposes intuitive answer to judgment problems as they arise, and System 2 monitors the quality of these proposals, which may endorse, correct, or override. The judgments that are eventually expressed are called *intuitive* if they retain the hypothesized initial proposal without much modification. The roles of the two systems in determining stated judgments depend on features of the task and of the individual, including the time available for deliberation (Finucane et al., 2000), the respondent's mood (Isen, Nygren & Ashby, 1988; Bless et al., 1996), intelligence (Stanovich & West, Chapter 24), and exposure to statistical thinking (Nisbett et al., 1983; Agnoli & Krantz, 1989; Agnoli, 1991)". KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Coords.). *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment***.** New York: Cambridge University Press, 2002, p. 51.

815 "Though still susceptible to framing and the representativeness heuristic, the judges appear less susceptible than other decision makers to these effects". GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI , Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, vol. 86, n. 4, may 2001, p. 816-817. Na página 817, consta tabela demonstrando que os juízes saem-se melhor que o público leigo no que diz respeito especificamente ao viés do enquadramento (*framing effect*) e à heurística da representatividade (*representiveness heuristic*). No entanto, com relação ao enquadramento, estudos posteriores (ao menos oito experimentos) de Rachlinski e Wistrich demonstraram que não há essa mitigação.

e em seu §1º[816], o dever de que a interpretação das normas sobre gestão pública considerem os obstáculos reais do gestor, bem como que em decisão sobre a regularidade de sua conduta, sejam consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. Não é o suficiente para eliminar o viés, mas é um começo. De forma mais significativa, a expansão da *business judgment rule* para a atividade do administrador público poderia contribuir ainda mais com este objetivo.

Por fim, deve-se ressaltar que há questões de desenhos institucionais que podem minimizar a ocorrência de vieses[817]. A própria instituição do juiz de garantias representa uma estratégia do gênero. Outros mecanismos do tipo, como evitar que o juiz que proferiu a sentença anulada reanalise o feito; ou que o magistrado que participou da decisão rescindida atue na ação rescisória; e mesmo a separação do juiz que analisa as cautelares (mesmo no âmbito cível) e a decisão de mérito são temas que merecem, ao menos, ser estudados.

Como conclusão deste trabalho, espera-se que os juristas brasileiros deem mais atenção à interdisciplinaridade e aos estudos sobre as instituições e as pessoas que as integram. Convoca-se, assim, estudiosos a pensarem sobre os problemas aqui apresentados e a buscarem as respectivas soluções. É evidente que teorias complexas sobre Justiça e sobre como os juízes devem decidir são importantes, mas não custa ressaltar que a vida jurídica real não vive apenas de abstração. Afinal, em uma paráfrase do que Oliver Wendell Holmes buscava dizer há mais de um século, a vida jurídica não é apenas lógica, e também não é apenas abstração. É isso, mas é também, e talvez principalmente, experiência.

[816] "Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. §1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente".

[817] Guthrie, Rachlinski e Wistrich destacam, por exemplo, que a criação de Varas Especializadas diminuem o viés da representatividade (*Ibid*., p. 50).

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia. Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 661-687.

ABWENDER, David A.; HOUGH, Kenyatta. Interactive effects of characteristics of defendant and mock jurors on U.S. participants' judgment and sentencing recommendations. *The Journal of Social Psychology*, vol. 141, issue 5, pp. 603-615, 2001.

ALEXY, Robert. *Direito, razão, discurso*: estudos para a filosofia do direito. Tradução de: Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Do Advogado, 2010.

ALLEN, David W.; WALL, Diane E. Role orientations and women state supreme court justices. *Judicature*, vol. 77, pp. 156-165, 1993.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de. *Vieses e heurísticas na tomada da decisão judicial*. In: 6º Encontro de Pesquisa Empírica em Direito (VI EPED), 2016. Disponível em: <http://sites.usp.br/pesquisaemdireito-fdrp/wp-content/uploads/sites/180/2017/01/gabriela-perissionotto.pdf>. Acesso em: 03 de setembro de 2018.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; CESTARI, Roberto. Fatores Extrajurídicos na Tomada da Decisão Judicial: Uma Abordagem Preliminar. In: NOJIRI, Sergio (Coord.). *Direito, Psicologia e Neurociência***.** Ribeirão Preto: Editora IELD, 2016, p. 169-185.

ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de; NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 826-854.

ALTER, Adam L.; OPPENHEIMER, Daniel M.; EPLEY, Nicholas; EYRE, Rebecca N. Overcoming Intuition: Metacognitive Difficulty Activates Analytic Reasoning. *Journal of Experimental Psychology: General*, 2007, vol. 136, n. 4, p. 569-576.

ANDERSON, Bruce. *Discovery in legal decision-making*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1996.

ANDERSON, John C.; JENNINGS, Marianne M.; LOWE, D. Jordan; RECKERS, Philip M. J. The mitigation of hindsight bias in judges' evaluation of auditor decisions. *Auditing: A Journal of Practice & Theory*, vol. 16, no. 2, pp. 20.-39, fall 1997.

ANDRADE, Flávio da Silva. A tomada da decisão judicial criminal à luz da psicologia: heurísticas e vieses cognitivos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 5, n. 1, p. 507-540 (jan./abr. 2019).

ARARIPE, Cíntia Muniz Rebouças de Alencar; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Os programas de integridade para contratação com a administração pública estadual: *nudge* ou obrigação legal? Um olhar sobre as duas perspectivas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, p. 385-404.

ARIELY, Dan. *Previsivelmente irracional: como as situações do dia a dia influenciam as nossas decisões* (tradução de Jussara Simões). Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. *Positivamente irracional*: *os benefícios inesperados de desafiar a lógica em todos os aspectos de nossas vidas* (tradução de Afonso Celso da Cunha Serra). Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

ARIELY, Dan; LOEWENSTEIN, George; PRELEC, Drazen. Coherent Arbitrariness: Stable Demand Curves without Stable Preferences. *The Quarterly Journal of Economics*, feb. 2013, pp. 73-106.

ARIELY, Dan; SHAMPANIER, Kristina. Zero is a Special Price: The True Value of Free Products. *Marketing Science*, vol. 26, n. 6, November–December 2007, pp. 742–757.

ARKES, Hal R.; FAUST, David; GUILMETTE, Thomas J.; HART, Kathleen. Eliminating the hindsight bias. *Journal of Applied Psychology*, vol. 73, no. 2, pp. 305-307, 1988.

ARONSON, Elliot; WILSON, Timothy D.; AKERT, Robin M.; SOMMERS, Samuel R. *Social Psychology*. 9th edition. Boston: Pearson, 2016.

ASH, Elliot; CHEN, Daniel L.; ORNAGHI, Arianna. Implicit bias in the Judiciary (2019). Disponível em: <https://users.nber.org/~dlchen/papers/Implicit_Bias_in_the_Judiciary.pdf>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

ASK, Karl; GRANHAG, Pär Anders. Motivational sources of confirmation bias in criminal investigations: the need for cognitive closure. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, vol. 2, pp. 43-63, 2005.

ATIENZA, Manuel. *As razões do Direito*: teorias da argumentação jurídica (tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino). 3ª ed. São Paulo: Landy, 2003.

AUDI, Robert. Theoretical Rationality. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 17-44.

BAR-GILL, Oren. Consumer Transactions. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 377-404.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, ano VIII, nº 5, 1º semestre de 1994, pp. 225-249.

BARON, Jonathan. Heuristics and biases. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Eds.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, pp. 3-27.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences*: a perspective on judicial behavior. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2006.

BAUMANN, Chris. The impact of uniforms on consumers brands preferences. 20 january 2016. Disponível em: <https://www.cmo.com.au/blog/marketing-science/2016/01/20/the-impact-of-uniforms-on-consumer-brand-preferences/>. Acesso em: 18 de fevereiro de 2020.

BAUMEISTER, Roy F.; VOHS, Kathleen D.; TICE, Dianne M. The Strength Model of Self-Control. *Current Directions in Psychological Science*, *16*(6), p. 351–355, 2007.

BECKER, Gary S. *The economic approach to human behavior*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 1976.

_____. The Economic Way of Looking at Life. *Coase-Sandor Institute for Law & Economics***.** Working Paper No. 12, 1993. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/510/>. Acesso em: 08/09/2018.

BENFEY, O. Theodor. August Kekulé and the birth of the structural theory of organic chemistry in 1858. In: *Journal of Chemical Education*, jan/1958, vol. 35, n. 1, pp. 21-23.

BERGER, Linda L. A revised view of the judicial hunch. *Scholarly Works*, paper 808, 2013. Disponível em: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/808>. Acesso em: 30 de janeiro de 2020.

BERNOULLI, Daniel. Exposition of a New Theory on the Measurement of Risk (traduzido do latim para o inglês por Louise Sommer). *Econometrica*, vol. 22, n. 1, pp. 23-36, jan./1954.

BICCHIERI, Cristina. Rationality and Game Theory. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 182-205.

BIX, Brian H. Introduction to the Transaction Edition (2009). FRANK, Jerome. *Law and the Modern Mind* (which a new introduction by Brian H. Bix). New Brunswick (USA) and London (UK): Transaction Publishers, 2009 (original publicado em 1930).

BOCK, Ana Mercês Bahia; FURTADO, Odair; TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. *Psicologias:* uma introdução ao estudo de psicologia. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOYD, Christina L. Representation on the courts? The effects of trial judges' sex and race. *Political Research Quarterly*, vol. 69, issue 4, pp. 788-799, 2016.

BOYD, Christina L.; EPSTEIN, Lee; MARTIN, Andrew D. Untangling the causal effects of sex on judging. *American Journal of Political Science*, vol. 54, no. 2, pp. 389-411, 2010.

BRANDO, Marcelo Santini. *Como decidem os juízes? Uma investigação da teoria realista da decisão judicial a partir das contribuições das ciências cognitivas e da psicologia moral*. Dissertação (mestrado) apresentada ao Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO), sob orientação do Professor Noel Struchiner, 2013.

BRANDT, Reynaldo André. Da incerteza e intuição ao erro médico. *Revista Educação Continuada em Saúde Einstein*, 10(3):183-185, 2012.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Justiça em Números 2019*. Brasília: CNJ, 2019.

_____. *Audiências de Custódia: Histórico.* Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

_____. *Resolução nº 213/2015*. DJe/CNJ nº 1, de 08/01/2016, p. 2-13. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 111787, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado

em 16/04/1991, DJ 13-09-1991 PP-12490 EMENT VOL-01633-02 PP-00158 RTJ VOL-00136-03 PP-01292.

_____. RE 140265, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 20/10/1992, DJ 28-05-1993 PP-10387 EMENT VOL-01705-04 PP-00630.

_____. RE 167877, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 12/12/1995, DJ 23-02-1996 PP-03632 EMENT VOL-01817-04 PP-00798.

_____. ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

_____. ADPF 347 MC, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Resolução 29/2015* (texto consolidado). DJERJ, ADM, n. 8, de 11/09/2015, p. 20. Disponível em: <http://webfarm.tjrj.jus.br/biblioteca/asp/textos_main.asp?codigo=189337&desc=ti&servidor=1&iIdioma=0>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Resolução TRF2-RSP-2015/00031, de 18 de dezembro de 2015* (redação original). Publicação - eDJF2R-TRF2, Adm., 23/12/2015 - Disponibilização: 22/12/2015, p. 9. Disponível em: <http://www7.trf2.jus.br/sophia_web/index.asp?codigo_sophia=99055>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

_____. *Resolução TRF2-RSP-2018/00043, de 18 de setembro de 2018* (altera a Resolução TRF2-RSP-2015/00031, de 18 de dezembro de 2015). Publicação - eDJF2R-TRF2, Adm., 25/09/2018 - Disponibilização; 24/09/2018, p. 2. Disponível em: <http://www7.trf2.jus.br/sophia_web/index.asp?codigo_sophia=116287>. Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

BUDESHEIM, Tomas Lee; DEPAOLA, Stephen J. Beauty or the Beast? The Effects of Appearance, Personality, and Issue Information on Evaluations of Political Candidates. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 20, n. 4 (august 1994), p. 339-348.

BURKE, Alafair S. Neutralizing Cognitive Bias: An Invitation to Prosecutors. *N.Y.U.J.L. & Liberty*, v. 2, p. 512-530 (2007).

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. 2ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. New Haven: Yale University Press, 1921.

CARVALHO, José Murilo de. Brasileiro: Cidadão? In: CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados:* escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998, pp. 275-288. CARVALHO, José Murilo de. Brasileiro: Cidadão? In: CARVALHO, José Murilo de. *Pontos e bordados:* escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998, pp. 275-288

CHABRIS, Cristopher F.; SIMONS, Daniel J. *The invisible gorila*: and other ways our intuition deceive us. New York: Crown, 2010.

CHAPMAN, Gretchen B.; BORNSTEIN, Brian H. The more you ask for, the more you get: Anchoring in personal injury verdicts. *Applied Cognitive Psychology*, vol. 10, p. 519-540, 1996.

CHEW, Pat K.; KELLEY, Robert E. Myth of the color-blind judge: an empirical analysis of racial harassment cases. *Washington University Law Review*, vol. 86, issue 5, pp. 1117-1166, 2009.

CHO, Kyoungmin; BARNES, Christopher M.; GUANARA, Cristiano L. Sleepy punishers are harsh punishers: daylight saving time and legal sentences. *Psychological Science*, vol. 28, no. 2, p. 242-247, 2017.

CONTE, Francesco. *Sobre a motivação da sentença no processo civil*: Estado constitucional democrático de direito, discurso justificativo e legitimação do exercício da jurisdição. 1. ed. Rio de Janeiro: Gramma Livraria e Editora, 2016.

COOTER JR., Robert B.; ULEN, Thomas. *Law and Economics.* 6. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2014.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério*: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

CROSS, Frank B. *Decision Making in the U.S. Court of Appeals.* Stanford, California: Stanford University Press, 2007.

CROSS, Frank B.; TILLER, Emerson H. Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals. *Yale Law Journal*, vol. 107, issue 7 (1998), p. 2155-2176.

_____. A Modest Proposal for Improving American Justice. Columbia Law Review, Vol. 99, No. 1 (Jan., 1999), pp. 215-234.

CUNHA, André Luiz Bogado. Réu PM pode comparecer fardado a seu julgamento no plenário do Tribunal do Júri? *Jornal Carta Forense* (02/07/2013). Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/reu-pm-pode-comparecer-fardado-a-seu-julgament-o-no-plenario-do-tribunal-do-juri/11499>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2020.

CUSINATO, Rafael Tiecher; PORTO JÚNIOR, Sabino. A teoria da decisão sob incerteza e a hipótese da utilidade esperada. *Estudos do CEPE (UNISC)*, Santa Cruz do Sul/RS, v. 22, pp. 7-38, 2005. Disponível em: <https://www.ufrgs.br/fce/wp-content/uploads/2017/02/TD11_2004_cusinato_portojr.pdf>. Acesso em: 15/10/2019.

DANZIGER, Shai; LEVAV, Jonathan; AVNAIM-PESSO, Liora. Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America* (PNAS), v. 108, n. 17, 2011.

DAVID, René. *Major legal systems in the world today*: introduction to the comparative study of law. 3. ed. London: Stevens & Sons, 1985.

DAVIS, Sue; HAIRE, Susan; SONGER, Donald R. Voting behavior and gender on the U.S. Courts of Appeals. *Judicature*, vol. 77, pp. 129-133, 1993.

DE BEEN, Wouter. *Legal realism regained*: saving realism from critical acclaim. Stanford: Stanford University Press, 2008.

DESANTIS, Andrea; KAYSON, Wesley A. Defendants' characteristics of attractiveness, race, and sex and sentencing decisions. *Psychological Reports*, vol. 81, pp. 679-683, 1997.

DESCARTES, René. *Regulae ad directionem ingenni / Rules for the direction of the natural intelligence*: a bilingual edition of the Cartesian treatise on method (trad. George Heffernan). Amsterdam-Atlanta: Todopi, 1998.

_____. *Discurso do método* (tradução de J. Guinsburg e Bento Prado Júnior). Coleção Os Pensadores. 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DEUTSCH, M.; COLLINS, M. E. *Interracial housing: A psychological evaluation of a social experiment.* Minneapolis: University of Minnesota Press, 1951.

DHAMI, Mandeep K. Psychological models of professional decision making. *Psychological Science*, vol. 14, n. 2, 2003, p. 175-180.

DICEY, Albert C. *Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century*. London: Macmillan, 1914.

DIJKSTERHUIS, Ap; BOS, Martin W.; NORDGREN, Loran F.; VAN BAAREN, Rick B. On making the right choice: the deliberation-without-attention effect. *Science*, vol. 311, p. 1005-1007, 17 February 2006.

DION, Karen; BERSCHEID, Ellen; WALSTER, Elaine. What is beautiful is good. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 24, no. 3, pp. 285-290, 1972.

DOWNS, Chris A.; LYONS, Phillip M. Natural observations of the links between attractiveness and initial legal judgments. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 17, no. 5, pp. 541-547, 1991.

DUTRA, Samir Alves. Behavioral economics e direito do consumidor: novas perspectivas para o enfrentamento do superendividamento. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2 (ago. 2018). Brasília: UniCEUB, 2011, p. 568-599.

EAGLY, Alice H.; MAKHIJANI, Mona G.; ASHMORE, Richard D.; LONGO, Laura C. What is beautiful is good, but...: a meta-analytic review of research on the physical attractiveness stereotype. *Psychological Bulletin,*, vol. 110, no. 1, pp. 109-128, 1991.

EFRAN, Michael G. The effect of physical appearance on the judgment of guilt, interpersonal attraction, and severity of recommended punishment in a simulated jury task. *Journal of Research in Personality*, vol. 8, pp. 45-54, 1974.

ENGLICH, Birte; MUSSWEILER, Thomas. Sentencing Under Uncertainty: Anchoring Effects in the Courtroom. In: *Journal of Applied Social Psychology*, 31, 7, Jan/2001, p. 1535-1551.

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

_____. The last word in court - a hidden disadvantage for the defense. *Law and Human Behavior*, vol. 29, no. 6, pp. 705-722, december 2005.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices judges make*. CQ Press, 1998.

EPSTEIN, Lee; PARKER, Christopher M.; SEGAL, Jeffrey A. Do Justices Defend the Speech They Hate? An Analysis of in-group bias on the US Supreme Court. *Journal of Law and Courts*, vol. 6, no. 2, pp. 237-262, 2018.

ERIKSON, Robert S., Testing Appellate Court Assignments as a Natural Experiment: Gender Induced Panel Effects in Sex-Discrimination Cases (July 10, 2015). *SSRN Electronic Journal.* Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2629317>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2020.

EVANS, Jonathan; FRANKISH, Keith. *In Two Minds*: dual processes and beyond. New York: Oxford University Press, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Curso de direito civil: responsabilidade civil. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

FARIÑA, Francisca; ARCE, Ramón; NOVO, Mercedes. Anchoring in judicial decision-making. *Psychology in Spain*, vol. 7, no. 1, p. 56-65, 2003.

FAVERI, Dinorá Baldo de. *Impaciência nas escolhas intertemporais*: uma abordagem comportamental. 2017. 227 f. Tese (Doutorado) apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/183406/349814.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 de janeiro de 2020.

FELDMAN, Robert S. *Introdução à psicologia* (tradução de Daniel Bueno e Sandra Maria Mallmann da Rosa). 10. ed. – Porto Alegre : AMGH, 2015.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. *Influências extrajurídicas sobre a decisão judicial*: objetividade, previsibilidade e determinação. 1ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

FERREIRA, Daniel Brantes. *Ensino jurídico e teoria do direito nos EUA:* a dupla faceta do realismo jurídico norte-americano. Curitiba: Juruá, 2012.

FERREIRA, Felipe Moreira dos Santos. *Economia comportamental e vulnerabilidade cognitiva*: fundamentos científicos para a proteção do consumidor no Brasil. Dissertação (Mestrado) apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) sob orientação da Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira, 2012.

FINKELSTEIN, Claire. Legal Theory and the Rational Actor. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 399-416.

FISCHHOFF, Baruch. For those condemned to study the past: Heuristics and biases in hindsight. In: KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (coords.). *Judgment under uncertainty*: Heuristics and biases. New York: Cambridge University Press, 1982, p. 335-354.

_____. Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty. *Journal of Experimental Psychology*: *Human Perception and Performance* (1975), vol. 1, n. 3, 288-299.

_____. Perceived Informativeness of Facts. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, vol. 3, no. 2, p. 349-358.

FISCHHOFF, Baruch; BEYTH, Ruth. I Knew It Would Happen: Remembered Probabilities of Once-Future Things. *Organization Behavior and Human Performance*, 13, 1975, p. 1-16.

FOWLER, James H.; KAM, Cindy D. Beyond the self: social identity, altruism, and political participation. *The Journal of Politics*, vol. 69, issue 3, pp. 813-827, 2007.

FRANK, Jerome. *FRANK, Jerome. Law and the Modern Mind (which a new introduction by Brian H. Bix).* New Brunswick (USA) and London (UK): Transaction Publishers, 2009 (original publicado em 1930).

FREDERICK, Shane. Cognitive Reflection and Decision Making. *Journal of Economic Perspectives*, Volume 19, Number 4, Fall 2005, pp. 25-42.

FREITAS, Juarez. A Hermenêutica Jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista da Ajuris*, v. 130, p. 223-244, 2013.

_____. Hermenêutica e Desvios Cognitivos. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 13, p. 277-308, 2013.

FULLER, L. L. American Legal Realism. *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, Vol. 82, No. 5, Mar., 1934.

GAILLIOT, Matthew T.; BAUMEISTER, Roy F. The physiology of willpower: linking blood glucose to self-control. *Personality and Social Psychology Review*, *11*, 303–327, 2007.

_____. Self-regulation and sexual restraint: dis- positionally and temporarily poor self-regulatory abilities contribute to failures at restraining sexual behavior. *Personality & Social Psychology Bulletin*, *33*, 173–186, 2007.

GAILLIOT, Matthew T.; BAUMEISTER, Roy F.; DEWALL, C. Nathan; MANER, Jon K.; PLANT, E. Ashby; TICE, Dianne M.; BREWER, Lauren E.; SCHMEICHEL, Brandon J. Self-Control Relies on Glucose as a Limited Energy Source: Willpower Is More Than a Metaphor. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 92, no. 2, pp. 325-336, 2007.

GAZAL-AYAL, Oren; SULITZEANU-KENAN, Raanan. Let my people go: ethnic in-group bias in judicial decisions - evidence from a randomized natural experiment. *Journal of Empirical Legal Studies*, volume 7, issue 3, pp. 403-428, september 2010.

GEEN, Russell G. Social motivation. *Annual Review of Psychology*, vol. 42, pp. 377-399, 1991.

GERBASI, K. C.; ZUCKERMAN, M.; REIS, H. T. Justice needs a new blindfold: a review of mock jury research. *Psychological Bulletin*, vol. 84, issue 2, pp. 323–345, 1977.

GEYRES, Béatrice. *Biais d'ancrage et ajustement sur les décisions judiciaires*: effet de l'expertise. Tese (Doutorado) apresentada à Universidade de Toulouse, sob orientação do Professor Jacques Py. Universidade de Toulouse, Faculdade de Psicologia, 2009.

GIGERENZER, Gerd. *O poder da intuição*: o inconsciente dita as melhores decisões. Tradução de Alexandre Feitosa Rosas. Rio de Janeiro: Best*Seller*, 2009.

GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Coords.). *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002.

GLADWELL, Malcolm. *Blink*: a decisão num piscar de olhos. Tradução de Nivaldo Montingelli Júnior. Rio de Janeiro: Sextante, 2016.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Prisões cautelares, confirmation bias e o direito fundamental à devida cognição no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCRIM), vol. 117, ano 23 (novembro-dezembro, 2015), p. 263-286.

GLYNN, Adam N.; SEN, Maya. Identifying judicial empathy: does having daughters cause judges to rule for women's issues? *American Journal of Political Science***,** vol. 59, no. 1, pp. 37–54, January 2015.

GOLDING, Martin P. A note on discovery and justification in science and law. *Nomos*, vol. 28, 1986, pp. 124-140.

GOLDSTEIN, Daniel G.; GIGERENZER, Gerd. Models of Ecological Rationality: The Recognition Heuristic. *Psychological Review*, vol. 109, n. 1, 2002, pp. 75-90.

GOMES, Juliana Cesário Alvim; NOGUEIRA, Rafaela; ARGUELHES, Diego Werneck. Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: os Ministros confiam menos em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 855-877.

GOTO, T.; KUSUMI, T. How can reward contribute to efficient self-control? Rein- forcement of task-defined responses diminishes ego-depletion. *Motivation and Emotion*, *37*, 726–732, 2013.

GOULART, Bianca Bez. *Análise Econômica da Litigância*: entre o modelo da escolha racional e a economia comportamental. Dissertação (Mestrado) apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, sob orientação do Professor Orlando Celso da Silva Neto. Florianópolis, 2018.

_____. *Análise econômica do litígio:* entre acordos e ações judiciais. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

GROSSMAN, Guy; GAZAL-AYAL, Oren; PIMENTEL, Samuel D.; WEINSTEIN, Jeremy M. Descriptive Representation and Judicial Outcomes in Multiethnic Societies. *American Journal of Political Science*, vol. 60, no. 1, pp. 44-69, 2016.

GRYSKI, Gerad S.; MAIN, Eleanor C.; DIXON, William J. Models of high court decision making in sex discrimination cases. *Journal of Politics*, vol. 48, pp. 143-155, 1986.

GUERIN, Bernard. Reducing evaluation effects in mere presence. *The Journal of Social Psychology*, vol. 129, issue 2, pp. 183-190, 1989.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica***:** teoria e prática. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUTHRIE, Chris; RACHLINSKI , Jeffrey J.; WISTRICH, Andrew J. Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, vol. 86, n. 4, may 2001, p. 777-830.

_____. Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Faculty* Publications, vol. 93, n. 2, Paper 917, Nov. 2007.

_____. Can Judges Make Reliable Numeric Judgments? Distorted Damages and Skewed Sentences. *Indiana Law Journal*, 90, 2015. Disponível em: <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1417>. Acesso em: 02/10/2018.

_____. The "Hidden Judiciary": An Empirical Examination of Executive Branch Justice, *Duke Law Journal*, 58, p. 1477-1530, 2009. Disponível em: <https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol58/iss7/8>. Acesso em: 02/10/2018.

HAGGER, Martin S.; WOOD, Chantelle; STIFF, Chris; CHATZISARANTIS, Nikos L. D. Ego depletion and the strength model of self-control: a meta-analysis. *Psychological Bulletin*, vol. 136, n. 04, p. 495-525, 2010.

HAIDT, Jonathan. The Emotional Dog and its Rational Tail: a Social Intuitionist Approach do Moral Judgment. *Psychological Review*, vol. 108, n. 04, 2001, 814-834.

HAMANN, Ariane. *A perpetuação das primeiras impressões por meio das decisões judiciais no processo penal: a primeira impressão é a que fica.* Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), sob orientação do Professor Alexandre Morais da Rosa. Florianópolis, 2016.

HAREL, Alon. Behavioral Analysis of Criminal Law: A Survey. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 568-598.

HARKINS, Stephen G; JACKSON, Jeffrey M. The role of evaluation in eliminating social loafing. *Personality and social psychology bulletin*, vol. 11, issue 4, pp. 457-465, 1985.

HARLEY, Erin M. Hindsight bias in legal decision making. *Social Cognition*, Vol. 25, No 1, 2007, p. 48-63.

HARMAN, Gilbert. Practical Aspects of Theoretical Reasoning. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 45-56.

HASELTON, Martie G.; NETTLE, Daniel; MURRAY, Damian R. The Evolution of Cognitive Bias. *In*: BUSS, David M. (Editor). *The Handbook of Evolutionary Psychology*, Volume 2: Integrations. 2nd ed. Hoboken, New Jersey: Wiley, 2016, pp. 968-987.

HASTIE, Reid; DAWES, Robyn M. *Rational Choice in an Uncertain World*: the psychology of judgement and decision making. 2nd ed. Thousand Oaks: SAGE Publications, 2010.

HASTORF, Albert H.; CANTRIL, Hadley. They Saw a Game: a Case Study. *The Journal of Abnormal Psychology* (1954), vol. 49, issue 1, pp. 129-134.

HEINEMANN, Andreas. Behavioural Antitrust. In: MATHIS, Klaus (editor). *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, 2015, p. 211-242.

HERGENHAHN, B. R. *Introduction to the history of psychology*. 3. ed. Wadsworth: Wadsworth Publishing Co, 2000.

HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*. Cambridge, Massachusetts and London: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.

HORHOTA, Michelle; MIENALTOWSKI, Andrew; CHEN, Yiwei. Causal Atributions Across the Adult Lifespan. In: VERHAEGHEN, Paul; HERTZOG, Christopher (Editors). *The Oxford Handbook of Emotion, Social Cognition and Problem Solving in Adulthood*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 288-301.

HORTA, Ricardo de Lins e. Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Diálogos sobre a justiça,* Brasília, n. 2, p. 38-48, mai./ago. 2014.

_____. Argumentação, estratégia e cognição: subsídios para a formulação de uma teoria da decisão judicial. *Revista Direito e Liberdade* (RDL), ESMARN, v. 18, n. 2, p. 151-193, maio/ago. 2016.

_____. Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 3, p. 83-122, 2019.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade. *Cadernos Adenauer,* XVIII (2017), n. 1, p. 11-34.

_____. 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.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Elaborado no Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. Rio de Janeiro: Objetiva.

HUTCHESON JR., Joseph C. Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision, *Cornell Law Review*, 274 (1929) Available at: http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol14/iss3/2. Acesso em: 10 de setembro de 2018.

JENNINGS, Marianne M.; LOWE, D. Jordan; RECKERS, Philip M. J. Causality as an influence on hindsight bias: an empirical examination of judges' evaluation of professional audit judgment. *Journal of Accounting and Public Policy*, vol. 21, pp. 143-167, 1998.

JONES, Owen D. The Evolution of Irrationality. *Jurimetrics*, vol. 41, no. 03, 2001, pp. 289-318.

JUDGE, Timothy A.; CABLE, Daniel M. The effect of physical height on workplace success and income: preliminary test of theoretical model. *Journal of Applied Psychology*, vol. 89, no. 3, p. 428-441, 2004.

JUNG, Carl G. *O homem e seus símbolos* (tradução de Maria Lúcia Pinho). 5ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1969.

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

KAHNEMAN, Daniel; FREDERICK, Shane. Representativeness Revisited: Attribute Substitution in Intuitive Judgment. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (Coords.). *Heuristics and biases: the psychology of intuitive judgment*. New York: Cambridge University Press, 2002, p. 49-81.

_____. A Model of Heuristic Judgment. *In:* HOLYOAK, Keith J.; MORRISON, Robert G. *The Cambridge Handbook of Thinking and Reasoning*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 267-293.

KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard H. Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem. *Journal of Political Economy*, vol 98, n. 06 (dec. 1990), pp. 1325-1348.

KAHNEMAN, Daniel; SLOVIC, Paul; TVERSKY, Amos (coords.). *Judgment under uncertainty*: Heuristics and biases. New York: Cambridge University Press, 1982.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: Heuristics and biases. *Science*, 1974, 185, 1124-1131.

_____. Prospect Theory: An Analysis of Decision Under Risk. *Econometrica*, Vol. 47, No. 2 (Mar., 1979), pp. 263-291.

KAMIN, Jim A.; RACHLINSKI, Jeffrey J. Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight. In: *Law and Human Behavior*, 19, 1995, p. 89-104.

KASTELLEC, Jonathan P. Racial diversity and judicial influence on appellate courts. *American Journal of Political Science*, vol. 57, no. 1, pp. 167-183, 2013.

_____. Race, context, and judging on the courts of appeals: race-based panel effects in death penalty cases. July 26, 2016. *SSRN Electronic Journal*. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2594946>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

KELMAN, Mark. *The Heuristics Debate.* New York: Oxford University Press, 2011.

_____. Consumption Theory, Production Theory and Ideology in the Coase Theorem. *Southern California Law Review*, vol. 52, n. 3 (march 1979): 669-698.

KELMAN, Mark; ROTTENSTREICH, Yuval; TVERSKT, Amos. Context-Dependence in Legal Decision Making. *The Journal of Legal Studies*, vol. 25, no. 2, pp. 287-318, 1996.

KISER, Randall. *Beyond right and wrong*: The Power of Effective Decision Making for Attorneys and Clients. Heidelberg, Dordrecht, London, New York: Springer, 2010.

KLEIN, David; MITCHELL, Gregory. *The psychology of judicial decision making*. London: Oxford University Press, 2010.

KLEIN, Gary A. *Sources of Power:* how people make decisions. 20th anniversary edition. Cambridge, Massachusetts: The MIT Press, 2017.

KOROBKIN, Russel B.; ULEN, Thomas S. Law and Behavioral Science: Removing the Rationality Assumption from Law and Economics. *California Law Review*, vol. 88 (July 2000), n. 4, pp. 1051-1144.

KOZINSKI, Alex. What I Ate for Breakfast and Other Mysteries of Judicial Decision Making. *Loyola of Los Angeles Law Review.* vol. 26, 1993, p. 993-1000.

KUNREUTHER, H.; GINSBERG, R.; MILLER, L.; SAGI, P.; SLOVIC, P.; BORKAN, B.; KATZ, N. *Disaster Insurance Protection: Public Policy Lessons*. New York: Wiley, 1978.

LABINE, Susan J.; LABINE, Gary. Determinations of Negligence and the Hindsight Bias. *Law and Human Behavior*, Vol. 20, No. 5, 1996, p. 501-516.

LAKATOS, Imre. History of science and its rational reconstructions. In: HOWSON, Colin (Ed.). *Method and appraisal in the physical sciences*: the critical background to modern science, 1800-1905. New York: Cambridge University Press, 1976.

LANDY, David; ARONSON, Elliot. The influence of the character of the criminal and his victim on the decisions of simulated jurors. *Journal of Experimental Social Psychology*, vol. 5, issue 2, pp. 141-152, 1969.

LARRICK, Richard P. Debiasing. *In*: KOEHLER, Derek J.; HARVEY, Nigel (Editors). *Blackwell Handbook of Judgment and Decision Making*. Padstow, Cornwall: Blackwell Publishing, 2004, pp. 316-337.

LEAL, Fernando; RIBEIRO, Leandro Molhano. Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 777-799.

_____. O direito é sempre relevante? Heurística de ancoragem e fixação de valores indenizatórios em pedidos de dano moral em juizados especiais do Rio de Janeiro. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Belo Horizonte, a. 10, n. 35, p. 253-284, jul./dez., 2016.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. *Novos ensaios sobre o entendimento humano* (tradução de Luiz João Baraúna). 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

LEITER, Brian. *Naturalizing Jurisprudence*: essays on american legal realism and naturalism in legal philosophy. New York: Oxford University Press, 2007.

_____. American Legal Realism. In: GOLDING, Martin P; EDMUNDSON, William A. (coords.). *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory.* Malden: Blackwell Publishing Ltd., 2005.

LERNER, Jennifer S; TETLOCK, Philip E. Accounting for the effects of accountability. *Psychological Bulletin*, vol. 125, no. 2, pp. 255-275, 1999.

LEVINE, David K. *Is Behavioral Economics Doomed*? The Ordinary versus the Extraordinary. Cambridge: Open Book Publishers, 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo. Entrevista concedida à Carolina Brígido. In: Como nasce uma sentença no STF: os bastidores do processo decisório de cada ministro - e por que isso é fundamental para compreender o Judiciário. *Revista Época*, 15 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://epoca.globo.com/como-nasce-uma-sentenca-no-stf-23453182?>. Acesso em: 09 de outubro de 2019.

LEWIS, Michael. *O projeto desfazer*: a amizade que mudou nossa forma de pensar (trad. Cássio de Arantes Leite). Rio de Janeiro: Intrínseca, 2017.

LIDÉN, Moa. *Confirmation Bias in Criminal Cases.* Tese (Doutorado) apresentada à Universidade de Uppsala, sob orientação do Professor Steven Penrod. 284 fls. Uppsala: Department of Law, Uppsala University, 2018.

LIDÉN, Moa; GRÄNS, Minna; JUSLIN, Peter. Guilty, no doubt: detention provoking confirmation bias in judges' guilt assessments and debiasing techniques. *Psychology, Crime & Law*, 25:3, pp. 219-247, 2019. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/1068316X.2018.1511790?journalCode=gpcl20>. Acesso em: 06 de outubro de 2019.

LLEWELLYN, Karl N. Some Realism about Realism: Responding to Dean Pound. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 08 (jun./1931), pp. 1222-1264. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1332182.pdf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

_____. A Realistic Jurisprudence: The Next Step. *Columbia Law Review*, vol. 30, n. 04 (apr./1930), pp. 431-465. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1114548.pdf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano* (tradução de Anoar Aiex). São Paulo: Nova Cultural, 1999.

LOEWENSTEIN, George; CAMERER, Colin F. Behavioral Economics: Past, Present, Future. In: CAMERER, Colin F; LOEWENSTEIN, George; RABIN, Matthew (Editors). *Advances in Behavioral Economics*. New York: Russel Sage Foundation, 2004.

LORD, Charles G.; ROSS, Lee; LEPPER, Mark R. Biased Assimilation and Attitude Polarization: The Effects of Prior Theories on Subsequently Considered Evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, 1979, vol. 37, nº 11, p. 2098-2109.

LYNCH, Kevin J. The Lock-In Effect of Preliminary Injunctions. *Fla. L. Rev*., vol. 66, p. 779 (April 4, 2013). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2244969>. Acesso em: 18 de dezembro de 2019.

MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. New York: Oxford University Press, 2003.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Ciência do Direito Tributário, Economia Comportamental e Extrafiscalidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2 (ago. 2018). Brasília: UniCEUB, 2011, p. 640-659.

MANNING, Kenneth L.; CAROLL, Bruce A.; CARP, Robert A. Does age matter? Judicial decision making in age discrimination cases. *Social Science Quarterly*, vol. 85, n. 1, mar. 2004.

MARDEN, Carlos; WYKROTA, Leonardo Martins. Neurodireito: o início, o fim e o meio. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, pp. 49-63.

MATOS, José Claudio Morelli. A questão da razão como critério distintivo entre homem e animal. *Filosofia Unisinos*, 12(1):48-55, jan/abr 2011.

MAURO, Robert. The constable's new clothes: effects of uniforms on perceptions and problems of police officers. *Journal of Applied social Psychology*, vol. 14, issue 1, pp. 42-56, 1984.

MCCAFFERY, Edward J. Behavioral Economics and the Law: Tax. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 599-622.

MCNEIL, Barbara J.; PAUKER, Stephen G.; SOX JR., Harold C.; TVERSKY, Amos. On the elicitation of preferences for alternative therapies. *The New England Journal of Medicine*, vol. 306, n. 21 (may, 1982), p. 1259-1262.

MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers. Introduction: Aspects of Rationality. In: MELE, Alfred R; RAWLING, Piers (Eds.). *The Oxford Handbook of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004.

MELLO, Marco Aurélio de. Discurso proferido em solenidade em homenagem aos seus 20 anos como ministro da Corte. In: CANTISANO, Pedro; PEREIRA, Thomaz; MOHALLED, Michael (Orgs.). *História oral do Supremo (1988-2013)*, vol. 18: Marco Aurélio Mello. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; NOJIRI, Sérgio. Editorial - O Direito na fronteira da razão: Psicologia, neurociência e economia comportamental. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, pp. 24-25.

MILL, John Suart. On the Definition of Political Economy; and on the Method of Investigation Proper to It. *London and Westminster Review*, IV and XXVI, October 1836.

MILLER, Dale T.; DOWNS, Julie S.; PRENTICE, Deborah A. Minimal conditions for the creation of a unit relationship: the social bond between birthdaymates. *European Journal of Social Psychology*, vol. 28, pp. 475-481, 1998.

MORAES, José Diniz de; TABAK, Benjamin Miranda. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. *Revista Direito GV*, São Paulo, vol. 14, n. 2 (maio-ago 2018), p. 618-653.

MURAMATSU, Roberta; FONSECA, Patrícia. Economia e psicologia na explicação da escolha intertemporal. *Revista de Economia Mackenzie*, São Paulo, v. 6, n. 6, p. 87-112, 2008. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/810>. Acesso em: 07 de janeiro de 2020.

MUSSWEILER, Thomas; STRACK, Fritz; PFEIFFER, Tim. Overcoming the inevitable anchoring effect: considering the opposite compensates for selective accessibility. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 26, issue 9, pp. 1142-1150, 2000.

MUSTARD, David. Racial, ethnic, and gender disparities in sentencing: evidence from the U.S. Federal Courts. *The Journal of Law and Economics*, vol. 44, issue 1, pp. 285-314, 2001.

MYERS, David G. *Psicologia social.* Tradução por Daniel Bueno, Maria Cristina Monteiro e Roberto Cataldo Costa. Revisão técnica por Elaine Rabelo Neiva e Fabio Iglesias. 10ª ed. Porto Alegre: AMGH, 2014.

NEGRÃO, Ricardo. *Manual de direito comercial e de empresa*, volume 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEMETH, Charlan; SOSIS, Ruth Hyland. A simulated jury study: characteristics of the defendant and the jurors. *The Journal of Social Psychology*, vol. 90, issue, 2, pp. 221-229, 1973.

NICKERSON, Raymond S. Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of General Psychology*, 1998, vol. 2, no. 2, 175-220.

NORTHCRAFT, Gregory B.; NEALE, Margaret A. Experts, Amateurs and Real Estate: An Anchoring-and-Adjustment Perspective on Property Pricing Decisions. *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 39, p. 84-97, 1987.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais:* um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

OTTATI, Victor C. Determinants of political judgments: The joint influence of native and heuristic rules of inference. *Political Behavior*, vol. 12, p. 159-179, 1990.

PASCAL, Blaise. *Pensées and Other Writings* (trad. Honor Levi). New York: Oxford University Press, 1995.

PECKHAM, Rufus Wheeler; and Supreme Court Of The United States. *U.S. Reports: Lochner v. New York, 198 U.S. 45*. 1904. Periodical. Retrieved from the Library of Congress, <www.loc.gov/item/usrep198045/>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

PEER, Eyal; GAMLIEL, Eyal. Heuristics and Biases in Judicial Decisions. *Court Review*, vol. 49, issue 2, 2013, p. 114-118.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves; OLIVEIRA, Renan Medeiros de. Hércules, Hermes e a pequena sereia: uma reflexão sobre estereótipos de gênero, subpresentação das mulheres nos tribunais e (i)legitimidade democrática do Poder Judiciário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 878-911.

PERESIE, Jennifer L. Female judges matter: gender and collegial decisionmaking in the federal appellate courts. *The Yale Law Journal*, vol. 114, no. 7, pp. 1759-1790, 2005.

PERTENCE, Sepúlveda. Um Prefácio Afinal Desnecessário. *In:* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PI, Daniel; PARISI, Francesco; LUPPI, Barbara. Biasing, Debiasing, and the Law. In: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Eds.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 143-166.

POCHEPTSOVA, Anastasiya; AMIR, On; DHAR, Ravi; BAUMEISTER, Roy F. Deciding without Resources: Resource Depletion and Choice in Context. *Journal of Marketing Research*, *46*(3), 344–355, 2009.

POHL, Rüdiger F. Cognitive illusions. In: POHL, Rüdiger F. (Ed.). *Cognitive Illusions*: Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory. London and New York: Routledge, 2017, pp. 3-21.

POLYA, George. *A arte de resolver problemas*: um novo aspecto do método matemático. Tradução e adaptação de Heitor Lisboa de Araújo. Rio de Janeiro: Interciência, 1995.

POSNER, Marc. Perception Versus Reality: school uniforms and the 'halo effect'. *Harvard Education Letter*, vol. 12, issue 3, march/april, 1996.

POSNER, Richard A. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

_____. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, vol. 53, p. 757-782, 1975.

_____. What Has Pragmatism to Offer Law. *63 Southern California Law Review*, 1653 (1990), p. 1659.

_____. *How judges think*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2010.

POUND, Roscoe. The Call for a Realist Jurisprudence. *Harvard Law Review*, vol. 44, n. 05 (mar./1931), pp. 697-711. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/pdf/1331791.pdf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2020.

PRONIN, Emily; LIN, Daniel Y.; ROSS, Lee. The Bias Blind Spot: Perceptions of Bias in Self Versus Others. *Personality and Social Psychology Bulletin*, vol. 28, n. 3, March 2002, p. 369-381.

PURNHAGEN, Kai. Why do we need responsive regulation and behavioural research in EU Internal Market Law? In: MATHIS, Klaus (editor). *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, 2015, p. 51-70.

RABIN, Matthew. Psychology and Economics. In: *Journal of Economic Literature*, vol. XXXVI (March 1998), p. 11-46.

RACHLINSKI, Jeffrey J. A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight. *University of Chicago Law Review*, 65, 1998.

_____. Gains, Losses and the Psychology of Litigation. *Southern California Law Review*, vol. 70, n. 1 (november 1996), p. 113-185.

RACHLINSKI, Jeffrey J.; JOURDEN, Forest. The cognitive components of punishment. *Cornell Law Review*, vol. 88, issue 2, pp. 457-485, 2003.

RASSIN, Eric; EERLAND, Anita; KUIJPERS, Ilse. Let's find the evidence: an analogue study of confirmation bias in criminal investigations. *Journal of Investigative Psychology and Offender Profiling*, vol. 7, pp. 231-246, 2010.

REINGEWERTZ, Yaniv; LUTMAR, Carmela. Academic in-group bias: an empirical examination of the link between the author and journal affiliation. *Journal of Informetrics*, vol. 12, pp. 74-86, 2018.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

REVESZ, Richard L. Environmental regulation, ideology, and the D.C. circuit. *Virginia Law Review*, vol. 83, n. 8 (nov./1997), p. 1717-1772.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck. Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, n. 7, p. 85–121, 2013.

RITCHIE, Hannah; ROSER, Max. Causes of Death. *OurWorldInData.org* (2020). Disponível em: <https://ourworldindata.org/causes-of-death>. Acesso em: 20 de janeiro de 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 5. ed. Florianópolis: EMais, 2019.

ROSENBERG, Shawn W.; KAHN, Shulamit; TRAN, Thuy. Creating a political image: Shaping appearance and manipulating the vote. *Political Behavior*, p. 13, p. 345-367, 1991.

ROSENBERG, Shawn W.; MCCAFFERTY, Patrick. The image and the vote: manipulating voters' preferences. *Public Opinion Quarterly*, Volume 51, Issue 1, p. 31–47, 1987.

SAMUELS, Richard; STICH, Stephen. Rationality and psychology. *In*: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 279-300.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. 6ª ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SBICCA, Adriana. Heurísticas no estudo das decisões econômicas: contribuições de Herbert Simon, Daniel Kahneman e Amos Tversky. *Estudos Econômicos*, São Paulo, v. 44, n. 3, p. 579-603, setembro, 2014, p. 580. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/S0101-41612014000300006>. Acesso em: 17 de outubro de 2019.

SCHAUER, Frederick. *Thinking like a lawyer*: a new introduction to legal reasoning. Cambridge, Massachussetts: Harvard University Press, 2009.

SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich. Introduction: revisiting the context distinction. In: SCHICKORE, Jutta; STEINLE, Friedrich (Eds.). *Revisiting Discovery and Justification*: historical and philosophical perspectives on the context distinction. Dordrecht: Springer, 2006.

SCHLEGEL, John Henry. *American legal realism and empirical social science*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press, 1995.

SCHMEICHEL, Brandon J.; VOHS, Kathleen D.; BAUMEISTER, Roy F. Intellectual Performance and Ego Depletion: Role of the Self in Logical Reasoning and Other Information Processing. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 85, n. 01, p. 33-46, 2003.

SCHULTZ, Duane P.; SCHULTZ, Sydney Ellen. *A History of Modern Psychology*. 10. ed. Belmont: Wadsworth, 2011.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. New York: Cambridge University Press, 2002.

SELIGMAN, C.; BRICKMAN, J.; KOULACK, D. Rape and physical attractiveness: Assigning responsibility to victims. *Journal of Personality*, 45, 554–563, 1977.

SHAFIR, Eldar. Choosing versus rejecting: Why some options are both better and worse than others. *Memory & Cognition*, vol. 21, n. 4, p. 546-556, 1993.

SHAH, Anuj K.; OPPENHEIMER, Daniel M. Heuristics made easy: an effort-reduction framework. *Psychological Bulletin*, 2008, vol. 134, n. 02, pp. 207-222.

SHAYO, Moses; ZUSSMAN, Asaf. Judicial ingroup bias in the shadow of terrorism. *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 126, issue 3, pp. 1447-1484, 2011.

SHECAIRA, Fábio P.; STRUCHINER, Noel. *Teoria da argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio: Contraponto, 2016.

SHERIF, Muzafer; HARVEY, O. J.; WHITE, B. Jack; HOOD, William R.; SHERIF, Carolyn W. *Intergroup conflict and cooperation*, 1ª Wesleyan ed (original published in 1961). Connecticut: Wesleyan University Press, 1988.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e correspondência comportamental. *Revista Liberdades*, vol. 11, setembro/dezembro 2012.

SIBONY, Anne-Lise. Can EU Consumer Law benefit from behavioural insights? In: MATHIS, Klaus (editor). *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*. Heidelberg, New York, Dordrecht, London: Springer, 2015, p. 71-106.

SIGALL, Harold; OSTROVE, Nancy. Beautiful but dangerous: effects of offender attractiveness and nature of the crime on juridic judgment. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 31, no. 3, pp. 410-414, 1975.

SIMON, Herbert A. From substantive to procedural rationality. In: KASTELEIN T.J.; KUIPERS, S. K.; NIJENHUIS, W. A.; WAGENAAR, G. R. *25 Years of Economic Theory*. Boston, MA: Springer, 1976, pp. 65-86.

_____. *Reasons in Human Affairs*. Stanford, California: Stanford University Press, 1983.

_____. Rationality in Psychology and Economics. *The Journal of Business*, vol. 59, n. 4, Part 2: The Behavioral Foundations of Economic Theory (Oct., 1986), pp. S209-S224.

SLOMAN, Steven A. Two Systems of Reasoning. In: GILOVICH, Thomas; GRIFFIN, Dale; KAHNEMAN, Daniel (eds). *Heuristics and biases*: the psycology of intuitive judgment. New York: Cambridge Univerrsity Press, 2002, p. 379-396.

SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch. On The Psychology of Experimental Surprises. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1977, vol. 3, no. 5, p. 544-551.

SLOVIC, Paul; FISCHHOFF, Baruch; LICHTENSTEIN, Sarah. Cognitive Processes and Societal Risk Taking. *Office of Naval Research (ONR) Technical Report.* June, 23, 1975. Disponível em: <https://apps.dtic.mil/dtic/tr/fulltext/u2/a014129.pdf>. Acesso em: 18 de outubro de 2019.

SLOVIC, Paul; MONAHAN, John; MACGREGOR, Donald G. Violence risk assessment and risk communication: the effects of using actual cases, providing instruction and employing probability versus frequency formats. *Law and Human Behavior,* vol. 24, no. 3, pp. 271-296, 2000.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações: investigação sobre sua natureza e suas causas* (trad. Luiz João Baraúna), vol. I. Coleção Os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SMITH, E. D.; HED, A. Effects of offenders' age and attractiveness on sentencing by mock juries. *Psychological Reports*, vol. 44, issue 3, pp. 691-694, 1979.

SMITH, Michael. Humean Rationality. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 75-92.

SOUZA, Luciana Cristina; RAMOS, Karen Tobias França; PERDIGÃO, Sônia Carolina Romão Viana. Análise crítica da orientação de cidadãos como método para otimizar decisões públicas por meio da técnica nudge. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2 (ago. 2018). Brasília: UniCEUB, 2011, p. 235-251.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal:* volume 1: parte geral. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SPAMANN, Holger; KLÖHN, Lars. Justice is less blind, and less legalistic, than we thought: Evidence from an experiment with real judges. *Journal of Legal Studies*, vol. 45, no. 2, 2016. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2844896>. Acesso em: 24 de janeiro de 2020.

STANOVICH, Keith; WEST, Richard. Individual Differences in Reasoning: Implications for the Rationality Debate, *Behavioral and Brain Sciences* (2000), 23, p. 645-726. Disponível em: <http://psy2.ucsd.edu/~mckenzie/StanovichBBS.pdf>. Acesso em: 12 de setembro de 2018.

STEWART II, John E. Defendant's attractiveness as a factor in the outcome of criminal trials: an observational study. *Journal of Applied Social Psychology*, vol. 10, issue 4, pp. 348-361, 1980.

_____. Appearance and punishment: the attraction-leniency effect in the courtroom. *The Journal of Social Psychology*, vol. 125, issue 3, pp. 373-378.

STRUCHINER, Noel; BRANDO, Marcelo Santini. Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? *In:* STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Coords). *Novas fronteiras da teoria do direito:* da filosofia moral à psicologia experimental. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014, pp. 171-215.

STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Orgs.). *Novas fronteiras da teoria do direito:* da filosofia moral à psicologia experimental. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014.

_____. Direito & Emoções: uma proposta de cartografia. *In*: STRUCHINER, Noel; TAVARES, Rodrigo de Souza (Coords). *Novas fronteiras da teoria do direito:* da filosofia moral à psicologia experimental. 1ª ed. Rio de Janeiro: PoD: PUC-Rio, 2014, pp. 109-135.

SUNSTEIN, Cass R. Nudges.gov: Behaviorally Informed Regulation. *In:* ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 719-737.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine. Debiasing Through Law. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 225 (2004). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=590929>. Acesso em: 26 de dezembro de 2019.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A Behavioral Approach to Law and Economics. *Stanford Law Review*, vol. 50 (1998), pp. 1471-1550.

SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa M.; SAWICKI, Andres. Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary. Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 2006.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian, Interpretation and Institutions, July 2002. U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 156; *U Chicago Public Law*, Research Paper No. 28. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=320245>. Acesso em: 11/09/2018.

SWEDBERG, Richard. From Theory to Theorizing. In: SWEDBERG, Richard (Ed.). *Theorizing in social science*: the context of discovery. Stanford: Stanford University Press, 2014.

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 8, n. 2 (ago. 2018). Brasília: UniCEUB, 2011, p. 474-492.

TAMANAHA, Brian Z. *Beyond the formalist-realist divide*: the role of politics in judging. New Jersey: Princeton University Press, 2010.

TAVARES, Juarez. *Teoria do crime culposo*. 5ª ed. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

TEICHMAN, Doron; ZAMIR, Eyal. Judicial Decision-Making: A Behavioral Perspective. In: ZAMIR, Eyal (Org.); TEICHMAN, Doron (Org.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 664-702.

THALER, Richard H. *Misbehaving* (tradução de George Schlesinger). 1ª ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2019.

THALER, Richard H; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge*: improving decisions about health, wealth and happiness. New Haven: Yale University Press, 2008.

TODD, Andrew R.; BODENHAUSEN, Galen V.; RICHESON, Jennifer A.; GALINSKY, Adam D. Perspective taking combats automatic expressions of racial bias. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 100, issue 6, pp. 1027-1042, 2011.

TODOROV, Alexander; BALLEW II, Charles C. Predicting political elections from rapid and unreflective face judgments. *PNAS*, vol. 104, n. 46 (November 13, 2007), 17948-17953.

TODOROV, Alexander; MANDISODZA, Anesu N.; GOREN, Amir; HALL, Crystal C. Inferences of Competence from Faces Predict Election Outcomes. *Science* (10 June 2005), vol. 308, issue 5728, pp. 1623-1626.

TODOROV, Alexander; PAKRASHI, Manish; OOSTERHOF, N. Nikolaas. Evaluating faces on trustworthiness after minimal time exposure. *Social cognition*, vol. 27, no. 6, pp. 813-833, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da argumentação jurídica e a justificação das decisões *contra legem*. *Revista Direito e Práxis*, vol. 03, n. 02, 2011.

TOR, Avishalom. The Market, The Firm, and Behavioral Antitrust. *In*: ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (editors). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. New York: Oxford University Press, 2014, p. 539-567.

TUMONIS, Vitalius. Legal Realism & Judicial Decision-Making. *Jurisprudence*, vol. 19, n. 4 (2012), p. 1361-1382.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Belief in the law of small numbers. *Psychological Bulletin*, vol. 76, issue 2, pp. 105-110, 1971.

TVERSKY, Amos; SIMONSON, Itamar. Context-dependent Preferences. *Management Science*, vol. 39, no. 10, p. 1179-1189, out. 1993.

VALADARES, André Garcia Leão Reis. A composição do órgão colegiado e seus efeitos na tomada de decisão. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 2, 2018, p. 719-739.

VARUGHESE, Jason; ALLEN, Richard P. Fatal accidents following changes in daylight saving times: the American experience. *Sleep Medicine*, vol. 2, issue 1, p. 31-36, jan., 2001.

VOHS, Kathleen D.; BAUMEISTER, Roy F.; SCHMEICHEL, Brandon J.; TWENGE, Jean M.; NELSON, Noele M.; TICE, Dianne M. Making choices impairs subsequent self-control: A limited-resource account of decision making, self-regulation, and active initiative. *Journal of Personality and Social Psychology, 94*(5), 883–898, 2008.

WASSERSTROM, Richard. *The Judicial Decision*. Palo Alto: Stanford University Press, 1961.

WASON, Paul Cathcart. On the failure to eliminate hypothesis in a conceptual task. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 12:3, 129-140, 1960.

_____. Reasoning about a rule. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*, 20:3, pp. 273-281, 1968.

WEIRICH, Paul. Economic Rationality. In: MELE, Alfred R.; RAWLING, Piers (Editors). *The Oxford Book of Rationality*. New York: Oxford University Press, 2004, pp. 380-398.

WELCH, Susan; COMBS, Michael; GRUHL, John. Do black judges make a difference? *American Journal of Political Science*, vol. 21, pp. 126-136, 1988.

WEST, Jeremy. Racial bias in police investigations. 2016. Disponível em: <https://kelley.iu.edu/doc/bloomington/business-economics-and-public-policy/seminars/spring-2016/jeremy-west.pdf>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2020.

WEST, Richard F.; MESERVE, Russell J.; STANOVICH, Keith E. Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 103, n. 3, pp. 306-519, 2012.

WHITT, Sam; WILSON, Rick K. The dictator game, fairness and ethnicity in postwar Bosnia. *American Journal of Political Science*, vol. 51, issue 3, pp. 655-668, 2007.

WILLIS, J.; TODOROV, A. First impressions: making up your mind after 100ms exposure to a face. *Psychological Science*, vol. 17, pp. 592-598, 2006.

WILSON, Timothy D.; SCHOOLER, Jonathan W. Thinking too much: introspection can reduce the quality of preferences and decisions. *Journal of Personality and Social Psychology*, vol. 60, no. 2, p. 181-192, 1991.

WISTRICH, Andrew J.; RACHLINSKI, Jeffrey J. Implicit bias in judicial decision making: how it affects judgment and what judges can do about it. In: REDFIELD, Sarah E. (Ed.). *Enhancing justice:* reducing bias. Washington, DC: ABA Book Publishing, 2017, pp. 87-130.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; MORAIS DA ROSA, Alexandre. *Vieses da justiça*: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018.

WOLKART, Erik Navarro. *Análise econômica do processo civil*: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

WOOD, Gordon. The Knew-It-All-Along Effect. *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance*, 1978, vol. 4, no. 2, p. 345-353.

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION (WIPO). *Understanding Industrial Property*. 2ª ed. Geneva: WIPO, 2016.

WRIGHT, R. George. The role of intuition in judicial decisionmaking. *Houston Law Review*, vol. 42, issue 5, p. 1381-1424, 2006.

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. *Behavioral law and economics*. New York: Oxford University Press, 2018.

ZEBROWITZ, Leslie A.; MCDONALD, Susan M. The Impact of Litigants' Baby-Facedness and Attractiveness on Adjudications in Small Claims Courts. *Law and Human Behavior*, vol. 15, n. 6, p. 603-623, 1991.