

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RICARDO DE LINS E HORTA

**DIREITO E TOMADA DE DECISÃO:**  
**Elementos para uma Teoria da Decisão Jurídica**

Brasília

2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RICARDO DE LINS E HORTA

**DIREITO E TOMADA DE DECISÃO:**  
**Elementos para uma Teoria da Decisão Jurídica**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Constituição e Democracia

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa

Brasília

2019

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
TESE DE DOUTORADO

**DIREITO E TOMADA DE DECISÃO:  
Elementos para uma Teoria da Decisão Jurídica**

**Ricardo de Lins e Horta**

Brasília, 14 de março de 2019.

**COMISSÃO EXAMINADORA**

Prof. Dr. Alexandre Araújo Costa (Orientador)

Prof. Dr. Noel Struchiner (Examinador externo)

Prof. Dr. Rafael Plakoudi Souto Maior (Examinador externo)

Profa. Dra. Cláudia Rosane Roesler (Examinadora interna)

Profa. Dra. Débora Diniz (Examinadora interna)

Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo (Suplente)

*Para Francisco, nosso Leãozinho*

## Agradecimentos

Esta tese é tributária da decisão de me lançar às dores e delícias da interdisciplinaridade, no já distante ano de 2008. Ela começou a ser idealizada ainda na graduação, quando frequentei os seminários de Psicologia Evolucionista do prof. Vitor Geraldi Haase, meu futuro orientador no Mestrado, na FAFICH/UFMG. Depois de tardes estimulantes, em que eu aprendia avidamente sobre primatas, evolucionismo, áreas cerebrais e experimentos clássicos da Psicologia, eu retornava para a aridez da Faculdade de Direito para descobrir que *ninguém* ali estava estudando ou discutindo um tema tão central quanto... “tomada de decisão”.

Meu primeiro agradecimento vai ao grande amigo e neurocientista Pedro Pinheiro-Chagas, que acompanha minha trajetória desde então. Com Pedro sempre é possível ter uma conversa instigante, abordar temas incômodos, saboreando as maravilhas culinárias que ele é capaz de fazer. Desconfio que a decisão de fazer parte da pesquisa na França pode ter resultado de uma decisão inconsciente de continuar a convivência próxima a essa mente privilegiada.

A possibilidade de fazer o sanduíche na *École Normale Supérieure* da *Rue d’Ulm* em 2016/2017 abriu imensos horizontes. Foi na instituição que teve *alumni* como Pasteur, Durkheim, Bergson, Sartre, Simone Weil, Merleau-Ponty, Derrida, Foucault e Bourdieu, que eu vislumbrei o tamanho da minha ignorância e as limitações inerentes a este trabalho. Aprendi que a humildade é a primeira virtude de quem tenta entender a mente humana.

A temporada na França foi muito além das aulas na *ENS* e no *Collège de France*. Tive o privilégio de viver encontros que desfariam qualquer estereótipo do proverbial mau humor francês. No *Institut Jean Nicod*, fui acolhido com imensa generosidade por Nicolas Baumard e Coralie Chevallier, com quem cultivei uma calorosa amizade e tive profundas e instrutivas discussões sobre evolucionismo, comportamento humano, a mente humana, e o Direito no meio de tudo isso. Agradeço também a Pierre O. Jacquet, Martin Dockendorff, Lou Safra, Jean-Baptiste André, Félix Geoffroy e Hugo Mell, colegas no grupo de pesquisa *Évolution et Cognition Sociale*, pelo estímulo. Descobri a simpatia de Hugo Mercier, que discutiu pacientemente comigo seu livro recém-lançado, enquanto caminhávamos juntos sob o crepúsculo pela *Rue Mouffetard*. E jamais esquecerei a breve conversa que tive no *NeuroSpin* com Stanislas Dehaene, um dos maiores neurocientistas em atividade, no outono de 2016; ali, o ilustre neurocientista disse para o aprendiz de jurista que o tema mais importante dessa interface entre Direito e Neurociência é: por que punimos tão mal e desumanamente, diante de tudo o que hoje sabemos?

Os franceses me perdoem, porém, pois o percurso desses últimos anos foi fruto sobretudo de muito diálogo com os pares brasileiros. Merecem um forte agradecimento pelo estímulo os integrantes da Rede de Estudos Empíricos em Direito, especialmente Alexandre dos Santos Cunha, Paulo Eduardo Alves da Silva, Maíra Rocha Machado, José Roberto Xavier e Fábio Sá e Silva. Com eles vi o tamanho do desafio de me lançar numa área ainda pouco explorada no Brasil. Por sua vez, Diego Werneck Arguelhes, Mateus Morais Araújo e Paulo Alkmin Costa Júnior me guiaram pela rica literatura em Ciência Política sobre comportamento judicial.

Em Noel Struchiner encontrei uma inspiração do que eu quero ser quando crescer na academia. Os amigos Leandro Malloy-Diniz e Renato César Cardoso me ofereceram várias oportunidades de discutir e mostrar meu trabalho. Meu agradecimento sincero também a

Sérgio Nojiri, por ser um obstinado guerreiro do campo de Direito, Psicologia e Neurociências no Brasil: um dia chegaremos à conclusão desse trabalho de Sísifo!

Nos últimos 5 anos, pude discutir meu tema, suas repercussões, e aliviar minhas angústias com um seleto grupo de amigos e colegas de trabalho no governo que sempre me estimularam a ser uma pessoa melhor, do ponto de vista pessoal e intelectual. Registro minha gratidão por Beto Ferreira Martins Vasconcelos, Marivaldo Pereira, Francisco Gaetani, Guilherme Alberto Almeida de Almeida, Antonio Claret Campos Filho, Clarice Costa Calixto, Celina Pereira, Audo Faleiro, Lucas Freire Silva, Daienne Amaral Machado, Marcelo Chilvarquer, Vera Ribeiro de Almeida, Carolina Yumi de Souza, Marina Lacerda Silva, Mariana Barbosa Cirne, Victor Epitácio Cravo Teixeira, Victor Martins Pimenta, Marcelo Torelly e João Paulo de Resende.

Deixo para o final o agradecimento à casa que me recebeu para a produção deste trabalho. A Universidade de Brasília é um ambiente estimulante, aberto e diverso. Meu orientador Alexandre Araújo Costa foi desde o início muito receptivo à proposta que assumi. E soube dosar com maestria as correções de rumo e a liberdade para minhas loucuras. A cada conversa, eu saía com mais bagagem e novos horizontes a explorar, impressionado com a facilidade com que ele transita entre o sentido de conceitos filosóficos nos gregos antigos, os debates em biologia evolucionista, e a manipulação de bases de dados de decisões judiciais.

Aprendi muito com as aulas que tive na UnB com Marcelo Neves, Claudia Rosane Roesler, Juliano Zaiden Benvindo e Debora Diniz, e com as produtivas conversas com os colegas Fábio Portela Lopes de Almeida, Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, Guilherme Sena de Assunção e Henrique Augusto Figueiredo Fulgêncio. E meus alunos de Sociologia Jurídica me fizeram experimentar o que de melhor a docência pode oferecer.

Esta tese jamais se concretizaria sem o imenso carinho de Oyama Andrade, traduzido em horas e horas dedicadas a revisões de texto, debates, estímulos, e muito tempo dedicado a curar as minhas inquietações. Aos que chegam a esta tese, pisem devagarinho: tem um imenso amor corporificado nestas linhas. Por fim, faço um agradecimento especial aos meus pais, Fabio de Oliveira Horta e Maria da Glória Brandão. Nada disto aqui teria sido possível sem sua decisão, quatro décadas atrás, de criarem filhos num um lar repleto de livros, que desde cedo despertaram nossa curiosidade e alargaram nossa visão sobre os enigmas do Universo. Desejo que consigamos oferecer o mesmo ao pequeno Francisco.

Aos que esperam muito do que vem a seguir: este é um trabalho exploratório. Muita pesquisa empírica ainda está para ser feita. No entanto, três magistrados enriqueceram meu pensamento sobre seu modo de atuar: Sérgio Nojiri, Paulo Alkmin Costa Júnior e Fabricio Lunardi. Espero sinceramente que meu trabalho sirva em alguma medida para o trabalho de vocês.

## Resumo

Embora central ao fenômeno jurídico, a questão da Tomada de Decisão é surpreendentemente ausente de livros e manuais jurídicos. Este trabalho pretende traçar um panorama de como variáveis extrajurídicas ou extradogmáticas importam na decisão judicial. Com base nos achados recentes das Ciências Comportamentais, sugerimos uma releitura do conceito de Racionalidade na Teoria do Direito, trazendo à cena questões como a influência dos vieses cognitivos e o desenho institucional de arquiteturas de decisão.

O primeiro artigo propõe, nos marcos da Teoria do Direito e da Filosofia do Direito, que se repense a forma como se entende “Racionalidade”. Para tanto, parte da tradição de pesquisa dos vieses cognitivos, oriunda da Psicologia Cognitiva e Social e da Economia Comportamental, e especificamente da “teoria argumentativa do raciocínio”, de Dan Sperber e Hugo Mercier, para questionar formulações acerca da racionalidade jurídica que se cingem à sua dimensão de justificação. Sugerimos ser possível integrar, numa formulação teórica da racionalidade judicial, os fatores extrajurídicos da decisão judicial que a literatura empírica vem apontando, concebendo o fenômeno da decisão judicial de forma mais ampla.

O segundo artigo delinea um panorama da gênese do fenômeno dos vieses cognitivos na tomada de decisão, a partir das Ciências Comportamentais. Com base em duas linhas de explicação, a evolucionista e a neurofisiológica, sugere-se que o modo de funcionamento da racionalidade humana atende a pressões específicas pela solução de determinados desafios. Pretende-se, com isso, que os interessados na Tomada de Decisão no Direito tenham uma visão mais realista do comportamento decisório humano, bem como uma compreensão mais aprofundada de por que existem os vieses cognitivos mapeados pela literatura experimental.

O terceiro artigo propõe um debate metodológico com a comunidade de pesquisadores empíricos do direito no Brasil. Analisando a literatura recente em Psicologia da decisão judicial, buscamos identificar os percalços e desafios que essa área de pesquisa vem encontrando. Além disso, ao descrevermos os métodos adotados nos experimentos e pesquisas que isolam variáveis psicológicas da decisão judicial, pretendemos fazer um elenco de estratégias de pesquisa possíveis para trabalhos futuros nessa área em nosso país.

O quarto e último artigo analisa um caso específico de decisão judicial à luz do que se sabe atualmente em Psicologia Experimental: a decisão de punir um transgressor de normas. Analisando experimentos que visam a entender o que se passa tanto na mente de quem toma a decisão de punir, quanto o que ocorre na mente de quem é punido, coloca-se em questão uma série de pressupostos da Teoria Penal vigente.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito. Direito e Psicologia. Decisão Judicial. Julgamento e Tomada de Decisão. Racionalidade Limitada. Psicologia da Punição.

## Abstract

Although central to Law, the issue of Decision-Making is surprisingly absent from legal guidebooks. This work aims to show how extraneous or extralegal variables matter in judicial decision-making and. Based on recent findings of the Behavioral Sciences, we suggest a reformulation of the concept of Rationality in Legal Theory, posing problems about the influence of biases and institutional design of choice architectures.

The first article proposes to rethink how Legal Theory understands "Rationality". Based upon the tradition of cognitive biases research, derived from Cognitive and Social Psychology, Behavioral Economics, and specifically the "argumentative theory of reasoning", by Dan Sperber and Hugo Mercier, we call into question formulations about legal rationality limited to its justification dimension. We suggest that it is possible to integrate, in a theoretical formulation of judicial rationality, the extralegal factors that the empirical literature has been pointing out, conceiving the phenomenon of judicial decision in a broader framework.

The second article draws a landscape of the causal roots of the phenomenon of cognitive biases in decision making, from the point of view of the Behavioral Sciences. Based on two lines of explanation, the evolutionist and the neurophysiological, we suggest that the way human rationality operates responds to specific pressures to solve certain challenges. We thus invite those interested in Legal Decision-Making in Law to adopt a more realistic view of human decision-making, as well as a deeper understanding of why there are cognitive biases mapped by the experimental literature.

The third article proposes a methodological debate within the community of empirical legal researchers in Brazil. Analyzing the recent literature on Psychology of Judicial Decision-Making, we identify the setbacks and challenges that this area of research has faced elsewhere. Furthermore, in describing the methods adopted by experiments that isolate psychological variables in the judicial decision-making process, we intend to chart possible research strategies for future work in this area in Brazil.

The fourth and final article analyzes a specific case of Judicial Decision-Making in the light of what is currently known in Experimental Psychology: the decision to punish an offender. Analyzing experiments that aim to understand what goes on in the minds of both those who decide to punish, and those who are punished, a series of assumptions of current Criminal Theory are called into question.

**Keywords:** Legal Theory. Law and Psychology. Judicial Decision-Making. Judgment and Decision Making. Bounded Rationality. Psychology of Punishment.



## Sumário Geral

1. Introdução .....	10
2. Artigo 1: Direito, Racionalidade e Argumentação: contribuições das ciências comportamentais à Teoria da Decisão Jurídica .....	21
3. Artigo 2: Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial? A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico.....	63
4. Artigo 3: Desafios da agenda de pesquisa empírica em Psicologia da Tomada de Decisão Judicial no Brasil .....	113
5. Artigo 4: A desalentadora função das prisões: revisitando as Teorias da Pena à luz da Psicologia Experimental .....	153
6. Considerações finais.....	186

## Introdução

Este é um trabalho interdisciplinar sobre comportamento judicial que tenta trazer para a conversa várias tradições de pesquisa. Nas próximas páginas, mobilizarei conceitos, estudos e autores que vão da Filosofia e da Teoria do Direito à Neurociência Cognitiva, passando pela Psicologia Social e pela Economia Comportamental. Se esta última frase soou pretensiosa, não se preocupe: não estou sozinho nesse intento.

Atualmente, a compreensão do comportamento humano reúne tantas áreas e especialidades, num esforço de convergência multimetodológica, que o que parece tolice é confinar objetos complexos a uma fortaleza unidisciplinar. E é este o caso do comportamento de magistrados, profissionais que decidem questões tecnicamente complexas ou moralmente carregadas: até o momento, não há uma teoria única sobre sua “Racionalidade” que dê conta da profusão de fenômenos que vêm sendo empiricamente mapeados.

Nosso objetivo, assim, é traçar um panorama de como influências extrajurídicas ou extradogmáticas importam na decisão judicial, e assim sugerir sua incorporação na Teoria do Direito. Via de regra, trata-se de um debate ausente dos livros e manuais utilizados no treinamento dos juristas no Brasil. Quando aparecem tais referências, limitam-se a notas de rodapé ou citações *en passant* sobre sua pitoresca existência.

Ainda há vozes na comunidade jurídica que utilizam termos pejorativos como “psicologismo” ou “decisionismo” para dispensar esse gênero de pesquisa. Todavia, longe de ser uma questão secundária, a visão que uma sociedade tem a respeito das influências sobre a decisão judicial pode trazer impactos concretos. Deveria causar perplexidade a facilidade com que o Poder Judiciário, no Brasil, ainda se escuda com argumentos sobre o caráter “técnico” ou “imparcial” de suas decisões em casos “difíceis”.

Quem presenciou o ambiente conflagrado pelo qual nosso país vem passando desde a eclosão da Operação Lava-Jato, e a magnitude da crise política dos últimos cinco anos, não tem dúvidas quanto à centralidade do papel do Supremo Tribunal Federal em acelerar ou conter movimentos politicamente decisivos, como o *impeachment* de uma Presidenta e a prisão de um ex-Presidente. Acreditar que as decisões, seja de um juiz de primeiro grau, seja de turmas revisoras, seja do colegiado supremo do Judiciário, são construções “meramente técnicas” em casos assim, revela ou ingenuidade, ou patente ignorância de uma literatura

empírica que falsifica esse quadro. Para que evitemos a difusão desse discurso equivocado, é preciso investir na difusão de uma descrição menos fantasiosa e mais realista do comportamento judicial.

Porém, a boa notícia é que a comunidade de pesquisadores que emprega teorias e métodos oriundos das Ciências Sociais e do Comportamento para compreender o fenômeno da decisão no Direito começa a desabrochar no Brasil, reconfigurando esse quadro. Esperamos que este trabalho contribua para a difusão desses enfoques em novas audiências.

É muito provável que o leitor deste trabalho possua algum domínio das teorias jurídicas que tratam da argumentação ou da hermenêutica de textos jurídicos, mas seja pouco familiarizado com as Ciências Comportamentais. Começaremos então por situar as teorias e modelos que desfilarão nas páginas subsequentes. Sigamos pelo fio histórico de duas dessas tradições de pesquisa sobre o comportamento decisório: a das Ciências Sociais, e a das Ciências Comportamentais.

Os cientistas políticos dos EUA estudam comportamento judicial ao menos desde a década de 1940. Hoje, naquele país, imensas bases de dados de decisões judiciais são mobilizadas para que se montem modelos matemáticos do comportamento judicial que contemplem as variáveis relevantes, como sugere o trabalho de Lee Epstein, William Landes e Richard Posner (Epstein et al., 2013).

No Brasil, porém, a abordagem empírica dessa faceta do Poder Judiciário só se desenvolve de meados dos anos 1990 em diante. Nos anos 2000, convergem uma série de fluxos distintos que contribuem para seu florescimento: o aumento do protagonismo político do Judiciário pós-reforma, a chegada dos modelos atitudinais e estratégicos norte-americanos ao debate acadêmico, aliados à formação de uma rede de pesquisa empírica em Direito (Silva, 2016; Horta et al., 2014), criam as condições para a explosão desse campo. Nos últimos dez anos, graças ao trabalho de grupos como o do *Supremo em Números* da Direto GV; “Política e Direito” da UnB; e “*Mare Incognitum: Desafios da Pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal*”, conduzido por Rogério Arantes na USP e Diego Werneck Arguelhes da FGV/RJ, pode-se dizer que há certo acúmulo empírico sobre como de fato funcionam as cortes no Brasil – ao menos os tribunais superiores. Falta ainda, porém, que a Psicologia da decisão judicial chegue ao nosso país de forma consistente.

Para explicar o que queremos dizer com isso, evoquemos o fio de outra tradição, resgatando uma história que remonta a um tempo mais antigo: o das Ciências Comportamentais. Já em 1879, Wilhelm Wundt fundou seu laboratório de Psicologia Experimental na Universidade de Leipzig, buscando empregar a metodologia das ciências naturais ao comportamento humano, sob a inspiração dos trabalhos de Hermann von Helmholtz e Gustav Fechner. É no pós-Segunda Guerra, porém, que o comportamento social e moral dos seres humanos será fortemente objeto do escrutínio experimental. Nos anos 1940, Solomon Asch estuda o efeito de conformidade social: as pessoas não querem ser diferentes das demais e chegam a alterar sua percepção dos fenômenos para não se destacarem. Na década de 1950, Leon Festinger propõe o conceito de “dissonância cognitiva”: para reduzir o desconforto derivado de contradições patentes, as pessoas podem criar justificativas as mais variadas possíveis. Por sua vez, os anos 1960 e a necessidade de entender a tragédia nazista trouxeram uma torrente de experimentos clássicos da Psicologia Social, como o da obediência à autoridade de Stanley Milgram, o Experimento da Prisão de Stanford de Philip Zimbardo, e sobre o efeito espectador sugerido por John M. Darley e Bibb Latané. São estudos que traçaram um quadro em que as pessoas são altamente influenciáveis ao contexto situacional: elas se sujeitam à autoridade, podem ser facilmente induzidas a serem cruéis, e podem deixar de oferecer ajuda em emergências apenas para não vivenciarem uma situação socialmente estranha<sup>1</sup> (Slater, 2005; Sapolsky, 2017, p. 461-469).

Além do giro experimental da Psicologia Social, as Ciências Comportamentais passaram por um giro darwinista a partir dos anos 1960/1970. Novos modelos biológicos, derivados do trabalho de cientistas como John Maynard Smith, Robert Trivers, W.D. Hamilton, George C. Williams, Ernst Mayr, Edward O. Wilson e Richard Dawkins contribuíram para uma síntese entre Genética e Evolução (Horta, 2012). A partir daí, explicações de comportamentos humanos complexos com base na teoria da seleção natural puderam ser elaboradas de forma consistente. O trabalho de primatólogos passou a ser levado a sério por quem queria entender como funciona a mente humana. A não ser em recônditos obscurantistas da vida acadêmica, contraposições estéreis entre “natureza” e “cultura”, ou “genética” e “cultura”, paulatinamente foram perdendo a razão de ser. Em poucas décadas,

---

<sup>1</sup> É importante recordar que alguns desses experimentos clássicos têm sido objeto de maior escrutínio nos últimos anos. O experimento de Philip Zimbardo, por exemplo, tem sido vigorosamente questionado tanto do ponto de vista da ética na pesquisa, quanto em virtude da metodologia adotada e da não replicabilidade dos resultados (Blum, 2018; Guilhem & Diniz, 2017).

esses modelos se tornaram *mainstream*, de modo que se tornou corriqueiro encontrar modelos evolucionários do comportamento humano nas publicações científicas mais respeitáveis.

É também dessa época a mudança na compreensão acerca do funcionamento da Racionalidade humana. Até meados do século XX, era mais ou menos difundido entre psicólogos um modelo racionalista, segundo o qual a mente humana funcionaria seguindo códigos normativos bem estabelecidos, como os ditames da estatística, da lógica clássica, o processamento exaustivo de informações disponíveis, entre outros. Porém, nos anos 1950, Herbert Simon já alertava para o quanto os modelos racionalistas estavam representando erroneamente o fenômeno decisório humano. Quando, nos anos 1960/1970, psicólogos como Peter Wason e Philip Johnson-Laird submeteram o raciocínio para solução de problemas ao paradigma experimental, os achados rapidamente apontaram para outra dinâmica de funcionamento da mente.

À infância da assim denominada Psicologia do Raciocínio, corresponderam os primeiros passos da Economia Comportamental. Com engenhosos experimentos, Daniel Kahneman, Amos Tversky e Richard Thaler mostraram que os modelos econômicos neoclássicos não davam conta da formação de preferências, da avaliação de probabilidades e da descrição das escolhas reais dos agentes econômicos. Na verdade, as pessoas recorrem a atalhos mentais (heurísticas) para tomar decisões – e daí seria possível explicar as inconsistências em relação aos modelos racionalistas. Dessa convergência de esforços nasce o campo conhecido como “Julgamento e Tomada de Decisão”, sintetizado, por exemplo, na obra de referência de Jonathan Baron, *Thinking and Deciding* (Baron, 2008). Desse modo, nos anos 1980, “vieses cognitivos” e “heurísticas” passaram a integrar o vocabulário dos psicólogos. Na década seguinte, as “teorias do duplo processo” tomaram o centro do palco das discussões sobre racionalidade humana, e o debate sobre se esses vieses aperfeiçoariam ou comprometeriam o raciocínio foi caracterizado com termos como “o grande debate da racionalidade” ou, ainda, como “*rationality wars*”.

Nesse ponto, ainda faltava compreender quais eram os substratos neurais do processamento cognitivo que vinha sendo assim descrito. Em 1990, o cientista japonês Seiji Ogawa desenvolveu a técnica por trás do exame de ressonância magnética funcional (fMRI). Os anos 90 viriam então a ser conhecidos como “década do cérebro”, pois as técnicas recém desenvolvidas de neuroimagem permitiram o estudo do funcionamento do cérebro *in vivo*. Logo passou a ser possível investigar decisões sociais, morais ou econômicas em tarefas

experimentais, correlacionando-as com padrões neurofisiológicos de ativação de áreas cerebrais específicas. Assim surgem, por exemplo, a Neurociência Cognitiva Social (Haase et al., 2009), a Neurociência Cognitiva Moral (Moll et al., 2005) e a Neuroeconomia (Glimcher & Fehr, 2014; Glimcher, 2011). Problemas como o da Consciência, até então restritos a debates de Filosofia da Mente, tornaram-se objeto de escrutínio experimental. Na virada para os anos 2000, as Neurociências ganham o grande público, e se tornam uma tendência, uma verdadeira referência popular de ciência – alguns chegam a denunciar os excessos da chamada “*Neurohype*”.

Os últimos dez anos têm sido de intensas e velozes mudanças. De um lado, inúmeros avanços para quem se aventura por esse campo da tomada de decisão humana. De outro, crescem chamados cada vez mais vigorosos para que se redobre o cuidado com os resultados publicados e modelos sugeridos.

Em 2008, a *MacArthur Foundation* recebe um vultoso aporte de recursos para se avançar a agenda de “Direito e Neurociências”, o que contribui para popularizar o *Neurolaw* ou Neurodireito mundo afora. A magnitude da crise financeira de 2008/2009, que ocorreu sem que os modelos dos economistas a previssem, abala o pensamento da Economia tradicional, dando forte impulso a trabalhos acerca da racionalidade limitada. Por sua vez, a concessão dos prêmios Nobel de 2001 a George Akerloff; de 2002 a Daniel Kahneman, de 2013 a Robert Shiller; e 2017 a Richard Thaler renovaram o fôlego da Economia Comportamental. Ao mesmo tempo, a estratégia de adoção das ciências comportamentais às políticas públicas, proposta por Richard Thaler e Cass Sunstein em seu livro de 2008 (Thaler & Sunstein, 2008), ganhou o mundo, com a adesão de organismos como o Banco Mundial, a OCDE e governos de dezenas de países em todo o mundo.

No atual ponto da discussão sobre como as pessoas decidem e como estão sujeitas a vieses, estereótipos, limitações e inconsistências no raciocínio, novas técnicas em Inteligência Artificial vêm sugerir que talvez o uso de algoritmos e *machine learning* permita que se tome melhores decisões em áreas como a Ciência, a Medicina e o Direito. Para além de uma questão sobre o lugar do humano diante do avanço da I.A., contudo, colocam-se questões polêmicas: será que os algoritmos não podem eles mesmos reproduzir e amplificar esses mesmos vieses e estereótipos (Harari, 2016; Kleinberg et al., 2018; Sunstein, 2019)? Num momento em que o mundo desperta para o “*techlash*”, ou o risco que o monopólio das

empresas de tecnologia FAANG<sup>2</sup> representa aos modos tradicionais de vida e de sociabilidade, e o dano concreto que as redes sociais vêm causando às nossas democracias cada vez mais polarizadas e esgarçadas (Bartlett, 2018; Levitsky & Ziblatt, 2018), trata-se de uma discussão urgente.

Por outro lado, nos últimos anos, as Ciências Comportamentais também precisaram se reinventar diante do que se convencionou chamar de “crise de replicação”. Já em 2005, John P. A. Ioannidis sugeria que a maioria dos achados publicados em periódicos científicos seriam falsos positivos, em virtude de delineamentos frouxos e com pequenas magnitudes de efeito (Ioannidis, 2005). Em 2008, Edward Vul, Harold Pashler e colegas publicaram o artigo sugestivamente intitulado “*Voodoo correlations in social neuroscience*”, questionando práticas em estudos de neuroimagem (Vul et al., 2009).

Por volta de 2011-2012, diversos casos rumorosos se somaram, colocando em questão a ética na coleta de dados e divulgação de resultados em publicações. Desde então, a comunidade científica passou a debater formas de aperfeiçoar a confiabilidade de achados, tais como a necessidade de pré-registrar protocolos de pesquisa, a adoção de novas e melhores ferramentas estatísticas, além de formas de superar o viés de publicação, que tende a favorecer achados positivos e provocativos à publicação de trabalhos que não encontram efeitos ou não replicam resultados. Iniciativas como o *Many Labs Project* da plataforma *Open Science Framework* (OSF) se lançaram à tarefa de replicar rigorosamente estudos de Psicologia Cognitiva e Social, descartando vários resultados consagrados no campo. O resultado desse processo é, de um lado, o abandono de teorias que populararam periódicos sérios e livros de divulgação científica, como muitos dos efeitos de *priming* e a tese da *ego depletion*<sup>3</sup>, mas também maior consistência e confiabilidade nos resultados das Ciências Comportamentais como um todo.

Neste ponto, vamos juntar os fios históricos que traçamos. Hoje, sabemos com base empírica sólida, que seres humanos estão sujeitos a vieses cognitivos; são animais sociais fortemente influenciáveis por seus pares; agem por preferências político-ideológicas sem se

---

<sup>2</sup> Acrônimo do mercado financeiro que designa Facebook, Amazon, Apple, Netflix e Google.

<sup>3</sup> Os estudos de *priming* sugerem a mudança comportamental inconsciente a partir de pistas subliminares discretas. Clássicos da psicologia do *priming* não replicados são o estudo que induz a honestidade a partir de uma imagem de dois olhos observantes (Bateson et al., 2006); e o que mostra que sujeitos de pesquisa expostos a estereótipos de pessoas idosas ficariam sugestionados e andariam mais vagarosamente ao deixarem o laboratório (Bargh et al., 1996). Por sua vez, o conceito de *ego depletion* sugere que o autocontrole é um recurso mental escasso que pode ser repostado por meio da ingestão de glicose, e esgotado por falta dela, e foi originalmente proposto por Roy Baumeister (Baumeister et al., 1998).

darem conta disso; decidem inconscientemente a maior parte do tempo; são inconscientes da própria ignorância sobre o real funcionamento das coisas; não têm acesso privilegiado aos próprios processos mentais; e fazem julgamentos morais difíceis de forma intuitiva, e não reflexiva. Todos esses achados têm consequências evidentes para a tomada de decisão juridicamente relevante.

Curiosamente, porém, esse debate que une Ciências do Comportamento e Direito ainda é pouco difundido no Brasil. No Brasil, a primeira publicação sobre “Direito e Neurociências” data de 2008, de autoria de Atahualpa e Marly Fernandez (Fernandez & Fernandez, 2008). Desde então, aos poucos emergiu uma comunidade de pesquisadores nessa interface. No momento em que escrevo, já existem pesquisadores dedicados especificamente às interfaces entre a área jurídica e as Ciências Comportamentais, a exemplo do grupo Direito, Psicologia e Neurociência (DIPSIN) na USP-Ribeirão, que hospeda um Seminário anual; o Núcleo de Estudos sobre Razão, Direito e Sentimentos Morais (NERDS) na PUC-Rio, e do Grupo de Estudos em Neuroética e Neurodireito da UFMG. Paulatinamente, o isolamento dos interessados pelo campo vai sendo rompido. Mas ainda há um longo caminho a ser percorrido.

Parte dos trabalhos que publiquei nos últimos anos teve o propósito de divulgar as questões, conceitos e consequências dessa interface (Horta, 2014; Horta, 2016; Costa & Horta, 2017; Cardoso & Horta, 2018). Esta tese, que consiste em quatro artigos inéditos, pretende contribuir para desbravar esse novo campo, especificamente em relação à Tomada de Decisão juridicamente relevante.

O primeiro artigo propõe, nos marcos da Teoria do Direito e da Filosofia do Direito, que se repense a forma como se entende “Racionalidade”. Para tanto, parte da tradição de pesquisa dos vieses cognitivos, oriunda da Psicologia Cognitiva e Social e da Economia Comportamental, para questionar formulações acerca da racionalidade jurídica que se cingem à sua dimensão de justificação. Com base na “teoria argumentativa do raciocínio”, originalmente formulada por Dan Sperber e Hugo Mercier em 2011 (Mercier & Sperber, 2011), e ampliada em sua obra mais recente, “*The Enigma of Reason*” (Mercier & Sperber, 2017), sugerimos que o paradigma interacionista por eles sugerido permite integrar, numa formulação teórica da racionalidade judicial, os fatores extrajurídicos da decisão judicial que a literatura empírica vinha apontando. Assim, o fenômeno da decisão judicial passa a ser



encarado de forma mais ampla, integrando, ao lado do seu aspecto argumentativo, fatores como os vieses cognitivos, as influências sociais e a arquitetura.

O segundo artigo adentra no âmbito das Ciências Comportamentais propriamente ditas, fazendo um panorama e uma análise crítica das formulações mais recentes que se tem da gênese do fenômeno dos vieses cognitivos na tomada de decisão. Com base em duas linhas de explicação, a evolucionista e a neurofisiológica, sugere-se que o modo de funcionamento da racionalidade humana atende a pressões específicas pela solução de determinados desafios ambientais. Os vieses seriam, assim, não um defeito, mas uma funcionalidade (“*not a bug, but a feature*”, como dizem os programadores de *software*) do raciocínio humano. Ademais, pontuamos os principais achados neurocientíficos acerca de como ocorre a tomada de decisão inconsciente no cérebro humano. Busca-se, assim, traçar um guia para o público jurídico dos meandros dessa discussão científica. Pretende-se, com isso, que os interessados na Tomada de Decisão no Direito tenham uma visão mais realista do comportamento decisório humano, bem como uma compreensão mais aprofundada de por que existem os vieses cognitivos mapeados pela literatura experimental.

O terceiro artigo propõe um debate metodológico com a comunidade de pesquisadores empíricos do direito no Brasil. Analisando a literatura recente em Psicologia da decisão judicial, buscamos identificar os percalços e desafios que essa área vem encontrando nos EUA, onde já vem de mais tempo. Além disso, ao descrevermos os métodos adotados nos experimentos e pesquisas que isolam variáveis psicológicas da decisão judicial, pretendemos fazer um elenco de estratégias de pesquisa possíveis para trabalhos futuros nessa área em nosso país.

O quarto e último artigo analisa um caso específico de decisão judicial à luz do que se sabe atualmente em Psicologia Experimental: a decisão de punir um transgressor de normas. Enquanto as teorias de Neurociência da Punição ainda são incipientes e questionáveis (vide Horta, 2018), a Psicologia da Punição traz valiosos achados que ajudam a identificar alguns dos pontos cegos e injustiças do sistema penal. Analisando experimentos que visam a entender o que se passa tanto na mente de quem toma a decisão de punir, quanto o que ocorre na mente de quem é punido, coloca-se em questão uma série de pressupostos da Teoria Penal assumidos acriticamente. O propósito preventivo do aumento da severidade das penas, o cálculo de custo-benefício do cometimento de um crime, e os efeitos pedagógicos da pena

privativa de liberdade no indivíduo a revelam-se, assim, formulações altamente problemáticas do ponto de vista empírico.

Esperamos que esses quatro trabalhos despertem no leitor a mesma sensação que tive quando, após ter deixado de lado por alguns anos os manuais de Direito que utilizei na graduação, a eles retornei com um novo olhar: fiquei estupefato com o quanto suas referências eram desatualizadas e superadas, e muitos dos seus pressupostos empíricos, superficiais e questionáveis. Senti um incômodo ímpeto, provocado pela ausência das Ciências da Decisão no mundo do Direito. Faço então o convite aos colegas para que penetremos em outro recinto, mais rico, marcado por uma miríade multifacetada das limitações e particularidades da racionalidade humana.

## Referências

- Bargh, J.A.; Chen, M.; Burrows, L. (1996). Automaticity of social behavior: Direct effects of trait construct and stereotype activation on action. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 71, n. 2, p. 230-244.
- Baron, J. (2008). *Thinking and Deciding* (4th ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Bartlett, J. (2018). *The People vs. Tech: How the internet is killing democracy (and how we save it)*. New York: Penguin Random House.
- Bateson, M.; Nettle, D.; Roberts G. (2006) Cues of being watched enhance cooperation in a real-world setting. *Biology Letters*. Vol. 2, n. 3, p. 412-414.
- Baumeister, R.F.; Bratslavsky, E.; Muraven, M.; Tice, D.M. (1998) Ego Depletion: Is the Active Self a Limited Resource? *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 74, n. 5, p. 1252-1265
- Blum, B. (2018) The Lifespan of a Lie: The most famous psychology study of all time was a sham. Why can't we escape the Stanford Prison Experiment? *Medium Psychology*. Disponível em: <https://medium.com/s/trustissues/the-lifespan-of-a-lie-d869212b1f62>
- Cardoso, R. C. & Horta, R.L. (2018) Julgamento e tomada de decisões no direito. In: Fernandes Malloy-Diniz, L.; Kluwe-Schiavon, B.; Grassi-Oliveira, R. (Org.). *Julgamento e Tomada de Decisão*. 1ª ed. Pearson, p. 143-168.
- Epstein, L.; Landes, W.M.; Posner, R.A. (2013). *The Behavior of Federal Judges – a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Fernandez, A. & Fernandez, M. (2008). *Neuroética, Direito e Neurociência – Conduta Humana, Liberdade e Racionalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá.
- Glimcher, P.W. (2011) *Foundations of Neuroeconomic Analysis*. Oxford: Oxford University Press.
- Glimcher, P.W. & Fehr, E. (2014) *Neuroeconomics: Decision Making and the brain*. 2. ed. London: Academic Press.
- Guilhem, D. & Diniz, D. (2017). *O que é ética em pesquisa*. 1ª ed. Ebook. São Paulo: Brasiliense.
- Haase V.G.; Pinheiro-Chagas, P.; Arantes, E.A. (2009) Um Convite à Neurociência Cognitiva Social. *Gerais: Revista Interinstitucional de Psicologia*, Vol. 2, n.1, p. 43-49.
- Harari, Y.N. (2016). *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Horta, R.L. (2012) *Consequences of adversity on the development of attachment-related neurotransmitter systems*. Dissertação (Mestrado em Neurociências). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.
- Horta, R. L. (2014) Um olhar interdisciplinar sobre o problema da decisão: analisando as contribuições dos estudos empíricos sobre comportamento judicial. *Revista Diálogos sobre Justiça*, v. 1, p. 38-48.
- Horta, R. L. (2016). Argumentação, Estratégia e Cognição: Subsídios para a formulação de uma Teoria da Decisão Judicial. *Revista Eletrônica Direito e Liberdade*, Vol. 18, 151–193.

- Horta, R.L. (2018) Cérebros que punem: uma revisão crítica da neurociência da punição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 8, n. 2, p. 929-944.
- Horta, R.L.; Almeida, V.R.; Chilvarquer, M. (2014). Avaliando o Desenvolvimento da Pesquisa Empírica em Direito no Brasil: o caso do Projeto Pensando o Direito. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 1, n. 2, p. 162-183.
- Horta R.L. & Costa A.A. (2017). Das teorias da interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, 15(20), p. 271-297.
- Ioannidis, J.P.A. (2005) Why Most Published Research Findings Are False. *PLOS Medicine*, Vol. 2, n. 8, p. 696-701.
- Kleinberg, J.; Ludwig, J.; Mullainathan, S.; Rambachan, A. (2018) Algorithmic Fairness. *AEA Papers and Proceedings*, Vol. 108, p. 22-27.
- Levitsky, S. & Ziblatt, D. (2018). *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar.
- Mercier H. & Sperber D. (2011). Why do Humans Reason? Arguments for an Argumentative Theory. *Behavioral and Brain Sciences*, v. 34, p. 57-111
- Mercier H. & Sperber D. (2017) *The Enigma of Reason – A New Theory of Human Understanding*. London: Allen Lane.
- Moll, J.; Zahn, R.; Oliveira-Souza, R.; Krueger, F.; Grafman, J. (2005) The neural basis of human moral cognition. *Nature Reviews Neuroscience*, Vol. 6, p. 799-809.
- Sapolsky, R.M. (2017) *Behave: The Biology of Humans at our Best and Worst*. New York: Penguin Press.
- Silva, F.S. (2016) Vetores, desafios e apostas possíveis na pesquisa empírica em direito no Brasil. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 3, p. 24-53.
- Slater, L. (2005) *Opening Skinner's Box: Great Psychological Experiments of the Twentieth Century*. New York: W. W. Norton & Company.
- Sunstein, C.R. (2019) Algorithms, Correcting Biases. Sunstein, Cass R., Algorithms, Correcting Biases (December 12, 2018). *Social Research*. Disponível na SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3300171>
- Thaler, R.H. & Sunstein, C.R. (2008) *Nudge: Improving decisions about health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press.
- Vul, E.; Harris, C.; Winkielman, P.; Pashler H. (2009) Puzzlingly High Correlations in fMRI Studies of Emotion, Personality, and Social Cognition. *Perspectives on Psychological Science*. Vol. 4, n. 3, p. 274-290.

# **Direito, Racionalidade e Argumentação: contribuições das ciências comportamentais à Teoria da Decisão Jurídica<sup>1</sup>**

## **Resumo**

O presente trabalho investiga as relações entre direito e racionalidade, questionando o potencial heurístico contemporâneo das teorias da argumentação que se tornaram centrais no pensamento jurídico brasileiro atual, especialmente no âmbito constitucional. Trabalhos empíricos recentes vêm demonstrando que o modo de argumentação dos juízes e tribunais brasileiros é deficiente em relação aos ideais normativos de uma suposta racionalidade esperada no Estado de Direito. Esses achados sugerem haver um grave problema na forma como se justificam decisões judiciais numa perspectiva democrática. Com base na tradição de pesquisa dos vieses cognitivos, oriunda da Psicologia Cognitiva e Social e da Economia Comportamental, e especificamente a partir da “teoria argumentativa do raciocínio”, propomos que, para melhor compreender esse fenômeno, a noção de decisão judicial precisa ser ampliada, incorporando os fatores político-estratégicos e extrajurídicos que influenciam o próprio raciocínio jurídico. Sustento que o aparente paradoxo do déficit argumentativo nas decisões evanesce quando se pensa a racionalidade judicial em termos não da justificação argumentativa perante um auditório universal, mas em termos de construção de argumentos que tenham potencial de se alinhar às posições do restrito grupo de pares que lhes são socialmente relevantes. Essa é uma posição inspirada na teoria interacionista de Sperber e Mercier, segundo a qual a racionalidade não deve ser compreendida como uma habilidade de identificar verdades, mas de influenciar outras pessoas por meio do diálogo. Essa perspectiva sugere que a chave para o aperfeiçoamento da tomada de decisão judicial pode estar no desenho institucional da arquitetura de decisão, bem como na conscientização sobre as limitações da racionalidade humana, mais do que na ampliação do rol de teorias, autores ou perspectivas filosóficas que deveriam ser dominados pelos magistrados para exercerem a função judicial de forma adequada.

**Palavras-chave:** Teoria do Direito. Decisão judicial. Argumentação jurídica. Vieses cognitivos. Teoria argumentativa do raciocínio.

---

<sup>1</sup> Versão anterior deste trabalho foi apresentada no *II Simpósio Retórica, Argumentação e Juridicidades*, realizado pelo Grupo de Pesquisa Retórica, Argumentação e Juridicidades (GPRAJ), na Universidade de Brasília, em 20/09/2018.

## **Abstract**

This paper investigates the relationship between Law and Rationality, questioning the heuristic potential of contemporary theories of argumentation in Brazilian legal thinking, especially in the Constitutional Law. Recent empirical studies have demonstrated that Brazilian judges' style of argumentation is deficient *vis-à-vis* the normative ideals of a supposed rationality of the Rule of Law. These findings suggest that there is a serious problem in the way judicial decisions are justified from a democratic point of view. Based on the tradition of cognitive biases research, derived from Cognitive and Social Psychology and Behavioral Economics, and specifically on the "Argumentative theory of reasoning", we propose that, to understand this phenomenon, the notion of judicial decision-making must incorporate the political-strategic and extra-judicial factors that influence legal reasoning. We argue that the apparent paradox of the argumentative deficit in decisions evanesce when one thinks of judicial rationality not in terms of argumentative justification to a universal auditorium, but of elaboration of that correspond to the positions of a restricted group of peers that are socially relevant. This position, based in Mercier and Sperber's interactionist perspective, considers rationality not in terms of truth-seeking, but as a tool of social influence. In addition, this perspective suggests that the key to improving judicial decision-making may lie in the institutional design of the decision-making setting, as well as in a growing awareness of human rationality's limitations, rather than in expanding the list of theories, authors, or philosophical perspectives that should be mastered by magistrates in order to perform properly their work.

**Keywords:** Legal theory. Judicial decision-making. Legal Argumentation. Cognitive biases. The argumentative theory of reasoning.

## Sumário

1. Introdução .....	23
2. O debate sobre “decisão judicial”: breve panorama .....	30
3. Por uma outra compreensão da “racionalidade” no debate da decisão judicial .....	34
4. Ampliando as perspectivas teóricas sobre decisão judicial.....	44
5. Conclusão.....	51
6. Referências.....	54

### 1. Introdução

Nunca se discutiu tanto sobre decisões judiciais. No entanto, a literatura sobre Julgamento e Tomada de Decisão (JTD) segue sendo uma ilustre desconhecida dos juristas brasileiros, exceto quando ela trata de questões *semânticas*. As abordagens semânticas tratam os textos jurídicos como enunciados dotados de um significado que pode ser definido por uma atividade *interpretativa*. Na década de 1970, o reconhecimento dos limites dos modelos hermenêuticos tradicionais (que buscavam estabelecer métodos de interpretação das normas jurídicas) conduziu ao desenvolvimento de uma *teoria da argumentação* que renovou as abordagens semânticas, passando de uma análise semântica das normas para uma análise semântica das *decisões judiciais*, as quais passaram a ser tratadas como *textos argumentativos* cuja validade dependeria da adoção de certas estruturas que garantissem a racionalidade da própria decisão.

Em comum, essas abordagens semânticas tomam os textos jurídicos (normativos e argumentativos) como *enunciados linguísticos*. Apesar de falarem reiteradamente em *decisões judiciais*, essas perspectivas negam justamente o aspecto *decisório* das sentenças, que são tratadas não como um *exercício de escolhas*, mas como um *exercício hermenêutico-argumentativo* pretensamente racional. Para tais abordagens jurídicas, não importam os motivos pelos quais os juízes tomaram suas decisões, nem são estudados os padrões efetivos das decisões dos tribunais: o que importa é avaliar se as “decisões” seguiram os padrões dogmáticos e argumentativos que tornam válidos ou inválidos certos pronunciamentos judiciais (A. A. Costa, 2008).

Não deve causar espanto que tais abordagens deixem completamente de lado a questão dos processos de *tomada de decisão*, entendidos como os processos que conduzem os julgadores a exercerem as escolhas. Embora cada vez mais numerosos e instigantes, estudos empíricos sobre decisões judiciais raramente figuram entre as referências de trabalhos jurídicos brasileiros que se dedicam ao tema (Almeida & Cestari, 2016). Vários podem ser os motivos desse abandono: pode ser a crença de que existem padrões racionais de decisão; pode ser a irrelevância dogmática do que não é enunciado; pode ser o reconhecimento de que as escolhas individuais são radicalmente irracionais, o que inviabiliza qualquer tentativa de organizar o direito a partir do estabelecimento de alguma metodologia que guie tais escolhas. Independentemente do motivo, o fato é que um estudo sistemático dos processos de *tomada de decisão* não faz parte da formação dos juristas brasileiros, e isso não parece se tratar de um simples *desconhecimento* de que os fenômenos decisórios seguem uma dinâmica que não é racional, visto que é comum que promotores, defensores, advogados e os próprios magistrados conversem abertamente entre si sobre como as características pessoais ou preferências político-ideológicas podem influir na forma como se aplica o direito.

Em geral, preocupações sobre esses fatores pessoais ou político-ideológicos são dispensados com base no seguinte argumento: não importa que a motivação de uma sentença seja pessoal, contanto que ela seja *justificada*. Com base nisso, a teoria da decisão pode sempre ser remetida à esfera normativa da justificação. E por isso mesmo podemos diagnosticar uma tensão latente no fato de que a literatura brasileira sobre decisão judicial segue excessivamente focada em debates normativos sobre o papel de princípios e regras na hermenêutica judicial, ou sobre parâmetros teóricos da racionalidade da decisão, como se a influência das variáveis extrajurídicas fosse algo irrelevante, indesejável ou insondável para a elaboração das formulações teóricas.

Independente de qual seja a relevância dogmática dos estudos acerca da *tomada de decisão judicial*, o fato é que os estudos sobre esse tema têm avançado muito nos últimos anos e têm revelado uma série de fenômenos muito importantes para a compreensão do significado social e político das práticas judiciárias, evidenciando especialmente as formas pelas quais fatores extra-semânticos (ou seja, fatores estranhos aos elementos que deveriam guiar as decisões dentro das perspectivas semânticas) podem influenciar o desfecho de processos judiciais.



O simples fato de ser de determinada raça, gênero ou nível socioeconômico pode interferir nas chances de um acusado ser absolvido (Mazzella & Feingold, 1994; Rachlinski, Johnson, Wistrich, & Guthrie, 2009). Em amostras de processos pesquisadas na França e nos Estados Unidos, condenações são menos duras se são proferidas na data de aniversário do acusado (Chen & Philippe, 2018).

Apesar da dogmática jurídica destacar a importância da imparcialidade na prática judicial, psicólogos e economistas que têm coletado e analisado dados judiciais têm encontrado um cenário em descompasso com esse ideal. Trabalhos recentes concluíram que em ações referentes a discriminação de gênero, o magistrado ser homem ou mulher (Boyd, Epstein, & Martin, 2010), ou possuir ou não filhas (Glynn & Sen, 2015), pode alterar a probabilidade de se declarar a ação procedente. Outro estudo sugere a proximidade de ciclos eleitorais pode levar desembargadores dos EUA a um maior viés político-ideológico suas decisões, em busca de maior visibilidade (Berdejó & Chen, 2017). Ao analisar casos acerca dos limites da liberdade de expressão ou de manifestação, a concordância político-ideológica dos magistrados com o discurso a ser protegido faz diferença na decisão sobre sua legalidade (Epstein et al., 2018). Contrariamente à tese da Jurisdição Constitucional como sendo contramajoritária, estudos realizados nesta década têm apontado que a Suprema Corte dos EUA é altamente permeável à opinião pública dominante ao julgar a maioria dos casos (Casillas, Enns, & Wohlfarth, 2011; L. Epstein & Martin, 2010).

Numa linhagem ainda mais provocativa de estudos empíricos realizados a partir de bases de dados de decisões reais, sugeriu-se que, independentemente do mérito dos casos trazidos em juízo, a fome, o sono e o cansaço dos juízes (Cho, Barnes, & Guanara, 2017; Danziger, Levav, & Avnaim-Pesso, 2011), fatores como o mau tempo, ou o fato de seu time de futebol ter ganhado no dia anterior podem efetivamente impactar na procedência ou não das sentenças (Chen & Spamann, 2016; Eren & Mocan, 2018). Magistrados, segundo essa literatura, estariam sujeitos a uma série de vieses cognitivos e emocionais ao tomarem decisões complexas, e nem sempre se utilizariam de todo o material probatório trazido diante de si para decidirem casos (Dhami, 2003; Englich, Mussweiler, & Strack, 2006; Guthrie, Rachlinski, & Wistrich, 2007; Wistrich, Rachlinski, & Guthrie, 2015). Resultados empíricos dessa crescente literatura colocam em dúvida não só o ideal de imparcialidade do juízo, mas a própria acurácia das decisões, que seriam influenciadas por fatores absolutamente irrelevantes do ponto de vista da dogmática.

É importante ressaltar que não são apenas juízes que se comportam dessa forma – a literatura comportamental sobre como o julgamento de pessoas leigas é influenciável por fatores aparentemente irrelevantes vem de décadas e continua crescendo a cada dia. Experimentos mostraram que ao julgarem a reprovabilidade de condutas, as pessoas são inconscientemente influenciadas por fatores tão distintos quanto a obesidade do agente (Schvey, Puhl, Levandoski, & Brownell, 2013), a avaliação que se faz do seu caráter (Nadler & McDonnell, 2012), ou mesmo se sentem nojo por algo existente no ambiente de tomada da decisão (Schnall, Haidt, Clore, & Jordan, 2008; Tavares & Hannikainen, 2018). Ou seja, mesmo no caso da tomada de decisão moral, estereótipos, fatores emocionais e afetivos podem desempenhar um papel relevante na determinação dos resultados.

Embora o desenvolvimento de uma *descrição mais realista* das atividades decisórias no campo do direito exija uma revisão da literatura empírica sobre influências extrajurídicas na decisão judicial, trata-se de uma empreitada que extrapola o propósito do presente trabalho<sup>2</sup>. Todavia, trata-se de um estado de coisas que deveria causar estranhamento aos acadêmicos. Talvez isso se deva à desconfiança e baixa receptividade dispensada ao Realismo Jurídico por parte da discussão acadêmica brasileira<sup>3</sup>, o que levou ao atraso relativo na incorporação dos enfoques empíricos na nossa Teoria do Direito. Entre nós, as tradições que se debruçaram sobre o problema da decisão judicial são tributárias preponderantemente das teorias da argumentação jurídica e da hermenêutica jurídica. E, nessa perspectiva, a análise das decisões judiciais projeta seu olhar sobretudo sobre os argumentos utilizados no discurso das justificativas das sentenças.

A popularidade das teorias normativas na discussão acadêmica contrasta com seu baixo impacto na prática judicial. Os dados disponíveis revelam que o rigor argumentativo das sentenças no Brasil deixa a desejar. Nos últimos anos, o estudo empírico das justificativas empregadas por juízes brasileiros no processo decisório tem apontado um forte *déficit* argumentativo, problemático em relação aos ideais normativos tradicionalmente sugeridos pela

---

<sup>2</sup> Para revisões atualizadas e abrangentes dessa literatura, vide (Braman, 2017; Harris & Sen, 2019; Rachlinski & Wistrich, 2017). Para uma revisão em língua portuguesa, vide (Cardoso & Horta, 2018).

<sup>3</sup> Muito do que se entende como “realismo jurídico” na academia brasileira ainda remete à caricatura, difundida por autores consagrados entre nós, como é o caso de Ronald Dworkin, do que seriam as premissas dessa corrente filosófica. Para essa descrição (desfavorável) do realismo, o Direito seria totalmente indeterminado, e não passaria do conjunto de justificativas feitas *a posteriori* para os “palpites” intuitivos do juiz. Assim, saber “o que o juiz comeu no café da manhã” seria mais importante para prever uma decisão do que o conteúdo dos textos normativos (Dworkin, 2003, p. 45). Há extensa literatura indicando que essa caracterização do realismo não faz jus à complexidade e às nuances dos debates propostos por essa corrente na discussão contemporânea (Nourse & Shaffer, 2009; Schauer, 2009, pp. 124–147; Tamanaha, 2010).

literatura. Seja em entrevistas com magistrados (Daufemback, 2014; Xavier, 2010), seja em estudos empregando a análise do discurso de julgados (Gomes, 2013), ou com base em análise da jurisprudência das cortes superiores (Rodriguez, 2013; Roesler, 2016), o cenário encontrado é de incoerência entre as teorias dogmáticas adotadas pelos agentes, aliado à pouca preocupação em se justificar racionalmente as decisões tomadas, e à primazia do apelo à autoridade, a partir de uma bricolagem de autores citados, em vez da elaboração de uma *ratio decidendi* clara e compreensível. Tal como apontado por teóricos, a prática judicial brasileira parece excessivamente deslumbrada com autores estrangeiros, mas pouco preocupada na sua internalização rigorosa na dogmática pátria (V. A. Silva, 2005), e disposta a se valer de supostos “métodos interpretativos” como estratégia para escamotear o caráter político das decisões judiciais (A. A. Costa, 2008).

Produz-se, assim, um paradoxo, em que os trabalhos de dogmática professam elevados ideais normativos para uma “boa” justificação da decisão judicial, mas a prática acaba por revelar um uso superficial de referenciais teóricos, ou então admite a plena discricionariedade judicial na escolha de argumentos justificativos da decisão como método. Esse cenário, encontrado em pesquisas empíricas, pode ser exemplificado por trechos de votos do Supremo Tribunal Federal:

“Ofício 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.”

Rel. Min. Marco Aurélio Mello. RE 140.265/SP (STF)

“A interpretação do juiz é um ato de conhecimento e também de vontade (...) a alternativa verdadeiro/falso é estranha ao direito, onde existe apenas o aceitável (justificável), razão por que, assim como Kelsen, Eros Grau nega a existência de uma única resposta correta (verdadeira, portanto) para cada caso jurídico.”

Rel. Dias Toffoli. RO em RHC 131.544/PR (STF)

Ainda com maior ênfase, a célebre citação do Min. Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça:

“Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição (...). Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos

estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico - uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja” (AgReg em ERESP nº 279.889-AL).

Um argumento frequente é o de que a gênese do “decisionismo” judicial seria o uso equivocado ou pouco informado de teorias filosóficas como as da lavra de Gadamer, Dworkin e Alexy no Brasil, o que levaria a uma visão subjetivista do ofício do magistrado (Streck, 2013). Nessa linha crítica à forma com que os tribunais brasileiros vêm adotando o discurso da interpretação constitucional, o problema passaria pela falta de rigor na incorporação dos autores estrangeiros. Segundo esse diagnóstico, a carência derivaria da necessidade de uma melhor aprendizagem do que é racionalidade jurisdicional, a partir de autores e teorias elaborados em outras realidades institucionais (Rodriguez, 2013, pp. 68–69).

A persistência da discricionariedade, *apesar* da difusão de teorias pós-positivistas que reforçam a autonomia funcional do Direito seria, nessa leitura, um problema de recepção teórica. A gênese do problema seria o hábito de se “*ficar repetindo listas de métodos e princípios elaborados para uma realidade e uma época diferentes (...) não se pode querer fazer direito constitucional alemão no Brasil*” (V. A. Silva, 2005, p. 141).

Disso resultaria uma teorização incompleta, eclética, sincrética, “*uma massa de artifícios retóricos que passou a ser contraposta de forma dicotômica ao ‘formalismo positivista’ (...) um modelo de discurso que acabou por legitimar a apresentação de convicções subjetivas como se fossem Direito objetivo*” (Michelon, Mendes, & Veríssimo, 2008, p. XXI). Fundamentar uma decisão, no Brasil, significaria não “*argumentar em nome da melhor solução possível para o caso, mas sim apresentar as razões pelas quais se formou uma opinião pessoal*” (Rodriguez, 2013, p. 74). No STF, os efeitos disso seriam ainda mais evidentes, já que “*cada Ministro apresenta votos (geralmente longuíssimos) em separado, aduzindo argumentos e razões os mais diversos, (...) [chegando] aos mesmos resultados com os argumentos mais diferentes*”, transformando o acórdão final num produto inconsistente (Neves, 2013, p. 199).

Se a gênese do déficit argumentativo nas sentenças judiciais deriva ou não da má formação de Filosofia aos magistrados e acadêmicos, trata-se de uma questão que mereceria escrutínio empírico. Todavia, uma outra hipótese igualmente interessante é a de que a noção mesma de racionalidade judicial mereça uma releitura. Neste trabalho, sugerimos que uma renovação do repertório utilizado nesse debate pode trazer novas hipóteses explicativas para esse problema.

Tal como os desenvolvimentos da filosofia da linguagem do início do século XX colocaram em xeque a possibilidade de descrever a atividade judicial como um processo racional de interpretação normativa, a pesquisa empírica contemporânea coloca em xeque a possibilidade de descrever a prática judicial unicamente a partir de um *paradigma argumentativo*. Se a influência de fatores extrajurídicos for suficientemente grande, a adoção de uma perspectiva semântica descritiva passaria a ser injustificável, mesmo que seja como uma simplificação útil de práticas cognitivas mais complexas. Claro que a abordagem argumentativa poderia ser adotada nos marcos de uma certa dogmática jurídica, mas seria necessário reconhecer nas abordagens argumentativas apenas mais das várias *ficções* a partir das quais o discurso dogmático organiza a prática jurídica segundo padrões de validade (Warat, 1995, p. 68). Inobstante, seria razoável que as abordagens jurídicas prestassem mais atenção na *descrição* dos aspectos sociais do comportamento judicial, especialmente em um contexto no qual o aspecto político das decisões tem sido reconhecido de forma cada vez mais recorrente.

Não parece completo o diagnóstico de que o descaso com a argumentação judicial tenha raízes tão somente em um *déficit* de treinamento, conhecimento ou técnica argumentativa. Partimos da hipótese de que a própria idealização regulativa de Racionalidade judicial mais disseminada na Teoria do Direito padece de problemas. Ao adotar uma abordagem normativa forte, adstrita ao plano argumentativo, essa formulação distancia-se das bases empíricas do próprio fenômeno. Mesmo uma teoria normativa da decisão judicial precisa ser baseada em uma descrição minimamente realista das decisões, pois algum acoplamento com a empiria é necessário para que as ficções da dogmática possam operar de forma eficiente.

Esse exercício de redimensionamento do que se entende como *decisão judicial* exige que se compreenda o conceito de “decisão” de forma mais ampla, para além do distanciamento entre os parâmetros racionais da justificação jurídica e a prática cotidiana. A nosso ver, é preciso também compreender quais fatores influenciam a tomada de decisão humana, quais os vieses

cognitivos a que todos estamos sujeitos, e, ainda mais importante, de que forma esses vieses acabam sendo internalizados e justificados ao longo do próprio processo decisório (Struchiner & Brando, 2014).

A renovação do repertório utilizado nesse debate se inicia por enriquecê-lo com os achados empíricos da Psicologia Cognitiva e Social contemporânea. Um primeiro passo é repensar os usos e significados do que se entende por “racionalidade”. A compreensão desse termo, tão carregado filosoficamente, pode ser um dos motivos pelos quais tanto se busca e tão pouco se encontra, na prática, algo digno de assim ser chamado. A origem da frustração, ou do paradoxo, pode estar numa compreensão incompleta do funcionamento da racionalidade humana.

Para tanto, será traçado um panorama da discussão sobre racionalidade da decisão judicial para, em seguida, introduzirmos um aporte que permite, a nosso ver, elaborar uma visão integrada dos fatores cognitivos e justificativos que compõem o processo decisório: a “teoria argumentativa do raciocínio”, formulada por Hugo Mercier e Dan Sperber.

## **2. O debate sobre “decisão judicial”: breve panorama**

Quando se buscam trabalhos sobre “decisão judicial” no meio acadêmico brasileiro, via de regra encontram-se livros, artigos, teses e monografias sobre interpretação e aplicação do direito, caudatários das tradições teóricas da Hermenêutica e Argumentação.

Por muitos anos, a obra de Calos Maximiliano foi a *vulgata* da Interpretação Jurídica no Brasil. Os manuais se dedicavam a enumerar quais as espécies de interpretação, num catálogo repetitivo – a exemplo das técnicas de interpretação gramatical, lógica, histórica ou sistemática (França, 1999, p. 8). Em paralelo a esse rol de metodologias, a Hermenêutica tradicional trazia certo apelo para que o juiz levasse em conta o meio social e as consequências resultantes de sua interpretação do Direito (Maximiliano, 2000, p. 157).

A exortação aos magistrados a exercerem seus poderes de forma expansiva não é novidade. Nos anos 1980-1990, por exemplo, o movimento do Direito Alternativo já encontrava significativa ressonância não só entre magistrados, como também no meio acadêmico. Naquela época, o “Positivismo”, identificado com uma leitura excessivamente legalista, típica da dogmática jurídica, era criticado como sendo perpetuador de injustiças e desigualdades. Dessa forma, uma visão progressista, e otimista com as possibilidades abertas pela Constituição-cidadã,

promovia o ativismo judicial como meio de efetivação de direitos longamente negados aos setores mais vulneráveis da sociedade. Nessa perspectiva, caberia ao magistrado levar em “consideração o contexto histórico-social”, de modo a possibilitar a “recriação ou reelaboração do Direito pelos juízes e tribunais” (Azevedo, 1996, pp. 122–123). Ou, ainda, nas palavras de um conhecido jurista, “o papel do juiz inteligente, íntegro e humano é desvendar os caminhos para que a lei injusta se torne justa, armando raciocínios lógicos e suscetíveis de ganhar, pela cultura e pela autoridade moral, o apoio do juiz conservador e equivocado dos escalões superiores” (Herkenhoff, 1994, p. XVIII).

O sincretismo metodológico foi a marca da Hermenêutica Jurídica durante boa parte do século XX, e, com maior ou menor deferência ao tradicionalismo da comunidade jurídica, proporcionava-se alguma abertura e flexibilidade para que os praticantes pudessem encontrar justificativas para decisões mais focadas numa alegada teleologia ou leitura político-sociológica dos casos trazidos em juízo. Como destacado por Alexandre Costa, os autores tradicionais da Hermenêutica não ofereciam propriamente uma metodologia interpretativa, mas categorias e *topoi* que organizavam a retórica da aplicação do Direito (A. A. Costa, 2008, p. 336).

Em paralelo a isso, com a promulgação da Constituição de 1988 e o fortalecimento institucional do Poder Judiciário e do Ministério Público, a doutrina constitucional passa a conformar a discussão sobre a aplicação do Direito. Os cânones de interpretação passam a ser aqueles ligados à constitucionalização do Direito, mais particularmente à Jurisdição Constitucional. Sob forte influência alemã, o debate sobre a aplicação de princípios constitucionais passa a compor o discurso-padrão de boa parte da produção nacional. Temas como o debate entre Dworkin e Alexy sobre a natureza dos princípios, e a tendência denominada de “neoconstitucionalismo” passam a acompanhar um crescente empoderamento das cortes e seu impacto na vida política brasileira (Costa Júnior, 2018).

No debate recente, as abordagens normativas predominantes do problema da decisão judicial abordam duas grandes questões: o discurso jurídico adequado e o alcance ou grau de atuação dos juízes. A primeira questão se refere a qual o parâmetro discursivo de aceitabilidade racional do discurso judicial, ou, dito de outra forma, como se deve fundamentar uma sentença para que ela seja juridicamente adequada. A segunda trata do quanto se justifica a intervenção judicial num determinado assunto, podendo as teorias advogarem um maior nível de ativismo, ou preconizarem a contenção do magistrado (Barroso, 2017).

Provavelmente o autor mais influente no âmbito do debate recente sobre as relações entre constitucionalismo e interpretação no Brasil foi Ronald Dworkin. Vulgarizado como o ponto de partida da leitura-padrão que se deve fazer da Constituição, a obra de Dworkin foi louvada por neoconstitucionalistas e defensores do ativismo judicial e do empoderamento do Judiciário por seu potencial de fortalecimento da democracia por intermédio do Poder Judiciário (Moro, 2002). Por sua vez, detratores do neoconstitucionalismo ativista passaram a criticar a má interpretação de sua obra e propor um retorno ao “autêntico” Dworkin, cuja obra seria, na verdade, um anteparo contra o decisionismo judicial (Streck, 2016).

No Brasil, as propostas que apontam para o ativismo judicial como ideal normativo ecoaram de forma exemplar na tese da “vanguarda iluminista”: caberia ao Supremo Tribunal Federal (STF) empurrar a sociedade em direção ao progresso histórico, aqui entendido como a superação de formas de discriminação e obscurantismo, ainda que para tanto tenha que superar o “senso comum majoritário”, isto é, contrariar visões conservadoras dominantes na população e no Legislativo (Barroso, 2017, pp. 37–45).

É importante destacar que a tese da “leitura moral” da Constituição de Dworkin, além das contradições internas que apresenta (A. A. Costa, 2014), vem sendo desafiada em outros termos. Jürgen Habermas já havia sugerido que o otimismo exibido por Dworkin em relação à decisão judicial derivava de um contexto histórico bem específico (Habermas, 2003, p. 266). Sunstein vai além, notando que o excessivo otimismo em relação aos avanços sociais derivados da atuação da Corte Warren num determinado momento não poderia ser generalizado a toda a história da Jurisdição Constitucional dos EUA, que contém como precedentes diversas decisões teratológicas. Seria o caso de infames decisões como a que negou cidadania a ex-escravos, o caso *Dread Scott*, e a que permitia cláusulas abusivas em contratos de trabalho, o caso *Lochner* (Sunstein, 2006). Ora, se o juiz pode adotar uma atitude “heroica” e promover leituras morais no exercício de suas atribuições, pode perfeitamente fazê-lo em prol de retrocessos sociais (Sunstein, 2015). Nesse sentido, o recente giro conservador da *Supreme Court* tem deixado juristas progressistas daquele país mais cautelosos em relação ao papel do Judiciário no suposto avanço da agenda democrática.

Não por acaso, mais recentemente, o fascínio das teorias de linhagem ativista encontrou um contraponto. Ao lado de autores que questionam a Jurisdição Constitucional como método desejável para a solução de conflitos sociais, como Jeremy Waldron e Mark Tushnet, o



Minimalismo Judicial surgiu como uma teoria normativa da contenção judicial, tendo como proponentes autores como Cass Sunstein e Adrian Vermeule. O chamado “argumento das capacidades institucionais” passou a enfatizar o risco de erro nas decisões judiciais, derivado da falta de informações e de especialização do Poder Judiciário em solucionar casos tecnicamente muito complexos (Sunstein & Vermeule, 2003; Vermeule, 2006).

Nesse cenário de controvérsias, os manuais de Direito Constitucional mais difundidos no Brasil seguem tratando a interpretação jurídica mediante a apresentação de uma listagem de princípios interpretativos que podem ser invocados na justificação da decisão. Contudo, como já apontado por Virgílio Afonso da Silva (V. A. Silva, 2005), em termos de prática judicial, vale questionar em que os princípios de interpretação constitucional efetivamente diferem dos tradicionais cânones interpretativos tradicionais da obra de Carlos Maximiliano. Pode-se ler o elenco de métodos de interpretação constitucional consagrado em manuais jurídicos de forma análoga, consistindo, em termos práticos, num rol de suportes argumentativos para decisões possíveis, fornecendo maior amplitude à retórica judicial. Como toda pretensão de “método interpretativo” (A. A. Costa, 2008), não há um critério de escolha de método que ultrapasse o aspecto voluntário ou político da decisão.

As teorias normativas dominantes sobre interpretação jurídica foram criticadas por ocultarem, sob um manto de suposta cientificidade, o caráter político da aplicação do direito. Ao sustentarem uma noção de coerência que subestima a indeterminação dos textos normativos, ignoram como a decisão judicial acaba sendo uma forma de alocação de poder diante dos conflitos sociais (A. A. Costa, 2013; Freitas Filho, 2015). De fato, uma teoria da decisão judicial que não contemple a questão de como o comportamento judicial pode refletir preferências político-ideológicas parece incompleta.

Uma objeção ao chamado empírico é a de que toda teoria normativa se vale de idealizações contrafactuais. Admitir que uma decisão seja resultado de opções político-ideológicas ou vieses psicológicos poderia resvalar num ceticismo absoluto, em que o direito seria mero instrumento de controle ou dominação, e se dissolveria, perdendo sua autonomia e legitimidade (Habermas, 2003, pp. 248–250). Porém, pretende-se mostrar que não se trata de recusar o debate normativo, em prol de uma teoria realista meramente descritiva, mas de melhor

articular os achados empíricos numa teoria normativa mais abrangente<sup>4</sup>. Quando as teorias normativas precisam ser baseadas em uma multiplicidade de ficções, elas correm sério risco de se tornarem *disfuncionais*, pois cada perspectiva política preencherá as ficções segundo seus próprios parâmetros, inexistindo critérios consistentes para avaliar a adequação argumentos em modelos altamente contrafactuais. Não se pode exigir factualidade estrita de teorias normativas, mas a existência de um certo equilíbrio entre descrições empíricas e parâmetros normativos é fundamental para uma teoria dogmática funcional.

Em síntese, talvez seja preciso compreender “decisão” de forma mais ampla, levar em conta quais fatores influenciam a tomada de decisão humana, quais os vieses cognitivos a que todos estamos sujeitos, e, ainda mais importante, de que forma esses vieses acabam sendo internalizados e justificados ao longo do próprio processo decisório. Para este fim, um “giro empírico” faria bem à teoria jurídica (Struchiner & Brando, 2014).

Mostrarei, na seção seguinte, que é possível conciliar a literatura recente sobre a Psicologia da tomada de decisão humana com a *discussão normativa sobre as justificativas adequadas no discurso jurídico*. Para tanto, porém, é preciso renovar os pressupostos empíricos das teorias normativas, a começar pela forma como elas concebem a racionalidade humana.

### **3. Por uma outra compreensão da “racionalidade” no debate da decisão judicial**

Nos últimos 40 anos, diversas linhas de pesquisa se dedicaram a identificar, mapear, descrever e teorizar sobre os diversos vieses cognitivos que humanos apresentam no processo decisório. Pesquisadores ligados às áreas de Economia Comportamental, Psicologia do Raciocínio, Psicologia Social e Cognitiva, Julgamento e Tomada de Decisão, Teoria da Decisão e Neurociências, entre outras, vêm se dedicando a mostrar como o raciocínio, julgamento e tomada de decisão, em ambientes reais, desviam das normas da lógica, da estatística, da economia clássica ou de outros parâmetros normativos esperados. Várias teorias foram propostas

---

<sup>4</sup> Em sentido semelhante: “*O Direito pode e deve ter uma vigorosa pretensão de autonomia em relação à política. Isso é essencial para a subsistência do conceito de Estado de direito e para a confiança da sociedade nas instituições judiciais. A realidade, contudo, revela que essa autonomia será sempre relativa. Existem razões institucionais, funcionais e humanas para que seja assim. Decisões judiciais, com frequência, refletirão fatores extrajurídicos. Por longo tempo, a teoria do Direito procurou negar esse fato, a despeito das muitas evidências. Pois bem: a energia despendida na construção de um muro de separação entre o Direito e a política deve voltar-se agora para outra empreitada. Cuida-se de entender melhor os mecanismos dessa relação intensa e inevitável, com o propósito relevante de preservar, no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do Direito*” (Barroso, 2017, p. 24)

para explicar esse descompasso empiricamente verificado entre o que se compreende por racionalidade humana – a qual deveria em tese ser capaz de fazer uma descrição acurada da realidade e buscar, seja individualmente, seja coletivamente, as respostas “corretas” para problemas – e o que se verifica em testes e experimentos (Baron, 2008; Evans, 2008; Kahneman, 2012; Stanovich, 2011). Recentemente, diversos estudos vêm sendo realizados com juristas, magistrados e estudantes de Direito, replicando esses resultados, como mostrado na Introdução.

Para compreender o impacto desses estudos na forma como cientistas do comportamento compreendem a racionalidade atualmente, o primeiro ponto é duvidar da introspecção como método válido de aproximação desse objeto. Parece intuitivo acreditar que nossos pensamentos nos fornecem um “acesso privilegiado” ao que efetivamente se passa na nossa mente, e que nós nos conhecemos melhor do que qualquer outra pessoa. No entanto, hoje se sabe que a compreensão que as pessoas têm do funcionamento dos próprios processos mentais não corresponde ao que de fato se passa no seu cérebro. Na verdade, as explicações que damos sobre nosso próprio comportamento não são descrições precisas de mecanismos mentais; são, em vez disso, explicações cuidadosamente construídas a partir da interpretação que fazemos do nosso próprio comportamento (Nisbett & Wilson, 1977). Quatro estudos clássicos mostram isso de maneira convincente.

Num experimento clássico da Psicologia Social, Bibb Latané e Judith Rodin pediram que os sujeitos de pesquisa entrassem numa sala e preenchessem um questionário de *marketing*. O que eles não sabiam era que o objeto do estudo era outro: avaliar se eles ajudariam uma pessoa que passasse por uma situação estressante na sala ao lado. Durante o preenchimento do questionário, eles ouviam a pessoa atrás da porta subindo numa cadeira para pegar papeis na estante, caindo e se machucando. Os sujeitos de pesquisa estavam ou sozinhos na sala, ou acompanhados de um conhecido, ou de um desconhecido – que, na verdade, fazia parte da equipe de pesquisadores. Os resultados mostraram que a variável mais relevante para explicar o comportamento de ajuda era o fato de estarem sozinhos ou não. Quando sozinhos, os sujeitos de pesquisa ajudavam em 70% das vezes a pessoa acidentada na sala adjacente. Quando acompanhados de um estranho aparentemente alheio ao que estava acontecendo, eles auxiliavam a pessoa acidentada apenas 7% das vezes. Posteriormente, ao serem entrevistados, os que haviam ajudado justificavam sua decisão em termos morais – “era a coisa certa a se fazer” – ao passo que os que haviam deixado de ajudar atribuíam sua inércia a justificativas que preservavam sua

autoimagem: ou que não havia como saber o que havia ocorrido, ou que não deveria ter sido um acidente grave. Ou seja, os sujeitos buscaram uma explicação para o próprio comportamento que os fizesse parecer bem perante outras pessoas, completamente alheios à verdadeira causa de terem ou não ajudado a pessoa acidentada: o fato de estarem ou não sozinhos na sala (Latané & Rodin, 1969).

Em outro experimento psicológico famoso, mais recente, a equipe de Jonathan Haidt pedia a participantes que justificassem por que achavam situações hipotéticas moralmente reprováveis. Uma das situações tratava de um caso de incesto, mas praticado entre irmãos adultos de forma consensual, sem possibilidade de gravidez, e ausentes traumas psicológicos que abalasse sua relação. A segunda versava sobre a correção de se servir para o jantar o cão doméstico da família, atropelado acidentalmente. A terceira, se seria apropriado ou não limpar um vaso sanitário com uma bandeira nacional. Os três casos hipotéticos despertavam fortes reações de reprovação moral dos participantes, mas por serem cenários que não traziam dano concreto para ninguém, ao serem questionadas, as pessoas tinham dificuldade em dar uma justificativa racional para a indignação que intuitivamente sentiam (Haidt, 2001). Diversos estudos posteriores demonstraram que as pessoas fazem julgamentos morais de forma intuitiva, e, quando solicitadas a explicar racionalmente o por que de seus julgamentos, têm extrema dificuldade para fazê-lo, no fenômeno conhecido como “estupefação moral” (*moral dumbfounding*).

Para analisar se as pessoas tinham consciência das próprias decisões tomadas, Johansson e colegas (Johansson, Hall, & Sikström, 2008) mostraram aos sujeitos de pesquisa pares de fotos de rostos femininos, pedindo que apontassem para qual dos dois achassem mais atraente. Depois de indicar sua preferência, os sujeitos recebiam a foto, para que explicassem o motivo da escolha. O que eles não sabiam é que, algumas vezes, num lance de prestidigitação, as fotos eram invertidas, e eles recebiam a foto que *não* haviam escolhido. Assim, eles recebiam a foto inversa da que haviam apontado. Na maioria das vezes, os sujeitos não só não percebiam a inversão, como passavam a justificar de forma convincente a escolha da foto errada que haviam recebido. Em outras palavras, a introspecção se pôs a serviço de justificar uma escolha que sequer havia sido feita.

Um quarto experimento nessa mesma linha foi realizado pelo neurocientista Michael Gazzaniga com pacientes que tinham passado por uma cirurgia de comissurotomia do corpo

caloso como forma de tratamento para epilepsia. A intervenção consiste no corte de conexões entre ambos os hemisférios cerebrais, o que faz com que as crises epiléticas diminuam, mas também a troca de informações entre diferentes áreas de processamento de informação. Como consequência disso, embora algumas conexões fossem preservadas – ambas metades do cérebro adormeciam e despertavam ao mesmo tempo – outras eram perdidas e passavam a funcionar de forma independente, quase como se duas pessoas passassem a habitar o mesmo corpo. Ou seja, apenas metade do cérebro tinha acesso ao que o olho oposto estava vendo, sem que a outra metade se desse conta disso. Assim, experimentalmente, esses pacientes podiam ser submetidos a estímulos para cada hemisfério cerebral separadamente. No exemplo mais famoso, era mostrado separadamente para cada campo visual uma figura: uma pata de galinha para o hemisfério esquerdo, uma paisagem com neve para o direito. Em seguida, pedia-se para escolher outra figura relacionada à primeira. O hemisfério esquerdo escolhia um desenho de galinha, enquanto o direito apontava para uma pá para limpeza da neve. Em seguida, os pesquisadores perguntavam ao hemisfério esquerdo, ligado às funções verbais, para explicar sua escolha. A resposta era óbvia: a pata de galinha pertence à galinha. Porém, para explicar por que a outra mão, governada pelo hemisfério direito, escolhera uma pá, o hemisfério direito rapidamente construía uma justificativa *ad hoc*: “é para limpar a sujeira que a galinha faz”. Isto é, sem acesso ao motivo original da escolha (a paisagem nevada), a metade do cérebro ligada ao discurso verbal era rápida em construir uma justificativa adequada ao contexto (Gazzaniga, 2011, pp. 51–103).

Um ponto fundamental para dimensionar o impacto desses quatro estudos é o de que eles derrubam a concepção de que a introspecção seja um guia confiável para a compreensão dos nossos processos mentais. As pessoas geralmente acreditam que as razões que evocam para explicar o próprio comportamento correspondem aos processos mentais a eles subjacentes. A ciência experimental, contudo, pinta um quadro bastante diverso, em que parte significativa dos processos cognitivos ocorre no nível inconsciente, inacessível ao raciocínio consciente (Boyer, 2018, pp. 14–25). É difícil concordar com isso, uma vez que parece evidente que os próprios pensamentos são diretamente acessíveis; contudo, justamente por parecerem uma percepção direta e acurada da “realidade interna”, é que é tão difícil admitir que eles são uma interpretação construída pelas próprias pessoas a respeito de seu comportamento observado (Carruthers, 2017). Na verdade, não só somos ignorantes a respeito de nossos processos mentais internos, como

subestimamos a nossa própria ignorância sobre processos causais do mundo em geral (Sloman & Fernbach, 2017, pp. 10–12). Dito de outra forma, as explicações que damos para nossos pensamentos não correspondem aos próprios processos mentais, mas são racionalizações que deles fazemos (Mercier & Sperber, 2017, pp. 113–115).

Essa concepção do raciocínio permite que se expliquem fenômenos que recentemente vêm ocupando o foco de atenção de acadêmicos, jornalistas, políticos e pensadores em geral. Por que a democracia não é um jogo em que o “melhor argumento” prevalece? Por que as pessoas são tão suscetíveis a acreditar nas chamadas “*fake news*”? Por que é tão difícil convencer grupos sociais de fatos seguidamente apoiados por evidências científicas, como a mudança climática? Por que a polarização política é crescente, especialmente com o advento das redes sociais? Afinal, se a racionalidade humana fosse mesmo voltada para interpretar “corretamente” a realidade, não deveria ser tão difícil chegar a acordos; bastaria ter as condições para o prevalecimento do “melhor argumento”, e as pessoas com ele concordariam. Ora, se esse fosse realmente o caso, e a busca da verdade fosse a *função* da argumentação, não se observariam com tamanha frequência também no âmbito jurídico fenômenos psicológicos bem descritos nos últimos anos, como a polarização de grupos nas chamadas “guerras culturais”, ou a difusão de teorias da conspiração (Milton & Mercier, 2015).

Como vimos na seção anterior, teorias normativas contemporâneas em voga (Alexy, 2008; Dworkin, 2003) sustentam que é possível encontrar um parâmetro de racionalidade na decisão judicial, ou ainda, defendem a possibilidade de se encontrar uma resposta “correta” a um problema jurídico ou moral. Os achados das ciências comportamentais permitem lançar um olhar cético sobre a própria possibilidade de sustentar esse ideal normativo. Ainda que existam métodos confiáveis para a construção de acordos sobre temas factuais e morais, a dinâmica de funcionamento da racionalidade humana segue uma dinâmica reputacional, e não necessariamente de construção de consensos.

Nos últimos anos, diversos conceitos gestados a partir de estudos comportamentais vêm sendo evocados para explicar esses fenômenos sociais de aumento da polarização, difusão de *fake news* e acirramento das “guerras culturais”, como é o caso das teorias da “dissonância cognitiva”, do “viés de confirmação”<sup>5</sup>, do “raciocínio motivado”, entre outras (Harmon-Jones &

---

<sup>5</sup> Trata-se da tendência a coletar argumentos em favor da tese preconcebida, descartando os argumentos contrários. É um dos fenômenos mais onipresentes e mais replicados da literatura psicológica recente. Na área jurídica, esse

Harmon-Jones, 2007; Kunda, 1990; Nickerson, 1998; Sood, 2013). A nosso ver, dentre essas formulações, aquela que de forma mais abrangente permite compreender esses fenômenos é a “teoria argumentativa do raciocínio”, originalmente proposta em 2011 e desenvolvida por Hugo Mercier e Dan Sperber na obra “*The Enigma of Reason*” (Mercier & Sperber, 2017).

O termo “*reason*” utilizado na obra pode ser compreendido como “raciocínio” ou “razão”, e se insere na tradição de pesquisa que mapeia vieses cognitivos e erros de raciocínio em contextos experimentais. O “enigma”, segundo os autores, residiria no fato de que, mesmo sendo uma faculdade mental tão poderosa e capaz de tantos feitos, a razão humana ainda assim estaria sujeita a erros grosseiros e previsíveis, como a crença em boatos, superstições e teorias da conspiração. Ou dito de outra forma, como uma faculdade mental, sendo tão falha, teria sido selecionada ao longo da evolução da espécie humana? Afinal, um dos pressupostos da seleção natural é que traços pouco adaptativos vão sendo progressivamente eliminados do *pool genético* da espécie.

Em primeiro lugar, para Mercier e Sperber, mesmo os animais mais simples são capazes de fazer *inferências*, e necessitam disso para sobreviver – algo que já havia sido proposto por David Hume. No ambiente natural, até os insetos precisam ser capazes de traçar inferências sobre causa e efeito, para encontrarem abrigo ou alimento. Nessa definição, “inferência” é a extração de informações novas a partir daquelas disponíveis (Mercier & Sperber, 2017, pp. 51–53). Porém, quando se pensa em “razão” na espécie humana, o que se tem em mente é outra coisa.

De fato, para os autores, articular razões, no sentido de *argumentos*, é um tipo mais específico de inferência, da qual apenas humanos são capazes. Assim, ao mesmo tempo em que as pessoas fazem inferências o tempo inteiro na vida cotidiana – ao dirigirem um carro, vestirem-se, cozinharem, tentarem descobrir um endereço, etc. –, nem sempre é necessário articular razões (argumentos) para fazê-lo. A maioria das ações e decisões que executamos ao longo do dia funcionam como num “piloto automático”, sem que tenhamos que conscientemente explicá-las ou justificá-las. Além disso, a maioria das inferências que as pessoas fazem resulta em respostas corretas. Na sua rotina, as pessoas geralmente se vestem, dirigem um veículo, chegam aonde desejavam, fazem um almoço, sem cometer erros grosseiros.

---

viés pode ser especialmente dramático em investigações, uma vez que as hipóteses iniciais tendem a condicionar toda a coleta de provas, levando o investigador a desconsiderar explicações alternativas. Para um estudo do viés de confirmação no ambiente forense, vide (Kassin, Dror, & Kukucka, 2013)

Mas nem sempre é assim. Tome-se o exemplo da visão. Na maior parte do tempo, enxergamos corretamente faces, letras, cores ou formas. Apesar disso, estamos sujeitos às ilusões de óptica. Elas ocorrem porque nossa percepção traça diversas inferências automáticas, e eventualmente nos induz a ver algo que “não existe”. Com as ilusões cognitivas ocorreria algo semelhante. O automatismo nas decisões resulta em muitas decisões corretas; mas também leva, em certos casos, a vieses no raciocínio.

Voltando à questão: se a função evolutiva do raciocínio humano fosse encontrar respostas corretas, por que seriam tão comuns os erros de raciocínio descritos pela literatura psicológica? Para autores como Daniel Kahneman, esses erros frequentes deveriam ser “corrigidos”, para que o raciocínio funcionasse corretamente (Kahneman, 2012). Hugo Mercier e Dan Sperber (Mercier & Sperber, 2017) propõem uma visão alternativa, que deixa de lado a noção de “erro”.

Os autores propõem uma espécie de giro copernicano na forma de entender esse enigma da razão. Na sua perspectiva, a *função* do raciocínio humano não é encontrar uma “resposta correta”, mas é ser capaz de *convencer aos pares de uma audiência relevante*. Ao se fazer esse giro conceitual, inúmeros fenômenos empíricos passam a fazer sentido. Do ponto de vista psicológico, a função da razão humana, aqui entendida como capacidade argumentativa, não é fazer os indivíduos adquirirem conhecimento ou tomarem melhores decisões. Se o chamado paradigma “intelectualista” estivesse correto, pessoas deveriam ser capazes de serem imparciais, objetivas e lógicas. Não é o que se verifica à luz de fenômenos como o viés de confirmação, a polarização de grupos, a difusão e a persistência de notícias falsas, entre outros.

Ora, a razão é *enviesada*, porque, na prática, busca sobretudo justificativas e argumentos para sustentar o ponto de vista de quem raciocina; e *preguiçosa*, porque faz pouco esforço para avaliar a qualidade das justificativas e argumentos que produz. De acordo com o *paradigma “interacionista”*, por eles sugerido, a razão é uma *competência social* que produz melhores resultados num contexto interacionista, e é aí que os resultados “adaptativos” surgem. As razões cumprem uma função de consumo social, não de correção do raciocínio individual. O “enigma da razão” desaparece quando se deixa de exigir que ela funcione fora de seu “ambiente natural”, que é o da troca de argumentos.

O registro antropológico mostra que em toda comunidade humana há a prática de debate. Os termos da discussão, o modo de argumentar, a cosmovisão dos interlocutores, o impacto de sua posição na hierarquia social, etc., podem variar, mas mesmo em comunidades tradicionais de



caçadores-coletores, a argumentação faz parte do “nicho social” da espécie humana. Não por acaso, desde cedo crianças aprendem a argumentar com seus pais para fazer pedidos ou se justificarem, ainda que as primeiras justificativas que balbuciem pareçam desajeitadas. É esse o ambiente no qual essa competência social foi selecionada: o de interação dialógica (Mercier & Sperber, 2017, pp. 11, 128, 293–294).

O marco teórico permite compreender fenômenos não só como o “viés de confirmação”, mas também o da “vigilância epistêmica” – o fato de as pessoas serem muito mais exigentes com argumentos proferidos por outros indivíduos do que com as próprias crenças, mesmo que elas sejam mal justificadas.

Num achado experimental que seria surpreendente para os defensores da lógica clássica, pessoas são mais capazes de diferenciar argumentos válidos de inválidos, e a detectar falhas de raciocínio, quando provêm de outra pessoa, em contraposição a quando são evocados pela própria pessoa individualmente. As pessoas, assim, possuem um nível de exigência distinto a depender se são elas a proferir os argumentos, ou se cabe a elas avaliar os mesmos argumentos. O que ocorre é que as pessoas têm objetivos estratégicos distintos quando proferem ou quando ouvem argumentos.

Quando ouvem os outros, as pessoas querem informação honesta e confiável, conseguindo detectar exageros, distorções ou mentiras. Porém, quando falam, o objetivo é ganhar a confiança dos ouvintes para melhor influenciá-los em suas opiniões e ações – mesmo que seja necessário exagerar, distorcer, mentir ou omitir informações. É por esse motivo que argumentações coerentes com aquilo que o auditório<sup>6</sup> já acredita tendem a ser mais persuasivas e dignas de credibilidade (Mercier & Sperber, 2017, pp. 189–198).

Assim, ao raciocinar individualmente, as pessoas tenderão a buscar a razão que mais facilmente ampara seu ponto de vista. Isso pode ser feito com rapidez, e frequentemente as pessoas se satisfazem com o primeiro argumento que lhes vem à mente – daí o fenômeno do “viés de confirmação” ou do *myside bias*. Confrontadas, porém, a respeito dos motivos de suas decisões, as pessoas buscarão razões que convençam as demais, o que é mais complexo e demanda maior elaboração. Convencer os demais exige antever objeções, bem como analisar cuidadosamente o que pode ser persuasivo para o interlocutor naquele contexto. O raciocínio

---

<sup>6</sup> Adotamos aqui a definição consagrada de auditório: “o conjunto daqueles que o orador quer influenciar com sua argumentação” (Perelman & Olbrechts-Tyteca, 2005, p. 22).

individual, assim, é como se fosse o exercício de uma faculdade mental fora de seu “ambiente natural”, é como um peixe fora d’água. Apenas o confronto de argumentos faz com que o raciocínio mostre toda a sua potencialidade (Mercier & Sperber, 2017, pp. 218–236). Quando feito num contexto de interação social, o raciocínio deixa de ser preguiçoso e enviesado<sup>7</sup>.

Nessa perspectiva, o processo de raciocínio é guiado pelo imperativo de convencer as pessoas com quem convivemos. O papel das razões não é motivar ou guiar para que se cheguem a conclusões “corretas”, mas explicar e justificar, *post facto*, nossas crenças e opiniões. Para que um comportamento seja explicado e justificado, as razões precisam ser adequadas não só do nosso ponto de vista, mas também daqueles que compõem o meio social em que estamos inseridos (Mercier & Sperber, 2017, pp. 110–112).

Ademais, ao se explicarem e se justificarem de forma socialmente competente, as pessoas defendem ou melhoram a própria *reputação*. Não ser capaz de se justificar pode comprometer a reputação – escolher um curso de ação indefensável resultar em danos reputacionais. Por isso, ter uma boa narrativa justificativa das próprias decisões tem uma grande importância em qualquer grupo social. Pessoas geralmente nutrem uma visão positiva de si mesmas, como pessoas boas, honestas e bem-intencionadas. Razões são construtos sociais, destinados para “consumo social” – precisam fazer sentido para o auditório, precisam ser socialmente reconhecidas como ‘boas’ razões. As pessoas guiam suas ações sociais com base nas narrativas construídas sobre seus pares – e assim, o agir estratégico social é indissociável da forma como os argumentos são construídos (Mercier & Sperber, 2017, pp. 123–127).

Nessa concepção, os vieses na tomada de decisão são inerentes à forma como os agentes raciocinam, e os discursos justificativos que visam a persuadir audiências podem servir como formas de mitigá-los, bem como apontar para intervenções institucionais que efetivamente permitam reduzir vieses em ambientes decisórios.

---

<sup>7</sup> A proposta de Mercier e Sperber recusa, inclusive, uma categorização muito difundida atualmente na Psicologia, aquela segundo a qual há dois “sistemas” ou “tipos de raciocínio”, um automático e intuitivo, e outro racional e deliberado (as “teorias do duplo processo”). Para os autores, não há propriamente uma oposição entre intuição e racionalidade. A racionalidade é um tipo de inferência, uma inferência sobre razões (argumentos). A razão é, assim, um mecanismo para fazer inferências intuitivas sobre um determinado tipo de representações, as razões. Além disso, os autores elencam objeções à proposta das teorias do duplo processo, da ausência de clareza conceitual sobre o que seja cada tipo de “tipo de raciocínio” ou “sistema”, ao fato de que nem sempre os vieses de raciocínio derivam somente do chamado “sistema 1”. Para Mercier e Sperber, inferências automáticas, intuitivas, e inferências sobre razões, num contexto deliberativo, são duas pontas do mesmo *continuum*. Humanos são capazes de diversos tipos de inferência (percepções visuais, recordações, cálculos), algumas mais rápidas, outras mais vagarosas, umas inconscientes, outras conscientes (Mercier & Sperber, 2017, pp. 7–59).

Em seus trabalhos mais recentes, Hugo Mercier explora experimentalmente o *design* de ambientes de decisão, comparando a solução de problemas mediante o raciocínio individual e o raciocínio em grupo (Mercier, 2016). Os pesquisadores geralmente submetem a grupos os mesmos problemas que, na tradição da Economia Comportamental, foram utilizados para demonstrar a ocorrência de vieses cognitivos, com a diferença que em uma das condições experimentais, a solução para o desafio é feita mediante discussão em grupo. O que os resultados desses estudos demonstram é que ao raciocinarem individualmente, as pessoas de fato estão sujeitas ao viés de confirmação; mas quando precisam justificar suas escolhas para os pares, a sua performance melhora, e os vieses são mitigados.

Ao ativar a “vigilância epistêmica” no contexto grupal, as pessoas tendem a selecionar as soluções corretas para os problemas – como se houvesse uma “divisão de trabalho cognitivo”, em que cada indivíduo foca na defesa de uma tese, e ao fim, aquela que sobrevive ao escrutínio prevalece na discussão. Assim, em linha com a previsão da “teoria argumentativa do raciocínio”, a necessidade de justificação das próprias escolhas e a exposição a argumentos contrários compelem o raciocínio a um melhor desempenho (Mercier, 2016).

Uma objeção a essa visão de como vieses cognitivos podem ser aperfeiçoados por meio da arquitetura de decisão é que em questões política e moralmente carregadas, sobre as quais as pessoas têm fortes intuições e convicções, o convencimento dos pares não é tão simples quanto na solução de *puzzles* de economistas comportamentais. Afinal, desacordos em relação a fatos podem ser superados mediante verificação, ao contrário de desacordos sobre questões valorativas (Warat, 1995, pp. 74–75). Porém, há evidências de que, mesmo nesses casos, em discussões grupais devidamente organizadas, as pessoas são capazes de discernir a força de argumentos mais ou menos convincentes, e, em certos casos, argumentos fortes podem mudar opiniões (Mercier, 2016, pp. 694–695; Mercier & Sperber, 2017, pp. 305–314). Trata-se de uma visão otimista, que aposta que o debate político pode promover o convencimento e construir o entendimento mútuo.

Se Mercier e Sperber estiverem certos, a profusão de *fake news* e teorias da conspiração na atualidade pode se dever à *arquitetura* dos ambientes de discussão cada vez mais difundidos, como o das redes sociais. Em primeiro lugar, ao favorecerem bolhas de pessoas que pensam de forma similar, elas não abrem espaço para o contraditório e o aperfeiçoamento dos argumentos; o anonimato exclui o elemento de preocupação com a própria reputação perante os pares; além

disso, por serem marcados por discussões desestruturadas e sem nenhuma forma de mediação, tendem a favorecer mais a produção de argumentos simplórios em massa do que sua cuidadosa avaliação pelos pares. Nesses ambientes, sobram incentivos para a incidência do “*myside bias*” e faltam as condições para o exercício da vigilância epistêmica.

A proposta de Hugo Mercier e Dan Sperber tem o mérito de basear em décadas de estudos empíricos sobre como funcionam o raciocínio e a prática argumentativa em grupos de pessoas. Nesse sentido, é uma compreensão da “racionalidade” baseada na ciência experimental, e que não imprime ao termo um nível de exigência excessivamente elevado e desconectado na realidade (Mercier & Sperber, 2017, p. 152).

#### **4. Ampliando as perspectivas teóricas sobre decisão judicial**

Ao sustentar que a busca pela reputação nos grupos socialmente relevantes é a tônica do comportamento argumentativo, a teoria de Hugo Mercier e Dan Sperber permite avançar na elaboração de uma Teoria ampliada da Decisão Judicial. O primeiro passo é um convite para que se repense o propósito mesmo da “racionalidade” no âmbito jurídico, integrando fatores estratégicos e contextuais que estão presentes sempre que se argumenta ou justifica. Serão analisados a seguir três aspectos dessa discussão que podem contribuir para a Teoria do Direito. O primeiro deles é trazer questões de ordem prática e empírica para o centro do debate. Em segundo lugar, o abandono de infrutíferas contraposições, a exemplo daquela entre decisões judiciais “técnicas” e “políticas”. O terceiro é o aporte de novas questões teóricas à compreensão da decisão judicial.

##### **4.1. Consequências de ordem prática e empírica**

O reconhecimento de que fatores subjetivos, emocionais ou inconscientes influenciam a tomada de decisão judicial não é novidade na literatura jurídica brasileira (Grau, 2003, p. 113; Herkenhoff, 1994, p. 109; Portanova, 2003, pp. 16, 41, 128). O que mudou no cenário recente foi a publicação de diversos estudos que, empiricamente, buscaram avaliar quais variáveis extrajurídicas influenciaram essa tomada de decisão, e de que forma elas interfeririam no resultado de conflitos submetidos ao Judiciário. Métodos oriundos da Psicologia Experimental agora permitem que se testem hipóteses específicas sobre o impacto desses fatores.

No entanto, o debate normativo segue centrado no aspecto de racionalidade discursiva do Direito. Algumas dessas teorias adotam uma série de pressupostos que *são empíricos* – não raro, mencionam “casos exemplares”, decididos pela Suprema Corte estadunidense, ou pelo Supremo Tribunal Federal, como ponto de partida para suas elaborações normativas. Os fatores políticos ou econômicos que impactam em decisões, quando existem, são deixados de lado, como externos ao fenômeno jurídico. A figura do juiz aparece de forma idealizada, como um tomador de decisão que dispõe de métodos, parâmetros ou uma metanarrativa que organiza, de forma coerente, uma miríade de princípios, valores, ou argumentos racionais que produzem o Direito. E, de todo modo, elas se assentam sobre uma concepção altamente exigente em relação à forma como uma “racionalidade” supostamente deveria ser capaz persuadir as pessoas.

A *insuficiência* teórica dessas abordagens e a necessidade de um enfoque mais realista, mais empírico e menos idealizador fica evidente ao se visualizar um cenário em que pouco se discutem problemas efetivos da prática judicial, pouco afeitos às teorias normativas mais difundidas.

Entre esses problemas, podem-se mencionar brevemente potenciais *observações implicáveis*, ou seja, hipóteses para teste empírico, que poderiam resultar de uma Teoria ampliada da Decisão Judicial: (a) se a escolha por opções teóricas ou hermenêuticas pelos magistrados não são, elas mesmas, fruto de opções político-ideológicas ou político-estratégicas; (b) se o desenho institucional do Poder Judiciário e do sistema recursal induz ou reduz vieses cognitivos na tomada de decisão; (c) a insuficiência dos arranjos vigentes para a manutenção da imparcialidade judicial; (d) a questão da diversidade de tomadores de decisão no Poder Judiciário, ou como os processos seletivos poderiam trazer maior diversidade epistêmica. Mais estudos empíricos são necessários antes que se tenha respostas substanciais a essas questões. Contudo, trabalhos disponíveis já fornecem pistas por onde começar a responder cada uma dessas questões.

Ao menos um estudo experimental com leigos (Kahan, Hoffman, Braman, Evans, & Rachlinski, 2012) e um com assessores de juízes (Furgeson, Babcock, & Shane, 2008) sugerem que a análise de questões de fato e de direito é condicionada pelas preferências político-ideológicas prévias. São resultados que sugerem que não seria a escolha prévia do “método interpretativo” que condicionaria interpretação de fatos e normas, mas, ao contrário, as crenças

prévias sobre o conjunto probatório que levariam à escolha de uma metodologia capaz de justificá-las<sup>8</sup>.

Com base numa revisão da literatura experimental em economia comportamental, um trabalho questiona se faz sentido, à luz do que sabemos sobre a dificuldade humana em raciocinar de forma imparcial, que por exemplo o juiz de instrução seja o mesmo que sentencie ou que julgue ações rescisórias ou de nulidade sobre os próprios julgados (E. J. da F. Costa, 2016). À luz do que sabemos a partir das Ciências Comportamentais, magistrados deveriam ser mais ciosos de como estão sujeitos a vieses inconscientes e como são menos imparciais do que podem crer. Ora, o fato de que o STF não tenha por praxe analisar as próprias arguições de suspeição ou impedimento, como se isso não fosse uma questão que merecesse um posicionamento substancial de mérito (Carvalho, 2017), talvez seja indicativo de como uma visão idealizada do “juiz imparcial” ainda persiste em nossa prática judiciária. Ora, a literatura que questiona a introspecção como método de compreensão dos processos mentais internos sugere que as pessoas não têm a dimensão do quanto elas próprias podem estar decidindo de forma enviesada – pelo contrário, podem ser prolíficas em justificar para si mesmos e para os demais a suposta própria imparcialidade<sup>9</sup>.

Para além de questões procedimentais, de como a “arquitetura de decisão” pode ser repensada, há também a questão de seleção de magistrados. Os estudos realizados nos EUA sugerem que a existência mais mulheres magistradas resultaria em mais decisões favoráveis às mulheres, mais pessoas negras nos tribunais conduziria a mais decisões favoráveis a pessoas negras. Os efeitos não se cingem à decisão individual: turmas de juízes mais diversificadas tendem a ser menos enviesadas em desfavor desses grupos, o que demonstra efeitos também na decisão colegiada (Boyd et al., 2010; Harris & Sen, 2019; M. L. Silva & Horta, 2017) Ora, se há evidências empíricas que sugerem que, em certos casos, questões como o gênero ou a raça do

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, uma hipótese que vale exploração empírica ulterior é a delineada por Costa Jr.: o de que, ao lado de fatores de ordem político-institucionais bem mapeados pela literatura, o fortalecimento do Judiciário no Brasil nos últimos anos teria como um dos seus fatores a difusão da retórica Neoconstitucionalista. Ao defender o ativismo judicial, atribuindo ao Judiciário a efetivação das promessas da Constituição de 1988, ao mesmo tempo em que trouxe uma leitura menos rígida da separação dos Poderes e possibilidades interpretativas que prescindiam de textos normativos além da carta constitucional, o Neoconstitucionalismo teria sido um importante recurso legitimador para a ampliação da atuação política das cortes (Costa Júnior, 2018, pp. 49–56)

<sup>9</sup> O experimento de Johansson (2008) citado na Seção 3 faz parte de uma tradição de pesquisa que mostra como as pessoas têm um viés de serem alheios aos próprios vieses. Há diversos outros estudos nesse sentido, que mostram o “Bias blind spot”, ou ponto cego dos próprios vieses. Vide também Pronin, 2009; Sloman & Fernbach, 2017. O tema será retomado no Artigo 2 desta tese. Sustentamos que as noções idealizadas da tomada de decisão judicial contribuem para o acobertamento e o agravamento desse viés em relação aos magistrados.

magistrado podem influenciar sua decisão, então um Poder Judiciário mais diversificado poderia resultar em decisões menos enviesadas nesses casos. Trata-se de uma discussão delicada, mas que mereceria mais atenção do que recebe.

#### **4.2. O abandono de contraposições estéreis**

Em segundo lugar, encarar a racionalidade em termos de convencimento de interlocutores relevantes permite desfazer a esfuziante distinção entre decisões “técnicas” e “políticas”, ou a falida pretensão sobre a existência de um “método” que conduza à decisão “correta”. Por muito tempo, a Teoria do Direito girou em torno da questão do quanto o direito é determinável. Existe “resposta certa”? Ou seriam os juízes meros “políticos de toga”? Os dados disponíveis até agora mostram que o caminho não parece ser o de contraposição.

Seria uma simplificação superficial afirmar que juízes agem estritamente em bases políticas. O chamado “modelo atitudinal” teve suas limitações apontadas pela literatura teórica (Horta, 2016; Nojiri, 2017) e empírica (Bailey & Maltzman, 2008). Do ponto de vista empírico, juízes não são apenas “políticos de toga”. Na literatura dos EUA, baseada em décadas de estudos que utilizam diferentes metodologias de pesquisa para isolar o efeito de diversas variáveis que podem influir no resultado de casos submetidos ao Judiciário, os resultados apontam que nem uma visão estritamente “técnica” ou “legalista”, nem um realismo extremado são as melhores descrições do que ocorre na prática forense.

A técnica jurídica efetivamente pode fazer com que exista um significativo grau de concordância entre juízes, mesmo que tenham diferentes visões de mundo (Kahan et al., 2016). Na primeira instância, o modelo legalista descreve satisfatoriamente a atividade judicial; na 2ª instância e nas instâncias superiores, os fatores político-ideológicos passam a ter um peso maior (Epstein, Landes, & Posner, 2013, pp. 154–199, 235–241). Analisando as variáveis explicativas do dissenso entre desembargadores em 387 mil casos da 2ª instância federal dos EUA desde 1880 com modelos de *machine learning*, um estudo recente concluiu que características relativas ao caso correspondem a 49,5%, ao passo que características relativas aos magistrados respondem por 37,2% da variação (Chen, Cui, Shang, & Zheng, 2018).

Assim, é razoável concluir que a maioria das disputas judiciais é resolvida com base em argumentos técnicos e com baixo nível de divergência interno no seio da comunidade jurídica. Fatores pessoais e político-ideológicos seriam mais relevantes nos chamados “casos

díficeis”(Struchiner & Brando, 2014), ou naqueles temas em que, submetidos ao Judiciário, ressoam clivagens político-sociais relevantes na sociedade em geral.

Não é possível, contudo, afirmar que uma decisão de primeiro grau será sempre “técnica”, ao passo que a Jurisdição Constitucional será plenamente “política”. Uma descrição mais precisa, à luz da teoria argumentativa do raciocínio, seria: é mais fácil justificar uma decisão em casos repetitivos, que seguem um padrão consagrado, como são a maioria daqueles apreciados por juízes de instâncias inferiores, do que justificar uma decisão sobre um tema amplo e moralmente polêmico, para o qual não existe texto jurídico específico. Uma vez que contemporaneamente se entende que a decisão precisa ser “justificada” para ser válida, o que importa é construir uma narrativa que se sustente. Trata-se, assim, não de uma questão de maior “técnica” ou “política” na decisão judicial, mas de maior ou menor ônus argumentativo perante os interlocutores relevantes para o magistrado da causa. É por esse motivo que as variáveis extrajurídicas sempre farão parte do fenômeno judicial, em maior ou menor grau.

#### **4.3. Novas questões teóricas para o debate em Teoria da Decisão Judicial**

A terceira consequência de se repensar o que se entende por “racionalidade” na prática judicial como sugerimos é aportar novas questões teóricas. Aqui também evanescem contraposições que parecem datadas, como aquela entre “legalismo” e “realismo”, ou “contexto da descoberta” e da “justificação”, bem como a questão da “sinceridade” do discurso judicial.

Para deixar de lado os espantalhos e caricaturas sobre o “legalismo” ou o “realismo” (Tamanaha, 2010), já foi mostrado que os dados empíricos apontam que tanto os textos jurídicos, quanto fatores pessoais e político-ideológicos, em maior ou menor grau, importam na decisão judicial. Mas isso é uma descrição do fenômeno, e até certo ponto, insuficiente. A Teoria do Direito trabalha também com pretensões normativas, e, para tanto, precisa endereçar satisfatoriamente algumas questões de parâmetro valorativo. Até que ponto a ocorrência de um viés decisório vulnera os ideais de justiça, de correção e de imparcialidade? O que exatamente é uma decisão “melhor” ou “menos enviesada”? Se os fatores extrajurídicos podem influenciar a decisão em determinadas circunstâncias, o quanto eles podem ser aceitáveis? Como aceitar que a decisão judicial possa ser, ao mesmo tempo, fruto de preferências individuais e afetos, e mesmo assim legítima? São questões polêmicas e de difícil solução, mas que são pouco abordadas na literatura contemporânea.



É pertinente destacar esse ponto para rebater a objeção de que toda teoria de linhagem realista seja necessariamente cética e despida de anseios de ordem normativa. Outro dos temores comuns de se reorientar a Teoria do Direito para uma maior dose de Realismo (A. A. Costa & Horta, 2017) é o de perder de vista seu caráter intersubjetivo de construção discursiva. Buscou-se mostrar, neste artigo, que esse receio é infundado. Decisões que não podem ser justificadas perante o auditório relevante sempre serão vistas mais como arbitrárias do que como “Direito”. O que não faz sentido é, por causa disso, resumir toda a discussão exclusivamente aos termos internos da gramática jurídica.

Um legado importante do debate jurídico-filosófico do século XX é a premissa de que, para que seja considerada “jurídica”, uma decisão precisa conter uma *pretensão* argumentativa de validade ou correção, ainda que isso não passe de um ideal regulativo (Atienza, 2017, pp. 32–37; Habermas, 2003, p. 247). Porém, dela absolutamente não decorre que fatores psicológicos, políticos ou econômicos devam estar fora do debate sobre “o que é o direito”. Ao contrário, imaginar o direito circunscrito a um discurso supostamente coerente, sistemático ou determinado é uma postura que nutre uma visão parcial e insuficiente do fenômeno, sendo mesmo uma indisfarçada postura político-ideológica (Warat, 1995, p. 83). Diante da profusão de estudos empíricos no cenário recente, parece excessivamente limitador cingir a teoria jurídica à “justificação”, deixando de lado a “descoberta” (Atienza, 2017, pp. 44–46, 221; A. A. Costa & Horta, 2017; Struchiner, 2018).

É possível aportar para o debate os fatores extrajurídicos que influenciam ou condicionam decisões sem deixar de lado uma visão argumentativa do Direito, em que este é uma prática social composta de uma complexa trama de argumentos que justificam essas decisões (Atienza, 2017, p. 20). As razões de direito aduzidas em uma decisão não são “apenas justificativas *ad hoc*”, desimportantes e acessórias. Como já sustentado em outro trabalho, o contexto de “descoberta” e o contexto de “justificação” são interativos e indissociáveis – a busca pelo conhecimento é, antes de tudo, uma busca por uma justificação defensável diante dos pares. Boa parte das decisões humanas são rápidas, intuitivas e inconscientes; contudo, a necessidade de manutenção da própria reputação faz com que a escolha inicial por um determinado comportamento seja revista caso o ônus argumentativo de justificá-la for demasiado. Dito de outra forma, cursos de ação tendem a ser revistos ou descartados se são potencialmente

indefensáveis perante auditórios relevantes para o agente, e é por isso que o contexto da “justificação” retroalimenta do da “descoberta” (A. A. Costa & Horta, 2017).

Uma leitura excessivamente realista pode supor que fatores estratégicos e políticos estão presentes em toda decisão humana, e que portanto a justificativa retórica da decisão não passa de um mero verniz cosmético para a discricionariedade (Atienza, 2017, p. 27). Ao contrário, a necessidade de justificação da decisão condiciona, de certa forma, a estratégia decisória. É por isso que, para o estudo da argumentação judicial, a questão da *reputação* judicial adquire um papel primordial (Baum, 2006; L. Epstein et al., 2013). Uma agenda empírica para o estudo dos textos de justificação judicial precisa forçosamente considerar o auditório específico para o qual se dirige uma sentença, que pode impor maior ou menor ônus argumentativo para uma determinada interpretação do Direito.

Consequentemente, uma decorrência da visão mais realista da tomada de decisão judicial é revalorizar a análise de estratégias retóricas do discurso judiciário (Reis, 2018). Vieses decisórios podem não só ocorrer sem questionamento, como serem reforçados, a depender de como a fundamentação de decisões soar aos ouvidos de determinados setores da sociedade. Justificativas alinhadas com os valores do auditório relevante tenderão a ser aceitas como válidas. Tomemos a questão da validade de se invocar argumentos religiosos em decisões judiciais. Se o auditório relevante acredita que os valores religiosos devem guiar o que é considerado justo, então o magistrado não terá custos reputacionais se invocar um texto sagrado como fundamento de sua decisão.

No mesmo sentido, decisões na área penal que sejam excessivamente duras contra grupos que são explícita ou implicitamente marginalizados ou discriminados (M. L. Silva & Horta, 2017) por parte do auditório relevante para o magistrado tenderão a ser aceitas como legítimas, independentemente do que digam os textos normativos. Ou ainda, de nada adiantará acalentar ideais elevados de fundamentação de sentenças numa sociedade que, por ter um histórico institucional autoritário, o que os juízes decidem costuma ser aceito sem muito questionamento (Roesler, 2016), pelo simples fato de serem formalmente investidos nessa função.

Essa nova perspectiva, que adota um realismo moderado, também evidencia como o debate sobre “sinceridade judicial” (*judicial candor*) é mal colocado. A pergunta é: decisões judiciais deveriam necessariamente conter as “verdadeiras” razões pelas quais o magistrado decidiu num determinado sentido (Schwartzman, 2008)? Ora, se as pessoas geralmente decidem

movidas por intuições inconscientes, e justificam posteriormente suas escolhas, essa é uma falsa questão. Não há “verdadeiro motivo” a ser perscrutado e apresentado numa sentença, não se trata de uma questão se ser sincero ou mentir. Mais frutífero é o debate sobre a dinâmica pela qual decisões são apresentadas e, em órgãos colegiados, debatidas e decididas. Mais do que a forma como o magistrado entende as próprias razões, questões relativas ao arranjo do contexto decisório, tais como a transmissão ao vivo de julgamentos, ou os modos de agregação dos votos<sup>10</sup> são aquelas que de fato podem influenciar o resultado.

Em síntese, a literatura recente em ciências do comportamento, e em particular, a teoria de Hugo Mercier e Dan Sperber permitem avançar na elaboração de uma Teoria ampliada da Decisão Judicial (A. A. Costa & Horta, 2017; Horta, 2016). O primeiro passo é um convite para que se repense o propósito mesmo da “racionalidade” no âmbito jurídico, integrando fatores estratégicos e contextuais que estão presentes sempre que se argumenta ou justifica. Embora teóricos respeitados no debate jurídico já tenham percorrido caminho semelhante<sup>11</sup>, é chegada a hora de abrir espaço para essas novas contribuições da ciência empírica na teoria jurídica.

## 5. Conclusão

As ciências comportamentais contemporâneas vêm demonstrando há quase meio século, de forma robusta, que tomamos decisões movidos por afetos, por valores intuitivos, por influência de nossa identidade pessoal, inconscientemente, e nossa própria introspecção não nos

---

<sup>10</sup> Em linha com a tese de que a maximização da própria exposição atende a uma motivação de aumento da reputação individual, no caso do STF, há evidências de que a transmissão ao vivo e *online* das sessões de julgamento, por meio da TV Justiça, influenciou na extensão dos votos proferidos: eles tendem a ser mais longos do que antes, bem como os debates entre os Ministros tendem a se prolongar mais (Hartmann, Almeida, Valim, & Lima, 2017; Lopes, 2018). Todavia, isso não significa que haja estímulo para a troca substancial de argumentos. Como o procedimento de deliberação naquela Corte é o de leitura de votos individuais em sequência (também conhecido como procedimento *seriatim*, em contraposição ao modelo *per curiam*, em que primeiro ocorrem os debates, em caráter sigiloso, e só depois a posição da Corte é resumida pela lavra de um só Ministro), não há incentivos para uma verdadeira troca de argumentos e convencimento dos pares. Pelo contrário, como há transmissão das sessões, pode ser que os Ministros sejam incentivados a não voltar atrás em posições já declaradas, o que aumentaria a fragmentação decisória. Como já apontado por vários autores, essa arquitetura de decisão coletiva pode comprometer seriamente a síntese de uma *ratio decidendi* coerente e unificada da Corte (Rodríguez, 2013; Rübinger-Betti & Benvindo, 2017; V. A. Silva, 2013).

<sup>11</sup> É o caso, por exemplo, da concepção de Neil MacCormick. É possível tecer aproximações à visão que MacCormick aporta sobre as limitações da racionalidade teórica no âmbito da argumentação jurídica. Embora a racionalidade seja o pilar dos sistemas sociais e da vida em comunidade, o seu papel na prática é limitado, pois depende do sistema de pensamento de um grupo particular (MacCormick, 1986, pp. 190–201). Não há, assim, algo como uma “racionalidade universal” num sentido forte. A necessidade de justificação das sentenças judiciais pode ajudar a determinar o rumo decisório, mas somente se os membros da comunidade afetivamente se vinculam ao ideal de que se deve ser exigente com as razões utilizadas como justificativa (MacCormick, 1978, pp. 269–270).

fornece acesso direto às nossas reais motivações. A existência de vieses na tomada de decisão é um fato. O que isso significa, porém, é objeto de debate.

A partir da década de 1990, ocorre o que Keith Stanovich designa como “o grande debate da racionalidade” (Stanovich, 2011, pp. 6–10): de um lado, cientistas do comportamento que desejavam elencar os diversos erros da racionalidade humana, e, compreendendo como funcionam, encontrar formas de superá-los. É o caso, por exemplo, de Daniel Kahneman, um dos pais da Economia Comportamental, cuja obra se dedicou a mapear as decisões automáticas – e equivocadas – do chamado “Sistema 1”, e a exortar o uso do raciocínio deliberado, ou “Sistema 2”, para corrigi-las. De outro lado, estudiosos como Gerd Gigerenzer aportavam uma visão otimista da racionalidade humana, dizendo que ela funciona bem na maior parte dos casos, inclusive quando toma decisões intuitivas e inconscientes. O pensamento automático típico das heurísticas decisórias seria, assim, adaptativo, não necessitando de correção.

Hugo Mercier e Dan Sperber propõem que a discussão sobre a racionalidade humana se dê em outros termos. Na maior parte do tempo, funcionamos bem fazendo inferências automáticas para tomar decisões. Assim levamos adiante nossas rotinas. Porém, a necessidade de nos explicarmos e de justificarmos nossas decisões podem ativar um tipo de inferência mais específico e mais poderoso – o uso das razões. Desse modo, decisões individuais passíveis de serem determinadas por vieses, preconceitos ou intuições equivocadas podem ser revistas caso tenham de ser justificadas perante os pares. Então, quanto mais exigente um auditório relevante, maior o ônus argumentativo necessário para articular razões em sua defesa, e menor a probabilidade que decisões injustificáveis sejam tomadas. Dito em outros termos, o “contexto da justificação” pode compelir ao aprimoramento do “processo de descoberta”.

É preciso notar que nas últimas décadas, as críticas à hermenêutica jurídica tradicional trouxeram a argumentação para o centro da Teoria do Direito. Diversos autores apontam que aquilo que é considerado justo ou juridicamente válido depende de uma construção intersubjetiva discursiva, que é histórica e contextualmente situada. Sendo assim, não há novidade alguma em ressaltar a argumentação como constitutiva da prática jurídica. Diante disso, qual seria o ineditismo derivado do aporte de uma “teoria argumentativa do raciocínio” para o Direito?

Ademais, uma objeção comumente feita à questão da incorporação das variáveis extrajurídicas à teoria da decisão judicial é a de que o resultado da decisão sempre se expressará

em termos de argumentos, daí a suposta irrelevância de fatores que tenham precedido sua formulação discursiva (a contraposição entre “descoberta” e “justificação”).

Ocorre que o mero reconhecimento da primazia do caráter argumentativo do Direito nos diz pouco sobre a *mecânica* do comportamento decisório. As pessoas não meramente são usuários competentes da língua, capazes em construir justificativas; elas o fazem com uma finalidade social e segundo estratégias específicas. As ciências do comportamento vêm mostrando que, do ponto de vista do exercício da racionalidade discursiva, as pessoas analisam fatos e argumentam não para juntas encontrarem a “verdade” ou o “justo”, mas para conseguirem convencer umas às outras, e para manter e elevar a própria reputação perante seus pares socialmente relevantes. As estratégias que adotarão na interação argumentativa, assim, atendem a essa funcionalidade, e é por isso que, segundo Mercier e Sperber, é possível explicar o baixo nível de exigência que as pessoas têm para fundamentar as próprias crenças pré-concebidas (o “viés de confirmação”) e o alto nível utilizado para contestar argumentos proferidos por outras pessoas (a “vigilância epistêmica”). Retomando o ponto sustentado neste trabalho: uma teoria da decisão judicial que deixe de lado essa dinâmica psicológica da construção dos argumentos é incompleta.

Sintetizando o argumento que construímos neste ensaio, fatores extrajurídicos importam na teoria da decisão judicial porque permitem delimitar os constrangimentos que o decisor enfrenta para se justificar perante um auditório específico. Adotar essa descrição da decisão judicial convida a reorientar os esforços de pesquisa nessa área. Em vez de insistir em novas teorias normativas sobre métodos interpretativos, ou meramente destacar a importância da argumentação no Direito, essa visão reorienta os esforços de pesquisa para a compreensão e o aperfeiçoamento dos arranjos institucionais ligados a contextos decisórios. Questões como o perfil de magistrados, a forma como se mitigam vieses na decisão individual, e o rito de argumentação que leva a decisões colegiadas ganham, assim, o relevo que merecem.

Decisões judiciais são uma das formas fundamentais de pacificação de conflitos numa sociedade. Como qualquer decisão humana, elas também estão sujeitas a influências afetivas, intuitivas e identitárias. Mas são decisões muito sérias e que trazem severas consequências: magistrados podem determinar a redistribuição de recursos valiosos, a privação da liberdade de uma pessoa, podem cancelar um dos lados em disputa num conflito social em detrimento de outro. Por esse motivo, num Estado de Direito funcional, é desejável que decisões judiciais

sejam muito bem justificadas do ponto de vista democrático – pois quanto mais vigilante o auditório relevante, potencialmente mais alinhadas ao ideal democrático serão essas decisões.

Assim, ao incorporar outras variáveis à teoria da decisão, ampliando o debate para além de técnicas interpretativas, abre-se toda uma nova perspectiva para compreender e aperfeiçoar a dinâmica das decisões judiciais. A solução “enigma” da razão, entendido nesses termos, pode ajudar a compreender o aparente paradoxo do déficit argumentativo das decisões judiciais no Brasil. Nosso trabalho reforça a hipótese de que os padrões argumentativos das nossas Cortes são insatisfatórios porque são reflexo de fatores históricos, sociológicos e institucionais que acabaram por criar um auditório relevante, para o Poder Judiciário, que é restrito, pouco exigente e pouco vigilante (Roesler, 2016). Além disso, convida a se discutir mais seriamente pontos como a inadequação de ritos como o de agregação de votos – o procedimento *seriatim* – adotado por tribunais como o STF.

Em vez de propor mais uma vez que magistrados leiam mais filósofos do Direito como forma de decidirem melhor, talvez seja necessário difundir o conhecimento, entre eles e entre os cidadãos, de quais fatores psicológicos inconscientes podem influenciá-los sem que se deem conta. Além disso, é preciso reconhecer que o verdadeiro guardião da “racionalidade” do Estado de Direito não é um ou outro ser humano “iluminado” por ter sido investido das funções jurisdicionais por concurso ou indicação política. A racionalidade assim entendida é resultado de uma construção interacionista, que não se restringe a discursos de justificação, e que depende sobremaneira do desenho de arquiteturas e contextos decisórios específicos.

## 6. Referências

- Alexy, R. (2008). *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy.
- Almeida, G. P., & Cestari, R. (2016). Fatores extrajurídicos na tomada de decisão judicial: uma abordagem preliminar. In S. Nojiri (Ed.), *Direito, Psicologia e Neurociência* (1st ed., pp. 169–185). Ribeirão Preto/SP: Editora IELD.
- Atienza, M. (2017). *Curso de Argumentação Jurídica, vol. I*. Curitiba: Alteridade.
- Azevedo, P. F. de. (1996). *Aplicação do Direito e Contexto Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- Bailey, M. A., & Maltzman, F. (2008). Does legal doctrine matter? Unpacking law and policy preferences on the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, 102(3), 369–384. <https://doi.org/10.1017/S0003055408080283>
- Baron, J. (2008). *Thinking and Deciding* (4th ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Barroso, L. R. (2017). Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Revista Direito e Praxis, Ahead of p*, 1–50. <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806>
- Baum, L. (2006). *Judges and Their Audiences: A perspective on Judicial Behavior*. Princeton: Princeton University Press.
- Berdejón, C., & Chen, D. L. (2017). Electoral Cycles among US Courts of Appeals Judges. *The Journal of Law and Economics*, 60(August), 479–496. <https://doi.org/https://doi.org/10.1086/696237>
- Boyd, C. L., Epstein, L., & Martin, A. D. (2010). Untangling the Causal Effects of Sex on Judging Untangling the Causal Effects of Sex on Judging at Buffalo , in. *American Journal of Political Science*, 54(2), 389–411.
- Boyer, P. (2018). *Minds make societies: How cognition explains the world humans create*. New Haven: Yale University Press.
- Braman, E. (2017). Cognition in the Courts. In L. Epstein & S. A. Lindquist (Eds.), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior* (1st ed., pp. 283–507). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199579891.013.31>
- Cardoso, R. C., & Horta, R. de L. e. (2018). Julgamento e tomada de decisões no direito. In *Julgamento e Tomada de Decisão* (p. 423). São Paulo: Pearson.
- Carruthers, P. (2017). The Illusion of Conscious Thought. *Journal of Consciousness Studies*, 24(9–19), 228–252.
- Carvalho, A. D. Z. de. (2017). *Imagens da imparcialidade: entre o Discurso Constitucional e a Prática Judicial*. São Paulo: Almedina.
- Casillas, C. J., Enns, P. K., & Wohlfarth, P. C. (2011). How public opinion constrains the U.S. supreme court. *American Journal of Political Science*, 55(1), 74–88. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2010.00485.x>
- Chen, D. L., Cui, X., Shang, L., & Zheng, J. (2018). What Matters: Agreement between U.S. Courts of Appeals Judges. *Journal of Machine Learning Research*, (forthcoming).

<https://doi.org/10.2139/ssrn.2816492>

- Chen, D. L., & Philippe, A. (2018). *Clash of norms: Judicial leniency on defendant birthdays* (TSE Working Papers). Toulouse.
- Chen, D., & Spamann, H. (2016). *This Morning's Breakfast, Last Night's Game: Detecting Extraneous Influences on Judging*. IAST Working Papers. Retrieved from <https://ideas.repec.org/p/tse/iastwp/31020.html>
- Cho, K., Barnes, C. M., & Guanara, C. L. (2017). Sleepy Punishers Are Harsh Punishers: Daylight Saving Time and Legal Sentences. *Psychological Science*, 28(2), 242–247. <https://doi.org/10.1177/0956797616678437>
- Costa, A. A. (2008). *Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. Universidade de Brasília.
- Costa, A. A. (2013). Judiciário e interpretação : entre Direito e Política. *Pensar (Fortaleza)*, 18(1), 9–46.
- Costa, A. A. (2014). Teologia moral para ouriços: a teoria da justiça de Ronald Dworkin. *Direito.Unb*, 1(1), 199–219.
- Costa, A. A., & Horta, R. de L. e. (2017). Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Opinião Jurídica*, (20), 271–297. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p271-297.2017>
- Costa, E. J. da F. (2016). *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- Costa Júnior, P. A. (2018). *O Continente e as 11 Ilhas: A mudança institucional endógena e o lugar do Supremo Tribunal Federal na arena política*. Universidade Federal de Minas Gerais.
- Danziger, S., Levav, J., & Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(17), 6889–6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>
- Daufemback, V. (2014). *Relações entre a Psicologia e o Direito Penal: o uso dos saberes psicológicos no contexto da culpabilidade e da dosimetria da pena no Tribunal do Júri*. Universidade de Brasília.



- Dhami, M. K. (2003). Psychological models of professional decision making. *Psychological Science*, *14*(2), 175–180.
- Dworkin, R. (2003). *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Englich, B., Mussweiler, T., & Strack, F. (2006). Playing dice with criminal sentences: The influence of irrelevant anchors on experts' judicial decision making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, *32*(2), 188–200. <https://doi.org/10.1177/0146167205282152>
- Epstein, L. E. E., Parker, C. M., Segal, J. A., Barzilai, G., Brown, R., Drobak, J., ... Posner, R. A. (2018). Do Justices Defend the Speech They Hate ?, (Fall 2018), 1–26.
- Epstein, L., Landes, W. M., & Posner, R. A. (2013). *The Behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Epstein, L., & Martin, A. D. (2010). Does Public opinion Influence the Supreme Court? Possibly Yes (But we're not sure why). *Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, *13*(2), 263–281. <https://doi.org/10.3868/s050-004-015-0003-8>
- Eren, O., & Mocan, N. (2018). Emotional Judges and Unlucky Juveniles. *American Economic Journal: Applied Economics*, *10*(3), 171–205. <https://doi.org/10.1257/app.20160390>
- Evans, J. S. B. T. (2008). Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition. *Annual Review of Psychology*, *59*(1), 255–278. <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.59.103006.093629>
- França, R. L. (1999). *Hermenêutica Jurídica* (7th ed.). São Paulo: Saraiva.
- Freitas Filho, R. (2015). Critical legal studies and coherence in the decision-making process: the Brazilian case. *Universitas Jus*, *26*(1), 29–44. <https://doi.org/10.5102/unijus.v26i1.3446>
- Furgeson, J. R., Babcock, L., & Shane, P. M. (2008). Behind the mask of method: Political orientation and constitutional interpretive preferences. *Law and Human Behavior*, *32*(6), 502–510. <https://doi.org/10.1007/s10979-007-9112-x>
- Gazzaniga, M. S. (2011). *Who's in charge? Free Will and the science of the Brain*. New York: HarperCollins.
- Glynn, A. N., & Sen, M. (2015). Identifying judicial empathy: Does having daughters cause judges to rule for women's issues? *American Journal of Political Science*, *59*(1), 37–54. <https://doi.org/10.1111/ajps.12118>
- Gomes, P. M. (2013). *Discursos sobre a ordem: uma análise do discurso do Supremo Tribunal Federal nas decisões de prisão para garantia da ordem pública*. Universidade de Brasília.

- Grau, E. R. (2003). *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito* (2nd ed.). São Paulo: Malheiros.
- Guthrie, C., Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. (2007). Blinking on the bench: How judges decide cases. *Cornell Law Review*, *93*(1), 1–43. <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.
- Habermas, J. (2003). *Direito e Democracia: entre facticidade e validade, vol. I* (2nd ed.). Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro.
- Haidt, J. (2001). The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, *108*(4), 814–834. <https://doi.org/10.1037//0033-295X.108.4.814>
- Harmon-Jones, E., & Harmon-Jones, C. (2007). Cognitive Dissonance Theory After 50 Years of Development. *Zeitschrift Für Sozialpsychologie*, *38*(1), 7–16. <https://doi.org/10.1024/0044-3514.38.1.7>
- Harris, A. P., & Sen, M. (2019). Bias and Judging. *Annual Review of Political Science*, Forthcoming.
- Hartmann, I. A., Almeida, G. da F. C. de A., Valim, B. N., & Lima, C. E. L. (2017). A Influência da TV Justiça no Processo Decisório do STF. *Revista de Estudos Empíricos Em Direito*, *4*, 38–56.
- Herkenhoff, J. B. (1994). *Como Aplicar o Direito* (3rd ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Horta, R. de L. e. (2016). Argumentação, Estratégia e Cognição: Subsídios para a formulação de uma Teoria da Decisão Judicial. *Revista Eletrônica Direito e Liberdade*, *18*, 151–193.
- Johansson, P., Hall, L., & Sikström, S. (2008). From Change Blindness To Choice Blindness. *Psychologia*, *51*(2), 142–155. <https://doi.org/10.2117/psysoc.2008.142>
- Kahan, D. M., Hoffman, D. A., Braman, D., Evans, D., & Rachlinski, J. J. (2012). “They saw a protest”: Cognitive Illiberalism and the Speech-conduct distinction. *Stanford Law Review*, *64*, 851–906.
- Kahan, D. M., Hoffman, D. A., Evans, D., Devins, N., Lucci, E. A., & Cheng, K. (2016). “Ideology” or “Situation Sense”? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment. *University of Pennsylvania Law Review*, *64*(349), Working Paper No. 2015-26. Retrieved from <http://ssrn.com/abstract=2590054> <http://papers.ssrn.com/abstract=2590054>
- Kahneman, D. (2012). *Rápido e Devagar: Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva.

- Kassin, S. M., Dror, I. E., & Kukucka, J. (2013). The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions. *Journal of Applied Research in Memory and Cognition*, 2(1), 42–52. <https://doi.org/10.1016/j.jarmac.2013.01.001>
- Kunda, Z. (1990). The Case for Motivated Reasoning. *Psychological Bulletin*, 108(3), 480–498.
- Latané, B., & Rodin, J. (1969). A lady in distress: Inhibiting effects of friends and strangers on bystander intervention. *Journal of Experimental Social Psychology*, 5, 189–202.
- Lopes, F. de M. (2018). Television and Judicial Behavior: Lessons from the Brazilian Supreme Court. *Economic Analysis of Law Review*, 9(1), 41–71. <https://doi.org/10.1007/s11104-004-7401-4>
- Maximiliano, C. (2000). *Hermenêutica e Aplicação do Direito* (18th ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- Mazzella, R., & Feingold, A. (1994). Socioeconomic Status , and Gender of Defendants and Victims on Judgments of Mock Jurors :
- Mercier, H. (2016). The Argumentative Theory: Predictions and Empirical Evidence. *Trends in Cognitive Sciences*, 20(9), 689–700. <https://doi.org/10.1016/j.tics.2016.07.001>
- Mercier, H., & Sperber, D. (2017). *The Enigma of Reason*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Michelon, C., Mendes, C. H., & Veríssimo, M. P. (2008). Retórica e o Estado de Direito no Brasil. In *Retórica e Estado de Direito*. São Paulo: Elsevier.
- Miton, H., & Mercier, H. (2015). Cognitive Obstacles to Pro-Vaccination Beliefs. *Trends in Cognitive Sciences*, 19(11), 633–636. <https://doi.org/10.1016/j.tics.2015.08.007>
- Moro, S. F. (2002). *Jurisdição Constitucional como Democracia*. Universidade Federal do Paraná.
- Nadler, J., & McDonnell, M. H. (2012). Moral character, motive, and the psychology of blame. *Cornell Law Review*, 97(2), 255–304. <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.
- Neves, M. (2013). *Entre Hidra e Hércules: Princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes. Retrieved from 9788578276591
- Nickerson, R. S. (1998). Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of General Psychology*, 2(2), 175–220. Retrieved from [papers2://publication/uuid/E999B48C-D668-4118-8026-A53FAFDD6476](https://doi.org/10.1037/1089-2699.2.2.175)
- Nisbett, R. E., & Wilson, T. D. (1977). Telling more than we can know: Verbal reports on

- mental processes. *Psychological Review*.
- Nojiri, S. (2017). Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre modelos de decisão judicial. In R. C. Veloso & F. Q. da Silva (Eds.), *Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE* (1st ed., pp. 313–324). Belo Horizonte: D'Plácido.
- Nourse, V., & Shaffer, G. (2009). Varieties of New Legal Realism: Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? *Cornell Law Review*, 95, 61.
- Perelman, C., & Olbrechts-Tyteca, L. (2005). *Tratado da Argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes.
- Portanova, R. (2003). *Motivações Ideológicas da Sentença* (5th ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Rachlinski, J. J., Johnson, S. L., Wistrich, A. J., & Guthrie, C. (2009). Does unconscious racial bias affect trial judges. *Notre Dame Law Review*, 84(1195), 1–49.  
<https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. (2017). Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges. *Annual Review of Law and Social Science*, 13(1), 203–229.  
<https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110615-085032>
- Reis, I. (2018). Análise Empírico-Retórica do Discurso: fundamentos, objetivos e aplicação. In C. R. Roesler, F. Hartmann, & I. Reis (Eds.), *Retórica e Argumentação Jurídica: Modelos em Análise, Vol. 2* (pp. 121–150). Curitiba: Alteridade.
- Rodriguez, J. R. (2013). *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV.
- Roesler, C. R. (2016). Between the Paroxysm of Reasons and No Reason at All: Paradoxes of a Legal Practice. *Direito.Unb*, 2(1), 79–95.
- Rübinger-Betti, G., & Benvindo, J. Z. (2017). Do Solipsismo Supremo à Deliberação Racional. *Direito, Estado e Sociedade*, (50), 149–178.
- Schauer, F. (2009). *Thinking like a lawyer: a new Introduction to Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press.
- Schnall, S., Haidt, J., Clore, G. L., & Jordan, A. H. (2008). Disgust as embodied moral judgment. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 34(8), 1096–1109.  
<https://doi.org/10.1177/0146167208317771>

- Schvey, N. A., Puhl, R. M., Levandoski, K. A., & Brownell, K. D. (2013). The influence of a defendant's body weight on perceptions of guilt. *International Journal of Obesity*, 37(9), 1275–1281. <https://doi.org/10.1038/ijo.2012.211>
- Schwartzman, M. (2008). Judicial Sincerity. *Virginia Law Review*, 94, 987–1027.
- Silva, M. L., & Horta, R. de L. e. (2017). O racismo do sistema penal na perspectiva da Psicologia Experimental – diálogos possíveis com a Criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 25, 417–445.
- Silva, V. A. (2005). Interpretação Constitucional e Sincretismo Metodológico. In V. A. Silva (Ed.), *Interpretação Constitucional* (pp. 115–143). São Paulo: Malheiros.
- Silva, V. A. (2013). Deciding without deliberating. *International Journal of Constitutional Law*, 557–584. Retrieved from <http://icon.oxfordjournals.org/content/11/3/557>
- Sloman, S., & Fernbach, P. (2017). *The knowledge illusion: Why we never think alone*. New York: Riverhead Books. <https://doi.org/10.1136/jmg.27.3.176>
- Sood, A. M. (2013). Motivated Cognition in Legal Judgments—An Analytic Review. *Annual Review of Law and Social Science*, 9(1), 307–325. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102612-134023>
- Stanovich, K. E. (2011). *Rationality & the Reflective Mind*. New York: Oxford University Press.
- Streck, L. L. (2013). *O que é isto – decido conforme minha consciência?* (4th ed.). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- Streck, L. L. (2016). A Crítica Hermenêutica do Direito e a questão da Discricionariedade Judicial. *Revista Direito e Liberdade*, 18(1), 221–245.
- Struchiner, N. (2018). Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. In I. Reis (Ed.), *Retórica e Argumentação Jurídica: Modelos em Análise, Vol. 4* (pp. 43–59). Curitiba: Alteridade.
- Struchiner, N., & Brando, M. S. (2014). Como os juízes decidem os casos difíceis do direito? In *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental* (pp. 171–219). Rio de Janeiro: PUC Rio.
- Sunstein, C. R. (2006). Virtues and Verdicts. *The New Republic*.
- Sunstein, C. R. (2015). *Constitutional Personae*. New York: Oxford University Press.
- Sunstein, C. R., & Vermeule, A. (2003). Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, 101(4), 885–951.

- Tamanaha, B. Z. (2010). *Beyond the Formalist-Realist Divide: the role of politics in judging*. Princeton: Princeton University Press.
- Tavares, R. de S., & Hannikainen, I. R. (2018). Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais. (*Nadler & McDonnell, 2012*), 5(1), 67–78.
- Vermeule, A. (2006). *Judging under Uncertainty: An institutional theory of Legal Interpretation*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Warat, L. A. (1995). *O Direito e sua linguagem* (2a ed.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- Wistrich, A. J., Rachlinski, J. J., & Guthrie, C. (2015). *Heart Versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings?* *Texas Law Review* (Vol. 93). Retrieved from <https://ejwl.idm.oclc.org/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=tih&AN=101800246&site=ehost-live>
- Xavier, J. R. F. (2010). O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 84(maio-junho), 271–311.

## **Por que existem vieses cognitivos na Tomada de Decisão Judicial?**

### **A contribuição da Psicologia e das Neurociências para o debate jurídico<sup>1</sup>**

#### **Resumo**

A literatura jurídica brasileira tem começado a se questionar sobre a existência e os efeitos de vieses cognitivos na tomada de decisão juridicamente relevante. Trabalhos teóricos e empíricos recentes vêm recorrendo à literatura em Julgamento e Tomada de Decisão e Economia Comportamental para lançar um novo olhar sobre o fenômeno da decisão jurídica – sem, contudo, proceder a uma avaliação crítica do paradigma das heurísticas e vieses e das teorias do duplo processo. A partir de uma metodologia interdisciplinar, este ensaio busca suprir essa lacuna, apresentando ao público jurídico um levantamento analítico dos modelos comportamentais da literatura em tomada de decisão. Percorremos alguns dos problemas mais salientes no debate recente: a adequação da introspecção como metodologia para compreensão da tomada de decisão, o papel do processamento automático ou inconsciente na decisão, e, sobretudo, *por que* seria o caso de a racionalidade humana ser passível desses desvios em relação aos parâmetros normativos. Para tanto, duas vertentes explicativas para a existência de vieses são analisadas: a neurofisiológica e a evolucionista, com vistas a traçar um cenário mais realista de como a arquitetura cognitiva condiciona a racionalidade humana.

**Palavras-chave:** Tomada de Decisão Judicial. Heurísticas e Vieses. Teorias do Duplo Processo. Substratos neurais da Consciência. Teoria do Gerenciamento do Erro.

#### **Abstract**

Brazilian legal literature has begun to question the existence and effects of cognitive biases in legal decision-making. Recent theoretical and empirical studies have shed light to the literature on Judgment and Decision Making and Behavioral Economics in order to understand the phenomenon of legal decision-making – however, without proceeding to a critical evaluation of the heuristics and bias paradigm and of the dual-process theories. Based upon an interdisciplinary methodology, this essay seeks to fill this gap by presenting to the legal public an analytical look on the most recent behavioral models of the decision-making debate. We turn to some of the most salient problems, such as the value of introspection

---

<sup>1</sup> Versão anterior deste trabalho foi apresentada como conferência no IV Seminário de Direito, Psicologia e Neurociência, organizado pelo grupo de estudos em Direito, Psicologia e Neurociência (DIPSIN) da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da USP, em 24/10/2018.

methodology for understanding decision making; the role of automatic or unconscious processing in decision-making; and specially why it is be the case that human rationality is susceptible to such deviations. In order to do so, two explanatory lines for the existence of biases are analyzed: the neuroscientific and the evolutionary, in order to draw a more realistic picture of how cognitive architecture constrains human rationality.

**Keywords:** Judicial Decision-Making. Heuristics and Biases. Dual-Process Theories. Neural substrates of consciousness. Error Management Theory.

## Sumário

1. Introdução .....	64
1.1. O problema da tomada de decisão numa perspectiva interdisciplinar .....	68
2. A resposta no nível psicológico .....	69
2.1. A mente inconsciente .....	71
2.2. O programa das heurísticas e vieses e as teorias do duplo processo .....	75
3. A resposta no nível biológico.....	80
3.1. A explicação evolucionista.....	81
3.2. A explicação neurocientífica.....	90
4. Conclusão.....	101
5. Referências.....	103

## 1. Introdução

Magistrados são capazes de uma aplicação puramente técnica das normas, para além de suas preferências pessoais e políticas? Os parâmetros da racionalidade discursiva, utilizados na justificação das sentenças judiciais, são suficientes para o controle democrático do Judiciário? A Justiça, mesmo não sendo neutra, pode ser imparcial? Juízes com fome são maus juízes? Essas são perguntas antigas no debate jurídico, que só recentemente vêm sendo tratadas com um renovado olhar experimental.

Afortunadamente, nos últimos anos, a literatura jurídica brasileira tem começado a se questionar sobre a existência e os efeitos de vieses cognitivos na tomada de decisão juridicamente relevante. Trabalhos teóricos (G. P. Almeida & Cestari, 2016; Cardoso & Horta, 2018; A. A. Costa & Horta, 2017; E. J. da F. Costa, 2016; Fernandez & Fernandez,



2008; Freitas, 2013; Moraes & Tabak, 2018; Nojiri, 2017; Silva & Horta, 2017; Tabak, Aguiar, & Nardi, 2018) e empíricos (G. P. de Almeida & Nojiri, 2018; F. P. L. Almeida, 2013; L. L. F. Costa, Esteves, Kreimer, Struchiner, & Hannikainen, 2018; Grezzana, 2012; Leal & Ribeiro, 2018; Tavares & Hannikainen, 2018) têm utilizado como ponto de partida as referências da literatura em Julgamento e Tomada de Decisão, Ciências Comportamentais e Economia Comportamental para entender esse fenômeno, renovando o repertório de análises e formulações do problema da decisão no Direito.

Trata-se de um movimento que já vinha de alguns anos na literatura estrangeira (para revisões sistemáticas, vide Braman, 2017; Harris & Sen, 2019; Mueller & Nadler, 2017; Rachlinski & Wistrich, 2017; Zamir, Teichman, Teichman, & Zamir, 2014), amparado por dezenas de experimentos e estudos empíricos que constataram aquilo que muitos já intuía: nas decisões moralmente carregadas e/ou juridicamente relevantes, as pessoas são influenciadas por fatores pessoais, político-ideológicos (Cohen & Yang, 2019; Epstein, Landes, & Posner, 2013), por identidades como gênero (Boyd, Epstein, & Martin, 2010; Gomes, Nogueira, & Arguelhes, 2018) (Boyd et al., 2010; Gomes et al., 2018) e raça (Blair, Judd, & Chapleau, 2004; Rachlinski, Johnson, Wistrich, & Guthrie, 2009), e por fatores circunstanciais e prosaicos, como cansaço (Cho, Barnes, & Guanara, 2017), fome (Danziger, Levav, & Avnaim-Pesso, 2011) e nojo (Schnall, Haidt, Clore, & Jordan, 2008).

Contudo, aceitar que a tomada de decisão em temas moralmente carregados ou juridicamente complexos possa padecer de influências exógenas diz pouco sobre *por que* isso acontece. O que exatamente se quer dizer ao afirmar que a mente humana sofre de influências inconscientes, ou que o raciocínio se dá de forma automática? Sem uma compreensão abrangente dos motivos pelos quais a arquitetura da cognição humana apresenta desvios sistemáticos em relação a parâmetros normativos, o quadro delineado fica incompleto. Para uma teoria mais realista da tomada de decisão, é preciso antes ter clareza de como e por que a racionalidade humana funciona do jeito que os experimentos mostram.

Embora a comunidade jurídica tenha sido lenta em reconhecer a existência desses vieses cognitivos nas atividades decisórias, a sua importância não pode ser mais ignorada. As consequências das limitações da racionalidade humana na prática forense são reais e podem resultar em injustiças concretas, como veremos adiante. Porém, parte da resistência em se aceitar a influência de fatores extrajurídicos resulta da incompreensão de como a mente funciona. Muito do discurso prevalente sobre como decisões “justas” podem ser tomadas de forma “isenta” ainda aposta numa visão da racionalidade de séculos atrás, como se a

Psicologia, a Biologia e as Neurociências não tivessem avançado a passos largos nas últimas décadas.

Por que a mente humana está sujeita a vieses cognitivos? Como pode a racionalidade humana ser, de um lado, tão prodigiosa, e de outro, tão falha? Por que o inconsciente domina tantas decisões importantes? De onde vêm as limitações que nos levam a raciocinar de forma errônea ou injusta, perante os parâmetros normativos que cultivamos?

Este trabalho se propõe a fechar essa lacuna, trazendo uma leitura interdisciplinar do problema dos vieses cognitivos. Buscamos trazer ao público leigo em ciências comportamentais uma descrição atualizada e clara dos modelos e teorias mais recentes sobre a arquitetura da mente que toma decisões juridicamente relevantes, evitando jargões técnicos, de um lado, e simplificações superficiais, de outro.

Começamos esclarecendo a partir de qual referencial enfrentaremos esse problema. A literatura interdisciplinar da qual partiremos reúne trabalhos em Julgamento e Tomada de Decisão, Economia Comportamental, Etologia, Neurociências, Biologia e Psicologia Evolucionista. Nessa perspectiva, por “decisão”, num sentido amplo, entende-se um conjunto de processos cognitivos que avaliam e selecionam opções com vistas a um determinado curso de ação. Os processos de tomada de decisão podem ser teoricamente agrupados em quatro categorias (Mendelson et al., 2016). Num primeiro momento, (i) a informação é disponibilizada, ou por meio da percepção sensorial, ou da memória. A seguir, (ii) ocorre o “julgamento”, que consiste na avaliação ou discriminação dessa informação ou estado de coisas. Com base nas suas preferências, o indivíduo (iii) escolhe, selecionando, a partir de diferentes opções, o curso de ação desejado, o que configura a “decisão”, no sentido estrito. A partir dessa decisão, resulta (iv) um comportamento ou ação no mundo exterior. Como veremos a seguir, existem condicionantes de várias ordens em cada uma dessas etapas, derivadas de causas proximais e distais (vide Seção 3), que ajudam a explicar por que ocorrem vieses cognitivos.

Nas últimas décadas, diversos experimentos foram feitos com humanos e diversas espécies animais em paradigmas experimentais destinados a avaliar tarefas de discriminação, categorização, reconhecimento, avaliação e seleção de cursos de ação (Mendelson et al., 2016), medindo respostas neurais e buscando desvendar quais áreas cerebrais eram recrutadas para essas tarefas, bem como se o indivíduo executava essas tarefas de forma consciente ou não. Resultados desses estudos revelam que, contrariamente ao que se pensa, não só a tomada

de decisão humana padece de inúmeras aparentes “irracionalidades”, como alguns dos vieses nela verificados são comuns a outras espécies animais (Santos & Rosati, 2015).

Em resumo, existe atualmente todo um corpo de conhecimentos que permitem descrever com precisão os mecanismos cognitivos da tomada de decisão. É a partir disso que, neste artigo, ensaiaremos responder à pergunta do título deste trabalho, começando por estabelecer o pano de fundo dessa discussão. Numa perspectiva interdisciplinar, os conhecimentos oriundos da Ciência da Decisão podem ser integrados com suas explicações em outros níveis de análise, o dos processos psicológicos e neurais que servem de substrato ao comportamento humano (Seção 1.1).

Para explicar a tomada de decisão humana, uma vez que a maior parte dos processos mentais se dá de forma inconsciente, a introspecção não é o método mais adequado para compreender essa dinâmica (seção 2.1.). Revisaremos também, brevemente, um dos programas de pesquisa que dominaram até agora a questão da tomada de decisão, o das “heurísticas e vieses”, ligado às “teorias do duplo processo” (seção 2.2), apontando suas propostas, problemas e limitações. Com isso, busca-se esclarecer para o leitor quais são os modelos descritivos prevalentes dos vieses na tomada de decisão.

O objetivo é o de responder *por que* esses mecanismos funcionam dessa forma, em dois níveis explicativos: o das causas distais, evolutivos, para o qual mobilizaremos o instrumental da Biologia e da Psicologia Evolucionista (Seção 3.1); e o das causas proximais, neurofisiológicas, para o qual aportaremos a literatura neurocientífica recente (Seção 3.2). Esperamos que ao final desse trajeto, o leitor tenha clareza das principais teorias contemporâneas acerca de como processos automáticos ou inconscientes governam a maioria das nossas decisões, e como isso pode ter reflexos concretos nas instituições jurídicas.

Buscamos, assim, sem a pretensão de revisar exaustivamente todos os debates, experimentos e autores relevantes, expor uma compreensão cientificamente informada da racionalidade humana, e sobretudo uma narrativa que seja útil para os juristas que se interessam por essa temática. Por fim, advertimos que muitos dos modelos e teorias que analisaremos ainda estão em debate, e sendo constantemente postos à prova. Uma das virtudes da ciência é justamente sua abertura à contestação e ao contraditório, avançando à medida que novos dados levam ao abandono ou refinamento dos modelos disponíveis.

## 1.1. O problema da tomada de decisão numa perspectiva interdisciplinar

Do ponto de vista da comunidade jurídica, as potenciais consequências dos vieses cognitivos se referem à possibilidade de injustiças serem cometidas. A premissa aqui é que instituições pensadas a partir de um referencial equivocado da racionalidade humana tendem a ignorar suas limitações e a perpetuar injustiças (Engel & Singer, 2008). Vale mencionar alguns exemplos desse risco.

Sabe-se que intuições ou primeiras impressões sobre pessoas ou fatos podem criar um viés, que condiciona toda a interpretação subsequente de fatos e condutas. Isso pode ser desastroso do ponto de vista de inquéritos e investigações, que deixam de se abrir para múltiplas possibilidades, e em vez disso focam em confirmar suspeitas iniciais, eventualmente infundadas, num efeito “bola de neve” (MacLean & Dror, 2016). Noutro exemplo, ao não compreender como efetivamente funciona a memória humana, o processo judicial continua confinando na prova testemunhal como se fosse um retrato fiel e confiável da realidade, sendo que existem inúmeras evidências em contrário (Stein, 2015). Por fim, o sistema penal pode ser um grande perpetuador de injustiças – a falta de compreensão de como as normas punitivas podem reforçar o racismo, ou como a aplicação das penas efetivamente impacta os réus, leva a um sistema que é tanto brutal com aqueles que pune, quanto injusto com quem deixa de punir, além de ineficiente do ponto de vista do seu objetivo de redução da violência na sociedade (Benforado, 2015).

O fenômeno da tomada de decisão é extremamente complexo; não por acaso, as ciências da decisão envolvem desde economistas e estudiosos de teoria dos jogos até comunidades de neurocientistas computacionais e pesquisadores em inteligência artificial. É importante ter em mente que cada programa de pesquisa encara o comportamento decisório a partir de um diferente ângulo, compondo, gradualmente, uma visão mais abrangente de suas múltiplas facetas. Vale recordar, ainda, que cada metodologia contribui com modelos que se situam num determinado *nível explicativo* – o econômico, o psicológico, o biológico, etc. Essa divisão de trabalho significa que o conhecimento obtido em cada nível explicativo pode contribuir para esclarecer os mecanismos nos demais níveis explicativos, numa síntese teórica abrangente.

Assim, um neurocientista pode se concentrar em humanos ou em modelos animais ao realizarem tarefas de escolha, aliadas a medições por técnicas de neuroimagem que revelam padrões de ativação cerebral; um psicólogo, tipicamente, vai se concentrar no comportamento observável, utilizando técnicas experimentais com sujeitos de pesquisa; e, por sua vez, um

economista poderá elaborar modelos matemáticos a respeito, com vistas a formalizar uma teoria microeconômica da escolha. Embora o ideal seja reunir esses resultados de diferentes metodologias num único quadro explicativo, é importante lembrar que cada nível explicativo possui *propriedades emergentes* próprias, que não são passíveis do reducionismo: para ficar num exemplo, não faz sentido pretender descrever toda a tomada de decisão humana em termos de sinapses neurais, pois há propriedades emergentes da decisão que só surgem no nível psicológico, comportamental (Glimcher, 2011, pp. 19–35).

Por esse motivo, existem definições e conceitos típicos do nível psicológico, ligadas, mas não completamente redutíveis, a definições e conceitos no nível biológico. Assim, dividiremos este trabalho em duas seções, uma focada sobre as explicações psicológicas (Seção 2) e outra sobre explicações biológicas (Seção 3) dos vieses decisórios. Para situar o leitor, todavia, começaremos por um breve excuro histórico, para traçar esse panorama das ciências da decisão.

## **2. A resposta no nível psicológico**

Antes de tentarmos responder à nossa pergunta de “por que existem vieses”, vamos primeiro tecer uma aproximação ao nível explicativo da Psicologia, onde surgiu sua definição. Para tanto, vamos percorrer o histórico de surgimento e de refinamento da noção de que a tomada de decisão humana está sujeita a vieses.

Para quem chega agora a este debate, é importante ter em mente que há uma vigorosa tradição de pesquisa psicológica, reunida sob o rótulo “Julgamento e Tomada de Decisão” (JTD), que remonta pelo menos aos anos 1940-1950. Um dos pontapés iniciais desse programa de pesquisa foi o trabalho de Von Neumann e Morgenstern, mais conhecidos por serem fundadores do campo da Teoria dos Jogos. Inicialmente, os pesquisadores em JTD tinham dois focos distintos de pesquisa, hoje relativamente integrados entre si: um deles, sobre como as pessoas avaliam ou compreendem informações para fazerem inferências (julgamento); o outro, sobre como as pessoas optam por determinados cursos de ação (escolha ou tomada de decisão). Naquele momento, tratava-se de criar paradigmas experimentais que permitissem testar e medir, do ponto de vista comportamental, como as pessoas efetivamente julgam e decidem, *vis-à-vis* os parâmetros normativos preconizados pelo conceito de racionalidade da Economia neoclássica, pelas regras matemáticas do cálculo probabilístico e da estatística, pela lógica dedutiva clássica, entre outros (Goldstein & Hogarth, 1997).

Rapidamente, os primeiros experimentos passaram a desafiar o que se esperaria a partir de modelos teóricos de comportamento decisório até então consagrados. No fim dos anos 1950, já se sabia que, em situações experimentais de solução de problemas, os sujeitos de pesquisa tinham extrema dificuldade em fazer cálculos estatísticos com acurácia, ou mesmo efetuar operações dedutivas tidas como elementares. Herbert Simon, àquela altura, propunha que se prestasse atenção às limitações inerentes a todo contexto decisório e à própria arquitetura cognitiva, sugerindo o conceito de “racionalidade limitada”. Porém, foi necessário que experimentos revelassem a dificuldade em se verificar na prática a “teoria da utilidade”, um dos baluartes da Economia neoclássica, para que esses apelos passassem a ser ouvidos. Assim, nos anos 1960, economistas se lançam ao projeto de buscar entender quais processos cognitivos estariam por trás desses fenômenos. Estava montado o palco para a emergência da Economia Comportamental (Goldstein & Hogarth, 1997).

Os expoentes desse novo campo, como Daniel Kahneman, Amos Tversky e Richard Thaler, passaram a colecionar exemplos de como as pessoas tomavam decisões diferente do esperado pelas teorias normativas da decisão humana. O assim denominado programa das “heurísticas e vieses” buscava compreender quais seriam as estratégias decisórias que empregariam atalhos cognitivos (“heurísticas”), de modo a resolver intuitiva e rapidamente problemas complexos. No entanto, muitas vezes esses atalhos resultariam em desvios sistemáticos ou inconsistências em relação aos parâmetros normativos esperados (“vieses”). Tratava-se, assim, de reformular a teoria econômica para que adotasse modelos mais realistas de como pessoas formam preferências, avaliam dados disponíveis e fazem escolhas (Kahneman, 2011; Thaler, 2016).

O sucesso da Economia Comportamental trouxe psicólogos sociais, sociólogos, economistas e outros especialistas a trabalharem em conjunto, na prática esfuziando os limites entre essas disciplinas. Hoje, em universidades mundo afora, os grupos de pesquisa, ementas de disciplinas e trabalhos publicados envolvem autores de múltiplas formações especializadas. O campo de JTD, assim, cresceu abrangente e interdisciplinar, abarcando problemas tão diversos quanto a escolha em contextos econômicos, a tomada de decisão no âmbito da administração, do direito, da ciência política e do esporte (Malloy-Diniz, Kluwe-Schiavon, & Grassi-Oliveira, 2018).

Em comum, os diversos modelos de JTD sugerem que há parâmetros normativos sobre como se deve fazer inferências – é o caso da lógica dedutiva clássica, da aritmética e das regras de cálculo probabilístico. Contudo, não são elas que os humanos usam em situações

reais de decisão – ou, dito de outra forma, no nível descritivo, a racionalidade humana foge aos padrões normativos esperados (Baron, 2008, pp. 31–34)

Mais recentemente, numerosos trabalhos vêm apontando que a ocorrência de vieses cognitivos não é um problema que se restringe à dimensão individual. Diversos autores vêm apontando as consequências *sociais* da racionalidade enviesada. Toda uma agenda de atuação de governos com vistas à mitigação dessas limitações cognitivas surgiu nos últimos dez anos – vem daí a proposta do “*nudging*”, ou do emprego de *insights* comportamentais por governos (Thaler & Sunstein, 2008). Mas não só isso: debates prementes da nossa época passam pela compreensão da racionalidade humana. Consumidores estão mais sujeitos a serem seduzidos pelo *marketing* subreptício, especialmente com o direcionamento altamente preciso das redes sociais (*micro-targeting*); as *fake news* se proliferam com facilidade e corroem as democracias mundo afora; a necessária ação coletiva contra o aquecimento global é substituída pela paralisia.

Esse conjunto de achados da literatura em JTD levou a uma série de debates de ordem prática: devemos empreender esforços para corrigir vieses? As heurísticas são estratégias adequadas ou não para se tomar melhores decisões? Governos devem parar de recorrer à racionalidade discursiva e começarem a se valer de estratégias comunicativas que apelem à intuição dos cidadãos? Juízes podem cometer injustiças ao decidirem com base em heurísticas ou intuições inconscientes?

Em comum, essas perguntas despertam algumas questões teóricas de suma importância. Mas nem sempre, entretanto, fica claro o que se quer dizer por “decisão inconsciente”, ou se a valência dos vieses deve ser sempre negativa. Nas seções seguintes (2.1. e 2.2), tentaremos limpar o terreno para a compreensão dessas questões no nível psicológico, comportamental.

## **2.1. A mente inconsciente**

Nas últimas décadas, a compreensão da “mente inconsciente”, em termos cognitivos, isto é, de processamento de informação pelo indivíduo, passou a ser um dos problemas centrais da Psicologia. Pode-se conceituar “inconsciente” como um processo que não está diretamente acessível ao monitoramento ou controle mente consciente. Por sua vez, por “automática” seria possível categorizar uma resposta a um estímulo ambiental não necessariamente resultado da volição ou intencionalidade do agente. Veremos mais sobre isso

adiante, mas é importante ressaltar que nos debates psicológicos, ora esses conceitos aparecem juntos, ora dissociados.

Uma das dificuldades metodológicas de se estudar como processos inconscientes influenciam o processo de tomada de decisão é que eles operam, por definição, abaixo do radar consciente. A linha behaviorista de psicologia experimental era particularmente antagônica em relação ao uso da introspecção como método de pesquisa, propugnando em seu lugar a observação do comportamento. Com o surgimento da Psicologia Cognitiva nos anos 1960, cada vez menos a Psicologia passou a entender o pensamento como um fluxo de consciência, passando a descrevê-lo em termos de processamento de informações na mente (Evans, 2017, pp. 7–16).

Mas foi um trabalho clássico de Timothy Wilson e Richard Nisbett (R. E. Nisbett & Wilson, 1977) que generalizou essa desconfiança para as demais correntes psicológicas. Uma série de experimentos subsequentes demonstrou que as pessoas não têm acesso aos mecanismos internos pelos quais estímulos ativam respostas comportamentais. Apesar disso, as pessoas são rápidas em encontrar possíveis justificativas sobre o que ocorreu em sua mente. Um dos paradigmas experimentais mais utilizados para este fim é conhecido como “*choice blindness*”. Basicamente, o desenho consiste em pedir que o sujeito pesquisado preencha uma tarefa de escolhas entre alternativas; em seguida, o papel preenchido com as respostas é entregue ao experimentador. Sem que os sujeitos se deem conta, o experimentador manipula a folha preenchida, alterando as respostas dadas para o oposto do que havia sido originalmente respondido. Em seguida, o papel é devolvido ao sujeito, pedindo-se que justifique suas escolhas. De forma surpreendente, a maioria das pessoas não só não se dá conta da manipulação, como também tende a justificar decisões contrárias às que originalmente tomou (Johansson, Hall, & Sikström, 2008). Trata-se de uma evidência forte de que nossas narrativas sobre processos inconscientes servem mais à autojustificação do que propriamente à investigação isenta da nossa própria mente<sup>2</sup>.

Isso ocorre porque a maior parte do processamento cognitivo é inconsciente, ou seja, existe sem que nos demos conta de sua ocorrência, sem que consigamos relatar *a posteriori*, sem dele termos autoconsciência plena. Na verdade, a maior parte dos nossos comportamentos rotineiros, mesmo os mais complexos, é executada de forma inteiramente

---

<sup>2</sup> Nossa ignorância não se limita à percepção dos processos inconscientes. Há mesmo falhas na habilidade metacognitiva, isto é, de saber o quanto se sabe de fato. Uma outra corrente de pesquisas mostrou que as pessoas não têm noção do quanto são ignorantes em geral: as pessoas sempre tendem a se achar talentosas, competentes e detentoras de conhecimento “acima da média”, mesmo havendo provas em contrário – o chamado efeito Dunning-Kruger (Kruger & Dunning, 1999).



automática, de dirigir um automóvel a digitar um texto no teclado, de tomar banho a caminhar – o cérebro opera, em parte, como uma justaposição de “módulos” independentes, altamente especializados. Isso soa profundamente contraintuitivo, mas é facilmente explicável: *porque* somos cegos para os processos inconscientes que dominam nossa mente, tendemos a subestimar sua importância na nossa vida mental (Dehaene et al., 2017, p. 487).

O quadro que a psicologia contemporânea desenha, assim, é o de que não temos acesso direto aos próprios processos mentais. Em virtude disso, contrariamente ao que costumam pensar, as pessoas têm muito pouco conhecimento sobre as causas do próprio comportamento. Assim, metodologias de pesquisa que se valem do auto-relato acerca dos processos mentais são inerentemente falhas (Koch, 2012, p. 77; Richard E. Nisbett, 2015)<sup>3</sup>.

Muitas explicações vêm sendo ensaiadas de por que temos tamanha ilusão sobre nós mesmos. Emily Pronin (Pronin, 2009) sugere que, como temos acesso ao fluxo introspectivo, tendemos a dar maior peso a ele do que ao comportamento observável quando avaliamos ou compreendemos a nós mesmos. Uma vez que não temos acesso às introspecções alheias, contudo, valemo-nos do comportamento observável das demais pessoas para avaliá-las e julgá-las. Como decorrência disso, tendemos a superestimar nossa própria responsabilidade quando participamos de uma iniciativa bem-sucedida (“o mérito é meu”), e subestimá-la em caso de fracasso (“a culpa não é minha”). Ademais, é mais fácil enxergar erros, vieses no comportamento alheio do que no nosso, uma vez que é sempre possível produzir uma “boa justificativa” para o que estamos fazendo.

Peter Carruthers (Carruthers, 2017) vai mais longe, pondo em questão a noção mesma de pensamento consciente: para o filósofo, nosso autoconhecimento é sempre uma forma de interpretação *a posteriori* do próprio comportamento observado, para a qual ajustamos nosso relato.

Assim, uma visão mais precisa da racionalidade humana passaria pelo reconhecimento da importância dos processos inconscientes na tomada de decisão – ao lado da admissão de que sabemos muito pouco a respeito deles sem o auxílio da ciência experimental. Sobretudo, é equivocado atribuir a causalidade do nosso comportamento àquilo que acreditamos ser o caso.

---

<sup>3</sup> É importante traçar uma distinção bem enfatizada por Stanislas Dehaene: aquilo no qual não se pode confiar é a introspecção enquanto *método de pesquisa*. Todavia, enquanto fonte de dados ou de medida, a introspecção pode ser muito importante. Tanto é assim que várias técnicas empíricas qualitativas consagradas se baseiam no auto-relato como forma de acessar percepções e impressões subjetivas. Também na pesquisa neurocientífica, a introspecção dos sujeitos de pesquisa pode ser uma valiosa fonte de dados sobre a experiência subjetiva. O que não se pode é contar com a introspecção enquanto método para compreensão do mecanismo de processos mentais, pois humanos são capazes de todo tipo de interpretação *post factum* dos motivos de suas decisões (Dehaene, 2014, pp. 12, 42–43).

A psicóloga Ziva Kunda (Kunda, 1990) cunhou o termo “raciocínio motivado” para nossa constante capacidade de manobrar nosso raciocínio a reboque da justificação de conclusões que já possuímos de antemão.

Isso não quer dizer que Psicologia contemporânea encare as justificativas como um mero enfeite inútil<sup>4</sup>. Os estudos de Jonathan Haidt (Haidt, 2001, 2012) no domínio da decisão moral apontam que, em casos difíceis, as pessoas decidem de forma intuitiva. No entanto, mesmo sem serem capazes de muitas vezes produzir razões em defesa de suas posições, a necessidade de se justificar pode alterar o curso de ação para outro mais defensável. No mesmo sentido, o trabalho de Philip Tetlock (Tetlock, 1985) aponta como a necessidade de justificar nossas crenças para os demais (“*accountability*”) pode levar à revisão de crenças iniciais.

A prodigiosa capacidade humana de autojustificação pode estar ligada à necessidade de convencer os pares daquilo em que acreditamos, conferir credibilidade ao que dizemos, e preservar nossa própria reputação. Na visão de Hugo Mercier e Dan Sperber, a existência de um viés em favor das próprias crenças não seria desvantajoso do ponto de vista adaptativo: primeiro, porque mesmo que tenham mais rigor em avaliar as crenças alheias do que as próprias, as pessoas sabem reconhecer argumentos fortes de argumentos fracos; e em segundo lugar, porque, num contexto interacionista e argumentativo, com posições suficientemente diversificadas, o “viés de confirmação” levaria à uma “divisão de trabalho cognitivo”, que enriqueceria o debate coletivo (Mercier & Sperber, 2017)<sup>5</sup>.

Em síntese, mesmo que as decisões que tomamos sejam inconscientes, a necessidade de conscientemente justificá-las é uma forte motivação psicológica. Muitos estudos tentaram explicar esse conflito interno em termos de dois sistemas cognitivos operando em paralelo. Vamos agora voltar nosso olhar para esses modelos.

---

<sup>4</sup> É importante registrar que ainda há alguma controvérsia sobre o grau de acesso de relatos verbais aos processos cognitivos internos e sobre a influência de processos inconscientes na tomada de decisão. Para uma revisão abrangente e crítica dos experimentos aqui mencionados, remetemos a (Newell & Shanks, 2014).

<sup>5</sup> Hugo Mercier defende a utilização do termo “myside bias”, cunhado por David Perkins, em vez do mais consagrado “viés de confirmação”, por um motivo simples: o viés mapeado pela literatura experimental não é o de “confirmar o que se pensa” apenas, mas também de “desconfirmar” (refutar) aquilo que é contrário à crença inicial. Dito de outra forma, a busca enviesada não é por confirmação de uma crença, mas uma busca enviesada por argumentos que apoiem a própria visão e falsifiquem as que a contrariam (Mercier, 2017).

## 2.2. O programa das heurísticas e vieses e as teorias do duplo processo

Tentaremos narrar a seguir, de forma bastante resumida, a ascensão e o estágio atual das explicações do comportamento humano baseadas em dois “sistemas” ou “tipos” de raciocínio no debate psicológico. Vamos retomar o fio histórico que esboçamos acima, especificando as características desses modelos comportamentais.

Herbert Simon, ganhador do prêmio Nobel de Economia de 1978, pode ser considerado um dos fundadores do campo da Economia Comportamental. Como mencionado acima, Simon alertava, já na década de 1950, da insuficiência dos modelos de tomada de decisão prescritivos que vinham sendo utilizados na ciência da administração (Simon, 1955). É de Simon a noção de “racionalidade limitada”, em contraposição a modelos idealizados da racionalidade decisória. Ao contrário do que se propunha, decisões geralmente eram tomadas com informação incompleta e numa situação de premência de tempo, o que não era considerado até então nesses modelos. Para Simon, as restrições do contexto decisório organizacional geralmente implicavam na necessidade de se contentar com decisões “satisfatórias” (*satisficing*), ou boas o bastante, em vez de ótimas.

No fim dos anos 1960 e início dos anos 1970, a dupla Daniel Kahneman e Amos Tversky começa a fazer experimentos com grupos de estudantes, e passam a colecionar violações em relação à teoria da utilidade esperada da Economia Neoclássica. Os primeiros achados indicavam que referenciais absolutamente irrelevantes para uma tarefa de estimativa quantitativa poderiam enviesar o resultado indicado pelas pessoas (efeito “ancoragem”). Outro efeito consistente dos seus experimentos é o que as pessoas realizam cálculos probabilísticos em termos de similaridade com estereótipos (“representatividade”) ou pela facilidade com que um evento saliente é recuperado pela memória (“disponibilidade”). Ou, ainda, que a forma de representar uma probabilidade em termos de ganhos ou perdas modificava a resposta das pessoas, mesmo para situações em que o cálculo probabilístico deveria ser o mesmo (efeito “enquadramento”). Uma das maiores contribuições da dupla para o debate econômico, porém, foi a “Teoria do Prospecto”, ou uma formalização do fenômeno de aversão a perdas: as pessoas sentem mais a perda de um valor do que um ganho de valor equivalente, seja porque o ponto de referência importa, seja porque a curva de perdas é mais acentuada (Kahneman, 2011).

Os experimentos da dupla Kahneman-Tversky paulatinamente atraíram a atenção do *mainstream* econômico. Ao lado de Richard Thaler – que se notabilizou nos anos 1980 por mapear e demonstrar experimentalmente diversos outros fenômenos, ligados especialmente à falta de auto-controle em tarefas de escolha intertemporal e o “efeito dotação”, ou a valorização maior de um bem pelo simples fato de se possuí-lo (Thaler, 2016) – seus trabalhos também receberam o reconhecimento do Prêmio Nobel em Economia.

Esse campo de pesquisa inicialmente ficou conhecido como o programa das “heurísticas e vieses”. Buscando sintetizar os achados experimentais, os proponentes da Economia Comportamental criaram uma descrição do comportamento decisório humano nos seguintes termos: diante de problemas excessivamente complexos, e da impossibilidade de uma análise racional-compreensiva abrangente, indivíduos se valeriam de atalhos cognitivos, batizados como “heurísticas”, para solucionar problemas. Essas “heurísticas”, porém, produziriam desvios não ocasionais, mas sistemáticos, em relação à teoria econômica então prevalente – que vieram a ser classificados como “vieses”.

O paradigma das “heurísticas e vieses”, assim, consistia na aplicação de testes envolvendo operações lógicas ou estatísticas, ou estimativas probabilísticas, e verificar o desvio das respostas em relação ao que se esperaria dos parâmetros normativos.

Em paralelo a isso, nos anos 1990, psicólogos cognitivos e sociais vinham se interessando sobremaneira por experimentos que revelavam a prevalência de processos mentais inconscientes, automatismos na cognição social, atitudes implícitas e outros construtos ligados à tomada de decisão inconsciente (Bargh & Chartrand, 1999). Em 1996, Steven Sloman condensa duas décadas de pesquisa, num artigo que se tornou clássico, sugerindo haver suficientes evidências de que o raciocínio humano opera em dois “sistemas” computacionais distintos e complementares: um capaz de operações lógicas, baseado em regras; o outro, associativo (Sloman, 1996). Essa interpretação dos dados se tornou altamente influente nos vinte anos seguintes, abrindo caminho para as diversas “teorias do duplo processo”.

Numa artigo de revisão clássico, Jonathan Evans (Evans, 2008) assim sintetiza essas décadas de pesquisa em heurísticas e vieses: o processos cognitivos podem ser divididos entre aqueles que são, de um lado, rápidos, automáticos e inconscientes; e, de outro, vagarosos, deliberativos e conscientes. Daniel Kahneman, por sua vez, num *best-seller* lançado em 2011, com o sugestivo título “*Rápido e Devagar*”, interpreta os resultados dos experimentos em

Economia Comportamental em termos de um Sistema 1, rápido, intuitivo, que geralmente levaria a respostas incorretas; e um Sistema 2, devagar, que precisaria entrar em cena para corrigir esses erros (Kahneman, 2011). Essa interpretação dos achados empíricos de 40 anos de pesquisa parecia ser simples, de fácil descrição, e dar conta de uma plêiade de fenômenos de decisão automática ou inconsciente e aparentes vieses do raciocínio.

As teorias do duplo processo se revelaram tão influentes que passaram a constar não somente em manuais de tomada de decisão (Baron, 2008; Hardman, 2009), como também se tornaram frequentes nos manuais mais difundidos de Psicologia (Sternberg, 2012), sendo aplicadas aos fenômenos psicológicos mais diversos, do cálculo probabilístico à tomada de decisão moral (Greene, 2013; Haidt, 2012). A ideia de “dois sistemas de raciocínio” esteve por trás da rápida expansão da agenda “*Nudge*” (Thaler & Sunstein, 2008), ou o uso de insights comportamentais para o aperfeiçoamento de políticas públicas e da gestão governamental – e passaram a constar de documentos de referência publicados, por exemplo, pelo Banco Mundial (Mundial, 2015). Além disso, passaram a ser utilizadas como marco teórico pelos primeiros pesquisadores empíricos da Psicologia da tomada de decisão judicial (Guthrie, Rachlinski, & Wistrich, 2007).

Contudo, esse paradigma nunca foi totalmente consensual entre os psicólogos. A crítica mais contundente à descrição do comportamento decisório nesses termos vem do psicólogo alemão Gerd Gigerenzer. Em apertada síntese, contrariamente aos economistas comportamentais mais famosos, Gigerenzer tem uma visão otimista do uso das heurísticas. Em diversos experimentos, seu grupo de pesquisadores demonstrou que esses atalhos decisórios rápidos, simples e frugais na verdade funcionam muito bem a maior parte do tempo, e eventualmente apresentam um desempenho superior à utilização de regras do modelo racional-compreensivo ou de parâmetros normativos tradicionais. Propondo o conceito de “racionalidade ecológica”, seu trabalho sugere que a mente é uma “caixa de ferramentas adaptativa”, a qual, nas circunstâncias decisórias corretas, opera com maestria via raciocínio intuitivo (Gigerenzer & Gaissmaier, 2011). A descrição do “Sistema 1” como “irracional”, ou fonte de erros, seria, assim, incorreta. Para Gigerenzer, boa parte dos resultados dessa literatura de “heurísticas e vieses” de Kahneman e outros são *artefatos*, ou seja, derivam de perguntas mal colocadas, em contextos experimentais artificiais, distanciados dos contextos reais de decisão (Gigerenzer, 2018).

Os estudos de Gary Klein em Tomada de Decisão Naturalística, nos anos 1980, já haviam apontado que seria um equívoco meramente atribuir aos processos intuitivos a responsabilidade pelos erros de raciocínio. Klein e sua equipe investigaram diversos casos reais de decisões difíceis em situações prementes tomadas por profissionais muito experientes em diversos campos – bombeiros, controladores de voo, pilotos de avião, jogadores de xadrez, profissionais de saúde, militares, etc. Os seus estudos de caso sempre envolviam com alto risco ou risco de morte (*high stakes*), em contextos de informação incompleta (incerta, ambígua ou potencialmente errada), estresse, alta pressão de tempo, e em contextos desestruturados – sem objetivos definidos; sem procedimentos ou tarefas especificados. Eram, assim, situações reais e dinâmicas, portanto diametralmente opostas ao desenho controlado de experimentos em laboratório. Os pesquisadores descobriram que, nesses casos, tomadores de decisão experientes usam sua intuição para, sem perda de tempo, rapidamente categorizar a situação. As categorias geradas intuitivamente sugeriam cursos de ação suficientemente apropriados (na linha do “*satisficing*” de Herbert Simon) para solucionar os problemas, à luz da experiência prévia do profissional.

É importante destacar que nos modelos de Klein, a intuição não guia tudo, mas é etapa importante do processo de tomada de decisão, que inclui a análise deliberada e analítica caso a situação encontrada não seja similar aos padrões com os quais o decisor está acostumado. Resumidamente, Klein descobriu que se a estratégia decisória fosse puramente intuitiva, erraria muito diante de situações novas; se fosse deliberativa, seria muito lenta. Em síntese, a Tomada de Decisão Naturalística mostraria a importância do raciocínio rápido ou automático em decisões altamente complexas (Klein, 2008, 2017)<sup>6</sup>.

Além disso, o Sistema 2, sozinho, longe de apenas corrigir equívocos e vieses, pode ser o gerador mesmo deles – tomemos o exemplo do “raciocínio motivado”, em que se tem um fenômeno deliberado e lento de construção de justificativas para a sustentação de crenças, ainda que sejam absurdas (Melnikoff & Bargh, 2018).

Outro problema causado pelas “teorias do duplo processo” foi como a distinção em dois “sistemas” sugeriu uma diferenciação neuroanatômica que não existe na realidade. O cérebro humano é composto por múltiplos sistemas dissociados, e é extremamente inexacto

---

<sup>6</sup> Justiça seja feita a Daniel Kahneman: sua visão pessimista das intuições não o impediu de fazer colaborações com Gary Klein para compreender como funcionam decisores experientes. Em síntese, Kahneman concorda com Klein que em ambientes regulares e estruturados, em que há *feedback* rápido das consequências das decisões, profissionais experientes podem confiar nas intuições como estratégia decisória – mas destaca que, na sua visão, isso não seria o caso em ambientes mutáveis ou imprevisíveis (Kahneman, 2011, pp. 234–244).

falar que apenas dois deles guiam a tomada de decisão. Keith Stanovich propôs, sem descartá-las de todo, que se falasse em dois “tipos de raciocínio”, e não “sistemas” (Stanovich, 2011).

Além disso, as teorias do duplo processo foram de certa forma vítimas do seu sucesso, pois tantas foram os formatos e distinções propostas entre os dois “sistemas”, que a sua falta de clareza conceitual acabou por ficar evidente. Mais recentemente, as insuficiências desse modelo chegaram a ser admitidas mesmo por seus defensores mais fervorosos, que progressivamente tiveram que adotar definições cada vez mais deflacionadas dos dois processos (Evans & Stanovich, 2013).

Entre as múltiplas objeções às teorias do duplo processo se enumeram a falta de clareza conceitual entre o que é um processo “autônomo” ou “inconsciente”; e a existência de diversos processos cognitivos que podem ser autônomos sem ser inconscientes, e vice-versa; intencionais, mas incontroláveis e vice-versa; mostrando enfim um desalinhamento entre características que seriam típicas do “sistema ou tipo 1” de raciocínio e deveriam ocorrer juntas. Recentemente, assomam-se vozes clamando para o abandono dessa tipologia excessivamente simplista ou meramente especulativa (Melnikoff & Bargh, 2018; Mugg, 2016). Interpretações mais atuais dos experimentos clássicos em Psicologia Social chegam a dispensar a necessidade de se falar em dois sistemas para explicar o raciocínio humano (Mercier & Sperber, 2017).

Onde ficamos, então, em relação à pergunta deste artigo, após esta breve revisão? De um lado, há uma extensa literatura psicológica empírica sobre vieses na tomada de decisão. As teorias do duplo processo ainda são as mais consagradas narrativas da decisão humana. Porém, as objeções a elas se acumulam a cada dia. Há quem recuse mesmo a noção de vieses – o raciocínio humano dependeria, sim, do contexto decisório, mas nas condições adequadas, produziria resultados bons o bastante.

Queremos chamar atenção, contudo, não tanto para o debate teórico, que é estimulante e rico em possibilidades. Voltemos àquilo que é consenso na comunidade científica e aos resultados dos testes empíricos. O que eles dizem? Que uma descrição mais precisa da racionalidade humana passa por reconhecer tanto o papel da racionalidade discursiva consciente, quanto das intuições inconscientes. E, em determinadas circunstâncias, processos cognitivos automáticos e inconscientes desempenham um papel determinante. Não há controvérsia sobre o fato de que as pessoas se valem de atalhos cognitivos para conseguir resolver problemas complexos. Em suma, a tomada de decisão humana é mais corretamente

descrita tendo em mente as restrições da Racionalidade Limitada, e não os parâmetros normativos da lógica dedutiva clássica ou da estatística.

Assim, independentemente de se demonizar ou não o raciocínio intuitivo, ou de caracterizar ou não seus resultados como sempre enviesados, os estudos sugerem que um desenho realista da Racionalidade humana precisa levar em conta suas restrições. E para entender quais são eles, precisamos “descer” mais um nível explicativo, e chegar nos fundamentos biológicos da tomada de decisão.

Veremos a seguir explicações biológicas de duas ordens. A primeira, uma tentativa de resposta evolucionista, que busca entender a funcionalidade do modo de tomar decisões do *Homo sapiens* do ponto de vista da Seleção Natural. Esta explicação é particularmente útil enquanto tentativa de narrar a gênese da racionalidade. A segunda trilha explicativa é a da Neurofisiologia, ou o que se sabe hoje sobre a tomada de decisão inconsciente em termos de processamento neural. A explicação neurocientífica tem como principal valor mostrar que a arquitetura do processamento de informação no cérebro traz consequências importantes para a descrição da tomada de decisão, na medida em que explicita suas limitações e seu modo de funcionamento.

### **3. A resposta no nível biológico**

Após analisar os modelos psicológicos mais difundidos, descenderemos um nível explicativo. Lançaremos um olhar sobre o nível biológico e a explicação de por que os organismos podem exibir vieses decisórios. É necessário lembrar que desde os anos 1960, explicações biológicas do comportamento se baseiam no paradigma da seleção natural darwiniana. Evocando uma célebre frase do biólogo ucraniano Theodosius Dobzhansky, “Nada faz sentido em Biologia a não ser sob a luz da Evolução” (Dobzhansky, 1973).

Por trás dessa assertiva está o fato de que todo traço ou comportamento complexo não surge *ex nihilo*; pelo contrário, os mecanismos biológicos resultam de uma longa história em que pressões seletivas do ambiente foram ou favorecendo sua continuidade, ou eliminando-os. Vale destacar, a esse respeito, que nenhum cientista do comportamento sério buscaria entender atualmente a anatomia ou fisiologia de um animal sem adotar esse pressuposto. Com o cérebro, não é diferente: cada estrutura ou função neural deriva de milhões de anos de



evolução. Assim, não há como responder a uma pergunta “por que existem vieses cognitivos” sem recorrer tanto à Biologia Evolucionista, quanto às Neurociências.

Formulando a relação entre os níveis explicativos, o etólogo holandês Nikolaas Tinbergen, num artigo clássico (Tinbergen, 1963), sugere que se diferenciem, no estudo biológico do comportamento, quatro ordens de problemas. Primeiro, a causação do comportamento, que tem a ver com a explicação neurofisiológica – os pulsos nervosos, os hormônios, as respostas motoras, etc., isto é, os mecanismos causais diretos que disparam a ação. Em segundo lugar, também é importante entender a história de vida do indivíduo, ou Ontogenia, isto é, como sua trajetória do desenvolvimento leva à mudança comportamental, à aprendizagem, ao aperfeiçoamento de uma resposta – ou se ela é inata. Em terceiro, deve o biólogo compreender qual a importância desse comportamento para a sobrevivência do organismo – isto é, da ótica da seleção natural, como o comportamento amplia a aptidão (*fitness*) do organismo. Por fim, um quarto problema é como se deu a história da evolução do comportamento naquela espécie, a sua Filogenia. Os dois primeiros problemas são tradicionalmente agrupados como fatores *proximais*, e os dois últimos, como *distais*. Repare que, nessa perspectiva, toda explicação completa de um comportamento precisa levar em conta essas quatro dimensões.

Sendo assim, ensaiaremos a seguir a resposta à pergunta “por que existem vieses cognitivos”, no plano explicativo da Biologia, tanto do ponto de vista *distal*, para o qual recorreremos às explicações evolucionistas; quanto do ponto de vista *proximal*, aí com base nos modelos neurocientíficos mais recentes do comportamento decisório.

### **3.1. A explicação evolucionista**

Enquanto a literatura tradicional em Julgamento e Tomada de Decisão tentou demonstrar as diversas ocorrências de aparentes “irracionalidades” no comportamento humano, a perspectiva evolucionista começa por questionar essa categorização. Afinal, aceitar que um comportamento ou tipo de raciocínio produza sistematicamente erros ou resultados falhos para o indivíduo conforma um paradoxo do ponto de vista evolucionista: por que então ele não teria sido eliminado do *pool* genético ao longo de gerações?

O paradoxo evanesce quando se considera o seguinte: diferentes contextos decisórios podem induzir diferentes respostas. Uma resposta adequada num determinado contexto pode

não o ser em outro. Assim, pode ser que respostas tidas como “irracionais” em ambientes de laboratório ou na realidade contemporânea tenham um sentido adaptativo no ambiente no qual foram selecionadas (Wilke & Todd, 2012).

Para compreender o paradigma evolucionista contemporâneo, é importante recordar que a seleção natural opera sem uma teleologia definida. As mutações genéticas ocorrem de maneira aleatória dentro de cada população. Elas resultam em características que são herdadas pelos descendentes do indivíduo, e se perpetuam ou não, na medida em que podem facilitar ou prejudicar a sobrevivência num determinado nicho ecológico. Dessa forma, são as restrições impostas pelo ambiente que acabam por privilegiar características adaptativas, e dificultar a sobrevivência de características menos adaptativas.

Porém, é necessário ter em mente que o “ambiente” é um conceito amplo, que inclui não só questões climáticas ou do bioma, por exemplo. O nicho ecológico de uma espécie inclui sua relação com outras espécies, e também relações intraespecíficas. Animais sociais, como é o caso do *Homo sapiens*, vivem em nichos altamente dependentes da formação de coalizões ou de grupos de sua espécie – seu nicho é social. Assim, há pressões seletivas que favorecem a adoção de determinados comportamentos sociais e culturais. Por sua vez, a cultura é uma poderosa força que molda as condições de sobrevivência, e ela mesma pode criar pressões evolutivas no sentido de tornar ou não adaptativo um comportamento ou característica. É por isso que hoje os cientistas falam em “coevolução genes-cultura” (F. P. L. Almeida, 2013) ou na aplicação da lógica darwinista para explicar a dinâmica cultural (Sterelny, 2017), derrubando as rígidas barreiras entre as dimensões natural e cultural.

Como se trata de um processo que perpassa várias gerações de organismos, geralmente se tem uma escala temporal de milhares ou milhões de anos por trás da seleção de um traço. Assim, o que cientistas do comportamento fazem para investigar a gênese de características ou comportamentos humanos é reunir evidências sobre o ambiente ancestral de evolução da espécie e colocar à prova a plausibilidade de seus modelos e previsões. As abordagens evolucionistas já foram muito criticadas por serem mera especulação (“*just so stories*”), mas elas cada dia são revestidas de mais credibilidade do ponto de vista metodológico.

Teorias evolucionistas podem ser testadas porque essas evidências existem e podem ser utilizadas para reforçar ou debilitar formulações de cientistas: além da anatomia e da neuroanatomia de seres humanos modernos, são analisados o registro fóssil, são feitas simulações experimentais ou em modelos computacionais, entre outros métodos. Outra fonte de dados são os comportamentos ainda presentes em comunidades tradicionais de caçadores-

coletores, cujo modo de vida se alterou pouco mesmo após as Revoluções agrícola e industrial. No caso do *Homo sapiens*, como se trata de uma espécie que tem por volta de 300 mil anos, muitas das características comportamentais podem ter sido selecionadas em espécies ancestrais milhões de anos antes, e estarem presentes também em outras espécies, seja outros primatas, ou mamíferos – e daí as evidências Etológicas ou Primatológicas podem ser fundamentais para testar as teorias. Por fim, a Genética e a Biologia Molecular podem dar pistas baseadas no que está inscrito no código genético e na dinâmica fisiológica dos organismos (Simpson & Campbell, 2016; Tooby & Cosmides, 2016).

Tomemos o exemplo da visão. A ordem animal dos primatas tem como uma das suas características distintivas uma excelente capacidade visual. Ao lado da prodigiosa destreza com as mãos, esse traço faz sentido no ambiente de evolução das espécies primatas, ligado à vida subindo em árvores, coletando frutos, e fugindo de predadores que podem vir do solo ou do ar.

Ora, um achado interessante de estudos com primatas, e também com humanos, é que mesmo indivíduos que nunca tiveram contato prévio com cobras – como é o caso de macacos criados em cativeiro – exibem reações automáticas de medo diante delas. Mais ainda, humanos conseguem detectar cobras com seu sistema visual antes mesmo de se darem conta disso conscientemente – somos capazes de “ver sem enxergar” (Isbell, 2009, p. 90; Soares, Maior, Isbell, Tomaz, & Nishijo, 2017). Essa característica sugere uma reação automática, inata, compatível com um traço selecionado em ancestrais comuns às espécies primatas em geral, incluindo o *Homo sapiens*.

O sistema visual primata pode ser dividido em duas partes complementares, distintas vias de transmissão de sinais visuais captados pelos olhos: aquele sistema que passa pelo núcleo geniculado lateral e vai até as áreas de processamento do córtex occipital, na parte posterior da cabeça; e o sistema SC-pulvinar, que está ligado a duas áreas cerebrais profundas, na área do tronco encefálico: o colículo superior (SC) e o núcleo pulvinar do tálamo. O primeiro sistema está presente em todos os mamíferos, e confere habilidade de ver imagens complexas e discernir detalhes no campo visual. Já o segundo é um sistema que processa sinais visuais automaticamente, inconscientemente, e mais rapidamente que o primeiro, é comum a todos os animais vertebrados, e mais antigo do ponto de vista evolucionista. O sistema SC-pulvinar é o que utilizamos quando movemos os olhos para focar numa nova imagem, ou quando agarramos rapidamente um objeto – e é o que primatas utilizam quando estão se locomovendo com ligeireza em galhos de árvores (Soares et al., 2017).

A etóloga Lynne Isbell propôs uma explicação para a existência desses dois sistemas paralelos: entre 60 e 30 de milhões de anos atrás, as cobras existiam nos mesmos lugares da Terra onde habitaram os primeiros primatas. Uma das características das cobras é que elas se camuflam com facilidade no ambiente, então só uma grande habilidade de discriminação visual permitiria às presas potenciais detectá-las com a necessária antecedência para se esquivar ou fugir, e evitar serem atacadas. Haveria, então, uma forte pressão seletiva favorecendo mecanismos defensivos contra essas formidáveis predadoras. Segundo essa teoria, o desenvolvimento do sistema visual SC-pulvinar em macacos se deveria à sua função de rápida detecção de cobras, numa reação automática de medo que ajudaria a assegurar a sobrevivência (Isbell, 2009).

Experimentos neurofisiológicos realizados com macacos revelaram ser exatamente este o caso. Num deles, foram introduzidos eletrodos na área pulvinar de macacos e exibidas imagens diversas: de objetos neutros, de mãos símias, de rostos de outros macacos, e de cobras. Os neurônios da área pulvinar reagiram em maior quantidade e magnitude de resposta, e mais rapidamente, do que para os demais estímulos. Essa resposta neurofisiológica é consistente com a teoria de Isbell (Van Le et al., 2013).

Em resumo, parte do nosso sistema visual seria tão refinada por conta de um desafio ambiental específico existente no nicho de seleção natural da espécie. Destacamos que essa é uma teoria evolucionista que se vale de achados paleontológicos, da etologia, da taxonomia, da neuroanatomia, entre outras evidências, para explicar a complexidade do sistema visual dos primatas em geral, mas também dos humanos.

Se parece pouco polêmico aceitar que a presença de cobras no ambiente ancestral tenha condicionado a evolução do nosso sistema visual, é porque não se tem maiores dificuldades em aceitar que traços “animais” possam ter seguido essa trilha. Entretanto, quando se fala em questões mais ligadas a comportamentos normalmente atribuídos exclusivamente à espécie humana, o debate muda de figura. Há muita resistência em se aceitar ou, de um lado, que eles não sejam subproduto tão-somente da cultura humana; ou, de outro, que eles não sejam derivados de alguma entidade metafísica que dotou nossa espécie de talentos “superiores”. Do ponto de vista científico, porém, há uma profusão de evidências de que, desde nossa capacidade de leitura e aritmética (Dehaene, 2009, 2011), até nosso comportamento moral (Greene, 2013) resultam dos mesmos processos de seleção natural.

Neste ponto, é necessário lançar um olhar menos condescendente às outras espécies animais. Nas últimas décadas, a Etologia, campo que estuda o comportamento animal, tem

trazido achados robustos no sentido de que outros animais são dotados de uma complexa capacidade de Julgamento e Tomada de Decisão, alinhados aos desafios que geralmente encontram em seu nicho ecológico.

Estudando elefantes num parque nacional de vida selvagem na Namíbia na época da seca, Leo Polansky e colegas descobriram que algumas manadas tomam a decisão de procurar poços de água específicos, que podem estar localizados a vários quilômetros do seu ponto de partida. Longe de ser um comportamento de tentativa e erro, em 90% das vezes os elefantes encontram com facilidade a fonte de água mais próxima. Contudo, em alguns casos, chegam a se locomover por até 50km de distância (Polansky, Kilian, & Wittemyer, 2015). Esse tipo de decisão envolve um cálculo probabilístico de risco muito importante, pois o deslocamento extenuante para uma fonte de água esgotada pode ser fatal. Além disso, é uma decisão que recruta uma respeitável habilidade de memória espacial, uma vez que envolve reencontrar as fontes de água mapeadas pelo indivíduo ou pela manada num passado distante.

A sociabilidade de diversas espécies animais também revela um quadro mais complexo do que usualmente se imagina. Estudos em linguagem de primatas no ambiente natural revelam um rico repertório de vocalizações, que varia conforme o contexto, isto é, o “assunto” que precisa ser comunicado (Clarke, Reichard, & Zuberbühler, 2015). Mais interessante ainda é que diferentes espécies de primatas reconhecem chamados umas das outras, ou seja, existe em alguma medida uma comunicação interespecífica (Zuberbühler, 2000). Chimpanzés são capazes de cometer violência e matar membros de outros grupos para obter acesso a recursos naturais (Wilson et al., 2014). Por outro lado, primatas exibem laços de relacionamento estáveis, comparáveis ao que conhecemos como “amizade” (Engelmann & Herrmann, 2016), além de comportamentos de reconciliação após conflito (Clay & De Waal, 2015).

Animais domésticos, por sua milenar socialização em meio a humanos, são igualmente capazes de habilidades sociais complexas. Cães sabem quando estão sendo convidados a olhar para onde o humano está apontando (Téglás, Gergely, Kupán, Miklósi, & Topál, 2012) e reagem com indignação quando fazem uma tarefa e não são recompensados, ao passo que outro cão recebe a recompensa pela mesma tarefa (Range, Horn, Viranyi, & Huber, 2009).

Em laboratório, tanto primatas quanto papagaios cinzentos mostraram habilidades comunicativas e matemáticas que até pouco tempo atrás eram unicamente atribuídas a humanos (Pepperberg & Gordon, 2005). Mesmo pombos são capazes de comportamentos flexíveis em tarefas de discriminação, apesar de não possuírem o córtex pré-frontal, estrutura

do cérebro humano ligada a essa habilidade (Castro & Wasserman, 2016). A competência para discriminar quantidades parece estar presente em diversas espécies, de salamandras (Krusche, Uller, & Dicke, 2010) a formigas, que são capazes de operações aritméticas simples (Reznikova & Ryabko, 2011). Recentemente, experimentos sobre o comportamento social em peixes (Bshary, Gings, & Vail, 2014) e em baratas (Halloy et al., 2007) vêm mostrando resultados surpreendentes. Há quem alegue que até mesmo moscas de fruta são capazes de aprendizagem social de preferências sexuais, implicando uma forma rudimentar de transmissão de informações não exclusivamente genética, mas “cultural” (Danchin, Blanchet, Mery, & Wagner, 2010).

Mas por que seriam tão difundidos na natureza sistemas cognitivos especializados para decisões complexas? Ou, antecipando uma possível objeção a esses estudos: se outras espécies animais são assim tão dotadas de formas de inteligência, por que foram subestimadas por tanto tempo?

Uma resposta bastante assertiva vem do primatólogo Frans de Waal: talvez a comunidade científica tenha permanecido todo esse tempo perseguindo as questões erradas. Até pouco tempo atrás, cientistas estudavam animais tendo como parâmetro ou régua o próprio comportamento dos seres humanos. Ou seja, a pedra de toque para avaliar a “inteligência animal” era conduzir experimentos que visassem encontrar manifestações da inteligência humana, da forma como seres humanos resolvem problemas, comunicam-se, percebem o ambiente e uns aos outros, etc. Ora, justamente porque cada espécie habita um nicho ecológico bastante peculiar é que não se pode utilizar o parâmetro de uma espécie para avaliar outra. O nicho de um morcego que voa à noite utilizando a ecolocalização para encontrar frutas nas árvores é suficientemente diverso do nosso para que se pretenda fazer comparações imediatas; no entanto, boa parte da pesquisa que se fez com cães, grandes primatas, elefantes ou baleias acabou cometendo esse equívoco. Uma compreensão mais ampla da inteligência animal considera, assim, não a espécie humana como o “ápice”; mas leva em conta as diversas especializações cognitivas e comportamentos típicos que cada animal possui, diante dos desafios ecológicos que enfrenta (De Waal, 2016).

Numa perspectiva etológica, assim, a tomada de decisão precisa ser vista em termos dos problemas enfrentados no ambiente: a obtenção de comida e água, a escolha de parceiros para reprodução, a sobrevivência diante de predadores, o relacionamento com outros membros da espécie, etc. Um mesmo problema pode ser aproximado por diferentes estratégias, algumas mais eficientes do que outras – por diferentes algoritmos ou heurísticas.

Soluções eficientes para determinados desafios ambientais tenderiam, no curso da seleção natural, a ser conservadas, expandidas, ou mesmo reaproveitadas na solução de novos problemas. É possível que algoritmos ou heurísticas altamente eficientes se repitam em diferentes espécies, e tenham sido selecionados de forma independente em espécies não relacionadas (Adams, Watson, Pearson, & Platt, 2012).

É preciso considerar, ainda, que encontrar heurísticas e vieses presentes em outras espécies, como o caso dos primatas, pode significar que são bastante antigas na evolução, e que há valor adaptativo nelas. No caso das tarefas de escolha intertemporal, por exemplo, em que o indivíduo deve exercer o autocontrole para adiar uma gratificação, e futuramente receber uma recompensa maior, os mesmos vieses encontrados em sujeitos de pesquisa humanos foi encontrado em amostras de primatas. Igualmente, o fenômeno da aversão ao risco, um clássico da literatura em Economia Comportamental, foi replicado em estudos com macacos. Longe de serem “erros”, esses vieses demonstrariam um modo ótimo de tomada de decisão em relação aos *tradeoffs* presentes no nicho ecológico de evolução dessas espécies, seguindo uma certa “racionalidade biológica” (Santos & Rosati, 2015).

Em síntese, mesmo para organismos mais simples, tarefas complexas como discriminação numérica ou localização espacial precisam ser vencidas mediante o processamento cognitivo do sistema nervoso, daí por que a tomada de decisão animal é mais elaborada do que se pensa à primeira vista. Esse conjunto de achados convida, no mínimo, que se tenha uma visão mais humilde e menos privilegiada das características exibidas pela espécie humana, como é o caso do pedestal em que se posiciona nossa “racionalidade”. De todo modo, como essa é uma discussão que extrapola o presente trabalho, retornemos especificamente à questão dos vieses.

Não é razoável supor a tomada de decisão totalmente exaustiva, abrangente e completa exista no ambiente natural, porque ela é excessivamente custosa em termos computacionais e de tempo. A seleção natural tenderia a favorecer formas de cognição que otimizem a eficiência num determinado nicho – e frequentemente, o “satisfatório” (*satisficing*) proposto por Herbert Simon bastaria para se superar um desafio ambiental. Desse modo, a racionalidade, vista numa perspectiva ecológica, seria necessariamente limitada, consistindo em atalhos e simplificações voltados para desafios específicos, e não num sistema de solução de problemas exaustivo, abrangente e completo (Stevens, 2008).

Em resumo, nessa perspectiva darwiniana, a mente humana estaria sujeita a vieses cognitivos porque, no ambiente de evolução da espécie, por algum motivo, exibi-los podia ser

adaptativo. Na mesma lógica de como a coexistência com serpentes pode ter criado pressões evolutivas para a organização do nosso sistema visual, passemos à influente teoria sobre o desenvolvimento cognitivo, a Teoria do Gerenciamento de Erro (“*Error Management Theory*”, EMT), proposta pela cientista evolucionista Martie Haselton, da UCLA (Haselton, Nettle, & Murray, 2016).

Já vimos que, do ponto de vista evolucionista, um determinado traço cognitivo é avaliado não somente em termos de sua precisão, velocidade, etc., mas em termos de adaptação ao ambiente. Assim, se os vieses cognitivos forem positivos do ponto de vista da aptidão (*fitness*) ou da solução de um problema encontrado no nicho daquele organismo, eles podem ter sido selecionados para executar essa função específica. Seria esse o caso de muitos dos vieses, e é por isso que, da ótica evolucionista, não faz sentido tratá-los como um “erro” ou como “irracionalidade”. Nessa perspectiva, um traço cognitivo adaptativo não pode ser corretamente descrito como uma falha de *design*, mas como uma funcionalidade (*feature*). Para Martie Haselton, vieses cognitivos podem surgir por ao menos três motivos.

Em primeiro lugar, vieses podem ser atalhos cognitivos úteis na maior parte do tempo, embora eventualmente possam falhar. A seleção natural tenderia a favorecer o surgimento e perpetuação desses algoritmos ou heurísticas rápidas porque eles trariam mais benefícios do que desvantagens ao organismo. Ao pouparem recursos necessários para o funcionamento nervoso via processamento mais simples, esses atalhos cognitivos permitiriam melhor alocação energética.

Um segundo motivo é que pode ser que determinados traços cognitivos sejam adaptativos num contexto específico, mas não fora dele. Ora, ao se testar sujeitos em laboratório, os problemas a serem solucionados podem não ser aqueles para os quais a mente humana foi selecionada para resolver. Os vieses seriam, assim, “artefatos” de desenhos experimentais das pesquisas: os traços teriam sido selecionados para uma determinada função, mas resultariam numa performance inferior se retirados dessa função – e pode ser que cientistas estejam testando essa habilidade de forma equivocada. É o caso, por exemplo, do achado que as pessoas têm mais facilidade para resolver em laboratório os mesmos problemas de probabilidade se forem apresentados no formato de frequências (ex: “1 a cada 5 vezes”) do que no formato de probabilidades (ex: “20% das vezes”). O formato de frequências é aquele observável na natureza, daí a maior facilidade das pessoas em raciocinarem nesses termos. Seria também o caso do viés de confirmação, na formulação proposta por Hugo Mercier e Dan Sperber: é um viés que só surgiria ao se utilizar a racionalidade fora do seu ‘ambiente



natural’ dialógico, sendo mitigado ao se testar experimentalmente a razão no seu ambiente ‘natural’, interacionista (Mercier & Sperber, 2017).

O terceiro motivo é o que respostas enviesadas não são apenas atalhos. Eles poderiam, por algum motivo, resultar em erros menos custosos do que um padrão de resposta não enviesado. Isso porque, no ambiente natural, os erros exibem custos diferentes, que precisam ser “gerenciados” para o menor risco possível.

Vamos esclarecer isso com um exemplo. Suponhamos que um indivíduo esteja em meio à selva e ouça um ruído ambíguo, que pode vir a ser ou não um predador. Ele pode exibir uma resposta automática de fuga, mesmo que não haja predador (risco de falso positivo); ou aguardar para verificar se de fato há uma ameaça (risco do falso negativo). Ora, neste caso, um viés em favor de não se correr o risco do falso positivo é claramente superior à resposta em que se corre o risco do falso negativo: se no fim das contas não houver um predador, o máximo que o indivíduo perdeu foi a energia necessária para uma breve corrida; mas se houver mesmo um predador, ele poderá ser comido e perder sua vida se nada fizer. Evocando outra imagem visual, tomar um galho como sendo uma cobra é um erro inofensivo, mas acreditar que uma cobra é nada mais do que um galho pode ser fatal (Johnson, Blumstein, Fowler, & Haselton, 2013).

A “Teoria do Gerenciamento do Erro” propõe, assim, que muitas das falhas de julgamento e avaliação no raciocínio humano decorrem da operação de mecanismos selecionados para privilegiar erros pouco custosos, ainda que frequentes, em vez de erros ocasionais e potencialmente desastrosos (Haselton et al., 2016)<sup>7</sup>.

Os proponentes dessa teoria dão diversos outros exemplos em sua defesa (vide Johnson, Blumstein, Fowler, & Haselton, 2013), mas vamos tomar aqui apenas mais um deles, que mais nos interessa. É possível que, no ambiente ancestral de evolução da espécie humana, ter uma postura cautelosa, desconfiada ou agressiva em relação a membros de outros grupos fosse a estratégia menos custosa. Afinal, num mundo de pequenos grupos de caçadores-coletores, a probabilidade de que pessoas de outros grupos disputassem recursos valiosos com os membros do próprio grupo era maior. Assim, o custo de subestimar a ameaça

---

<sup>7</sup> É importante ponderar que ainda há muito debate sobre como construir modelos e simulações baseados em explicações evolucionistas para vieses cognitivos, que concernem questões desde a própria definição de “viés”, como determinar “custos e benefícios”, até o que seria de fato um comportamento considerado “otimizador” do ponto de vista adaptativo. Para este debate, vide (Marshall, Trimmer, Houston, & McNamara, 2013; Trimmer, 2016).

real representada pelo membro do outro grupo superaria o custo de se evitar interações potencialmente benéficas.

A Teoria do Gerenciamento do Erro explicaria, assim, o viés cognitivo que se tem contra o diferente. Os estereótipos raciais, a xenofobia, a homofobia e outras formas de estigmatização e discriminação derivariam de um mecanismo de autodefesa que, se pode ter feito sentido num passado distante, evidentemente deixou de ser útil num mundo urbanizado, democrático e de sociedades diversificadas e multiétnicas. No entanto, os preconceitos e atitudes implícitas tenderiam a persistir na psicologia humana, se deixados sem um contraponto de aceitação da diversidade e de compreensão dos seus benefícios<sup>8</sup>.

Passemos agora à questão dos mecanismos causais do processamento enviesado de informações no cérebro. Vamos adentrar na discussão neurocientífica.

### **3.2. A explicação neurocientífica**

As bases neurais do processo de tomada de decisão são bem conhecidas já há alguns anos. Os experimentos feitos com humanos e animais não humanos buscam coletar dados e modelar como, no cérebro, são codificadas a coleta de informações, a formação de crenças e preferências, a maneira como se dão decisões simples a partir de percepções, ou como se dá a codificação do valor (Gold & Shadlen, 2007; Platt, 2008; Rangel, Camerer, & Montague, 2008). Não cabe aqui explorar essa rica literatura, mas vale mencionar que o grau de precisão do conhecimento atual sobre estruturas e funções cerebrais na tomada de decisão é notável. No campo das decisões econômicas, por exemplo, já se tem uma descrição minuciosa das áreas envolvidas na codificação de recompensas (O’Doherty, Cockburn, & Pauli, 2017; Padoa-Schioppa & Conen, 2017), e de como o cérebro emprega, via sinais dopaminérgicos, uma escala unificada que permite tornar comparáveis valores de alternativas decisórias distintas – uma “moeda única” para traduzir valores no cérebro (Levy & Glimcher, 2012).

---

<sup>8</sup> Registre-se que existem outras explicações evolucionistas para o fenômeno do tribalismo/paróquialismo, ou viés contra o diferente. Uma das teorias é que a cooperação humana depende da preservação dos grupos de cooperadores contra a exploração por outros grupos. O instinto grupal ou etnocentrismo seria universal, assim, porque a distinção entre “nós” e “eles” seria adaptativa (Greene, 2013, pp. 48–55). Numa leitura alternativa, a facilidade com que seres humanos se agrupam conforme identidades específicas resultaria de um viés de reciprocidade – ter uma afiliação ou pertencimento com semelhantes estaria inscrito em nossa psicologia porque tenderíamos inconscientemente a supor que a aliança ou socialização com pessoas com mesmos traços, valores, língua, etc., tenderiam a ser mais vantajosa (Boyer, 2018, pp. 33–52).

No tema que nos interessa aqui, os vieses cognitivos na tomada de decisão, lançaremos um olhar sobre os trabalhos neurocientíficos que fornecem *insights* sobre as restrições decisórias derivadas da estrutura neurofisiológica. Tentaremos mostrar que a racionalidade limitada e as decisões intuitivas derivam da arquitetura mesma do sistema nervoso.

Um ponto em particular merece esclarecimento prévio, porém, já que analisamos as “teorias do duplo processo” na Seção 2: do ponto de vista neurofisiológico, como funciona o processamento automático ou inconsciente? “Automático” e “inconsciente” são a mesma coisa? A partir de que ponto o processamento cognitivo passa a ser “consciente”? Para responder a essas perguntas, é preciso fazer uma aproximação sobre a ciência recente dos substratos neurais da consciência.

Até a década de 1990, a questão da consciência era abordada por Filósofos da Mente, mas não por neurocientistas. Era comum a alegação de que a consciência seguiria sendo um problema indecifrável, e que a ciência jamais reduziria à mecânica naturalística algo tão complexo quanto a experiência subjetiva consciente. O quadro começou a mudar quando ganhadores do Prêmio Nobel, como Francis Crick e Gerald Edelman, imprimiram sua reputação à empreitada de encontrar os “substratos neurais” da consciência, ou, em outras palavras, os padrões neurofisiológicos de ativação típicos de um estado consciente (Dehaene, 2014, pp. 7–8; Koch, 2012, p. 5; Seth, 2018). Nesses últimos 30 anos, vários modelos neurocientíficos da consciência foram analisados, testados e eventualmente abandonados. Vamos focar, a seguir, naqueles que são os mais recentes e difundidos na literatura.

Há hoje duas propostas predominantes na discussão neurocientífica da consciência: a do “Espaço de Trabalho Global”, formulada em fins dos anos 1980 por Bernard Baars e aperfeiçoada por Jean-Pierre Changeux e Stanislas Dehaene (Dehaene & Changeux, 2011), e a da Integração de Informação, de Giulio Tononi, que tem entre seus principais defensores Christof Koch (Tononi & Koch, 2015). Em comum, ambas as propostas conceituam a consciência em termos de processamento de informações no cérebro, e entendem que a consciência é necessária para a integração de múltiplos tipos de informação, via conexões neurais de longa distância. Há, assim, uma contraposição entre padrões neurais locais, específicos, e padrões neurais altamente integrados entre diferentes áreas do cérebro, que caracterizariam a experiência consciente. Vamos, a seguir, tentar descrever aspectos importantes de ambos os modelos, deixando de lado suas diferenças teóricas, que não nos interessam aqui.

A primeira distinção importante concerne o que se entende pelo termo “consciência”. Como se trata de um termo usado há séculos, antes do advento da ciência experimental, “consciência” é uma palavra carregada, que padece de polissemia. O que exatamente é um “estado consciente”?

Chris Koch sugere discernir os diversos significados de estar consciente. A definição do senso comum é algo próximo a “estar plenamente acordado” – em contraposição ao sono profundo, ou ao efeito de anestesia ou coma. Para essa distinção, há uma definição médica, comportamental, que se baseia na Escala de Glasgow, uma *checklist* utilizada em pacientes de trauma cefálico. Por sua vez, do ponto de vista filosófico, o “estado consciente” está associado à sensação de se ter a experiência subjetiva consciente – conhecido em Filosofia da Mente como problema dos “*qualia*”. Não foram poucos os filósofos que desafiaram as Neurociências a explicarem essa sensação intraduzível, como a de experimentar subjetivamente uma cor. A definição que mais nos interessa aqui, porém, é a neurocientífica, que tenta especificar os mecanismos fisiológicos mínimos e áreas cerebrais fundamentais para que um estado consciente exista (Koch, 2012, p. 34). Lancemos então um olhar mais detido sobre essa definição neurocientífica.

Buscando maior precisão conceitual, Stanislas Dehaene sugere que se diferencie “consciência” entre (i) um sentido *intransitivo*, ligado ao estado de estar acordado, em estado de vigília; (ii) um sentido *transitivo*, referente à disponibilidade, pelo sistema cognitivo, de informação – o que permite que se lembre ou relate essa informação discursivamente; e (iii) um sentido *reflexivo*, ou a possibilidade do sistema cognitivo de monitorar e controlar a si próprio – essa percepção de si mesmo é costumeiramente chamada de “metacognição” (Dehaene, 2014, pp. 8–9; Dehaene et al., 2017; Frith, 2012).

Essa distinção não é apenas meramente conceitual, porém: do ponto de vista neuroanatômico, esses tipos de consciência estão dissociados. O sentido (i) se refere à consciência como vigília, em contraposição ao sono profundo. Está relacionado à atividade de redes neurais do tálamo cerebral que regulam o ciclo do sono e da atenção, cujo funcionamento normal é pressuposto ou requisito para a consciência nos sentidos (ii) e (iii), mas não condição suficiente. Por sua vez, o sentido (iii) está ligado ao autoconhecimento ou a capacidade de pensar sobre a própria mente. A metacognição está ligada à ideia de se “saber que se sabe”, ou “saber que não sabe”, isto é, ao grau de confiança que se tem no próprio conhecimento. Ela é essencial para se detectar erros e corrigi-los. No meio social, a metacognição é essencial para viabilizar a ação coletiva e resolver conflitos, na medida em

que permite que se avalie as próprias percepções, crenças e decisões perante a das demais pessoas (Dehaene, 2014, pp. 20–25; Frith, 2012).

Vários experimentos mostraram dissociação entre essas funções. É possível, por exemplo, relatar um pensamento sem ter metacognição, assim como há uma série de operações de monitoramento cognitivo que não são conscientemente reportáveis.

Para Dehaene, o segundo sentido (ii) é aquele que caracteriza a consciência por excelência. O acesso consciente, ou disponibilidade de informação, é o cerne do fenômeno. Isso porque o cérebro funciona continuamente processando estímulos, e a maior parte do tempo não nos damos conta disso. Um exemplo interessante é o do burburinho derivado de várias conversas simultâneas numa festa. Geralmente focamos nossa atenção no círculo de conversa em que estamos presentes; porém, se alguém ao lado menciona nosso nome, imediatamente nossa atenção é lançada para essa outra conversa – inconscientemente, estávamos monitorando todo nosso entorno, mas enquanto o “roteador” da consciência não lançou nossa atenção para a outra conversa, devido a esse estímulo relevante, não nos demos conta disso (Dehaene, 2014, pp. 74–76).

Com efeito, uma descrição mais precisa de como funciona o processamento cognitivo seria a de que existe uma multiplicidade de respostas automáticas que o sistema nervoso é capaz de oferecer a estímulos externos, que funcionam de forma razoavelmente eficiente. Francis Crick e Chris Koch usam a metáfora de um “exército de agentes-zumbi” que desempenham rotineiramente inúmeras tarefas sem supervisão consciente (Koch, 2012, pp. 30, 78). Porém, rotinas são adequadas a ambientes estruturados e problemas cuja solução é sabida de antemão. Um organismo que fosse capaz de meramente responder com automatismos se veria em apuros tão logo uma situação nova ou inesperada surgisse. Quando um novo desafio emerge, assim, a consciência entraria em cena, permitindo uma tomada de decisão flexível e um curso de ação melhor adaptado à solução do novo problema.

Nesse sentido, é interessante repassar o que se sabe sobre o processo de aprendizagem. Fiquemos com o exemplo de uma pessoa que aprende a dirigir um automóvel ou a tocar um novo instrumento musical. Inicialmente, o processo de aprendizagem requer esforço, repetição, pois o córtex pré-frontal e o córtex parietal estão registrando e repetindo os padrões de movimento de forma consciente e lenta. Cada comando motor precisa ser compreendido e memorizado. Com a prática, o processamento de informação deixa a região cortical e passa a ser executado pelo cerebelo e por áreas subcorticais, como os núcleos da base. Dirigir ou tocar o instrumento passa a ser fácil, ligeiro, automático – na verdade, a partir de certo ponto, a

consciência pode até vir a atrapalhar o desempenho, como o sabem esportistas ou músicos de alta performance (Koch, 2012, p. 80)<sup>9</sup>. Assim, mesmo tarefas extremamente complexas passam a ser executadas sem necessariamente engajar largas porções do córtex, e, portanto, passam por debaixo do “radar” da consciência.

O modelo de Dehaene propõe que, enquanto os diversos módulos cerebrais especializados no processamento de informações sensoriais, motoras, etc., atua em paralelo, a consciência é um sistema em série. Ou seja, uma das características típicas do acesso consciente é que cada experiência é selecionada de cada vez. Enquanto diversos módulos continuam processando ininterruptamente informações em nível local, algumas delas são selecionadas e levadas para o “espaço de trabalho”, a partir de onde se tornam globalmente disponíveis para todos os sistemas superiores de tomada de decisão. Essa disseminação flexível de informação é o que caracteriza o estado consciente. Assim, a consciência depende da hierarquia entre áreas cerebrais – informações presentes em grupos de neurônios que as processam, ao atingirem certo limiar, são transmitidas por conexões de longa distância para o “espaço global”, a partir de onde podem ser reenviadas para processamento em outras áreas do encéfalo. A consciência permite, assim, superar a rígida especialização de módulos cerebrais, integrando múltiplos módulos e trazendo formas flexíveis de processar informações e resolver problemas (Dehaene, 2014, pp. 163–179).

Assim, os modelos neurocientíficos mais recentes propõem que um componente crítico da consciência é a existência de conexões recíprocas e de longa distância entre regiões sensoriais de ordem superior, localizadas na parte posterior do córtex, e regiões ligadas ao planejamento e tomada de decisão do córtex pré-frontal, localizado na porção frontal do cérebro (Koch, 2012, p. 43). É o compartilhamento massivo de informações através do cérebro, especialmente nas áreas corticais, convergindo para uma interpretação unificada e sincrônica, que dá origem à experiência consciente (Dehaene, 2014, pp. 13, 163–179). A consciência, assim, teria a função de sintetizar informações processadas em múltiplos

---

<sup>9</sup> A neurocientista Suzana Herculano-Houzel nos oferece um relato pessoal a respeito, em sua coluna semanal: “Semanas atrás, ao me ver com dificuldade de enxergar o braço do violão por causa dos óculos progressivos, sempre na distância errada, meu professor de violão clássico me desafiou a tocar de olhos fechados, ou olhando para longe. Ah, os professores e as pequenas coisas maravilhosas que só eles podem fazer ao nos olhar de fora e enxergar o que não se vê de dentro. Sim, olhar para o que se faz com as mãos é importante no começo, enquanto o córtex parietal aprende a juntar a informação que vem separadamente dos córtices que mapeiam o tato, a propriocepção e a visão das mãos, respectivamente. Tal mapa mental integrado orienta os movimentos e vai atualizando os planos para o que vem a seguir de acordo com o resultado das próprias ações, num círculo virtuoso que só faz melhorar com a prática. Até que a visão, ao se tornar desnecessária para guiar as mãos, começa a atrapalhar. Agora entendo por que Yamandu Costa toca seu violão de sete cordas sempre de olhos fechados. Não é só porque ele pode (bom, talvez seja); é porque com um certo nível de proficiência, os olhos trazem informação desnecessária que logo se torna intrusiva, ao roubar “banda” no cérebro”. In: “Quando se faz mais com menos informação”, *Folha de S. Paulo*, 15 de janeiro de 2019.

circuitos processadores, retransmitindo esse sinal para outros circuitos, de forma global (Dehaene, 2014, p. 105). Disso decorre que não há apenas uma área cerebral responsável pela consciência: ao contrário, ela resulta de redes de neurônios altamente interconectados dentro de diversas regiões, as quais são interconectadas entre si (Koch, 2012, p. 54).

Revisando os estudos publicados nas duas últimas décadas empregando técnicas de neuroimagem, lesões cerebrais, de estimulação sensorial e de estímulos subliminares, Stanislas Dehaene identifica quatro “assinaturas” neurais dos processos conscientes: a ignição de circuitos frontais e parietais, ondas P3 identificáveis via eletroencefalografia, oscilações de alta frequência na banda gama e sincronização de troca de informações entre áreas cerebrais distantes (Dehaene, 2014, pp. 115–140). Mais do que “correlações”, essas características são necessárias e suficientes para a experiência consciente. Dito de outra forma, se o pesquisador mede sua ocorrência mediante técnicas de neuroimagem, é possível afirmar que o sujeito está tendo uma experiência consciente. Esse tipo de pesquisa é de suma importância, pois permite, por exemplo, que se utilizem técnicas de neuroimagem para identificar se pacientes em coma ou estado vegetativo, incapazes de se comunicar verbalmente ou por gestos, conservariam sua capacidade de consciência, mesmo se naquele momento não estejam em condições de se expressar com o mundo exterior (Dehaene, 2014, pp. 212–233).

Existem áreas subcorticais profundas cujo funcionamento regular é um requisito mínimo para a ocorrência de estados conscientes, localizadas no tronco encefálico – lesões mínimas ali podem comprometer permanentemente a consciência (Koch, 2012, p. 73). Muitos dos avanços nas Neurociências se deram mediante o estudo de lesões graves que comprometeram determinadas funções cerebrais, pois permitem traçar correlações anatômicas e funcionais. Assim, parte significativa do estudo sobre os correlatos neurais da consciência se baseia em pesquisas com pacientes com estados de consciência comprometidos, ou seja, em coma, estado vegetativo ou em estado minimamente consciente.

Compreender como funciona a consciência é importante para que se tenha ideia das limitações impostas por essa arquitetura cognitiva. Uma consequência dessa descrição de como a mente humana funciona é o reconhecimento de que muitos dos nossos processos cognitivos são inconscientes – nossas decisões cotidianas derivam de uma mescla de processos conscientes e inconscientes, que prevalecem cada qual num determinado momento (Dehaene, 2014, p. 53; Koch, 2012, p. 88).

Um debate que ainda está em aberto concerne as relações entre emoções e consciência. Chris Koch, por exemplo, dispensa as emoções como desnecessárias ao fenômeno consciente,

argumentando que estando feliz ou triste, a pessoa pode estar igualmente consciente ao chamejar os dedos no fogo de uma vela que queima (Koch, 2012, p. 39). Numa perspectiva diametralmente oposta, outros neurocientistas sugerem que as emoções e os sentimentos (*feelings*) são a substância mesma a partir da qual a experiência consciente é formada (Damásio, 2017, pp. 203–224; Panksepp & Biven, 2012, pp. 389–416). Experimentar um estado consciente seria, antes de tudo, uma experiência de ordem afetiva, de sentir afetos (Solms & Friston, 2018). Assim, o substrato neural essencial da consciência estaria não em áreas corticais mais externas e recentes na evolução, mas em áreas subcorticais profundas, antigas na evolução das espécies.

Disso decorre que, nessa perspectiva, mesmo outras espécies animais não possuindo a sofisticada capacidade de metacognição humana, seriam capazes de experiências conscientes básicas como nós<sup>10</sup>. Ora, sendo a consciência um fenômeno de base neurofisiológica, que confere um ganho adaptativo ao organismo, o qual passa a ter à disposição cursos de ação flexíveis, de fato pode estar presente em maior ou menor grau em outros seres além da espécie humana, contanto que apresentem o aparato neurofisiológico adequado. E, de fato, diversos neurocientistas e biólogos admitem explicitamente essa hipótese em outros animais, que vão de outros mamíferos e até mesmo em invertebrados como polvos, ainda que de forma mais rudimentar (Damásio, 2017; Dehaene, 2014, pp. 244–253; Godfrey-Smith, 2016; Koch, 2012, pp. 35–36; Panksepp & Biven, 2012).

Ainda na linha de derrubada de crenças antigas infundadas, estudos recentes contribuem para demolir uma concepção que foi por décadas sustentada por alguns filósofos, de forma equivocada: a de que o raciocínio esteja necessariamente ligado à linguagem discursiva, ou de que a linguagem verbal componha a estrutura básica do raciocínio. Pelo contrário, há robustas evidências de que o cérebro trabalha com diferentes linguagens, e que boa parte do raciocínio pode ocorrer de forma dissociada de qualquer elaboração discursiva. No caso da realização de operações matemáticas, estudos mostram a ativação de áreas relativas a magnitudes e raciocínio espacial, passando ao largo de regiões ligadas à linguagem (Amalric & Dehaene, 2016; Monti, Parsons, & Osherson, 2012). Essa concepção de como opera o raciocínio na mente humana é coerente com relatos biográficos de como artistas e

---

<sup>10</sup> Não cabe aqui examinar, mas é importante mencionar a influente teoria de Karl Friston, que parte do conceito do “princípio de energia livre”. Propondo uma inversão na forma de interpretar os estímulos sensoriais, Friston propõe que, para manter a homeostase e reduzir a entropia interna, o cérebro está constantemente lançando inferências para o mundo exterior, de modo a verificar sua pertinência e, em caso contrário, ajustar o comportamento do indivíduo. Desvios na homeostase geram *afetos* negativos, registrados na consciência do organismo, que precisam ser corrigidos, isto é, de resposta comportamental (Friston, 2010; Seth, 2018; Solms & Friston, 2018).



criadores trabalham. Até mesmo a solução de teoremas matemáticos altamente complexos e o processo criativo ou inovador podem resultar de raciocínios ou inferências que independem de quaisquer formulações discursivas (Dehaene, 2014, pp. 80–88; Richard E. Nisbett, 2015, pp. 58–61).

Por fim, essa compreensão naturalística dos processos cognitivos abre novas possibilidades para que se entenda que, como todo sistema resultante de um processo de seleção natural, a mente humana é resultado de pressões específicas de nichos ecológicos passados, que levaram à alocação de recursos escassos conforme as necessidades encontradas. Vem daí a noção de que a mente humana evoluiu um processo que foi selecionando algumas características em detrimento de outras, como se estivesse fazendo *tradeoffs*, ou escolhas difíceis.

Todo sistema computacional artificial ou biológico enfrenta *tradeoffs*. Isso significa que, em sistemas cognitivos, aperfeiçoar uma característica pode vir a custo de outra: sistemas mais flexíveis são menos robustos e mais frágeis; um sistema mais robusto, estável e resistente a danos e perturbações pode perder em eficiência e flexibilidade; e assim em diante (Del Giudice & Crespi, 2018). Vejamos o caso das heurísticas que analisamos: elas são eficientes, mas pouco flexíveis a mudanças de contexto. Essas limitações estruturais exigem que o sistema cognitivo consiga, com o menor uso de recursos possível, ajustar as necessidades do organismo à sua capacidade de resposta.

Como resultado da seleção natural, o cérebro se vale de sistemas pré-existentes para computar novos estímulos e resolver novos problemas – é o processo conhecido como “reciclagem neural” (Dehaene, 2014, p. 107). Assim, por exemplo, quando os neurônios “aprendem” a fazer um cálculo probabilístico, eles não aprendem segundo a lógica de um parâmetro normativo, mas a partir da dinâmica interna de aprendizagem do sistema nervoso, que depende essencialmente da direção da atenção do indivíduo, dos seus circuitos de recompensa, etc. (Soltani, Khorsand, Guo, Farashahi, & Liu, 2016).

Como vimos, do ponto de vista neurofisiológico, a maioria das decisões humanas ocorre abaixo do nível consciente. Se isso explica a prevalência de processos inconscientes, porém, não satisfaz à pergunta de por que, no processamento de informação no cérebro, ocorreriam desvios sistemáticos, os vieses. Para explicar os mecanismos causais de vieses e ao propor modelos matemáticos de julgamento e tomada de decisão, diversos pesquisadores têm recorrido ao conceito de ruído neural (Hilbert, 2012).

Há várias camadas de ruído no processamento cognitivo. Elas vão desde o nível atômico, em que a flutuação elétrica no átomo se dá de forma aleatória, até o nível das redes neurais, em que a dinâmica de transmissão de sinal pode produzi-los. O cérebro não opera em condições teoricamente ideais – pelo contrário, é um sistema biológico em que os canais de transmissão de informações não operam de forma ótima ou perfeita. Em cada uma das etapas de processamento cognitivo, o ruído se faz presente, aumentando de forma exponencial a estocasticidade da resposta (Platt, 2008).

O ruído é onipresente na constituição mesma do sistema nervoso. Dos neurônios sensoriais que captam sinais, aos neurônios motores que controlam nossos músculos, há flutuações mínimas nos potenciais de ação disparados adiante. O bater do coração e os fluxos da respiração são levemente variáveis; as moléculas de água e outras substâncias se agitam levemente; a temperatura pode conter variações mínimas que interferem nos sinais conduzidos pelos neurônios. Tudo isso pode induzir oscilações nos sinais cerebrais, e isso é um dos motivos porque modelos completamente determinísticos falham ao se tentar compreender o comportamento humano (Dehaene, 2014, pp. 141, 190; Koch, 2012, p. 100).

Outros *insights* sobre as origens do ruído podem ser obtidos na literatura de tomada de decisão perceptual, que se baseia em experimentos feitos com humanos e primatas<sup>11</sup>. Esses experimentos geralmente consistem em tarefas simples de escolha, em que a estímulos visuais correspondem comportamentos de escolhas simples, como direcionar o olhar para um determinado ponto. Como essas tarefas são desempenhadas com medição paralela de sinais neurais, eles fornecem indícios de qual a dinâmica computacional de escolhas simples no cérebro.

Os resultados dessa literatura apontam que o ruído pode ser atribuído à própria dinâmica de transmissão de sinais elétricos das sinapses neurais. Há muito os neurocientistas computacionais sabem que as descargas neurais são levemente irregulares e estocásticas. Como cada neurônio é ligado com um imenso número de outros neurônios, é preciso equilibrar pulsos excitatórios e inibitórios. É como se o neurônio medisse a média de pulsos dos neurônios adjacentes para então disparar seu sinal adiante. Isso leva a maior eficiência,

---

<sup>11</sup> A Neuroeconomia é caudatária de duas tradições de estudos, os da tomada de decisão perceptual (*perceptual decision making*), ligada à antiga tradição da Psicofísica, e que analisam como estímulos sensoriais variáveis e estocásticos são processados como base para decisões; e aqueles de tomada de decisão valorativa (*value-based decision making*), mais ligados à dinâmica de formação de preferências e à aprendizagem por recompensas, que são mais próximos à tradição microeconômica. Ambas as tradições fornecem *insights* distintos para a compreensão dos mecanismos neurais por trás de decisões complexas. Para os interessados nessa temática, remetemos aos capítulos 19 e 20 de (Glimcher & Fehr, 2014) e aos trabalhos de (Gold & Shadlen, 2007; Platt, 2008; Rangel et al., 2008).

mas também a perda de fidelidade do sinal. Ou seja, essa compensação, feita pelos próprios neurônios, faz com que os sinais neurais sejam transmitidos não de forma exatamente padronizada, mas com ruído (Shadlen & Kiani, 2013).

Mesmo antes da transmissão de sinais, a própria percepção pode levar ao ruído. Os sinais percebidos nem sempre são inequívocos: é comum que os estímulos sensoriais tenham algum grau de ambiguidade. Assim, a computação em cada módulo cerebral responsável por seu processamento pode oscilar, até ir progressivamente convergindo num determinado sentido, atingir o limiar, e passar o sinal adiante. Não é por acaso, assim, que existem decisões perceptuais que são mais rápidas e fáceis, ao passo que outras são lentas e difíceis: diante de estímulos ambíguos, os sinais neurais são mais fracos, e é necessária maior acumulação de evidências e mais tempo para uma resposta.

Vamos explicar melhor esse ponto. Nos modelos correntes de decisão perceptual, o momento da escolha é precedido pela acumulação de evidências em redes neurais. Os neurônios computam informações em módulos separados, mas existem outras áreas cerebrais que integram essas computações de cada módulo. Essas informações se referem não apenas aos possíveis cursos de ação, mas também ao tempo de resposta necessário e à “confiança” que os neurônios possuem em relação a determinado curso de ação. Isso faz sentido, quando se pensa que uma resposta a um problema depende não só do que se sabe a partir da percepção e da memória, mas também da urgência ou não de se tomar uma decisão e da certeza ou não em relação ao que se sabe. Assim, diferentes redes neurais fazem computações distintas, e uma outra área, por sua vez, integra todos esses cálculos referentes a uma mesma decisão. Essas diferentes “assembleias de neurônios” vão oscilando, acumulando essas evidências; após atingir um determinado limiar, o sinal é passado adiante, até que, na área integradora, a escolha em favor de uma determinada opção prevalece<sup>12</sup> (Shadlen & Kiani, 2013).

Uma descrição mais visual do processamento de informações em decisões complexas seria: o pensamento consciente opera em série, isto é, com acesso consciente a um estado de cada vez. Porém, múltiplos módulos cognitivos operam simultaneamente em paralelo; apenas eventualmente alguma informação passa desses módulos em paralelo para o processamento

---

<sup>12</sup> Michael Shadlen e Roozbeh Kiani (2013) sugerem, inclusive, que uma explicação possível para boa parte dos nossos comportamentos ser inconsciente é que, no nível das redes neurais, pode ser que o limiar para um sinal neural atingir a consciência seja muito superior ao limiar cujo cruzamento é necessário para uma resposta comportamental. Dito de outra forma, as redes neurais vão passando sinais adiante, à medida que os limiares são atingidos; mas sem chegar num nível suficientemente elevado, mesmo havendo resposta comportamental, não há tomada de consciência da ação (vide p. 797).

consciente, com funções executivas centrais, que é de domínio-geral, e computa de forma flexível esses *inputs* de módulos específicos (Cisek, 2012; Dehaene & Sigman, 2012).

É importante salientar que todas essas computações ocorrem em áreas neurais que são arquitetonicamente dispostas, de modo a favorecer determinados cálculos. Da mesma forma que existem áreas cerebrais especializadas, porque a disposição de neurônios favorece o processamento de um determinado estímulo – sensorial, motor, etc. –, existem informações que são processadas com maior ou menor facilidade. E eis aqui um ponto fundamental: a seleção natural favorece determinados tipos de resposta, fazendo com que sejam atingidas com maior facilidade, do que outras. Voltando ao exemplo do medo de cobras, é razoável supor que o cérebro humano tenha extrema facilidade em passar adiante um sinal de medo diante de uma serpente, porque do ponto de vista evolucionista, a rapidez no processamento desse estímulo era uma questão de vida ou morte.

Há uma nova corrente de estudos que questiona se apenas o ruído seria responsável por decisões subótimas. Uma linha alternativa sugere que, mais do que o ruído interno, o sistema nervoso padece de significativa imprecisão ao fazer inferências. Esses modelos computacionais apontam que, em decisões diante de estímulos ambíguos, a limitação na precisão dos cálculos neurais é a principal causa de variação na resposta (Beck, Ma, Pitkow, Latham, & Pouget, 2012; Drugowitsch, Wyart, Devauchelle, & Koechlin, 2016). Para o que nos importa, porém, ainda que por um motivo distinto, esses pesquisadores também situam a origem neurofisiológica dos vieses nas limitações inerentes à forma como se dá a computação neural. O ruído neural pode ser visto como uma decorrência do mundo, que é mutável: os estímulos que o organismo recebe nem sempre são claros e inequívocos, porque os estados das coisas são sempre dinâmicos. Longe de serem um “erro”, as computações variáveis estão relacionadas a uma indeterminação inerente ao comportamento humano num mundo variável (Glimcher, 2005).

Sendo assim, talvez seja equivocado frisar o aspecto da “imperfeição”, “imprecisão” ou da “irregularidade” do ruído neural. Uma das hipóteses que se discute é que o ruído neural seja, na verdade, funcionalmente benéfico, ao facilitar a transmissão de sinais (Drugowitsch et al., 2016; McDonnell & Ward, 2011). Outro argumento é de que o ruído confere flexibilidade ao comportamento – algo que alguns apontam que, do ponto de vista evolucionista, poderia ser adaptativo (Platt, 2008).

Neste ponto, podemos retomar o argumento evolucionista esboçado na Seção anterior, reunindo-o com a dinâmica neurofisiológica da decisão aqui examinada. Vimos que, do ponto

de vista neural, estímulos ambíguos podem resultar em respostas com certo nível de indeterminação. A depender do nicho ecológico do organismo, respostas enviesadas num determinado sentido podem ser adaptativas. Ou seja, vieses cognitivos podem ser ótimos em determinados ambientes para os quais foram selecionados, mesmo que em outros contextos eles pareçam induzir a erros. Fiquemos em alguns exemplos. O viés de confirmação pode funcionar mal em ambientes mutáveis e diversificados, mas pode ser altamente funcional em ambientes estruturados e previsíveis. Por sua vez, em ambientes intensamente mutáveis, a primazia do processamento de informações adquiridas mais recentemente (viés de recência) pode resultar em computações mais precisas (Drugowitsch et al., 2016). Em ambientes ameaçadores e hostis, o viés de otimismo, que subestima más notícias e superestima boas notícias, pode ser crucial para manter a performance do indivíduo na luta pela sobrevivência (Lefebvre, Lebreton, Meyniel, Bourgeois-Gironde, & Palminteri, 2017).

Evidentemente, estamos tratando aqui de um nível explicativo muito fundamental, em que flutuações elétricas em sinais que correm em axônios cobertos por mielina levam a uma dinâmica computacional específica. Nesse sentido, seria prematuro extrair daqui muitas conclusões sobre a decisão humana num nível “macro”, a não ser a de que existem restrições *de ordem biológica* para a otimização de decisões. Em síntese, a racionalidade humana é limitada porque o sistema biológico de processamento não é uma máquina perfeita. Dito de outra forma, os limites da tomada de decisão humana derivam de uma determinada arquitetura neural, a qual é próxima daquela de outras espécies animais, e que está sujeita ao ruído e a uma fundamental indeterminação.

#### **4. Conclusão**

Nosso percurso possivelmente deixou muitas perguntas. Se os vieses são produto de uma arquitetura cognitiva específica, talhada pela seleção natural; se muitos deles não são propriamente uma mostra de “irracionalidade”; se estratégias que se valem de heurísticas eventualmente podem ocasionar uma performance superior; se vários daqueles vieses apontados pela literatura podem derivar da estrutura das tarefas e da forma como problemas são formulados mais do que de “erros”, então por que deveríamos nos preocupar com eles?

Particularmente no caso da tomada de decisão juridicamente relevante, será que não seria possível discernir vieses que podem ocasionar injustiças – por exemplo, o viés

discriminatório de raça ou de gênero – daqueles que poderiam eventualmente fazer a Justiça funcionar melhor?

São todas questões complexas, que merecem ser melhor debatidas. Um ensaio de resposta passa pelo seguinte: o Direito é, por excelência, um código normativo. Seus parâmetros fixam o que é uma decisão justa e imparcial, do que é a avaliação de um conjunto probatório, princípios como da legalidade e da isonomia, etc. São todos parâmetros nos quais a questão dos vieses cognitivos pode ter influência.

Vejam a decisão judicial. Como magistrados são “tomadores de decisão” altamente experientes, como sugerido por Gary Klein (Klein, 2017) eles tendem a usar heurísticas para acelerar a solução de casos. Estudos empíricos sugerem, aliás, que é o caso: as decisões judiciais são encaminhadas na prática segundo algoritmos simples, mais do que numa análise abrangente do conjunto probatório (Dhimi, 2003). Disso não decorre que essas heurísticas sejam adequadas ao ideal normativo – isso seria uma conclusão apressada e errônea. Afinal, o ambiente ancestral em que os vieses foram selecionados apresentava contextos decisórios bastante específicos, e muito distintos daqueles que encontramos em nossa sociedade. Mesmo sendo adaptativas naquele contexto, heurísticas como aquela que levam a uma discriminação de pessoas diferentes do nosso grupo não são adequadas à sociedade contemporânea. Não é de admirar que, do ponto de vista psicológico, exista na prática dos sistemas jurídicos diversos vieses discriminatórios que reforçam desigualdades, ou que punem indiscriminadamente certos grupos e não outros.

Um dos achados mais consistentes da literatura sobre tomada de decisão é que as pessoas, mesmo as mais experientes, competentes e inteligentes, tendem a não enxergar ou a subestimar os próprios vieses (Kruger & Dunning, 1999; West, Meserve, & Stanovich, 2012). Assim, compreender por que existem vieses é importante também para que se dê conta da sua onipresença.

Recentemente, duas estratégias vêm sendo defendidas para lidar com os vieses e seus impactos institucionais: técnicas de conscientização dos tomadores de decisão com vistas ao “desenviesamento” (*debiasing*) (Lilienfeld et al., 2009) e a substituição de tomadores de decisão humanos por algoritmos treinados em *machine learning* (Kleinberg, Ludwig, Mullainathan, & Rambachan, 2018). Ambos os caminhos, porém, não são isentos de problemas: o *debiasing* nem sempre é efetivo, e os algoritmos podem assimilar e perpetuar estereótipos humanos contidos na massa de dados com que são treinados.

Talvez a nossa sina seja nutrir aspirações tão elevadas sobre o que gostaríamos que a racionalidade humana fosse, e ignorar como ela realmente é. Ou talvez faça bem compreender como ela realmente é, e apreciar suas limitações como uma lição de humildade.

## 5. Referências

- Adams, G. K., Watson, K. K., Pearson, J., & Platt, M. L. (2012). Neuroethology of decision-making. *Current Opinion in Neurobiology*, 22(6), 982–989. <https://doi.org/10.1016/j.conb.2012.07.009>
- Almeida, G. P. de, & Nojiri, S. (2018). Como os juízes decidem casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 8(2), 826–853. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5291>
- Almeida, F. P. L. (2013). As origens evolutivas da cooperação humana. *Revista DireitoGV*, 9(1), 243–268.
- Almeida, G. P., & Cestari, R. (2016). Fatores extrajurídicos na tomada de decisão judicial: uma abordagem preliminar. In S. Nojiri (Ed.), *Direito, Psicologia e Neurociência* (1st ed., pp. 169–185). Ribeirão Preto/SP: Editora IELD.
- Amalric, M., & Dehaene, S. (2016). Origins of the brain networks for advanced mathematics in expert mathematicians. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 113(18), 4909–4917. <https://doi.org/10.1073/pnas.1603205113>
- Bargh, J. A., & Chartrand, T. L. (1999). The Unberable Automacity of Being. *American Psychologist*, 54(7), 462–479.
- Baron, J. (2008). *Thinking and Deciding* (4th ed.). Cambridge: Cambridge University Press.
- Beck, J. M., Ma, W. J., Pitkow, X., Latham, P. E., & Pouget, A. (2012). Not Noisy, Just Wrong: The Role of Suboptimal Inference in Behavioral Variability. *Neuron*, 74(1), 30–39. <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2012.03.016>
- Benforado, A. (2015). *Unfair: The new science of criminal injustice*. New York: Crown Publishers.
- Blair, I. V., Judd, C. M., & Chapleau, K. M. (2004). The Influence of Afrocentric Facial Features in Criminal Sentencing. *Psychological Science*, 15(10), 674–679.
- Boyd, C. L., Epstein, L., & Martin, A. D. (2010). Untangling the Causal Effects of Sex on Judging Untangling the Causal Effects of Sex on Judging at Buffalo , in. *American Journal of Political Science*, 54(2), 389–411.
- Boyer, P. (2018). *Minds make societies: How cognition explains the world humans create*. New Haven: Yale University Press.
- Braman, E. (2017). Cognition in the Courts. In L. Epstein & S. A. Lindquist (Eds.), *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior* (1st ed., pp. 283–507). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199579891.013.31>
- Bshary, R., Gingsins, S., & Vail, A. L. (2014). Social cognition in fishes. *Trends in Cognitive*

- Sciences*, 18(9), 465–471. <https://doi.org/10.1016/j.tics.2014.04.005>
- Cardoso, R. C., & Horta, R. de L. e. (2018). Julgamento e tomada de decisões no direito. In *Julgamento e Tomada de Decisão* (p. 423). São Paulo: Pearson.
- Carruthers, P. (2017). The Illusion of Conscious Thought. *Journal of Consciousness Studies*, 24(9–19), 228–252.
- Castro, L., & Wasserman, E. A. (2016). Executive control and task switching in pigeons. *Cognition*, 146, 121–135. <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2015.07.014>
- Cho, K., Barnes, C. M., & Guanara, C. L. (2017). Sleepy Punishers Are Harsh Punishers: Daylight Saving Time and Legal Sentences. *Psychological Science*, 28(2), 242–247. <https://doi.org/10.1177/0956797616678437>
- Cisek, P. (2012). Making decisions through a distributed consensus. *Current Opinion in Neurobiology*, 22(6), 927–936. <https://doi.org/10.1016/j.conb.2012.05.007>
- Clarke, E., Reichard, U. H., & Zuberbühler, K. (2015). Context-specific close-range “hoo” calls in wild gibbons (*Hylobates lar*). *BMC Evolutionary Biology*, 15(1), 1–11. <https://doi.org/10.1186/s12862-015-0332-2>
- Clay, Z., & De Waal, F. B. M. (2015). Sex and strife: Post-conflict sexual contacts in bonobos. *Behaviour*, 152(3–4), 313–334. <https://doi.org/10.1163/1568539X-00003155>
- Cohen, A., & Yang, C. S. (2019). Judicial Politics and Sentencing Decisions. *American Economic Journal: Economic Policy*.
- Costa, A. A., & Horta, R. de L. e. (2017). Das Teorias da Interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Opinião Jurídica*, (20), 271–297. <https://doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p271-297.2017>
- Costa, E. J. da F. (2016). *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
- Costa, L. L. F., Esteves, A. B. D., Kreimer, R., Struchiner, N., & Hannikainen, I. (2018). Gender stereotypes underlie child custody decisions. *European Journal of Social Psychology*, 00, 1–12. <https://doi.org/10.1002/ejsp.2523>
- Damásio, A. (2017). *A Estranha Ordem das Coisas: A vida, os sentimentos e as culturas humanas*. Lisboa: Círculo de Leitores.
- Danchin, É., Blanchet, S., Mery, F., & Wagner, R. H. (2010). Do invertebrates have culture? *Communicative and Integrative Biology*, 3(4), 303–305. <https://doi.org/10.4161/cib.3.4.11970>
- Danziger, S., Levav, J., & Avnaim-Pesso, L. (2011). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(17), 6889–6892. <https://doi.org/10.1073/pnas.1018033108>
- De Waal, F. (2016). *Are we smart enough to know how smart animals are?* New York: W. W. Norton & Company.
- Dehaene, S. (2009). *Reading in the Brain: The Science and Evolution of a Human Invention*. New York: Viking Penguin.



- Dehaene, S. (2011). *The Number Sense: How the Mind creates Mathematics* (Revised &). New York: Oxford University Press.
- Dehaene, S. (2014). *Consciousness and the Brain: Deciphering how the brain codes our thoughts*. New York: Viking Penguin.
- Dehaene, S., & Changeux, J. P. (2011). Experimental and Theoretical Approaches to Conscious Processing. *Neuron*, 70(2), 200–227. <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2011.03.018>
- Dehaene, S., Lau, H., Kouider, S., Silver, D., Huang, A., Maddison, C. J., ... Donchin, E. (2017). What is consciousness, and could machines have it? *Science*, 358(6362), 484–489. <https://doi.org/10.1126/science.aan8871>
- Dehaene, S., & Sigman, M. (2012). From a single decision to a multi-step algorithm. *Current Opinion in Neurobiology*, 22(6), 937–945. <https://doi.org/10.1016/j.conb.2012.05.006>
- Del Giudice, M., & Crespi, B. J. (2018). Basic functional trade-offs in cognition: An integrative framework. *Cognition*, 179(January), 56–70. <https://doi.org/10.1016/j.cognition.2018.06.008>
- Dhami, M. K. (2003). Psychological models of professional decision making Psychological models of professional decision making. *Psychological Science*, 14(2), 175–180.
- Dobzhansky, T. (1973). Nothing in Biology Makes Sense Except in the Light of Evolution. *The American Biology Teacher*, 35, 125–129.
- Drugowitsch, J., Wyart, V., Devauchelle, A. D., & Koechlin, E. (2016). Computational Precision of Mental Inference as Critical Source of Human Choice Suboptimality. *Neuron*, 92(6), 1398–1411. <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2016.11.005>
- Engel, C., & Singer, W. (2008). *Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Engelmann, J. M., & Herrmann, E. (2016). Chimpanzees Trust Their Friends. *Current Biology*, 26(2), 252–256. <https://doi.org/10.1016/j.cub.2015.11.037>
- Epstein, L., Landes, W. M., & Posner, R. A. (2013). *The Behavior of Federal Judges: a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Evans, J. S. B. T. (2008). Dual-Processing Accounts of Reasoning, Judgment, and Social Cognition. *Annual Review of Psychology*, 59(1), 255–278. <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.59.103006.093629>
- Evans, J. S. B. T. (2017). *Thinking and Reasoning: A very short introduction*. Oxford: Oxford University Press.
- Evans, J. S. B. T., & Stanovich, K. E. (2013). Dual-Process Theories of Higher Cognition: Advancing the Debate. *Perspectives on Psychological Science*, 8(3), 223–241. <https://doi.org/10.1177/1745691612460685>
- Fernandez, A., & Fernandez, M. (2008). *Neuroética, Direito e Neurociência: Conduta Humana, Liberdade e Racionalidade Jurídica*. Curitiba: Juruá.
- Freitas, J. (2013). A hermenêutica jurídica e a ciência do cérebro: como lidar com os automatismos mentais. *Revista Da AJURIS*, 40(130), 223–244.

- Friston, K. (2010). The free-energy principle: A unified brain theory? *Nature Reviews Neuroscience*, *11*(2), 127–138. <https://doi.org/10.1038/nrn2787>
- Frith, C. D. (2012). The role of metacognition in human social interactions. *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, *367*(1599), 2213–2223. <https://doi.org/10.1098/rstb.2012.0123>
- Gigerenzer, G. (2018). The Bias Bias in Behavioral Economics. *Review of Behavioral Economics*, *5*, 303–336. <https://doi.org/10.1561/105.00000092>
- Gigerenzer, G., & Gaissmaier, W. (2011). Heuristic Decision Making. *Annual Review of Psychology*, *62*, 451–482. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-120709-145346>
- Glimcher, P. W. (2005). Indeterminacy in Brain and Behavior. *Annual Review of Psychology*, *56*(1), 25–56. <https://doi.org/10.1146/annurev.psych.55.090902.141429>
- Glimcher, P. W. (2011). *Foundations of Neuroeconomic Analysis*. New York: Oxford University Press.
- Glimcher, P. W., & Fehr, E. (2014). *Neuroeconomics: Decision Making and the Brain*. (A. Press, Ed.) (2nd ed.). New York.
- Godfrey-Smith, P. (2016). *Other Minds: The Octopus, the Sea, and the deep origins of Consciousness*. New York: Farrar, Strauss and Giroux.
- Gold, J. I., & Shadlen, M. N. (2007). The Neural Basis of Decision Making. *Annual Review of Neuroscience*, *30*, 535–574.
- Goldstein, W. M., & Hogarth, R. M. (1997). Judgement and decision research: Some historical context. *Research on Judgment and Decision Making: Currents, Connections, and Controversies*. [https://doi.org/10.1016/S0146-6380\(02\)00244-9](https://doi.org/10.1016/S0146-6380(02)00244-9)
- Gomes, J. C. A., Nogueira, R., & Arguelhes, D. W. (2018). Gênero e comportamento judicial no Supremo Tribunal Federal: Os Ministros confiam em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, *8*(2), 855–876. <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5326>
- Greene, J. D. (2013). *Moral Tribes: Emotion, Reason, and the Gap between Us and Them*. New York: The Penguin Press.
- Grezzana, S. (2012). Gender Bias at the Brazilian Superior Labor Court. *Brazilian Review of Econometrics*, *32*(1), 73–96.
- Guthrie, C., Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. (2007). Blinking on the bench: How judges decide cases. *Cornell Law Review*, *93*(1), 1–43. <https://doi.org/10.1525/sp.2007.54.1.23>.
- Haidt, J. (2001). The Emotional Dog and its Rational Tail: A Social Intuitionist approach to Moral Judgment. *Psychological Review*, *108*(4), 814–834. <https://doi.org/10.1037//0033-295X.108.4.814>
- Haidt, J. (2012). *The Righteous Mind: Why Good People Are Divided by Politics and Religion*. New York: Pantheon Books.
- Halloy, J., Sempo, G., Caprari, G., Rivault, C., Asadpour, M., Tâche, F., ... Deneubourg, J. L. (2007). Social integration of robots into groups of cockroaches to control self-organized choices. *Science*, *318*(5853), 1155–1158. <https://doi.org/10.1126/science.1144259>
- Hardman, D. (2009). *Judgment and Decision Making – Psychological Perspectives*. West

Sussex (UK): BPS Blackwell.

- Harris, A. P., & Sen, M. (2019). Bias and Judging. *Annual Review of Political Science*, Forthcoming.
- Haselton, M. G., Nettle, D., & Murray, D. R. (2016). The Evolution of Cognitive Bias. In D. M. Buss (Ed.), *The Handbook of Evolutionary Psychology*, Vol. 2 (2nd ed., pp. 968–987). Hoboken, New Jersey: Wiley.
- Hilbert, M. (2012). Toward a synthesis of cognitive biases: How noisy information processing can bias human decision making. *Psychological Bulletin*, *138*(2), 211–237. <https://doi.org/10.1037/a0025940>
- Isbell, Lynne A. (2009). *The fruit, the tree, and the serpent: why we see so well*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. <https://doi.org/10.5860/CHOICE.47-0255>
- Johansson, P., Hall, L., & Sikström, S. (2008). From Change Blindness To Choice Blindness. *Psychologia*, *51*(2), 142–155. <https://doi.org/10.2117/psysoc.2008.142>
- Johnson, D. D. P., Blumstein, D. T., Fowler, J. H., & Haselton, M. G. (2013). The evolution of error: Error management, cognitive constraints, and adaptive decision-making biases. *Trends in Ecology & Evolution*, *28*(8), 474–481.
- Kahneman, D. (2011). *Thinking, Fast and Slow*.
- Klein, G. (2008). Naturalistic Decision Making. *Human Factors: The Journal of the Human Factors and Ergonomics Society*, *50*(3), 456–460. <https://doi.org/10.1518/001872008X288385>
- Klein, G. (2017). *Sources of Power: How People Make Decisions* (20th Anniv). Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Kleinberg, B. J., Ludwig, J., Mullainathan, S., & Rambachan, A. (2018). Algorithmic Fairness. *AEA Papers and Proceedings*, *108*, 22–27. <https://doi.org/10.1257/pandp.20181018>
- Koch, C. (2012). *Consciousness: Confessions of a Romantic Reductionist*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Kruger, J., & Dunning, D. (1999). Unskilled and unaware of it: how difficulties in recognizing one's own incompetence lead to inflated self-assessments. *Journal of Personality and Social Psychology*, *77*(6), 1121–1134. Retrieved from <http://www.sciencedirect.com/science/article/B6T0F-4K7NHTTP-3/2/6e97187bb929738c3c0eff4183f53fe3>
- Krusche, P., Uller, C., & Dicke, U. (2010). Quantity discrimination in salamanders. *The Journal of Experimental Biology*, *213*, 1822–1828. <https://doi.org/10.1242/jeb.039297>
- Kunda, Z. (1990). The Case for Motivated Reasoning. *Psychological Bulletin*, *108*(3), 480–498.
- Leal, F., & Ribeiro, L. M. (2018). Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, *8*(2), 778–799.
- Lefebvre, G., Lebreton, M., Meyniel, F., Bourgeois-Gironde, S., & Palminteri, S. (2017). Behavioural and neural characterization of optimistic reinforcement learning. *Nature Human Behaviour*, *1*(4), 1–9. <https://doi.org/10.1038/s41562-017-0067>

- Levy, D. J., & Glimcher, P. W. (2012). The root of all value: A neural common currency for choice. *Current Opinion in Neurobiology*, 22(6), 1027–1038. <https://doi.org/10.1016/j.conb.2012.06.001>
- Lilienfeld, S. O., Ammirati, R., Landfield, K., Nisbett, R., Ross, L., & Gilovich, T. (2009). Can Psychological Research on Correcting Cognitive Errors. *Psychological Science*, 4(4), 390–398.
- MacLean, C. L., & Dror, I. E. (2016). A Primer on the Psychology of Cognitive Bias. *Blinding as a Solution to Bias*, 13–24. <https://doi.org/10.1016/B978-0-12-802460-7.00001-2>
- Malloy-Diniz, L., Kluwe-Schiavon, B., & Grassi-Oliveira, R. (Eds.). (2018). *Julgamento e Tomada de Decisão*. São Paulo: Pearson.
- Marshall, J. A. R., Trimmer, P. C., Houston, A. I., & McNamara, J. M. (2013). On evolutionary explanations of cognitive biases. *Trends in Ecology and Evolution*, 28(8), 469–473. <https://doi.org/10.1016/j.tree.2013.05.013>
- McDonnell, M. D., & Ward, L. M. (2011). The benefits of noise in neural systems: bridging theory and experiment. *Nature Reviews Neuroscience*, 12(July), 415–425. Retrieved from <http://dx.doi.org/10.1038/nrn3061>
- Melnikoff, D. E., & Bargh, J. A. (2018). The Mythical Number Two. *Trends in Cognitive Sciences*, 22(4), 280–293. <https://doi.org/10.1016/j.tics.2018.02.001>
- Mendelson, T. C., Fitzpatrick, C. L., Hauber, M. E., Pence, C. H., Rodríguez, R. L., Safran, R. J., ... Stevens, J. R. (2016). Cognitive Phenotypes and the Evolution of Animal Decisions. *Trends in Ecology and Evolution*, 31(11), 850–859. <https://doi.org/10.1016/j.tree.2016.08.008>
- Mercier, H. (2017). Confirmation Bias - Myside Bias. In R. F. Pohl (Ed.), *Cognitive Illusions: Intriguing phenomena in thinking, judgment and memory* (2nd ed., p. 503). New York: Routledge.
- Mercier, H., & Sperber, D. (2017). *The Enigma of Reason*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- Monti, M. M., Parsons, L. M., & Osherson, D. N. (2012). Thought Beyond Language: Neural Dissociation of Algebra and Natural Language. *Psychological Science*, 23(8), 914–922. <https://doi.org/10.1177/0956797612437427>
- Moraes, J. D. de, & Tabak, B. M. (2018). As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. *Revista Direito GV*, 14(2), 618–653. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201824>
- Mueller, P., & Nadler, J. (2017). Social Psychology and the Law. In F. Parisi (Ed.), *The Oxford Handbook of Law and Economics: Volume 1: Methodology and Concepts* (Vol. 1, pp. 124–160). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199684267.013.008>
- Mugg, J. (2016). The dual-process turn: How recent defenses of dual-process theories of reasoning fail. *Philosophical Psychology*, 29(2), 300–309. <https://doi.org/10.1080/09515089.2015.1078458>
- Mundial, B. (2015). *Relatório sobre o Desenvolvimento Mundial: Mente, sociedade e*

*comportamento*. Washington DC.

- Newell, B. R., & Shanks, D. R. (2014). Unconscious influences on decision making: A critical review. *Behavioral and Brain Sciences*, 37(1), 1–19. <https://doi.org/10.1017/S0140525X12003214>
- Nisbett, R. E. (2015). *Mindware: Tools for Smart Thinking*. New York: Farrar, Strauss and Giroux.
- Nisbett, R. E., & Wilson, T. D. (1977). Telling more than we can know: Verbal reports on mental processes. *Psychological Review*.
- Nojiri, S. (2017). Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre modelos de decisão judicial. In R. C. Veloso & F. Q. da Silva (Eds.), *Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE* (1st ed., pp. 313–324). Belo Horizonte: D'Plácido.
- O'Doherty, J. M., Cockburn, J., & Pauli, W. M. (2017). Learning, Reward, and Decision Making. *Ssrn*. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-010416-044216>
- Padoa-Schioppa, C., & Conen, K. E. (2017). Orbitofrontal Cortex: A Neural Circuit for Economic Decisions. *Neuron*, 96(4), 736–754. <https://doi.org/10.1016/j.neuron.2017.09.031>
- Panksepp, J., & Biven, L. (2012). *The Archaeology of Mind: Neuroevolutionary origins of Human emotions*. New York: W. W. Norton & Company.
- Pepperberg, I. M., & Gordon, J. D. (2005). Number comprehension by a Grey parrot (*Psittacus erithacus*), including a zero-like concept. *Journal of Comparative Psychology*, 119(2), 197–209. <https://doi.org/10.1037/0735-7036.119.2.197>
- Platt, M. (2008). Neural correlates of Decision-Making. In *Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions* (pp. 125–154). Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Polansky, L., Kilian, W., & Wittemyer, G. (2015). Elucidating the significance of spatial memory on movement decisions by African savannah elephants using state–space models. *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, 282(1805). <https://doi.org/10.1098/rspb.2014.3042>
- Pronin, E. (2009). The Introspection Illusion. *Advances in Experimental Social Psychology*, 41, 1–67. [https://doi.org/10.1016/S0065-2601\(08\)00401-2](https://doi.org/10.1016/S0065-2601(08)00401-2)
- Rachlinski, J. J., Johnson, S. L., Wistrich, A. J., & Guthrie, C. (2009). Does unconscious racial bias affect trial judges. *Notre Dame Law Review*, 84(1195), 1–49. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107415324.004>
- Rachlinski, J. J., & Wistrich, A. J. (2017). Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges. *Annual Review of Law and Social Science*, 13(1), 203–229. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-110615-085032>
- Range, F., Horn, L., Viranyi, Z., & Huber, L. (2009). The absence of reward induces inequity aversion in dogs. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 106(1), 340–345. <https://doi.org/10.1073/pnas.0810957105>
- Rangel, A., Camerer, C., & Montague, P. R. (2008). A framework for studying the

- neurobiology of value-based decision making. *Nature Reviews Neuroscience*, 9, 545–556. <https://doi.org/10.1038/nrn2357>
- Reznikova, Z., & Ryabko, B. (2011). Numerical competence in animals, with an insight from ants. *Behaviour*, 148(4), 405–434. <https://doi.org/10.1163/000579511X568562>
- Santos, L., & Rosati, A. (2015). The Evolutionary Roots of Human Decision Making. *Ssrn*, (August 2014), 1–27. <https://doi.org/10.1146/annurev-psych-010814-015310>
- Schnall, S., Haidt, J., Clore, G. L., & Jordan, A. H. (2008). Disgust as embodied moral judgment. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 34(8), 1096–1109. <https://doi.org/10.1177/0146167208317771>
- Seth, A. K. (2018). Consciousness: The last 50 years (and the next). *Brain and Neuroscience Advances*, 2, 239821281881601. <https://doi.org/10.1177/2398212818816019>
- Silva, M. L., & Horta, R. de L. e. (2017). O racismo do sistema penal na perspectiva da Psicologia Experimental – diálogos possíveis com a Criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 25, 417–445.
- Simon, H. A. (1955). A Behavioral Model of Rational Choice. *The Quarterly Journal of Economics*, 69(1), 99–118.
- Simpson, J. A., & Campbell, L. (2016). Methods of Evolutionary Sciences. In D. M. Buss (Ed.), *The Handbook of Evolutionary Psychology*, v.1 (2nd ed., pp. 115–135). Hoboken, New Jersey: Wiley.
- Sloman, S. A. (1996). The Empirical Case for Two Systems of Reasoning. *Psychological Bulletin*, 119(1), 3–22.
- Soares, S. C., Maior, R. S., Isbell, L. A., Tomaz, C., & Nishijo, H. (2017). Fast detector/first responder: Interactions between the superior colliculus-pulvinar pathway and stimuli relevant to primates. *Frontiers in Neuroscience*, 11(FEB), 1–19. <https://doi.org/10.3389/fnins.2017.00067>
- Solms, M., & Friston, K. (2018). How and Why Consciousness Arises: Some Considerations from Physics and Physiology. *Journal of Consciousness Studies*, 25(5–6), 202–238. Retrieved from <https://www.ingentaconnect.com/contentone/imp/jcs/2018/00000025/f0020005/art00009#trendmd-suggestions>
- Soltani, A., Khorsand, P., Guo, C., Farashahi, S., & Liu, J. (2016). Neural substrates of cognitive biases during probabilistic inference. *Nature Communications*, 7, 1–14. <https://doi.org/10.1038/ncomms11393>
- Stanovich, K. E. (2011). *Rationality & the Reflective Mind*. New York: Oxford University Press.
- Stein, L. M. (2015). *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Ministério da Justiça (Série Pensando o Direito).
- Sterelny, K. (2017). Cultural evolution in California and Paris. *Studies in History and Philosophy of Science Part C: Studies in History and Philosophy of Biological and Biomedical Sciences*, 62, 42–50. <https://doi.org/10.1016/j.shpsc.2016.12.005>

- Sternberg, R. (2012). *Psicologia Cognitiva* (5a ed.). São Paulo: Cengage Learning.
- Stevens, J. R. (2008). The Evolutionary Biology of Decision Making. In C. Engel & W. Singer (Eds.), *Better than Conscious? Decision Making, the Human Mind, and Implications for Institutions* (pp. 285–304). Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- Tabak, B. M., Aguiar, J. C., & Nardi, R. P. (2018). O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. *Revista Da Faculdade de Direito Da UFMG*, 70, 177–196. <https://doi.org/10.12818/P.0304-2340.2017V70P177>
- Tavares, R. de S., & Hannikainen, I. R. (2018). Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais. (*Nadler & McDonnell*, 2012), 5(1), 67–78.
- Téglás, E., Gergely, A., Kupán, K., Miklósi, Á., & Topál, J. (2012). Dogs' gaze following is tuned to human communicative signals. *Current Biology*, 22(3), 209–212. <https://doi.org/10.1016/j.cub.2011.12.018>
- Tetlock, P. E. (1985). *Accountability: The Neglected Social Context of Judgment. Research in Organizational Behavior* (Vol. 7).
- Thaler, R. H. (2016). *Comportamento Inadequado: A Construção da Economia Comportamental*. Lisboa: Actual.
- Thaler, R. H., & Sunstein, C. R. (2008). *Nudge: Improving decisions about health, wealth, and happiness*. London: Penguin Books.
- Tinbergen, N. (1963). On aims and methods of ethology. *Zeitschrift Für Tierpsychologie*, 20, 410–433.
- Tononi, G., & Koch, C. (2015). Consciousness : here , there and everywhere ? *Philosophical Transactions of the Royal Society B: Biological Sciences*, 370, 1–18.
- Tooby, J., & Cosmides, L. (2016). The Theoretical Foundations of Evolutionary Psychology. In D. M. Buss (Ed.), *The Handbook of Evolutionary Psychology*, v. 1 (2nd ed., pp. 3–87). Hoboken, New Jersey: Wiley.
- Trimmer, P. C. (2016). Optimistic and realistic perspectives on cognitive biases. *Current Opinion in Behavioral Sciences*, 12(1992), 37–43. <https://doi.org/10.1016/j.cobeha.2016.09.004>
- Van Le, Q., Isbell, L. A., Matsumoto, J., Nguyen, M., Hori, E., Maior, R. S., ... Nishijo, H. (2013). Pulvinar neurons reveal neurobiological evidence of past selection for rapid detection of snakes. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 110(47), 19000–19005. <https://doi.org/10.1073/pnas.1312648110>
- West, R. F., Meserve, R. J., & Stanovich, K. E. (2012). Cognitive sophistication does not attenuate the bias blind spot. *Journal of Personality and Social Psychology*, 103(3), 506–519. <https://doi.org/10.1037/a0028857>
- Wilke, A., & Todd, P. M. (2012). The evolved foundations of decision making. In M. K. Dhami, A. Schlotmann, & M. R. Waldmann (Eds.), *Judgment and Decision Making as a Skill: Learning, Development and Evolution*. New York: Cambridge University Press.
- Wilson, M. L., Boesch, C., Fruth, B., Furuichi, T., Gilby, I. C., Hashimoto, C., ... Wrangham,

- R. W. (2014). Lethal aggression in Pan is better explained by adaptive strategies than human impacts. *Nature*, *513*(7518), 414–417. <https://doi.org/10.1038/nature13727>
- Zamir, E., Teichman, D., Teichman, D., & Zamir, E. (2014). Judicial Decision-Making. In *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law* (pp. 664–702). Oxford: Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199945474.013.0026>
- Zuberbühler, K. (2000). Interspecies semantic communication in two forest primates. *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, *267*(November 1999), 713–718.



# DESAFIOS DA AGENDA DE PESQUISA EMPÍRICA EM PSICOLOGIA DA TOMADA DE DECISÃO JUDICIAL NO BRASIL<sup>1</sup>

## Resumo

Estratégias de pesquisa consagradas nas áreas de Psicologia Experimental e Economia Comportamental vêm sendo empregados nos últimos vinte anos para investigar se variáveis extrajurídicas influenciam no processo de tomada de decisão judicial. Esses estudos mostram que questões pessoais, constrangimentos de tempo e de volume de trabalho, bem como vieses cognitivos e estereótipos inconscientes podem interferir no resultado de casos submetidos a magistrados, o que pode ser problemático à luz dos ideais normativos de justiça. Contudo, as pesquisas empíricas em Julgamento e Tomada de Decisão aplicadas a contextos judiciais ainda são pouco conhecidas pela comunidade jurídica brasileira. Nesta revisão, apresentamos um balanço das metodologias empregadas em trabalhos recentes, bem como discutimos suas limitações e desafios. Com esse levantamento crítico, busca-se estimular o emprego dessas estratégias de pesquisa na realidade institucional do Poder Judiciário brasileiro.

**Palavras-chave:** Julgamento e Tomada de Decisão; Decisão Judicial; Vieses Cognitivos

## **Towards an Agenda of Empirical legal research on the Psychology of Judicial Decision-Making in Brazil**

### **Abstract**

Commonplace research strategies in the areas of Experimental Psychology and Behavioral Economics have been used in the last twenty years to investigate whether extrajudicial variables influence the judicial decision-making process. These studies show that personal issues, time and workload constraints, and the existence of cognitive biases and unconscious stereotypes may interfere with the outcome of cases, and thus can be problematic in the light of normative ideals of justice. However, empirical research in Judgment and Decision making applied to judicial contexts is still poorly known by the Brazilian legal community. In this review, we present a balance of the methodologies used in recent studies, as well as their limitations and challenges. With this critical

---

<sup>1</sup> Versão anterior deste trabalho foi apresentada no GT “Direito, Psicologia e Neurociência”, no VII Encontro de Pesquisa Empírica em Direito, em Feira de Santana/BA, em 24/08/2017.

survey, we aim to stimulate the diffusion of these research strategies in the institutional reality of the Brazilian Judiciary.

**Keywords:** Judgment and Decision Making; Judicial decision-making; Cognitive Biases

## Sumário

1. Introdução.....	114
2. Notas sobre o campo da Psicologia da decisão judicial .....	120
2.1. A delimitação do campo .....	120
2.2. A generalizabilidade dos achados.....	122
2.3. O parâmetro normativo afetado.....	122
2.4. As estratégias de pesquisa e suas limitações .....	124
3. Pesquisa empírica em Psicologia da decisão judicial: métodos e resultados .....	125
3.1. Aplicação de instrumentos psicológicos em magistrados .....	126
3.2. Acompanhamento de audiências .....	128
3.3. Bancos de dados de decisões .....	129
3.4. Assessores como sujeitos de pesquisa.....	134
4. Desafios da pesquisa em Psicologia da decisão judicial no Brasil.....	136
4.1. Desafios de delineamento metodológico.....	136
4.2. Desafios relativos ao fundamento teórico .....	138
4.3. Desafios de acesso a sujeitos de pesquisa .....	141
5. Considerações Finais .....	145
6. Referências .....	145

### 1. Introdução

Poucos clientes contratariam um advogado que desconhecesse os fatores que podem levar ou não ao ganho de causa. Além disso, é comum que advogados, promotores e os próprios juízes partilhem casos pessoais e evidências anedóticas sobre como as preferências pessoais de um magistrado, ou as fortes emoções em torno de um caso rumoroso levado aos tribunais, acabaram sendo decisivos para seu resultado final. No entanto, muito embora a criminologia crítica insista há décadas que é impossível compreender a prática judicial sem referência a fatores extradogmáticos, o

fato é que pouco se discute em seminários, congressos ou faculdades de Direito do Brasil sobre a influência das variáveis extrajurídicas na decisão judicial<sup>2</sup>.

Do ponto de vista da esfera pública, não é comum que juízes descrevam a própria atividade em termos da satisfação de preferências pessoais, ou de tomada de posição em conflitos políticos que dividem a sociedade. Pelo contrário, em palestras, entrevistas ou em debates, a autodescrição da tomada de decisão judicial tende a se amparar no seu caráter supostamente técnico e racional. Afinal, qualquer lide trazida ao Poder Judiciário pode ser ressignificada dentro da própria gramática de direitos subjetivos e de regras que compõem o Direito, amortecendo assim seu eventual caráter político (Bybee, 2012; Costa, 2013). Como resultado disso, a Psicologia da tomada de decisão judicial segue sendo um campo marginal no nosso país, despertando alguma curiosidade pelos seus achados, mas não conseguindo ainda superar um grande ceticismo quanto à relevância jurídica de tais estudos.

Todavia, aos poucos, a compreensão asséptica do fenômeno do comportamento judicial começa a mudar, vinte anos depois dos estudos pioneiros nesse campo (Castro, 1997; Arantes, 1997; Vieira, 1994; Sadek, 1995; Vianna et al., 2007). Os padrões decisórios dos tribunais brasileiros têm sido objeto de um escrutínio cada vez maior por parte de cientistas políticos, sociólogos e juristas, que adotam metodologias empíricas para compreendê-lo enquanto comportamento influenciado por escolhas *político-ideológicas* ou *político-estratégicas*. Esses estudos, que geralmente mobilizam o instrumental de pesquisa social da Ciência Política e da Sociologia, tenderam a focar inicialmente no Supremo Tribunal Federal (STF), por um misto de maior visibilidade e facilidade de acesso aos dados.

Essa literatura recebeu forte impulso com o crescente protagonismo daquela Corte na vida política nacional – não por acaso, inicialmente a agenda girava em torno de conceitos como a “judicialização da política” ou “ativismo judicial” (Oliveira, 2017a), e debatia temas como a suposta extrapolção de seu papel de tribunal constitucional, em detrimento da competência dos demais poderes – daí a proposição de termos como “Supremocracia” (Vieira 2008). Do ponto de vista metodológico, uma das maiores contribuições desse campo de pesquisa foi lançar mão de estratégias de pesquisa quantitativa para compreender, qualificar e refutar narrativas até então puramente especulativas sobre como funcionariam os tribunais brasileiros.

---

<sup>2</sup> Além disso, a abordagem criminológica é concentrada em comportamentos sistêmicos, focadas nos resultados seletivos das decisões judiciais vistas globalmente (Garland, 2001), e não nos processos decisórios e no comportamento individual dos magistrados.

Os dados reunidos até agora por essa comunidade de pesquisadores permitem, por exemplo, que se afirme, com base em dados, que o STF é um tribunal em que a taxa de sucesso de uma ação de controle de constitucionalidade depende de um rol bastante específico de variáveis. Assim, leis federais cuja constitucionalidade é questionada tendem a ser mantidas mais do que leis estaduais, favorecendo o poder da União no contexto federativo; o governo em exercício tende a ser bem-sucedido em defender a constitucionalidade de seus atos; ações movidas pela Procuradoria-Geral da República têm maiores chances de sucesso do que aquelas movidas por associações; e dentre as associações profissionais legitimadas a propor o controle concentrado, as corporações de magistrados têm uma taxa de sucesso desproporcionalmente alta, em relação às demais associações (Costa & Costa, 2018; Oliveira, 2017a; Fornara & Carvalho, 2018; Costa Jr., 2018; Benvindo & Costa, 2013; Oliveira, 2012b). Esses achados levaram inclusive pesquisadores a questionarem a figura de “tribunal da cidadania” atribuída à Corte: se, no agregado dos números, o STF é mais favorável a pleitos corporativos de servidores públicos, e mais deferente ao Executivo federal do que desempenha propriamente um papel pró-sociedade, faz sentido defender uma suposta atuação contramajoritária em defesa dos direitos humanos? (Benvindo & Costa, 2013).

Mais recentemente, o campo lançou seu foco sobre o comportamento individual dos magistrados daquele tribunal. Uma das linhas de debate refere-se à questão se os Ministros indicados por um mesmo Presidente tendem a votar em conjunto, formando “panelinhas” coesas, alinhando-se em grupos, conforme os temas julgados, ou se essa aproximação nos votos é conjuntural e variável ao longo dos anos (Mariano Silva, 2018; Araújo, 2017; Ferreira & Mueller, 2014; Desposato et al., 2014; Oliveira, 2012a). Muito dessa discussão se refere à melhor metodologia para estimar formas de agregar os votos e determinar se os modelos atitudinais e estratégicos utilizados na discussão sobre a Suprema Corte dos EUA se aplicam ao caso do STF brasileiro.

Uma outra vertente de discussão empírica sobre o comportamento individual de magistrados diz respeito ao grau de colegialidade ou de dissenso presente no STF. A tese das “onze ilhas”, que sugere que os onze Ministros agem de forma fragmentada e não coordenada, dificultando posições verdadeiramente institucionais da Corte vem sendo analisada com atenção desde sua proposição (Mendes, 2010). Num dos artigos mais influentes desse debate, Arguelhes e Ribeiro (2015) sugerem que o desenho institucional do STF dota seus Ministros de poderes específicos que permite que imponham suas agendas individuais a toda a Corte. Nessa perspectiva, ao lançarem mão de pedidos de vista com prazo indeterminado, anteciparem suas posições nos julgados via imprensa, e decidirem monocraticamente sobre casos que demorarão a serem apreciados pelo plenário, os Ministros podem, individualmente, interferir no processo político como um todo, sobre os demais

atores políticos, sociais e judiciais. Nos últimos anos, esses recursos foram intensamente utilizados pelos Ministros para ampliar o alcance de suas próprias decisões, expandindo assim o raio de atuação da própria Corte na arena política (Costa Jr., 2018).

Já Oliveira (2017b), em sentido diverso, mostra que o Supremo é um tribunal bastante consensual, que os debates deliberativos importam no resultado decisório, e que o voto do relator tem um peso significativo no resultado da votação. A pesquisadora aponta, ainda, que Ministros com carreira pregressa na magistratura parecem favorecer mais a colegialidade em seu comportamento decisório. No mesmo sentido, Mariano Silva (2018) sugere que o STF é menos fragmentado que parece, e que os mecanismos de divergência midiática e pedidos de vista compõem uma forma de racionalização da agenda decisória, embora conceda que a profusão de decisões monocráticas acabe impondo agendas individuais ao colegiado. Uma das forças que podem contribuir para o menor grau de divergência é a “aversão ao dissenso” (Sunstein, 2006), que leva magistrados a deixarem o confronto de lado quando há escassas chances de vitória. Esse feito foi encontrado no STF por Felipe Lopes (2018): a formação de maioria inibe a divergência dos Ministros que votam após o resultado numérico ser atingido.

Sem a pretensão de sintetizar essa crescente e vigorosa literatura, pode-se dizer que ela tem tido razoável grau de sucesso em elencar variáveis relevantes no processo de tomada judicial no contexto brasileiro, bem como em buscar desenvolver metodologias adequadas para medir seus efeitos. O histórico dessas pesquisas empíricas também fornece pistas da dificuldade de se fazer uma integração teórica dos achados. Inicialmente, pretendeu-se transpor para a realidade institucional dos tribunais brasileiros as categorias analíticas desenvolvidas pela ciência política dos EUA. As assim chamadas abordagem legal, atitudinal, estratégica e institucional, com as quais se buscou compreender a dinâmica decisória das cortes e magistrados daquele país, embora ricas (vide Nojiri, 2017; Almeida & Cestari, 2016; Oliveira, 2012; Koerner, 2007), encontraram percalços e dificuldades de tradução diante das diferentes regras de processamento e a dinâmica institucional dos tribunais brasileiros, especialmente no caso do STF (Ribeiro & Arguelhes, 2013)<sup>3</sup>.

Os desafios não pararam aí: além de um sistema partidário mais fragmentado, o que dificulta o mapeamento ideológico das indicações de magistrados com base na *proxy* das indicações presidenciais (Llanos & Lemos, 2013), o imenso volume de decisões do STF (vide Hartmann &

---

<sup>3</sup> Há tentativas de captar essa complexidade numa abordagem mais eclética e flexível. Analisando 26 casos paradigmáticos de política econômica trazidos perante aquele Tribunal, Kapiszewski (2011) sugeriu que ocorre um “equilíbrio tático” entre fatores jurídicos e extrajurídicos que influenciam a decisão: preferências individuais, preferências institucionais, preferências do governo federal, consequências econômicas ou políticas, a opinião pública e os aspectos jurídicos envolvidos seriam ponderados estrategicamente pelos magistrados nesses julgados.

Chada, 2015) compromete sua comensurabilidade em relação a tribunais como a Suprema Corte norte-americana.

Em síntese, a comunidade de pesquisadores do comportamento judicial produzida no Brasil nos últimos anos teve êxito em mostrar resultados contraintuitivos, em se apropriar de forma crítica de modelos teóricos da tradição norte-americana perante nossa realidade institucional, e a formar um grupo relativamente coeso que partilha análises divergentes e debate os melhores métodos de pesquisa a serem adotados. Hoje, pode-se afirmar com razoável segurança que, nas cortes brasileiras, especialmente nas instâncias superiores, diversos fatores extrajurídicos de ordem político-ideológica ou político-estratégica que importam no resultado final dos processos já foram mapeados por pesquisas empíricas.

Tal movimento, porém, ainda não ocorreu com o campo da Psicologia da decisão judicial. Pesquisadores brasileiros, notadamente da USP Ribeirão Preto, da PUC-Rio e da FGV Rio e São Paulo, publicaram nos últimos anos trabalhos nesse sentido, mas a agenda de pesquisa sobre as variáveis extrajurídicas de ordem *psicológica* no Poder Judiciário ainda está em incipiente processo de construção (Almeida & Cestari, 2016).

Assim, são menos numerosos os trabalhos que se dedicam a compreender os *processos psicológicos* subjacentes à tomada de decisão judicial. Para além das estratégias resultantes de preferências político-ideológicas, numa dinâmica institucional, outros fatores podem igualmente influenciar o julgamento e a tomada de decisão de um magistrado. Há muito os economistas sabem que, ao se avaliar ou decidir sobre questões como a probabilidade de um evento ou o custo-benefício de uma decisão, seres humanos estão sujeitos a uma série de *vieses cognitivos*, resultantes da arquitetura da racionalidade e de suas limitações, bem como dos contextos decisórios (Kahneman, 2012; Thaler, 2016). Por sua vez, é consenso entre psicólogos que as pessoas não conseguem acessar os mecanismos subjacentes ao próprio raciocínio, embora consigam com facilidade justificar as suas escolhas *a posteriori* (Mercier & Sperber, 2017). São questões que escapam do escopo do instrumental da Ciência Política e da Sociologia até agora empregado pelos pesquisadores, seja porque essas pesquisas tipicamente adotam um marco institucional pouco afeto a elementos de psicologia que operam em níveis individuais, porque elas se preocupam mais com os resultados do que os processos decisórios ou porque as pesquisas atuais tipicamente se focam em elementos *contidos nos bancos de dados de processos judiciais*, que evidentemente não incorporam os elementos extradogmáticos.

Historicamente, dos escassos trabalhos publicados no Brasil sobre a Psicologia da decisão judicial nos últimos anos, a maioria se valeu de perspectivas psicanalíticas (a exemplo de Zimerman, 2008). Porém, além da importância decrescente desse enfoque no cenário científico mundial (Spear, 2007), a própria adequação do enfoque psicanalítico para o tratamento desse problema é questionável. Há décadas psicólogos cognitivos e sociais discutem a problemática metodológica do uso da introspecção ou do relato verbal como formas de acesso aos processos cognitivos inconscientes – na verdade, o acesso que temos à nossa mente, e a descrição que fazemos dos nossos próprios processos internos são extremamente limitados e sujeitos a ilusões (Nisbett & Wilson, 1977; Pronin, 2009; Mercier & Sperber, 2017). A psicanálise da decisão judicial corre o risco, dessa maneira, de não passar de uma narrativa “*ad hoc*”, inacessível ao escrutínio empírico ou à replicabilidade dos achados, que diz mais sobre a *percepção dos atores* do que sobre os *processos decisórios* efetivamente ocorridos.

Valendo-se de teorias e estratégias metodológicas mais adequadas à observação do comportamento, defensores da agenda de pesquisa em “Julgamento e Tomada de Decisão” (Baron, 2008) vêm cada vez mais utilizando outros instrumentos para compreender a tomada de decisão judicial. Partindo frequentemente do marco teórico das “teorias do duplo processo” (Evans & Stanovich, 2013; Kahneman, 2012), que enfatizam o caráter automático e inconsciente da maioria das decisões que as pessoas tomam, estudos em Economia Comportamental e Psicologia Social recentes aplicam experimentos psicológicos a questões do contexto forense. Revisões sistemáticas recentes mostram que esse campo de pesquisa avançou a passos largos nos últimos anos (para revisões, vide Harris & Sen, 2019; Rachlinski & Wistrich, 2017; Braman, 2017; Nadler & Mueller, 2017; Teichman & Zamir, 2014). Além disso, como se verá adiante, os primeiros estudos brasileiros de Psicologia da decisão judicial baseados nessas metodologias começam a surgir, encarando desafios que já vinham sendo discutidos pela literatura norteamericana.

Em síntese, o que as perspectivas psicológicas vêm acrescentar são questões como da limitação da racionalidade, e o uso de atalhos cognitivos como estratégia decisória; as relações entre as motivações pré-existentes e as emoções e o modo como guiam a coleta e a interpretação de dados por parte dos tomadores de decisão; e como a tomada de decisão moral pode ser resultado da intuição, mais do que de processos conscientes e deliberados (Teichman & Zamir, 2014).

Há toda uma gama de fenômenos em torno da decisão judicial que inspiram questões de pesquisa relevantes, tais como: juízes decidem casos complexos por *default*, e valendo-se de atalhos cognitivos (heurísticas)? Quais são os vieses inconscientes que podem influenciar decisões, para além de preferências político-ideológicas? Qual o mecanismo pelo qual as relações pessoais e a

empatia em relação a grupos específicos interferem na apreciação de um caso? A ordem de apresentação das provas influencia no raciocínio de construção da narrativa sobre o caso? Qual o papel desempenhado pelos preconceitos implícitos na decisão judicial? Qual a relação entre decisões tomadas e os argumentos utilizados para justificá-las?

Neste artigo, faremos um esforço de sistematizar os principais achados e estratégias de pesquisa utilizadas pela crescente literatura sobre a Psicologia do julgamento e tomada de decisão judicial. Para tanto, iniciaremos expondo algumas questões metodológicas acerca desse gênero de pesquisa. Em seguida, faremos uma revisão de estudos empíricos emblemáticos, sem a pretensão de uma revisão exaustiva (para esse fim, remetemos a Harris & Sen, 2019; Rachlinski & Wistrich, 2017; Braman, 2017; Nadler & Mueller, 2017; Teichman & Zamir, 2014). Finalmente, discutiremos alguns desafios de pesquisadores que se propõem a pesquisar e a teorizar sobre esse campo.

## **2. Notas sobre o campo da Psicologia da decisão judicial**

Antes de iniciarmos a revisão, faremos alguns alertas importantes para a interpretação das estratégias de pesquisa e resultados obtidos por essa literatura. São elas a delimitação desse campo, a questão da generalizabilidade dos achados, as potenciais consequências da existência de vieses cognitivos em relação a ideais jurídico-normativos, e a questão das estratégias de seleção de sujeitos de pesquisa e suas limitações.

### **2.1. A delimitação do campo**

Primeiramente, merece ser analisada uma possível objeção à ideia mesma de uma pesquisa de variáveis psicológicas da decisão judicial: em que esse campo do conhecimento seria diferente das pesquisas já feitas por sociólogos e cientistas políticos? Afinal, muitos dos resultados que serão relatados neste trabalho, a exemplo da influência do gênero dos magistrados, ou de componentes político-ideológicos no ato de julgar, derivam da tradição de pesquisa em Sociologia e Ciência Política que tomam o Judiciário como objeto de pesquisa.

Buscamos mostrar que há uma continuidade entre ambas as agendas de pesquisa, mas com questões distintas. Enquanto a teorização feita até aqui por cientistas políticos e sociólogos adota pressupostos da teoria da escolha racional ou neoinstitucionalistas (Costa Jr., 2018), a Psicologia da decisão judicial busca elaborar modelos sobre como a coleta e o processamento de informação na mente do tomador de decisão pode sofrer impacto de variáveis extrajurídicas. Daí, por exemplo, termos como tipos ou sistemas de raciocínio (as teorias do “duplo processo”), sobre processos



automáticos ou inconscientes, preconceitos implícitos em contraposição a explícitos, e outras categorias até pouco tempo atrás ausentes dessa discussão.

Além disso, há especificidades da pesquisa em Psicologia da decisão judicial quanto ao objeto e à metodologia. A Psicologia da decisão judicial se interessa pelo não só pelo resultado final das decisões, mas também pelo *processo decisório*. A compreensão da dinâmica dos vieses cognitivos passa, por exemplo, pela adoção de estratégias de pesquisa experimentais, que consistem na aplicação de testes psicológicos a magistrados, aptas a revelar variáveis que interagem no processo decisório.

Vale destacar que as variáveis costumeiramente elencadas como extrajurídicas ou extradogmáticas pela Psicologia da decisão judicial são desde as preferências político-ideológicas, passando por influências de identidade pessoal do magistrado – raça, gênero, religião – até os efeitos de vieses cognitivos propriamente ditos, derivados do uso de heurísticas ou atalhos cognitivos para a solução de casos complexos (Harris & Sen, 2019; Rachlinski & Wistrich, 2017; Braman, 2017; Almeida & Cestari, 2016). Até o momento, todavia, não há um único modelo ou rol exaustivo dessas influências que auxilie a delimitar o campo, ou consenso em relação à terminologia para caracterizá-las. Para ficar num exemplo, nem todo cientista político aceitaria que se trate como “viés” da decisão judicial aquilo que pode, de outra forma, ser descrito como uma manifestação do “comportamento político” dos juízes (Harris & Sen, 2019).

Ressalte-se, porém, que a expansão desse rol de variáveis está ligada ao percurso histórico das distintas tradições de pesquisa. As pesquisas sobre as influências ideológicas na decisão judicial remontam a meados do século XX nos EUA, ao passo que os fatores relativos à identidade dos magistrados só recentemente passaram a ser objeto de investigação. Allisson Harris e Maya Sen ponderam que não é por acaso que as influências de identidade só foram mapeadas poucos anos atrás – até os anos 1970, naquele país, o Judiciário era quase que exclusivamente composto por homens brancos, e somente daí em diante um número suficientemente representativo de profissionais de outras trajetórias e perfis demográficos passou a ocupar cargos no Judiciário (Harris & Sen, 2019). Por sua vez, somente com a ascensão e o reconhecimento da Economia Comportamental é que, nas últimas duas décadas, os vieses cognitivos passaram a ser investigados no contexto forense.

É preciso notar que essas fronteiras entre as aproximações das ciências sociais e da ciências comportamentais ao objeto “comportamento judicial” são fugidias. Na nossa visão, uma teoria da decisão judicial deve se preocupar mais em compreender a dinâmica dessas variáveis extrajurídicas,

numa convergência multimetodológica, do que em delimitar o que é uma questão de “política” ou de “psicologia” da decisão.

## **2.2. A generalizabilidade dos achados**

A aproximação ao problema da Psicologia da decisão judicial frequentemente leva a questionamentos acerca de quais fatores extrajurídicos estariam influenciando um determinado magistrado a decidir um caso específico. É importante discernir duas tradições distintas de pesquisa para esclarecer qual o alcance explicativo dessa literatura: a abordagem *nomotética* e a *ideográfica*<sup>4</sup>.

Enquanto a primeira busca encontrar regularidades generalizáveis dos fenômenos, a segunda se ocupa em compreender em profundidade um caso único. Os estudos revisados a seguir seguem a tradição de pesquisa nomotética, isto é, buscam revelar mecanismos por meio dos quais variáveis extrajurídicas podem, no agregado de julgamentos, produzir tendências que levam a um viés em determinadas decisões judiciais. Contudo, os estudos em Psicologia da decisão não permitem que se trace inferências sobre casos específicos – se eles mostram, por exemplo, que gênero e raça em geral são, no agregado, variáveis relevantes para o resultado no processo penal, ainda assim seria uma impropriedade afirmar, a partir disso, que num caso específico, foram *esses* os fatores decisivos para o resultado. Existe grande variação entre as estratégias cognitivas que um determinado magistrado utiliza para resolver casos diferentes, assim como grande variação entre modos de decidir de magistrados, o que impossibilita transpor um efeito estatístico encontrado em uma amostra diretamente para um caso individual específico (Dhami & Belton, 2017).

## **2.3. O parâmetro normativo afetado**

Uma segunda distinção de relevo concerne o tipo de viés que se investiga nesses estudos. O pano de fundo da literatura em Psicologia da decisão judicial é o argumento de que a interferência de fatores extrajurídicos no processo decisório afasta o resultado de um processo judicial dos ideais normativos – sejam eles o do Justo, sejam os do juridicamente correto. A cada viés analisado, corresponderia um parâmetro normativo violado distinto (Braman, 2017, p. 501).

O programa de pesquisa das “heurísticas e vieses”, por exemplo, que segue a tradição consagrada no âmbito da Economia Comportamental, busca mostrar como o uso de determinados

---

<sup>4</sup> Há uma profusão de estudos de comportamento judicial que seguem a tradição ideográfica e revelam achados importantes para se entender a dinâmica real de decisão nas cortes brasileiras. É o caso, por exemplo, dos trabalhos de Mello, 2015 e Costa Jr., 2018, bem como o estudo referente à AP 470 realizado por Araújo (2017). A dificuldade de se utilizar esse tipo de abordagem para a pesquisa em Psicologia da decisão judicial é que, por se tratarem de casos únicos, não é possível isolar variáveis pertinentes a processos psicológicos; os registros disponíveis são aqueles referentes ao texto dos julgados ou a entrevistas com os magistrados, ambos métodos pouco adequados a esse gênero de pesquisa.

atalhos cognitivos – conhecidos como *heurísticas* – pode conduzir a decisões enviesadas. Neste caso, o ideal jurídico-normativo que ficaria comprometido seria o da correção ou acurácia da decisão judicial em relação aos fatos. Assim, se magistrados utilizam heurísticas como da ancoragem, representatividade, ou disponibilidade<sup>5</sup> para o conhecimento de uma questão de fato, sua decisão estaria sujeita a erros derivados de vieses cognitivos.

Por outro lado, a tradição de pesquisa tributária da Psicologia Social acerca do “raciocínio motivado”, da “dissonância cognitiva” ou do “viés de confirmação forense”<sup>6</sup> se interessa pelo potencial de racionalização que as pessoas exibem, e que as leva a construir uma elaborada justificação que legitime crenças ou preconceitos pré-existentes, a despeito das evidências em contrário. Desse modo, a interpretação de questões de fato ou de direito dependeria, de maneira relevante, das preferências e predisposições que o magistrado nutriria antes mesmo de travar contato com o caso. O ideal jurídico-normativo comprometido, neste caso, seria o da imparcialidade judicial.

Esses trabalhos geralmente deixam subentendido que a decisão judicial desejável é aquela sobre a qual incidem menos vieses, uma vez que eles sempre distanciariam o resultado do processo judicial daquilo que se esperaria de um magistrado plenamente racional ou imparcial. Como se pode observar, trata-se de um pressuposto teórico-filosófico repleto de consequências, e que não é isento de problemas.

---

<sup>5</sup> Heurísticas são *atalhos cognitivos* que permitem a solução rápida de problemas. Muitas vezes elas levam a desvios sistemáticos no raciocínio, em relação a ideais normativos, como as normas da lógica clássica ou da estatística, sem que o indivíduo se dê conta disso. A literatura psicológica e em Economia Comportamental é prolífica em relatar a ocorrência desses vieses cognitivos em experimentos com os públicos os mais diversos possíveis, sejam eles leigos ou especializados. Assim, a heurística da ancoragem se refere à estimativa de valores que é condicionada por um valor irrelevante que é mostrado ao indivíduo anteriormente. A heurística da representatividade ocorre quando um raciocínio de probabilidade é feito com base na similaridade ou em estereótipos. Por sua vez, a heurística da disponibilidade é a estimativa de probabilidades que se dá com base não na ocorrência verificada de eventos, mas da facilidade com que se recupera na memória um evento semelhante. Para uma descrição detalhada dessas heurísticas e sua dinâmica, remetemos a Kahneman, 2012; Thaler, 2015, ou, para o contexto judicial, Guthrie et al., 2001.

<sup>6</sup> Esses três conceitos se referem à capacidade de racionalização ou de justificação de crenças pré-concebidas, bem como na influência que essas crenças prévias exercem sobre a coleta ou a interpretação de novas informações. O raciocínio motivado é o processo de raciocínio que não é isento, mas enviesado, posto que direcionado pela motivação de chegar à conclusão previamente desejada (Sood, 2013). A dissonância cognitiva é um conceito clássico em Psicologia, ligado à necessidade de ajuste entre comportamento e crenças do indivíduo, com vistas à preservação da consistência, e busca explicar por que pessoas às vezes nutrem crenças que parecem absurdas (Harmon-Jones & Harmon-Jones, 2007). Por fim, o “viés de confirmação” se refere à seleção de evidências que confirmem uma crença prévia, ao lado do descarte de informações que a refutem (Nickerson, 1998; para o contexto forense, vide Kassin et al., 2013).

## 2.4. As estratégias de pesquisa e suas limitações

Agruparemos na próxima seção os estudos revisados conforme a estratégia adotada. Esse ponto merece atenção. Os estudos realizados nos últimos 20 anos em Psicologia da decisão judicial utilizaram amostras distintas de sujeitos de pesquisa, o que impacta na questão da *validade externa* ou *ecológica* dos resultados encontrados.

Há estudos que foram feitos com a população em geral, ou leiga, cujos resultados podem ser facilmente questionados como não sendo representativos do universo de magistrados. Uma aproximação maior é feita em estudos com um público de “juristas” – sejam eles advogados, promotores ou estudantes de faculdades de Direito. Maior validade externa, porém, pode ser obtida ou com experimentos cujos sujeitos sejam verdadeiros magistrados, mediante a aplicação de situações hipotéticas (simulações); ou com o estudo de casos reais, mediante o acompanhamento ao vivo de audiências de julgamento, ou por meio da análise de bancos de dados de decisões judiciais que contenham as variáveis relevantes para a Psicologia da decisão (Dhami & Belton, 2017).

Evidentemente, o custo e o grau de dificuldade de acesso aos sujeitos aumentam à medida que se caminha no sentido de maior validade externa dos resultados. Se é mais viável aplicar questionários hipotéticos a estudantes de graduação em Direito do que conseguir a adesão de magistrados na ativa, a validade externa dos achados pode ser maior no segundo caso. Um argumento que reforça a importância de uma amostra de juízes é a hipótese de que o raciocínio “profissional” dos magistrados consista num tipo altamente especializado de estratégia cognitiva, seja em virtude do treino e da experiência, seja pelo domínio de um repertório de formulações jurídicas, diferenciado em relação ao público em geral<sup>7</sup> (Schauer, 2010). Contrastar decisões tomadas por leigos e juízes pode ser uma estratégia interessante para colocar essa hipótese à prova. Nesse sentido, amostras de estudantes de graduação em Direito, advogados, promotores, etc., poderiam inclusive fornecer um comparativo em relação a como a maior ou menor socialização e treinamento nos cânones jurídicos podem influir no raciocínio decisório.

O maior obstáculo, nesse caso, é o acesso aos sujeitos de pesquisa. Como trataremos na Seção 4.3, a pesquisa empírica em Psicologia da decisão judicial deve lidar não só com a questão da validade, mas também da viabilidade. E, nesse sentido, há resultados altamente relevantes sendo

---

<sup>7</sup> Uma objeção feita à Psicologia da decisão judicial como um todo é sua capacidade metodológica de isolar variáveis propriamente “extrajurídicas”. A hipótese concorrente é de que a tomada de decisão de magistrados seja altamente especializada, e assim essencialmente distinta daquela das demais pessoas; e que as divergências existentes entre eles se devam efetivamente a diferentes interpretações do material jurídico – os vieses da decisão resultariam, assim, não de preferências pessoais ou ideológicas, mas de genuínas e distintas visões sobre o que é o Direito aplicável. Nesse caso, as variáveis relevantes não seriam ‘extra’-jurídicas, seriam as normas jurídicas elas mesmas, que não se prestariam a esse tipo de escrutínio via pesquisa empírica. Para essa discussão, vide Schauer, 2010; Kahan et al., 2016, p. 360-363; Braman, 2017, p. 486-487.

produzidos no Brasil com amostras de leigos, num percurso próximo ao adotado por psicólogos dos EUA quando essa agenda de pesquisa estava em seus primórdios naquele país.

Em resumo, embora o estudo de casos reais via registros em banco de dados ou acompanhamento de audiências possa parecer a alternativa mais adequada do ponto de vista da validade externa, dificilmente é possível acessar, nesses casos, as variáveis pessoais dos magistrados que possam estar influenciando o julgamento. Enquanto o uso de casos hipotéticos submetidos aos sujeitos de pesquisa, via vinhetas ou casos resumidos, permite um maior controle de variáveis analisadas e maior *validade interna* dos resultados, ao simular um experimento de laboratório, eles carecem da complexidade e da dependência de contexto dos casos reais. Por outro lado, o estudo de casos reais pode detectar associações entre variáveis, mas por nem sempre permitir isolá-las devidamente, pode ter menor potencial de inferências sobre relações de causa e efeito – algo que o método experimental pode oferecer por meio do controle de variáveis (Dhami & Belton, 2017; Braman, 2017; Kahan et al., 2016).

Há quem defenda que estudos com magistrados e o estudo de casos reais são sempre preferíveis à aplicação de casos hipotéticos a sujeitos não especializados, inclusive porque é uma estratégia que confere às pesquisas maior credibilidade junto à comunidade jurídica em geral (Dhami & Belton, 2017; Braman, 2017; Kahan et al., 2016). Porém, é importante lembrar que as estratégias de pesquisa podem se complementar, compensando as limitações uma das outras, e convergindo em seus achados.

### **3. Pesquisa empírica em Psicologia da decisão judicial: métodos e resultados**

Revisaremos a seguir quatro vertentes de pesquisa comuns a essa literatura, discutindo brevemente as metodologias empregadas e os resultados obtidos em trabalhos recentes e representativos. Enquanto a aplicação de questionários ou instrumentos oriundos da tradição em Psicologia Cognitiva e Social permite a simulação de um ambiente experimental de laboratório, isolando variáveis relevantes, o objetivo de obter maior validade externa pode tornar as pesquisas *in loco* ou de bases de dados mais atraentes. Por fim, trataremos brevemente das pesquisas com assessores judiciários, outra promissora frente para essa literatura.

É importante ressaltar que um dos métodos mais frequentemente utilizados ainda é o de aplicação de questionários ou instrumentos psicológicos no público leigo, submetendo aos sujeitos de pesquisa casos ou vinhetas hipotéticas, tal como se fossem magistrados daquelas causas. Trata-se de uma estratégia de pesquisa válida, e mesmo necessária, como se discutirá na Seção 4.3; todavia,

por uma questão de brevidade, remetemos o leitor interessado a revisões já publicadas (Rachlinski & Wistrich, 2017; Braman, 2017; Nadler & Mueller, 2017; Teichman & Zamir, 2014). Pelo mesmo motivo, deixaremos de lado a vasta literatura norteamericana sobre tomada de decisão judicial por parte de jurados. Nosso objetivo, assim, não é realizar uma revisão exaustiva desses trabalhos, mas um levantamento crítico, que levante alguns pontos e desafios relevantes para a construção dessa agenda de pesquisa.

### **3.1. Aplicação de instrumentos psicológicos em magistrados**

O sucesso inicial da agenda de pesquisa em “Julgamento e Tomada de Decisão” se deveu, em grande medida, à replicação de resultados originalmente obtidos por pesquisadores como Daniel Kahneman e Amos Tversky, em fins dos anos 1960, em diferentes contextos. Efeitos da existência de vieses tais como "aversão ao risco", "ancoragem", "enquadramento", geralmente com pequenas variações experimentais, foram verificados em diversas amostras de sujeitos de pesquisa, ao longo de décadas.

No contexto judicial, essa abordagem tradicional pode ser verificada em alguns estudos publicados nos últimos anos. É o que fez a equipe de Birte English (2006), que recrutou amostras de algumas dezenas de magistrados, promotores e juristas alemães em eventos de carreira, numa sequência de três estudos (n=42, 39 e 52, respectivamente). A tarefa assinalada consistia na leitura de um caso criminal simulado, após a qual os sujeitos deviam opinar sobre a sentença adequada. Antes de darem a resposta, os sujeitos tinham que antes ouvir uma sugestão do *quantum* de punição por um jornalista, pela acusação ou por um lance de dados – que serviam cada um como "âncora". Mesmo quando cientes de que a âncora era completamente aleatória, os participantes eram influenciados por ela, gradando a pena do caso de acordo com o número previamente sugerido.

Outro estudo, desta vez focado na tomada de decisão moral, buscou avaliar magistrados, ao fazerem um juízo causal sobre a intencionalidade de uma conduta, antes se valem de um juízo normativo acerca do seu resultado. Trata-se de um efeito bem descrito na literatura em Psicologia Moral, segundo o qual o conhecimento sobre resultado de uma ação, se benéfico ou danoso, interfere na avaliação que se faz da intenção original do agente – conhecido como “efeito Knobe”. Em termos de filosofia normativa, ao decidir sobre a intencionalidade de um agente, o juízo moral deveria independe do resultado final da conduta. Aplicando questionários virtuais, contendo vinhetas hipotéticas, em dois experimentos em juízes franceses (n=36 no primeiro experimento, e n=32 no segundo), Kneer e Burgeois-Gironde (2017) replicaram o “efeito Knobe”. Quanto mais grave o resultado da conduta do agente, maior intencionalidade de causar dano se atribuía a ele. O

estudo levanta a questão da justiça de se punir alguém não pela sua intenção, mas pelos efeitos colaterais mais ou menos gravosos de sua conduta.

A equipe até agora que mais se valeu da metodologia de aplicação de questionários em juízes foi o trio Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich. Em vários estudos publicados, esses pesquisadores narram ter buscado nos EUA amostras de magistrados presentes em encontros de formação, aperfeiçoamento, ou em encontros de carreira, e, aproveitando a oportunidade criada por uma palestra ou conferência, recrutaram participantes para seus estudos, conduzidos no local do evento. O propósito era sempre testar se efeitos obtidos anteriormente na literatura se verificariam também entre os profissionais da carreira judicial.

Num primeiro estudo, 167 magistrados federais responderam a questionários, que continham casos simulados com características destinadas a isolar a influência de cinco das "ilusões cognitivas" mapeadas pela literatura: ancoragem, *framing*, viés de retrospecto, heurística da representatividade e viés egocêntrico. Todos os efeitos foram verificados na amostra (Guthrie et al., 2001). Num estudo subsequente, os pesquisadores aplicaram em 295 desembargadores federais norte-americanos o *Cognitive Reflection Test*, instrumento desenvolvido por Shane Frederick (2005) para avaliar a dinâmica do raciocínio à luz das teorias do duplo processamento – o predomínio do modo intuitivo, rápido e automático de raciocínio sobre o devagar e deliberado. Os resultados obtidos, mais uma vez, estavam em linha com aqueles encontrados em amostras de pessoas comuns (Guthrie et al., 2007).

O trio de pesquisadores também aplicou casos simulados a juízes, em quatro estudos (n= 133, 144, 49, e 176, respectivamente), com o fito demonstrar que efeitos verificados em contextos de escolha do consumidor e paradigmas de economia comportamental são presentes também ao sentenciar – constatando que a forma como os dados são apresentados, e a forma como eles direcionam a atenção do destinatário, influencia o julgamento (Rachlinski et al., 2013). Em outro trabalho, os pesquisadores submeteram 133 juízes norte-americanos ao *Implicit Association Test*, instrumento que visa a avaliar a influência de preconceitos raciais implícitos (Silva & Horta, 2017), para testar se decisões judiciais podem por eles ser influenciados (Rachlinski et al., 2009).

Num último exemplo, o trio de pesquisadores se valeram de uma grande amostra de 1.800 juízes federais e estaduais, entre os anos de 2008 e 2013, por ocasião de 18 diferentes apresentações ao público de magistrados. Em diferentes simulações, de casos cíveis, comerciais ou criminais, o objetivo era manipular uma única variável – se o requerente despertava ou não simpatia – e avaliar seu peso na decisão tomada pelos juízes. Como esperado, o resultado foi encontrado em

praticamente todos os cenários analisados (Wistrich et al., 2014). Corroborando esse achado, um estudo recente, realizado com 32 juízes norte-americanos presentes num workshop, também se valeu de um caso simulado para mostrar que, ao decidir sobre um recurso de apelação em sede penal, as características pessoais do réu aos olhos do juiz podem ter um peso mais significativo do que os precedentes judiciais na fixação da sentença (Spamann & Klöhn, 2016).

Esse conjunto de estudos pode ser criticado por constatar algo que deveria ser evidente: juízes são seres humanos. Afinal, se os efeitos psicológicos já eram robustos na literatura, não deveria haver motivo para inferir que juízes estariam imunes a eles. De todo modo, por se tratar de um grupo de profissionais “especializado em decidir”, não é comum que seja essa visão que a sociedade e eles próprios nutrem da carreira. Ademais, são estudos que auxiliam a desmistificar a suposta “racionalidade” discursiva dos processos decisórios, mesmo em casos complexos, e que envolvem valores como a liberdade individual ou a propriedade.

### **3.2. Acompanhamento de audiências**

Uma objeção comum a estudos com simulações experimentais é que eles não se passam num contexto real de decisão. Para além dessa metodologia de aplicação de questionários, assim, pesquisadores optaram pelo acompanhamento de decisões reais.

Se, num primeiro estudo, adotou o método de casos simulados (Dhami & Ayrton, 2001), Mandeep Dhami (2003) buscou se blindar de críticas valendo-se do acompanhamento de decisões reais para avaliar o uso de heurísticas decisórias na concessão de fianças. Durante 4 meses, dois tribunais londrinos foram acompanhados, num total de 159 decisões num deles, e 183 no outro, proferidas por diferentes juízes do Reino Unido. Foram codificadas variáveis ligadas às características dos réus (idade, gênero, raça, antecedentes, etc.), dos delitos cometidos (severidade, vítima, se havia alegação de inocência ou não, etc.), e da dinâmica das audiências (se o réu estava presente, se tinha defensor, qual foi o pedido da acusação, etc.). A melhor descrição do peso de cada variável codificada era o uso de estratégias decisórias específicas pelos magistrados. A partir disso, a pesquisadora concluiu que os juízes se valiam de "heurísticas rápidas e frugais" para conceder ou não fiança.

Outro estudo, largamente discutido, é o da equipe de Shai Danziger (2011a). Analisando, durante 10 meses, 1.112 decisões sobre pedidos de concessão de liberdade condicional de detentos em Israel, a equipe chegou à já conhecida e provocativa conclusão de que, mais do que a severidade dos delitos cometidos, ou as características pessoais dos acusados, a decisão da turma de julgadores



sobre conceder ou não liberdade condicional dependia essencialmente do momento do dia em que eram analisados. No início das sessões, aproximadamente 65% das decisões eram favoráveis à soltura. Contudo, no fim das sessões, nos momentos de fome e cansaço, o viés em favor do "*status quo*" – manter preso – era preponderante. Após o lanche e descanso, os índices voltavam a ser favoráveis ao réu.

O estudo foi contestado por desconsiderar variáveis importantes, inclusive a de que a ordem de julgamento dos casos não seria aleatória, mas predefinida pelos julgadores conforme critérios específicos o que prejudicaria as conclusões do estudo original (Weinshall-Margel & Shapbard, 2011). Em resposta, os autores rodaram seus modelos incorporando as críticas, encontrando os mesmos resultados originais (Danziger et al., 2011b). Numa crítica mais recente, porém, Andreas Glöckner (2016) reiterou o ponto de que os juízes poderiam, antes de cada sessão, planejar minimamente a ordem com que julgariam a pauta, conforme a dificuldade ou a duração que eles saberiam que cada caso ocuparia no tempo disponível da sessão. Aplicando à base de dados do estudo original, o autor contestou a magnitude de efeito inicialmente encontrada.

Essa discussão é importante porque demonstra uma limitação que pode comprometer a generalizabilidade dos achados no método do acompanhamento de decisões: o fato de que as pautas de julgamento não compõem amostras aleatórias – pelo contrário, elas costumam conter uma seleção ativa de casos, seja no conjunto do que será julgado, seja a ordem com que serão apreciados. Somente num contexto puramente experimental, seria possível controlar o efeito de tais variáveis intervenientes.

### **3.3. Bancos de dados de decisões**

Em vez do acompanhamento *in loco*, outras pesquisas se valem de bancos de dados consolidados para medir, com a aplicação de métodos estatísticos, o peso de variáveis extrajurídicas em decisões previamente tomadas.

Tentando avaliar se a privação de sono oriunda da mudança para o horário de verão afetaria o julgamento na área penal, Cho e colegas (2017) se valeram de um delineamento quase-experimental, comparando o rigor das sentenças condenatórias proferidas entre 1992 e 2003 em 90 seções do Judiciário federal norte-americano. Das decisões, 1.252 foram proferidas em segundas-feiras imediatamente subsequentes ao domingo em que ocorria a mudança para o horário de verão, enquanto 2.785 casos foram deliberados em segundas-feiras anteriores ou posteriores a essa, servindo, portanto como “grupo controle”. Os dados mostraram que as sentenças condenatórias

eram, em média, 5% mais longas nas segundas-feiras em que os magistrados teriam dormido menos do que o normal em virtude da mudança de horário. Os resultados originais desse estudo porém, foram contestados: além de dependerem da escolha de modelo estatístico feita pelos pesquisadores, que excluía variáveis relevantes, não foram replicados posteriormente por outro grupo para o período de 2014-2016 (Spamann, 2018).

Um bom exemplo de estudo sobre heurísticas e vieses no processo judicial realizado no Brasil é o de Leal e Ribeiro (2018). Os pesquisadores da FGV Direito Rio buscaram replicar os resultados de Chris Guthrie e colegas (2001), mas numa base de dados de julgados dos I e II Juizados Especiais Cíveis da Regional Barra da Tijuca. Analisando 524 casos de concessão de danos morais decididos entre 2004 e 2015, os pesquisadores testaram se haveria um efeito da heurística da “ancoragem”: a hipótese seria de que o valor pedido pelas partes serviria como referencial para o magistrado da causa, de modo que quanto maior o valor pedido, maior o valor concedido. Se houvesse uma forte correlação entre ambos, independentemente das características dos casos julgados, isso seria um indicativo de que atalhos cognitivos seriam utilizados para a decisão de fixação dos danos morais. Embora o efeito “ancoragem” não tenha sido encontrado na amostra tal como hipotetizado, resultados interessantes foram verificados: a correlação era mais forte quando os valores pedidos eram mais baixos do que quando eram elevados. Além disso, valores “quebrados” estavam mais fortemente correlacionados aos montantes deferidos, ao contrário de valores “redondos”. Ambos os efeitos poderiam ser um indicativo de que, em pedidos mais modestos ou precisos, os magistrados seriam mais minuciosos na quantificação dos danos morais.

Esse estudo traz ao menos dois pontos importantes: o primeiro deles, que o efeito pode não ter sido encontrado por haver uma prática de tabelamento dos valores de danos morais, o que neutralizaria um eventual uso de heurísticas. Em segundo lugar, pode ser que a maior atenção conferida a pedidos mais baixos ou “quebrados” também seja uma forma de heurística decisória, ou mesmo o fundamento de uma técnica de triagem de processos. Ambas as questões são altamente relevantes para pesquisas posteriores.

Outra frente que a metodologia de pesquisa em bancos de dados permite é codificar dados pessoais ou biográficos de magistrados ou de réus, e então comparar o desfecho dos processos judiciais. Com isso, abre-se o campo para estudos que tratam de questões de identidade e seu impacto na decisão judicial.

Em relação ao viés racial na área penal, há uma caudalosa literatura que mostra que, nos Estados Unidos, pessoas negras são condenadas mais do que pessoas brancas, e com penas mais severas, quando cometem os mesmos crimes. Porém, esse dado, isoladamente, não é evidência de viés racial dos magistrados. Outras hipóteses podem explicar o fenômeno: pode ser que pessoas negras tenham proporcionalmente mais antecedentes criminais e isso agrave sua situação, o que seria o caso de uma disparidade racial, mas não necessariamente discriminação; pode ser que as pessoas negras sejam desproporcionalmente pobres, o que poderia estar mais associado a contextos de desemprego, desestruturação familiar, potencialmente mais vulneráveis a comportamentos antissociais (Walker et al., 2012, p. 285-286). Metodologicamente, assim, o desafio da pesquisa em Psicologia da decisão judicial e viés racial passa a ser demonstrar que o tratamento mais duro deriva de atitudes implícitas, que são formas de vieses cognitivos inconscientes (para uma revisão, vide Silva & Horta, 2017), e não de outras variáveis confundidoras.

Irene Blair e colegas (2004), interessados na influência de traços afrocêntricos (nariz, boca, cabelo, etc.) no desfecho de casos criminais, examinaram a base de dados do *Florida Department of Corrections*. Em seguida, selecionaram uma amostra de 216 jovens que foram condenados entre outubro de 1998 e outubro de 2002. Entre os vários dados que a base contém sobre cada detento, há uma foto de seus rostos, para facilitar sua identificação. Essas fotos dos 216 jovens foram submetidas a duas turmas de 34 e 35 estudantes de graduação para que codificassem o quanto cada face lhes pareceria afrocêntrica ou não – assim, obteve-se uma medida, em que os condenados tipicamente brancos (cabelos lisos, traços finos, etc.) eram separados dos tipicamente negros (cabelos crespos, nariz grosso, etc.), independentemente da cor da pele. Com isso, os autores mostraram uma correlação entre os traços faciais afrocêntricos e condenações mais longas.

Para entender vieses identitários ou ideológicos de magistrados na área criminal, Alma Cohen e Crystal Yang se debruçaram sobre os dados de quase meio milhão (n=546.916) de acusados cujas sentenças foram proferidas por 1.400 juízes federais diferentes entre 1999 e 2015 (Cohen & Yang, 2018). As pesquisadoras de Harvard descobriram que a preferência partidária – usando a *proxy*, comum nos estudos de Ciência Política do comportamento judicial, do partido do Presidente que indicou os magistrados – é, de longe, a variável mais relevante. Juízes indicados por Presidentes Republicanos tendem a proferir sentenças em média 3 meses mais longas para acusados negros, e 2 meses mais curtas para acusadas mulheres, comparado às sentenças exaradas por juízes indicados por Presidentes Democratas. Essa diferença corresponde a dois terços da desproporção entre condenações de pessoas negras e pessoas brancas (*racial gap*) observado naquele sistema criminal. Os efeitos são maiores em crimes violentos e relacionados a drogas, e não são atribuíveis a outras características pessoais dos magistrados, como sua raça, gênero, ou trajetória profissional

pregressa. Além de utilizar uma vasta amostra, o estudo é importante porque demonstra que, dentre as variáveis extrajurídicas que importam, a preferência política-ideológica prevalece sobre outras já mapeadas pela literatura.

Com relação especificamente às questões de gênero, a literatura norte-americana já havia anteriormente apontado que o gênero da julgadora não interfere de forma significativa no resultado de decisões judiciais, salvo em lides específicas – justamente aquelas em que o gênero é questão central, como são os casos de pessoas que sofreram discriminação no emprego por serem mulheres (Boyd et al., 2010). De todo modo, os resultados apontam que as diferenças político-ideológicas influenciam a decisão judicial em maior medida do que fatores pessoais de identidade. No panorama político dos EUA, o rótulo de “liberal” ou “conservador” é altamente preditivo do comportamento judicial numa ampla gama de casos, seja da área cível ou penal, ao passo que os efeitos de raça, gênero ou religião são menores e geralmente restritos a casos onde essas questões são substanciais em relação ao mérito – por exemplo, a questão do gênero do magistrado em relação a um caso de discriminação contra mulheres no ambiente de trabalho (Harris & Sen, 2019; Cohen & Yang, 2018).

A codificação de dados biográficos foi o caminho adotado por Adam Glynn e Maya Sen (2015). Os pesquisadores queriam saber se o fato de ter filhas influenciaria o quanto magistrados decidiram de forma mais "feminista" em casos envolvendo questões como discriminação ou assédio sexual no trabalho. Consultando anuários do Judiciário, revistas, obituários e combinando com bases de dados sobre todos os desembargadores federais nos EUA, foi montada uma base de dados biográficos de cada um deles. Em seguida, os autores buscaram bases de dados contendo todas as decisões da segunda instância federal daquele país – a abrangência e disponibilidade de tais bases de dados naquele país, fruto de décadas de pesquisa, é algo que facilita imensamente o trabalho de cientistas políticos. A amostra da pesquisa consistiu em 990 decisões, decididos por 224 juízes diferentes, e comprovou a hipótese inicial de pesquisa: possuir ao menos uma filha influencia a decisão judicial no sentido de decisões mais favoráveis às requerentes.

De forma promissora, a pesquisa empírica sobre a influência de gênero na Psicologia da decisão judicial já vem se desenvolvendo no Brasil. Num dos estudos pioneiros, que se debruçou sobre mais de 94 mil julgados do Tribunal Superior do Trabalho entre agosto de 2008 e junho de 2009, Grezzana e Ponczek (2012) replicaram um resultado similar ao encontrado nas cortes norte-americanas: não há um viés “geral” de gênero nas decisões daquele tribunal, a não ser quando os casos julgados envolvem diretamente questões de gênero. Assim, por exemplo, quando as questões julgadas se referem a equiparação salarial entre homens e mulheres ou ao reconhecimento de

vínculo laboral, Ministros homens tendem a julgar a favor da parte do sexo masculino, e Ministras mulheres tendem a favorecer a parte do sexo feminino.

Na seara penal, Almeida e Nojiri (2018) encontraram evidências de estereótipos de gênero em 63 sentenças em casos de estupro julgadas pelo 1º grau do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Os estereótipos de “mulher honesta”, de mulheres como “não confiáveis”, ou de como uma vítima de estupro *deveria* reagir em defesa da própria honra eram frequentemente mobilizados nas sentenças, como suportes para condenação ou absolvição dos estupradores. Os resultados foram interpretados como indicativo do uso de heurísticas de ancoragem, disponibilidade e representatividade por parte dos magistrados, em detrimento de uma análise abrangente dos elementos do conjunto probatório. Esse estudo se valeu da análise do texto das sentenças, que é uma abordagem empírica tradicional, mas valendo-se de categorias conceituais oriundas da literatura em psicologia da decisão judicial.

Por fim, focalizando no STF, Gomes e colegas (2018) investigaram se pelo simples fato de serem mulheres, as únicas três Ministras daquela corte receberiam tratamento diferente de seus pares. Para tanto, analisaram uma amostra de 1.034 processos decididos pelo STF entre janeiro de 2001 e dezembro de 2013. Os dados mostraram que, quando são relatoras, as Ministras tendem a ser 1.2 vezes mais votos vencidos e a encontrar 1.37 vezes maior divergência nos votos dos demais Ministros. Trata-se de um resultado altamente relevante para discussão de atitudes implícitas na dinâmica decisória colegiada.

Além de questões de raça ou gênero, as análises de bancos de dados também podem buscar relacionar fatores aparentemente irrelevantes e seu impacto em decisões judiciais. Nessa perspectiva, é exemplar o trabalho do economista da Universidade de Toulouse Daniel Chen, que vem utilizando métodos estatísticos sofisticados e técnicas de *machine learning* para explorar bases de dados com um imenso quantitativo de decisões.

Assim, a partir de 18.686 decisões proferidas por desembargadores federais norte-americanos entre 1925 e 2002 durante períodos eleitorais, Berdejó e Chen (2017) descobriram que o grau de politização do Judiciário aumentava. Em períodos pré-eleitorais, os desembargadores tendiam 125% a mais a seguir a posição político-ideológica do partido dos Presidentes que os haviam indicado, divergir 11% a mais em decisões colegiadas daqueles magistrados de posição política distinta da sua, seguir menos os precedentes vinculantes, bem como reverterem em mais de 15% decisões politicamente contrárias das instâncias inferiores. Por outro lado, o envolvimento norte-americano com Guerras ao longo dessas décadas resultou em períodos de menor dissenso

judicial e maior coesão de decisões colegiadas. Ou seja, os resultados sugerem que o clima político nacional e a polarização político-partidária influenciam, conscientemente ou não, na tomada de decisão judicial.

Noutro estudo, Chen e Spamann (2016) analisaram 434 mil decisões proferidas por juízes de imigração em 22 mil segundas-feiras, entre 1993 e 2013, com variáveis extrajurídicas totalmente irrelevantes para os casos: os dados meteorológicos e os resultados de jogos da liga nacional de futebol (NFL) no dia anterior. Os dados revelaram que, em média, as concessões de refúgio aumentavam 1,5% nas segundas-feiras posteriores à vitória do time de futebol americano local, e diminuía na mesma proporção em dias de clima ruim.

Um resultado ainda mais provocativo vem de um estudo que utiliza quatro amostras diferentes – uma na França, e três nos EUA – para determinar se juízes são mais lenientes com réus sentenciados no dia de seu aniversário. Como a data do nascimento é aleatória e completamente alheia aos aspectos do caso, o efeito encontrado – que o tratamento conferido aos réus é menos severo – reforça a tese da influência de variáveis extrajurídicas (Chen & Philippe, 2018).

Mas o quanto seriam relevantes essas variáveis? E o quanto o Direito “importa”, apesar delas? Para endereçar essas perguntas, Daniel Chen e colegas (2018) analisaram quais seriam as variáveis mais relevantes para explicar o grau de divergência interna a turmas de juízes. Para tanto, valeram-se de um banco de dados de 387 mil decisões colegiadas de turmas da 2ª instância federal norte-americana proferidas desde 1880. Categorizando variáveis referentes ao caso – a área do Direito envolvida, a temática do caso, as questões jurídicas em exame, etc. – e variáveis pessoais dos magistrados – partido do Presidente que os indicou, gênero, raça, ano de nascimento, etc. – a técnica de *machine learning* adotada pelos pesquisadores indicou que 49,5% das divergências pode ser atribuída a fatores do caso (a rigor, ao “Direito”), ao passo que 37,2% estariam ligados a fatores pessoais do juiz (de certa forma, “extrajurídicos”).

### **3.4. Assessores como sujeitos de pesquisa**

Surpreendentemente, poucas obras de autores jurídicos expressamente discutem o papel desempenhado por assessores, analistas, escreventes e estagiários no trabalho judicial (a exemplo de Posner, 2013), o que é de causar estranheza a qualquer pessoa familiarizada com a realidade forense. Ainda que a competência para proferir a decisão seja sempre do magistrado, bem como a responsabilidade sobre a organização do trabalho em seu gabinete, o volume processual atual faz com que boa parte do trabalho de análise e decisão de processos seja feito em equipe, com maior ou

menor grau de supervisão e influência por parte do magistrado (Veronese et al., 2017). Como consequência desse encobrimento, muitos pesquisadores parecem mais interessados nas teorias filosóficas de autores alemães que poderiam ser citados como fundamento de decisões do que em aspectos práticos do cotidiano judicial, tais como as formas de recrutamento, treinamento, alocação e direção dos corpos de trabalho do Poder Judiciário.

Nos Estados Unidos, onde os chamados “*law clerks*” são objeto de interesse da literatura empírica há décadas, há diversos estudos que apontam que há uma dinâmica de debate dos casos, interna aos gabinetes, que faz com que as inclinações político-ideológicas dos assessores influenciem o resultado de decisões judiciais, especialmente aquelas que envolvem questões moralmente controvertidas (Bonica et al., 2018; Kromphardt, 2017; Ward, 2017; Peppers et al., 2014). No Brasil, essa literatura ainda é praticamente inexistente, embora seja importante salientar as diferenças: os assessores judiciários em nosso país são essencialmente profissionais integrados de forma permanente à burocracia estatal, em oposição ao caráter temporário, ligado ao aspecto acadêmico e à formação de quadros de elite jurídica e política daquele país (Veronese et al., 2017). Porém, por executarem o trabalho de pesquisa de jurisprudência relevante, de triagem de processos, de elaboração de votos e sentenças, além de discutirem com os magistrados as estratégias para aceitação ou não de preliminares, bem como o mérito dos casos em exame, os assessores podem influenciar direta ou indiretamente a tomada de decisão judicial, sendo peça fundamental para a sua compreensão.

Nesse sentido, os próprios assessores ou analistas podem compor uma interessante amostra de sujeitos de pesquisa. Aplicando questionários a 156 assessores de juízes federais de 1ª e 2ª instância nos EUA, Furgeson e colegas (2008) buscaram comprovar que as pessoas geralmente não têm consciência de que suas escolhas interpretativas são intuitivamente influenciadas por suas convicções políticas. A *survey* mostrou que a escolha do método hermenêutico para analisar uma questão constitucional dependia, essencialmente, do posicionamento político prévio do assessor.

Num outro exemplo da influência dos assessores no processo, Ryan Black e colaboradores (2014) analisaram as decisões de admissibilidade de processos direcionados à Suprema Corte norte-americana. Naquele tribunal, que tem ampla discricionariedade para aceitar ou recusar casos vindos de instâncias inferiores, um grupo de trabalho conjunto, composto por assessores de diversos gabinetes, encarrega-se de fazer uma análise preliminar dos casos, depois submetida aos Ministros. Foram analisados 1.081 casos, envolvendo 9.531 votos de Ministros, para medir o grau de influência da opinião do assessor na decisão final. A recomendação dos assessores é seguida em 75% dos casos, o que demonstra que eles têm um poder significativo na definição da pauta daquele

tribunal. É importante notar, ademais, que os resultados apontam que esse elevado nível de concordância diminui se o assessor que recomenda a aceitação ou declinação do caso tem uma preferência ideológica distinta da do Ministro.

#### **4. Desafios da pesquisa em Psicologia da decisão judicial no Brasil**

##### **4.1. Desafios de delineamento metodológico**

O levantamento da seção anterior aponta possibilidades e desafios da operacionalização dessa agenda de pesquisa no Brasil. Pesquisas de Ciência Política sobre comportamento judicial têm particularidades que as distinguem da metodologia utilizada pelas ciências comportamentais. Elas geralmente se valem de bases de dados oficiais, que contém *textos* de sentenças, votos e acórdãos, bem como seus metadados – partes no processo e suas características pessoais ou institucionais, tempo decorrido em cada fase do processo, percentual de sucesso ou deferimento das ações, autoria das decisões, etc. Ocorre que o proferimento de sentenças é apenas o resultado final de uma longa cadeia de processos decisórios, que não necessariamente se traduzem em registros escritos. Não é difícil admitir que muitos dos processos psicológicos, notadamente aqueles de ordem inconsciente, jamais chegam a se transformar em registros escritos ou serem catalogados em bases de dados.

Essa é, aliás, a primeira grande dificuldade da pesquisa psicológica empírica em decisão judicial: por ser um processo complexo, que envolve diversos atores – partes, advogados, assessores, servidores públicos do Judiciário, estagiários – é muito difícil *definir o conceito* "decisão judicial" ou mesmo "isolar" um momento decisório determinado como objeto de pesquisa. No cenário norte-americano, em que muitas decisões são tomadas no curso de audiências, e em que o processo de *cross-examination* desempenha um papel central em diversos casos, um momento de decisão pode ser visualizado de forma mais palpável. Não é o caso do processo judicial brasileiro, mais cartorial e com menos procedimentos de oralidade. Muitos ritos de processos judiciais no Brasil não são comparáveis a procedimentos orais e presenciais comuns à tradição da *Common Law*.

Como bem salientado por observadores atentos, a tradição de pesquisa em comportamento judicial norte-americana não pode ser acriticamente transposta para nossos tribunais (Ribeiro & Arguelhes, 2013). As diferenças se dão no nível de cada corte – a composição, lógica de trabalho e competências do Supremo Tribunal Federal são profundamente distintas da *Supreme Court*, assim como a dinâmica do Federalismo em ambos os países – mas também no sistema como um todo, do ponto de vista dos efeitos psicológicos.



Outro problema é que há uma série de constrangimentos institucionais e organizacionais que podem influenciar o rumo de decisões, para além do mérito do caso. Muitas das pesquisas psicológicas revisadas buscam mostrar, de um lado, que *juízes, como seres humanos, estão sujeitos aos mesmos vieses*; e, de outro, a investigar se a *opinião* que um julgador teria sobre o mérito de um caso moralmente carregado poderia ser influenciada por fatores psicológicos.

Porém, essas perguntas podem não ser representativas dos casos rotineiros que compõem a maioria do volume processado pelo Poder Judiciário provavelmente não pertencem à categoria de "casos difíceis", ou aqueles em que a discricionariedade judicial seja mais relevante (Struchiner & Brando, 2014). Seu desfecho tende a ser definido quase que automaticamente, com base em precedentes, entendimentos firmados e processos de trabalhos internos de cada gabinete. Muito do trabalho judicial se compõe de uma sucessão de casos relativamente fáceis, com soluções rotineiras predefinidas e enunciadas para a equipe do gabinete do magistrado. São casos em que não há valores relevantes para o magistrado em jogo, e assim, as influências extrajurídicas no processo judicial, mesmo que presentes, podem não ser estatisticamente relevantes em muitos dos casos. Além disso, o nível de participação da equipe dos magistrados nas decisões pode ser distinto conforme o volume processual e o quadro de servidores.

Somem-se a essas dificuldades, de ordem metodológica, um preconceito da própria comunidade jurídica brasileira, formada primordialmente nos campos da hermenêutica ou argumentação jurídica, e que tende a considerar que as escolhas feitas por magistrados ao longo do processo judicial são um objeto de pesquisa menos relevante do que a *justificação* da sentença, essa sim um objeto digno de investigação, por se tratar de uma forma "autônoma" de expressão do Direito, entendido como "prática discursiva" (Horta & Costa, 2017). Dito de outra forma, se o que é "Direito" é o que pode se materializar num discurso de justificação, então os automatismos, vieses, preconceitos e influências extrajurídicas no processo judicial não seriam tão relevantes assim, desde que a decisão fosse propriamente fundamentada. Ao deliberadamente manter a "caixa preta" da decisão judicial fechada, essa abordagem por vezes implica uma negação da relevância jurídica da própria pesquisa empírica.

Outra limitação se refere à disponibilidade de bases de dados. Enquanto nos Estados Unidos, há décadas pesquisadores tenham contribuído para reunir uma quantidade invejável de dados sobre decisões e magistrados (a exemplo das utilizadas em Epstein et al., 2013), no Brasil, essas ainda são incipientes. Destaque-se que a informatização dos processos judiciais, fruto da Reforma do Judiciário (EC 45/2004), torna acessíveis dados sobre decisões judiciais de forma inédita – porém,

por se tratarem de registros voltados para a atividade judicial, e não a pesquisa, geralmente elas precisam ser codificadas pelo pesquisador, e traduzidas para as variáveis de interesse do estudo.

Diante de tantas dificuldades, é de se considerar que talvez seja mais prudente começar com métodos de aplicação mais direta, tal como a aplicação de *surveys* e questionários com casos simulados a amostras de magistrados. Quanto à objeção de que esses achados, obtidos fora de contextos reais de decisão, não seriam representativos ou replicáveis, é bom lembrar que a agenda de pesquisa com decisões de jurados nos Estados Unidos trilhou um interessante caminho, buscando amostras cada vez mais representativas, e simulações cada vez mais próximas à realidade, ganhando credibilidade à medida em que os resultados encontrados eram replicados (Wiener et al., 2011).

Nesse sentido, mesmo estudos realizados com o público leigo, mas com questões que poderiam ser submetidas a magistrados, pode ser uma valiosa fonte de evidências (Kahan et al., 2012; Nadler & McDonnell, 2012). É o caso, por exemplo, do estudo de Tavares & Hannikainen (2018), que aplicaram questionários em estudantes de graduação em Direito para avaliar se uma maior sensibilidade à emoção do nojo estaria ligada a uma maior reação punitiva diante de casos hipotéticos moralmente carregados, bem como a uma maior tendência de declarar projetos de lei que violariam o domínio da pureza moral seriam inconstitucionais. Embora não conte com uma amostra de magistrados, o experimento replica, em juristas brasileiros em processo de formação, uma relação entre a emoção do nojo e o agravamento do julgamento moral.

Um desafio, assim, é formular questionários, casos simulados ou vinhetas que reflitam casos efetivamente julgados no cotidiano de juízes brasileiros. O fato de que as competências são em muitos casos especializadas é uma dificuldade adicional. Não só na Justiça Federal há varas especializadas – em questões trabalhistas ou previdenciárias, por exemplo – como também na Justiça Estadual um magistrado pode se especializar em causas de Direito falimentar ou de família, reduzindo a plausibilidade dos casos propostos de forma realista.

#### **4.2. Desafios relativos ao fundamento teórico**

Ao lado do desafio empírico, há outro, de ordem teórica: falta à comunidade jurídica brasileira formular o próprio objeto da pesquisa sobre a Psicologia da decisão judicial. Para tanto, será necessário, como mencionado, ampliar a compreensão do termo "decisão judicial", para além da argumentação contida nos discursos de fundamentação de sentenças (Horta & Costa, 2017).

Esse aumento de complexidade teórica, todavia, resulta na necessidade de combinar distintas estratégias de pesquisa. Se a “decisão judicial” é um conceito que inclui não só o momento em que o magistrado toma contato com os fatos e o direito *sub judice*, mas todo o fluxo de trabalho, e os potenciais vieses de toda a equipe que maneja um caso, talvez técnicas qualitativas ou de entrevista sejam necessárias. A aplicação de instrumentos psicológicos, como revisada na Seção 3.1, pode ser uma alternativa, mesmo com as limitações de validade externa apontadas.

É possível utilizar bases para se endereçar variáveis psicológicas, como se viu na Seção 3.3. Isso resulta numa estratégia mais próxima à que já vem sendo adotada pela comunidade de pesquisadores empíricos: elege-se como objeto de pesquisa o *resultado* da decisão judicial, sejam eles votos, acórdãos, sentenças e seus textos de justificação ou metadados relacionados (partes, tempo de duração, variáveis binárias (*dummy*) como deferimento ou não, etc).

A literatura empírica revisada na Seção 3 sugere que as influências extrajurídicas são *inconscientes*, derivam de *automatismos decisórios*, atalhos cognitivos (ou heurísticas), e resultam em vieses que afastam o resultado daquele que se esperaria do ponto de vista normativo. A agenda de pesquisa em Psicologia da Tomada de Decisão deveria, então, em princípio, buscar elencar essas variáveis, bem como mostrar seu efeito na prática. Mas quais mecanismos inconscientes são esses? Como eles funcionam? Qual modelo teórico permite entender esse fenômeno?

A literatura em Psicologia Experimental e Economia Comportamental tem adotado, como marco teórico, as chamadas "teorias do duplo processo", que são as mais influentes no campo do Julgamento e Tomada de Decisão atualmente, e as mais citadas nos trabalhos revisados. Contudo, elas estão longe de serem incontroversas e têm suas próprias limitações teóricas. O debate teórico recente aponta que é excessivamente simplista a leitura de que as “ilusões cognitivas” são sempre negativas, sempre derivadas de intuições automáticas e inconscientes, e que podem ser “corrigidas” por mais raciocínio deliberativo, este sempre com uma performance posterior (Gigerenzer, 2009; Evans & Stanovich, 2013; Lempert & Phelps, 2014). Mesmo a descrição da mente humana a partir da ideia de que há dois “tipos de raciocínio” ou “sistemas” em ação durante uma decisão é contestável e calorosamente debatida na literatura especializada (Melnikoff & Bargh, 2018; Mercier & Sperber, 2017; Mugg, 2015).

É necessária, antes de tudo, a discussão sobre paradigmas empíricos que levem em conta as complexas interações entre o "processo de descoberta" e os "contextos de justificação", entre, de um lado, como variáveis extrajurídicas que podem influenciar decisões, e, de outro, como a necessidade

de fundamentar juridicamente uma decisão pode influenciar o próprio raciocínio judicial, potencialmente mitigando vieses (Sood, 2013; Horta & Costa, 2017).

O caráter incipiente dessa agenda de pesquisa pode derivar também de uma resistência ideológica, na comunidade jurídica, a abordagens interdisciplinares desse problema. Essa é uma hipótese que mereceria escrutínio. É notável, nesse sentido, que o *realismo jurídico* nunca tenha sido uma perspectiva filosófica com amplo espaço na cultura brasileira, especialmente no âmbito constitucional.

No contexto norteamericano dos anos 1960, o ativismo judicial da Corte Warren e o crescente grau de divergência da Supreme Court estimulou o estudo do comportamento judicial. Tal não foi o caso do contexto jurídico brasileiro do século XX, em que o intenso *self-constraint* judicial não propiciava o protagonismo judicial que ocorre nos dias de hoje. Todavia, mesmo que na última década seja notável que os juízes se tornaram atores centrais do sistema político, não houve um proporcional incremento no interesse pelas perspectivas que lidam diretamente com o aspecto político da magistratura e das pesquisas empíricas focadas no esclarecimento do processo decisório.

Apesar de todos os indícios em contrário, parece que o *sensu comum teórico* dos juristas continua comprometido com a manutenção das estruturas ideológicas que promovem uma justificação política do ativismo judicial com base em um cognitivismo normativo, ou seja, na ideia de que é possível promover um protagonismo político dos juízes com base em critérios jurídicos racionalmente controláveis. Nesse contexto, a adoção de teses realistas tende a operar uma crítica ao *ativismo racionalista* promovido com base na ideia de que o protagonismo judicial voltado a promover uma interpretação adequada da constituição serviria como um instrumento para devida concretização dos direitos, e não como um risco para a própria democracia. Nos anos 1990, os juristas “de esquerda” promoveram uma combinação de *constitucionalismo* com *promoção de direitos* e apostaram no ativismo judicial como uma forma de promover mudanças sociais que não pareciam estar no horizonte das decisões legislativas.

Os juristas formados nessa perspectiva tendem a naturalizar o protagonismo judiciário como sendo a posição natural dos juízes na ordem constitucional e a demonstrar um comprometimento acrítico com essa configuração política, o que exige deles um esforço dogmático peculiar: é preciso desenvolver fortes concepções normativas capazes de diferenciar as decisões boas das decisões ruins, de modo a caracterizar as decisões ruins como uma espécie de *erro* ou *desvio*, uma aplicação equivocada do Direito, e não como uma das potenciais concretizações de um ativismo movido por um ideário conservador.

Nesse contexto, são bem-vindas críticas voltadas a garantir a integridade das decisões judiciais, mas não existe um espaço aberto para enfoques que tendem a ressaltar o idealismo e as severas limitações dos critérios normativos utilizados para garantir que as decisões judiciais sejam legítimas, especialmente no campo extremamente fluido de uma dogmática cada vez mais aberta a argumentos principiológicos. Com isso, vivemos uma particular situação em que diagnosticamos que os juízes são atores políticos, mas a terapêutica indicada é o desenvolvimento de uma dogmática constitucional que garanta que eles usem seus poderes para o “bem”, sendo que pesquisas empíricas que avaliem os modos pelos quais as decisões são efetivamente tomadas não se tornam um objeto muito relevante, como se a análise do comportamento judicial efetivo dos magistrados não passasse de um rompante pouco edificante acerca da nobre e eminente atividade judicante, ou uma demonstração pitoresca de realismo jurídico-filosófico<sup>8</sup>.

### 4.3. Desafios de acesso a sujeitos de pesquisa

A experiência norte-americana parece sugerir que a forma mais profícua de acesso a sujeitos de pesquisa oriundos da magistratura é a utilização de eventos de carreira como oportunidade da aplicação de questionários ou testes. Os estudos que empregaram essa metodologia conseguiram amostras maiores e mais representativas do que o envio de questionários pelo correio, por exemplo, embora não randomizadas. A pesquisa da psicologia da decisão judicial depende, assim, do contato com Escolas de Magistratura ou associações profissionais que promovem eventos, seminários, e capacitações, além de organizações como o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho de Justiça Federal.

Uma vantagem adicional dessa abordagem é que as mesmas oportunidades utilizadas para testar as hipóteses podem ser utilizadas para a divulgação dessa agenda de pesquisa, por meio da realização de palestras e cursos sobre os vieses na tomada de decisão judicial. É essa a estratégia utilizada pelo trio norte-americano Jeffrey Rachlinski, Chris Guthrie e Andrew Wistrich, e pode ser promissora no nosso contexto. Um obstáculo é o próprio desconhecimento desse campo pela comunidade jurídica: nos cursos de formação e aperfeiçoamento dos juristas brasileiros,

---

<sup>8</sup> Numa tradução livre do famoso trecho de onde foi extraída a caricatura do movimento realista de que o Direito seria “o que os juízes comeram no café da manhã”: “É evidente que ninguém, exceto jocosamente, propôs explicar todas ou a maioria das decisões em termos de distúrbios digestivos dos juízes. Contudo, às vezes, a condição psíquica ou emocional de um juiz tem efeito marcante. Ninguém nega que uma testemunha tenha cometido um grave erro sobre o que viu ou ouviu por causa de uma indigestão aguda ou de uma noite sem dormir. Por que se recusar a admitir o mesmo a um juiz de primeira instância quando funciona como testemunha das testemunhas? (...) Por experiência própria, posso testemunhar que um juiz de tribunal, por comer demais na hora do almoço, pode estar tão sonolento na sessão da tarde que não consegue ouvir um item importante do testemunho e então desconsidera isso ao decidir o caso. “O faminto julga logo o sinal da sentença, e os pobres coitados são logo enforcados para que os jurados possam ir jantar”, escreveu Pope.” In: Frank, 1949, p. 162.

“Julgamento e Tomada de Decisão” segue sendo um tema que passa ao largo de programas de curso, e o debate sobre “decisão judicial” segue associado à discussão filosófica de princípios ou regras na interpretação dos textos jurídicos.

Uma hipótese igualmente a ser considerada é a de que essa agenda desperte resistência. Afinal, questionar a racionalidade do processo de tomada de decisão pode soar incômodo para carreiras que tradicionalmente construíram um *ethos* de efetivação da justiça por meio de seu trabalho. Esse receio não é desprovido de precedente. Pesquisadores que se lançaram à compreensão empírica do Supremo Tribunal Federal revelam que, ao questionar visões idealizadas daquela instituição, seu trabalho gerou animosidade e reação por parte de alguns dos membros daquela Corte<sup>9</sup>.

Diante desse cenário, uma das prioridades para essa agenda deve ser difundir para a comunidade jurídica em geral a importância de se compreender o processo de tomada de decisão, inclusive diante da perspectiva de aprimorá-lo com base nos achados da ciência comportamental. Explicitar a existência de vieses é uma tarefa que deve ser acompanhada do esforço de apontar para as possibilidades de intervenção nos contextos decisórios com vistas à mitigação desse fenômeno, o chamado “desenviesamento” (*debiasing*) (Costa, 2016; Lilenfeld, 2009). O conhecimento dessa temática pode ajudar a abrir portas das instituições de magistrados para pesquisadores.

A alternativa à pesquisa com profissionais é o emprego dos paradigmas empíricos em outros públicos. A escolha mais óbvia para pesquisadores do âmbito universitário são os próprios graduandos. É o caso de recente estudo que mostrou que, em decisões simuladas de guarda em caso de divórcio, estereótipos de gênero podem interferir na decisão, levando a uma assimetria na concessão de guarda para a mãe, reforçando os papéis esperados da mulher na sociedade (Costa et al., 2018). São resultados valiosos, que indicam que estereótipos difundidos na sociedade moldam o processo de tomada de decisão das pessoas em geral, o que fornece indícios de que no Judiciário não seja diferente.

Amostras oriundas da comunidade jurídica, sejam elas de magistrados, advogados ou estudantes universitários, porém, tendem a ter pouca diversidade etária e socioeconômica. A depender do que se busca, amostras mais representativas da sociedade em geral podem ser mais desejáveis, ainda que para se comparar posteriormente com amostras de juízes. Uma combinação

---

<sup>9</sup> Essa questão foi relatada e discutida entre a comunidade de pesquisadores do STF presentes no workshop “*Mare Incognitum: Desafios da pesquisa empírica sobre o Supremo Tribunal Federal*”, realizado na FFLCH/USP em 7 e 8 de agosto de 2017.

interessante pode ser a de amostras com diferentes níveis de treinamento e socialização na prática jurídica – e, para tanto, a diversidade da amostra leiga é fundamental.

Ilustrativo a esse respeito é o histórico da adoção, por psicólogos experimentais, de ferramentas de pesquisa social *online*, como o Turco Mecânico da Amazon (*Amazon Mechanical Turk*). O *Mechanical Turk* é uma ferramenta de *outsourcing* de trabalho, originalmente lançada em 2005. O propósito era unir, de um lado, pessoas em busca de remuneração em troca de pequenas tarefas, e, de outro, contratantes dispostos a pagar pequenas somas pela sua execução. Rapidamente, os cientistas se deram conta de que se tratava de um meio de obter acesso a amostras aleatórias maiores, mais diversificadas e mais representativas do comportamento humano (Mason & Suri, 2011) do que grupos de estudantes ricos de instituições ocidentais de países industrializados (Henrich et al., 2010).

Basta acompanhar os periódicos mais conceituados na área das ciências comportamentais para verificar que o uso do MTurk é hoje padrão entre psicólogos experimentais. Numa medida grosseira, numa busca rápida pelo *Google Acadêmico*, a combinação entre os termos "*Mechanical Turk*" e "*psychology*" retorna mais de 28 mil ocorrências em dezembro de 2018. As pequenas amostras de estudantes universitários foram, em medida significativa, substituídas pela “mão de obra virtual”, como resposta às críticas da dificuldade de generalizar achados.

Em tempos em que a comunidade de cientistas do comportamento discute intensamente as formas de superar a "crise de replicação", isto é, a necessidade de replicar em amostras diversificadas os achados clássicos da Psicologia Cognitiva e Social (Munafò, 2017), o MTurk se revelou uma valiosa ferramenta para obter de forma rápida e relativamente barata uma amostra mais representativa de sujeitos de pesquisa. Contra a crítica de que trabalhadores virtuais que executam tarefas em troca de pequenas quantias não são sujeitos adequados de pesquisa, tem-se argumentado que não há diferença significativa nos resultados em relação a experimentos psicológicos obtidos pelo método presencial tradicional (Casler et al., 2013).

Ocorre que uma das engrenagens essenciais do MTurk é a remuneração dos participantes pelas suas tarefas. E, no Brasil, essa não é uma prática incontroversa. Em 7 de abril de 2016, o Conselho Nacional de Saúde aprovou a Resolução n. 510, que trata da ética nas pesquisas em Ciências Humanas e Sociais. A Resolução estabelece, entre outros dispositivos, que são dispensadas da avaliação dos comitês de ética pesquisas de opinião pública com participantes não identificados (art. 1º). Além disso, a Resolução estabelece que a chamada “pesquisa encoberta”, aquela “conduzida sem que os participantes sejam informados sobre objetivos e procedimentos do estudo”,

“somente se justifica em circunstâncias nas quais a informação sobre objetivos e procedimentos alteraria o comportamento alvo do estudo ou quando a utilização deste método se apresenta como única forma de condução do estudo” (inciso XV do art. 2º). Por fim, a Resolução permite o pagamento aos sujeitos apenas a título de “ressarcimento das despesas diretamente decorrentes de sua participação” (arts. 9º, inciso VII e art. 17, inciso VII).

Por um lado, é inequívoco que a Resolução reduziu em muito a incerteza de pesquisadores de ciências sociais sobre ética na pesquisa, bem como auxiliou na desburocratização da aprovação de pesquisas nessas áreas – afinal, era crítica antiga da comunidade científica a impropriedade na adoção dos mesmos critérios para pesquisas biomédicas ou invasivas, de um lado, e pesquisas baseadas, por exemplo, na aplicação de questionários ou entrevistas (Diniz, 2010; Diniz & Guerriero, 2008). Por outro, contudo, alguns pontos que seriam aplicáveis à presente discussão permanecem nebulosos.

Por exemplo, ao se questionar a um magistrado ou assessor qual decisão tomaria num caso simulado, ou qual método hermenêutico empregaria, isso poderia ser enquadrado como "pesquisa de opinião", e, portanto, isenta de prévia consulta ao comitê de ética da instituição? A aplicação de *surveys* e questionários psicológicos nos quais a verificação de um viés ou heurística dependa, em um dos delineamentos, da sua não explicitação para o sujeito, enquadra-se como "pesquisa encoberta"<sup>10</sup>, dependendo, portanto de prévia consulta ao comitê de ética? E, por fim, o "ressarcimento de despesas" previsto na Resolução abarca o pagamento de recompensas pela tarefa executada por um sujeito alcançado via MTurk ou plataforma congênere, e que se disponibilizou naquela plataforma em virtude de possível recompensa financeira? Ou as pesquisas com essa plataforma estariam em princípio proibidas?

Em suma, parte do desafio de uma agenda de pesquisa em Psicologia da tomada de decisão judicial no Brasil segue sendo o de chegar até os sujeitos de pesquisa. O acesso direto ao público profissional nem sempre é fácil, e a alternativa, um dos instrumentos mais consagrados internacionalmente para a realização de pesquisas sobre tomada de decisão no público em geral, segue controversa diante da normatização de ética na pesquisa no país.

---

<sup>10</sup> Como destacado por Diniz & Guerriero (2008, p. 84), técnicas de dissimulação ainda são recorrentemente utilizadas em Psicologia Social como forma de obter dados que de outra forma poderiam não estar disponíveis.



## 5. Considerações Finais

Pesquisas em Psicologia da decisão judicial se fazem necessárias no contexto brasileiro. Não obstante, os desafios metodológicos e éticos desse tipo de pesquisa não são desprezíveis, como buscamos mostrar neste trabalho. Buscamos mostrar algumas limitações dos métodos, bem como chamar atenção para questões que precisam ser devidamente tratadas pela comunidade de pesquisadores. Um primeiro desafio é definir e conceituar o que é a “decisão judicial” de uma perspectiva teórica, algo aparentemente óbvio, mas surpreendentemente ausente no seio de uma comunidade de pesquisa que se acostumou a tratar o problema exclusivamente em termos da fundamentação de sentenças.

Apesar dessa pouca visibilidade dispensada pela comunidade jurídica, nos últimos 5 a 10 anos, a agenda de pesquisas em Psicologia em decisão judicial já chegou ao Brasil, e os primeiros estudos começam a ser publicados e debatidos. Trata-se, agora, de elaborar gramáticas comuns, refinar questões de pesquisa e debater estratégias metodológicas mais adequadas ao objeto e à nossa realidade institucional.

A materialização dessa agenda depende, além dos meios necessários – pesquisas em psicologia experimental demandam recursos humanos e financeiros maiores do que as pesquisas jurídicas teóricas tradicionais –, do devido reconhecimento acadêmico. A avaliação de programas de pós-graduação ou de periódicos acadêmicos na área jurídica nem sempre valoriza a pesquisa empírica ou experimental feita por grupos interdisciplinares. Não menos importante, sua realização é difícil sem apoio por parte do próprio Poder Judiciário, sem o qual o acesso aos próprios sujeitos de pesquisa pode ser dificultado.

Este trabalho buscou, assim, chamar a atenção de outros pesquisadores sobre os instrumentos e métodos já utilizados em outros contextos legais, servindo de convite para que essa agenda também seja perseguida por cada vez mais pesquisadores brasileiros.

## 6. Referências

Almeida, Gabriela Perissinotto & Cestari, Roberto (2016). Fatores extrajurídicos na tomada de decisão judicial: uma abordagem preliminar. In Nojiri, Sérgio (Ed.). *Direito, Psicologia e Neurociência*. 1ª ed. Ribeirão Preto/SP: Editora IELD, p. 169–185.

- Almeida, Gabriela Perissinotto & Nojiri, Sérgio (2018) Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 8, n.2, p. 826-853.
- Arantes, Rogério Bastos (1997) *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo, Idesp/Sumaré.
- Araújo, M.M. (2017). *Comportamento estratégico no Supremo Tribunal Federal*. Tese (Doutorado em Ciência Política), Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.
- Arguelles D.W. & Ribeiro LM. (2015). O Supremo individual: mecanismos de atuação direta dos Ministros sobre o processo político. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 46, p. 121-155.
- Baron, J. (2008). *Thinking and Deciding*. 4<sup>th</sup> ed. Cambridge: Cambridge University Press.
- Benvindo J.Z. & Costa A.A. (2013). *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? o descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Relatório de pesquisa. Disponível em: <https://goo.gl/13ktUk>
- Berdejó, Carlos & Chen, Daniel L. (2017) Electoral Cycles among US Courts of Appeals Judges. *The Journal of Law and Economics*, 60(3), p. 479-496.
- Braman, Eileen (2017). Cognition in the Courts: Analyzing the Use of Experiments to Study Legal Decision-Making. In: Epstein, Lee & Lindquist, Stephanie A. *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*. New York: Oxford University Press.
- Black, R.C.; Boyd, C.L.; Bryan A.C. (2014). Revisiting the Influence of Law Clerks on the U.S. Supreme Court's Agenda-Setting Process. *Marquette Law Review*, 98(1), p. 75-109.
- Blair, I.V.; Judd, C. M.; Chapleau, K. M. (2004). The Influence of Afrocentric Facial Features in Criminal Sentencing. *Psychological Science*, 15(10), 674-679.
- Bonica, Adam; Chilton, Adam; Goldin, Jacob; Rozema, Kyle; Sen, Maya (2018) Legal Rasputins? Law Clerk Influence on Voting at the U.S. Supreme Court. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2815545> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2815545>
- Boyd, Christina L.; Epstein, Lee; Martin, Andrew (2010). Untangling the Causal Effects of Sex on Judging. *American Journal of Political Science*, Vol. 54, No. 2, p. 389-411.
- Bybee, Keith J. (2012) Paying Attention to What Judges Say: New Directions in the Study of Judicial Decision Making. *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 8, p. 69-84.
- Casler K.; Bickel L.; Hackett E. (2013). Separate but equal? A comparison of participants and data gathered via Amazon's MTurk, social media, and face-to-face behavioral testing. *Computers in Human Behavior*, 29, 2156-2160.
- Castro, M.F. (1997). O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. São Paulo, v. 12, n.34, p. 147-156.
- Chen, Daniel L. & Spamann, Holger (2016) This Morning's Breakfast, Last Night's Game: Detecting Extraneous Factors in Judging. *IAST Working Papers* 16-49, Institute for Advanced Study in Toulouse (IAST). Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/tse/iastwp/31020.html>
- Chen, Daniel L. & Philippe, Arnaud (2018) Clash of norms: Judicial leniency on defendant birthdays. *TSE Working Papers* 18-934, Toulouse School of Economics (TSE). Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/tse/wpaper/32763.html>

Chen, Daniel L.; Cui, Xing; Shang, Lanyu; Zheng, Junchao (2018) What Matters: Agreement between U.S. Courts of Appeals Judges. *Journal of Machine Learning Research*, No prelo. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2928118> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2928118>

Cho, Kyoungmin; Barnes, Christopher M.; Guanara, Cristiano L. (2017) Sleepy Punishers Are Harsh Punishers: Daylight Saving Time and Legal Sentences. *Psychological Science*, Vol. 28, n. 2, p. 242–247.

Cohen, Alma & Yang, Crystal S. (2019) Judicial Politics and Sentencing Decisions. *American Economic Journal: Economic Policy*.

Costa, Alexandre A. (2013) Judiciário e Interpretação: Entre Política e Direito. *Pensar (UNIFOR)*, v. 18, n. 1, p. 9-46.

Costa, Alexandre A. & Costa, Henrique A. (2018) Evolução do perfil dos demandantes no controle concentrado de constitucionalidade realizado pelo STF por meio de ADIs e ADPFs. *Revista de Ciências Sociais (UFC)*, v. 49, p. 133-179.

Costa, E.J.F. (2016). *Levando a Imparcialidade a Sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Costa Jr., Paulo Alkmin (2018). *O continente e as 11 ilhas: A mudança institucional endógena e o lugar do Supremo Tribunal Federal na arena política*. Tese (Doutorado em Ciência Política). Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais.

Costa, Luiza Lopes Franco; Esteves, Ana Beatriz Dillon; Kreimer, Roxana; Struchiner, Noel; Hannikainen, Ivar R. (2018) Gender Stereotypes Underlie Child Custody Decisions. *European Journal of Social Psychology*. 00, p. 1-12.

Danziger, S.; Levav, J.; Avnaim-Pesso, L. (2011a). Extraneous factors in judicial decisions. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(17), 6889-6892.

Danziger, S.; Levav, J.; Avnaim-Pesso, L. (2011b). Reply to Weinshall-Margel and Shapard: Extraneous factors in judicial decisions persist. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(42), E834.

Desposato, Scott; Ingram, Matthew C.; Lannes Jr., Osmar P. (2014). Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 31, No. 3, p. 534-567.

Dhami, M. K. & Ayton, P. (2001) Bailing and Jailing the Fast and Frugal Way. *Journal of Behavioral Decision Making*, 14, 141-168.

Dhami, M. K. (2003) Psychological Models of Professional Decision Making. *Psychological Science*, 14(2), 175-180.

Dhami, M.K. & Belton, I. (2017) On getting inside the judge's mind. *Translational Issues in Psychological Science*, 3(2), p. 214-226.

Diniz, Debora & Guerreiro, Iara Coelho Zito (2008) Ética na pesquisa social: desafios ao modelo biomédico. *Revista Eletrônica de Comunicação Informação & Inovação em Saúde (RECIIS)*, Rio de Janeiro, v.2, Sup.1, p.Sup.78-Sup.90 DOI: 10.3395/reciis.v2.Sup1.211pt

- Diniz, Debora (2010). A pesquisa social e os comitês de ética no Brasil. In: Fleischer, Soraya e Schuch, Patrice (Orgs.) *Ética e regulamentação na pesquisa antropológica*. Brasília: Letras Livres / Editora UnB, p. 183-192.
- Englich, B.; Mussweiler, T.; Strack, F. (2006) Playing Dice With Criminal Sentences: The Influence of Irrelevant Anchors on Experts' Judicial Decision Making. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 32(188) 188-200.
- Epstein, L.; Landes, W.M.; Posner, R.A. (2013). *The Behavior of Federal Judges – a theoretical and empirical study of rational choice*. Cambridge: Harvard University Press.
- Evans, J.S.B.T. & Stanovich, K. E. (2013) Dual-process theories of Higher Cognition: Advancing the Debate. *Perspectives on Psychological Science*. 8(3), 223–241.
- Ferreira, P.F.A.N. & Mueller, B. (2014) How judges think in the Brazilian Supreme Court: Estimating ideal points and identifying dimensions. *Economia*, Vol. 15, p. 275-293.
- Fornara, Matheus Tormen & Carvalho, Alexandre Douglas Zaidan de (2018) Os Juízes na Pauta do Supremo: A Atuação da Associação dos Magistrados Brasileiros no Controle Concentrado de Constitucionalidade. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 49, n. 2, p. 245–296.
- Frank, Jerome (1949). *Courts on Trial: Myth and Reality in American Justice*. Princeton: Princeton University Press.
- Frederick S. (2005). Cognitive Reflection and Decision Making. *The Journal of Economic Perspectives*, 19(4), p. 25-42.
- Furgeson, J.R.; Babcock, L.; Shane, P.M. (2008). Behind the Mask of Method: Political Orientation and Constitutional Interpretive Preferences. *Law and Human Behavior*, 32, 502-510.
- Garland, David (2001). *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The Chicago University Press.
- Gigerenzer, G. (2009). *O Poder da Intuição*. Rio de Janeiro: BestSeller.
- Glynn, A. N. & Sen, M. (2015). Identifying Judicial Empathy: Does Having Daughters Cause Judges to Rule for Women's Issues? *American Journal of Political Science*, 59(1), 37-54.
- Glöckner, A. (2016). The irrational hungry judge effect revisited: Simulations reveal that the magnitude of the effect is overestimated. *Judgment and Decision Making*, 11(6), p. 601-610.
- Gomes, Juliana Cesario Alvim; Nogueira, Rafaela; Arguelhes, Diego Werneck (2018) Gênero e comportamento judicial no supremo tribunal federal: os ministros confiam menos em relatoras mulheres? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 8, n.2, p. 856-876.
- Grezzana, Stefânia & Ponczek, Vladimir (2012) Gender Bias at the Brazilian Superior Labor Court. *Brazilian Review of Econometrics*, Vol. 32, n. 1, p. 73-96.
- Guthrie, C.; Rachlinski, J.J.; Wistrich, A.J. (2001) Inside the Judicial Mind. *Cornell Law Review*, 86, 777-830.
- Guthrie, C.; Rachlinski, J.J.; Wistrich, A.J. (2007) Blinking on the Bench: How Judges Decide Cases. *Cornell Law Review*, 93, 1-44.
- Harmon-Jones, Eddie & Harmon-Jones, Cindy (2007) Cognitive Dissonance Theory after 50 Years of Development. *Zeitschrift für Sozialpsychologie*, Vol. 38, n. 1, p. 7–16.

- Harris, Allison P. & Sen, Maya (2019) Bias and Judging. *Annual Review of Political Science*, Vol. 22.
- Hartmann, Ivar Alberto & Chada, Daniel (2015). A Razão Sem Condições De Qualidade In: Vilhena, Oscar (Org.). *Coletânea Organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A Razão Sem Voto: O Supremo Tribunal Federal e o Governo da Maioria"*, de Luís Roberto Barroso. 2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2689294>
- Henrich, J.; Heine, S.J.; Norenzayan, A. (2010). The weirdest people in the world? *Behavioral and Brain Sciences*, 33, p. 61-135.
- Horta R.L. & Costa A.A. (2017). Das teorias da interpretação à Teoria da Decisão: por uma perspectiva realista acerca das influências e constrangimentos sobre a atividade judicial. *Revista Opinião Jurídica*, 15(20), p. 271-297.
- Kahan, D.M.; Hoffman, D.A.; Braman, D.; Evans, D.; Rachlinski, J.J. (2012). ‘They Saw a Protest’: Cognitive Illiberalism and the Speech-Conduct Distinction, *Stanford Law Review*, 64(4), p. 851-906.
- Kahan, D.M.; Hoffman, D.; Evans, D.; Devins, Neal; Lucci E.; Cheng K. (2016) “Ideology” or “Situation Sense”? An Experimental Investigation of Motivated Reasoning and Professional Judgment. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 164, p. 349-439.
- Kahneman, D. (2012) *Rápido e Devagar – Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva.
- Kapiszewski, Diana (2011) Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases. *Law & Society Review*. Vol. 45, n. 2, p. 471-506.
- Kassin, Saul M.; Dror, Itiel E.; Kukucka, Jeff (2013). The forensic confirmation bias: Problems, perspectives, and proposed solutions. *Journal of Applied Research in Memory & Cognition*, Vol. 2, p. 42-52.
- Kneer, Markus & Burgeois-Gironde, Sacha (2017). Mens rea ascription, expertise and outcome effects: Professional judges surveyed. *Cognition*. Vol. 169, December, p. 139-146.
- Koerner, Andrei (2007) Instituições, Decisão Judicial e Análise do Pensamento Jurídico: o Debate Norte-Americano. *Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais – BIB*. n. 63, p. 61-87.
- Kromphardt, Christopher D. (2017). Evaluating the Effect of Law Clerk Gender on Voting at the United States Supreme Court. *Justice System Journal*, 38 (2), p. 183-201.
- Leal, Fernando & Ribeiro, Leandro Molhano (2018) Heurística de ancoragem e fixação de danos morais em juizados especiais cíveis no Rio de Janeiro: uma nova análise. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Vol. 8, n.2, p. 778-799.
- Lempert, K.M. & Phelps, E.A. (2014). Elizabeth A. Neuroeconomics of Emotion and Decision Making. In: Glimcher, P.W. & Fehr, E. *Neuroeconomics – Decision Making and the Brain*. 2nd edition. London: Academic Press.
- Lilenfeld, S.O.; Ammirati R.; Landfield K. (2009) Giving Debiasing Away: Can Psychological Research on Correcting Cognitive Errors Promote Human Welfare? *Perspectives on Psychological Science*. Vol. 4, n. 4, p. 390-398.

- Llanos, Mariana & Lemos, Leany (2013) Presidential Preferences? The Supreme Federal Tribunal Nominations in Democratic Brazil. *Latin American Politics and Society*, v. 55, p. 77-105.
- Lopes, Felipe M. (2018) Dissent Aversion and Sequential Voting in the Brazilian Supreme Court. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3198330> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3198330>
- Mariano Silva, Jeferson (2018) Mapeando o Supremo: As posições dos ministros do STF na jurisdição constitucional (2012-2017). *Novos Estudos CEBRAP*. Vol. 37, n. 1, p. 35-54.
- Mello, Patrícia Perrone Campos (2015) *Nos bastidores do STF*. Rio de Janeiro: Forense.
- Mendes, Conrado Hubner. Onze ilhas. *Folha de S. Paulo*, 1º fev. 2010.
- Melnikoff, David E. & Bargh, John A. (2018) The Mythical Number Two. *Trends in Cognitive Sciences*. Vol. 22, n. 4, p. 280-293.
- Mercier H. & Sperber D. (2017) *The Enigma of Reason – A New Theory of Human Understanding*. London: Allen Lane.
- Mugg, Joshua (2015). The dual-process turn: How recent defenses of dual-process theories of reasoning fail. *Psylosophical Psychology*. DOI: 10.1080/09515089.2015.1078458
- Munafò M.R.; Nosek B.A.; Bishop D.V.M.; Button, K.S.; Chambers, C.D.; Percie du Sert N.; Simonsohn U.; Wagenmakers E.J.; Ware J.J.; Ioannidis J.P.A. (2017) A manifesto for reproducible science. *Nature Human Behaviour*. Vol. 1, n. 21, p. 1-9.
- Nadler, Janice & McDonnell, Mary-Hunter. (2012) Moral Character, Motive, and the Psychology of Blame, *Cornell Law Review*, 97(255) 255-304.
- Nadler, J. & Mueller, P.A. (2017) Social Psychology and the Law. In: Parisi, F. (Ed.). *The Oxford Handbook of Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Nickerson, Raymond S. (1998) Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises. *Review of General Psychology*, Vol. 2, n. 2, p. 175-220.
- Nisbett, R.E.; Wilson, T.D.C. (1977) Telling more than we can know: verbal reports on mental processes. *Psychological Review*. 84(3), 231-259.
- Nojiri, Sérgio (2017) Por trás das decisões de juízes: algumas breves considerações sobre modelos de decisão judicial. In: Veloso, Roberto Carvalho; Silva, Fernando Quadros da (Org.). *Justiça Federal: estudos doutrinários em homenagem aos 45 anos da AJUFE*. 1ª ed. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 313-324.
- Oliveira, Fabiana Luci de (2012a) Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: Coalizões e “Panelinhas”. *Revista de Sociologia e Política*, Vol. 20, n. 44, p. 139-153.
- Oliveira, Fabiana Luci de (2012b) Supremo Relator: Processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 27 n° 80, p. 89-115.
- Oliveira, Fabiana Luci de (2017a) O Supremo Tribunal Federal e a política no Brasil contemporâneo. *Cadernos Adenauer*, Vol. XVIII, n. 1, p. 125-148.
- Oliveira, Fabiana Luci de (2017b) Quando a corte se divide: coalizões majoritárias mínimas no Supremo Tribunal Federal. *Revista Direito e Práxis*. Vol. 08, n. 3, p.1863-1908.

- Peppers, Todd C.; Giles, Michael W.; Tainer-Parkins, Bridget (2014). Surgeons or Scribes? Te Role of United States Court of Appeals Law Clerks in "Appellate Triage". *Marquette Law Review*, Vol. 98, p. 313-332.
- Posner, R.A. (2013). *Reflections on Judging*. Cambridge: Harvard University Press.
- Pronin, Emily (2009). The introspection illusion. In: Zanna, M.P. (Ed.) *Advances in experimental social psychology*, Vol. 41, p. 1-68. San Diego, CA, US: Elsevier Academic Press.
- Rachlinski, J.J.; Johnson, S.L.; Wistrich, A.J.; Guthrie, C. (2009) Does unconscious racial bias affect trial judges? *Notre Dame Law Review*. 834(3), 1195-1246.
- Rachlinski, J.J.; Wistrich, A.J.; Guthrie, C. (2013) Altering Attention in Adjudication. *UCLA Law Review*, 60, 1586-1618.
- Rachlinski, J.J. & Wistrich, A.J. (2017) Judging the Judiciary by the Numbers: Empirical Research on Judges. *Annual Review of Law and Social Science*. Vol. 13, p. 203-229.
- Ribeiro, L. & Arguelhes, D.W. (2013). Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro. *Revista Direito e Práxis*. Vol. 4 (7), 85-121.
- Sadek, Maria Tereza (1995) *A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: resultados da pesquisa quantitativa*. São Paulo: Sumaré.
- Schauer, Frederick (2010). Is There a Psychology of Judging? In: Klein, D. & Mitchell G. (eds.). *The Psychology of Judicial Decision-Making*. New York: Oxford University Press, p. 103-120.
- Silva M.L. & Horta, R.L. (2017) O racismo do sistema penal na perspectiva da Psicologia Experimental – diálogos possíveis com a Criminologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 25, p. 417-445.
- Sood, A.M. (2013) Motivated Cognition in Legal Judgments – An Analytic Review. *Annual Review of Law and Social Science*, 9, 307-325.
- Spamann, Holger & Klöhn, Lars (2016) Justice Is Less Blind, and Less Legalistic, than We Thought: Evidence from an Experiment with Real Judges. *The Journal of Legal Studies*, 45(2), 255-280.
- Spamann, Holger (2018) Are Sleepy Punishers Really Harsh Punishers? Comment on Cho, Barnes, and Guanara (2017). *Psychological Science*, 29 (6), p. 1006-1009.
- Spear, J. H. (2007) Prominent schools or other active specialties? A fresh look at some trends in psychology. *Review of General Psychology*, 11(4), 363-380.
- Struchiner, N. & Brando, M. S. (2014) Como os juízes decidem os casos difíceis do direito?. In: Struchiner, N. & Tavares, R.S. *Novas Fronteiras da Teoria do Direito: da Filosofia Moral à Psicologia Experimental*. Rio de Janeiro: PUC-Rio.
- Sunstein, Cass et al. (2006) *Are Judges Political? An Empirical Analysis of the Federal Judiciary*. Washington, D.C.: Brookings Institution Press.
- Tavares, Rodrigo de Souza & Hannikainen, Ivar Rodríguez (2018). Casos de revirar o estômago: evidências preliminares do nojo como fator de influência nas decisões judiciais. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. Vol. 5, n.1, p. 67-78.

- Thaler, Richard (2016). *Comportamento Inadequado: A Construção da Economia Comportamental*. Lisboa: Actual.
- Teichman, D. & Zamir, E. (2014). Judicial Decision-Making: a Behavioral Perspective. In: Teichman, D. & Zamir, E. (eds.) *Behavioral Economics and the Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Veronese, Alexandre; Cipriano, Najara de Paula; Gonçalves, Nicolle Wagner; Oliveira, Paloma da Costa (2017). Vida de Assessor: As funções de Assessoria Judiciária em Tribunais Superiores no Brasil e nos Estados Unidos em Perspectiva Comparada. *Contemporânea*, Vol. 7, n.2, p. 365-390.
- Vianna, L.F.; Burgos, M.B.; Salles, PM. (2007) Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo social*, vol.19, n.2, pp. 39-85.
- Vieira, Oscar Vilhena (2008) Supremocracia. *Revista Direito GV*. Vol. 4, n. 2, p. 441-464.
- Walker, Samuel; Spohn, Cassia; Delone, Miriam (2012) *The Color of Justice: Race, Ethnicity and Crime in America*. 5<sup>th</sup> ed. Belmont, California: Wadsworth, Cengage Learning.
- Ward, Artemus (2017). Law Clerks. In: Epstein, Lee & Lindquist, Stephanie A. *The Oxford Handbook of U.S. Judicial Behavior*. New York: Oxford University Press.
- Weinshall-Margel , K. & Shapbard, J. (2011). Overlooked factors in the analysis of parole decisions (letter). *Proceedings of the National Academy of Sciences*, 108(42), E833.
- Wiener, R.L.; Krauss, D.A.; Lieberman, J.D. (2011). Mock Jury Research: Where do we go from here? *Behavioral Sciences and the Law*, 29, 467-479.
- Wistrich, A.J., Rachlinski, J.J.; Guthrie, C. (2014) Heart versus Head: Do Judges Follow the Law or Follow Their Feelings? *Texas Law Review*, 93, 855-923.
- Zimmerman, D. (2008) A influência dos fatores psicológicos inconscientes na decisão jurisdicional – a crise do magistrado. In: Zimmerman, D.; Coltro, A.C.M. (orgs). *Aspectos psicológicos da prática jurídica*. 2<sup>a</sup> ed. Campinas: Millenium.



## **A desalentadora função das punições: revisitando as Teorias da Pena à luz da Psicologia Experimental**

### **Resumo**

O argumento de que as penas privativas de liberdade não funcionam já foi repisado inúmeras vezes na literatura criminológica. No entanto, a defesa da prisão como solução para a criminalidade segue cada vez mais forte na esfera pública, sendo um argumento rotineiramente invocado em debates legislativos e na prática judicial. Para compreender a persistência desse discurso, examinamos a literatura recente em Psicologia Experimental e o que os estudos empíricos têm a dizer sobre processos psicológicos relacionados à decisão de punir um transgressor e à decisão de correr o risco de transgredir normas. Essa tradição de pesquisa mostra que, embora as pessoas geralmente se utilizem de argumentos preventivos para justificar punições, as intuições retributivistas guiam essas decisões. Por sua vez, do ponto de vista da mente das pessoas que são punidas, os estudos mostram que diversos pressupostos do argumento preventivo – o de que os destinatários da lei penal são capazes de calcular os “custos” associados à severidade da punição, por exemplo – carecem de base empírica consistente. Sugerimos, com base nessa revisão, que as teorias da pena tradicionais sejam reformuladas, inclusive com vistas a uma compreensão mais ampla das respostas possíveis ao fenômeno delitivo, menos focada na centralidade das penas privativas de liberdade.

**Palavras-chave:** Teorias da Pena; Psicologia Experimental; Psicologia da Punição; Justiça Restaurativa

## **The disheartening function of punishment: revisiting the Theories of Punishment in the light of Experimental Psychology**

### **Abstract**

The argument that prison sentences do not work has been repeated many times in the criminological literature. However, the opposite view seems resilient and ever-stronger in the public sphere, being routinely invoked in legislative debates and judicial practice. To understand the persistence of this discourse, we examine recent literature in Experimental Psychology and what empirical studies have to say about psychological processes related to punishment decisions and decisions to violate rules, risking to be punished. This tradition of research shows that, while people use preventive arguments to justify punishments, retributive intuitions guide their decisions. On the other hand, from the point of view of the minds of those who are punished, studies show that various assumptions of the preventive argument – that the recipients of criminal law are able to calculate the ‘costs’ associated with the severity of punishment, for example – lack consistent empirical basis. As a conclusion from this review, we suggest that traditional punishment theories should be reformulated, including a broader

view of possible responses to the criminal phenomenon, less focused on the centrality of prison sentences.

**Keywords:** Theories of Punishment; Experimental Psychology; Psychology of Punishment; Restorative Justice.

## Sumário

1. Introdução .....	154
2. As teorias da pena: a imprecisão conceitual da doutrina penal .....	156
3. A evidências empíricas: por que punimos? Um olhar sobre os <i>aplicadores</i> da lei penal .....	160
4. Punir funciona? A resposta das Ciências Comportamentais .....	167
5. As evidências empíricas: penas mais duras previnem crimes? Um olhar sobre os <i>destinatários</i> da lei penal. ....	168
6. Por que então punimos tão mal? .....	176
7. Conclusões .....	179
8. Referências .....	181

### 1. Introdução

Está longe de ser algo novo na literatura os argumentos de que prisões não funcionam como uma política direcionada à redução da criminalidade, e de que existem outras estratégias mais eficazes na redução da violência na sociedade. Pelo contrário: há décadas, especialistas vêm advertindo governantes e políticos de que a insistência no encarceramento em massa como solução preferencial para o problema da criminalidade é um equívoco. Esses apelos lamentavelmente costumam não ser ouvidos (Garland, 2001; Pratt, 2007).

O panorama ao redor do mundo é do aumento da população encarcerada, sendo o argumento preventivo frequentemente invocado como justificativa: se há crime, as prisões são a resposta, porque elas previnem futuros delitos. Mais ainda, se as penas privativas de liberdade não estão dando conta do recado, é porque não são *severas* o suficiente – isto é, aumentar ainda mais o tempo que as pessoas passam atrás das grades seria a resposta adequada e desejável.

Os dados disponíveis corroboram a constatação de que a tônica da política criminal tem sido quase que exclusivamente a do agravamento de penas privativas de liberdade. Com certa frequência, as teorias modernas da pena são invocadas como justificativa para essa expansão do Direito Penal. Realizando estudo sistemático de proposições legislativas penais que tramitaram na Câmara dos Deputados entre 1987 e 2006, Machado e colegas (2010, p. 35)

descobriram que, de uma amostra de 100 proposições, em 35 delas os supostos efeitos preventivos e retributivos eram explicitamente utilizados como argumento para a exasperação da pena.

No mesmo sentido, com base no levantamento das 122 leis que alteraram o sistema penal brasileiro entre 1940 e 2009, e examinando todas as justificativas para a proposição de normas penais na Câmara dos Deputados entre 2007 e 2009, e no Senado entre 2003 e 2009, Gazoto (2010) constatou uma tendência de agravamento geral do quadro de punitivismo. As propostas de normas penais mais duras frequentemente traziam justificativas preventivas, sem dados empíricos que sustentassem suas alegações.

Por sua vez, analisando 37 Propostas de Emenda Constitucional (PEC) apresentadas entre 1993 e 2010, referentes à questão da redução da maioria penal, bem como os respectivos discursos parlamentares, Cappi (2014) constatou que os discursos punitivistas mais duros se apoiam numa mescla de argumentos dissuasórios e retributivistas.

O uso rotineiro das teorias tradicionais da pena, sem forte rigor conceitual, se dá também na prática judiciária. A partir de entrevistas com magistrados e membros do Ministério Público de todo o país, Xavier (2010) encontrou discursos nem sempre articulados e coerentes, apoiados em enunciados retributivistas e dissuasórios, que justificavam infligir sofrimento nos condenados.

Esse quadro, que não tem dado sinais de reversão, apoia-se em grande medida no discurso da dogmática penal, que insiste, em manuais introdutórios ou avançados, numa teoria que tem como um dos seus pressupostos a “função preventiva” das penas privativas de liberdade<sup>1</sup>. Não é surpreendente, assim, que desde o início de sua formação teórica, juristas sejam persuadidos e socializados de modo a naturalizar esse suposto vínculo causal entre o encarceramento e a prevenção de futuros delitos.

Penas mais severas são mais efetivas na redução da criminalidade? Essa pergunta não é meramente teórica, é uma questão empírica, e portanto, precisa de uma resposta com amparo nos dados. Felizmente, nos últimos anos, uma legião de criminólogos, economistas, sociólogos

---

<sup>1</sup> No caso brasileiro, as contradições internas ao discurso de aplicação da lei penal parece ser regra também no caso das medidas de segurança. Em censo abrangente da população de 3.989 indivíduos que viviam nos 26 Estabelecimentos de Custódia e Tratamento Psiquiátrico do país, Debora Diniz verificou uma frágil relação entre os diagnósticos psiquiátricos que atestariam a suposta periculosidade, e o tratamento conferido aos indivíduos infratores, muitos dos quais continuavam ilegalmente sob custódia (Diniz, 2013).

e juristas passaram a analisar as estatísticas disponíveis, especialmente em países ricos, para tentarem endereçar essa questão. Embora esses dados e esse debate sejam bem conhecidos pelos especialistas em segurança pública no Brasil, ele é estranhamente ausente da discussão da dogmática penal brasileira.

Neste ensaio, buscamos apresentar aos juristas uma literatura pouco debatida, que é da Psicologia da Punição, como forma a contribuir para a colmatação dessa lacuna. Esposamos, assim, a tese de que uma abordagem interdisciplinar e empírica faria bem aos teóricos do direito, resultando em melhores teorias normativas (Struchiner & Christmann, 2012).

Mesmo os proponentes de versões garantistas ou democráticas da dogmática penal parecem acreditar que há bons motivos para crer que penas privativas de liberdade previnem crimes. No entanto, sustentaremos que a persistência da defesa da prisão como meio preventivo da criminalidade decorre de três premissas questionáveis, que merecem ser discutidas à luz da Psicologia Experimental: (i) o de que os cidadãos visam sobretudo à prevenção de novos delitos quando demandam do Estado a severa punição dos transgressores; (ii) o de que a punição é uma forma efetiva de exercer pedagogia comportamental; e (iii) o de que indivíduos que são punidos por meio da privação de liberdade seriam menos, e não mais, propensos a reincidir. Neste trabalho, buscamos contestar essas três premissas com base em resultados de estudos empíricos, e, a partir dessa crítica, apontar para possíveis novas direções para as teorias da pena.

Para este fim, iniciaremos revisitando as teorias da pena, e o tratamento que elas fazem do vínculo causal entre a punição e a prevenção de delitos futuros (Seção 2); em seguida, desafiaremos seus pressupostos com base em duas linhas de pesquisa psicológica empírica, aquela que se debruça sobre os processos mentais de quem *decide punir* (Seção 3), e das pessoas que são *destinatárias da punição* (Seções 4 e 5). Por fim, traçaremos algumas hipóteses para a persistência do discurso e da prática jurídica de insistir em penas sempre mais duras como resposta ao fenômeno criminal (Seções 6 e 7).

## **2. As teorias da pena: a imprecisão conceitual da doutrina penal**

O debate contemporâneo na dogmática penal brasileira tem forte influência alemã, e tende a rejeitar as chamadas *teorias absolutas* da pena. Em vez de se justificar o fundamento da pena como sendo puramente retributivista ou preventivo, tem-se preferido adotar teorias *relativas*, também referidas como dualistas, unificadas ou mistas. Segundo essa perspectiva, a

justificação da pena conjuga fatores de prevenção (geral e especial, negativa e positiva) e, a partir da tradição retributivista, a reprovabilidade ou culpabilidade da conduta punível<sup>2</sup>. Cada autor tende a enfatizar um ou outro ingrediente de cada uma das tradições, como veremos a seguir.

Em paralelo a essa caracterização “prevenção vs. retribuição”, nas últimas décadas, sob influência do giro linguístico-pragmático da filosofia jurídica, as teorias penais passaram a esposar enfoques que insistem na função “comunicativa”, “expressiva”<sup>3</sup> ou de “denúnciação” das penas privativas de liberdade (Tonry, 2017; Pires, 2004). Em princípio, essas teorias rejeitam o retributivismo, enquanto imposição de sofrimento no transgressor, como uma justificativa “pouco civilizada” e não defensável. Contudo, ao mesmo tempo, conferem à tradição retributivista uma nova roupagem, ao enfatizar o aspecto de responsabilização dos transgressores por meio do caráter expressivo ou comunicativo da pena. Vejamos.

Na versão mais recente de sua teoria justificadora da pena, von Hirsch (2017, p. 17-43) sustenta que a severidade da punição deve refletir o grau de reprovabilidade da conduta. Assim, quando o dano causado é grave, a pena de prisão se justifica, desde que proporcional à culpa do agente. O tratamento duro, por sua vez, justifica-se em bases “comunicativas”: causar sofrimento no autor é um modo de transmitir a censura ou desaprovação, proporcional ao mal causado. O ofensor é um agente moral, a quem essa censura é direcionada, e a proporcionalidade é o seu critério de justa medida. Para von Hirsch, apenas de maneira secundária se pode considerar os propósitos preventivo-gerais da pena.

Ainda na linha das teorias expressivas ou da denúnciação é a formulação de Klaus Günther. O autor assinala que, enquanto na época do *Welfare State*, encarou-se a punição como uma forma instrumental de lidar com o indivíduo transgressor, tendo vista finalidades coletivas, o giro comunicativo passou a considerá-lo como um agente comunicativo, que deve responder

---

<sup>2</sup> Essa perspectiva eclética é esposada pelo art. 59 do Código Penal: "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". Da mesma forma, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha: "Retribuição, restituição, prevenção, ressocialização do perpetrador, expiação e retaliação por injustiças cometidas são considerados aspectos de uma sanção apropriada" (BVerfGE 45, 187, 210, em tradução livre)

<sup>3</sup> Importante destacar que, no debate alemão, a *função expressiva da pena* é um fundamento frequentemente invocado, pois permitiu, retoricamente, defender a punição de criminosos nazistas, mesmo passado tanto tempo dos seus delitos. Ora, muitos deles estavam em idade avançada, não sendo mais capazes de reincidir; desse modo, pareceria inútil sustentar que o encarceramento sirva a qualquer propósito. A “função expressiva”, porém, justificaria o tratamento punitivo, na medida em que serviria como uma comunicação ao restante da sociedade alemã da reprovabilidade de sua conduta (Roxin, 2014, p. 40).

pelo que fez. Assim como o delito é uma comunicação de negação da validade da norma, a punição encerra uma *mensagem moral* que reforça a validade do direito legitimamente instituído. Se os cidadãos são seres racionais, legisladores num processo democrático, é como se aqueles que transgrediram as normas optassem por rejeitar o resultado do processo deliberativo. Ao não tratarem as vítimas como iguais, os transgressores devem receber a mensagem de que o que fizeram é errado, deixando assim o lugar de coautores e passando a ser destinatários da norma penal – continuando de todo modo a serem considerados pessoas morais (Günther, 2014, p. 123-139).

Claus Roxin, numa elaboração mais atualizada de sua concepção, rejeita a perspectiva da censura, adotando em seu lugar o princípio da responsabilidade. O delito perturba a paz social, o que gera uma *responsabilidade* por parte do transgressor, medida pela sua culpa ou reprovabilidade. A transgressão gera um dano, que precisa ser restaurado, o que justifica que o indivíduo seja punido – o que ecoa a tradição retributivista. A finalidade da punição é, por sua vez, conforme o caso em particular, atender aos propósitos preventivos gerais e especiais, negativos e positivos. Para Roxin, a punição permite a ressocialização, a realização da função expressiva e os fins preventivo-gerais: o efeito pedagógico sobre o restante da sociedade, reassegurar a confiança no Estado de Direito e a pacificação social (Roxin, 2014, p. 33-42).

Se a doutrina alemã mais celebrada, assim, deixou num segundo plano a função preventiva – sem dela abrir mão completamente – a doutrina italiana ainda manteve essa chama acesa. Luigi Ferrajoli, em sua perspectiva garantista, distingue o que seriam as teorias descritivas ou empíricas de *por que se pune*, das teorias filosófico-normativas acerca de *por que deve existir a punição*. Ferrajoli adverte, inclusive, que devem ser chamadas "ideologias" aquelas teorias que confundem os esquemas de explicação dos modelos de justificação, como casos de *falácia naturalista* ou *normativista*. Em seguida, argumenta que, no plano normativo da justificação, as penas se justificam como uma forma de *evitar o mal maior*: a arbitrariedade desmedida da potencial reação social ao delito. O direito penal, assim, teria a dupla função preventiva: a de prevenir futuros delitos, mas, mais importante ainda, a de prevenir ou minimizar penas desproporcionais (Ferrajoli, 1995, p. 321-337).

Os exemplos acima mostram como as formulações justificativas da pena mesclam de formas variadas os componentes da secular discussão entre os que defendem uma visão *retrospectiva* sobre a magnitude do dano causado, ao qual deve corresponder um juízo de

reprovabilidade; e os que apontam para uma visão *prospectiva*, dos efeitos futuros de aplicação da pena.

Importante destacar que mesmo sendo relegada a um segundo plano em abordagens influenciadas pelo chamado neorretributivismo, a tese da prevenção nunca está ausente do debate – e o condão das já citadas teorias “relativas” é justamente de manter ambas as justificativas para as penas punitivas ao alcance retórico do discurso punitivo. A combinação entre neorretribucionismo, em que (i) a reprovabilidade do agente legitima a punição ao mesmo tempo que, supostamente de forma humanista e garantista a limita; e em que (ii) a prevenção segue citada como sua função, embora não a principal; tem sido uma opção retórica de diversos representantes relevantes na doutrina penal pátria.

Na teoria mista defendida por Ruivo (2016), há supostamente uma importante distinção conceitual entre o porquê e a finalidade da pena: o *fundamento* da punição é sempre a retribuição da culpa pela conduta, embora a sua *finalidade* seja prevenir futuros delitos. Todavia, o jogo retórico de conceitos, de forma velada, não resolve o problema essencial diante do qual qualquer magistrado se depara no caso em concreto: quais os parâmetros para priorizar a retribuição pelo dano causado pela conduta, ou, alternativamente, para prevenir a reincidência? Não obstante esse problema prático evidente, trata-se de posicionamento comum em manuais de dogmática penal no Brasil (a exemplo de Bittencourt, 2016, p. 130-162; Marques, 2008, p. 148; Prado, 2013, p. 637-638; Schecaira & Corrêa Jr., 2002, p. 144-145).

Diante dessa profusão de justificativas, não raro conflitantes entre si, Juarez Cirino dos Santos sugere, numa perspectiva crítica, que as teorias relativas, com suas pretensões ecléticas ou unificadoras das justificativas das penas, não raro contraditórias entre si, não passam de “*uma pluralidade de discursos legitimantes capazes de racionalizar qualquer punição pela escolha da teoria mais adequada para o caso concreto*” (Santos, 2010, p. 430).

É digno de nota que em vários dos textos doutrinários revisados, abundam justificativas empíricas de por que uma determinada escolha teórica é mais ou menos desejável: as teorias preventivas apostariam num efeito intimidação que seria *ineficaz* (Bittencourt, 2016, p. 145); as prisões seriam *ineficazes* (Santos, 2010, p. 425), etc. Contudo, pesquisas empíricas recentes não figuram entre as referências bibliográficas citadas. Ou seja, sem adentrar no mérito de cada uma das teorias, parece-nos que os fundamentos empíricos trazidos ao debate ou estão desatualizados, ou não foram baseados na literatura científica disponível.

Para contribuir com a qualificação desse debate, aportaremos alguns resultados da literatura recente nas Ciências Comportamentais. Iniciaremos mostrando que, contrariamente a uma crença bem estabelecida, as *justificativas* alegadas pelas pessoas que desejam punição a um transgressor não correspondem às *motivações intuitivas* subjacentes ao comportamento de punir.

### **3. A evidências empíricas: por que punimos? Um olhar sobre os *aplicadores da lei penal***

Após décadas de estudos e Psicologia Experimental, hoje dispomos de um extenso corpo de evidências comportamentais que demonstra que, quando pessoas observam uma situação de transgressão, embora declarem que a punição se justifica para dissuadir ou prevenir ofensas semelhantes no futuro, elas na verdade desejam o restabelecimento da justiça por motivações inerentemente retributivistas, proporcionais ao dano causado. Dito de outra forma, embora as pessoas *justifiquem discursivamente* que punem por um motivo preventivo, o *processo psicológico* que efetivamente ocorre está em dissonância com essa justificativa.

Um dos primeiros estudos dessa linha foi conduzido no fim da década de 1970 nos Estados Unidos. Pesquisadores inicialmente aplicaram questionários a 151 estudantes universitários, avaliando suas opiniões sobre o efeito preventivo da pena de morte. Desse grupo, foram selecionados 24 que acreditavam no efeito preventivo, e 24 que não acreditavam na eficácia da pena capital em reduzir crimes. A amostra foi reunida em grupos mistos, com defensores e detratores da medida. Em seguida, cada um dos sujeitos de pesquisa lia um resumo de um estudo empírico que provava ou falsificava a hipótese do efeito preventivo da pena de morte. Na etapa seguinte, eles respondiam a um novo questionário, para medir se o contato com as novas evidências fazia com que tivessem mudado de ideia.

Após esse momento, os sujeitos pesquisados tinham acesso a uma versão mais detalhada dos estudos empíricos, explicitando os métodos empregados, cuja consistência lhes cabia examinar. Por fim, essas etapas eram repetidas, mas com um estudo que tinha as conclusões contrárias aos dos que os sujeitos tinham originalmente lido. Dessa forma, cada sujeito tinha contato tanto com resultados de um estudo que confirmavam sua crença original sobre a adequação da pena de morte, quanto com resultados que a contradiziam.



Os achados revelaram haver uma forte tendenciosidade na assimilação de informações sobre os estudos. Sujeitos que favoreciam a pena de morte aceitavam com facilidade os resultados do estudo que confirmavam sua crença, e desconfiavam da qualidade metodológica do estudo que os contrariava. Os adversários da pena de morte exibiram um padrão semelhante, acreditando no estudo que mostrava a inexistência de efeitos preventivos, e pondo em dúvida o estudo no sentido contrário. Além disso, como os pesquisadores aplicaram questionários com a opinião dos sujeitos antes e depois de terem contato com os estudos, eles verificaram uma maior polarização das atitudes: mesmo diante de evidências em contrário à sua crença original, os estudantes se agarravam às conclusões dos estudos que as confirmavam para fortalecê-las ainda mais (Lord et al., 1979).

Examinando essa questão de outra perspectiva, Phoebe Ellsworth e Samuel Gross (1994) revisaram pesquisas de opinião aplicadas na segunda metade do século XX ao público estadunidense, sobre os motivos que levavam ao apoio ou à oposição à pena de morte. O trabalho, publicado em meados da década de 1990, época do auge de apoio às políticas de "lei e ordem" naquele país, mostrava que o alto nível de suporte à pena de morte se mantinha mesmo quando os entrevistados não acreditavam mais no seu efeito preventivo. Ao longo dos anos, à medida que os dados iam colocando em dúvida a eficácia da pena de morte, os seus apoiadores simplesmente mudavam a justificativa para defendê-la: se não prevenia mais crimes, a pena de morte seria, segundo eles, menos custosa ao Erário do que a prisão perpétua, por exemplo; ou seria mais adequada simplesmente porque a "lei de Talião" deveria valer no caso de crimes graves. Assim, esse trabalho, além de ser um retrato da escalada punitivista naquele país dos anos 1960 a 1990, mostrou que o público poderia apoiar a pena capital a despeito de dados sobre sua ineficácia, unicamente apoiado em intuições retributivistas.

O fato de que a coleta e interpretação de dados tende a se dar de forma enviesada é, hoje, uma conclusão incontroversa no campo da Psicologia do Raciocínio. Ao contrário da visão que costumamos ter de nós mesmos, não temos acesso privilegiado aos processos mentais subjacentes às inferências que levam a determinadas conclusões – e a sensação que temos de que podemos compreender nosso raciocínio é tão enganadora quanto uma ilusão de óptica pode ser<sup>4</sup>. Um dos fenômenos a que estamos sujeitos, sem nos darmos conta, é que tendemos a assimilar com facilidade informações novas que confirmem suas preconcepções, e ignorar ou

---

<sup>4</sup> Para o estudo clássico que colocou em dúvida a capacidade da introspecção sobre os próprios processos mentais, e desde então foi confirmado com os mais variados métodos e técnicas experimentais na Psicologia, vide Nisbett & Wilson, 1977.

questionar com veemência aquelas que contradizem crenças pré-estabelecidas. A revisão dessa rica literatura extrapola o objetivo deste trabalho<sup>5</sup>, mas para o que nos interessa, basta pontuar que as *justificações* que são utilizadas para a aplicação de uma pena não são necessariamente os *motivos* que internamente conduziram a essa conclusão.

Nas últimas décadas, essas intuições por trás de raciocínios punitivos foram objeto de investigação pela Psicologia Experimental de forma mais detalhada. A maioria dos estudos dessa linha consiste na exibição, aos sujeitos de pesquisa – geralmente algumas dezenas de estudantes universitários estadunidenses –, de vinhetas, isto é, textos curtos, contendo descrições do cometimento de crimes, ao lado de outras informações que poderiam qualificar a gravidade do dano causado, as características pessoais do ofensor, a possibilidade de reincidência e as motivações por trás de seus atos. Em seguida, os sujeitos pesquisados devem assinalar a punição considerada justa para cada ação. Ao manipular, em diferentes cenários, cada uma dessas variáveis, os psicólogos descobriram um padrão: o impulso primordial para punir alguém, em todos os estudos, é retributivista, ainda que a justificativa discursivamente empregada seja outra.

Num estudo muito citado, Kevin Carlsmith, John Darley e Paul Robinson (2002) primeiro avaliaram se os sujeitos pesquisados efetivamente sabiam diferenciar quais variáveis estariam associadas a uma punição de caráter preventivo ou retributivo. Em resposta aos questionários, os participantes corretamente assinalaram que, se o propósito da punição é prevenir, ela deve ser majorada em casos em que é muito difícil detectar um delito, e ser publicizada o máximo possível, para se melhor atingir o efeito dissuasório. Por sua vez, se o que move a punição é a retribuição ao mal causado, deve haver uma proporcionalidade entre ambos, a menos que haja causas excludentes da ilicitude ou culpabilidade da conduta. Ou seja, as pessoas participantes do estudo estavam corretamente cientes dos marcos normativo-filosóficos por trás das teorias da pena.

No momento seguinte, os pesquisadores mostraram a 336 sujeitos as vinhetas, descrevendo crimes graves ou leves; de fácil ou de difícil detecção; com ou sem justificativa defensável; e com maior ou menor nível de publicidade que a condenação atingiria na comunidade. Ao manipular essas variáveis e questionar qual seria a pena justa, os pesquisadores verificaram que os participantes eram sensíveis aos fatores associados ao retributivismo, mas

---

<sup>5</sup> Para uma revisão atualizada, abrangente e qualificada deste tópico, remetemos à recente obra *The Enigma of Reason* (Mercier & Sperber, 2017).

não aos fatores que importariam se o propósito da condenação fosse prevenir futuros delitos. A gravidade do delito e a ausência de uma circunstância mitigadora da conduta do autor eram fortes variáveis preditivas da pena que seria assinalada, ao contrário da probabilidade de detecção do delito ou o grau de publicidade da condenação.

Num estudo seguinte, Kevin Carlsmith (2006) assinalou a 42 participantes a tarefa de reunir informações sobre um crime cometido para proferir a sentença condenatória. Havia 9 grupos de informações dos quais eles poderiam extrair informações relativas ao crime, que seriam relevantes para a avaliação dos propósitos da pena: preventivo (ex: crimes desse tipo são ou raros, ou muito comuns), retributivo (como a magnitude do dano causado), ou de incapacitação (ex: o réu é uma pessoa tranquila e dificilmente reincidiria, ou é alguém impulsivo e agressivo). À medida que os sujeitos selecionavam uma informação, os pesquisadores queriam avaliar assim qual seria a informação considerada prioritária, que deveria ser buscada primeiro, por cada participante. Mais uma vez, os fatores mais relevantes eram os de ordem retributivista.

Esta linha de estudos (resumida em Carlsmith & Darley, 2008) mostra que, embora as pessoas endossem o propósito preventivo das penas, na prática elas avaliam a justiça de uma condenação segundo uma lógica retributivista. Ou seja, as intuições morais estão em conflito com o que as pessoas dizem desejar atingir com a punição.

Essa conclusão fica ainda mais patente no experimento de Aharoni & Fridlund (2011). Os pesquisadores perguntaram a 49 pessoas qual seria a sentença apropriada para um crime gravíssimo – estupro de menor, seguido de homicídio. O caso, porém, tinha algumas particularidades: todo o julgamento do caso, bem como sua condenação, correriam em total segredo de justiça, em virtude da menoridade da vítima; após o crime, o acusado desenvolvera paralisia total dos membros inferiores e superiores, tornando-se inofensivo para a sociedade desde então; e a família da vítima havia declarado que não desejava vingança, nem punição pelo crime. Escolhida a punição devida, os participantes eram submetidos a uma entrevista semiestruturada em que se buscava entender a motivação da pena.

O que se seguiu foi um interessante mergulho sobre a dissociação entre o comportamento observado e suas justificativas. Se os participantes diziam que a punição se legitimava como forma de evitar o cometimento de novos crimes pelo acusado (prevenção especial), o entrevistador o lembrava que, estando paralisado, este não teria como cometer

novos crimes de toda forma. Se a justificativa era a necessidade de fornecer um exemplo para as demais pessoas (prevenção geral), o pesquisador apontava que o processo correria em total sigilo e ninguém jamais saberia da punição no mundo exterior. Se os sujeitos argumentavam a Lei de Talião (retribuição), mesmo a despeito da postura da família da vítima de não fazer o mesmo, eram em seguida questionados qual propósito se atingiria com isso.

Após a entrevista, dos 49 participantes, 3 decidiram desde o início não punir; 10 deles mudaram de ideia após o processo de discussão e argumentação com os pesquisadores; 34, porém, decidiram punir o acusado mesmo assim, ainda que sem conseguir articular justificativas racionais para tanto. Ou seja, ainda que diante da impossibilidade de justificar a punição, ainda assim a maioria dos participantes se ateu à sua decisão intuitiva em favor de sua aplicação<sup>6</sup>.

Um questionamento que se poderia fazer é que, quando as pessoas decidem a punição justa para uma transgressão, os motivos retributivista e preventivo estariam, na verdade, entrelaçados. Não seria possível isolar um do outro, na medida em que ao buscar uma retribuição justa e proporcional, a punição *também* serviria como exemplo dissuasório, via prevenção geral, ou como forma de incapacitação ou prevenção especial negativa. O ideal seria, assim, isolar ambas as variáveis, buscando casos em que a gravidade da transgressão (argumento retributivista) estaria absolutamente dissociada do propósito preventivo.

Num delineamento experimental inusitado, Goodwin & Benforado (2015) tentaram isolar esses motivos, perguntando aos participantes se um *animal* que tivesse provocado uma agressão fatal deveria ser morto. Embora o sistema penal atual não se aplique a animais não humanos, os pesquisadores lembram que diversas sociedades, em vários momentos históricos, tinham leis específicas para lidar com animais "transgressores". E, como a punição de um animal não teria nenhum efeito dissuasório sobre outros animais, não haveria possível efeito de prevenção geral neste caso.

Como resultado, os 267 participantes tinham atitudes quanto mais punitivas, quanto maior o dano causado: se o "animal transgressor" (que podia ser um tubarão, um touro, ou um cão *pitbull*) havia matado um cão de estimação, os impulsos punitivos eram menores do que se

---

<sup>6</sup> Esse fenômeno é conhecido na literatura a partir do termo popularizado pelo psicólogo Jonathan Haidt (2001), "*moral dumbfounding*", ou "estupefação moral": diante de contradições evidentes, as pessoas se surpreendem, ridicularizam ou riem da sua inabilidade de encontrar motivações racionais para suas crenças morais, mas nem por isso são capazes de alterá-las.

ele havia matado uma criança humana. A objeção mais óbvia a este estudo seria que os participantes visariam, antes de tudo, a “incapacitação” de um animal perigoso.

Em dois outros estudos, porém, o efeito incapacitação também foi isolado. Desta vez, o cenário era a captura de um tubarão, após que havia matado uma criança pequena que brincava na praia. O tubarão capturado podia ser o próprio animal que matou a criança, ou outro animal, igualmente perigoso. Os 415 participantes do estudo tendiam a desejar uma morte mais sofrida para o tubarão capturado quando ele era exatamente o mesmo que atacara a vítima, em relação a um outro tubarão da mesma espécie – uma decisão incompatível com o propósito de incapacitação, mas coerente com os impulsos retributivistas.

Embora possa parecer absurdo fazer experimentos com casos hipotéticos envolvendo animais que vitimizam seres humanos, é preciso lembrar que esses resultados estão em linha com os anteriormente apresentados: as intuições de justiça seguem, antes de tudo, uma lógica de retribuição proporcional ao dano causado.

Outro resultado interessante advém de um estudo que buscava sondar por que cidadãos estadunidenses poderiam ser favoráveis às técnicas de tortura durante interrogatórios de prisioneiros da Guerra do Iraque. Embora justificassem a "utilidade" da tortura como forma de extrair informações para prevenir futuros ataques terroristas, os sujeitos de pesquisa na verdade estavam pouco interessados na suposta "eficácia" do procedimento, na verdade movidos por sentimentos retributivistas (Carlsmith & Sood, 2009).

Fincher & Tetlock (2015) recentemente conduziram um estudo sobre o “retributivismo oculto”, isto é, a decisão de assinalar punições além do que é legalmente fixado, com base em intuições vingativas. Para tanto, eles se valeram do exemplo de sanções legais “oficiais” – a pena privativa de liberdade – ao lado do inconfessável desejo retributivista de causar sofrimento no ofensor. Ora, a existência de condições degradantes no cárcere não é defensável do ponto de vista jurídico, uma vez que consiste numa forma de sofrimento adicional à pena. O sentimento retributivista emergiria, assim, quando, além de assinalar uma punição “justa”, do ponto de vista legal, as pessoas ainda assim quisessem causar sofrimento adicional ao condenado.

Nesse estudo, 300 participantes desempenhavam o papel de "juiz de execução", devendo direcionar para o presídio A ou B um condenado por um crime bárbaro: estupro, tortura e morte de uma garota inocente de 7 anos de idade. Uma tabela descrevia ambos os estabelecimentos por uma série de características não muito diferentes entre um e outro: custo do preso, presença

ou não de programa de estudos, grau de segurança, taxa de reincidência. Uma quinta característica, porém, os diferenciava com clareza: o grau de brutalidade com que os detentos eram tratados, e as violências a que estariam sujeitos estando encarcerados em cada um deles.

A manipulação foi feita em dois cenários: um, em que os sujeitos tinham que, de forma "aberta" e gradual, ir indicando qual dos estabelecimentos era mais adequado para a execução da sentença, conforme cada um dos fatores. Outro, "fechado", em que eles escolhiam um dos estabelecimentos de uma só vez, justificando posteriormente sua decisão. Assim, na segunda condição, os participantes poderiam "mascarar" qual variável havia efetivamente sido a decisiva para sua escolha. Os resultados mostraram que, na condição "aberta", os sujeitos escolhiam o estabelecimento mais barato, mais seguro e menos violento, ao passo que na condição "fechada", eles tendiam a preferir o presídio mais brutal, embora buscassem a justificativa para sua decisão em alguma das outras variáveis. Ou seja, o "retributivismo oculto" se manifestava quando era possível justificar de outra forma o sofrimento que o condenado "mereceria", para além da sanção legalmente estabelecida.

Todos esses resultados sugerem que, a despeito de toda a discussão normativa da dogmática penal e da filosofia da punição sobre qual o fundamento legítimo para o discurso de justificação do sofrimento causado nos acusados mediante a aplicação de penas, as intuições retributivistas são, no plano descritivo, a motivação primordial por trás da decisão de punir. Embora as pessoas construam uma legítima e sincera *argumentação* no sentido que a punição pode evitar novas transgressões no futuro, as *intuições* que conduzem ao juízo moral dependem não da probabilidade ou da eficácia em se prevenir futuros delitos, mas na extensão do mal causado no passado, bem como a existência ou não de excludentes da ilicitude ou culpabilidade da conduta. Dito de outra forma, os discursos teóricos justificativos da punição em abstrato, e as intuições que movem as decisões de punir – baseadas no senso prático de justiça – não estão em sintonia.

A principal objeção que se pode fazer contra essa série de estudos é a sua validade ecológica. Afinal, trata-se de amostras de estudantes de um país rico, que dificilmente é representativa da população daquele país como um todo ou de outros países. De todo modo, a replicação do mesmo resultado em todos os estudos merece ser levada a sério – e ao menos um estudo transcultural, com uma amostra de participantes chineses, mostrou resultados no mesmo sentido (Zhang et al., 2017).

Em suma, os experimentos da Psicologia Social recentes descartam a tese de que o desejo pedagógico de evitar futuros crimes seja a principal *motivação* por trás da atitude de punir um ofensor. Nesse cenário, a agenda de pesquisa de psicólogos e filósofos experimentais dos últimos anos tem sido, em vez disso, uma tentativa de descobrir não "se" o raciocínio moral das pessoas é consequencialista-preventivo (as evidências sugerem o contrário), mas "por que" ele funciona conforme a dinâmica retributivista (Cushman, 2017; Baumard & Sheskin, 2015; Nadler & MacDonnel, 2012).

Todos os resultados de estudos discutidos nesta seção mostram que o vínculo que se faz entre o que ocorre durante o ato de punir e as suas justificativas publicamente sustentadas está longe de ser satisfatório. Durante certo tempo, alguns teóricos chegaram a propor que a onipresença da punição derivava da própria evolução da cooperação na espécie humana, e que grupos humanos em que trapaceiros e agressores não eram punidos não tinham como se proteger de futuras transgressões<sup>7</sup>.

Porém, se admitirmos que não punimos para este fim declarado, coloca-se uma questão relevante: se nos parece intuitivo, na vida cotidiana, que a punição “funciona”, o que estaria errado? Se crianças são rotineiramente educadas com castigos, se animais de estimação são domesticados dessa forma, se toda estrutura organizacional prevê sanções para comportamentos indesejados, como conciliar isso com os achados empíricos? Para endereçar essa questão, abrimos um breve parêntese para revisitar a análise comportamental das punições.

#### **4. Punir funciona? A resposta das Ciências Comportamentais**

Começaremos pela resposta breve: em geral, não. Do ponto de vista da tradição comportamental, ainda que punições sirvam como um desestímulo a certas condutas, somente são eficazes em condições muito específicas: elas deveriam ocorrer *sempre que o comportamento transgressor ocorre*, e não esporadicamente; deveriam estar baseadas em *regras claras e pré-estabelecidas, não seletivas*; deveriam ser aplicadas *imediatamente após a transgressão*; e deveriam ser *adequadas à situação específica do sujeito* punido (Miltenberger,

---

<sup>7</sup> Essa visão, muito influente no início dos anos 2000, baseia-se em numerosos estudos com paradigmas de teoria dos jogos, inclusive numa perspectiva transcultural. Mais recentemente, porém, diversos pesquisadores vêm apontando as limitações metodológicas de se extrapolar o resultado de interações artificiais em laboratório para inferências sobre como se deu a evolução da cooperação na espécie humana, e defendendo que há diversas formas em que sociedades humanas podem sustentar a cooperação para além da aplicação de punições (Vide Horta, 2018).

2011). Embora, portanto, a punição *possa* funcionar – ainda que com efeitos colaterais que devem ser levados em conta – isso apenas ocorre em condições bastante particulares, frequentemente ausentes na dinâmica da justiça criminal.

Ora, não é preciso conhecer a fundo o sistema penal para se verificar que se trata de uma estrutura incapaz de atender a tamanho grau de exigência e de controle sobre as ações das pessoas, e que é mais provável que as punições sejam desproporcionais, ineficazes e contraproducentes do que o contrário. O sistema é seletivo, punindo preferencialmente certos estratos sociais e grupos raciais (Baratta, 2017; Walker et al., 2017); a maioria dos crimes nunca é detectada, investigada, processada ou condenada<sup>8</sup>. A punição criminal, quando ocorre, é aplicada muitas vezes anos após o fato delitivo. Por fim, a lei prevê um *quantum* abstrato de punição para qualquer transgressor, ainda que o sistema penal se proponha a individualizar penas.

Uma hipótese para esse descompasso entre as expectativas das pessoas com relação à punição e a sua realidade fática é que os mecanismos psicológicos da mente punitiva tenham sido adaptativos num passado distante da espécie, mas atualmente, em que Estados organizados se valem do Direito Penal para fins disciplinares, eles resultem em vieses (Cushman, 2017). Independentemente dessa discussão de fundo, porém, deveria causar surpresa o quanto o raciocínio moral por trás de uma punição está dissociado de suas consequências no mundo real.

Não por acaso, as penas privativas de liberdade cada vez mais severas, como forma de prevenir crimes, têm sido um fracasso à luz das melhores evidências disponíveis, como veremos na próxima seção.

##### **5. As evidências empíricas: penas mais duras previnem crimes? Um olhar sobre os destinatários da lei penal.**

A pretensão normativa de conferir fundamento às penas privativas de liberdade em virtude da sua capacidade dissuasória assenta-se sobre o pressuposto empírico de que esse tipo de punição, em alguma medida, previne o cometimento de futuros delitos. Especificamente, no tocante à *prevenção geral negativa* e *prevenção especial negativa*, tal efeito serve de

---

<sup>8</sup> Para a discussão sobre taxas de esclarecimento de homicídios no Brasil, vide Brasil, 2014.



justificativa para penas mais duras – quando há necessidade de prevenir a ocorrência de um determinado crime, deve-se majorar a pena assinalada.

Tal é a premissa da visão econômica da teoria racional do crime – o criminoso faria um "cálculo de utilidade", subtraindo do proveito potencialmente advindo do crime o "custo" de ser descoberto e preso (Becker, 1968). Assim, seria possível, do ponto de vista da política criminal, elevar penas até um "ponto ótimo", que desestimularia o agente racional a transgredir a norma penal. Essa perspectiva supõe, assim, que seria possível baixar as taxas de criminalidade ao se aumentar o “custo”, por meio da instituição de penas mais severas, certas e céleres (Paternoster, 2010, p. 784).

Todavia, a despeito de muitos esforços da criminologia empírica, e de vasta disponibilidade de dados, especialmente no contexto estadunidense, a criminologia empírica tem sido incapaz de demonstrar que o aumento na severidade das penas privativas de liberdade necessariamente inibe delitos.

Neste ponto, é preciso diferenciar a *dissuasão absoluta* e a *dissuasão marginal*. É intuitivo imaginar que a absoluta ausência de resposta estatal ao cometimento de delitos seria equivalente a deixar a sociedade à mercê do caos. Essa intuição parece estar correta. Há elementos na literatura que levam a crer que a existência de punições, por si só, produz algum efeito dissuasório – nesse sentido, cita-se o exemplo da Dinamarca, em 1944, como um "experimento natural". Ocupada pelos nazistas, o país teve todas as suas forças policiais detidas pelo exército invasor. Em seguida, os crimes de rua tiveram um forte aumento, sugerindo que a mera presença de um aparato policial, em oposição à sua inexistência, tem o condão de prevenir crimes – a *dissuasão absoluta* (Chalfin & McCrary, 2017, p. 15; Nagin, 2013, p. 234-235).

Porém, aqui é importante ter em mente o seguinte: a validade de um efeito de “dissuasão absoluta” não significa que o mero endurecimento do aparato repressor sempre aumente a dissuasão marginal. Dito de outra forma, o fato de que a previsão de sanções seja importante para a ordem jurídica não equivale a dizer que o agravamento de penas previstas na legislação penal seja sempre capaz de prevenir delitos. Pelo contrário, as evidências apontam em sentido contrário.

Analisando diversos estudos que, desde a década de 1960, empregam diferentes metodologias para investigar o efeito preventivo do aumento de penas, o criminólogo Daniel

Nagin tece uma conclusão desalentadora para aqueles que advogam o seu efeito preventivo: são escassas as evidências de que o aumento de penas já longas previna ainda mais o cometimento de futuros crimes (Nagin, 2013, p. 253). Ou seja, para que se justifique o aumento de penas, pode-se alegar o retributivismo, ou talvez o efeito da incapacitação, mas não um suposto efeito preventivo.

Muitos dos estudos que alegam ter encontrado um efeito preventivo do aumento da população prisional apresentam falhas metodológicas que colocam em questão sua validade. Quando há um efeito de redução de criminalidade, é difícil distinguir se este se deveria ao efeito dissuasório das penas mais duras, ou ao efeito "incapacitação": a prisão de criminosos contumazes apenas evitaria que estes cometessem mais delitos, não havendo aí propriamente um efeito pedagógico (Chalfin & McCrary, 2017, p. 31; Nagin, 2013, p.220-221).

E mais: mesmo que se verifique uma queda nos crimes, esta se dá de forma marginal, no sentido que penas cada vez mais longas reduzem cada vez menos os crimes. Isso ocorre porque, se a população prisional já é elevada, os criminosos contumazes já tendem a estar atrás das grades, e a cada detento a mais, a redução de delitos é paulatinamente menos significativa. A expansão das penas faz com que, cada vez mais, pessoas que cometeram delitos de forma isolada, ou apenas circunstancialmente, também acabem presas. Se considerarmos que cada detento representa um custo para o Estado – já que sua manutenção demanda onera o orçamento público – e para a sociedade – são pessoas a menos no meio familiar e comunitário para cuidar de crianças e idosos, trabalhadores a menos no mercado de trabalho, etc. – é altamente questionável se o "ganho" com uma prisão adicional justifica o seu "custo" (Tahamont & Chalfin, 2018, p. 636; Nagin, 2013, p. 230-231).

É quase um lugar-comum na discussão contemporânea retomar Cesare Beccaria para afirmar que não é o rigor da pena, mas a *certeza* da punição, o que coíbe o cometimento de delitos. No entanto, como salienta Daniel Nagin, por "certeza" é preciso compreender a probabilidade que uma série de passos se concretizem: a chance de cada crime cometido seja descoberto, somado à probabilidade de que seja efetivamente investigado, mais a possibilidade de obtenção de uma condenação, que por sua vez não é garantia de sanção (Nagin, 2013, p. 201-202). Os estudos disponíveis geralmente medem a probabilidade de apreensão de quem cometeu o delito, o que fornece uma visão extremamente limitada do suposto efeito dissuasório.

O que explicaria, então, a persistência dessa defesa do efeito dissuasório das penas? Uma possível explicação é o comprometimento ideológico: muitos proponentes de penas mais duras confundem a crença intuitiva de que “punir mais coíbe mais”, a despeito de esse não ser o “cálculo” que muitos potenciais transgressores fazem na vida real. Ao contrário, muitos crimes ocorrem em momentos de tensão emocional, sob o efeito de entorpecentes ou em situações de desespero ou aperto financeiro, e não após a execução de um frio cálculo racional. Além disso, a maioria das pessoas está sequer ciente de quais são as penas cominadas para um determinado comportamento delituoso; e quando leis mais duras são aprovadas, isso tampouco costuma ser de conhecimento geral. Por fim, contrariamente ao que se pressupõe, muitos crimes são cometidos sem que seus autores sequer cogitem que possam um dia ser pegos (Webster & Doob, 2012, p. 178-183; Apel, 2013, p. 88-89).

De todo modo, para que majoração de penas funcionasse na prática, não bastaria que uma sanção fosse severa em abstrato; ela precisaria ser *reconhecida* como tal (Tahamont & Chalfin, 2018, p. 631-632). Nesse sentido, a literatura sobre *percepção* de ser apreendido, que floresceu a partir dos anos 1980, traz achados relevantes. Os estudos disponíveis apontam que a severidade das penas *in abstracto* não é tão relevante na avaliação de risco que as pessoas fazem diante da possibilidade de violarem a lei penal. Na verdade, as previsões objetivas de penas contidas na lei penal estão em descompasso com as percepções subjetivas a seu respeito (Apel, 2013; Paternoster, 2010, p. 804-810).

Em estudos que entrevistavam cidadãos estadunidenses, buscando investigar se a percepção que eles tinham da certeza de apreensão e da severidade das penas aplicadas era coerente com a realidade, estudiosos encontraram um grande descompasso – não há uma correlação forte entre o que de fato ocorre naquele sistema penal as pessoas pensam ser o caso (Apel, 2013, p. 78). Estudos empíricos sugerem que a percepção de risco é, antes de tudo, dependente da *experiência* individual e dos pares. Quando um indivíduo decide cometer um crime, em geral tende a superestimar o risco de ser preso. Se, contudo, comete um crime e nada lhe ocorre, passa a acreditar que a chance de ser pego é pequena – e assim, quanto mais crimes impunes comete, menor é a sua percepção de risco. Assim, carreiras criminais “bem-sucedidas” resultam em baixas percepções de risco de apreensão, sendo a severidade das sanções penais especialmente inútil nesses casos de impunidade. Quem na verdade tem percepções mais precisas do risco de ser preso são justamente os criminosos contumazes que já foram presos no passado, ou que viram parceiros e conhecidos próximos serem presos.

Ou seja, contrariamente ao que a teoria da prevenção sugere, não é a abstrata cominação da lei penal o que faz os indivíduos ajustarem sua percepção de risco – essa “correia de transmissão” entre o que está escrito na lei penal e o cálculo probabilístico que as pessoas fazem é extremamente imperfeita. É a experiência real do que ocorre após o cometimento de um delito o que estimula ou desestimula a continuidade dessa conduta. Assim, se há algo que desestimula delitos, não é a *duração* das penas previstas na lei penal, mas a efetividade na apreensão de criminosos (Tahamont & Chalfin, 2018, p. 632-633; Apel, 2013, p. 78-85).

Uma outra frente de questionamento sobre a avaliação do “custo de ser preso” provém dos estudos recentes em Economia Comportamental. Esses estudos vêm mostrando que a avaliação probabilística sobre ser pego ou não, bem como do eventual sofrimento futuro no caso de prisão, como várias outras que as pessoas fazem, é passível de vieses cognitivos e impulsos emocionais. Sendo assim, a decisão de transgredir ou de reincidir não se dá de forma racional, tal como se parece supor em diversos enfoques teóricos difundidos (Pogarsky et al., 2018; Chalfin & McCrary, 2017, p. 38).

Esses resultados da Psicologia experimental aplicada à punição estão em linha com achados que provêm de outra frente de pesquisa, a literatura da Criminologia Empírica. Mesmo sem pretensões abolicionistas – como é o caso de correntes da Criminologia Crítica –, esse campo de pesquisa tem se tornado paulatinamente mais cético em relação à teoria dos efeitos preventivos da pena privativa de liberdade. Se a Psicologia da Punição mostra o quanto são tênues as relações entre a aplicação de penas de prisão e os efeitos psicológicos preventivos desejados, os dados criminológicos falsificam qualquer pretensão de uma relação direta entre punições mais severas e menores índices de criminalidade.

Começemos por como os dados da criminalidade nos Estados Unidos lançam dúvida sobre a solidez da base empírica da teoria da dissuasão. A correlação sugerida por essa teoria – penas mais duras levam a menos crimes – está longe de ser óbvia quando se olha para os dados agregados disponíveis. Nos Estados Unidos, houve uma forte tendência de alta na criminalidade entre os anos 1960 e o início dos anos 1990. Porém, durante os anos 1980, a criminalidade segue aumentando, *a despeito de as taxas de encarceramento dobrarem no período*. A partir do início dos anos 1990, há um forte declínio na criminalidade, que prossegue nos anos 2000, sem que tenha havido grande mudança na política criminal (Paternoster, 2010, p. 803-804).

Ao mesmo tempo, no Canadá, país culturalmente e geograficamente próximo aos Estados Unidos, a mesma tendência de aumento da criminalidade ocorre a partir da década de 1960, seguida de queda, nos anos 1990, sem que a taxa de encarceramento canadense tenha aumentado no período. Ou seja, a criminalidade no Canadá se reduziu em linha com os Estados Unidos, sem que para tanto aquele país tivesse adotado políticas duras de encarceramento. Esses dados sugerem que a causa do aumento, e posterior diminuição da onda de criminalidade está correlacionado a outras variáveis que não a severidade da política criminal (Tonry & Farrington, 2005; Paternoster, 2010, p. 803).

Ademais, o efeito criminogênico das penas privativas de liberdade tem sido reconhecido pela literatura em Criminologia Empírica (Nagin, 2013; Chen & Shapiro, 2007). Empregando um desenho metodológico rigoroso, Bales & Piquero (2012) compararam longitudinalmente duas coortes de condenados na Flórida entre 1994 e 2002, dos quais 79 mil condenados a penas privativas de liberdade, e 65 mil sentenciados a serviços comunitários. As taxas de reincidência entre os que haviam sido presos eram da ordem de 12 a 15% maior, confirmando a existência do efeito criminogênico da prisão.

Para compreender por que as prisões teriam um efeito criminogênico, estudos psicológicos com egressos fornecem um quadro ilustrativo. Bronsteen e colegas (2009) revisaram os estudos disponíveis, de forma a desvendar os efeitos psicológicos da experiência de encarceramento. O que eles encontraram em *surveys* e entrevistas com ex-detentos representa outro duro golpe nos pressupostos das teorias da dissuasão. Em primeiro lugar, os dados indicam que qualquer experiência de encarceramento produz efeitos deletérios e duradouros na saúde física e mental e na satisfação com a vida. O primeiro ano preso produz um forte golpe nos laços familiares e comunitários, e é suficiente para diminuir significativamente as chances de obter emprego no futuro. Passado esse período de adaptação inicial, os detentos tendem a se acostumar com sua nova vida no cárcere, independentemente do tempo que ainda devem cumprir.

Assim, não faz sentido pretender que a proporcionalidade da experiência do encarceramento seja a mesma de um número fixado friamente numa sentença. O que essa literatura mostra é que uma pena de prisão de dois anos *não é duas vezes mais severa* que uma pena de um ano; ou que uma pena de oito anos não é proporcionalmente duas vezes mais severa que uma pena de quatro anos (Bronsteen, 2009, p. 1059). Basta que a condenação supere o primeiro ano para que todo o sofrimento futuro do detento seja basicamente o mesmo. E mais,

passado esse primeiro ano, o condenado não tem alternativa senão se adaptar à sua dura rotina, acostumando-se com ela – e então, passar mais de tempo preso causa um sofrimento marginal decrescente. Essa dinâmica da experiência subjetiva de estar preso lança sérias dúvidas sobre o cálculo de custo-benefício pretendido pela perspectiva econômica do cálculo racional da pena como um “custo”, tal como proposto pela teoria econômica do crime tradicional.

Posteriormente, ao retornar à sociedade, independentemente do tempo passado na prisão, o estrago causado no casamento, na relação com os filhos, nas possibilidades de encontrar trabalho, ou na confiança entre o egresso e a comunidade está feito. Por sua vez, os comportamentos impulsivos, agressivos e desconfiados que são importantes para a sobrevivência dentro do ambiente prisional dificultam ainda mais a readaptação ao ambiente externo (Bronsteen, 2009, p. 1053). Consequentemente, o suposto “custo” associado a uma pena privativa de liberdade não pode ser medido em termos de *quantos anos de prisão* a sentença determinou, uma vez que os efeitos deletérios da experiência de ser preso, seja por curta ou por longa duração, tendem a durar para o resto da vida (Bronsteen, 2009, p. 1063-1065). Pelo contrário, por já ter passado pela experiência de ter sido preso, o custo associado à reincidência será menor do ponto de vista do indivíduo, que passa a ter menos a perder – daí uma das causas do efeito criminogênico da pena privativa de liberdade (Tahamont & Chalfin, 2018, p. 631-632; Bronsteen, 2009, p. 1067)

De toda forma, ainda que exista uma suposta “racionalidade” no cometimento de delitos, o sistema penal não é o mais indicado para explorá-la. Pelo contrário, pelo que os estudos criminológicos empíricos mostram, as características do sistema tendem a produzir o efeito inverso. A existência de punição é, em si, uma incerteza, como já apontado – muitos dos crimes cometidos jamais resultarão em inquéritos, ações penais, condenações ou execuções de pena. A punição, quando existe, ocorre muito tempo depois do cometimento dos delitos, o que torna os desincentivos a ela associados algo difícil de ser computado. E por fim, quando a punição se materializa, e o sentenciado passa seu tempo na prisão, ao retornar à sociedade, com laços sociais rompidos e menos oportunidades de emprego, a possibilidade de cometer novos delitos parece mais atrativa do que antes (Paternoster, 2010, p. 818-823). Embora seja uma questão de difícil mensuração empírica, cada vez mais surgem evidências de que punições mais severas simplesmente não reduzem a reincidência (Raaijmakers et al., 2016).

Buscando compreender por que, então, diante da ineficácia das penas duras na prevenção de delitos, estas seguem sendo defendidas, Cheryl Webster e Anthony Dobb (2012,

p. 188) defendem que a necessidade de fazer da pena uma reafirmação dos valores sociais – uma versão da prevenção geral positiva, esposada pelas teorias expressivas – acaba mesclada com o argumento da prevenção. Juízes sentenciam penas duras não porque estejam convencidos de que elas inibem delitos, mas porque sentem necessidade de enviar um recado forte ao condenado e à sociedade. O estudo de Xavier (2010) parece corroborar essa hipótese na realidade brasileira: membros do Ministério Público e juízes apenas assinalam, “intuitivamente”, penas mais duras a crimes mais graves, justificando sua decisão com uma mescla pouco coerente de argumentos retributivistas e preventivos.

Diante desse cenário, Cheryl Webster e Anthony Dobb sugerem: talvez seja chegada a hora de abandonar a essa crença, tão sem sentido quanto se buscar provas da existência de animais mitológicos, e simplesmente admitir que não há provas da existência dessa ‘criatura’ chamada *dissuasão por longas penas privativas de liberdade* (Webster & Doob, 2012, p. 190-191).

Isso não significa que não há nada que possa ser feito para o controle e a redução da criminalidade. Os mesmos estudos que contestam a hipótese da prevenção de delitos por meio de penas mais severas apontam inúmeros caminhos para políticas criminais mais efetivas.

Como mencionamos, os estudos de percepção apontam que, mais importante do que a percepção de *severidade* das sanções é a percepção de *certeza* das sanções (Paternoster, 2010, p. 817; Apel, 2013, p. 73). Achados assim sugerem que, como política de enfrentamento da criminalidade, a existência de policiamento ostensivo pode ser muito mais efetiva do que o aumento de penas cominadas na legislação penal (Nagin, 2013, p. 240). Há cada vez mais evidências empíricas da eficácia de formas de atuação policial que são políticas públicas devidamente avaliadas, como as chamadas práticas de “*hots spots*” e “*pulling levers*”, que basicamente são focadas nas localidades onde ocorre maior número de delitos, ou nos integrantes da comunidade mais vulneráveis a comportamentos transgressores. Ou seja, para fins preventivos da criminalidade, o investimento em policiamento parece muito mais justificável do que o gasto público com a expansão do sistema penitenciário (Chalfin & McCrary, 2017).

Além disso, diversos estudos sobre as causas da criminalidade, em diversos países, apontam para os suspeitos de sempre: desorganização familiar, pobreza, desemprego, desigualdade social e racial são as variáveis preditivas mais associadas a índices altos de

criminalidade (Chalfin & McCrary, 2018, p. 33-35; Pratt et al., 2006; Pratt & Cullen, 2005). Ademais, a literatura aponta que o temor subjetivo de sanções informais, como a censura familiar ou dos pares, é mais forte na prevenção de comportamentos antissociais do que o receio de sanções formais, o que indica que laços sociais fortes e vínculos de confiança entre os cidadãos são uma forte vacina contra comportamentos transgressores do que a lei penal (Mann et al., 2016; Paternoster, 2010, p. 812). Por sua vez, sociedades com índice de Gini mais elevado, isto é, mais desiguais, são não só mais violentas e menos saudáveis (Pickett & Wilkinson, 2010), mas também aquelas com atitudes mais punitivistas na população (van Kesteren, 2009). Em resumo, os dados indicam que comunidades menos desiguais e mais saudáveis tenderão a ser menos violentas; e endereçar as causas socioeconômicas da criminalidade, do ponto de vista das evidências, parece um melhor caminho do que insistir em punições cada vez mais severas.

Uma objeção que poderia ser levantada sobre essas evidências empíricas é: não se pode confundir o âmbito *descritivo*, que mostra o quanto as penas privativas de liberdade são contraproducentes para a finalidade preventiva, com a dimensão *normativa*, segundo a qual não se deve abandonar um ideal normativo apenas por não ter sido realizado na prática. É de se questionar, todavia, qual a pretensão por trás de se seguir defendendo, em debates da dogmática penal, um ideal normativo que não tem qualquer lastro na realidade empírica. Neste ponto, a pergunta que se pode devolver é: a que ou a quem serve um sistema penal que promete resultados que jamais poderá entregar?

## **6. Por que então punimos tão mal?**

Diversas tentativas de explicação para a crescente onda punitivista mundial têm sido propostas. Uma mudança das opiniões da população, cada vez mais favoráveis a penas mais severas, estariam influenciando legisladores e agentes públicos (Enns, 2014). Novos arranjos socioeconômicos e uma nova dinâmica estatal, resultante do desmonte do Estado de Bem-Estar Social, ocasionariam políticas penais menos baseadas em evidências, e mais populistas, conservadoras e focadas no controle social (Pratt, 2007; Garland, 2001). Diferenças culturais, oriundas da trajetória histórico-social, poderiam explicar a variação entre as posturas punitivistas de país a país (Kugler, 2013), embora, mais recentemente, mesmo os países nórdicos, ora tido como exemplares, estejam sucumbindo a políticas mais duras na área penal (Shammas, 2016; Pratt, 2007).



Isso traz à baila uma questão de fundo, que não pode ser ignorada diante do que se discutiu sobre a Psicologia da Punição: se as pessoas são na verdade retributivistas em suas intuições morais, não poderíamos abandonar de uma vez por todas argumentos preventivos e consequencialistas, e abraçar o caráter retributivista do sistema punitivo? Se as intuições das pessoas são retributivistas, não deveria o sistema penal a isso se adequar, deixando de lado de uma vez a pretensão de prevenir crimes, e assim se alinhando aos desejos dos cidadãos e das comunidades? O sistema jurídico não seria tão mais legítimo quanto entregasse a resposta penalmente almejada, de forma coerente com os anseios da população?

Ora, o que os estudos mostram é que as pessoas desejam a correção de injustiças após a ocorrência de transgressões, e de forma proporcional ao dano causal. Esse mecanismo psicológico parece bem claro. Não é verdade, porém, que as pessoas sempre desejem a *prisão* como melhor resposta possível – aliás, essa é uma limitação metodológica de boa parte dos estudos aqui revisados, os quais, por ocorrerem em sociedades onde a pena de prisão está prevista, valem-se de vinhetas ou casos hipotéticos que tratam dessas punições. Há uma miríade de sanções ou alternativas penais possíveis como resposta para um crime, para muito além das penas privativas de liberdade (Roberts & de Keijser, 2014).

A insistência numa forma de reação social à criminalidade que não entrega os resultados esperados, e, pelo contrário, perpetua práticas seletivas, discriminatórias e racistas frequentemente é apontada como resultado de uma estratégia ideológica de dominação social e de criminalização da pobreza (Pimenta, 2018). Ao lado disso, pode ser que outro obstáculo para se repensar a questão da punição seja de ordem cognitiva: o de *enquadramento* da questão. Nesse sentido, o conceito de “Racionalidade penal moderna” de Álvaro Pires oferece uma possibilidade de “re-enquadramento” (Pires, 2004). Os atores envolvidos com o sistema de justiça não se dariam conta do quanto a lógica penal em que operam é uma construção historicamente situada. Nem sempre a imposição de uma pena aflitiva foi a forma eleita para comunicar normas ou manter a coesão social – pelo contrário, essa é uma forma recente e relativamente excepcional, em termos antropológicos. A relação crime/pena não é uma relação necessária, nem inevitável. O Direito Penal contemporâneo, assim, assenta-se sobre um sistema de pensamento que é *político*, e que faz crer que diante de um crime, o Estado tem a *obrigação* de cominar uma sentença condenatória para ser cumprida no cárcere.

Admitido que os dados revelam a inadequação da pena privativa de liberdade como forma de dissuasão de futuros delitos, ou de diminuição da reincidência, uma resposta possível

seria reafirmar o ideal normativo do próprio retributivismo como forma de restabelecimento da justiça. Contudo, como pretendemos mostrar, isso seria uma falsa resposta, uma vez que o caráter precário e seletivo do sistema carcerário dificilmente resulta numa verdadeira *proporcionalidade* da resposta estatal ao delito. A retribuição por um dano causado não se dá necessariamente apenas pela imposição de sofrimento ao ofensor.

Existe ao menos uma forma alternativa de lidar com crimes, mesmo os mais graves, que vem se mostrando promissora. Trata-se da Justiça Restaurativa, que inclui, por exemplo, a prática de solucionar conflitos por meio do encontro entre vítimas e ofensores, de modo a promover o contato direto entre ambos e a buscar a compensação do dano causado (Pallamolla, 2018; Pimenta & Leite, 2018). As práticas restaurativas podem envolver inclusive a prática do pedido de desculpas e do eventual perdão como formas de restabelecimento das relações sociais após a ocorrência de um injusto. Além disso, o envolvimento da comunidade e, sobretudo, o tratamento digno dispensado ao ofensor tendem a ser mais efetivos do que a cominação de uma pena. As evidências disponíveis apontam que os índices de reincidência são muito menores do que aqueles casos para os quais o sistema de justiça tradicional assinala penas de prisão, e que as próprias vítimas emergem desse processo mais satisfeitas (Stang et al., 2013; Gromet, 2012). Estudos psicológicos mais recentes, usando novos métodos experimentais, sugerem que mais até do a punição como resposta, o comportamento de compensação da vítima é algo extremamente valorizado pelas pessoas (Patil, 2018).

Interessante notar, a esse respeito, que algumas teorias mais recentes incorporam, em grande medida, a possibilidade de se utilizar procedimentos de Justiça Restaurativa. Claus Roxin destaca que o princípio da responsabilidade é contemplado quando o transgressor assume sua conduta e contribui para a restauração da ordem sócio-legal (Roxin, 2014, p. 38). No entanto, muitas teorias parecem seguir presas à racionalidade de conceber a pena como um *locus central* de discussão da dogmática penal. Embora abertas a novas possibilidades, elas seguem presas à falta de criatividade que limita os debates contemporâneos. Nesse sentido, Roxin defende que, mesmo que as ciências sociais empíricas sejam incapazes de demonstrar que os mecanismos que geram a prevenção geral funcionem, eles são *plausíveis*, o que os justifica (Roxin, 2014, p. 30). Essa posição beira às raias do obscurantismo ideológico.

Klaus Günther, numa postura mais razoável, ressalta que encarar a punição como comunicação é uma forma de conferir às vítimas o estatuto de agentes morais cujas necessidades e interesses devem ser reconhecidos (Günther, 2014, p. 124), o que é coerente

com discussões na área de Justiça Restaurativa. Nas mesmas bases, rejeita o tratamento duro dispensado pelas penas privativas de liberdade – se o ofensor é um agente moral, não se justifica o sofrimento excessivo; se a punição é um ato comunicativo, como não considerar que o encarceramento é um ato de exclusão do outro? (Günther, 2014, p. 134).

Assim, a presente discussão sugere que talvez a melhor saída para o desalento do argumento preventivo das penas privativas de liberdade seja trazer à discussão uma concepção mais ampla do que é corrigir ou reequilibrar injustiças causadas por pessoas. A inadequação das teorias penais contemporâneas é ainda mais patente quando se verifica que mesmo as teorias mistas de viés garantista ou democrático têm muita dificuldade em explicar por que, para manifestar aos cidadãos a vigência da norma, e para expressar a denúncia a um comportamento antissocial, faz-se necessária uma “comunicação” que se dá com o sofrimento no ofensor pela imposição da pena (Matravers, 2011). Ademais, na recente trajetória do neorretributivismo, as teorias penais deram muito destaque a categorias como *reprovabilidade* e comunicação da *censura*, e pouco a outras dimensões de justiça que deveriam ser visadas pelo sistema, tais como equidade, proporcionalidade, igualdade ou parcimônia (Tonry, 2017).

## 7. Conclusões

Recapitulemos os pontos que foram trazidos por esta revisão da literatura sobre a função das penas privativas de liberdade. Na Introdução, demos exemplos de como, na prática judicial brasileira, argumentos retributivistas e preventivos são utilizados numa mescla pouco rigorosa como justificativa para a pena criminal. Em seguida, mostramos como, a despeito de um suposto rigor “científico”, a dogmática penal emprega categorias oriundas tanto da tradição retributivista, quanto da tradição preventiva, num artifício retórico que confere respeitabilidade à doutrina, mas não resolve um problema prático essencial: estabelecer claramente o *quantum* de punição, com base numa ou noutra categoria.

Na seção subsequente, revisamos parte da literatura em Psicologia da Punição, a qual, de forma experimental, sugere que as pessoas punem por uma motivação psicológica retributivista, mas justificam sua decisão em termos de pedagogia comportamental. Por sua vez, na Seção 4, apontamos que a punição como forma de pedagogia comportamental só funciona em condições muito específicas, ausentes do sistema punitivo criminal típico. Passando então para os estudos empíricos sobre os efeitos da extensão da pena privativa de liberdade na

criminalidade, tentamos mostrar que a sua baixa eficácia preventiva se deve ao fato de que o cálculo de risco feito pelos transgressores tem pouca relação com o texto abstrato da lei penal; e que a prisão pode ser criminogênica mesmo em durações curtas, em virtude do rompimento de laços sociais.

Voltando aos três pontos levantados na Introdução, podemos dizer, com base na literatura revisada, que (i) cidadãos visam sobretudo à satisfação de intuições retributivistas, e não à prevenção de novos delitos quando demandam do Estado a severa punição dos transgressores; (ii) a punição não é uma forma efetiva de exercer pedagogia comportamental, e menos ainda se aplicada na dinâmica do sistema criminal vigente; e (iii) indivíduos que são punidos por meio da privação de liberdade são mais propensos a reincidir, em contraposição à aplicação de alternativas penais.

Na Seção 6, discutimos como esse conjunto de conclusões parciais reforça um ponto que já havia sido destacado pela Criminologia Crítica, o de que o punitivismo e o encarceramento em massa parecem estar baseados mais numa escolha político-ideológica do que propriamente no que se sabe com base em evidências. Se a política criminal efetivamente estivesse preocupada com a redução da violência, deveria começar a se preocupar em entender por que alternativas penais, como é o caso da justiça restaurativa, podem ter melhores resultados na prevenção da criminalidade.

Ao trazer para o debate das teorias da pena uma revisão da literatura psicológica mais recente sobre os processos psicológicos envolvidos com a punição de um comportamento transgressor, buscamos evidenciar como é possível qualificar essa discussão para além de argumentos normativos frequentemente invocados, mas com escassa base empírica. A crescente literatura da Psicologia da Punição é um convite a uma abordagem mais ampla da questão de como é possível construir sociedades menos violentas do que aquela perspectiva que ainda prevalece no Direito Penal, marcada pela centralidade da pena privativa de liberdade como única resposta possível à criminalidade.

Muitas das críticas direcionadas à dogmática penal aqui delineadas não são novidade – há décadas, sociólogos, criminólogos e especialistas em segurança pública vêm advertindo sobre a falência e a insustentabilidade do sistema punitivo. Todavia, ao se ampliar o repertório de argumentos utilizados no debate das funções e finalidades das sanções penais na sociedade contemporânea, incorporando experimentos psicológicos publicados em periódicos científicos

de prestígio, buscou-se ampliar o repertório de argumentos utilizados no debate na esfera pública sobre o papel do Direito Penal na questão da criminalidade.

Este trabalho visa, assim, a contribuir para a compreensão multidimensional do problema da punição (Garland, 1991), e, com base nos saberes psicológicos, renovar o debate das teorias da pena à luz de evidências empíricas recentes, abrindo horizontes para imaginar formas diferentes de lidar com conflitos. A perspectiva experimental convida a explorar alternativas melhores para a prevenção da violência, a exemplo das práticas de justiça restaurativa, que têm um imenso potencial para renovar um sistema exclusivamente focado em penas privativas de liberdade cada vez mais severas e ineficazes.

## 8. Referências

- Aharoni, Eyal & Fridlund, Alan J. (2012) Punishment without reason: isolating retribution in lay punishment of criminal offenders. *Psychology, Public Policy, and Law*. Vol. 18, n. 4., p. 599-625. DOI: 10.1037/a0025821
- Apel, Robert (2013) Sanctions, Perceptions, and Crime: Implications for Criminal Deterrence. *Journal of Quantitative Criminology*. Vol. 29, p. 67-101. DOI 10.1007/s10940-012-9170-1
- Bales, William D. & Piquero, Alex R. (2012). Assessing the impact of imprisonment on recidivism. *Journal of Experimental Criminology*, Vol. 8, p. 71-101. DOI 10.1007/s11292-011-9139-3.
- Baratta, Alessandro (2017). *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan.
- Baumard, Nicolas & Sheskin, Mark (2015). Partner choice and the Evolution of a Contractualist Morality. In: Decety, J. & Wheatley, T. (Eds.). *The moral brain: A multidisciplinary perspective*. Cambridge: MIT Press, p. 35-48.
- Becker, Gary S. (1968). Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, vol. 76, n. 2, p. 169-217.
- Bittencourt, Cezar Roberto (2016). *Tratado de Direito Penal – Parte Geral*. 22ª ed. São Paulo: Saraiva.
- Brasil (2014). *A investigação de homicídios no Brasil*. Ministério da Justiça; Fórum Brasileiro de Segurança Pública: Brasília, 2014
- Bronsteen, John; Buccafusco, Christopher; Masur, Jonathan (2009). Happiness and Punishment. *The University of Chicago Law Review*, Vol. 76, n. 3, p. 1037-1082.
- Cappi, Riccardo (2014). Pensando as respostas estatais às condutas criminalizadas: um estudo empírico dos debates parlamentares sobre a redução da maioria penal (1993 - 2010). *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. vol. 1, n. 1, jan, p. 10-27.

- Carlsmith, Kevin M. (2006). The roles of retribution and utility in determining punishment. *Journal of Experimental Social Psychology*, Vol. 42, p. 437-451.
- Carlsmith KM, Darley JM, Robinson PH. (2002). Why do we punish? Deterrence and Just Deserts as Motives for Punishment. *Journal of Personality and Social Psychology*, 83 (2), 284-299.
- Carlsmith, Kevin M. & Darley, John M. (2008). Psychological Aspects of Retributive Justice. *Advances in Experimental Social Psychology*, Vol. 40, p. 193-236. DOI: 10.1016/S0065-2601(07)00004-4.
- Carlsmith KM & Sood, Avani Mehta (2009). The fine line between interrogation and retribution. *Journal of Experimental Social Psychology*. Vol. 45, p. 191-196.
- Chalfin, Aaron & McCrary, Justin (2017). Criminal deterrence: a review of the literature. *Journal of Economic Literature*, Vol. 55, n. 1, p. 5-48.
- Chen, M. Keith & Shapiro, Jesse M. (2007). Do Harsher Prison Conditions Reduce Recidivism? A Discontinuity-based Approach. *American Law and Economics Review*. Vol. 9, n. 1, p. 1-29.
- Cushman, Fiery (2017). Is non-consequentialism a feature or a bug? In: Kiverstein, Julian. *The Routledge Handbook of Philosophy of the Social Mind*. New York: Routledge.
- Diniz, Debora (2013). *A custódia e o tratamento psiquiátrico no Brasil: Censo 2011*. Brasília: Letras Livres / Editora UnB.
- Durlauf, Steven N. & Nagin, Daniel S. (2011). Imprisonment and crime: can both be reduced? *Criminology & Public Policy*. Volume 10, Issue 1, p. 13-54.
- Ellsworth, Phoebe C. & Gross, Samuel R. (1994). Hardening of the attitudes: Americans' views on the Death Penalty. *Journal of Social Issues*, Vol. 50, No. 2, p. 19-52.
- Enns, Peter K. (2014). The public's increasing Punitiveness and its influence on Mass Incarceration in the United States. *American Journal of Political Science*, Vol. 58, n. 4, October, p. 857-872.
- Ferrajoli, Luigi (1995). *Derecho y Razón – Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- Fincher, Katrina M. & Tetlock, Philip E. (2015) Brutality under cover of ambiguity: activating, perpetuating, and deactivating covert retributivism. *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 41, n. 5, p. 629-642. DOI: 10.1177/0146167215571090
- Garland, David (1991). Sociological perspectives on punishment. *Crime and Justice*. Vol. 14, p. 115-165.
- Garland, David (2001). *The Culture of Control – Crime and Social Order in Contemporary Society*. Chicago: The Chicago University Press.
- Gazoto, Luís Wanderley (2010). *Justificativas do Congresso Nacional Brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo*. Tese (Doutorado em Sociologia). Brasília: Universidade de Brasília.
- Goodwin, Geoffrey P. & Benforado, Adam. (2015) Judging the Goring Ox: Retribution Directed Toward Animals. *Cognitive Science*, Vol. 39, p. 619-646.

- Gromet, Dena M. (2012) Restoring the victim: emotional reactions, justice beliefs, and support for Reparation and Punishment. *Critical Criminology*, Vol. 20, p. 9-23. DOI 10.1007/s10612-011-9146-8.
- Günther, Klaus (2014). Criminal Law, Crime and Punishment as Communication. In: Simester AP; du Bois-Pedain, Antje; Neumann, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, p. 123-139.
- Haidt, Jonathan. (2001). The Emotional Dog and Its Rational Tail: A Social Intuitionist Approach to Moral Judgment. *Psychological Review*. Vol. 108, no. 4, p. 814-834.
- Horta, Ricardo de Lins e (2018). Cérebros que punem: Uma revisão crítica da Neurociência da Punição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*.
- Kahneman, D. (2012) *Rápido e Devagar – Duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva.
- Kugler, Matthew B.; Funk, Friederike; Braun, Judith; Gollwitzer, Mario; Kay, Aaron C.; Darley, John M. (2013). Differences in punitiveness across three cultures: a test of American Exceptionalism in Justice attitudes. *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 103, n. 4
- Lord, Charles G.; Ross, Lee; Lepper, Mark R. (1979) Biased assimilation and attitude polarization: the effects of prior theories on subsequently considered evidence. *Journal of Personality and Social Psychology*, Vol. 37, No. 11, p. 2098-2109.
- Machado, Maíra Rocha; Pires, Álvaro Penna; Parent, Colette; Matsuda, Fernanda Emy; Ferreira, Carolina Cutrupi; Luz, Yuri (2010). *Análise das justificativas para a produção de normas penais*. Série Pensando o Direito, n. 32. Brasília: Ministério da Justiça / Secretaria de Assuntos Legislativos.
- Mann, Heather; Garcia-Rada, Ximena; Hornuf, Lars; Tafurt, Juan (2016). What deters crime? comparing the effectiveness of legal, social, and internal sanctions across countries. *Frontiers in Psychology*. Vol. 7, article 85. DOI: 10.3389/fpsyg.2016.00085.
- Matravers, Matt. (2011). Is Twenty-first Century Punishment Post-Desert? In: Tonry, Michael (ed.). *Retributivism has a past. Has it a Future?* Oxford: Oxford University Press.
- Marques, Oswaldo Henrique Duek (2008). *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Martins Fontes
- Mercier, Hugo & Sperber, Dan. (2017) *The Enigma of Reason – A New Theory of Human Understanding*. London: Allen Lane.
- Miltenberger, Raymond G. (2011) *Behavior Modification: Principles & Procedures*. 5th ed. Belmont, CA: Cengage Learning.
- Nadler, Janice & McDonnell (2012). Moral character, Motive, and the Psychology of Blame. *Cornell Law Review*. Vol. 97, n. 2, p. 255-304.
- Nagin, Daniel S. (2013) Deterrence in the Twenty-First Century. *Crime and Justice*, Vol. 42, n. 1, p. 199-263. DOI: 0192-3234/2013/4201-0004\$10.00.
- Nisbett, R.E.; Wilson, T.D.C. (1977) Telling more than we can know: verbal reports on mental processes. *Psychological Review*. 84(3), 231-259.
- Paternoster, Raymond. (2010) How much do we really know about criminal deterrence? *The Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 100, n. 3, p. 765-824. DOI: 0091-4169/10/10003-0765.

- Pallamolla, Raffaella da Porciuncula (2018) As práticas restaurativas no Sistema Prisional Brasileiro. In: DeVitto, Renato C.P. & Daufemback, Valdirene. *Para Além da Prisão: reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, p. 185-202.
- Patil, Indrajeet; Dhaliwal, Nathan A.; Cushman, Fiery. (2018). Reputational and cooperative benefits of third-party compensation. *PsyArXiv Preprint*. DOI: 10.17605/OSF.IO/C3BSJ
- Pickett, Kate & Wilkinson, Richard (2010). *The Spirit Level: Why Equality is Better for Everyone*. New York: Bloomsbury Press.
- Pimenta, Victor Martins (2018). *Por trás das grades: O encarceramento em massa no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan.
- Pimenta, Victor Martins & Leite, Fabiana de Lima (2018) Alternativas ao Encarceramento e Prevenção à Violência. In: DeVitto, Renato C.P. & Daufemback, Valdirene. *Para Além da Prisão: reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil*. Belo Horizonte: Letramento / Casa do Direito, p.133-155.
- Pires, Álvaro (2004). A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos Cebrap*, n.68, p. 39-60.
- Pogarsky, Greg; Roche, Sean Patrick; Pickett, Justin T. (2018). Offender Decision-Making in Criminology: Contributions from Behavioral Economics. *Annual Review of Criminology*. Vol. 1., p. 379-400.
- Prado, Luiz Regis (2013). *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 12<sup>a</sup> ed. São Paulo: RT.
- Pratt, John (2007). *Penal Populism*. New York: Routledge.
- Pratt, Travis C. & Cullen, Francis T. (2005). Assessing Macro-Level Predictors and Theories of Crime: A Meta-Analysis. *Crime and Justice*. Vol. 32, p. 373-450.
- Pratt, Travis C.; Cullen, Francis T.; Blevins, Kristine R.; Daigle, Leah E.; Madensen, Tamara D. (2006). The empirical status of deterrence theory: A Meta-analysis. In: *Taking stock: The status of criminological theory*. New York: Routledge, p. 367-396.
- Raaijmakers, Ellen A. C.; Loughran, Thomas A.; Keijser, Jan W. de; Nieuwbeerta, Paul; Dirkzwager, Anja J. E. (2016). Exploring the Relationship between Subjectively Experienced Severity of Imprisonment and Recidivism: A Neglected Element in Testing Deterrence Theory. *Journal of Research in Crime and Delinquency*. p. 1-26.
- Roberts, Julian V. & de Keijser, Jan W. (2014). Democratising punishment: Sentencing, community views and values. *Punishment & Society*, Vol. 16, n. 4, p. 474-498.
- Roxin, Claus (2014) Prevention, Censure and Responsibility: the recent debate on the purposes of punishment. In: Simester AP; du Bois-Pedain, Antje; Neumann, Ulfrid. *Liberal Criminal Theory: Essays for Andreas von Hirsch*. Oxford: Hart Publishing, p. 23-42.
- Ruivo, Marcelo Almeida (2016). O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 121, ano 24, p. 161-190.
- Santos, Juarez Cirino dos (2010). *Direito Penal – Parte Geral*. 4<sup>a</sup> ed. Florianópolis: Conceito Editorial.



Schecaira, Sérgio Salomão; & Corrêa Jr., Alceu (2002). *Teoria da Pena – Finalidades, Direito Positivo, Jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

Shammas, Victor L. (2016). The rise of a more Punitive State: On the attenuation of Norwegian Penal Exceptionalism in an Era of Welfare State transformation. *Critical Criminology*. Vol. 24, p.57-74 DOI 10.1007/s10612-015-9296-1

Strang, Heather; Sherman, Lawrence W., Mayo-Wilson, Evan; Woods, Daniel; Ariel, Barak (2013). Restorative Justice Conferencing (RJC) - using face-to-face meetings of offenders and victims: effects on offender recidivism and victim satisfaction. A Systematic Review. *Campbell Systematic Reviews*, 12. DOI: 10.4073/csr.2013.12

Struchiner, Noel & Chrismann, Pedro H.V. (2012) Aspectos filosóficos e psicológicos das punições: reunindo algumas peças do quebra-cabeça. *Caderno CRH*, Salvador, v. 25, n. spe 02, p. 133-150.

Tahamont, Sarah & Chalfin, Aaron. (2018). The Effect of Prisons on Crime. In: Wooldredge, John & Smith, Paula (eds.). *The Oxford Handbook of Prisons and Imprisonment*. Oxford: Oxford University Press.

Tonry, Michael (2017). Punishment Theory for the Twenty-first Century: The Need to Replace Retributive and Mixed Theories. In: Bottoms, A.E. & Pedain, A.B. *Censure Theory*. Oxford: Hart.

Tonry, Michael & Farrington, David P. (2005). Punishment and Crime Across Space and Time. *Crime and Justice*. 33, 1-39.

van Kesteren J (2009) Public Attitudes and Sentencing Policies Across the World. *European Journal of Criminal Policy Research*, Vol. 15, p. 25-46.

von Hirsch, Andreas (2017). *Deserved criminal sentences*. London: Hart Publishing.

Walker, Samuel; Spohn, Cassia; DeLone, Miriam (2017). *The Color of Justice: Race, Ethnicity, and Crime in America*. 6<sup>th</sup> Ed. Boston: Cengage Learning.

Webster, Cheryl Marie & Doob, Anthony N. (2012) Searching for the Sasquatch: Deterrence of Crime through sentence severity. In: Petersilia, Joan & Reitz, Kevin R. (Eds.) *The Oxford Handbook of Sentencing and Corrections*. Oxford: Oxford University Press, p. 173-195.

Xavier, José Roberto F. (2010). O sistema de direito criminal e a racionalidade penal moderna: ilustrações empíricas de dificuldades cognitivas em matérias de penas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 84, maio-junho, p. 271-311.

Zhang Y, Chen C, Greenberger E, Knowles E. (2017) A Cross-Cultural Study of Punishment Beliefs and Decisions. *Psychological Reports*, 120(1), 5-24.

## 6. Considerações Finais

Neste trabalho, buscamos mostrar como o comportamento judicial e a tomada de decisão juridicamente relevante podem ser melhor compreendidos recorrendo à vasta literatura em Ciências Comportamentais que há décadas se debruça sobre a *tomada de decisão*. Cada um dos artigos que compõem esta tese abordou essa questão a partir de um ângulo distinto.

No primeiro artigo, enfrentamos a questão de *como lidar* com a literatura em Ciências Comportamentais, a partir dos marcos teóricos prevalentes na Teoria do Direito. Esses dois campos utilizam categorias bastante diversas e é necessário um esforço de tradução para que as afirmações feitas em um dos campos possam ser devidamente compreendidas no outro. Mostramos que uma compreensão da racionalidade humana informada pelos achados da Psicologia permite integrar fatores ligados à justificação discursiva das decisões judiciais às variáveis extradogmáticas que, comprovadamente, influenciam na tomada de decisão judicial. O caminho que apontamos passa por uma Teoria da Decisão mais abrangente, que compreenda os contextos decisórios para além dos discursos justificadores do resultado da decisão.

No segundo artigo, enfrentamos à questão de *por que* existem os vieses cognitivos apontados pelas literaturas em Julgamento e Tomada de Decisão e Economia Comportamental. Com isso, quisemos contribuir para que os juristas entendam os principais debates e modelos conceituais por trás da noção de heurísticas e vieses decisórios, mostrando suas diversas nuances: por exemplo, que heurísticas têm uma funcionalidade evolucionária e um sentido do ponto de vista da arquitetura cognitiva; elas podem funcionar em certas circunstâncias, mas não em outras; e o raciocínio por trás de uma decisão geralmente mescla processos conscientes e inconscientes. Assim, buscamos desenhar um quadro mais complexo de como efetivamente opera a racionalidade humana, além de contribuir para uma devida compreensão do que seria uma atividade cognitiva *consciente*.

Fixados esses marcos, foi possível enfrentar uma questão metodológica crucial: *como investigar* o problema dos vieses cognitivos na decisão juridicamente relevante? O terceiro artigo buscou colmatar essa lacuna, a partir dos passos já percorridos por vários pesquisadores, inclusive no Brasil. Debates os desafios e limitações de diferentes estratégias de pesquisa, mostrando que, seja em experimentos e simulações, seja via bases de

dados judiciárias, é possível isolar variáveis comportamentais que influenciam na decisão judicial.

Por fim, o quarto artigo tentou mostrar um caso particular de *aplicação prática* da interface entre Direito e Ciências Comportamentais: a psicologia da decisão de punir, que certamente é uma das atividades jurídicas em que os vieses operam de forma mais intensa, devido à elevada carga emocional mobilizada nessas decisões. Discutimos como a Teoria Penal mais difundida parte de uma série de pressupostos empíricos que são equivocados. A partir da tradição experimental em Psicologia da Punição, mostramos que existe na mente humana um “viés retributivista”, que faz com que questões altamente complexas (“como reduzir a violência em nossa sociedade?”) podem ser capturadas pela tendência de nossa psicologia a preferir a respostas simples (“como me sinto diante de um crime? o quanto deve seu autor *sofrer*?”). Assim, penas cada vez mais severas são sempre apontadas como uma monótona solução para um sistema altamente ineficiente, sem jamais mudar esse quadro.

Esses quatro artigos adotam abordagens distintas e dialogam com literaturas acadêmicas bastante diferentes, mas todos eles convergem na defesa de que é passada a hora de reformularmos os debates da comunidade jurídica em termos das limitações empiricamente comprovadas da racionalidade humana. A discussão sobre como desenhamos e como avaliamos nossas instituições jurídicas precisa, desse modo, deixar de lado especulações sem base empírica, e se fazer sobre fundamentos mais consistentes. Já não é mais possível repetir de forma acrítica nem as pretensões idealistas de uma análise imparcial, nem as crenças de que seria possível purificar as abordagens jurídicas por meio de metodologias adequadas a corrigir nossos vieses, nem a tese de que a racionalidade opera apenas na chave de discursos linguísticos.

Sustentamos que, sem uma ampliação das perspectivas em Tomada Decisão no debate dos juristas, não será possível enfrentar adequadamente os problemas ligados à legitimidade e à efetividade da imposição social das decisões tomadas pelos juízes. Para ficar num exemplo, o debate sobre padrões de racionalidade na argumentação ou da justificação de princípios tem pouco a dizer acerca do que fazer diante do rápido avanço de algoritmos para auxiliar na tomada de decisão judicial – prática já difundida na Justiça dos EUA. Sem o emprego de categorias conceituais oriundas das ciências comportamentais, como “vieses”, “heurísticas”, “estereótipos”, bem como sem uma compreensão realista das funcionalidades e limitações da

racionalidade humana, essa pode ser mais uma tendência recebida com deslumbramento ou rejeitada por medo, mas sem uma análise crítica adequada.

A fascinação com que os estudiosos de tomada de decisão judicial no Brasil evocaram a figura do “Juiz Hércules” nos últimos anos é reveladora não só pelo que exalta, mas especialmente pela parte da história que omite. O que se conhece desse ideal normativo metafórico é a ilustração de um jurista de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas – o Hércules semideus, herói. Contudo, talvez de forma conveniente, não se costuma mencionar o episódio que Homero narra ao final do Canto XI da *Odisseia*: o encontro entre Ulisses e Hércules no mundo dos mortos. Hércules ali é um fantasma, que se queixa das angústias que sofreu, de como foi subjugado por tantos trabalhos que lhe foram impostos quando era vivo. Fora do mundo ideal, Hércules não é um filho dos deuses invencível: é um indivíduo vulnerável, um humano assombrado pelas consequências de suas próprias decisões.